

SPECIALE 2016 **CONSULTA ONLINE**

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO



*“Itinerari” di Antonio Ruggeri
per Consulta OnLine*

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892

Consulta OnLine - Sezione "Studi"

Rivista telematica quadrimestrale - ISSN 1971-9892

DIREZIONE

Pasquale Costanzo

COMITATO EDITORIALE

Lara Trucco (Capo Redazione)

Enrico Albanesi, Francesca Bailo, Alessia Fusco, Federico Ponte

COMITATO SCIENTIFICO

Gaetano Azzariti

Sergio Bartole

Roberto Bin

Beniamino Caravita di Toritto

Paolo Caretti

Lorenza Carlassare

Augusto Cerri

Pasquale Costanzo

Antonio D'Atena

Giuseppe De Vergottini

Mario Dogliani

Luca Mezzetti

Franco Modugno

Valerio Onida

Alessandro Pace

Cesare Pinelli

Giovanni Pitruzzella

†Alessandro Pizzorusso

Giuseppe Ugo Rescigno

Roberto Romboli

Antonio Ruggeri

Federico Sorrentino

Testata registrata presso il Tribunale di Chiavari (5/07)

Direzione e redazione: Via Balbi, 22 16126 Genova

Info e contatti: Pasquale.Costanzo@unige.it

Genova, 20 dicembre 2016



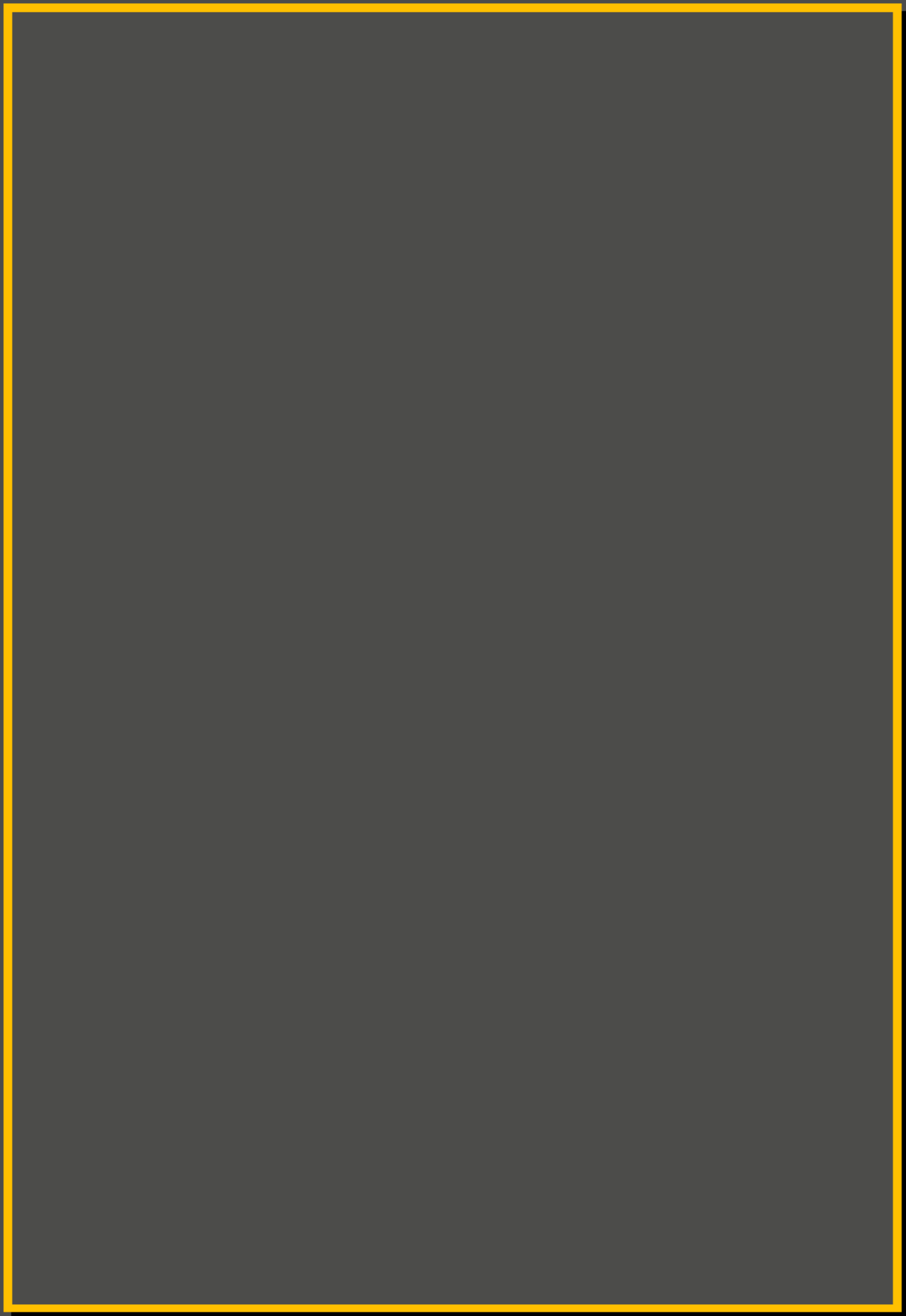
Doppiato il capo dei tre lustri (2002-2016) di assidua collaborazione con la Rivista (65 contributi tra articoli e note) da parte di Antonio Ruggeri, è parso del tutto appropriato, se non doveroso, dar vita alla presente compilazione quale segno tangibile, pur se modesto, della nostra gratitudine e stima per uno dei Maestri del Diritto costituzionale nel panorama nazionale attuale.

Antonio Ruggeri rappresenta peraltro un non frequente esempio di prolificità scientifica senza cedimenti nel rigore dottrinale, nell'equilibrio di giudizio e nel garbo stilistico.

È stato e continua ad essere per Consulta OnLine un grande onore contribuire a dare eco presso le proprie migliaia di iscritti e gli ancor più numerosi lettori al pensiero giuridico di Antonio Ruggeri, cui s'indirizzano anche i sensi del nostro più sentito affetto.

Auguri, caro Antonio, multos per annos ancora!

Pasquale Costanzo e tutto lo staff di Consulta OnLine



INDICE

La Corte e lo <i>ius superveniens</i> costituzionale (a proposito della riforma del Titolo V e dei suoi effetti sui giudizi pendenti) (12 luglio 2002)	11
Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali (25 ottobre 2002)	20
Forma e sostanza dell'“adeguamento” degli statuti speciali alla riforma costituzionale del titolo V (notazioni preliminari di ordine metodico-ricostruttivo) (15 novembre 2002)	47
Ancora in tema di <i>ius superveniens</i> costituzionale e del suo (mancato) rilievo nei giudizi in via principale (Nota alla sentenza della Corte costituzionale n. 422 del 2002) (novembre/dicembre 2002)	71
Riforma del titolo V e "potere estero" delle Regioni (notazioni di ordine metodico-ricostruttivo) (dicembre 2002/gennaio 2003)	75
Potestà legislativa primaria e potestà "residuale" a confronto (nota minima a Corte cost. n. 48 del 2003) (11 marzo 2003)	114
Presentazione del Seminario del Gruppo di Pisa “Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi” (10 marzo 2006)	123
La Corte costituzionale davanti alla politica (nota minima su una questione controversa, rivista attraverso taluni frammenti della giurisprudenza in tema di fonti) (24 dicembre 2010)	131
Unità-indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali (26 aprile 2011)	143
Rapporti tra Cedu e Diritto interno: <i>Bundesverfassungsgericht</i> e Corte costituzionale allo specchio (4 giugno 2011)	161
La Corte costituzionale “equilibrata”, tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU (7 novembre 2011)	166
Il rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione: risorsa o problema? (Nota minima su una questione controversa) (22 novembre 2011)	188

<i>Summum ius summa iniuria</i> , ovvero sia quando l'autonomia regionale non riesce a convertirsi in servizio per i diritti fondamentali (a margine di Corte cost. n. 325 del 2011) (29 dicembre 2011)	196
Davvero inammissibili i referendum elettorali per la (supposta) impossibilità di “reviviscenza” della normativa previgente rispetto a quella oggetto di abrogazione popolare? (a prima lettura di Corte cost. n. 13 del 2012) (30 gennaio 2012)	209
Tutela dei diritti fondamentali, squilibri nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corti europee, ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio (13 marzo 2012)	214
“Giallo” alla Consulta: l’“intesa” tra il Presidente e il giudice relatore in pubblica udienza (nota minima a Corte cost. n. 55 del 2012) (4 aprile 2012)	237
Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in “sistema” (21 aprile 2012)	239
La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto dell’Unione e la CEDU e offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di (non) applicazione diretta della Convenzione (a margine di Corte giust., Grande Sez., 24 aprile 2012) (21 maggio 2012)	254
La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell’assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell’anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita) (12 giugno 2012)	257
Una inammissibilità accertata ma non dichiarata, ovvero sia l’errore processuale scusabile della parte, in quanto indotto dallo stesso... giudice (a prima lettura di Corte cost. n. 142 del 2012) (16 giugno 2012)	259
La Corte costituzionale, la “logica” del caso e la motivazione insufficiente (dialogando con alcuni matematici sulla sent. n. 310 del 2010) (26 giugno 2012)	262
Crisi economica e crisi della Costituzione (21 settembre 2012)	274
Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell’ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell’ordine convenzionale (“a prima lettura” di Corte cost. n. 230 del 2012) (16 ottobre 2012)	287

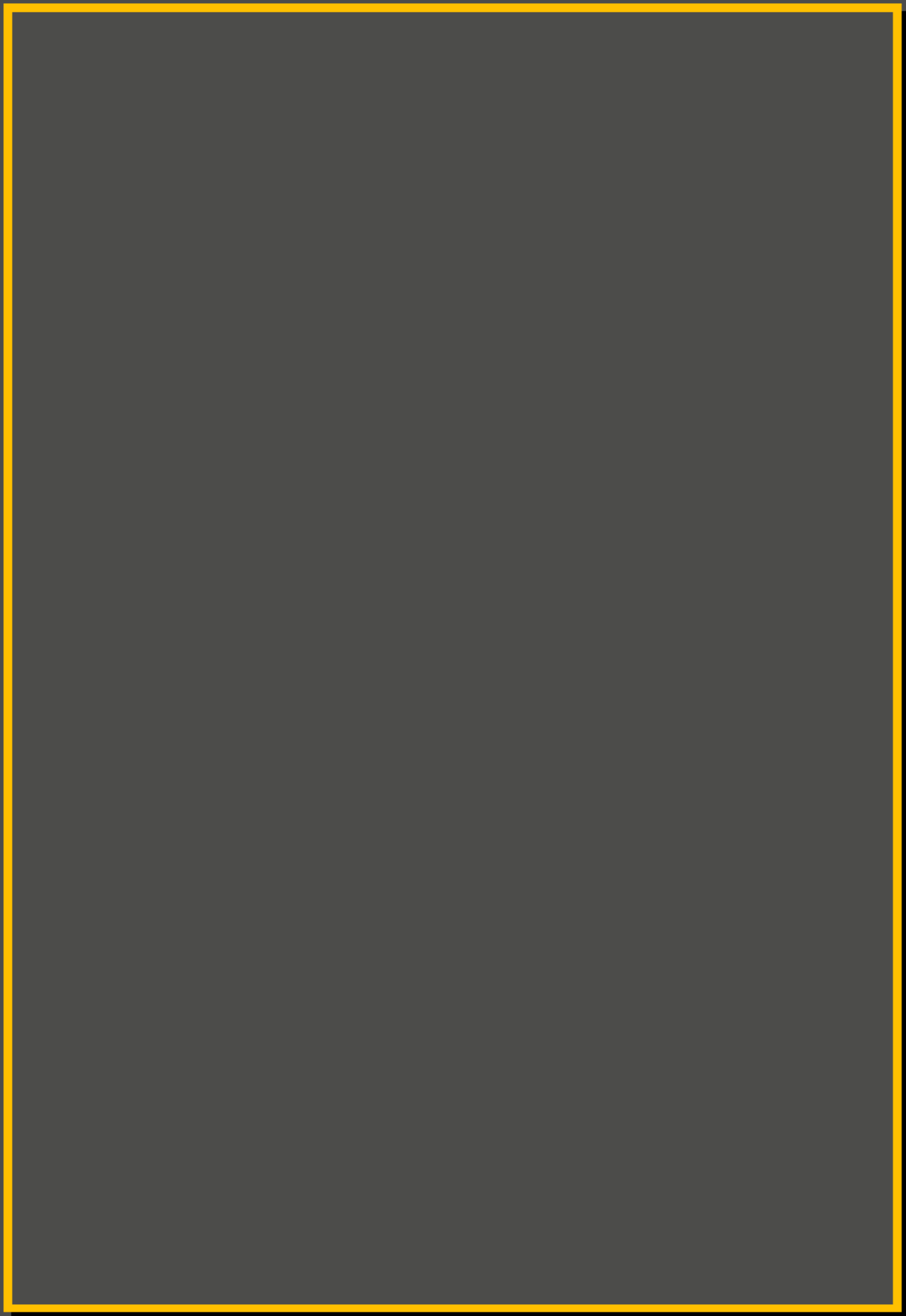
Noterelle in tema di affido di minori a coppie di omosessuali (18 dicembre 2013)	418
Colpi di maglio della Consulta sul meccanismo di controllo delle leggi siciliane (“a prima lettura” di Corte cost. n. 114 del 2014) (8 maggio 2014)	431
Novità in tema di (in)sindacabilità dei regolamenti parlamentari, in una pronunzia-ponte della Consulta (a margine di Corte cost. n. 120 del 2014) (10 maggio 2014)	434
Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali? (30 maggio 2014)	436
Gli “effetti politici” delle sentenze della Corte costituzionale emesse in occasione dei giudizi sulle leggi (12 giugno 2014)	460
Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014) (13 giugno 2014)	482
Note minime a margine di un disegno di legge relativo alla forma di governo della Regione siciliana (23 giugno 2014)	485
(con Giovanni Moschella) Disapplicazione, in nome della clausola di maggior favore, delle norme dello statuto siciliano relative all’impugnazione delle leggi regionali ed effetti sui ricorsi pendenti (15 luglio 2014)	498
Una opportuna precisazione, da parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti (apparenti...) tra norme di diritto interno e norme della CEDU (1° settembre 2014)	502
Stato costituzionale e Stato d’eccezione, nella più recente esperienza italiana: dall’alternativa alla mutua integrazione? (14 ottobre 2014)	509
Fatti “interposti” nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell’etica pubblica repubblicana (6 novembre 2014)	522
La Corte aziona Parma dei “controlimiti” e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all’ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014) (17 novembre 2014)	537
Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive (24 novembre 2014)	546

Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali? (5 febbraio 2015)	563
Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quali i possibili “seguiti” della 238 del 2014? (5 marzo 2015)	583
I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali (1° aprile 2015)	600
Passo falso della Consulta in tema di rinvio pregiudiziale ad opera dello stesso giudice costituzionale (nota minima a Corte cost. n. 56 del 2015) (22 aprile 2015)	620
Il matrimonio “a tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile? (A prima lettura di Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015) (28 aprile 2015)	623
Attività di garanzia e attività d’indirizzo politico, a salvaguardia dei diritti fondamentali (15 maggio 2015)	631
Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come “sistema” (notazioni di metodo) (15 giugno 2015)	649
Il diritto regionale, una disciplina “in declino”? (27 luglio 2015)	665
Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali (13 novembre 2015)	675
Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa? (17 dicembre 2015)	697
Il primato del diritto dell’Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l’esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile ricomposizione (15 febbraio 2016)	715
Unioni civili e convivenze di fatto: “famiglie” mascherate? (Nota minima su una questione controversa e sulla sua discutibile risoluzione da parte della legge n. 76 del 2016) (16 giugno 2016)	718
Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela (30 giugno 2016)	740
Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione (5 ottobre 2016)	757
Dignità dell’uomo, diritto alla riservatezza, strumenti di tutela (prime notazioni) (21 ottobre 2016)	779

Il futuro dei diritti fondamentali e dell'Europa (3 novembre 2016) **790**

Prime note per uno studio su crisi della sovranità e crisi della rappresentanza politica (10 dicembre 2016) **805**

2002



Antonio Ruggeri

La Corte e lo *ius superveniens* costituzionale (a proposito della riforma del titolo V e dei suoi effetti sui giudizi pendenti)

(La nota fa riferimento alle seguenti decisioni della Corte cost.: [nn. 382, 397 e 416 del 2001](#); [9, 13, 14, 17, 26, 65, 72, 73, 76, 80, 96, 106, 117, 133, 141, 142, 144, 156, 157, 162, 165, 166, 182, 189, 190, 192, 196, 212, 228, 230, 235, 245, 246, 247, 248, 302, 304, 306 del 2002](#))

1. *Ius superveniens, improcedibilità dei ricorsi governativi presentati prima della riforma e restituzione degli atti ai giudici a quibus*

I nodi, come si sa, prima o poi vengono al pettine: davanti alla riscrittura del titolo V della Costituzione ed ai non pochi, aggrovigliati problemi ad essa legati, la Corte, anziché sforzarsi pazientemente di sciogliere il nodo del contenzioso pendente in modo adeguato ai singoli casi ed alle loro varie esigenze, ha preferito tagliarlo con un colpo secco di accetta, rispedendo al mittente le questioni ed i ricorsi presentati prima della riforma¹. Nessuna sostanziale differenza di trattamento, dalla prospettiva qui adottata, si riscontra tra i procedimenti attivati in via incidentale e quelli in via di azione: chiaramente, solo nel primo caso la questione è stata riportata nelle mani dell'autorità remittente; nel secondo, invece, si è in buona sostanza dato il via libera per la promulgazione della legge regionale, cui può conseguire tanto la reiterazione del controllo quanto il suo mancato esercizio (è tuttavia evidente che il vero destinatario della pronuncia non è la Regione bensì l'organo agente, il Governo). Insomma, se una conclusione è dato ricavare dall'insieme delle pronunzie qui annotate è

¹ Non tutti, per la verità: prescindendo, infatti, dai casi, di cui alle ordd. nn. [141, 142, 189 e 192](#), in cui s'è dato rilievo alla volontà delle parti di chiudere la partita rinunciando alla causa, così non s'è fatto in occasione della vicenda cui si riferisce la [sent. n. 106 del 2002](#) (relativa alla singolare pretesa del Consiglio ligure di fregiarsi altresì del titolo di "Parlamento della Liguria", da aggiungere al suo nome di battesimo costituzionale), dove, pur denunciandosi la mancata osservanza (tra gli altri) degli artt. 115 e 121 Cost., la Corte ha ritenuto ugualmente di potersi pronunziare sul merito della lite. Quanto a quest'ultimo, nulla dirò in questa sede; quanto, poi, ai profili di stretto diritto processuale, non ho dubbi a riguardo del fatto che la decisione di passare al merito non è qui dipesa dalla circostanza che la Corte era stata adita in sede di conflitto di attribuzioni, a differenza degli altri casi trattati, tutti aventi ad oggetto giudizi su leggi. La verità è che la Corte ha qui *voluto* far sentire, alto e forte, il timbro della sua voce a difesa della unicità o esclusività del Parlamento quale sede della rappresentanza politica nazionale. Peccato che non si sia avveduta del fatto che la pronuncia, con la sua stessa esistenza, introduce un elemento di disarmonia nel quadro delle decisioni di seguito annotate, in cui – come si vedrà – l'affermazione della necessità di tornare a verificare, alla luce dello *ius superveniens*, la perdurante attualità della questione o del ricorso presentati è categorica e parrebbe non ammettere (perlomeno, fino al momento in cui si scrive) eccezione alcuna. Si potrebbe, invero, addurre, a giustificazione della scelta fatta dalla Corte nella [sent. n. 106](#) di trattare comunque la "questione", la circostanza che quest'ultima è stata, in realtà, ambientata e risolta avuto riguardo a parametri (e valori) iscritti in "luoghi" dell'articolato costituzionale diversi dal titolo V (a partire dagli artt. 55 e seguenti, nei loro collegamenti con l'intero sistema dei principi fondamentali); e, tuttavia, rimane ugualmente il fatto che nell'atto di ricorso erano stati richiamati disposti innovati dalla riforma. Sicché rimane comunque la deviazione dalla "regola" che la stessa Corte si è ora data di non passare al merito tutte le volte che tra le norme-parametro presuntivamente violate ve ne fosse anche una sola appartenente al titolo V.

Solo in parte analoghi i casi risolti con sentt. nn. [304 e 306](#), dove ugualmente la Corte si è addentrata nel merito dei ricorsi malgrado lo *ius superveniens* costituzionale. Vi sono, tuttavia, alcuni elementi di differenziazione rispetto ai casi restanti, qui specificamente presi in considerazione, il maggiore dei quali è costituito dall'essere oggetto dei ricorsi, per la prima volta, delle leggi approvate ai sensi dell'art. 123 cost. Per ciò che ora specificamente importa osservare, assai singolare (e francamente stupefacente) è la circostanza per cui, nel secondo dei casi ora menzionati, la Corte abbia ritenuto di non dover dichiarare inammissibile, così come a mia opinione giustamente richiesto dalla Regione resistente, il ricorso governativo presentato contro la delibera legislativa statutaria in sede di conflitto di attribuzione, anziché in sede di procedimento in via d'azione, adducendo la giustificazione secondo cui ciò che solo conta è non già la forma degli atti introduttivi dei giudizi ma unicamente la loro sostanza e mostrando, in tal modo, di non distinguere tra *atti* (o, meglio, i loro contenuti) ed i *procedimenti* al cui interno gli atti stessi prendono forma e si dispongono. Inconferente, poi, di tutta evidenza, è l'ulteriore circostanza, alla quale la Corte parrebbe stranamente assegnare rilievo, secondo cui il ricorso stesso è stato proposto non già entro il termine più ampio previsto dagli artt. 39 e 41, l. n. 87, bensì entro quello fissato nell'art. 123, laddove – com'è chiaro – non si può certo censurare il comportamento di quel soggetto che si determini a presentare il proprio ricorso... *troppe presto*.

che lo *ius superveniens* costituzionale spiega immediati (e, a quanto pare, non dissimili) effetti sul contenzioso pendente, quale che sia la via seguita per impiantarla e quale che sia il vizio originariamente denunciato.

Con riferimento al procedimento in via di azione, la tesi enunciata nella [sent. n. 17 del 2002](#)² è che lo *ius superveniens* costituzionale rileva tanto per l'aspetto procedimentale quanto per quello sostanziale, ma per il primo con carattere di priorità rispetto al secondo, non considerandosi ormai più – in deroga al principio *tempus regit actum* – validamente radicato il ricorso presentato nel vigore delle vecchie norme.

Se nella pronuncia ora richiamata la Corte mostra di voler porre in primo piano il profilo procedimentale, nelle altre decisioni emesse con riguardo a questioni sollevate in via di eccezione l'unico piano sul quale esse sono trattate è, ovviamente, quello sostanziale: in un caso e nell'altro, ad ogni buon conto, lo *ius superveniens* costituzionale non dà modo – dice la Corte – di passare al merito. Singolare, nondimeno, rimane la circostanza per cui il giudice delle leggi non ha ritenuto di doversi interrogare circa la natura di quest'ultimo, se meramente “formale” ovvero “sostanziale”, così come invece ha talora (e sia pure in casi sporadici) fatto con riguardo allo *ius superveniens* legislativo³.

La [sent. n. 17](#), con la declaratoria di improcedibilità in essa fatta⁴, sollecita, dunque, a dar ulteriore corso alla legge, riconoscendo allo stesso tempo come possibile la ripetizione dell'atto di controllo da parte del Governo con le nuove regole dell'art. 127⁵. La Corte dà per scontato che la legge sia promulgata e pubblicata; è, tuttavia, da chiedersi se lo *ius superveniens* non possa valere anche per il Presidente della Regione⁶ che proprio da esso potrebbe considerarsi abilitato a non promulgare la legge.

La questione è antica. Come si sa, l'ipotesi di un rinvio delle delibere legislative da parte del Presidente della Regione è già stato prospettato da tempo, quanto meno con riguardo ai casi più gravi (il cui accertamento, nondimeno, rimane largamente opinabile e sfuggente); e va pure rammentato che, proprio dopo le recenti innovazioni costituzionali, l'idea di prevedere espressamente in ambito

² ... quindi puntualmente richiamata dalle ordd. nn. [65](#), [182](#), [228](#), [246](#), [247](#), [248](#) del 2002. È da notare che la prima delle decisioni ora menzionate riguardava l'impugnazione di una delibera legislativa di Regione a statuto speciale; il che – come ha opportunamente rilevato G. SILVESTRI, intervenendo su *Le Regioni speciali nel nuovo assetto costituzionale*, Palermo 21-22 giugno 2002 – può far pensare che la Corte, per il solo fatto di sviluppare per intero il suo ragionamento facendo esclusivo riferimento all'art. 127, abbia considerato come maggiormente favorevole per l'autonomia il sistema di ricorso stabilito in tale art., così come “novellato” dalla legge cost. n. 3 dello scorso anno, rispetto a quelli previsti negli statuti speciali (quanto meno, rispetto a quello della Regione la cui legge era *sub iudice*), tanto da far immediata applicazione del nuovo ingranaggio di ricorso in forza della clausola al riguardo fissata nell'art. 10 della legge di riforma: maggior favore dell'uno sistema al confronto degli altri che, in generale, può esser invero riconosciuto, con la sola eccezione tuttavia del regime previsto per la Sicilia, con ogni probabilità da ritenere, nel suo insieme, ancora più “benevolo” per la Regione, sempre che applicato coi suoi caratteri originari, ma esso pure dimostratosi – come si sa – meno conveniente, per il modo con cui si è complessivamente inverteo.

È, poi, ancora da notare che nell'[ord. n. 228](#), sopra cit., si dà atto della rinuncia al ricorso da parte del Governo; non risultando, tuttavia, pervenuta l'accettazione della controparte, la Corte si è trovata costretta a ricorrere ad una pronuncia di “improcedibilità”, nel senso subito si seguito chiarito. Ciò che fa prevedere che il Governo non impugnerà nuovamente la delibera regionale ormai divenuta, con la sua promulgazione, legge in senso proprio. E, però, nulla vieta che il Governo possa avere un ripensamento al riguardo, tornando a rivolgersi alla Corte.

³ Si rammentino i casi di spostamento dell'oggetto da una disposizione all'altra o, per dir meglio, di riconoscimento della sostanziale identità della norma-oggetto malgrado la diversità della disposizione che la esprime (da ultimo, v. [sent. n. 25 del 2002](#)). Sulle non poche questioni che si pongono in relazione ai mutamenti di situazioni normative ed al modo con cui essi sono complessivamente trattati in giurisprudenza, v., assai di recente, A. MORELLI, *Lo ius superveniens come tecnica di selezione delle questioni di legittimità costituzionale*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, a cura di E. Malfatti-R. Romboli-E. Rossi, Torino 2002, 583 ss.

⁴ Questo esito era stato prefigurato da A. CONCARO, *Corte costituzionale e riforma del Titolo V della Costituzione: spunti di riflessione su alcuni problemi di diritto intertemporale*, in questa *Rivista*, 6/2001, 1334 s.

⁵ Ad esser pignoli, si potrebbe opporre che non di vera “ripetizione” si tratta, dal momento che il primo ricorso aveva ad oggetto una “delibera legislativa” ed il secondo una “legge”; ma che esse possano, per la loro sostanza normativa, coincidere del tutto non è dubbio.

⁶ ... e, di riflesso, secondo una ipotesi che si passa subito a ragionare nel testo, per lo stesso Consiglio regionale, che potrebbe essere chiamato a pronunciarsi nuovamente sul testo della legge.

regionale (ovviamente, negli statuti) un potere di rinvio è stata ripresa da una sensibile dottrina, al fine di rafforzare le garanzie della rigidità statutaria, altrimenti gravemente esposte⁷.

Il punto non può essere qui approfondito come si conviene e ci si deve pertanto limitare ad osservare che il caso ora discusso è comunque diverso da quello a suo tempo ragionato in dottrina, se non altro per la circostanza che il potere di rinvio sarebbe qui esclusivamente legato alla contingente situazione di passaggio da un assetto costituzionale all'altro, diversamente da ciò che potrebbe aversi a regime. E va pure considerato che il rinvio presidenziale in ambito regionale, verso il quale in via generale mi dichiaro contrario non sembrandomi trapiantabile meccanicamente la "logica" dell'art. 74 cost. per la evidente diversità dei contesti⁸, presenterebbe l'indubbio vantaggio di dar modo agevolmente al Consiglio regionale di "riappropriarsi" della legge, apportandovi le eventuali modifiche sollecitate dal mutato quadro costituzionale, senza dover perciò far luogo all'inizio di un nuovo procedimento legislativo⁹.

Ad ogni buon conto, è, questa, una eventualità che mi parrebbe non potersi *a priori* scartare (per quanto in senso avverso giochi la circostanza per cui essa non dispone di specifico fondamento positivo¹⁰), ma che non tocca il cuore della questione ora discussa: quella della reiterabilità del controllo da parte del Governo. Del *controllo* – è stato fatto opportunamente notare¹¹ – e non già del *giudizio*: il rischio, già altrove paventato¹², di una duplicazione di quest'ultimo, quale avrebbe potuto astrattamente aversi per il caso che la Corte avesse mandato la prima volta assoluta la delibera legislativa che, divenuta quindi legge, avrebbe potuto essere nuovamente impugnata con le nuove regole¹³, è stato abilmente scansato dalla Corte col fatto stesso di non esser passata al merito della

⁷ V., in tal senso, part. R. BIN, *Le potestà legislative regionali, dalla Bassanini ad oggi*, e A. SPADARO, *I "contenuti" degli statuti regionali (con particolare riguardo alle forme di governo)*, entrambi in AA.VV., *Le fonti di diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, a cura di A. Ruggeri e G. Silvestri, Milano 2001, rispettivamente, 150 e 91. Secondo una diversa proposta, patrocinata da T. GROPPI, *Quale garante per lo Statuto regionale?*, in AA.VV., *La potestà statutaria regionale nella riforma della Costituzione. Temi rilevanti e profili comparati*, Milano 2001, 293 ss., e che vedo ora ripresa da alcune bozze di statuto in circolazione, il modo più adeguato per preservare la rigidità statutaria in ambito regionale sarebbe quello di far luogo alla istituzione di un organo di garanzia, sulla cui complessiva connotazione peraltro il dibattito è ancora aperto, facendosi notare come si corra il rischio di valicare la soglia della "giurisdizionalità" davanti alla quale, come si sa, la Regione è costretta ad arrestarsi [un appunto critico in tal senso, con ulteriori ragguagli, può ora vedersi nel mio *I nuovi statuti al bivio tra continuità ed innovazione (ragionando sui possibili "modelli" e sulle loro complessive carenze, alla luce delle indicazioni date da una bozza di statuto della Regione Calabria)*, in www.federalismi.it, par. 4].

⁸ Si faccia, ad ogni modo, caso al fatto che altro è il rinvio quale forma di garanzia ad opera di un organo *super partes* (ciò che si spiega in ambito statale ma non a livello regionale) ed altro ancora il rinvio per *ius superveniens*, di cui ora si discorre, che potrebbe addurre a proprio sostegno una motivazione anche squisitamente politica, nel senso subito di seguito indicato nel testo.

⁹ L'ipotesi di un'eventuale riapprovazione della legge conseguente alla remissione di quest'ultima da parte della Corte è ora ragionata da P. NICOSIA, *Primi passi della Corte costituzionale nell'applicazione del nuovo art. 127 della Costituzione*, in *forum di Quad. cost.*, in rete.

¹⁰ Argomento, questo che si richiama al principio di attribuzione, indubbiamente assai forte ma che la dottrina corrente in via generale tende a considerare non insuperabile (si pensi, ad es., al potere comunemente riconosciuto al Capo di Stato di "rinvio" degli atti del Governo portatigli per la firma, malgrado non se ne abbia – come si sa – traccia in Costituzione).

¹¹ Ancora P. NICOSIA, nello scritto sopra richiamato.

¹² ... nel mio *La riforma costituzionale del Titolo V e i problemi della sua attuazione, con specifico riguardo alle dinamiche della normazione ed al piano dei controlli*, intervento all'incontro di studio di Bologna del 14 gennaio scorso, a cura dell'A.I.C., su *Il nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione*, in *Quad. reg.*, 2/2001, 627 ss., e già in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

¹³ Il presupposto dell'ipotesi ragionata nel mio scritto sopra cit. è proprio quello ora rigettato dalla Corte, vale a dire la intangibilità del principio *tempus regit actum*, in nome del quale il contenzioso pendente avrebbe dovuto restare incardinato in base alla vecchia disciplina costituzionale per l'aspetto procedimentale e deciso alla luce della nuova, quanto al profilo sostanziale. Il timore – paventato da A. CONCARO, *Corte costituzionale e riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., 1335 s. – di una possibile incisione del principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, conseguente alla sostituzione "d'ufficio" del parametro, avrebbe potuto (o un domani potrebbe...) esser fugato nella considerazione secondo cui – anche a prescindere dal modo comunque peculiare e non rigido con cui il principio stesso trova applicazione nelle esperienze della giustizia costituzionale – la Corte avrebbe pur sempre fatto capo alla *stessa* disposizione-parametro originariamente indicata dal ricorrente (in specie, l'art. 117), nondimeno rivista alla luce delle innovazioni ad essa recate dalla legge di riforma. Ed è bensì vero che la disposizione stessa è stata profondamente innovata; ma, questo, ai fini del processo costituzionale e delle sue esigenze, non può mai dirsi *a priori* o in astratto (e, perciò, ripetuto a mo' di *slogan*) ma va, appunto, valutato in concreto. E, così come l'innovatività sostanziale dello *ius*

“questione”. Nessun dubbio, poi, può aversi a riguardo del fatto che l’eventuale successivo ricorso può essere, in rapporto al primo, sia “nuovo” che non. Il giudicato costituzionale, che pure secondo dottrina corrente non sarebbe prodotto dalle decisioni di rigetto¹⁴, non potrebbe in ogni caso trovarsi coinvolto, non avendo la Corte fatto luogo la prima volta ad alcun accertamento di merito.

A seguire il filo del ragionamento svolto dal giudice delle leggi e dandosi immediato rilievo allo *ius superveniens* anche per l’aspetto formale-procedimentale, se ne dovrebbe avere che l’intero *iter* di formazione della legge sia da considerare ormai toccato dal mutamento normativo, risultando dunque travolta per intero e con effetti immediati la disciplina previgente. Nessuna differenza dovrebbe, pertanto, farsi – come invece da alcuni sostenuto¹⁵ – tra leggi già impugnate e leggi solo rinviate, le quali ultime pure potrebbero esser promulgate e pubblicate. Non si vede, infatti, come argomentare la tesi secondo cui, mentre le delibere legislative rimaste ad uno stadio meno avanzato si troverebbero ad esser governate, in ordine al loro regime, dalla vecchia disciplina (e, pertanto, richiederebbero di essere nuovamente approvate, ecc.), invece per quelle già portate davanti alla Corte varrebbe da subito il nuovo ordinamento. Quale che sia, perciò, il grado di maturazione del procedimento di formazione, il nuovo diritto costituzionale – fa capire la Corte – si impone con effetti immediati ed onnipervasivi.

È da chiedersi come mai la Corte non abbia pensato di far luogo ad una pronuncia di cessazione della materia del contendere, come pure era stato ventilato¹⁶ e si è usualmente fatto in caso di *ius superveniens* legislativo (ed in altri casi ancora) e quali differenze siano astrattamente prospettabili tra siffatta dichiarazione e quella d’improcedibilità resa nella [sent. n. 17](#) di quest’anno. Viene da pensare che le ragioni tenute presenti possano essere state due, l’una opposta all’altra: per un verso, la delibera legislativa impugnata avrebbe potuto considerarsi inidonea ad essere promulgata e pubblicata (analogamente a quanto, come si sa, si è detto per i casi di promulgazione parziale delle leggi siciliane, pure assai diversi da quello ora in esame¹⁷) e la Regione si sarebbe, pertanto, trovata costretta a far partire da capo un nuovo procedimento legislativo in materia per portare ad effetto le proprie norme. Per un altro verso, invece, ritenendosi la delibera ormai liberata dal cappio del ricorso e, dunque, automaticamente “trasformata” in legge (ancorché bisognosa di promulgazione e pubblicazione) avrebbe potuto considerarsi non più impugnabile dal Governo, proprio in conseguenza della dichiarazione di cessazione della materia del contendere.

Per il primo aspetto, sarebbe stata evidentemente, irragionevolmente sacrificata l’autonomia regionale; e se si pensa che, in via di principio, il mutamento di quadro costituzionale posto in essere con la riforma dovrebbe piuttosto preludere al suo rafforzamento, la soluzione ora ipotizzata avrebbe suonato amaramente paradossale. Per il secondo, sarebbe stato – ancora una volta, irragionevolmente – messo da canto il diritto del Governo di avere comunque una risposta da parte della Corte, facendo sfuggire artificiosamente la legge al controllo sia con le vecchie che con le nuove regole.

La soluzione mediana preferita dall’arbitro costituzionale è stata, dunque, nel senso di spostare temporalmente in avanti e far ripartire da capo la partita, senza pregiudizio per le posizioni di alcuna delle parti in campo.

superveniens legislativo è, alle volte (e sia pure di rado), riconosciuta o negata “d’ufficio” dalla Corte, allo stesso modo avrebbe potuto (o potrebbe) essere anche nel caso nostro, giustificandosi pertanto, quanto meno con riguardo a talune questioni o ricorsi di costituzionalità, la trattazione della causa (ma v., sul punto, *amplius, infra*).

¹⁴ Un quadro di sintesi delle ricostruzioni proposte può ora vedersi in F. DAL CANTO, *Giudicato costituzionale*, in *Enc. dir.*, Agg., V (2001), 437 ss.

¹⁵ R. TOSI, *La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa*, G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo titolo V della Parte seconda della Costituzione*, e A. CONCARO, *Corte costituzionale e riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., tutti in questa *Rivista*, 6/2001, rispettivamente, 1242 ss., 1266 ss. e 1329 ss.

¹⁶ Ancora T. GROPPI, *La legge costituzionale n. 3/2001 tra attuazione e autoapplicazione*, in AA.VV., *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, a cura di T. Groppi e M. Olivetti, Torino 2001, 220.

¹⁷ La promulgazione parziale, infatti, si spiega proprio in quella logica del controllo preventivo che è stata ora spazzata via dalla riforma dell’anno scorso, così come, dal suo canto, la dichiarazione di cessazione della materia del contendere da parte della Corte consegue alla promulgazione parziale della legge, della quale presuppone dunque, a differenza del caso nostro, l’entrata in vigore.

Ma, siamo certi che non vi fossero altre vie ugualmente percorribili, senza dover disinvoltamente accantonare il principio *tempus regit actum*? A me pare che a questa domanda si potesse (e si possa) rispondere di sì, per quanto il percorso da seguire si sarebbe invero rivelato maggiormente scomodo ed impegnativo per la Corte. E questo avrebbe potuto (o un domani, volendo, potrebbe) valere tanto per le impugnazioni in via diretta quanto per quelle in via di eccezione.

2. Notazioni critiche a riguardo della soluzione “a scatto automatico” preferita dalla Corte, nel quadro di una possibile utilizzazione dello *ius superveniens* maggiormente articolata e differenziata in ragione dei casi

Ora, per avvedersi di come avrebbe potuto esser diversamente impostata la questione, va preliminarmente avvertito che, al fondo di essa, sta un'altra, più generale questione, ad oggi non organicamente affrontata e compiutamente risolta, riguardante la teoria dell'assorbimento dei vizi. Al pari, ad es., di ciò che concerne la riunione dei giudizi (altra questione fin qui molto approssimativamente risolta, sulla base di sollecitazioni contingenti ed al di fuori di un quadro concettuale previamente definito anche solo nei suoi lineamenti essenziali¹⁸), la Corte non si è mai dotata (né, per la verità, è stata soccorsa da una riflessione dottrinale al riguardo assai carente¹⁹) di una lineare ed internamente ben strutturata teoria dell'assorbimento dei vizi di costituzionalità. E, invero, si fatica non poco a comprendere quale ordine logico ed assiologico si dia nell'esame del profilo procedurale e di quello sostanziale in sede di giudizio di costituzionalità e quali, dunque, possano essere i riflessi su entrambi determinati dallo *ius superveniens* costituzionale.

La giurisprudenza pregressa insegna che, in non pochi casi, la questione si presta ad essere dichiarata inammissibile per ragioni indipendenti dall'eventuale mutamento normativo, al livello del parametro così come dell'oggetto del giudizio di costituzionalità. Questioni ancipiti, ipotetiche, ad oggetto indeterminato, palesemente carenti in fatto di rilevanza, ecc., possono essere – come si sa – immediatamente fermate davanti all'uscio della Consulta senza necessità di ulteriori indagini²⁰. Di contro, quanto ai ricorsi in via principale, alcune “questioni” possono essere ugualmente scrutinate nel merito, rimanendo per ciò assolutamente indifferente ogni eventuale innovazione al livello delle norme sulla competenza (in senso lato, sia che attengano ai tipi di potestà legislativa e sia che

¹⁸ Incisive notazioni critiche al riguardo sono in C. SALAZAR, *Riunione delle cause nel giudizio sulle leggi e teorie del “caos”, ovvero: della “leggerezza” (insostenibile?) del processo costituzionale*, in AA.VV., *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, a cura di P. Costanzo, Torino 1996, 358 ss.

¹⁹ Ma v. lo studio di L. D'ANDREA, *Prime note in tema di assorbimento nei giudizi di costituzionalità*, in AA.VV., *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, a cura di A. Ruggeri e G. Silvestri, Milano 2000, 79 ss., il quale, dopo aver fatto notare come la Corte debba pronunciarsi non soltanto “nei limiti dell'impugnazione”, secondo quanto prescritto dall'art. 27, l. n. 87 del '53, ma anche su “tutta l'impugnazione” (96), distingue, in particolare, tra un assorbimento “influyente” ed uno “innocuo” (104 ss.), traendone rilevanti conseguenze di ordine teorico-ricostruttivo (lo stesso D'A., nondimeno, tiene a precisare – 96 ss. – che l'assorbimento oggetto del suo studio attiene unicamente al merito ed ai casi di leggi la cui invalidità sia dichiarata dalla Corte, non già a quelli chiusi con pronuncia di natura processuale o anche con pronuncia di merito non caducatoria).

²⁰ Ciò che, invero, la Corte ha fatto ([ord. n. 212 del 2002](#)), ma in un caso in cui non era fatto richiamo a norme-parametro contenute nel titolo V, mentre laddove *anche* queste ultime erano evocate in campo la Corte s'è trattenuta dal decidere pure su profili di stretto diritto processuale, la cui considerazione avrebbe potuto far chiudere subito la partita. Così, nel caso deciso con [ord. n. 9 di quest'anno](#), l'Avvocatura dello Stato aveva sostenuto l'inammissibilità della questione sotto diversi aspetti, tra cui la carenza della rilevanza e il carattere indeterminato e perplesso della questione (similmente, nel caso di cui all'[ord. n. 235 del 2002](#)); il carattere ipotetico ed astratto della questione, così come la sua carenza di rilevanza, sono poi state eccepite dalla Regione Veneto, in occasione del caso trattato dall'[ord. n. 157 del 2002](#). Ma, la Corte, come si vede, non se n'è fatta cura. Ancora più macroscopica, poi, la carenza esibita dall'ordinanza di rimessione che sta a base del caso deciso con [ord. n. 76 del 2002](#), laddove la “motivazione” in punto di rilevanza è stata posta in essere solo dopo che il giudice *a quo* aveva sospeso l'ordinanza-ingiunzione avverso la quale era stato avanzato il giudizio di opposizione nel corso del quale era stata sollevata la questione. Ma, per la Corte, ancora una volta la sola cosa che conta è l'innovazione appostata all'art. 117 della Costituzione.

riguardino le materie). Una legge impugnata per violazione dell'eguaglianza può, ad es., essere scrutinata in ogni caso, quale che sia l'entità del mutamento recato all'art. 117 cost.²¹.

Qui, per la verità, la questione si lega a quella relativa ai vizi rilevabili dopo la riforma.

Qualora dovesse ritenersi, così come (sia pure dubitativamente) prospettato in dottrina²², che d'ora innanzi le leggi regionali potranno essere attaccate unicamente per violazione della competenza, allora l'ipotesi sopra fatta non potrebbe più riscontrarsi in futuro. Per il caso, invece, che il regime dei vizi dovesse considerarsi immutato e si avesse una impugnazione di legge regionale motivata tanto con il sospetto superamento della sfera di competenza quanto con la violazione di altri parametri costituzionali ovvero solo di questi ultimi, allora rimarrebbe da stabilire quale possa o debba essere l'ordine "giusto" di esame dei vizi.

Dalla prospettiva ora adottata, una piatta ed uniformante applicazione, "a scatto automatico", della restituzione degli atti al mittente per *ius superveniens* costituzionale può rivelarsi diseconomica per i casi in cui la radice o una delle radici della invalidità della legge non abbia a che fare col mutamento del parametro, sì da poter essere subito estirpata se colta e messa in evidenza già in sede di primo scrutinio della questione²³.

Volendo, dunque, mantenere la coerenza interna alla decisione della Corte di rimandare indietro le leggi impugnature e tentare di ricostruirne la *ratio*, dovrebbe dirsi che: *a*) lo *ius superveniens* procedimentale precede quello sostanziale, il cui esame non è consentito fintantoché non si *corregge* il ricorso, reiterandolo in applicazione delle nuove regole ([sent. n. 17](#), cit.); *b*) quanto, poi, allo *ius superveniens* sostanziale, l'esame relativo al rispetto della nuova norma costituzionale sulla competenza (art. 117) precede, secondo quanto emerge dalle decisioni di restituzione degli atti ai giudici *a quibus*, logicamente *ogni* altro tipo di accertamento e senza passare prima da esso non è, dunque, possibile procedere ad altro scrutinio di merito; *c*) la Corte si considera sgravata dell'onere o come che sia impedita di far luogo a siffatto accertamento "a prima battuta", salvo – naturalmente – il farlo "in seconda", a seguito della eventuale reiterazione della questione.

Quest'orientamento, tuttavia, come si accennava poc'anzi, non appare pienamente in linea con quello stesso seguito in tema di *ius superveniens* legislativo, quanto meno con riguardo ai casi in cui la Corte si è spinta a verificarne il carattere sostanzialmente innovativo²⁴. Si potrebbe opporre che un

²¹ Proprio la legge toscana che, unitamente ad una ligure, ha dato origine al caso risolto con la [sent. n. 17](#), sopra richiamata, era stata censurata dal Governo anche in relazione all'art. 3 cost., ma – per la verità – non solo rispetto ad esso.

²² V., ora, T. MARTINES-A. RUGGERI-C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*, Milano 2002, 298 ss. e A. CONCARO, *Corte costituzionale e riforma del Titolo V della Costituzione*, cit., 1339 ss. Diversamente, P. CARETTI, *L'assetto dei rapporti tra competenza legislativa statale e regionale, alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione: aspetti problematici*, in questa *Rivista*, 6/2001, 1230 ss.

²³ La gran parte delle questioni rimesse ai giudici che le avevano sollevate coinvolgeva anche parametri esterni al titolo V, quali quelli enunciati negli artt. 3 e 24 ([ord. n. 416 del 2001](#)), 2, 18, 42 e 43 ([ord. n. 13 del 2002](#)), 18 ([ord. n. 14 del 2002](#)), 3 ([ord. n. 26 del 2002](#)), 2, 3, 41 e 77 ([ord. n. 60 del 2002](#)), 3 e 24 ([ord. n. 72 del 2002](#)), 3, 4 e 35 ([ord. n. 80 del 2002](#)), 3, 5 e 25 ([ord. n. 96 del 2002](#)), 3 (ordd. nn. [117](#) e [162](#) del 2002), 41 ([ord. n. 190 del 2002](#)), 3 e 70 ([ord. n. 230 del 2002](#)), 3, 5 e 11 ([ord. n. 235 del 2002](#)), 3 e 97 ([ord. n. 245 del 2002](#)). Quale, poi, fosse il legame "sistematico" riscontrabile tra i parametri stessi, sia tra di loro che in rapporto a disposti del titolo V, richiederebbe, come sempre, un accertamento caso per caso.

²⁴ È interessante notare come in uno dei casi ora trattati, di cui all'[ord. n. 26 del 2002](#) sopra cit., l'Avvocatura dello Stato avesse eccepito altresì lo *ius superveniens* legislativo, senza nondimeno ricevere sul punto alcuna risposta dalla Corte; in un altro caso ancora ([ord. n. 96 del 2002](#), cit.), lo *ius superveniens* legislativo è prospettato dalla stessa Corte, che tuttavia significativamente aggiunge come "indipendentemente dall'intervenuto mutamento della legislazione statale concernente la materia in oggetto, successivamente alla pronuncia di tutte le ordinanze di rimessione, è entrata in vigore la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3...": evidentemente, lo *ius superveniens* costituzionale, nell'ordine gerarchico fatto proprio dalla Consulta, precede lo stesso *ius superveniens* legislativo (ma, non si vede proprio quale ne possa essere il fondamento teorico). Nel caso, poi, risolto con [ord. n. 60 del 2002](#), la Regione umbra, intervenuta in giudizio, aveva fatto notare che la norma di legge della cui legittimità il Consiglio di Stato aveva dubitato era stata erroneamente individuata e, comunque, che successivamente alla remissione degli atti alla Corte era entrata in vigore una nuova legge della stessa Regione in materia. Tuttavia, anche questi dati non sono stati tenuti in alcun conto. Invece, [l'ord. n. 190 del 2002](#) rovescia – a quanto pare – l'ordine gerarchico suddetto, dal momento che la restituzione degli atti è motivata proprio con specifico (ed *esclusivo*) riguardo allo *ius superveniens* legislativo, non già pure ovvero prioritariamente a quello costituzionale.

conto sono le vicende riguardanti l'oggetto del giudizio di costituzionalità, un altro quelle afferenti il parametro, solo apparentemente (ma falsamente) speculari le une alle altre e, dunque, non meritevoli di essere riguardate dalla stessa prospettiva e, comunque, trattate allo stesso modo. Tuttavia, avverso siffatto ipotetico argomentare si potrebbe, a mia opinione, far valere più d'una considerazione. A prescindere, infatti, dal carattere approssimativo (e – diciamo pure – apodittico) dell'affermazione, non va perduta di vista, per un verso, la circostanza per cui la "questione" di costituzionalità, sia nella sua astratta e teorica connotazione così come in concreto, quale questione individua, nella tipicità degli elementi fattuali e normativi che la compongono e connotano, risulta da un insieme di "dati", fra i quali principalmente appunto i "termini" positivi, concorrenti nella stessa misura a farla e caratterizzarla²⁵. Per un altro verso, poi, le innovazioni per fatti riguardanti il parametro sono idonee a svolgersi non soltanto, appunto, al piano del parametro stesso ma altresì a quello dell'oggetto, sotto un duplice profilo: vuoi per il fatto che lo *ius superveniens* costituzionale potrebbe commutarsi e, allo stesso tempo, presentarsi anche come *ius superveniens* legislativo, abrogando e variamente modificando disposti di legge (tra i quali, ovviamente, possono comprendersi proprio quelli sui quali la Corte è chiamata a pronunciarsi)²⁶ e vuoi ancora per la ragione che, comunque, in virtù del carattere sistematico e "circolare" dei processi interpretativi, la stessa ricognizione di senso della disposizione-oggetto potrebbe risultare variamente "impressionata" dal mutamento costituzionale, così come, naturalmente, viceversa. Insomma, lo *ius superveniens* può anche radicarsi ad un piano di esperienza ma poi contagiare immediatamente anche l'altro (o, a cascata, gli altri), proprio per la loro contiguità e, dunque, per il flusso di mutua alimentazione semantica che senza sosta si intrattiene tra i "materiali" che su ciascuno di essi si impiantano e rinnovano. Separare in modo netto parametro ed oggetto (con le relative vicende) o, peggio, trattarli a fini processuali in modo distinto appare, pertanto, largamente artificioso.

Così stando le cose ed in considerazione della portata potenzialmente dirompente delle innovazioni introdotte dalla legge cost. n. 3 del 2001, idonee a riflettersi su porzioni assai estese dell'ordinamento²⁷, va avvertito che la stessa legislazione statale, nella identica (e, forse, persino in una ancora maggiore²⁸) misura di quella regionale, è toccata dalla riforma²⁹: col rischio, evidente,

²⁵ Riassuntivamente sul punto, di cruciale rilievo per la teoria non solo della giustizia costituzionale ma della stessa Costituzione, può ora, volendo, vedersi A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2001, 99 ss., spec. 129 ss.

²⁶ La questione è tornata di particolare attualità proprio dopo la riforma del titolo V, interrogandosi la dottrina circa la sorte di interi settori della legislazione previgente (ad es., in materia di controlli) la cui compatibilità col nuovo quadro costituzionale appaia assai dubbia o – diciamo pure – impossibile (sul punto, v., nuovamente, T. GROPPI, *La legge costituzionale*, cit., nonché il mio *La riforma costituzionale*, cit.).

²⁷ ... persino su ambiti un tempo ritenuti categoricamente sottratti all'intervento regionale. Si pensi, ad es., al limite della materia processuale o a quello dei rapporti privati e, persino, degli stessi diritti fondamentali, oggi meritevoli di esser *funditus* riconsiderati: quanto al primo, particolarmente, alla luce della previsione contenuta nell'art. 116, III c.; al secondo, in forza delle formule di cui alle lett. l) ed m), pure di faticosa, reciproca armonizzazione, ed al terzo, ancora una volta, in base alla formula da ultimo richiamata, che parrebbe giustificare una produzione normativa regionale per tutto ciò che non attiene ai "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (se n'è, da ultimo, ampiamente discusso in occasione del Convegno su *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*, Certosa di Pontignano 10-11 maggio 2002, e del Convegno su *Il 'nuovo' ordinamento regionale in Italia: confronti europei (Spagna, Germania e Regno Unito)*, Cosenza 3-4 giugno 2002, ed *ivi*, part., la relazione di G.U. RESCIGNO, *I diritti civili e sociali fra legislazione esclusiva dello Stato e Regioni*). Un primo, cauto approccio alle questioni qui accennate è, ora, in [Corte cost. n. 282 del 2002](#), annotata da B. CARAVITA, *Prime precisazioni della Corte costituzionale sulla potestà legislativa regionale nel nuovo art. 117*, in www.federalismi.it.

²⁸ È chiaro che le novità apportate dalla inversione della tecnica di riparto delle materie tra Stato e Regioni sono assolutamente speculari, alla espansione della sfera di competenze di queste corrispondendo un restringimento della sfera di quello; ma, non si dimentichi che, per ciò che concerne i possibili esiti di una vicenda processuale, le probabilità che una legge regionale, già di per sé valida alla luce del vecchio quadro costituzionale, divenga invalida dopo la riforma sono praticamente assai remote, a differenza di ciò che può dirsi delle leggi statali.

²⁹ ... così come lo è l'amministrazione; anzi, nel caso di quest'ultima, il giudizio sugli atti che ne sono espressione, in quanto assunti come idonei a determinare una lesione o menomazione della sfera di competenza regionale, a stare all'ordine di idee della Corte, dovrebbe essere comunque subordinato all'accertamento degli effetti prodotti dallo *ius superveniens* costituzionale. Ciò che, invece, non s'è fatto con le sentt. nn. [133](#), [156](#) e [196](#) del 2002. Con la prima, in particolare, è stato annullato, in sede di conflitto di attribuzioni, un decreto ministeriale (peraltro, fa notare la stessa Corte,

che, seguitando nel frattempo la Corte a pronunziarsi su leggi statali non sospette di violare il titolo V, siano mantenute in vigore ed applicate³⁰ norme da esse prodotte che avrebbero piuttosto meritato di essere caducate, sol perché il parametro indicato nell'ordinanza di rimessione non è tra quelli espressamente toccati dalla riforma.

Questo rischio non è, tuttavia, parabile fino in fondo. Sarebbe insensato pensare che la giurisprudenza si fermi e rimandi indietro *qualunque* questione sollevata, in nome di uno *ius superveniens* potenzialmente onnipervasivo. Ma, non è ugualmente sensato che la Corte non rimandi indietro *alcuna*, sol perché tra i parametri indicati nell'ordinanza di rimessione non erano espressamente richiamate disposizioni contenute nel titolo V. Non si trascuri, infatti, che la riforma si proietta ben oltre il pur ampio "campo" descritto dagli artt. 114 ss., specie laddove fa riferimento alla sussidiarietà "orizzontale", alle azioni positive in genere a tutela delle donne (e particolarmente con riguardo alle consultazioni elettorali), ecc., sicché possibili riflessi a carico di enunciati sostantivi della Carta sono da mettere in conto³¹.

Non saprei, invero, dire quante volte la Corte si è fin qui interrogata circa la possibile (ma, evidentemente esclusa) incisione di parametri evocati dalle ordinanze di rimessione e diversi da disposizioni del titolo V. Sta di fatto che solo qualora siano richiamate esplicitamente queste ultime si assiste alla restituzione degli atti alle autorità remittenti. Nel caso opposto, la Corte reputa, dunque, di poter passare al merito³². Sarà poi affare del giudice, specificamente in presenza di una decisione di rigetto, stabilire se la norma fatta salva può essere ugualmente applicata al caso o se non richieda piuttosto di essere portata ad oggetto di una nuova questione "conseguente" proprio allo *ius superveniens*.

Ma, così come i singoli casi potranno variamente indirizzare l'attività "conseguenziale" dei giudici³³, specificamente per ciò che concerne gli effetti dello *ius superveniens* costituzionale,

già di per sé inapplicabile...) lesivo dell'autonomia della Regione siciliana, per violazione del principio di leale cooperazione. La circostanza per cui la lesione stessa avrebbe a maggior ragione potuto essere riscontrata alla luce del nuovo quadro costituzionale lascia assolutamente indifferente la Corte, che non se ne cura: piuttosto, la circostanza stessa ulteriormente avvalorata la tesi, qui enunciata, a favore dell'immediato utilizzo (quanto meno in alcuni casi), nel processo costituzionale, del nuovo parametro costituzionale. Né varrebbe opporre che la denuncia qui riguardava non già la lesione di un disposto contenuto nel titolo V bensì di uno appartenente allo statuto, dal momento che – in base alla previsione di cui all'art. 10 della legge di riforma – la Corte non avrebbe dovuto considerarsi sgravata dell'onere di verificare la perdurante identità del parametro espressamente indicato nell'atto di ricorso ovvero della sua alterazione (ovviamente, *in melius* per la Regione) ad opera dello *ius superveniens* costituzionale. Nel merito, convengo, poi, che l'alterazione stessa, con ogni probabilità, non v'era; ma, il punto è che la Corte avrebbe quanto meno dovuto interrogarsi al riguardo. La verità è – a me pare – che la Consulta sembra essere tendenzialmente portata a considerare immutato il vecchio contesto, laddove si tratti di giudicare atti statali, sì da poter appunto passare pianamente al merito, e (presuntivamente) mutato invece con riferimento agli atti regionali. Che, però, le cose non stiano affatto così non è dubbio.

³⁰ Qui, la questione specificamente si intreccia con quella, accesa e discussa, riguardante la ricostruzione del "modello" di rapporti intercorrenti, dopo la riforma, tra leggi statali e leggi regionali. Se, tuttavia, si conviene con la tesi, come si sa già invalsa nell'esperienza formatasi nel vecchio contesto, secondo cui le norme statali si prestano a spiegare effetti nei territori regionali fintantoché non siano progressivamente rimpiazzate dalle norme regionali (così come queste ultime possono essere immediatamente modificate dalle regole statali adottate in svolgimento di nuovi principi), nessun ostacolo vi sarebbe alla perdurante applicazione delle leggi statali. Il punto, tuttavia, va oggi rivisto alla luce del modo con cui è complessivamente ricostruito l'intero "modello". Non nascondo qui la mia preferenza, altrove manifestata, per il mantenimento della "logica" della integrazione delle competenze (e delle fonti che ne sono espressione), tuttavia – come si sa – oggi al centro di controverse valutazioni e divergenti orientamenti (e basti, al riguardo, confrontare i non coincidenti punti di vista di R. TOSI e G. FALCON, così come espressi negli scritti sopra richiamati).

³¹ Certo si è, nondimeno, che, in forza della unicità-totalità sistematica del dettato costituzionale e del carattere ugualmente sistematico dell'interpretazione, v'è il rischio assai serio che, da una prospettiva sostanziale di qualificazione del parametro, molte più questioni di quanto a prima vista non sembri debbano considerarsi interessate dallo *ius superveniens*.

³² V., ad es., i casi decisi con ordd. nn. [240](#) e [241](#) del 2002, pure relativi a leggi regionali.

³³ Ancora oggi una fitta coltre di nebbia avvolge il "seguito" giudiziario (per non dire di quello amministrativo...) delle decisioni di costituzionalità, sia per ciò che si pone specificamente in rapporto al verdetto della Corte (e, dunque, costituisce quello che si potrebbe chiamare il "seguito" in senso proprio) e sia pure per quanto attiene a vicende ad esso estranee, quale appunto potrebbe essere uno *ius superveniens* (sia anteriore che successivo alla decisione della Corte), ancorché variamente intrecciate con gli esiti del processo costituzionale. Per una prima, encomiabile opera di chiarificazione svolta sul versante giudiziario, v. gli studi di E. LAMARQUE, *Gli effetti della pronuncia interpretativa di*

ugualmente varia può essere l'incidenza da quest'ultimo esercitata già a monte, nel processo costituzionale, a seconda del modo con cui il punto relativo alla competenza si pone in rapporto ad altri punti.

Nei giudizi in via incidentale in particolare – checché mostri di pensarne la Corte, col fatto di rispedire al mittente ogni questione riguardata (ma solo in modo espresso) dallo *ius superveniens* costituzionale – una questione di rapporto o di ordinazione gerarchica tra norme (e vizi) di competenza e norme (e cause di vizio) diverse non si ha. Le violazioni di carattere sostanziale stanno tutte, in astratto, sullo stesso piano, mentre possono come sempre trovarsi collocate in scale di priorità variabili a seconda dei casi. Tagliando con un colpo secco *ogni* questione la cui soluzione avrebbe richiesto il riferimento a parametri contenuti nel titolo V, pur laddove – come si è fatto notare – avrebbe potuto essere chiusa con una pronuncia d'inammissibilità (persino *manifesta...*), la Corte lascia dunque intendere che lo scopo reale avuto di mira sia stato quello non già di verificare quale vizio possa assorbire l'altro o gli altri, ma – all'inverso – quale *non possa* (o, meglio, *possa non*) farlo, sì da tenere comunque aperta la partita.

Fin qui si è sempre pensato che l'obiettivo istituzionalmente proprio della Corte fosse prioritariamente quello di verificare se la questione può essere chiusa in partenza o, comunque, nel modo più sbrigativo e sicuro possibile, in quanto inammissibile o per altre ragioni anche attinenti al merito, non già quello di ricercare il modo per tenerla (alle volte, artificialmente) in vita malgrado con le sue sole forze non ne sia capace: fosse, insomma, quello di dipanare (o concorrere a dipanare) matasse aggrovigliate, nel modo più lineare possibile e, dunque, prendendo la via più corta per operare lo scrutinio di costituzionalità, facendo opera di chiarificazione ed offrendo prestazioni stabili ed univoche al servizio della certezza del diritto costituzionale. La Corte, invece, oggi ci dice di preferire che le questioni sollevate rimangano per partito preso “aperte”, pur laddove avrebbero potuto essere altrimenti chiuse³⁴, restando in gioco con tutta la loro intrinseca complessità, ulteriormente aggravata dallo *ius superveniens* costituzionale; in seguito, si vedrà come risolverle, sulla base delle iniziative che gli altri operatori istituzionali riterranno di assumere³⁵. Le ragioni di opportunità che stanno a base di siffatta scelta si comprendono agevolmente e non occorre qui esplicitarle³⁶; ho, tuttavia, non pochi dubbi che esse si concilino fino in fondo con l'esigenza, diffusamente avvertita e insistentemente dichiarata, di lineari ed uniformi applicazioni delle regole e delle tecniche decisorie in tema di processo costituzionale.

rigetto della Corte costituzionale nel giudizio a quo (un'indagine sul “seguito” delle pronunce costituzionali), in *Giur. cost.*, 2000, 685 ss. e *Il seguito giudiziario alle decisioni della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, cit., 200 ss.

³⁴ ... e, però, come si è veduto a proposito delle pronunzie su leggi statali, chiuse, pur laddove avrebbero potuto restare aperte, in conseguenza di una complessiva “riconformazione” del parametro per *ius superveniens*.

³⁵ Come si vede, la Corte non ceta di nutrire l'intento di spartire le proprie responsabilità con altri o, addirittura (e fin dove possibile...) di addossarle loro per intero: con una tattica “attendista” che può, per il momento (ed in considerazione delle incertezze in generale gravanti in ordine alla transizione dal vecchio al nuovo assetto delle autonomie), dare frutti ma che alla lunga non è, tuttavia, pagante. Che, poi, anche dalla giurisprudenza qui rapidamente annotata si possano cogliere segni idonei ad ulteriormente avvalorare la tendenza alla “diffusione” della giustizia costituzionale è cosa che non può essere ora sottoposta a verifica. D'altro canto, induce a non sovraccaricare di significati un'esperienza giudiziale affatto peculiare la circostanza per cui essa è troppo legata alla transizione in corso per essere piegata a facili (ma, con ogni probabilità, forzate) generalizzazioni.

³⁶ Senza dubbio efficace, vincente, la “tecnica” di smaltimento dell'arretrato ora elaborata dalla Corte; come si è venuti dicendo, è, però, tutta da verificare la sua rispondenza a canoni di “sistema” previamente fissati e dalla stessa Corte in precedenti occasioni rispettati.

Antonio Ruggeri**Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali***

SOMMARIO: 1. Autonomia *versus* eguaglianza? Dalla “logica” del potenziale ed irriducibile conflitto a quella della reciproca conciliazione e della loro stessa mutua alimentazione semantica, nel “gioco” che complessivamente, senza sosta si intrattiene tra i valori costituzionali.- 2. Tanta autonomia per quanta eguaglianza: il preorientamento metodico che vuole ad ogni modo preservato e trasmesso alle esperienze della normazione l’equilibrio tra i valori in campo, e la necessità che quanto più si faccia avanzare l’autonomia, in sede di ricostruzione teorico-dogmatica del “modello”, tanto più si solleciti, nella identica misura, l’avanzamento degli strumenti di compensazione predisposti a tutela dell’unità.- 3. Eguaglianza ed autonomia: dal riparto costituzionale per materie e tipi di potestà legislativa alle forme della sua relativizzazione secondo la natura degli interessi e dalla prospettiva dei diritti.- 4.L’“essenzialità” dei livelli delle prestazioni e i due angoli visuali da cui essa può venire osservata (del riparto delle competenze tra Stato e Regioni e dei rapporti tra pubblici poteri e cittadini).- 5.I rapporti tra le leggi di Stato e Regione e le ulteriori conferme della necessità di ambientarli, *anche (e soprattutto) dal punto di vista della protezione dei diritti*, al di fuori dello schema della separazione delle competenze, preservandone la naturale “fluidità”.- 6. Ancora della “duttilità” delle relazioni internormative, avuto riguardo alla sussidiarietà “orizzontale” ed alle forme mobili, “bidirezionali”, delle sue manifestazioni.- 7. La “specializzazione” dell’autonomia, in applicazione del modulo disposto nel III comma dell’art. 116, e l’ulteriore spinta che da essa si ha per l’ambientazione delle relazioni internormative nella cornice della integrazione delle competenze, in vista di una compiuta tutela dei diritti.- 8. La disciplina relativa ai diritti in ambito regionale e la sua (limitata) distribuzione tra legge e regolamento.- 9. I diritti tra statuti e leggi, e le inusuali prospettive per la loro tutela che possono aprirsi grazie all’integrazione, in seno alla disciplina statutaria, della forma di governo e della “forma di Regione”.- 10. Sistema delle garanzie processuali e tutela dei diritti: a proposito delle impugnazioni governative delle leggi regionali (e degli statuti) e delle cause che possono giustificare, dalla punto di vista dei diritti.

1. Autonomia versus eguaglianza? Dalla “logica” del potenziale ed irriducibile conflitto a quella della reciproca conciliazione e della loro stessa mutua alimentazione semantica, nel “gioco” che complessivamente, senza sosta si intrattiene tra i valori costituzionali

Con la riforma del titolo V si è da noi riaperto il dibattito, che sembrava da anni sopito e che invece altrove (come in Spagna) è di perdurante attualità, sul rapporto potenzialmente conflittuale tra autonomia ed eguaglianza. È, com’è chiaro, una questione di ordine generale, che attraversa e pervade l’intera area coperta dall’esperienza degli Stati politicamente ed istituzionalmente decentrati ma che ha il suo *punctum crucis*, il “luogo” della sua massima emersione e verifica, con riguardo ai diritti fondamentali, alle forme della loro positivizzazione e della complessiva tutela. Non è, dunque, una novità introdotta dal “federalismo” o esclusivamente legata all’esperienza degli Stati propriamente “federali” o “parafederali” (quale la Spagna), ammesso che si sappia ancora cosa siano o in cosa più si distinguano da altre forme di organizzazione decentrata, tant’è che già ai tempi della Costituente, vale a dire in un contesto in cui l’idea della “federalizzazione” dell’ordinamento non ebbe modo di farsi largo e si preferì porre mano all’impianto unitario fondato sulle Regioni e sulle autonomie in genere, la questione si pose ugualmente (e – si faccia caso –, nei suoi termini essenziali, esattamente com’è oggi riproposta).

In realtà, la tensione non è tanto (o soltanto) tra autonomia ed eguaglianza, quanto tra autonomia ed unità, in una delle sue molte e particolarmente emblematiche espressioni. L’unità, infatti, non è messa a rischio unicamente da fatti clamorosi, vistosamente eversivi, volti a “spezzare”, anche fisicamente (cioè politicamente, in senso storico-geografico), il territorio dello Stato, consentendo ad una sua “parte” di andarsene per conto proprio; semmai, questa è l’*indivisibilità* della Repubblica, che pure è filiazione diretta dell’*unità* o, volendo, un attributo della stessa, un suo *modo* peculiare di essere ed una garanzia allo stesso tempo. L’unità, vista nel suo insieme e nella sua essenza, vale a dire nella sua *unicità* e *totalità* significativa, è pregiudicata tutte le volte che sia comunque reciso il

* Relazione al Convegno su *Regionalismo differenziato: il caso italiano e spagnolo*, Messina 18-19 ottobre 2002.

filo della continuità evolutiva, sulle basi assiologiche erette dal potere costituente, di un'esperienza costituzionale in corso, della *nostra* (per ciò che qui specificamente interessa) esperienza costituzionale; e, dunque, è compromessa, nelle sue stesse radici e nel complessivo, ulteriore sviluppo, da ogni “fatto” (giuridico e non) che comunque incida anche su *uno solo* dei valori fondamentali ai quali quell'esperienza si ispira e dai quali costantemente si alimenta. E ciò in quanto l'unità – come mi è stata data l'opportunità di osservare in altre sedi – non è un valore a se stante, concettualmente ed operativamente diverso dai valori “restanti”, ma è l'insieme irripetibile, autofondante ed autosignificante dei valori stessi, risolvendosi pertanto interamente con l'*identità* costituzionale dell'ordinamento, per il modo con cui i valori che lo sorreggono ricevono appunto la loro forma e sintesi espressiva e qualificante col fatto stesso di stare assieme ed *uniti*, nella identica misura, di inverarsi nell'esperienza.

Se, dunque, il riferimento è usualmente, specificamente fatto all'eguaglianza, e non pure all'unità complessivamente intesa, è perché l'eguaglianza è comunemente considerata il valore maggiormente esposto davanti a sviluppi esuberanti, incontrollati dell'autonomia, quello cioè che più direttamente ed immediatamente degli altri è messo sotto *stress* dal riconoscimento di ambiti garantiti a taluni soggetti (specie se aventi base territoriale) nei confronti dello Stato “sovrano” (come ancora oggi, con una buona dose di approssimazione teorica e non poca pratica ingenuità, si è soliti qualificare il maggiore degli enti territoriali in cui si articola la Repubblica). Ove, però, si consideri che tra i valori (e tra i principi fondamentali che ne danno la prima e più genuina traduzione positiva) si instaura un “gioco” di reciproci rimandi di sensi ed intense implicazioni nel corso delle complessive vicende ordinamentali, ove cioè si ammetta (come deve) che ciascuno di essi prende corpo e luce per il modo complessivo con cui gli altri stanno e si fanno valere, ed allora si potrà comprendere come la *stessa* autonomia subisca una forte torsione e risulti, dunque, incisa nella sua essenza assiologica ogni volta che i diritti fondamentali o altri valori ancora dovessero essere compressi o, come che sia, in maggiore o minore misura, intaccati.

Il punto è di estremo rilievo, per quanto invero non appaia essere ancora colto – a me pare – con la dovuta consapevolezza pure dalla più accorta dottrina. E, invero, solo per una sorta di crampo mentale – se posso esprimermi con franchezza – si è portati a vedere i due valori qui evocati in campo come sistematicamente contrapposti, a mo' di due eserciti irresistibilmente chiamati a farsi una guerra “totale”, laddove essi (al pari dei valori restanti) partecipano di un “gioco” assai più vario e complesso, componendosi e “bilanciandosi” – come usa dire – a vicenda e, dunque, a seconda dei casi, risultando ora orientati alla ricerca di sintesi reciprocamente concilianti ed appaganti, ora a sorreggersi l'un l'altro in rapporto ad altri valori coi quali debbano misurarsi, secondo quanto è peraltro proprio – come si sa – della complessiva dinamica assiologica dell'ordinamento.

E che l'autonomia possa essa stessa averne a soffrire ogni volta che i diritti non siano, secondo la loro vocazione, adeguatamente soddisfatti, risulta chiaro una volta rivista l'autonomia stessa sotto una luce diversa da quella in cui è abitualmente osservata, sulla base di stereotipi schemi d'inquadramento.

L'autonomia non è, infatti, come pure stancamente si ripete, rivendica di “spazi” più o meno estesi a favore di un ente stanziato sul territorio (limitando ora solo a questi ultimi il riferimento) rispetto allo Stato-sovrano. Certo, è *anche* questo; ma, ove a questo soltanto essa fosse circoscritta, se ne avrebbe un'immagine invero superficiale ed, anzi, deformante: si coglierebbe, insomma, solo la crosta del fenomeno, non pure la sua sostanza e le radici nascoste che l'alimentano e sorreggono. È infatti necessario anche chiedersi *perché* questi “spazi” sono richiesti, vale a dire in relazione a quali *altri* valori l'autonomia è costituzionalmente riconosciuta ed è, dunque, chiamata a realizzarsi.

Ora, la risposta è nota da tempo, e su di essa convergono dottrine pure assai varie per orientamento metodico e per sviluppi teorico-dogmatici, facendosi notare come un'autonomia autoreferenziale, chiusa in se stessa, perda ogni significato, laddove solo nella sua costante tensione verso la realizzazione dei bisogni elementari di una comunità territorialmente localizzata essa abbia il suo fine e la giustificazione. Ed è proprio qui che entrano, dunque, in campo i diritti fondamentali: una concezione dell'autonomia *in chiave meramente soggettivo-istituzionale*, vale a dire come astratta o “neutra” autodeterminazione di certi soggetti in rapporto alle determinazioni di altri, non ha alcun

senso; ce l'ha piuttosto una *in chiave assiologico-oggettivo*, intesa perciò come strumento al servizio della comunità e dei valori di cui questa si fa complessivamente portatrice.

L'ordinamento costituzionale nato con la Repubblica ha fatto dell'autonomia un valore (un *valore-mezzo* ed un *valore-fine*, allo stesso tempo) proprio perché si è ritenuto che, senza di essa, l'intera tavola dei valori non avrebbe potuto essere comunque soddisfatta, anzi non avrebbe avuto senso. Proprio per ciò, dunque, la tavola stessa è il metro assiologico-normativo al quale riportare le manifestazioni dell'autonomia al fine di verificarne la congruità: il *fine* ed il *confine* costituzionale che segnano i percorsi dell'autonomia, ne danno l'orientamento, la giustificazione. L'autonomia, insomma, realizza se stessa col fatto stesso di mostrarsi, ad un tempo e nella stessa misura, adeguata ai bisogni emergenti nel territorio ed ai valori coi quali essa fa "sistema", al punto da incidere sul modo stesso con cui i bisogni si formano e manifestano, indirizzandoli naturalmente verso i valori ed obbligando i valori stessi (e i principi che ne sono espressione) a piegarsi sui bisogni, vale a dire a caricarsi di significati idonei ad offrire la massima, alle condizioni storicamente date, protezione ai bisogni.

Su tutto ciò tornerò ancora meglio più avanti. Ma già queste prime, per quanto largamente approssimative, indicazioni evidenziano il legame assai stretto, indissolubile che vi è tra l'autonomia e i diritti (così come, specularmente, i doveri, a partire da quelli di solidarietà e di fedeltà, che tutti gli altri riassumono ed emblematicamente rappresentano), che sono parte integrante e qualificante dell'autonomia stessa, dal momento che essi stanno fintantoché questa è coerentemente (in senso assiologico-costituzionale) esercitata. È vero, dunque, che i valori partecipano, tutti, di un "gioco" che senza sosta si rinnova e che li vede protesi alla ricerca delle forme maggiormente congrue della reciproca composizione a seconda dei casi, ma non si dimentichi che ogni valore non soltanto offre, per la sua parte, sostegno ai restanti ma, ancora prima e di più, concorre alla stessa significazione degli altri, gli enunciati costituzionali espressivi dei principi fondamentali facendosi intendere – come si è venuti dicendo – nella reciproca, congiunta considerazione sistematica, vale a dire per il senso che ciascuno di essi assume e dinamicamente rigenera volgendosi verso gli altri e facendosi da essi appunto permeare e, nella sua stessa struttura, complessivamente "impressionare".

2. Tanta autonomia per quanta eguaglianza: il preorientamento metodico che vuole ad ogni modo preservato e trasmesso alle esperienze della normazione l'equilibrio tra i valori in campo, e la necessità che quanto più si faccia avanzare l'autonomia, in sede di ricostruzione teorico-dogmatica del "modello", tanto più si solleciti, nella identica misura, l'avanzamento degli strumenti di compensazione predisposti a tutela dell'unità

È curioso l'atteggiamento da noi assunto da parte di quanti (studiosi ed operatori) hanno, nelle sedi più varie e con ugualmente varia intensità di accenti, denunziato, ieri, le torsioni del "modello" costituzionale e le ripetute, gravi mortificazioni subite dall'autonomia e, invece, oggi manifestano serie ed argomentate preoccupazioni per i possibili eccessi derivanti dalla sua promozione ad opera della riforma dello scorso anno. È solo un fatto d'incontentabilità o di irrequietudine, pure non di rado salutare, dell'essere umano o c'è qualcos'altro, di più profondo e nascosto, che ci sfugge dietro quest'*animus* diffuso e, a quanto pare, assai radicato?

Ora, nessuno ovviamente esclude che tanto la scrittura costituzionale quanto l'esperienza maturata sulla sua base possano oscillare tra poli opposti, faticando a trovare un loro complessivo, appagante equilibrio: che, insomma, si passi da un eccesso all'altro senza riuscire a scoprire il modo per conseguire una stabile, "bilanciata" composizione tra eguaglianza (o, meglio, unità) ed autonomia. Senza ora occultare o minimizzare talune evidenti incertezze o vere e proprie contraddizioni del linguaggio costituzionale, dovute all'approssimazione con cui la riforma è stata portata a termine ed anche, in una non irrilevante misura, al clima invelenito che ha fin qui segnato (e seguita a segnare) i rapporti tra le forze politiche, mi pare tuttavia che non sia tanto il "modello" costituzionale (il nuovo così come il vecchio) a presentare le maggiori carenze, quanto l'esperienza venutasi fino ad oggi a formare e che alimenta riserve e timori in ordine ai suoi futuri sviluppi. Ci si intenda: se l'esperienza

è cresciuta in un certo suo modo è *anche* perché il “modello” non è riuscito a frapporre un argine adeguato alle non poche torsioni che ha dovuto subire al momento del suo invernamento; ma, il nodo (anzi, il vero e proprio groviglio di nodi) sta proprio nella prassi, nella sua irresistibile vocazione a debordare dagli argini costituzionali e ad avviarsi lungo percorsi tracciati dalle più forti ed occasionali tendenze della politica.

La questione presenta – com’è chiaro – una generale valenza, proiettandosi dunque ben oltre il pur vasto campo di esperienza attraversato dal tema assegnatomi. È tuttavia di vitale importanza interrogarsi sulle capacità di ordine o, quanto meno, di orientamento delle dinamiche politico-istituzionali possedute dal “modello” (ma pure sui suoi limiti), in vista di una prima considerazione d’assieme circa gli spazi che possono aprirsi, dopo la riforma, per discipline normative e prassi amministrative sia pure in parte differenziate tra una Regione e l’altra in tema di diritti fondamentali, se non altro al fine di non dover assistere impotenti al crollo della impalcatura concettuale appena eretta o rifatta rispetto al passato davanti a prassi refrattarie a farsi reggere da essa.

Il punto di partenza per questa riflessione è quello sopra indicato, vale a dire che tra eguaglianza ed autonomia può, sì, esservi conflitto, per il modo con cui l’una e l’altra dovessero essere intese, vale a dire per le pretese da ciascuna avanzate per la propria incondizionata affermazione; ma che, nella ricostruzione dei significati riconducibili agli enunciati costituzionali, deve metodicamente muoversi dall’assunto della loro *necessaria, equilibrata riconciliazione* o, meglio, come si è fatto sopra notare, dall’assunto che esse possono essere correttamente inquadrare ed acquistare il loro più genuino significato unicamente dalla prospettiva che le vede orientate l’una *verso* (e non *contro*) l’altra ed, anzi, l’una quale parte integrante dell’altra, così come dei valori restanti. Si tratta, allora, di individuare gli ambiti e le forme in cui si compie e dinamicamente rinnova siffatta composizione, assiologicamente ispirata, tra gli elementi costitutivi del nuovo “modello”.

Ora, è intuitiva – come si diceva – la ragione per cui è oggi particolarmente diffusa la sensazione che un rischio imminente gravi sull’eguaglianza e possa impoverirla o, addirittura, disperderla in conseguenza del riconoscimento di una *eccessiva* autonomia. Il punto è, però, che non di rado gli eccessi sono proprio del *modo* con cui si guarda al nuovo “modello”, non di quest’ultimo, vale a dire del *metodo* e degli *esiti teorico-ricostruttivi* sulla sua base conseguiti. Ma, il vizio di siffatto orientamento sta – a me pare – proprio nel fatto di arrestarsi ai soli dati maggiormente appariscenti (ma, *proprio per ciò*, forse fuorvianti), senza approfondire adeguatamente l’analisi e – soprattutto – renderne maggiormente salde le basi in prospettiva assiologica.

Con la riforma del titolo V, l’estensione degli ambiti di competenza regionale, discendente dal ribaltamento della tecnica di riparto delle materie tra Stato e Regioni, e l’(apparentemente) accresciuta capacità di penetrazione della normazione regionale entro siffatti ambiti parrebbero naturalmente, pianamente condurre al risultato temuto da questa dottrina. È però da chiedersi se le cose stanno realmente così.

Qui, si ha modo subito di verificare ed apprezzare la bontà dell’orientamento (o, meglio, del *preorientamento*) metodico che vuole ad ogni modo preservato l’equilibrio assiologico complessivo del sistema. È evidente, infatti, che qualora all’espansione dei campi materiali d’intervento regionale si sommasse una lettura dei limiti agli interventi stessi tale da non porre un argine adeguato (o, addirittura, *alcun* argine) alle manifestazioni dell’autonomia, la possibile degenerazione di quest’ultima sarebbe da mettere seriamente in conto (la questione, come si sa, riguarda particolarmente la potestà legislativa piena o, meglio, “residuale” delle Regioni, ma – come si viene dicendo – ha, in realtà, una generale valenza). E, però, già solo il fatto che è possibile pervenire a ricostruzioni di ordine teorico-dogmatico complessivamente squilibrate sul piano assiologico persuade della necessità di avviarsi lungo itinerari di ricerca diversamente orientati, che facciano prudentemente tenere alla larga da tali esiti.

Il problema – se ci si pensa – non si riduce soltanto all’astratta, *statica* ricognizione dei limiti stessi, così come dei confini dei campi (peraltro rese, l’una e l’altra, estremamente disagiati dalla forte ambiguità concettuale delle etichette costituzionali), ma attiene alla *dinamica* del “modello” stesso visto nel suo insieme; ancora più a fondo, la questione qui discussa naturalmente scivola e si converte in una di teoria della Costituzione e dell’ordinamento, riguardando il modo complessivo con

cui il “modello” si pone davanti all’esperienza dallo stesso prefigurata e si fa, *in una certa misura*, da essa attraversare e permeare, pur rimanendo ad ogni modo dalla stessa distinto.

La Costituzione delimita l’“area” materiale entro cui va ricercato l’equilibrio tra autonomia ed eguaglianza, individua gli strumenti allo scopo utilizzabili, orienta – ciò che più importa – assiologicamente i processi volti all’implementazione dell’equilibrio stesso; non ne stabilisce, tuttavia, i connotati concreti o le manifestazioni, “chiudendoli” entro schemi astrattamente prestabiliti.

Se ci si pensa, si tocca qui la terribile questione riguardante il rapporto tra Costituzione e politica: l’una, appunto, descrive i confini del campo su cui l’altra si muove, ma di siffatte movenze non preconstituisce né i ritmi né il loro complessivo modo di essere. Il rapporto va, dunque, colto nel suo perenne oscillare tra “poli” invero dotati di notevole forza attrattiva e tuttavia comunque intangibili: quello che sollecita a sovraccaricare di significati il dettato costituzionale così come l’altro, opposto, che tende a svilirne le capacità ordinarie (si potrebbe dire: tra un *preorientamento* metodico di teoria della Costituzione “ottimista” ed uno invece “pessimista”).

La Costituzione, in realtà, tradirebbe la propria natura e funzione qualora si volgesse, in talune ricostruzioni che se ne danno in dottrina, a mortificare ed interamente a sé asservire la politica, allo stesso modo con cui si renderebbe praticamente inservibile qualora si piegasse senza riserva alcuna davanti alla politica stessa, disponendosi a dare una sistematica, passiva giustificazione ad ogni sua pur eccessiva o irrazionale espressione. La Costituzione non *si chiude* in se stessa, non è insomma autosufficiente o autosignificante, bensì *si apre* e si carica di significati sempre nuovi alla luce delle esperienze che sulla sua base si impiantano e svolgono; e, tuttavia, “filtra” e nel proprio seno accoglie e – se così può dirsi – “metabolizza” unicamente quelle esperienze che si rivelano conformi o, come che sia, *compatibili* con l’orientamento assiologico complessivamente risultante dal quadro costituzionale.

Se quest’indicazione di metodo e di teoria della Costituzione è attendibile, possono essere ammesse solo quelle ricostruzioni dogmatiche, relative a singoli istituti o punti della trama costituzionale, che, nel momento in cui spingono in avanti le manifestazioni dell’autonomia, allo stesso tempo sollecitano e promuovono l’attivazione degli strumenti di compensazione previsti a presidio dell’unità, e – naturalmente – viceversa. L’indirizzo metodico posto a base della riflessione che ora si svolge potrebbe dunque essere, in due parole, riassunto così: che può aversi *tanta autonomia quanta eguaglianza* essa riesca, per la sua parte, a produrre e, di rovescio, che può aversi *tanta eguaglianza quanta autonomia* la prima riesca non soltanto a “sopportare” ma, all’inverso, ad alimentare ed a fare, per la sua parte, crescere sul terreno dell’ordinamento ora riseminato dalla riforma dello scorso anno. Perciò, per fare subito un esempio che si riprenderà con maggiore estensione di qui ad un momento ma che, per l’intanto, consenta di uscire dal vago, proprio laddove l’autonomia è sollecitata alla sua massima espansione, sia *in orizzontale* che *in verticale* (con riferimento alle materie di competenza “residuale”, di cui all’art. 117, IV c., indeterminate per numero e concetto e – apparentemente – sgravate per intero degli antichi limiti propri della potestà piena), lì occorre predisporre metodicamente ad accettare misure compensative, a garanzia dell’eguaglianza (o, più in genere, dell’unità), in termini tali da preservare l’equilibrio tra i valori in campo. Ciò che si riflette, per un verso, nel modo con cui possono essere intesi gli strumenti al riguardo predisposti – primo su tutti, quello cui si riferisce la lett. m) del II comma dell’art. 117 – e, per un altro, nel modo con cui prende corpo la dinamica della normazione nel tempo, nella reciproca composizione e l’avvicendamento sulle stesse materie delle leggi di Stato e Regione.

3. Eguaglianza ed autonomia: dal riparto costituzionale per materie e tipi di potestà legislativa alle forme della sua relativizzazione secondo la natura degli interessi e dalla prospettiva dei diritti

Il riparto su basi materiali e per tipi di potestà ha immediati riflessi sul piano dei diritti.

Per le materie indicate nel II comma dell’art. 117, l’eguaglianza è *per tabulas* assicurata dalla preclusione fatta alle Regioni di darne la regolazione. Diciamo meglio: l’eguaglianza è preservata nel

suo profilo che potremmo, per comodità, chiamare *esterno*, avuto riguardo ai rapporti tra fonti appartenenti a “microsistemi” diversi, quali appunto sono le leggi di Stato e Regione, mentre rimane poi, ovviamente, da verificare (con accertamenti che, di necessità, rimandano ai singoli casi) il rispetto dell’eguaglianza nel suo *profilo interno*, vale a dire l’effettiva attitudine delle leggi prodotte all’interno di ciascun “microsistema” (sia esso statale come regionale) a non operare irragionevoli discriminazioni.

Quanto alle materie restanti, l’eguaglianza è, invece, esposta a rischi che, a prima vista, parrebbero proporzionati ai singoli tipi di potestà riconosciuti alle Regioni, vale a dire al carico di limiti sugli stessi gravante e giustificato dal bene dell’unità: rischi dunque, in tesi, minori per le materie di potestà concorrente, maggiori per quelle di potestà piena. In realtà, da una certa prospettiva, le cose potrebbero essere viste esattamente alla rovescia, ragionando nel senso che, a giudizio del legislatore costituzionale, i rischi erano *in astratto* considerati di maggior gravità proprio con riguardo alle materie di potestà ripartita, tanto da affidarne appunto la disciplina all’opera congiunta di Stato e Regione, di minore entità invece per le materie di potestà “piena”, sì da giustificarsene la regolazione ad opera della sola Regione.

Il ragionamento ha, invero, una sua “logica”, che tuttavia parrebbe dimostrarsi non risolutiva. Potrebbe, infatti, osservarsi che il tipo di potestà non è da porre *direttamente o esclusivamente* in rapporto con i riflessi che la normazione regionale è in grado di avere nei confronti dei diritti e/o dell’eguaglianza, bensì con la *natura degli interessi* oggetto di regolazione: se, in tesi, giudicati come “misti”, nazionali e locali allo stesso tempo, devoluti alla regolazione congiunta di Stato e Regione; se, di contro, esclusivamente regionali, allora fatti rientrare nell’“area” della potestà piena. Nondimeno, è evidente che si tratta solo di *modi* diversi di riguardare alla stessa “cosa”, ove si convenga che la natura degli interessi ha immediate conseguenze sui diritti, così come questi riflettono la loro immagine su quella. Sta di fatto che, in via di principio, il Costituente prima e lo stesso legislatore di revisione poi hanno esibito una maggiore cautela per ciò che riguarda le materie di potestà concorrente; e questo fa sì, come si diceva, che l’eguaglianza parrebbe maggiormente protetta, in via istituzionale, in relazione agli ambiti sui quali tale potestà si esercita rispetto agli ambiti cui fa riferimento il IV comma dell’art. 117.

Questo ora indicato rappresenta, tuttavia, unicamente uno schema di partenza per l’analisi successiva, bisognoso di talune, non secondarie precisazioni ed integrazioni.

In primo luogo, va osservato che negli stessi campi materiali riservati allo Stato non è categoricamente escluso l’ingresso da parte delle Regioni, per una triplice ragione.

Per un verso, non lo è con specifico riferimento alle Regioni ad autonomia differenziata, per il caso che queste ultime dovessero avere riconosciuta dai rispettivi statuti una competenza legislativa al riguardo (verosimilmente, attuativo-integrativa, che – come si vede – non sarebbe pertanto da ritenere comunque cancellata dalla riforma, richiedendo piuttosto una verifica da compiere attraverso il confronto tra i *nomina* costituzionali e quelli contenuti nei singoli statuti). Nel qual caso, in ragione della “specialità”, la condizione di maggior favore riservata alle Regioni medesime consentirebbe loro di resistere al mutamento costituzionale; nessuna resistenza, invece, come si sa, si ha per il caso inverso, grazie alla clausola ora fissata nell’art. 10 della legge di riforma, che vuole immediatamente applicate nei territori delle Regioni in parola le forme più favorevoli di autonomia riconosciute dalla legge stessa in rapporto alle corrispondenti forme così come stabilite dagli statuti.

Per un altro verso, poi, sia pure limitatamente ad alcune materie trattenute allo Stato ed espressamente indicate nell’art. 116, è ugualmente possibile la loro acquisizione al patrimonio regionale, qualora dovesse attivarsi la procedura di “specializzazione” prevista dal disposto costituzionale ora richiamato (in merito alla quale, per altri aspetti, mi soffermerò anche più avanti).

Infine, già oggi le Regioni possono immettersi nei campi riservati allo Stato, sia pure nella forma “dimessa” – come ho altrove ritenuto di doverla definire – costituita dai regolamenti “delegati”, di cui al VI comma dell’art. 117.

In via di principio, è lecita la domanda circa il “tipo” di normazione evocato dal disposto in esame: in generale, a me parrebbe che non possa darsi preclusione di sorta e che, perciò, ogni specie di regolamento possa aversi, anche quelli propriamente “delegati”, siccome autorizzati a disporre in

deroga di leggi vigenti, rimanendo in tali casi addossato sulle “norme generali regolatrici della materia”, poste dalle leggi di delegificazione, il compito della garanzia preventiva dell’unità.

Se, però, la dinamica della normazione viene rivista – come, appunto, si va ora facendo – *dal punto di vista dei diritti fondamentali*, viene difficile da pensare che possano darsi spazi significativi a favore di una normazione regolamentare (in senso stretto) “delegata”. Quanto meno, occorrerebbe verificare quali diritti facciano capo a materie coperte da riserva relativa e quali invece a materie soggette a riserva assoluta, pur nei limiti intrinseci in cui siffatta, usuale bipartizione può essere teoricamente ammessa e – quel che più importa – praticamente riscontrata, senza soverchie incertezze di lettura. In ogni caso, ammesso pure che tali spazi possano, in una certa misura, aversi, assai problematico è riconoscere un potere regionale di normazione in deroga rispetto alle *stesse* disposizioni statali con le quali si fissano i “livelli essenziali” delle prestazioni concernenti i diritti. Ove, infatti, si convenga che la *ratio* sottesa al riconoscimento della potestà esclusiva dello Stato sia – come è – quella di disporre di una disciplina comune per l’intero territorio della Repubblica, sulla cui base è quindi possibile l’edificazione di sistemi normativi differenziati ed adeguati alle esigenze delle singole Regioni, ed allora non si vede come si possa appunto rinunciare alla disciplina stessa senza con ciò necessariamente pregiudicare il valore di unità, nella sua capacità di espressione di sintesi dei valori costituzionali. Le leggi statali adottate a questo fine, insomma, spargono per l’intero ordinamento la “colla” che tiene unite tra di loro le parti costitutive dell’ordinamento stesso, col fatto stesso di assicurare uniformità delle prestazioni relative ai diritti: eliminarla sarebbe una contraddizione insanabile.

Dalla prospettiva ora adottata, si è dunque in grado di conseguire un primo risultato che – come si vedrà – non è senza significato per gli sviluppi successivi del discorso che si va facendo, vale a dire che regolamenti “delegati” (in senso stretto) possono, sì, aversi anche in relazione alle materie enumerate nel II comma dell’art. 117, salvo che non vi ostino ragioni peculiari delle singole materie, ma non già con riguardo al caso nostro. Le disposizioni legislative che definiscono i “livelli essenziali”, così come non possono essere “surrogate” da leggi regionali, allo stesso modo non possono esserlo ad opera di regolamenti regionali, risultando altrimenti vanificato l’intento unificante sotteso alla formula riportata nella lett. *m*). La qual cosa, nondimeno, non esclude che possano aversi regolamenti “delegati” (e... “*delegati*”), chiamati a ridefinire il quadro legislativo anteriore, ma non già per la parte, indisponibile, dei “livelli essenziali” bensì per parti restanti della normativa statale, cui fanno capo i livelli “non essenziali”. Quest’ultima “materia” rientra nell’area della competenza regionale, così come descritta dai commi III e IV dell’art. 117, ma naturalmente non si distende sui campi indicati nel II comma, in esclusiva rimessi alla coltivazione dello Stato (per qualunque livello delle prestazioni concernenti i diritti); di modo che, quanto alle materie regionali, essa potrà costituire oggetto di delegificazioni avviate in ambito locale, entro il consueto limite segnato dalle riserve assolute. Quanto, invece, alle prestazioni relative ai diritti che fanno capo alle stesse materie trattenute allo Stato dal II comma dell’art. 117, poiché l’*intera* materia è di spettanza dello Stato, la delegificazione non potrà che essere stabilita da legge dello Stato stesso ed indirizzarsi, a seconda dei casi, ora a beneficio dei regolamenti del Governo, ora di quelli delle Regioni, che avranno così modo di immettersi nei campi riservati allo Stato, senza nondimeno – come si è venuti dicendo – poter prendere il posto delle norme con cui sono fissati i “livelli essenziali”, dovendosi arrestare alla sola “area” dei livelli “non essenziali”.

Da questa prospettiva, il modulo di “cooperazione” descritto nel VI comma dell’art. 117, riguardato nelle sue generali applicazioni, lascia ad ogni modo insuperata l’aporia di costruzione costituita dal fatto che la *sola* normativa regionale abilitata a mettere piede nei campi indicati nel II comma è quella che ha veste regolamentare, e non pure quella legislativa, configurandosi pertanto i rapporti tra le fonti regionali, in congiunture siffatte, quali di *separazione* e non già, come usualmente sono, di *gerarchia*. Ma questo è, appunto, un difetto di costruzione dell’impianto, che pure ha una sua giustificazione politico-istituzionale (da mettere in collegamento con la inopinata cancellazione della potestà attuativa) e della quale, tuttavia, non rimane che prendere atto.

Ammettendosi, invece, che le stesse norme legislative statali con cui sono fissati i “livelli essenziali” possano essere riscritte in sede locale ed a mezzo di regolamenti a ciò espressamente

“delegati”, il rapporto intercorrente tra questi ultimi e le leggi regionali si rovescerebbe su se stesso e, superando i confini dello schema della *separazione*, si convertirebbe inconcepibilmente in uno di *gerarchia* a favore dei regolamenti, dal momento che le leggi regionali successivamente adottate sarebbero comunque tenute a poggiare sulla base eretta dai regolamenti e che demarca il confine tra ciò che è “essenziale” e ciò che essenziale non è. Ma, senza ora ulteriormente dilungarsi sul punto, è evidente come l’unità e i diritti che la compongono non possano, insensatamente, restare affidati proprio a manifestazioni secondarie dell’autonomia che, lungi dal proteggerli come si conviene, li potrebbero seriamente pregiudicare.

Se, tuttavia, si considera che, per quanto delimitata nel senso appena indicato, la potestà regolamentare “delegata” possiede pur sempre una sua (ora maggiore ora minore) capacità innovativa e che essa si esercita su materie alle quali fanno, in tesi, capo interessi di cruciale rilievo per la complessiva dinamica ordinamentale, se ne ha che i rischi per l’eguaglianza non sono ad ogni modo parati fino in fondo, sol perché le materie in parola sono, in via di principio, riservate allo Stato. Tanto più l’ipotesi ora fatta merita di esser attentamente vagliata, se si tengono a mente gli sviluppi complessivi fin qui avuti dalla prassi dei rapporti tra legge e regolamento, specie a livello statale, dove il principio di legalità si è trovato – come si sa – in una condizione di evidente sofferenza, che ha avuto la sua massima espressione proprio con riferimento alle esperienze di delegificazione ma che, in via generale, si è manifestata (e tuttora si manifesta) lungo l’intero arco attraversato dalle esperienze della normazione regolamentare.

Se, dunque, già con riguardo alle relazioni che si instaurano tra fonti istituzionalmente gerarchizzate ed appartenenti allo stesso “microsistema” si manifesta il bisogno di dotare di più consistenti, adeguate tutele il principio di legalità, ancora di più tale bisogno merita di esser soddisfatto con riferimento a fonti appartenenti a “microsistemi” diversi, quali appunto sono le leggi “deleganti” ed i regolamenti “delegati” di cui al VI comma dell’art. 117. Misure che, ovviamente, possono essere le più varie ma che soprattutto richiedono di essere apprestate sul terreno procedimentale e delle garanzie. Penso, ad es., alla necessità di “inventare” procedimenti “misti” o “integrati”, che consentano alle Camere di seguire passo passo la produzione normativa regionale, predisponendo al riguardo gli accorgimenti idonei a porre al riparo la disciplina legislativa “delegante” dal rischio del suo sostanziale svuotamento, rischio peraltro alimentato – come si sa – dalle stesse leggi di “delega”, che il più delle volte esibiscono vistose carenze di dettato (così, non vedo perché la prassi, invalsa ed ormai diffusa a livello statale, di far sottoporre lo schema di regolamento delegato al parere parlamentare non debba valere anche nei rapporti tra fonti appartenenti a “microsistemi” diversi, dove anzi la sua necessità è ulteriormente avvalorata dal bisogno di proteggere quel valore di unità che ha proprio nelle assemblee rappresentative il suo “luogo” istituzionale maggiormente espressivo).

Ad ogni buon conto, per chiudere sul punto, non v’è dubbio a riguardo del fatto che già l’opportunità riconosciuta alle Regioni di mettere piede nei campi trattenuti all’esclusiva coltivazione dello Stato pone l’eguaglianza in una condizione di potenziale, grave esposizione davanti a normative locali idonee, in maggiore o minore misura, a pregiudicarla.

In secondo luogo, con riguardo ai campi di competenza “piena” ovvero concorrente delle Regioni, la regola sopra indicata, che vede “graduate” le capacità innovative da parte delle Regioni stesse in relazione ai tipi di potestà e conseguentemente “graduati” i rischi per l’unità, può subire eccezioni o temperamenti proprio per il modo con cui lo Stato riterrà, per le singole materie e nel tempo, di fare uso degli strumenti unificanti di cui dispone.

La garanzia dell’eguaglianza offerta dai “principi fondamentali” delle leggi statali per le materie di potestà ripartita è, in via di principio, giudicata adeguata al bisogno di unità; e, tuttavia, ancora una volta, *rivista dalla prospettiva dei diritti*, potrebbe risultare non bastevole. Il carattere esclusivo della competenza statale che si esercita con la posizione delle norme volte a fissare i “livelli essenziali” delle prestazioni dimostra che non vi è automatica corrispondenza tra il “livello” dei diritti ed il “livello” o la *proprietà strutturale delle norme*, nel senso che al fine della tutela dei primi sia comunque sufficiente la posizione di *principi* da parte del legislatore statale. La formula della lett. m), insomma, potrebbe, sì, esser talora assorbita e compresa nella generale competenza dello Stato a

porre i “principi fondamentali” delle materie di cui al III comma dell’art. 117, rivelandosi per quest’aspetto praticamente ridondante, ma potrebbe anche non esserlo, ogni volta che al fine della determinazione dei “livelli” sottesi alla formula stessa si richieda una disciplina normativa maggiormente articolata, non circoscritta dunque alla sola “area” dei *principi* ma estesa a quella delle *regole*. In circostanze siffatte, il modulo che vede ripartite le competenze di Stato e Regioni lungo il crinale, peraltro sottilissimo e persino evanescente, della distinzione tra *principi* e *regole* è obbligato a farsi da canto per cedere il campo al modulo maggiormente flessibile cui fa riferimento la formula suddetta.

Se ci si pensa, il riparto su basi materiali e per “tipi” di struttura nomologica delle fonti è allora interamente soppiantato da un riparto che fa leva unicamente sulla *natura degli interessi*, che può appunto giustificare un intervento statale idoneo a varcare la soglia dei principi, davanti alla quale esso è ordinariamente tenuto ad arrestarsi (nel senso, peraltro, che si preciserà di qui a breve). *L’adeguatezza allo scopo costituzionale (la garanzia dell’unità) passa, allora, attraverso una verifica di adeguatezza alla natura degli interessi bisognosi di regolazione, nella quale, dunque, a conti fatti la prima si risolve*. In circostanze siffatte, la competenza – come ho tentato di mostrare in altri luoghi di riflessione scientifica – scivola e si converte nella congruità agli interessi, facendosi in ultima istanza apprezzare attraverso un sindacato di costituzionalità secondo ragionevolezza, in una delle sue molte e varie manifestazioni.

La soluzione è generalizzabile: nulla, perciò, esclude – a me pare – che possano darsi casi in cui l’impegno di normazione richiesto allo Stato, in esecuzione della formula della lett. *m*), sia, per talune materie attratte nell’orbita della potestà “residuale” delle Regioni, ancora maggiore di quello che ordinariamente si ha con riguardo alla potestà ripartita: è, appunto, tutto da vedere caso per caso, senza alcuno sbarramento di ordine formale-astratto, per materie ovvero per tipi di potestà, comunque artificioso ed inadeguato a servire (e far percepire) la natura degli interessi, vale a dire ad orientare verso di essa la disciplina positiva, così come, eventualmente, il giudizio sulla validità della stessa.

Qui, si coglie molto bene il passaggio da una concezione della Costituzione come *atto* ad una della Costituzione come *processo*, sulla quale ultimamente si è molto insistito: una Costituzione che è, dunque, attraversata da un moto interno incessante, che porta a continue rigenerazioni di senso degli enunciati che la compongono ed a forme ugualmente plurime del loro invernamento.

La Costituzione come *atto* dà una prima idea del “modello” costituzionale nel suo insieme, un’idea nondimeno incolore, appiattita, statica, così come lo sono appunto le immagini sulla carta.

La Costituzione come *processo* obbliga le dinamiche ordinamentali a confrontarsi con la *natura degli interessi* in campo, nello sforzo di ricercare sintesi assiologicamente pregevoli e qualificanti tra gli stessi, vale a dire adeguate all’equilibrio tra i valori in campo (e, segnatamente, tra il valore di autonomia e quello di eguaglianza). Allo stesso tempo – e il punto è di estrema importanza, per quanto invero ancora oggi non messo a fuoco come si conviene – proprio nel momento in cui la Costituzione imprime alle esperienze di normazione ed alle dinamiche ordinamentali in genere l’orientamento assiologico che si è detto, essa lo dà anche a... *se stessa*, obbliga cioè gli operatori a rileggere le formule iscritte sulla carta ed a caricarle di significati continuamente nuovi, congrui rispetto alle esigenze espresse dalle congiunture e rispecchiate dagli atti di normazione adottati per fronteggiarle. Il che non equivale – par quasi superfluo qui nuovamente rilevare – ad un acritico o parassitario appiattimento sull’esperienza, bisognosa piuttosto di esser comunque disposta sulle coordinate costituzionali e vagliata alla luce delle indicazioni da esse date; e, tuttavia, la capacità dell’esperienza, nelle sue equilibrate manifestazioni, ad alimentare il dettato costituzionale ed a consentirne l’incessante rigenerazione semantica è, appunto, fuori discussione.

La ragionevolezza di cui poc’anzi si diceva segna, dunque, la misura degli interventi consentiti, da una parte e dall’altra. Per restare alla formula della lett. *m*), solo i “livelli essenziali”, pur nella varietà dei modi con cui possono essere intesi, rientrano nella disponibilità dello Stato, i livelli comunque giudicati “non essenziali” per ciò stesso afferendo all’area delle determinazioni regionali. L’“essenzialità” rimescola le carte distribuite in Costituzione col riparto per materie e per tipi di potestà e, per ciò stesso, rimette in moto i diritti, facendoli attrarre ora a questa ora a quell’“area” di competenza e dando ad essi una complessiva fisionomia che l’immagine impressa sulla carta

costituzionale non è, per sua stessa ammissione, in grado di rappresentare compiutamente: un'immagine che è, dunque, consegnata in mano al legislatore ordinario, sia statale che regionale, al fine della sua messa a fuoco e del suo continuo rinnovamento, pur nel costante, irrinunciabile equilibrio tra eguaglianza ed autonomia. Certo, la vaghezza della formula è indubbia; ma, di qui a dire che essa può legittimamente spianare la via ad ogni forma di regolazione giuridica da parte dello Stato (ed, *ex adverso*, della Regione), frutto di insindacabile apprezzamento politico, ovviamente ne corre.

4. L'“essenzialità” dei livelli delle prestazioni e i due angoli visuali da cui essa può venire osservata (del riparto delle competenze tra Stato e Regioni e dei rapporti tra pubblici poteri e cittadini)

La formula della lett. m), al pari di ogni altra con cui si qualificano (e, per ciò stesso, circoscrivono) gli interventi di questo o quell'ente (qui, lo Stato), presenta *carattere relazionale*, “essenziali” essendo i livelli determinati dallo Stato, “non essenziali” risultando livelli ulteriori. La partita, naturalmente, si gioca tutta quanta attorno al significato posseduto dall'aggettivo.

Come sempre, la soluzione al quesito rimanda ad una teoria della Costituzione al cui interno essa può ricevere la sua più adeguata sistemazione. Se è vero, come a me sembra essere, che la Costituzione descrive unicamente l'“area” entro cui si svolge la dinamica dei rapporti Stato-Regioni e fissa, allo stesso tempo, la cornice non valicabile dagli stessi, rimandando la ricerca dell'equilibrio per ciascuna materia alla natura degli interessi ed alle forme delle loro varie combinazioni, ogni pretesa volta a definire in astratto, una volta per tutte, ciò che è “essenziale”, distinguendolo da ciò che “essenziale” non è, risulta viziata in partenza: sul piano metodico appunto, prima ancora che su quello della ricostruzione dogmatica. Piuttosto, è vero che la “essenzialità” può essere riguardata da angoli visuali diversi, ed esemplificando da quello dei rapporti tra Stato e Regioni, da cui fin qui la formula è stata pressoché esclusivamente indagata, e da quello dei rapporti tra pubblici poteri e cittadini, che ai nostri fini è ancora di più diretto interesse e promettente di proficui sviluppi ricostruttivi.

Per il primo aspetto, l'aggettivo designa ciò che rientra nella esclusiva disponibilità dello Stato e, di rovescio, esorbita dalla competenza regionale, quali che siano le materie e/o i tipi di potestà legislativa. Per quest'accezione, la formula designa la *soglia massima* invalicabile dallo Stato per le materie di potestà regionale, nondimeno superabile, come ora si dirà, quanto alle materie riservate allo Stato stesso.

Per la verità, non è da escludere che, con specifico riferimento alle materie di potestà ripartita, tale soglia appaia ancora più arretrata di quella raggiungibile dai “principi fondamentali”: nel qual caso, l'indicazione contenuta nella lett. m) sarebbe il “meno” compreso nel “più” in via generale fissato nel III comma dell'art. 117, per il modo con cui in esso sono “ripartite” le competenze di Stato e Regione. Questa ipotesi sembra, tuttavia, solo astrattamente formulabile, laddove – come si è dietro avvertito – più realistica sembra essere l'ipotesi inversa, di un bisogno di normazione ancora accresciuto rispetto a quello che può esser usualmente soddisfatto a mezzo di enunciati esclusivamente o tipicamente espressivi di *principi*. Se l'ipotesi suddetta fosse, infatti, stata giudicata come realistica, probabilmente la formula in discorso non sarebbe stata menzionata nel II comma ma sarebbe stata posta in coda al IV comma, designando un limite specificamente valevole per le leggi di potestà piena o residuale delle Regioni. All'inverso, la circostanza per cui essa presenta carattere generale avvalorava la lettura dell'intero articolato qui preferita, legittimandosi pertanto interventi statali con riguardo alle materie di potestà concorrente, che appunto si spingano, al momento della determinazione dei livelli in parola, se del caso, oltre l'area attraversata dai *principi*.

Allo stesso tempo, una considerazione sistematica della formula, che la ponga cioè in rapporto con le altre espressioni contenute nel II comma, mostra come essa non comporti alcun “ritaglio” di competenza a danno dello Stato ed a beneficio delle Regioni: nessun credito merita, infatti, l'ipotesi ricostruttiva secondo cui nelle *stesse* materie riservate allo Stato l'intervento di quest'ultimo, *per ciò*

che concerne le prestazioni relative ai diritti, sarebbe da considerare circoscritto ai soli “livelli” in parola. A prescindere, infatti, dal fatto che, se per le materie indicate nel II comma, lo Stato dovesse arrestarsi alla mera determinazione dei “livelli essenziali”, non si vedrebbe chi mai potrebbe offrire le prestazioni di cui i diritti hanno bisogno a mezzo di norme che definiscano in modo compiuto i “livelli” stessi, la considerazione congiunta della lett. m) e delle lett. restanti porta pianamente alla conclusione secondo cui, *ferma la esclusività di competenza dello Stato per ciascuna delle materie ivi elencate*, la competenza stessa si radica ugualmente in capo allo Stato anche per le materie in tutto o in parte devolute alle Regioni. A queste ultime, dunque, come si è venuti dicendo, specificamente si indirizza la previsione della lett. m), rimanendo essa altrimenti priva di autonomia concettuale ed operativa per le materie trattenute allo Stato.

Di qui, la piana conclusione (sul piano teorico), ancorché terribilmente complessa nella pratica, secondo cui la competenza regionale in fatto di diritti rimane ad ogni modo esclusa per tutti quei diritti che fanno capo alle materie indicate nel II comma, siano essi civili o sociali, siano – ovviamente – di altra natura (ma la stessa qualificazione di quest’ultima, vale a dire la distinzione dell’uno dall’altro “tipo”, è, come si sa, assai controversa e sfuggente). Così, ad es., i diritti che fanno capo al processo ovvero prendono corpo nel corso di esperienze processuali o, ancora, gli altri la cui limitazione risulta da norme penali sono categoricamente esclusi dall’area di competenza regionale, in forza di esplicite indicazioni in tal senso contenute nella Carta “novellata” e che, peraltro, come pure è assai noto, “razionalizzano” limiti di antica elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. Invece, non poco incerta è la questione in relazione ai diritti propriamente o strettamente “civili” ovvero a quelli che ineriscono a rapporti *inter privatos*, che, per un verso, non parrebbero interamente sottratti all’intervento regionale (come anche da ultimo recenti pronunzie della Consulta parrebbero confermare) ma che, per un altro, potrebbero farsi attrarre da quell’“ordinamento civile” la cui disciplina è esclusivamente rimessa allo Stato. Il problema, ad ogni modo, si rinnova nei suoi termini generali per ciascuna delle materie enumerate nel II comma e va, dunque, ogni volta affrontato e risolto ricorrendo a tutte le risorse di cui dispone la teoria dell’interpretazione. Chiara e ferma è, comunque, l’indicazione di fondo secondo cui la formula della lett. m) non può essere utilizzata per impropri “ritagli” in seno alle materie trattenute allo Stato, proiettandosi essa piuttosto, naturalmente, verso i campi affidati alla Regione. E poiché, come si diceva, nessun segno consente di distinguere al riguardo tra le materie menzionate nel III e quelle cui allude il IV comma, se ne ha che i “livelli essenziali” possono, in astratto, essere determinati tanto con *principi* quanto con *regole*, a seconda appunto delle materie e delle esigenze da ciascuna di esse concretamente espresse in rapporto ai valori costituzionali.

Per il secondo aspetto, l’obiettivo non è puntato sul riparto delle competenze tra Stato e Regione bensì guarda alle pretese di regolazione giuridica complessivamente avanzate dalla comunità e giudicate, in prospettiva assiologica, comunque meritevoli di appagamento.

Si dà, dunque, ora per acquisito che si diano dei “livelli essenziali” delle prestazioni al di sotto dei quali non sia comunque consentito di scendere. Orbene, la determinazione di questa *soglia minima* a vantaggio dei cittadini è riservata allo Stato: il soggetto che poi darà le prestazioni stesse sarà, nuovamente, lo Stato, quanto alle materie enumerate nel II comma; lo Stato congiuntamente alle Regioni, per quelle del III comma; infine, le sole Regioni, per tutte le altre (ovviamente, questo sul piano della normazione; su quello dell’amministrazione, poi, il riparto delle competenze segue le indicazioni contenute nell’art. 118, coi non pochi né lievi problemi di ricostruzione da esse sollevati, sui quali, nondimeno, non è ora possibile specificamente intrattenersi). Come si vede, si tratta di distinguere tra la normazione volta alla *determinazione* dei “livelli essenziali”, da un lato, quella con cui si *erogano* le prestazioni, dall’altro.

Questa lettura è rigettata da quanti fanno osservare che essa obbligherebbe le Regioni a raggiungere *comunque* la soglia fissata dallo Stato, pur non essendo strutturalmente attrezzate e dotate delle risorse finanziarie indispensabili per conseguirla: la qual cosa, appunto, urterebbe con un elementare bisogno di affermazione dell’autonomia, oltre che con una situazione di fatto irremovibile. Stavolta, cioè, la *soglia minima* delle prestazioni, *dal punto di vista dei cittadini*, potrebbe perciò risultare da norme regionali, sia pure dietro indicazione (con effetti vincolanti ed uniformi per l’intero

territorio nazionale) data dallo Stato. Lo scenario che, tuttavia, si avrebbe a star dietro alla critica sopra esposta, apparentemente la più sensibile per le esigenze dell'autonomia, sarebbe tale da portare diritto ad una innaturale ed intollerabile divaricazione della forbice relativa alla tutela positiva dei diritti.

Se, infatti, giusta l'opinione surriferita, lo Stato non potesse vincolare in alcun modo le Regioni ad offrire comunque talune prestazioni, il divario tra i diritti a seconda dei territori in cui, secondo il riparto costituzionale delle competenze, se ne fa oggetto di regolazione sarebbe tale da pregiudicare in modo certo l'eguaglianza. È anche vero che la stessa è comunque messa a rischio pur laddove si chieda alle Regioni ciò che esse (o, meglio, *alcune* di esse) non sono in grado di dare: una volta di più, la ricerca di sintesi soddisfacenti tra autonomia ed eguaglianza passa attraverso la considerazione delle esigenze complessive del sistema, viste per un verso alla luce della situazione di fatto (e delle risorse materialmente disponibili) e, per un altro verso, alla luce dei valori.

Tra i due corni estremi di un'alternativa soffocante, comunque assiologicamente squilibrata, che parrebbero ora sacrificare interamente l'eguaglianza, ora l'autonomia, occorre dunque, una volta di più, far luogo ad una composizione bonaria dei valori in campo. Di qui, per un verso, l'esigenza di orientare prescrittivamente la normazione regionale, senza di che la disciplina statale sui "livelli" sarebbe praticamente svuotata di effetti, e, per un altro, quella di riconoscere alle Regioni uno spazio adeguato per la ricerca di soluzioni originali, con le quali esprimere al meglio, alle condizioni storicamente date, la loro autonomia.

I "livelli essenziali", per poter esser concretamente raggiunti da *tutte* le Regioni, non possono costituire un ostacolo alto nella corsa che le Regioni stesse sono chiamate a fare in vista della meta della soddisfazione dei diritti. È però evidente che, ponendosi l'ostacolo stesso troppo in basso, i diritti non riuscirebbero ad essere appagati come si conviene.

L'ordinamento costituzionale, tuttavia, predispose risorse idonee a colmare strutturali carenze che dovessero manifestarsi al suo interno.

Limitando, ora, il riferimento in modo specifico al solo piano della normazione e lasciando, dunque, da parte i piani, pure di primaria importanza, dell'amministrazione e della finanza, in seno a ciascuno dei quali si manifestano peculiari esigenze, le risorse suddette possono, a mia opinione, essere spese essenzialmente su tre fronti: *a*) quello della flessibilità nell'utilizzo degli strumenti di normazione e, per ciò pure, dei rapporti che in occasione della loro attivazione si instaurano tra Stato e Regioni; *b*) l'altro della sussidiarietà c.d. "orizzontale"; infine, *c*) quello della "specializzazione" dell'autonomia, in applicazione del modulo "inventato" dal III c. dell'art. 116, dopo la "novella" dello scorso anno.

5. I rapporti tra le leggi di Stato e Regione e le ulteriori conferme della necessità di ambientarli, anche (e soprattutto) dal punto di vista della protezione dei diritti, al di fuori dello schema della separazione delle competenze, preservandone la naturale "fluidità"

Il fronte dei rapporti tra le fonti (con specifico riguardo alle leggi di Stato e Regione) è stato, come si sa, fatto oggetto di numerose riflessioni e varie ricostruzioni, anche dopo la riforma del titolo V, per quanto ad oggi prive dei necessari riscontri ad opera della giurisprudenza, specificamente attinenti alla dinamica della normazione ed alle forme dell'avvicendamento nel tempo degli atti di Stato e Regione.

Non riprenderò ora *ex professo* le non poche, gravi questioni che al riguardo si pongono, sulle quali peraltro ho già avuto modo, per taluni aspetti, di soffermarmi altrove. Un solo punto è, però, necessario qui mettere a fuoco, *dalla peculiare ed illuminante prospettiva della protezione di cui hanno bisogno i diritti*. Ed è che l'inquadramento nei termini di una rigida separazione delle competenze col quale una nutrita schiera di studiosi guarda ai rapporti tra le leggi di Stato e Regione, a tacer di ogni altro limite di costruzione teorica e pratico inconveniente cui esso dà luogo, si dimostra essere – a me pare – evidentemente inadeguato a venire incontro alle pretese di tutela avanzate dai diritti.

Una volta di più, lo squilibrio tra autonomia ed eguaglianza risulta essere palese, ritenendosi le leggi statali relative a materia di potestà ripartita obbligate per l'avvenire a dotarsi unicamente di principi ed escludendosi, quanto alla potestà "residuale", che la stessa possa soggiacere a limiti diversi da quelli in via generale indicati nel I comma dell'art. 117. Con il che non è chiaro da parte di *chi* e *come* potrà porsi rimedio alle sicure carenze che, per questo o quel campo di esperienza e da parte di questa o quella Regione, verranno sicuramente a manifestarsi una volta entrata a regime la riforma (carenze che il disegno di legge La Loggia – se è qui consentita una notazione di sfuggita a riguardo del modo con cui si pensa di dar "attuazione" alla riforma – non ripiana ma, anzi, forse ulteriormente aggrava, dal momento che ammette la "cedevolezza" delle regole statali unicamente con riguardo alle leggi previgenti). Per fortuna, è da aggiungere che ormai una "quota" consistente della disciplina, con specifico riguardo ai diritti sociali, è transitata in alto, a livello comunitario (e, in una parte per la verità ancora assai ridotta, a livello internazionale): disciplina, in relazione alla quale, come si sa, la sostituzione statale è espressamente prevista, conformandosi, almeno su questo versante, le relazioni internormative come assai "fluide" e connotate da una mobilità che non conosce frontiere materiali. È, tuttavia, chiaro che questo "consolatorio" argomento è di per sé inappagante e non sposta, dunque, di un solo passo, nei suoi termini teorico-pratici essenziali, il problema. La tesi, insomma, che categoricamente inibisce la pur precaria applicazione di regole statali nei territori regionali, secondo lo schema fin qui sperimentato e pur nelle innegabili storture cui esso ha dato luogo (nondimeno dovute non tanto all'ingranaggio in sé, quanto alle perverse utilizzazioni fattene), si preoccupa troppo – potrebbe dirsi – delle esigenze dell'autonomia e troppo poco di quelle dei diritti.

Se ci si fa caso, però, la soluzione al riguardo apprestata non va incontro – checché se ne pensi da parte di quanti la propugnano – alle aspettative della *stessa* autonomia, che si vorrebbe appunto preservata nel modo migliore dallo schema della separazione delle competenze e dalle sue conseguenti applicazioni sul terreno della dinamica della normazione. Torna qui utile quanto si faceva all'inizio di questa riflessione notare a riguardo del modo riduttivo e distorto con cui l'autonomia è ancora oggi da molti vista: ripensandola, invece, nella sua inscindibile congiunzione coi valori restanti e, dunque, nella sua genuina vocazione a porsi al servizio dei bisogni emergenti nel territorio, ci si rende conto come le chiusure frapposte, per una malintesa accezione dell'autonomia, alla provvisoria applicazione nei territori regionali delle regole poste dalle leggi statali non giovino affatto alla causa dell'autonomia stessa e possano, anzi, incidere in modo assai negativo sulla progettazione politico-normativa degli interventi regionali. E basterebbe a sua riprova richiamare qui, ancora una volta, la triste esperienza maturata in Sicilia, in nome dell'ottusa, miope chiusura manifestata dalla classe politica locale all'immediata applicazione proprio delle leggi statali maggiormente innovative ed avanzate sulla via delle riforme, siccome ritenute pregiudizievoli alla salvaguardia della "esclusività" di competenze riconosciuta dallo statuto alla Regione per talune materie.

Specificamente, poi, per le materie di potestà "piena" (ammesso, ma non concesso, che sia appropriato discorrerne in siffatti termini), sottrarre la normazione regionale all'osservanza di limiti di sorta, al di fuori della necessaria "armonia" con la Costituzione e con gli impegni internazionali e comunitari, rischierebbe, ancora una volta ed in una misura forse ulteriormente accentuata, di provocare una forte torsione dell'autonomia, alimentando spinte centrifughe incontrollabili (o, diciamo con maggiore cautela, non sicuramente e sufficientemente controllabili) che – com'è chiaro – con l'autonomia stessa non hanno più nulla a che fare, proiettandola fuori dell'orbita ad essa costituzionalmente assegnata. Non si pensi, infatti, che il limite dell'osservanza delle norme statali relative ai "livelli essenziali" possa da solo porre l'unità al riparo da rischi di sorta, specie per il caso che talune dinamiche politico-normative dovessero esprimere una irresistibile vocazione a debordare dagli argini costituzionali. Se, tuttavia, dovesse prevalere l'indirizzo metodico-teorico volto ad escludere l'esistenza di qualsiasi altro limite a carico dell'autonomia, temo che la stessa giurisprudenza costituzionale possa finire col trovarsi obbligata a far passare per norme sui "livelli essenziali" norme che in realtà non lo sono. Di contro, mi parrebbe che l'autonomia sarebbe ancora meglio garantita in un contesto che ammetta, accanto al limite delle norme sui "livelli", quello dei principi generali dell'ordinamento e, forse, pure l'altro delle "norme fondamentali delle riforme economico-sociali" (la riserva, con riguardo a quest'ultimo è data dal fatto che ad esso possono, a

mia opinione, farsi ricondurre in larga misura le norme sui “livelli”, per quanto indubbiamente l’uno limite non sia interamente coincidente con l’altro).

6. Ancora della “duttilità” delle relazioni internormative, avuto riguardo alla sussidiarietà “orizzontale” ed alle forme mobili, “bidirezionali”, delle sue manifestazioni

V’è, però, di più (e qui il punto ora toccato si intreccia col secondo).

Una volta, infatti, che dovesse escludersi in partenza la possibilità che le leggi statali contengano anche regole provvisoriamente vevoli al posto di quelle regionali, l’incapacità delle Regioni di far fronte in modo adeguato alla vastità degli impegni cui esse sono chiamate potrebbe portare ad effetti imprevedibili sul piano dei rapporti con la comunità anche per profili diversi da quelli sopra indicati. Penso, ora, ad es., ad un uso eccessivo, per frequenza ed estensione dei campi, che dovesse farsi della c.d. sussidiarietà “orizzontale”, qui innaturalmente piegata alla funzione di “scaricare” su sedi diverse domande di regolazione giuridica cui la Regione non fosse in grado di dare pronte ed esaurienti risposte.

Ci si intenda: la sussidiarietà “orizzontale” è una delle risorse – come dietro si accennava e come pure ora si vedrà meglio – apprestate dall’ordinamento, finalmente adesso dotata di espresso (ancorché inappagante, per il modo con cui è formulato) riconoscimento costituzionale: una risorsa che può, dunque, essere utilmente spesa per la soddisfazione di certi bisogni e che va in sé e per sé vista come un valore verso il quale orientare le dinamiche sia della normazione che dell’amministrazione.

Come sempre, tuttavia, vi è un fatto di misura che non può essere ignorato al momento in cui si attivano certi processi ovvero si fa uso di certe “tecniche” di regolazione e gestione di certi interessi. L’intraprendenza dei privati, sia *uti singuli* che attraverso le formazioni sociali in cui essi si riuniscono per la loro crescita spirituale e materiale, richiede, dunque, di esser “favorita”, per riprender ora l’ambiguo e fin troppo cauto e paludato linguaggio costituzionale; ma, la ragionevolezza, una volta di più, costituisce il *mezzo* ed anche il *limite* dell’iniziativa tanto dell’ente pubblico volta a promuovere l’attività dei privati, quanto poi di quest’ultima. Ed è fin troppo ovvio dover qui evidenziare che la sussidiarietà si mostra adeguata a certi bisogni (e non pure ad altri) e che, pure con riferimento ai primi, ciò che solo conta è il modo con cui in concreto talune misure normative e gestionali sono adottate: l’intera rete delle relazioni tra pubblico e privato si costruisce, insomma, col filo lungo e resistente della ragionevolezza. Ed allora è chiaro che taluni squilibri che dovessero registrarsi, per così dire, a monte, per il modo con cui le leggi di Stato e Regione si pongono in reciproco rapporto, rifletterebero la loro immagine negativa anche a valle, comportando, come l’onda che si trasmette lontano dal punto della sua origine, effetti negativi crescenti per l’intero ordinamento (o, quanto meno, per talune sue parti assai estese).

Ma, con questa generale avvertenza, è da riconoscere l’apporto formidabile che può venire da un uso misurato, calibrato, della sussidiarietà “orizzontale”, tanto più evidente se si considerano talune, sempre più diffuse e vigorose, esperienze della normazione del tempo presente.

Come ho avuto modo di rilevare altrove, seguitare a guardare alle fonti atomisticamente considerate, siccome ciascuna dotata di una sua forma, di effetti e, insomma, di una sua complessiva caratterizzazione, non consente di percepire fino in fondo le relazioni che si instaurano tra le fonti stesse, per il modo con cui esse si dispongono all’interno di uno stesso “processo” produttivo, saldandosi funzionalmente l’una all’altra e convergendo verso la realizzazione di obiettivi comuni. Ci si avvede allora che le fonti componenti una stessa “catena” normativa possono essere compiutamente intese ed apprezzate solo appunto per il modo con cui l’una sorregge l’altra; e, se le fonti che danno l’inizio ad un nuovo “ciclo” produttivo, orientano con le loro norme di principio gli sviluppi del processo da esse avviato e, perciò, condizionano la normazione ad esse conseguente, non è meno vero che le prime si appoggiano, per la loro parte, alla seconda, da essa soltanto ricevendo il completamento, la loro stessa maturazione insomma. “Processi” che hanno la loro origine, ormai il più delle volte, in ambito internazionale o sovranazionale, si sviluppano quindi in ambito interno,

dove ormai, in una buona parte dei casi, prendono corpo soprattutto in leggi di delega, per quindi dispiegarsi a diversi livelli istituzionali, fino a radicarsi assai di frequente in sede locale o, appunto, in capo a soggetti di autonomia non territoriale ma sociale (in assai lata accezione).

Davanti ad un quadro siffatto, qui riassunto in termini assai schematici ed approssimativi, a me pare che convenga discorrere non tanto, come pure si è soliti fare, di un *sistema delle fonti*, quanto di un *sistema dei processi produttivi*, una volta che si convenga come ciascuna fonte, per quanto dotata di tipicità di effetti e di regime complessivo, risulti ad ogni modo inidonea a perseguire da sola l'obiettivo che connota l'intero processo (in questo senso, a me pare giusto discorrere di una *unitarietà* dell'effetto e della sua *distribuzione* tra le fonti che compongono uno stesso processo, pur con varia misura ed intensità, a seconda degli apporti che dalle singole fonti vengono in vista del conseguimento dello scopo comune).

È chiaro che discorrere di una separazione rigida per *campi materiali* o anche per *modi di disciplina* tipici di ciascuna fonte non avrebbe, in un contesto ordinamentale siffatto, alcun significato. Piuttosto, l'*integrazione* tra le fonti (*rectius*, le *norme*) e la "cooperazione" che tra di esse si intrattiene, come pure con una certa, evidente vaghezza ed approssimazione concettuale si suole chiamare, costituiscono il modulo che meglio riassume il modo di essere strutturale di ciascun processo e degli elementi che *seriatim* lo compongono. La mutua integrazione tra le fonti, la flessibilità e mobilità dei loro rapporti, la loro costante ispirazione alla sussidiarietà, sia "verticale" che "orizzontale", il loro modo di essere "ragionevoli": questi, in breve, gli "ingredienti" di cui si alimenta una normazione che è strutturalmente complessa, così come complessi sono gli interessi che è chiamata a soddisfare e che non potrebbero altrimenti venire fino in fondo appagati, qualora le attività di normazione seguitassero a restare reciprocamente slegate, anzi "incomunicabili" a vicenda, così come lo sono gli elementi appartenenti a "microsistemi" diversi e chiusi in se stessi.

Le norme prodotte in attivazione della sussidiarietà "orizzontale", al pari di quelle adottate dalle autonomie territoriali in genere (anche, e soprattutto, oggi dagli enti locali "minori", la cui condizione è stata significativamente promossa dalla riforma del titolo V), possono costituire un fattore formidabile di protezione di diritti che altrimenti risulterebbero, con ogni probabilità, sacrificati o, come che sia, non adeguatamente tutelati, a condizione – beninteso – che si faccia un *uso ragionevole* degli strumenti di normazione: attivandoli là dove richiedono di esser attivati, e non già dove, magari in nome di un'autonomia eccessivamente intesa (e, perciò, malintesa), dovessero esserlo a sproposito.

Non si dimentichi, al riguardo, che attraverso la sussidiarietà "orizzontale" si appaga l'esigenza di autodeterminazione di singoli e (specialmente) gruppi: neppure la più illuminata forma di eteroregolazione può, infatti, soddisfare un bisogno che ad essa frontalmente si oppone, quello alla "non ingerenza" da parte delle istituzioni pubbliche entro ambiti riservati ai privati. Eppure, nuovamente, ogni forma di irrigidimento delle relazioni finirebbe col mostrarsi, per l'uno o per l'altro verso, eccessiva, portando perciò a nuovi squilibri ovvero ulteriormente accentuando quelli già esistenti tra autonomia ed eguaglianza. Invece, conformando come duttili e fluide le relazioni stesse si ha modo di trovare punti di mediazione e di sintesi che non si riuscirebbe altrimenti a fissare.

Per un verso, infatti, vi sono ambiti o "porzioni" di ambiti in cui la mano pubblica è la sola che può venire incontro a taluni diritti ed alle loro crescenti pretese di regolazione giuridica (restando, poi, da stabilire quali rapporti possano e debbano aversi tra le varie "dita" di cui si compone la mano stessa, vale a dire tra lo Stato, le Regioni, gli enti locali, per limitare ora il riferimento alle sole autonomie territoriali).

Per un altro verso, in altri ambiti (o "porzioni") la mano privata è quella che meglio si presta alla soddisfazione dei diritti. Ma la "sussidiarietà" non avrebbe alcun senso se gli ambiti stessi restassero incomunicabili tra di loro, di modo che carenze che dovessero aversi da una parte o dall'altra possano essere prontamente, adeguatamente colmate.

Di qui, la possibilità riconosciuta all'ente pubblico di far "tornare" presso di sé funzioni precedentemente devolute ai privati, una volta che questi ultimi dovessero dimostrarsi inidonei al loro esercizio. E, tuttavia, poiché con la stessa iniziativa assunta dall'ente pubblico di "favorire" l'attività dei privati, è da presumere che questi ultimi possano offrire prestazioni ancora più appaganti di quelle che verrebbero dall'ente "delegante", se ne ha – a me pare – che ogni forma di "riaccentramento"

delle funzioni debba presumersi come *invalida*: invalida, appunto, *secondo ragionevolezza* (assiologicamente intesa), non già per violazione di una sfera di competenza che si suppone riservata ai privati ma i cui confini non sono, ad ogni modo, in Costituzione sicuramente tracciati; invalida, cioè, rispetto all'indicazione di tendenza e di sviluppo delle dinamiche ordinamentali impressa dalla sussidiarietà, quale filiazione diretta del sistema di valori di cui agli artt. 2, 3 e 5 cost. Se ne ha, allora, è parso a me di poter dire altrove, una sorta d'*inversione dell'onere della prova*, che si realizza ogni volta che dovesse assistersi ad attività apparentemente o presuntivamente *eccezionali* rispetto alla *regola*, assiologicamente connotata, stabilita in Costituzione, di modo che dovrebbe, per questa indicazione metodico-teorica, ragionare non già, come di consueto, della presunta *validità* degli atti normativi e giuridici in genere adottati, bensì del suo rovescio, salva in ogni caso la prova del contrario, che – come si è venuti dicendo – deve appunto esser fornita dallo stesso soggetto agente.

In linea di principio, una sussidiarietà "*bidirezionale*", nel senso sopra indicato, dovrebbe dar modo anche ai privati di surrogarsi all'ente pubblico inadempiente. Tuttavia, non è possibile ignorare le difficoltà che si frappongono per una piena realizzazione di questa pur sensata proposta ricostruttiva. La sussidiarietà "orizzontale", infatti, non può attivarsi *motu proprio* ma richiede di essere "favorita" dall'ente pubblico; e quest'atto iniziale di impulso è, evidentemente, infungibile. Lo stesso, però, potrebbe dar vita ad un complesso ingranaggio connotato da movimenti – come dire? – a scatto automatico, che comunque preservino la necessaria fluidità delle relazioni intersoggettive. Perciò, si potrebbe stabilire che così come l'ente pubblico è, *eccezionalmente* e comunque *dietro adeguata motivazione*, abilitato a riportare a sé funzioni precedentemente consegnate ai privati, allo stesso modo questi ultimi possono riprendersi le funzioni stesse, una volta che si siano finalmente attrezzati per il loro esercizio, magari attraverso una forma assai agile di "contrattazione" con l'ente pubblico ovvero di "autorizzazione" rilasciata da quest'ultimo. Le fonti con cui il motore della sussidiarietà "orizzontale" è acceso dovrebbero, insomma, prefigurare un quadro essenziale degli interventi, con formule di principio aventi una finalità unificante, mentre quanto agli interventi stessi, essi potrebbero liberamente ed agilmente succedersi l'un l'altro, spostandosi dall'"area" pubblica a quella privata (e viceversa) in applicazione – se ci si fa caso – di un modulo che assai da vicino ricorda quella "reciproca cedevolezza" che, per la ricostruzione da me preferita, sta a base delle relazioni tra le norme di dettaglio di Stato e Regioni relative alle materie di potestà ripartita. La *preferenza* (e non la *riserva*) è, ovviamente, per la disciplina normativa e la gestione amministrativa da parte dei privati, salva la necessità del loro spostamento in sedi pubbliche (ed anche con riguardo poi al riparto interno a queste ultime dovrebbe valere lo stesso schema, che comunque "favorisce" l'allocazione delle funzioni al basso, salvo motivate, ragionevoli, soluzioni di segno opposto).

Come si vede, i diritti hanno bisogno, per un verso, di fluidità e mobilità di relazioni internormative, di modo che soccorra (*sussidiariamente*, appunto) l'ente o l'atto di volta in volta maggiormente adeguato all'interesse da soddisfare, specificamente laddove il soggetto o la fonte competente dovessero esibire carenze impreviste; per un altro verso, di talune garanzie (specie di natura procedimentale e processuale) che possano rendere effettivi, e non meramente nominali o solo astrattamente riconosciuti, i diritti stessi.

La partecipazione comunitaria ai processi di produzione giuridica e l'esistenza di un apparato di garanzie processuali adeguato ai rischi ed ai veri e propri attentati che quotidianamente i diritti subiscono da parte di un potere politico sempre più smalzato ed aggressivo sono le due "gambe" – se così vogliamo chiamarle – sulle quali cammina e cresce, nelle sue non di rado travagliate esperienze, l'ordinamento costituzionale fondato sull'autonomia e sull'eguaglianza (e sui valori in genere).

Non è questo il luogo in cui indicare una ad una le innovazioni possibili che, tanto sul versante dei procedimenti quanto su quello dei processi (e, specificamente, del processo costituzionale), sono richieste per una compiuta tutela dei diritti. A talune di esse, peraltro, accennerò più avanti, trattando, pur con la rapidità imposta a questa riflessione, dei rapporti tra statuti e leggi regionali (e, più in genere, dei contenuti di cui i primi potrebbero riempirsi al fine di venire incontro nel modo più adeguato alle esigenze di governo della comunità stanziata sul territorio). Nondimeno, è chiaro – perlomeno, così a me parrebbe essere – che ogni forma di iperirrigidimento delle relazioni

internormative contrasta con la mobilità degli interessi in campo e, dunque, fa obiettivamente da ostacolo alla prontezza e congruità degli interventi predisposti per soddisfarli. Istituzioni che siano obbligate, per una ricostruzione del “modello” ispirata alla “logica” della separazione delle competenze, pure autorevolmente accreditata ma invero discutibile, a muoversi come rinchiusi in un’armatura di ferro che appunto le costringa a piccoli passi e, comunque, non dia loro modo di articolare con agilità i movimenti, sono, *tutte*, obbligate ad arrendersi davanti alla mole crescente di compiti sulle stesse gravante: con quale guadagno per i diritti, a questo punto, è superfluo ulteriormente rilevare.

7. La “specializzazione” dell’autonomia, in applicazione del modulo disposto nel III comma dell’art. 116, e l’ulteriore spinta che da essa si ha per l’ambientazione delle relazioni internormative nella cornice della integrazione delle competenze, in vista di una compiuta tutela dei diritti

La riforma del titolo V, peraltro, presenta un’ulteriore risorsa idonea a far fronte ad eventuali carenze che dovessero presentarsi in questo o quel “luogo” dell’ordinamento, ripristinando così l’equilibrio complessivo del sistema in modo conforme agli sviluppi dell’esperienza ed alle più forti e radicate tendenze che in questa dovessero manifestarsi.

Il modulo inusuale predisposto nel III comma dell’art. 116 risponde proprio a questo scopo. È la presa d’atto, da parte della stessa Costituzione “novellata”, del moto incessante che attraversa e connota la struttura della Carta costituzionale, così come pervade l’esperienza nel suo continuo divenire alla ricerca di punti di equilibrio sufficientemente saldi tra autonomia ed eguaglianza (e tra i valori costituzionali in genere). L’agilità del modulo in parola, che dà modo a leggi ordinarie, ancorché tipizzate nella competenza sia *quoad formam* che *per substantiam*, di ridefinire il quadro costituzionale delle competenze, rispecchia appunto questa connotazione dinamica della Costituzione: rende, per la sua parte, appieno l’idea della Costituzione come *processo*, più ancora che come *atto*. Allo stesso tempo, il carattere “pattizio” delle innovazioni apportate al quadro costituzionale dà finalmente una *chance* all’autonomia che non ha fin qui avuto (le stesse Regioni speciali, cui la legge cost. n. 2 del 2001 dà modo di inserirsi attivamente nei procedimenti di modifica dei loro statuti, non sono – come si sa – presenti in questi ultimi nella forma “codecisionale” disegnata nel nuovo art. 116, ed è assai discutibile che possa al riguardo valere la clausola della immediata applicazione delle condizioni di maggior favore, di cui all’art. 10 della legge di riforma, dal momento che l’ingranaggio apprestato dall’ultimo comma dell’art. 116 è stato pensato specificamente per la “specializzazione” delle Regioni di diritto comune, alle quali pertanto espressamente ed esclusivamente si dirige).

Quel che, ad ogni buon conto, importa è l’affermazione dell’idea, per la prima volta ora affacciata a livello costituzionale, secondo cui nessuna alterazione del “modello” dei rapporti Stato-Regioni può comunque aversi senza che essa sia stata sollecitata e voluta dalle stesse Regioni.

Per la verità, le cose non stanno del tutto così, se si considera che il modulo in parola può essere utilizzato solo per *alcune* innovazioni costituzionali, e non per altre. Ad es., in linea di principio, nessuno può escludere che possa aversi – come, a quanto pare, potrebbe di qui a breve aversi – uno spostamento di talune materie o di loro “porzioni” dall’“area” riservata alle Regioni a quella coperta dalla potestà esclusiva dello Stato, senza che le Regioni stesse dispongano di strumenti giuridici efficaci per opporvisi. L’operazione dovrà, ovviamente, aver luogo con legge di revisione costituzionale, essendo al riguardo inservibile il meccanismo dell’art. 116, ma, appunto, se ne potrebbe avere il riscontro (ciò che, per la sua parte, ulteriormente dimostra come l’unica, reale garanzia per l’autonomia regionale sia quella che passa per la riforma degli apparati centrali e, segnatamente, per la ristrutturazione del Senato in “Camera delle Regioni”). Potrebbe – è vero – fondatamente sospettarsi l’irragionevolezza di un siffatto “riaccentramento” di poteri, in violazione della direttiva di valore tracciata nell’art. 5; e, tuttavia, ognuno ben vede quanto erta sia la strada che porti ad un’eventuale caducazione *iussu iudicis* di una legge di revisione siffatta, dietro ricorso regionale: una cosa, infatti, sono le invasioni o menomazioni di competenza denunciate dalle Regioni

con le usuali vie di ricorso, in occasione delle quali il quadro costituzionale sia assunto a *parametro*, ed un'altra cosa invece le impugnazioni che assumano il quadro stesso ad *oggetto* del giudizio rimanendo il parametro costituito dal solo e nudo art. 5 (per quanto “rinforzato” dal dettato costituzionale anteriore, irragionevolmente innovato dall'atto di revisione, dettato dunque che – per l'ipotesi ora fatta – fungerebbe da *tertium comparationis culturale*, se non pure *positivo*, non essendo appunto più vigente al momento dell'apertura del processo costituzionale).

Sia come sia di ciò, non v'è dubbio che il meccanismo posto in essere con la riscrittura dell'art. 116 presenta talune gravi carenze sulle quali non è ora possibile specificamente intrattenersi con la dovuta estensione. Misteriosa rimane, ad ogni modo, la ragione che ha portato a circoscrivere (oltre che alle materie di potestà ripartita) ad alcune materie soltanto, espressamente indicate, di potestà esclusiva dello Stato l'“area” della possibile “specializzazione” dell'autonomia: quanto meno per altre, infatti, quest'ultima avrebbe potuto esser immaginata senza alcun nocumento per l'unità.

Pur con questi (ed altri) limiti, che a mia opinione non consentono il decollo anche da noi di un'esperienza di regionalismo autenticamente progressivo ed asimmetrico, ad imitazione del modello spagnolo, come invece si spera da parte di quanti hanno sovraccaricato di significati e di attese la pur non secondaria innovazione costituzionale ora in esame, il meccanismo da essa introdotto predispone invero – è da riconoscere – le basi per un *certo* avanzamento dell'autonomia. Il guadagno di quest'ultima, *sullo specifico piano delle pratiche di normazione*, parrebbe a prima vista evidente: alcune materie di potestà concorrente potrebbero esser automaticamente “promosse” alla condizione della potestà piena (basterebbe allo scopo, come si sa, cancellarle dall'elenco del III comma per farle automaticamente transitare tra le materie del IV), mentre le materie di potestà esclusiva dello Stato potrebbero convertirsi – è da presumere – in materie di potestà concorrente oppure, volendo, persino in materie di potestà “residuale” delle Regioni.

Il fatto, per quanto in sé rilevante, non va comunque enfatizzato, se non altro al fine di non restare poi delusi circa i risultati complessivamente attesi dall'operazione di “specializzazione”. Se, infatti, quest'ultima viene, come di consueto, rivista *dalla peculiare prospettiva della tutela dei diritti*, ci si avvede che la novità potrebbe farsi apprezzare con specifico riferimento alle poche materie riservate allo Stato e quindi portate nell'orbita della competenza regionale, mentre potrebbe esser assai meno consistente quanto alle materie di potestà concorrente “convertite” in materie di potestà regionale piena. Non si dimentichi, infatti, che la clausola sui “livelli essenziali” è stata pensata con riguardo alle materie che sono *già* di potestà regionale e che essa è in grado di esprimere una forza omologante tale da porre in un'identica condizione complessiva le potestà legislative regionali e, per il loro tramite, gli atti che ne sono esercizio. Addirittura, nulla in partenza esclude che, per talune materie di potestà ripartita, i “livelli essenziali” possano esser congruamente determinati con norme-principio (ciò che, nella sostanza, come si faceva dietro notare, non sposta il carico tipicamente gravante sulla competenza regionale), laddove per altre materie (di potestà “piena” o “residuale”) si richieda allo scopo una maggiore articolazione di dettato da parte delle leggi statali. Ma, poiché, come pure si faceva a suo tempo osservare, tutto ciò si ha *in via istituzionale*, la “specializzazione” potrebbe al riguardo rimanere indifferente. Che, poi, da essa possano discendere apprezzabili conseguenze sul piano dell'amministrazione ovvero (e soprattutto) su quello della finanza, cui si fa espresso riferimento nell'art. 116, è un altro discorso (ma, sul primo piano particolarmente, come si diceva, non ci si attenda granché a favore delle Regioni, dopo la rimozione del principio del parallelismo tra le funzioni e la tendenziale allocazione delle attività di amministrazione in capo ai Comuni).

Quel che, ad ogni modo, importa qui osservare *dalla peculiare prospettiva dei diritti* è che le relazioni intersoggettive sono sollecitate dall'applicazione del modulo predisposto nell'art. 116 a ricercare punti di mediazione comunque rispondenti allo scopo costituzionale dell'equilibrio tra autonomia ed eguaglianza.

Per un verso, i diritti possono attivare la molla che fa espandere l'autonomia, costituendo cioè la giustificazione sostanziale della richiesta regionale di apertura del negoziato ed informarne gli sviluppi. Allo stesso tempo, però, per un altro verso, i diritti sono un limite (e, come ora si dirà, un limite apprezzabile solo in concreto, come di consueto *secondo ragionevolezza*) al riconoscimento di “forme” e “condizioni” ulteriori di autonomia ad alcune Regioni. I diritti, insomma, sono la *costante*

cui rapportare tanto la ridefinizione *in astratto* del quadro costituzionale delle competenze, quanto (e soprattutto) le manifestazioni *in concreto* delle stesse: una volta di più, il *fine* ed il *confine* della “specializzazione” così come della “ordinarietà”.

Così, davanti a perduranti carenze esibite dagli apparati statali e una volta che talune Regioni si sentano pronte all’assunzione di maggiori responsabilità, potrebbe aversi lo spostamento della linea ideale divisoria delle competenze a favore dell’autonomia. In relazione a siffatta operazione, la sussidiarietà “verticale” potrebbe essere chiamata a compiti assai impegnativi di compensazione: dimostrandosi la Regione, contrariamente alle attese dichiarate nel patto di “specializzazione” (e nella legge che lo recepisce), non adeguatamente attrezzata a far fronte agli impegni assunti, è evidente che debba supplirvi lo Stato, non essendo pensabile che i bisogni della comunità rimangano sguarniti di regolazione e tutela.

Qui, si ha ancora una riprova, assai significativa, della necessità di ambientare le dinamiche della normazione in una cornice metodico-teorica informata ad integrazione (e non già a separazione) delle competenze. La Regione, infatti, come si sa, è principalmente un soggetto di normazione, non di amministrazione. Così stando le cose, il senso più genuinamente espressivo e qualificante della “specializzazione” (e dell’autonomia in genere) delle Regioni si coglie, come si faceva poc’anzi notare, sul piano della normazione. È però chiaro che all’agilità ed al carattere pattizio del modulo descritto nell’art. 116 non può fare da *pendant* un impianto rigido delle relazioni che sulla sua base si instaurano tra Stato e Regione. *Proprio* perché, insomma, si prefigura l’avvio di un’esperienza di regionalismo *quodammodo* progressivo, essa non può essere ingabbiata in schemi veterogarantistici, che per la loro rigidità non potrebbero assecondarla ed orientarla nei suoi concreti sviluppi. Piuttosto, la crescita dell’autonomia, conseguente all’attivazione del modulo di “specializzazione”, deve di necessità essere accompagnata dall’ulteriore rinvigorimento dei meccanismi di compensazione, a presidio dell’unità e, *per ciò stesso*, a presidio dei diritti, che rischierebbero altrimenti di essere beffati col fatto stesso della valorizzazione di un’autonomia incapace di servirli come si conviene. E, inverosimilmente, sarebbe una vera e propria follia far espandere l’autonomia di Regioni che non siano in grado di offrire garanzie adeguate circa la loro effettiva capacità di soddisfare taluni elementari bisogni. Non sempre, però, queste garanzie possono essere compiutamente valutate *in astratto*: anzi, per dirla tutta, assai di rado lo si può fare sulla carta. Il regionalismo (sia quello “specializzato” che l’altro, l’“ordinario”) è, insomma, per sua natura, *sperimentale*: solo *in concreto*, infatti, si può avere conferma della bontà della “specializzazione”. Una volta però che quest’ultima non dovesse appunto superare la prova, sembra assai problematico il ritorno allo *ius commune*: quanto meno, esso non parrebbe praticabile ripercorrendo a ritroso la via tracciata dal III comma dell’art. 116 (neppure – si faccia caso – con l’eventuale, pur improbabile assenso della stessa Regione interessata), dal momento che – come si accennava poc’anzi – la via stessa sembra tracciata unicamente al fine della crescita dell’autonomia e non pure per il suo contenimento. In astratto, perciò, l’ulteriore ridefinizione del quadro costituzionale delle competenze, volta al recupero allo Stato di funzioni precedentemente devolute alle Regioni, potrebbe aver luogo – come si è fatto notare – solo con legge di revisione costituzionale.

Si osservi, dunque, per un momento, la dinamica degli strumenti di normazione costituzionalmente previsti per la modifica del quadro costituzionale delle competenze: laddove si tratti di far crescere l’autonomia, può soccorrere il *tandem* costituito dall’intesa e dalla legge che vi dà esecuzione, di cui al III comma dell’art. 116, idoneo a prendere in tutto e per tutto il posto della legge di revisione costituzionale altrimenti necessaria; se, invece, si tratti di riportare le cose alla condizione di partenza, il *contrarius actus* – a quanto pare – non soccorre più ed è, dunque, necessario comunque far ricorso alle procedure indicate nell’art. 138. Il che – se ci si pensa – ha pure una sua “logica”, come sempre di favore per l’autonomia e, dunque, riportabile in modo diretto all’indicazione di valore fissata nell’art. 5.

Con questa generale avvertenza, tuttavia, va avvertito che l’ipotesi di un “ritorno” allo stato di partenza, pure a seguito di negativi riscontri della sperimentazione della “specializzazione”, appare solo *astrattamente* configurabile; *in concreto*, piuttosto, si attiveranno, in circostanze siffatte, i meccanismi di compensazione ai quali si è già più volte fatto riferimento (dalla tecnica della

sussidiarietà allo strumento unificante delle norme sui “livelli essenziali”), che se non altro per la loro agilità e duttilità possono in ogni tempo spostare in avanti o all’indietro il punto di equilibrio nei rapporti tra Stato e Regioni lungo la retta “verticale” che li unisce ed in cui essi si dispongono e svolgono. D’altro canto, pensare a continui rifacimenti del quadro costituzionale delle competenze (una volta a mezzo del modulo apprestato dall’art. 116 ed un’altra a mezzo delle *comuni* procedure di revisione costituzionale) è, a dir poco, pazzesco (il rischio, gravissimo, è proprio quello di fare quell’uso congiunturale della Costituzione che è già stato ripetutamente, con viva preoccupazione denunciato in altre sedi). Piuttosto, dunque, e salvi casi macroscopici d’inadempienza, converrà mantenere le materie e funzioni presso le autonomie, incoraggiando tuttavia, allo stesso tempo, lo Stato a fare un uso assai incisivo dei poteri di sostituzione di cui è dotato, sul piano dell’amministrazione come pure – secondo quanto si è venuti dicendo – su quello della normazione.

Qui, è appunto il fuoco della questione ora nuovamente discussa. Se, infatti, la legislazione statale relativa alle materie regionali dovesse arrestarsi – per la ricostruzione teorica qui non accolta – alla sola posizione dei principi fondamentali (quanto alla potestà ripartita) ovvero, in generale, alla sola determinazione dei “livelli essenziali” delle prestazioni, senza dunque poter esibire quelle *regole* che danno la compiuta ed immediata disciplina delle materie, è evidente a quali rischi si andrebbe incontro in caso di inerzie e carenze regionali di regolazione: rischi – come si è fatto più volte osservare – esistenti in via generale ma ancora più rimarcati con riguardo ad improvvise “specializzazioni”. O, forse, inopinatamente si pensa alla produzione di leggi *ad hoc* relative alle sole Regioni “specializzate” e, per ciascuna di esse, alle materie ed alle leggi in cui siffatte carenze dovessero manifestarsi? Come si sa, però, mentre l’amministrazione conosce casi ed esperienze di sostituzione mirata, conformemente appunto alla natura dell’attività su tale piano svolta, la normazione non può (quanto meno, di regola) risultare da leggi indirizzate a singole Regioni e volte a ripianare vuoti di disciplina o, come che sia, a correggere storture localizzate per territorio e circoscritte per materia. Piuttosto, è necessario disporre in via generale di norme utilizzabili a questo fine, mentre rimane naturalmente affidata all’opera degli interpreti ed operatori (e, in ultima istanza, ai giudici) tanto la individuazione dei vuoti quanto il rinvenimento delle norme atte a colmarli.

Di qui, appunto, come si diceva, ancora una conferma della necessità che le relazioni tra Stato e Regioni possano svolgersi con quella fluidità ed elasticità che, come sappiamo, è consustanziale ad un “modello” costituzionale da se medesimo reso duttile e disponibile a farsi senza sosta “riconformare” dall’esperienza, secondo le varie ed imprevedibili esigenze da questa manifestate.

8. La disciplina relativa ai diritti in ambito regionale e la sua (limitata) distribuzione tra legge e regolamento

Due profili ancora rimangono da osservare, con la consueta rapidità, prima di chiudere queste succinte notazioni in tema di regionalismo e diritti. L’uno attiene al riparto interno al “microsistema” delle fonti regionali delle competenze in ordine alla disciplina dei diritti, l’altro al versante delle garanzie processuali di questi ultimi.

In realtà, ciascuno di essi richiederebbe uno studio a se stante, assai articolato e complesso, che tuttavia qui – com’è chiaro – non è possibile portare a compimento. Mi limiterò, pertanto, solo ad alcune, sommarie e problematiche riflessioni, rinviando ad una sede più adeguata di questa per l’approfondimento delle questioni ora poste.

Al primo profilo si è già fatto cenno trattando dei regolamenti “delegati” e degli spazi ad essi riconoscibili sul versante della disciplina dei diritti. È chiaro, infatti, che l’attivazione dello strumento di “cooperazione” tra Stato e Regioni ora prefigurato dal VI comma dell’art. 117 non spiega i suoi effetti unicamente appunto sul fronte delle relazioni tra gli enti in parola ma si riflette immediatamente anche sugli equilibri tra legge e regolamento in ambito regionale o – il che è praticamente la stessa cosa, sia pure rivista dal punto di vista delle relazioni istituzionali – tra Consiglio e Giunta, specie a seconda della soluzione che si darà alla vessata questione concernente la dislocazione della potestà regolamentare nel “microsistema” delle fonti regionali.

D'altro canto, a prescindere dai casi in cui sia attivato lo strumento di normazione previsto dal disposto costituzionale surrichiamato, è chiaro che la Regione può *motu proprio* dislocare variamente le discipline positive tra le fonti al suo interno prodotte, ora facendo largo uso dello strumento legislativo e, dunque, mantenendo entro spazi circoscritti la normazione regolamentare, ora invece dando modo a quest'ultima di espandersi anche in forme inusitatamente consistenti. Proprio questa seconda evenienza parrebbe quella maggiormente avvalorata dalla riforma costituzionale, specie se si considera che le Regioni non dispongono ad oggi di strumenti formalmente primari di normazione né – a quanto pare (ma il punto, come si sa, è assai controverso) – rientra nella disponibilità della stessa Regione (segnatamente, a mezzo degli statuti) di dotarsene. Diffuse ed estese, *quoad materiam*, nonché verosimilmente anche non poco incisive, esperienze di delegificazione sono dunque da mettere in conto, mentre rimane ancora da approfondire la questione circa i possibili sviluppi di una produzione propriamente “autonoma” o “indipendente”, a parer mio non ostacolata (neppure, come invece da taluno si pensa, in nome del principio di legalità, che a prima vista parrebbe particolarmente soffrirne) ma che, almeno ad oggi, non ha connotato le più forti e radicate tendenze della normazione regionale. Ogni previsione, nondimeno, suggerita dall'esperienza fin qui maturata possiede un valore assai relativo, se riconsiderata nel quadro della riforma ed alla luce delle novità da essa introdotte.

Pure tutto ciò posto, se le relazioni tra legge e regolamento sono rivisti, come qui, *dallo specifico angolo visuale della tutela dei diritti*, si ha modo di constatare che lo spazio rimesso alla seconda fonte in rapporto a quello di cui gode la prima è naturalmente ristretto. Pur abbandonandosi, infatti, la prospettiva da cui esse erano, in via generale, inquadrata, in presenza del vecchio quadro costituzionale, da numerosa ed autorevole dottrina, che portava a leggere nella formulazione dell'art. 117 l'imposizione di una generale riserva (sia pure relativa) di legge, riserva che in realtà già allora poteva considerarsi in via di principio insussistente e che ancora di più può esserlo per il nuovo riparto delle materie, nondimeno è da riconoscere che, *dalla prospettiva dei diritti fondamentali*, la riserva stessa è indisponibile.

La situazione, dunque, parrebbe essere la seguente. *In punto di astratto diritto*, la Regione potrebbe liberamente determinarsi, nei singoli casi, intervenendo ora con legge ed ora con regolamento per far fronte agli impegni di regolazione giuridica su di essa gravanti; *in concreto*, però, tutte le volte che la disciplina della materia s'incrocia, *quoad obiectum*, con le riserve di legge sparse qua e là per i varî luoghi del tracciato costituzionale, la normazione regolamentare è obbligata ad arrestarsi o, come che sia, a svolgersi entro i limiti in generale per essa stabiliti e discendenti dal carattere delle riserve stesse. Il problema, perciò, si risolve, come di consueto, in un fatto d'interpretazione: in buona sostanza, nel riconoscimento delle riserve e nella qualificazione dei relativi “tipi”; e, poiché – come sappiamo – nessuna prestazione può aversi se non in base alla legge, ecco che la disciplina regolamentare propriamente “indipendente” si trova praticamente sbarrata la via, mentre la stessa disciplina attuativo-integrativa di disposizioni di legge rimane naturalmente circoscritta ai soli casi di riserva relativa.

La situazione può, invece, essere assai diversa con specifico riguardo alla materia dell'organizzazione (in lata accezione), per la quale – a mia opinione – potrebbero immaginarsi casi di riserva di regolamento fissati dagli statuti o in relazione alla quale potrebbe, quanto meno, aversi una disciplina di attuazione ed integrazione di norme di legge dotata di larga estensione e forte capacità d'incidenza. E, poiché, come ora si dirà, alla materia dell'organizzazione fanno capo non pochi diritti, ecco che, sia pure di riflesso, la disciplina regolamentare potrebbe qui avere un peso che nei campi materiali propriamente “sostantivi”, con ogni verosimiglianza, non ha né può avere.

Si tratta, dunque, anche per il profilo ora accennato, di attendere l'approvazione degli statuti al fine di verificare quali linee di sviluppo dei processi produttivi in ambito locale sono da essi tracciate o, come che sia, incoraggiate ad essere percorse nell'esperienza.

9. *I diritti tra statuti e leggi, e le inusuali prospettive per la loro tutela che possono aprirsi grazie all'integrazione, in seno alla disciplina statutaria, della forma di governo e della “forma di Regione”*

Prescindendo ora dai profili sopra indicati (e da altri ancora che meriterebbero di esser compiutamente indagati), in ordine alla tutela dei diritti per il modo con cui la relativa disciplina si distribuisce tra legge e regolamento, dove la questione qui posta presenta il suo massimo rilievo e, però, pure le maggiori difficoltà d'inquadramento è con riguardo ai rapporti che si intrattengono in ambito regionale tra statuti e leggi.

La questione – com'è chiaro – rimette in discussione l'intero modo di essere degli statuti, per gli *oggetti* da essi regolati così come per i *limiti* della loro regolazione, senza che, ovviamente, se ne possa tuttavia qui dire nuovamente e nel modo esteso che sarebbe al riguardo richiesto. Per ridurla ai suoi termini essenziali, è da chiedersi se gli statuti possano (e, se sì, in che misura) disciplinare la “materia” dei diritti fondamentali. Così posta, tuttavia, la questione rischierebbe di esser deviata dal suo alveo naturale, portando dunque ad esiti ricostruttivi forzosi o parziali.

In primo luogo, va fatta un'avvertenza fin troppo scontata ma che pure è bene non dimenticare, vale a dire che gli statuti possono comunque incidere sulla disciplina e la tutela dei diritti, per il fatto stesso di dare una complessiva organizzazione alla Regione di un certo tipo anziché di un altro e, perciò, di dare un certo assetto agli strumenti di regolazione giuridica e di governo in genere di cui la Regione dispone. Ad es., è chiaro che la conformazione nei termini sopra indicati ovvero in altri ancora delle relazioni tra legge e regolamento in ambito regionale ha immediate, visibili ricadute sui diritti. Tutto quanto, insomma, attiene all'organizzazione ed alle attività regionali, per il modo con cui è fatto oggetto di disciplina statutaria, si riflette sulla soddisfazione dei diritti.

Due punti devono, tuttavia, essere al riguardo particolarmente messi in evidenza.

Per un verso, va qui, ancora una volta, colta l'occasione per sottolineare quanto innovativa potrebbe essere (ed è auspicabile che effettivamente sia) la disciplina statutaria, specie per ciò che riguarda i procedimenti (dove sono ad oggi le maggiori e più gravi carenze), prima ancora che i rapporti tra gli atti o le loro vicende nel tempo. Occorre finalmente prendere consapevolezza del fatto che la “logica” che deve presiedere alle relazioni anche in ambito regionale, così come tra istituzioni e fonti appartenenti a “microsistemi” diversi, è – come qui pure s'è fatto notare – quella della integrazione degli atti e delle attività. I procedimenti, in primo luogo, devono essere ristrutturati e conformati come “misti”, non solo prevedendosi la “cooperazione” tra le istituzioni governanti della Regione ma anche quella di quest'ultima con soggetti diversi, sia esso lo Stato come le autonomie locali, le autonomie funzionali, la stessa autonomia dei privati. La sussidiarietà, nelle sue due proiezioni verticale ed orizzontale, può (e deve) avere nello statuto le basi più solide sulle quali poggiare, per quanto naturalmente rientra nelle disponibilità della Regione, avendo – come sempre – proprio nella tutela dei diritti il suo naturale e principale parametro, il punto costante di orientamento. Le esperienze della normazione, alle quali si è sopra fatto riferimento, che si connotano per processi produttivi complessi, al cui interno si immettono atti di diversa provenienza, tutti comunque convergenti verso uno scopo comune, non possono – com'è chiaro – restare prive di talune, pur essenziali indicazioni da parte degli statuti, che definiscano i moduli (di consultazione, intesa, ecc.) attraverso i quali possa prendere corpo la “cooperazione” interistituzionale o intersoggettiva o, ancora, le condizioni o i limiti (tanto se individuati in positivo quanto se in negativo), sia dunque che la “cooperazione” stessa risulti circoscritta all'apparato regionale, sia ancora che venga estesa alla dinamica tra l'apparato e la comunità e sia, infine, che riguardi i rapporti con le autonomie territoriali minori o le autonomie funzionali (una cura speciale va, a mia opinione, riservata proprio a queste ultime, fin qui nondimeno non ancora adeguatamente considerate).

Per l'aspetto ora trattato, tuttavia, il rapporto tra statuti e diritti parrebbe, per dir così, mediato dall'apparato organizzativo e funzionale predisposto dagli statuti stessi.

Le cose non stanno, tuttavia, interamente così. Non si trascuri infatti (e passo così al secondo punto) che di sicura appartenenza all'“area” della disciplina statutaria – come, ancora da ultimo, è stato opportunamente rammentato – è la normazione concernente i diritti inerenti all'organizzazione, con specifico riguardo alla partecipazione dei privati ai procedimenti, alla trasparenza delle attività regionali, ecc. I diritti in parola, dunque, possono (e devono) costituire oggetto di specifiche previsioni statutarie, per quanto poi bisognose di ulteriori specificazioni in via legislativa (e, se del

caso, regolamentare). È da chiedersi al riguardo se i diritti stessi rimangano naturalmente circoscritti al solo piano dell'amministrazione o se possano estendersi anche a quello della legislazione.

La questione è teoricamente assai complessa e, una volta di più, merita di esser inquadrata nella cornice più vasta della teoria della Costituzione. Non potendone ora trattare con la dovuta estensione, mi limito a rammentare come si diano esperienze già altrove radicate (ad es., in ambiente comunitario) che conoscono forme di tutela giudiziaria (e, tra queste, di risarcimento del danno) conseguenti all'omesso o cattivo esercizio dei poteri di normazione, anche di grado primario. Da noi, però, come si sa, si stenta a riconoscere che dalle attività (commissive ovvero omissive) del legislatore possano aversi conseguenze diverse dalla caducazione o dal "rifacimento" degli atti incostituzionali da parte della Consulta, nei limiti peraltro in cui l'una e l'altro possono aversi.

Ora, non mi pare che possa assiomaticamente escludersi, per un aprioristico attaccamento a vecchi schemi che meriterebbero, in via generale, di essere ridiscussi ma che, comunque, potrebbero risultare inadeguati alle esigenze del nuovo regionalismo, che gli statuti, nell'ambito della disciplina di organizzazione ad essi assegnata, introducano, pur con la dovuta cautela e misura, talune non secondarie innovazioni al riguardo: innovazioni – si faccia caso – che imprimerebbero alle dinamiche della normazione e, di riflesso, della forma di governo ritmi inusitati ed un marchio assiologico indelebile, operando – ciò che, forse, maggiormente importa – per la riduzione dello scarto, ad oggi non poco visibile, tra forma di governo e forma di Stato (o, meglio, nel caso nostro, "forma di Regione"), tra quanto tipicamente appartiene alle esperienze dell'una e ciò che invece si fa usualmente rientrare nell'"area" attraversata dalle esperienze dell'altra.

Si fatica, invece, a comprendere che la tutela dei diritti fondamentali è il punto di unione, di vera e propria immedesimazione tra le dinamiche della forma di governo e le dinamiche della forma di Stato ovverosia, nella dimensione locale, della "forma di Regione", e che ancora di più lo è la tutela dei diritti stessi *in relazione alle vicende della normazione*. Se la progettazione costituzionale e statutaria la si rivede dal punto di vista (e per le esigenze) dei diritti, si possono dischiudere prospettive di rigenerazione del tessuto normativo e sociale assai innovative, promettenti di ulteriori, significativi sviluppi lungo la via del progressivo avanzamento dell'ordinamento nel suo insieme verso la meta indicata dai valori che vi stanno alla base.

A prescindere da ogni altra considerazione che potrebbe farsi a riguardo del profilo ora osservato, non può tacersi quanto stretto, davvero inscindibile sia il legame che si ha tra la disciplina sostantiva e quella organizzativo-procedimentale, sicché separare con un taglio d'accetta i diritti che fanno capo all'una da quelli relativi all'altra appare comunque forzoso. Tutto, ovviamente, dipenderà poi da come l'organizzazione regionale sarà ripensata e messa a punto dagli statuti, al fine di stabilire quali diritti potranno disporre di una base nuova o rinnovata negli statuti stessi. Ad es., qualora si facesse luogo, così come in alcune Regioni proposto, alla istituzione di un organo di garanzia della rigidità statutaria (una *Commissione di garanzia* o com'altro la si voglia chiamare), potrebbe risultare opportuno dar modo anche a gruppi sociali che dimostrino di essere *direttamente ed immediatamente* toccati dalla legge o da altro provvedimento regionale di rivolgersi all'organo in parola, se non al fine dell'annullamento dell'atto (ciò che, a mia opinione, assai problematicamente potrebbe aversi, stante il limite dei rapporti processuali e giurisdizionali tipicamente gravante sulle Regioni) a quello dell'attivazione di un meccanismo di riesame dell'atto stesso da parte del Consiglio prima della sua definitiva adozione o entrata in vigore. Non mi parrebbe, invece, consigliabile riconoscere una siffatta opportunità anche ai singoli, per evidenti ragioni di funzionalità dell'organo e, di riflesso, dell'intero apparato al quale esso appartiene. Ove ci si disponesse in un siffatto ordine di idee, alcuni gruppi, anche se costituiti secondo occasione (quali i comitati promotori d'iniziative referendarie ovvero raggruppamenti di consiglieri regionali, oltre – naturalmente – a soggetti esponenziali delle autonomie territoriali minori e delle autonomie funzionali), potrebbero considerarsi *per tabulas* abilitati al "ricorso" (se così vogliamo chiamarlo). Un posto speciale è, al riguardo, da riconoscere alle minoranze consiliari in sede di confezione delle leggi, proprio per la loro coloritura politica che testimonia un *generale, istituzionale* interesse rispetto agli atti di normazione in cantiere. Altri gruppi, invece, pur se dotati di espresso rilievo costituzionale (ad es., i sindacati o le confessioni religiose), in quanto aventi una loro specifica caratterizzazione, dovrebbero mostrare di volta in volta di essere

toccati in modo diretto dall'atto da essi attaccato (una legge in materia di lavoro, senza ombra di dubbio, riguarderebbe i primi, così come potrebbe riguardare – ma è, appunto, da provare – anche le seconde). Di modo che il primo accertamento che l'organo di garanzia sarebbe chiamato a svolgere prima di passare al merito della questione sottopostagli sarebbe proprio quello relativo all'ammissibilità dell'istanza *sub specie* della legittimazione del soggetto ricorrente.

Dove, però, il problema qui discusso si pone in termini ancora più complessi è con riguardo alla eventuale disciplina statutaria dei diritti *sul piano sostantivo*, al di fuori cioè di ciò che rientra nell'“area” dell'organizzazione latamente intesa.

Il problema è, una volta di più, di teoria delle fonti e, come subito dirò, di teoria dell'interpretazione. L'idea di una funzionalizzazione della legge al raggiungimento di fini-valori scolpiti nelle tavole statutarie, come si sa, è antica; e, proprio con riguardo all'esperienza regionale, è stata ripresa in occasione del varo dei primi statuti, alimentando – come si ricorderà – un fitto dibattito per ciò che concerne la liceità e/o l'opportunità dell'inserimento delle norme programmatiche negli stessi. Un dibattito che è ora tornato a riaccendersi e che vede taluni studiosi assumere una posizione (verrebbe da dire, *stranamente*) scettica circa l'utilità di mantenere le vecchie norme programmatiche o, come che sia, di rigenerarle con formulazione aggiornata (dico *stranamente*, per il fatto che, in un contesto di crescente espansione dell'autonomia, pensare di tornare indietro rispetto all'attuale estensione di dettato degli statuti, seppur teoricamente bene argomentato, potrebbe tuttavia sembrare, a dir poco, ingenuo).

Rivisto, però, nuovamente il problema dall'*angolo visuale dei diritti* e, specialmente, alla luce dell'esperienza in tutti questi anni maturata, esso può, forse, essere in una sua gran parte ridimensionato. Che gli statuti possano spingersi in prescrizioni tali da portare al riconoscimento di diritti immediatamente azionabili, facendo pertanto a meno dell'*interpositio legis*, viene invero difficile da immaginare. D'altro canto, ugualmente improbabile è l'idea che gli statuti possano, come un tempo temuto, incidere sostanzialmente sugli indirizzi della normazione, al punto, ad es., da distoglierli dal percorso tracciato dai principi fondamentali delle leggi statali per le materie di potestà ripartita ovvero dalle altre norme comunque idonee a limitare l'autonomia regionale (per ciò che oggi particolarmente importa, dalle norme sui “livelli essenziali” delle prestazioni). Insomma, possibili conflitti di competenza tra statuti e leggi statali (e regionali), quali prefigurati al momento della confezione dei primi statuti, per quanto appunto astrattamente configurabili, si sono rivelati in concreto insussistenti. Può anche darsi che domani non sia più così; ma non si dimentichi che gli statuti, conformemente alla loro natura di *fonti materialmente costituzionali* in ambito regionale, non possono che dotarsi di enunciati caratterizzati da stringatezza ed essenzialità di formulazione e, dunque, pure da un tasso congenitamente assai elevato di vaghezza. Ed allora le risorse di cui si dispone in sede di ricostruzione dei significati sono tali da porre ragionevolmente al riparo le “leggi statutarie” dalla possibile censura di invasione di campi ad altre fonti spettanti.

In breve: convertendo il problema ora accennato dal *piano della teoria delle fonti* a quello della *teoria dell'interpretazione*, si ha modo di rivedere le relazioni tra le fonti stesse da una prospettiva non potenzialmente conflittuale bensì conciliante, ferma ad ogni buon conto restando l'astratta eventualità delle antinomie e, conseguentemente, la necessità di superarle.

Concludendo sul punto. Mi pare che la disputa circa l'opportunità di rinnovare le disposizioni programmatiche meriti di essere, quanto meno in una gran parte, riportata nella giusta dimensione, di modo che il rapporto tra diritti e statuti potrà essere ricco di implicazioni e di prospettive sullo specifico (ma vastissimo) piano dell'organizzazione, mentre mi parrebbe non particolarmente aperto a significativi sviluppi sul piano della disciplina strettamente sostantiva, relativa alle materie di competenza legislativa regionale.

10. *Sistema delle garanzie processuali e tutela dei diritti: a proposito delle impugnazioni governative delle leggi regionali (e degli statuti) e delle cause che possono giustificarle, dalla punto di vista dei diritti*

L'ultimo aspetto al quale dedicare ora il poco spazio rimasto per questa riflessione concerne, come si diceva, il campo delle garanzie processuali. Nulla al riguardo dirò per ciò che attiene a questioni di ordine generale connesse alla tutela dei diritti e specificamente inerenti alla giustizia costituzionale (da quella concernente l'eventuale introduzione di un ricorso diretto di costituzionalità all'altra, relativa all'allargamento del contraddittorio e, in genere, alla dinamica processuale, ad altre ancora), siccome non direttamente e specificamente implicate dalla riforma del titolo V. Peraltro, le garanzie in parola richiedono per il loro impianto, come si sa, una corposa e complessa opera di produzione normativa, tale da non lasciare indenne lo stesso piano costituzionale e che, ponendosi appunto al di là della traiettoria percorsa dalle disposizioni in atto vigenti, non consente di fare previsioni sicure circa gli scenari che, per il loro tramite, potrebbero delinearsi. Mi intrattengo, dunque, solo su un punto, che è di ricostruzione del modello così com'è, e non già di come il processo costituzionale potrebbe essere, qualora si facesse luogo a più o meno incisive modifiche delle *regole* giuridiche o delle *regolarità* giurisprudenziali che lo riguardano. Si tratta, dunque, di tornare a riflettere sull'impugnazione delle leggi regionali, alla luce delle novità introdotte dalla riforma, riviste – come di consueto – dalla *prospettiva della tutela dei diritti*.

Ora, proprio riguardando all'impianto ridefinito dall'art. 127 “novellato” da quest'angolo visuale, viene ancora più difficile seguire a dar spazio alla prassi affermatasi nel vigore del vecchio dettato costituzionale e favorevole – come si sa – all'impugnazione delle leggi regionali da parte del Governo per qualunque vizio di legittimità costituzionale. Per la verità, se oggi si pensa a quante occasioni potranno aversi in relazione alle quali, vuoi per l'espansione delle leggi regionali a territori materiali un tempo sconosciuti e vuoi per la loro (supposta) accresciuta capacità di penetrazione in seno agli stessi (per ciò che attiene al minor carico dei limiti cui dovrebbero andar incontro), la disciplina locale potrà incidere sui diritti, l'antico orientamento favorevole all'impugnazione della disciplina stessa per qualunque causa parrebbe uscirne ancora di più rafforzato. Insomma, maggiori essendo potenzialmente i rischi per l'unità, maggiori le cautele e le misure da adottare per salvaguardarla.

Il ragionamento, tuttavia, non fa una grinza unicamente sul piano della quantità, vale a dire se si considera che le accresciute dimensioni della normazione regionale impongono una più stretta vigilanza da parte dei controllori. Ma, quale la sede e quali le forme in cui essa può prendere corpo secondo “modello” è, appunto, un altro discorso.

La verità è che l'immagine di un Governo-”tutore” dei diritti e della stessa legalità costituzionale minacciata, in tutte le direzioni in cui siffatta minaccia può prendere piede e manifestarsi, già di per sé assai discutibile (o, diciamo pure, falsa) alla luce del vecchio “modello”, ancora di più distorsiva appare essere secondo il nuovo. Ragioni evidenti di funzionalità, nient'affatto secondarie al fine di una compiuta ricostruzione del “modello” stesso, sconsigliano poi di spianare la via ad indiscriminati ricorsi in via diretta, la cui ricaduta sulle esperienze della giustizia costituzionale è ad oggi imprevedibile (facile, ad ogni modo, è però la previsione secondo cui la Corte si troverebbe costretta ad “inventare” soluzioni originali, ancora più incisive ed efficaci di quelle fin qui sperimentate, di selezione delle cause, con ulteriori, indesiderate conseguenze per ciò che attiene al prevedibile innalzamento del tasso di discrezionalità-politicità dei giudizi).

Non si trascuri, poi, la circostanza in occasione della quale prese a suo tempo forma l'indirizzo interpretativo del vecchio art. 127, che era data da un contesto complessivo in cui, da un lato, le Regioni erano ancora viste come una possibile minaccia per l'unità-indivisibilità dell'ordinamento, tanto da consigliare le stesse forze politiche favorevoli in seno alla Costituente alla loro istituzione ad introdurre appunto il meccanismo di controllo preventivo sulle leggi, oltre ad immaginare che il controllo stesso potesse, in caso di violazione degli interessi nazionali (e degli interessi di altre Regioni), incardinarsi presso le Camere, mentre, da un altro lato, alle Regioni stesse era assegnata la coltivazione di campi materiali assai ridotti per numero, ancorché non poco consistenti (almeno alcuni di essi) per estensione.

Da questa prospettiva, la riformulazione dell'art. 127 segue e completa armonicamente le innovazioni introdotte nell'art. 117 e, ancora di più, rispecchia fedelmente, sia pure con riferimento ad un campo di esperienza dalla peculiare connotazione, quello appunto dei controlli, il nuovo

orientamento che si è inteso dare alla ricostruzione dell'intera organizzazione della Repubblica, quale ha, peraltro, la sua sintesi espressiva nel nuovo art. 114.

Se ne ha, dunque, la naturale attrazione dei controlli sulle leggi non occasionati da vizio d'incompetenza nell'area dei giudizi comuni, dove i diritti possono avere la più adeguata tutela, se del caso attraverso le usuali remissioni alla Corte in via incidentale (ma non si trascuri, al riguardo, le frequenti, sempre più estese interferenze che si hanno tra le norme di diritto interno in genere e quelle comunitarie, che potrebbero dar modo ai giudici comuni di chiudere presso di sé la partita, ora attivando il meccanismo usuale della "non applicazione" delle norme nazionali ed ora facendo ricorso all'istituto del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, con le conseguenti determinazioni da esso discendenti).

Un discorso almeno in parte diverso può, invece, farsi con riguardo ai ricorsi governativi nei confronti degli statuti. Ricorsi che, a differenza di quelli aventi ad oggetto le *comuni* leggi regionali, giustificati in relazione al solo vizio d'incompetenza, hanno la loro base nella necessaria, complessiva "armonia con la Costituzione" da parte degli statuti stessi.

Senza ora riesumare antiche questioni interpretative, riaccese da ultimo da una rigorosa (ma, forse, troppo rigida) presa di posizione assunta dalla giurisprudenza (con la notissima [sent. n. 304 del 2002](#)), che addirittura parrebbe fare dell'"armonia" *qualcosa di più* della mera osservanza delle singole disposizioni della Carta, sta di fatto che la disciplina statutaria è il "luogo" in cui prende forma il "modello" di Regione e di sviluppo della società regionale, nei suoi profili specificamente di ordine organizzativo (in lata accezione). I diritti fondati o, come che sia, richiamati dagli statuti sono, per loro natura, diritti fondamentali, siccome materialmente costituzionale è la fonte che li incorpora: sono, insomma, diritti la cui complessiva conformazione concorre a connotare in grado eminente le basi strutturali dell'ordinamento regionale; sono in particolare – come si sopra fatto notare – *diritti di partecipazione* alle dinamiche della normazione e di governo in genere della Regione, dai quali si alimenta e nei quali, per una parte consistente e qualificante, s'invera il valore democratico. Non dar modo al Governo di attaccare una disciplina statutaria che dovesse esibire particolari carenze o storture al riguardo significherebbe acconsentire all'edificazione di un impianto di Regione che esibisca vizi vistosi ed insopportabili di costruzione, sicuramente tali da porre l'atto che li presenti non in "armonia" con la Costituzione.

I diritti lesi dalle "ordinarie" leggi regionali, invece, possono bene essere tutelati – come si è appena rammentato – davanti ai loro giudici "naturali", che sono, come si sa, quanto meno a prima battuta, i giudici comuni, salva appunto l'iniziativa dagli stessi assunta di rimettersi alla Consulta, nei casi ed alle condizioni al riguardo previsti. La diversa formulazione, rispettivamente contenuta negli artt. 123 e 127, con riferimento ai ricorsi nei confronti delle leggi regionali in genere, testimonia dunque – sembra di poter dire – la diversa funzione riconosciuta al Governo, come organo di controllo: nell'un caso, garante, per la sua parte (e nei limiti delle sue competenze), della conformità della fonte apicale dell'ordinamento regionale ai principi di base dell'ordine costituzionale, specificamente nelle loro proiezioni sul campo dell'organizzazione (essenzialmente in questo, a mia opinione, risolvendosi il riscontro dell'"armonia con la Costituzione" da parte degli statuti); nell'altro, garante della sfera di competenza riservata allo Stato e, per questo verso (ma, appunto, solo per esso), dell'unità.

Allo stesso tempo, la ricostruzione proposta sembra, ancora meglio di quella non accolta, rispecchiare l'equilibrio complessivo del sistema, specificamente per ciò che concerne i rapporti tra Governo e Corte costituzionale da un lato, giudici comuni e Corte da un altro lato. L'estensione della normativa regionale a campi un tempo ad essa sottratti e la sua prevedibile crescita quantitativa obbligheranno di certo, anche a prescindere dal modo con cui dovesse inquadrarsi e risolversi la questione qui discussa, giudici e Corte a ricercare un *modus vivendi* nuovo, complessivamente adeguato al contesto delineato dalla riforma ed alle esigenze da esso espresse.

Con ogni probabilità, talune tecniche decisorie, già assai diffuse e radicate, quale quella dell'interpretazione conforme a Costituzione o altre ancora, comunque idonee ad operare forti selezioni dei casi, riceveranno un ulteriore impulso dalla revisione del titolo V, una volta che essa dovesse man mano prendere forma compiuta e mettere radici nell'esperienza. Sembra, perciò, facile

previsione quella di un ulteriore rilancio dell'immagine, dalla stessa Corte accreditata, che vede quest'ultima quale organo "sussidiario" rispetto ad una giustizia costituzionale sempre più "diffusa", un organo dunque che *orienta* (e non *esaurisce*) le esperienze della giustizia costituzionale, affidandosi variamente a tal fine alla fattiva "cooperazione" dei giudici.

Ancora allo stesso tempo, una volta di più, gli statuti per una parte, le leggi regionali per un'altra, potranno imprimere un certo corso (anziché un altro) alle vicende giudiziali, col fatto stesso di dare una certa complessiva connotazione alle pratiche della normazione. Ad es., qualora dovesse prendere piede, come si è dietro accennato, un corposo processo di delegificazione in ambito locale e seguitando l'attuale orientamento giurisprudenziale volto ad escludere i regolamenti dall'area degli atti impugnabili in sede di giudizio sulle leggi, per un verso la Corte sarebbe posta al riparo dal rischio di un sovraccarico di questioni di costituzionalità, che non sarebbe verosimilmente in grado di reggere, mentre, per un altro verso, si farebbe ancora di più avvertire il peso gravante sui giudici comuni, chiamati in crescenti occasioni ad esprimere valutazioni di costituzionalità (oltre che di legalità), a fare applicazione diretta della Costituzione e, insomma, ad attingere a tutte le risorse di cui dispongono a tutela dei diritti.

Come si vede, la riforma del titolo V, ben lungi dal limitarsi a dare un assetto nuovo ai rapporti tra le autonomie territoriali e lo Stato (oltre che tra di loro), si apre a raggiera e pervade con le sue norme (e per gli effetti ad oggi largamente sconosciuti da esse prodotti) l'intero ordinamento.

I diritti sono al crocevia di queste esperienze, che potranno prendere corpo nel senso qui problematicamente prefigurato ma che potranno anche avviarsi lungo percorsi inesplorati. Rivedere la riforma *dalla prospettiva dei diritti*, come qui si è tentato di fare sia pure limitatamente ai soli profili della normazione e dei controlli sopra di essa e con l'approssimazione che è propria di questa riflessione, costituisce un osservatorio privilegiato al fine di verificare se la riforma stessa, che a prima impressione parrebbe circoscritta al solo piano dell'organizzazione, si leghi (ed in che misura) armonicamente ai valori fondamentali dell'ordinamento ed, anzi, possa, per la sua parte, dare una spinta ancora maggiore rispetto al passato in vista di un loro più appagante inveramento.

Antonio Ruggeri

Forma e sostanza dell'“adeguamento” degli statuti speciali alla riforma costituzionale del titolo V (notazioni preliminari di ordine metodico-ricostruttivo)*

SOMMARIO: 1. Il senso, internamente composito, dell'“adeguamento” e la sua incessante oscillazione tra il polo della *uniformità* e quello della *diversificazione*.- 2. Le procedure di “adeguamento”: il ricorso alla usuale revisione statutaria ovvero al modulo “pattizio” introdotto dall'ultimo comma dell'art. 116 cost.?- 3. I possibili contenuti dell'“adeguamento”: osservazioni di metodo e di tecnica della normazione.- 3.1. L'“adeguamento” come *atto* e l'“adeguamento” come *processo*: necessità che la prima revisione statutaria esibisca il carattere della “organicità”, coprendo l'intera area materiale attraversata dalle previsioni del titolo V “novellato”.- 3.2. L'esigenza di convertire il “rinvio”, previsto dall'art. 10 della legge di riforma, da *statico* in *dinamico* e la conseguente predisposizione di procedure agili, ispirate al principio della *partnership*, per gli ulteriori “adeguamenti” dell'... “adeguamento”.- 3.3. Un diritto “statutario” *ordinario* ovvero *materialmente* costituzionale? Il dilemma circa la liceità di norme statutarie in tema di diritti fondamentali.- 3.4. L'alternativa in ordine al modo della regolazione dell'organizzazione, accorrandola in un solo atto (una “legge statutaria” di prima ed organica attuazione dello statuto) ovvero distribuendola tra più atti, pure funzionalmente legati l'uno all'altro.- 3.5. L'inscindibile intreccio tra la disciplina della forma di governo e quella della “forma di Regione”, e la necessità di far espandere l'area materiale affidata alla regolazione della “legge statutaria”.- 3.6. La spartizione della disciplina di organizzazione tra lo statuto e la “legge statutaria”.- 3.7. L'esigenza di allineare sul piano dei limiti la “legge statutaria” delle Regioni speciali agli statuti delle Regioni di diritto comune e la problematica, complessiva caratterizzazione, quanto alla disciplina della materia dell'organizzazione, della prima rispetto ai secondi.- 4. Soluzioni di merito dell'“adeguamento”: considerazioni generali di ordine ricostruttivo.- 4.1. La ricerca di nuovi spazi per l'autonomia, in sede di “adeguamento” (con specifico riguardo alle materie ed ai loro eventuali spostamenti dall'una all'altra specie di potestà legislativa).- 4.2. L'“adeguamento” del sistema delle fonti (prime, generali notazioni).- 4.3. (*Segue*) Previsioni statutarie in fatto di *drafting* e di procedimenti di produzione giuridica (con particolare riguardo al ruolo che può essere riconosciuto in seno a questi ultimi al Consiglio delle autonomie locali ed all'eventuale, consigliata, previsione di un organo di garanzia della rigidità statutaria).- 4.4. La necessaria sottoposizione a verifica, secondo ragionevolezza, delle nuove acquisizioni al patrimonio dell'autonomia, frutto di “adeguamento” (con specifico riguardo alla eventuale “rappresentanza” regionale in seno alla Corte costituzionale, alla ipotetica, peculiare partecipazione ai lavori della Commissione “integrata”, alla materia dei controlli in genere, all'assetto dell'amministrazione e della finanza).- 4.5. Riforma degli statuti e forma di governo.

1. *Il senso, internamente composito, dell'“adeguamento” e la sua incessante oscillazione tra il polo della uniformità e quello della diversificazione*

Attorno al termine “adeguamento”, presente nell'art. 10 della legge di riforma del titolo V, si addensa un groviglio di questioni teorico-generalì suscettibili di implicazioni idonee a pervadere l'intera area materiale coperta dalla riforma stessa. Se ci si pensa, è d'altronde naturale che sia così: discorrere della sorte delle Regioni a regime differenziato equivale, nella sostanza, a ripensare all'intero regionalismo, per il modo con cui è stato originariamente concepito e, soprattutto, è maturato nel corso di una vicenda ormai pluridecennale segnata da non poche, vistose incertezze, ambiguità, contraddizioni. L'equilibrio tra i due tipi di Regione è presupposto, per un verso, e, per un altro, ulteriormente sollecitato e promosso dal termine in parola, che dà l'idea di una complessiva, incessante oscillazione tra il polo della *uniformità* e quello della *diversificazione*, con la consapevolezza tuttavia della impossibilità che le esperienze presenti, come pure (e soprattutto) quelle future, si facciano per intero riportare a ciascuno di essi, appiattendosi e dissolvendosi in seno ad un “modello” di rapporti Stato-Regioni comunque deviate dal solco costituzionale nel momento in cui dovesse esclusivamente poggiare sulle basi strutturali apprestate dall'uno o dall'altro polo.

* Testo rielaborato di due interventi rispettivamente svolti al Convegno su *Le Regioni speciali nel nuovo assetto costituzionale*, Palermo 21-22 giugno 2002 ed al Convegno su *Analisi ed effetti per la Regione Friuli-Venezia Giulia e per gli enti locali delle riforme di cui alla legge costituzionale n. 3 del 2001*.

Una diversificazione *piena*, infatti, non sarebbe neppure concepibile: il valore di unità non lo consentirebbe, richiedendosi ad ogni modo il rispetto dei principi espressi nel titolo V o, comunque, sottostanti alle regole che stanno a base del riordino istituzionale posto in essere con la sua riscrittura e che del valore stesso costituiscono il naturale, diretto “prolungamento”. Come, poi, riconoscerli è una generale questione, che peraltro rimanda ad altre, tuttora incertamente risolte questioni concernenti il modo con cui gli enunciati della Carta si saldano l’uno all’altro componendosi dinamicamente in sistema (si pensi, ad es., all’arduo problema riguardante la determinazione *concreta* dei limiti alla revisione costituzionale, con specifico riguardo alle disposizioni che, pur non costituendo in sé principi di base dell’ordinamento, tuttavia rispetto a questi ultimi si pongono in una condizione immediatamente e necessariamente servente, sì da comportarne, nel diritto vivente costituzionale, la caduta col fatto stesso della loro eventuale rimozione o, come che sia, sostanziale innovazione).

Allo stesso tempo, una piatta ed incolore uniformità sarebbe non meno pregiudizievole ed, anzi, in sé insensata (irragionevole appunto, in prospettiva assiologica) in rapporto al valore di autonomia e – a ben pensarci – allo stesso valore di unità, che in tanto si realizza ed appaga, in un ordinamento fondato sul più ampio pluralismo sociale ed istituzionale, in quanto i soggetti portatori dell’autonomia stessa (nella sua più varia e pregnante accezione) siano messi in grado di ricercare da sé le forme e le vie del proprio sviluppo. E, se ciò è vero per gli enti autonomi in genere, ancora di più lo è per quelli che godono di un’autonomia dalla stessa Costituzione riconosciuta come “speciale”.

Da questo punto di vista, l’*incipit* contenuto nel disposto surrichiamato, visto nelle sue connessioni sistematiche con l’art. 116 della Carta “novellata”, avvalorava ulteriormente l’indicazione offerta dal mero dato letterale; ancora prima, la formula stessa può essere colta ed apprezzata compiutamente solo se se riguardata, per un verso, nella unità inscindibile cui essa dà luogo con l’espressione immediatamente seguente, relativa all’immediata applicazione alle Regioni speciali delle norme del titolo V più favorevoli per l’autonomia, e, per un altro verso, alla luce della tensione interna all’art. 116, laddove si mantiene, sì, l’articolazione del nostro regionalismo nei due tipi della “ordinarietà” e della “specialità” ma, allo stesso tempo, si prefigurano sviluppi in seno al primo idonei, a vario titolo, a riflettersi anche sul secondo.

Se ne ha, insomma, un quadro connotato da forte dinamismo e fluidità di rapporti e, per ciò pure, gravato da non poche incertezze, per la loro parte ulteriormente alimentate da una certa instabilità concettuale delle espressioni costituzionali, aperte ad esiti ricostruttivi assai vari, ad oggi largamente inesplorati ed imprevedibili.

L’“adeguamento” – come si diceva – evoca, per un verso, l’idea della *conformazione*, vale a dire della “razionalizzazione” dei benefici ora riconosciuti a vantaggio delle Regioni di diritto comune anche alle rimanenti Regioni (e Province autonome); per un altro verso, però, rimanda all’idea (o, meglio, al *valore*) della *differenziazione*, della salvaguardia e dell’ulteriore promozione della specialità.

Da un canto, infatti, sarebbe irragionevole (secondo un’accezione assiologicamente qualificata e pregnante del canone della ragionevolezza) la mancata estensione del più avanzato “livello” ora conseguito (sia pure, ovviamente, ancora solo sulla carta) dalle Regioni ordinarie; da un altro canto, tuttavia, se ne ha una spinta per il superamento di tale soglia, insita nel fatto stesso che l’“adeguamento” è pensato e posto in essere al fine di preservare e ancora di più far crescere la pianta della specialità, non già di farla appassire (ammesso che si diano oggi, diversamente dal passato, le condizioni ad essa favorevoli: sul punto, subito *infra*). La tensione è, dunque, continua tra l’omologazione e la differenziazione, con una evidente propensione, un vero e proprio orientamento assiologico, per la seconda. E, tuttavia, nel momento stesso in cui la disciplina degli statuti “adeguati” si distacca da quella di ordine generale contenuta in Costituzione, come pure da quelle specifiche che nel frattempo dovessero essere adottate al fine della “specializzazione”, ai sensi del III comma dell’art. 116, dell’autonomia delle Regioni di diritto comune, è da chiedersi di quale metro si disponga nell’opera di determinazione del “livello” suddetto, come è qui metaforicamente ed approssimativamente chiamato. Una questione, questa, com’è chiaro, terribilmente complessa ma

anche ineludibile, nel momento in cui dovessero sottoporsi ad uno scrutinio di ragionevolezza le nuove discipline positive frutto di “adeguamento”, a seguito del loro confronto con lo *ius commune*.

Si potrebbe opporre che a tali discipline, in quanto di rango o di “valore” materialmente costituzionale, è dato di derogare alla stessa “regola” ora fissata nell’art. 10 della legge di riforma, tradendo dunque così, in buona sostanza, la funzione per la quale sono poste in essere, vale a dire non facendosi luogo all’“adeguamento” nel senso che qui si ritiene di darvi. Ma l’obiezione si rivelerebbe palesemente priva di consistenza alcuna, se si pensa alla vera e propria irrazionalità, prima ancora che alla irragionevolezza, di un “adeguamento” degli statuti non rispondente al fine suo proprio dell’... “adeguamento”. Per altro verso, l’idea che gli statuti possano rovesciare su se stessa la specialità, degradandola ad una condizione svilita rispetto a quella riconosciuta come propria delle Regioni ordinarie non è teoricamente immaginabile, per quanto invero non possa nella pratica essere *a priori* scartata, se si considera che la riscrittura degli statuti dovrà venire alla luce senza che alle Regioni sia data l’opportunità di partecipare su basi paritarie con lo Stato alle procedure allo scopo predisposte (su ciò, *infra*). Piuttosto si potrebbe astrattamente prefigurare la *reductio ad unum* dei due tipi di Regione, attraverso una esplicita revisione della Carta in tal senso (sempre che si ritenga che ne sussistano le condizioni); ciò che risolverebbe in radice il problema dell’“adeguamento” con la sua stessa... negazione. Ma, una soluzione siffatta, per quanto teoricamente configurabile (e, però, allo stesso tempo politicamente remota), sarebbe – com’è chiaro – cosa ben diversa dall’artificioso, surrettizio abbassamento del “livello” della specialità rispetto alla ordinarietà ovvero ancora dalla sostanziale equiparazione della prima alla seconda che tuttavia tenga in linea di principio fermo il doppio regime di autonomia. È vero che, in concreto, la formula costituzionale che riconosce siffatto regime è stata ripetutamente, vistosamente tradita dall’esperienza; ma altro è, appunto, il senso complessivo posseduto da quest’ultima, nelle sue più marcate tendenze, complessivamente volte – come si sa – a debordare dal quadro costituzionale, ed altro ancora la loro eventuale, insensata “razionalizzazione” da parte delle stesse norme costituzionali di “adeguamento” degli statuti che – come si è venuti dicendo – sarebbe inficiata da un’insanabile contraddizione con l’indicazione di partenza che articola appunto nei due tipi della “ordinarietà” e della “specialità” l’autonomia regionale nel suo complesso.

Se ne ha – come si vede – la conferma della *necessaria*, seppur *parziale*, differenziazione delle norme di revisione statutaria dal modello fissato nel titolo V, al quale pure esse sono chiamate a guardare in sede di “adeguamento”: una differenziazione che, ovviamente, conosce forme e “gradi” assai diversi, per i singoli oggetti positivamente riguardati così come, per uno stesso oggetto, nel passaggio da un ordinamento regionale all’altro.

2. Le procedure di “adeguamento”: il ricorso alla usuale revisione statutaria ovvero al modulo “pattizio” introdotto dall’ultimo comma dell’art. 116 cost.?

Qui, si pone la prima questione da affrontare, riguardante le procedure stesse dell’“adeguamento”, dovendosi stabilire se si giustifichi dopo la riforma del titolo V il ricorso ai moduli procedurali tipici delle innovazioni statutarie ovvero se l’idea di “adeguamento” che si sta tentando di delineare, riflettendosi su se medesima, solleciti piuttosto il ricorso a procedure almeno in parte inusuali.

La questione trae origine dalla circostanza che la formula secondo cui si applicano da subito le forme più favorevoli di autonomia introdotte dalla legge cost. n. 3 del 2001, una volta che si ritenga dotata di una forza onnipervasiva, idonea a spiegarsi anche sul piano procedimentale, potrebbe far pensare al superamento dell’“ordinario” meccanismo di revisione statutaria, pur dopo il suo aggiornamento ad opera della legge cost. n. 2 del 2001, ed alla sua sostituzione con altro meccanismo idoneo a far espandere e valorizzare l’autonomia anche su tale piano, quale quello descritto nell’ultimo comma dell’art. 116.

Non v’è dubbio sul fatto che il coinvolgimento della Regione nel procedimento di revisione statutaria, nella forma della mera consulenza stabilita dalla legge cost. ora richiamata, appare espressivo di una minore autonomia rispetto a quella che si ha in base all’art. 116. Non poche

difficoltà, tuttavia, si hanno ad estendere le procedure da quest'ultimo indicate alle revisioni statutarie.

Innanzitutto, per l'ipotesi favorevole a siffatta estensione, è da chiedersi se essa sia da considerare totale o parziale: per la prima evenienza, la revisione statutaria avrebbe luogo nel pieno rispetto delle procedure dell'art. 116 (dunque, non solo col modulo consensuale ivi descritto ma anche con la forma "affievolita" della legge ordinaria, ancorché atipica e rinforzata); per la seconda, la revisione richiederebbe comunque il ricorso alle forme costituzionali ma la partecipazione della Regione alle stesse sarebbe automaticamente "promossa" dal rango consultivo a quello della sostanziale codecisione.

Ora, nell'un caso e nell'altro – è stato fatto giustamente notare (C. Salazar) – v'è da superare l'ostacolo costituito dalla lettera dell'art. 116 che, nella parte *de qua*, si riferisce espressamente alle *sole* Regioni di diritto comune, in vista del conseguimento di uno scopo che solo esse possono prefiggersi, quello della loro *specializzazione* (le Regioni speciali sono, infatti, già... *specializzate* per natura).

Difficoltà, poi, si hanno anche a circoscrivere la portata dell'innovazione alla sola conversione del ruolo giocato dalla Regione da consultivo in "codecisionale".

In primo luogo, siffatta ipotesi presupporrebbe, per essere concretata, la liceità della composizione di nuove disposizioni quale frutto della combinazione di frammenti inautonomi estratti da disposizioni diverse, in modo tale da innestare (a parer mio, artificiosamente) nel corpo delle statuizioni poste dalla legge cost. n. 2 del 2001 una formula nuova, "inventata" dall'interprete-operatore, idonea a prendere il posto di quelle che circoscrivono alla sola forma consultiva la partecipazione regionale alle procedure di revisione statutaria. In generale, però, a me pare che forme siffatte di ibridazione non siano consentite, altro essendo l'applicazione di un enunciato normativo in sé conchiuso e significativo in vece di un altro, in forza della clausola dell'art. 10, ed altro ancora la creazione di un enunciato nuovo ad opera dell'interprete, conseguente alla manipolazione di sostanze normative eterogenee. Soluzione, questa, che dunque vale per il caso ora discusso così come per ogni altro, ad es. per ciò che concerne il regime dei controlli sulle leggi (e, in particolare, quello siciliano, sul quale specificamente ci si intratterà brevemente più avanti).

In secondo luogo, va avvertito che l'ipotesi ora discussa non comporta soltanto un'operazione sostitutiva a carico della legge cost. n. 2, cit., ma, per ciò stesso, implica una deroga vistosa alle procedure di revisione costituzionale stabilite nell'art. 138 cost. Va, infatti, tenuto presente che il ruolo attivo che la Regione è chiamata a svolgere in base alle indicazioni contenute nell'art. 116 si spiega proprio in correlazione con la prevista decostituzionalizzazione formale ivi disposta, vale a dire con l'autorizzazione fatta alla legge comune, ancorché rinforzata, a derogare al quadro costituzionale. A mo' di compenso di siffatto "declassamento" della disciplina è, infatti, stabilito un rafforzamento del procedimento, quale prende corpo nella partecipazione a quest'ultimo della Regione con poteri non casualmente configurati di concorso paritario alla decisione (*mutatis mutandis*, qualcosa di simile si ha nel campo dei rapporti con la Chiesa, dove la coppia di atti accordo-legge ordinaria è riconosciuta idonea a prendere il posto dell'atto legge costituzionale, altrimenti richiesto per la disciplina della materia, ugualmente costituzionale, dei rapporti medesimi).

Ora, che il ruolo delle Regioni in genere (non discriminerei, irragionevolmente, al riguardo tra le stesse) debba essere valorizzato, come in fondo lo stesso art. 116 ha fatto, non si dubita, ma senza ricorrere a scorciatoie proceduralmente assai incerte e discutibili e, a conti fatti, inidonee a condurre alla meta. Se, dunque, si pensa di rendere maggiormente incisiva la partecipazione regionale alle esperienze di modifica statutaria, la via più piana e sicura non è quella di forzare, in sede interpretativa, i collegamenti sistematici pure esistenti tra gli artt. 10 della legge di riforma e 116 cost. ovvero di far espandere oltre misura la portata della regola dell'applicazione immediata, bensì l'altra di riscrivere il quadro statutario, aggiornandolo con le opportune indicazioni al riguardo.

V'è, comunque, un ostacolo pressoché insormontabile ad ammettere l'immediata estensione, ancorché parziale nel senso sopra indicato, del modulo descritto nell'art. 116; ed è che quest'ultimo si riferisce espressamente solo ad alcune forme di crescita dell'autonomia (in buona sostanza, limitate al piano legislativo). Ed allora è evidente che una revisione organica o generale dello statuto, quale

quella – come subito si vedrà – richiesta per l’“adeguamento”, non potrebbe comunque passare per la via stretta tracciata nell’art. 116 ed obbligherebbe, pertanto, a fare in ogni caso ricorso alle usuali procedure di modifica statutaria (v., ancora, C. Salazar): a meno che non si pensi di tenere staccato l’“adeguamento” relativo alle materie cui si riferisce il III c. dell’art. 116, per le quali si potrebbe ipotizzare il ricorso alle procedure in esso indicate, dall’“adeguamento” delle parti restanti. Solo che l’idea di far luogo ad una particellizzazione del processo di “adeguamento”, avviandolo lungo itinerari diversi, non sembra adeguata alle esigenze di organicità e coerenza del processo stesso, che piuttosto consigliano di mantenere unico ed unitario l’“adeguamento” stesso, quanto meno nella sua opera iniziale di ricostruzione.

Cautela, dunque, vuole che la Regione si attivi per la revisione del proprio statuto con le usuali forme costituzionali, allo stesso tempo inserendo nella legge di “adeguamento” in parola nuove regole, valedoli per le future modifiche statutarie, vale a dire per futuri “adeguamenti” dell’... “adeguamento”, con le quali regole si dia largo spazio alla Regione stessa (volendo, secondo il “modello” indicato dall’ultimo comma dell’art. 116 o secondo altri ancora).

Come si vede, l’“adeguamento” non possiede carattere autoreferenziale, spingendosi fino al punto di realizzarsi a mezzo di procedure diverse da quelle per esso prestabilite, secondo quanto peraltro è proprio delle vicende delle norme sulla normazione che – com’è stato da tempo fatto notare dalla più accreditata dottrina – possono, sì, essere cambiate ma solo ad opera di atti che le rispettino per l’ultima volta. Qui, la novità è data dal fatto che la clausola della condizione più favorevole di autonomia parrebbe non incontrare limiti di sorta alla propria generalizzata applicazione, sì da farsi appunto valere anche sul piano dei procedimenti (secondo quanto, peraltro, è stato ritenuto possibile dalla giurisprudenza costituzionale, con specifico riguardo ai ricorsi presentati dal Governo nei confronti delle leggi regionali: [sent. n. 17 del 2002](#) e successive). Solo che un ostacolo insormontabile risulta esser costituito dalla diversità degli oggetti o dei fini rispettivamente facenti capo alla “specializzazione” delle Regioni di diritto comune ed all’“adeguamento” degli statuti speciali, che – come si è venuti dicendo – rende impraticabile la soluzione del trapianto delle regole fissate per la prima al secondo.

3. I possibili contenuti dell’“adeguamento”: osservazioni di metodo e di tecnica della normazione

In merito ai contenuti degli atti di “adeguamento”, moltissime sono – com’è chiaro – le soluzioni di merito astrattamente configurabili con riguardo a ciascun ordinamento regionale, conformemente alla vocazione da essi espressa a ricercare soluzioni originali di sviluppo, congrue rispetto ai contesti ed ai bisogni emergenti nei singoli territori. L’ampiezza dell’analisi richiesta per fare il punto al riguardo rende evidentemente improponibile anche solo una riflessione di larga massima, circoscritta alle linee portanti dei nuovi “modelli” statutari. Restando fedele all’indicazione posta in testa a queste mie osservazioni, mi limiterò pertanto a toccare solo alcuni punti attorno ai quali gravitano le maggiori questioni di ordine ricostruttivo, facendone oggetto di notazioni assai generali (pressoché esclusivamente di natura metodica), volgendomi dunque unicamente a tracciare un percorso al quale sarebbe a mia opinione opportuno che il legislatore statutario si attenesse in vista della realizzazione di un soddisfacente “adeguamento”.

3.1. L’“adeguamento” come atto e l’“adeguamento” come processo: necessità che la prima revisione statutaria esibisca il carattere della “organicità”, coprendo l’intera area materiale attraversata dalle previsioni del titolo V “novellato”

Il primo punto è, in realtà, un’avvertenza. È necessario, infatti, prestare la massima attenzione in sede di formulazione delle nuove disposizioni al fatto che l’intero campo attraversato dalle previsioni del titolo V sia coperto dalle disposizioni stesse, non trascurando dunque nessuna delle forme e condizioni di autonomia ora riconosciute a vantaggio delle Regioni ordinarie. E ciò in quanto la clausola dell’applicazione immediata, di cui all’art. 10 della legge di riforma, dichiara di voler valere unicamente fino all’“adeguamento” degli statuti, e non oltre.

Occorre, infatti, far luogo ad una *revisione “organica” dello statuto*, al fine di evitare che una circoscritta revisione sia intesa quale forma di “adeguamento” nel suo complesso e possa, dunque, portare ad un regresso degli stessi riconoscimenti “automatici” fatti nel lasso di tempo intercorrente tra l’entrata in vigore della legge 3/2001 e l’entrata in vigore della revisione statutaria.

Preliminarmente, va avvertito che nulla vieta che la nuova disciplina statutaria prenda corpo con più atti adottati in tempi diversi: è ben possibile – come ha, ora, opportunamente confermato la stessa giurisprudenza costituzionale ([sent. n. 304 del 2002](#)) – che ciò si abbia per gli statuti ordinari e, ad uguale (se non a maggiore) titolo, può aversi per gli statuti speciali. Il punto è, piuttosto, un altro: che, in presenza di una circoscritta revisione di questi ultimi, si potrebbe (maliziosamente...) ragionare nel senso che, laddove il legislatore di revisione nulla ha disposto di nuovo rispetto al passato, avrebbe inteso tener ferma la vecchia disciplina, considerandola per ciò stesso... *adeguata*; la qual cosa sbarrerebbe le porte all’ulteriore applicazione dello *ius commune* nel territorio regionale, con grave pregiudizio dell’autonomia. Si potrà anche considerare irragionevole una siffatta autolimitazione da parte dell’atto di revisione, incostituzionale “*nella parte in cui*” non si distende fino ad abbracciare anche gli oggetti da esso non trattati; ma, a prescindere dalla palese impossibilità, in una siffatta congiuntura, della Corte di far luogo a manipolazioni ricostruttive del tessuto normativo sul quale dovesse esser chiamata a pronunziarsi, stante il limite invalicabile della discrezionalità del legislatore (qui, addirittura, costituzionale!), resta il fatto che – al più concedere – una ipotetica pronunzia caducatoria della Corte non potrebbe che far capo alle soluzioni normative presenti nel titolo V, allo stesso tempo assunto quale *tertium comparationis* (nel suo insieme) e quale parametro (nel disposto dell’art. 10) del giudizio, e portare quindi alla loro forzata estensione alle Regioni speciali (sempre che, peraltro, idonee a legarsi armonicamente con le altre nel frattempo adottate...), di certo non alla “invenzione” di regole congeniali alla specialità, quale può aversi unicamente ad opera dello stesso legislatore.

Piuttosto, c’è il timore – come si diceva – che, a far data dall’entrata in vigore della legge di revisione statutaria, si consideri ormai preclusa l’applicazione della clausola contenuta nell’art. 10, cit., senza stare a distinguere gli oggetti espressamente riguardati dalla legge stessa da quelli invece privi di una nuova, specifica disciplina. Ed, allora, suonerebbe davvero beffardo per la Regione godere *medio tempore* di taluni riconoscimenti, per esserne quindi esclusa in un tempo successivo, in conseguenza di una revisione statutaria magari sollecitata dalla stessa Regione ma che presenti al proprio interno alcune “lacune” o dimenticanze.

È vero che – come si faceva dianzi notare – si potrebbe obiettare, al fine di far salvi siffatti riconoscimenti, che l’adeguamento non è detto che si consumi *uno actu*, ponendosi piuttosto quale un *processo*, idoneo a prendere corpo attraverso più atti (o procedimenti), funzionalmente legati l’uno all’altro e, dunque, adottati in tempi diversi. Ma, non è chi non veda quanto sia rischioso muoversi in siffatto ordine di idee che obbligherebbe a chiedersi come e da parte di chi stabilire quando il processo in parola possa dirsi giunto a maturazione e, dunque, “chiuso”. Non si dimentichi, poi, che, da un lato, la stessa Costituzione è soggetta a continuo rinnovamento semantico, pur laddove ne rimangano ferme le espressioni linguistiche (ma, ovviamente, ancora di più per il caso che si diano pur parziali innovazioni testuali); dall’altro lato, l’avanzamento dell’autonomia ordinaria, lungo la via della “specializzazione” tracciata dall’art. 116, può portare ad una rincorsa senza fine delle Regioni speciali rispetto a quelle ordinarie.

Tutto ciò porta a dire che conviene appunto non esporsi all’alea di interpretazioni riduttive o strumentali, che potrebbero nuocere gravemente all’autonomia, facendo pertanto luogo non già ad una *revisione statutaria ad effetti circoscritti*, magari in vista del suo completamento in un tempo successivo, bensì ad una *revisione che, per essere propriamente di “adeguamento”, occorre che presenti carattere “organico”*. Volendo riprendere una distinzione altrove fatta, si potrebbe distinguere tra la mera *revisione* e la *riforma* statutaria, con quest’ultimo termine indicandosi appunto l’atto di “adeguamento” organico dello statuto, pur nelle evidenti difficoltà gravanti su una puntuale ricognizione della linea di confine tra l’una e l’altra forma di innovazione positiva.

3.2. *L'esigenza di convertire il "rinvio", previsto dall'art. 10 della legge di riforma, da statico in dinamico e la conseguente predisposizione di procedure agili, ispirate al principio della partnership, per gli ulteriori "adeguamenti" dell'... "adeguamento"*

Il secondo punto costituisce il naturale, conseguente sviluppo del primo. Già all'indomani della legge di "adeguamento" e per effetto della stessa, i percorsi e le vicende dell'autonomia ordinaria e dell'autonomia speciale torneranno a divaricarsi: quanto meno, così dovrebbe essere secondo l'originaria intenzione del Costituente, confermata peraltro dal I c. dell'art. 116 e dallo stesso *incipit* dell'art. 10 della legge di riforma. È da prestare attenzione al fatto che la clausola dell'applicazione immediata delle norme più favorevoli per l'autonomia vale unicamente per i riconoscimenti dell'autonomia stessa fatti dalla legge n. 3/2001 e non pure per altri: né del passato (alle novità apportate dalla legge cost. n. 1 del '99 gli statuti sono già stati "adeguati" ad opera della legge cost. n. 2 del 2001, che dunque si è qui voluto tener ferma e non già piegare alle non coincidenti determinazioni della stessa legge cost. n. 3 del 2001) né del futuro, in quanto introdotti a seguito di ulteriori aggiornamenti del titolo V. È vero che la clausola in parola relativizza e rende fortemente incerta, in sede interpretativo-applicativa, la rigidità costituzionale e statutaria (notazioni fortemente critiche, ma – come subito si passa a dire – forse eccessive, in merito alla sua conformità a Costituzione sono state espresse, particolarmente, da F. Teresi). E, tuttavia, a fronte di siffatto, grave inconveniente stava (e sta) l'altro, opposto e, forse, ancora meno tollerabile: immaginiamo, per un momento, lo scenario che si sarebbe avuto senza l'art. 10; ebbene, le autonomie speciali si sarebbero trovate, irragionevolmente, prive (chissà per quanto tempo...) delle garanzie minime della loro peculiare condizione. La riforma del titolo V, insomma, avrebbe sancito – sia pure solo per il tempo prevedibilmente non breve della transizione – proprio quella *specialità rovesciata*, frutto di esperienze distorte, che è stata giustamente, ripetutamente denunciata in molte sedi e con notazioni le più varie. L'art. 10, nella sua *ratio* di fondo, ha pensato alla provvisoria omologazione in funzione del recupero e dell'ulteriore rilancio della specialità; e, se poi la soluzione trovata lascia per più versi a desiderare, questo è lo scotto che va comunque pagato in vista di siffatto rilancio, reso altrimenti assai problematico o, addirittura, interamente pregiudicato. Piuttosto, se una censura si ritiene di dover muovere alla clausola in parola – movendo dal dato ormai indiscutibile del suo inserimento in Costituzione – è proprio quella di aver fatto luogo ad una sorta di anomalo rinvio statico o "ricettizio" alla stessa legge che l'ha posta, con ciò condannandosi all'autodissoluzione e, dunque, privandosi della possibilità di rigenerarsi e di tornare utile per i casi di modifiche del quadro costituzionale che, per l'uno o per l'altro verso, dovessero spingere maggiormente in avanti la condizione dell'autonomia ordinaria (questione, questa, che potrebbe mostrarsi a breve di attualità, qualora dovesse prendere corpo la *devolution* sollecitata dalla Lega, al di là di ogni non secondaria riserva mossa nei suoi confronti per motivi tanto di forma quanto di sostanza).

Dalla prospettiva ora adottata, sembra insomma irragionevole pensare all'eventuale, mancata riproduzione della formula dell'art. 10 in ulteriori atti di riforma del titolo V. Ed allora, al fine di ovviare a siffatto inconveniente, è opportuno che a ciò provvedano le leggi di "adeguamento" degli statuti, riproducendo quel canone dell'applicazione immediata che pure, *ratione materiae*, dovrebbe essere iscritto nella Carta "novellata", una volta per tutte e con carattere dinamico. Nulla, ovviamente, esclude che per una o più Regioni si opti per una soluzione diversa da quella qui patrocinata; la qual cosa divaricherebbe ulteriormente la condizione della "specialità" nelle sue forme storico-positive di invero nei singoli territori regionali. Quanto, poi, sia ragionevole che ciò avvenga è da accertare caso per caso, seppur la presunzione giochi – come si viene dicendo – in senso avverso alla liceità della omessa menzione della clausola di immediata applicazione.

Se, poi, si dovesse guardare con sfavore alla indistinta estensione delle condizioni più vantaggiose di autonomia a contesti istituzionali che potrebbero mostrarsi refrattari al loro accoglimento, ancora meglio potrebbe farsi a prevedere un modulo flessibile, che rimetta alla volontà degli organi regionali di stabilire nei singoli casi (e con riguardo ai diversi campi di esperienza) se dotarsi, o no, dei nuovi riconoscimenti fatti alle rimanenti Regioni, stabilendo allo stesso tempo delle procedure assai agili per la loro applicazione. In tal modo, come si vede, si avrebbe il triplice vantaggio di sottoporre a verifica di coerenza sistemica ciascuna innovazione adottata, di fare opera di certezza per gli operatori

(che saprebbero quali norme si applicano, e quali no, anche negli ordinamenti ad autonomia differenziata, in conseguenza di un'avocazione esplicita in tal senso) e, infine, di valorizzare anche in ciò l'autonomia, rimettendosi pur sempre alla volontà degli organi che se ne fanno istituzionalmente portatori l'applicazione di norme in realtà pensate per contesti diversi da quello che le accoglie.

Le notazioni appena svolte consentono di escludere, già al presente (e, dunque, in prospettiva *de iure condito*), l'immediata applicazione, in forza della clausola dell'art. 10, delle condizioni più favorevoli di autonomia che dovessero aversi a seguito dell'attivazione del meccanismo previsto nell'ultimo comma dell'art. 116. Si tratta, infatti, di condizioni che, per un verso, non sono poste dalla legge cost. n. 3 del 2001 (alla quale soltanto, come si è fatto sopra osservare, si riferisce la clausola suddetta) e, per un altro verso, in quanto frutto di contrattazione tra singole Regioni e Stato, non potrebbero estendersi *manu militari* ad altre che non le gradiscano o, come che sia, non si sentano ancora pronte a farsene carico. Naturalmente, non è da escludere che la contrattazione in parola possa avere carattere collettivo, fino a coinvolgere nella identica misura *tutte* le Regioni. Solo che, in una congiuntura siffatta, non si tratterebbe, evidentemente, di una forma di *specializzazione* dell'autonomia, che per definizione rimanda all'idea della differenziazione, ma di un uguale accrescimento del patrimonio funzionale delle Regioni. A rigore, è da escludere che Regioni già di per sé *specializzate* (appunto, in quanto... *speciali*) possano far parte della partita: è preferibile, piuttosto, che ciascuna di esse partecipi ad un tavolo distinto di trattative, concordando con lo Stato le opportune innovazioni al proprio statuto. Nondimeno, non si può escludere che l'atto di revisione statutaria, predisposto dietro intesa tra lo Stato e la Regione, faccia propri, sia pure solo in parte, i contenuti dell'intesa generale raggiunta in applicazione del modulo di cui all'art. 116, III c., e – naturalmente – viceversa: quest'ultima potendo raccogliere almeno alcune delle indicazioni offerte dalle Carte statutarie.

Si realizzerebbe, in tal modo, un circolo virtuoso, di ricarica reciproca tra “specialità” ed “ordinarietà”, che avrebbe proprio nel modulo della “specializzazione” il suo veicolo idoneo a far transitare acquisizioni all'autonomia dall'una all'altra parte. Il regionalismo “duale” si convertirebbe così in un regionalismo “competitivo” – come pure è stato ad altri fini ed in altro contesto chiamato – in seno al quale le Regioni dell'una e dell'altra specie farebbero a gara nell'inventarsi soluzioni normative sempre più avanzate e suscettibili, sia pure dopo attenta verifica, di essere sperimentate anche al di fuori degli ambiti di origine.

Stando così le cose ed in considerazione del prevedibile avvio del processo, prefigurato dall'art. 116 e volto alla differenziazione dell'autonomia ordinaria, è consigliabile predisporre nello statuto “riformato” procedure agili, ispirate al principio della *partnership* (e, dunque, di natura consensuale), con le quali si possa far luogo speditamente ai continui “adeguamenti” che possono aversi in un sistema caratterizzato da un regionalismo progressivo o dinamico. Il primo, generale “adeguamento”, cui si riferisce l'art. 10, più volte cit., dovrà dunque esser seguito da ulteriori, continui “adeguamenti”, bisognosi di esser realizzati attraverso vie brevi e pur con le cautele richieste ad ogni forma di innovazione di rilievo costituzionale.

3.3. *Un diritto “statutario” ordinario ovvero materialmente costituzionale? Il dilemma circa la liceità di norme statutarie in tema di diritti fondamentali*

Venendo ai profili strettamente sostanziali, occorre preliminarmente chiedersi quale sia l'idea di “statuto” alla quale ispirarsi in sede di “adeguamento”, se cioè meriti di essere mantenuta quella originariamente posseduta ovvero se essa non meriti piuttosto di essere ripensata a fondo, per ciò che insomma gli statuti del futuro possono (o devono) essere nella loro struttura, ancora prima che nei contenuti.

La nozione di “adeguamento”, invero, presenta carattere ambiverso e relativo: vista rispetto al titolo V, si apre in astratto a forme anche radicalmente innovative dei vecchi statuti; in rapporto a questi ultimi, invece, parrebbe denotare novità parziali, nella sostanziale continuità, non già dunque riferirsi alla fondazione di un ordine “statutario” – se così vogliamo chiamarlo – radicalmente o propriamente “nuovo”.

Credo, però, che quest'ultima preoccupazione non abbia motivo alcuno per essere nutrita. Suonerebbe amaramente paradossale per le Regioni speciali essere artificialmente frenate nell'opera di rigenerazione della loro autonomia laddove le Regioni di diritto comune sono (o, meglio, *promettono*) di essere vigorosamente lanciate verso corpose acquisizioni all'autonomia stessa.

Dalla prospettiva ora adottata, dunque, nessuna pregiudiziale negativa osta a che gli statuti presentino un'ampiezza di dettato inusitata, specificamente volta a coprire campi precedentemente non coltivati, in aggiunta a quello dell'organizzazione (sui cui modi di regolazione, peraltro, si dirà di qui ad un momento).

La questione si pone con specifico riguardo all'eventuale presenza in seno agli statuti "adeguati" di enunciati riguardanti i rapporti di diritto sostanziale, con particolare riferimento ai diritti fondamentali (su ciò, v., ora, dopo R. Bifulco, G. Campanelli). È una questione che, per un certo verso, si pone anche per gli statuti ordinari, dal momento che l'art. 117, così come riformulato dalla legge di riforma, parrebbe prefigurare degli spazi un tempo sconosciuti a favore delle Regioni per ciò che appunto attiene alla disciplina legislativa dei diritti; ed allora è chiaro che il discorso che si va ora facendo non potrebbe che valere nella identica misura per tutte le Regioni. Rimane – è vero – la differenza di fondo costituita dalla diversa forza normativa di cui sono rispettivamente dotati gli statuti delle Regioni di diritto comune e gli statuti speciali, cui è data – come si sa – la possibilità di discostarsi variamente dallo *ius commune*. Ma, l'eventualità di una discriminazione sul terreno della tutela dei diritti fondamentali è, in tesi, irragionevole, dal momento che l'uniforme godimento degli stessi, al pari dell'identico trattamento sul versante dei doveri costituzionali, è elemento costitutivo dell'unità-indivisibilità dell'ordinamento.

Pure ciò posto, è da verificare se la disciplina dei diritti in parola rimanga affidata, in ambito locale, alla sola legge, quanto alle Regioni ordinarie, alla legge e ancora prima agli statuti nelle Regioni a regime differenziato.

Si dà qui per scontata una cosa che, in realtà, non lo è: che le leggi regionali possano fare oggetto di regolazione i diritti fondamentali. Mentre, però, mi parrebbe invero meritevole di uno studio approfondito la questione circa i *limiti* di siffatta regolazione, non credo che possa esservi dubbio in ordine all'*an* della disciplina stessa. E, invero, per quanto incerta ed oggettivamente ambigua appaia essere la formula che riserva allo Stato la determinazione dei "livelli essenziali" delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali (come, sia pure da angolazioni diverse, hanno fatto tra gli altri notare M. Luciani e G.U. Rescigno), non sembra da mettere in discussione che la formula stessa, circoscrivendo l'"area" della disciplina statale, allarghi di conseguenza quella della disciplina regionale. Non si dimentichi che la *regola*, la nuova ed assiologicamente pregnante regola costituzionale, è ora nel senso della regolazione delle materie da parte delle Regioni, l'*eccezione* quella da parte dello Stato: gli elenchi e le indicazioni in genere contenuti nel II comma dell'art. 117 richiedono, dunque, di essere assoggettati a stretta interpretazione, la competenza dello Stato riferendosi unicamente agli oggetti ad essa positivamente, espressamente assegnati, per ogni altra espandendosi quella delle Regioni. Ed allora appare giustificato chiedersi se la disciplina regionale che si ponga *al di sopra* dei "livelli" suddetti possa risultare soltanto da statuizioni di legge o anche da affermazioni statutarie, ancorché – conformemente alla loro natura – adeguatamente contenute e, perciò, bisognose di esser quindi opportunamente svolte ad opera della legge.

Per gli statuti ordinari, non si tratta soltanto di recuperare, magari con qualche abbellimento di facciata o anche con ulteriori, sostanziali precisazioni, le vecchie norme programmatiche (sulla cui opportunità di mantenimento, peraltro, sono state espresse serie ed argomentate riserve: R. Tosi); si tratta piuttosto di andare ben oltre, prefigurando una disciplina sostantiva (almeno in alcuni casi, immediatamente azionabile) ad oggi largamente carente. Per gli statuti speciali, poi, come si sa, occorre fondare un impianto normativo in atto inesistente.

Il dilemma – se ci si pensa – è tra statuti e "minicostituzioni" (riprendendo, ora, pur con sostanziali adattamenti di significato, una felice etichetta di T. Martines): tra un diritto statutario composto da norme che si situano (non solo formalmente ma anche *materialmente*) al piano propriamente ordinario della scala gerarchica ed un diritto statutario di "valore" costituzionale. Una scelta di campo, insomma; ed una scelta che finisce col riflettersi sulla stessa Costituzione, obbligando a riflettere sul

modo con cui le carte regionali si pongono al cospetto della legge fondamentale, proprio nella sua parte maggiormente espressiva e qualificante.

Ora, che la Costituzione costituisca l'unico punto di unificazione-integrazione interna dell'ordinamento, la sola *norma normans* (e non *normata*), è fuori discussione. Davanti ad essa, dunque, il "microsistema" delle fonti regionali, visto nel suo insieme ed indipendentemente dal riparto di competenze che al suo interno si ha tra le fonti che lo compongono e rinnovano, si pone in funzione comunque servente: né più né meno, per quest'aspetto, di come si pone il "microsistema" delle fonti statali (la stessa, usuale dicotomia tra *autonomia* e *sovranità*, peraltro da tempo afflitta da una crisi forse irreversibile, riguardata tanto sotto il profilo soggettivo-istituzionale quanto sotto quello oggettivo-normativo, sfuma e si dissolve davanti ai termini essenziali della questione ora posta).

D'altro canto, non è casuale che le indicazioni date dalla Carta in tema di diritti fondamentali richiedano, poi, di essere svolte ed attuate "a prima battuta" proprio (ed esclusivamente) dalla legge statale, chiamata a determinare quei "livelli essenziali" sui quali possono poi stabilmente poggiare gli edifici normativi, diversi l'uno dall'altro ma accomunati appunto nelle loro basi strutturali, che saranno eretti in ambito locale.

Sia che la disciplina regionale si distribuisca tra statuti e leggi, sia che rimanga interamente appuntata su queste ultime, il rapporto intrattenuto dalle fonti regionali con la Costituzione e, discendendo, con le leggi statali di prima attuazione si porrà in termini comunque non diversi.

Se lo "spazio" complessivamente riconoscibile alle discipline locali sembra, in via di principio, non differenziato a seconda del tipo di autonomia (speciale ovvero ordinaria) goduta da ciascuna Regione, è però vero che non è affatto indifferente che la produzione giuridica si abbia ad opera di questa o quella fonte o, magari, di entrambe. Peraltro, come si vedrà tra non molto, è chiaro che espandendosi, in sede di "adeguamento", l'area delle materie di competenza delle Regioni speciali rispetto a quella riconosciuta dall'art. 117, chiaramente potrà risultare valorizzato il ruolo delle Regioni stesse anche in merito alla tutela dei diritti.

Ora, gli statuti ordinari sono espressamente visti quali fonti prime dell'organizzazione regionale: sia nell'originaria versione dell'art. 123 che in quella "novellata" nel '99, gli statuti hanno avuto espressamente riconosciuta una competenza (pure assai ampia e tuttavia) circoscritta alla "materia" dell'organizzazione. Eppure, senza alcuna forzatura interpretativa, quanto meno i diritti implicati dall'organizzazione stessa possono (e, anzi, devono) rinvenire negli statuti la sede naturale di espressione (si pensi a tutto ciò che attiene ai rapporti tra il cittadino e l'amministrazione, dalle forme di partecipazione del primo alle attività della seconda, alle garanzie, ecc.). Laddove, invece, non si dia un pur tenue legame con l'organizzazione, diventa oggettivamente arduo giustificare l'eventuale disciplina statutaria al riguardo.

Nelle Regioni speciali, si dà (o, meglio, *potrebbe* darsi) una situazione in un certo senso rovesciata. L'area coperta dalle norme di organizzazione – perlomeno, a stare alla disciplina in atto vigente, che nondimeno, come si vedrà, dovrà essere urgentemente, congruamente "adeguata" – non è particolarmente estesa; di sicuro, lo è di meno di quella corrispondente delle Regioni di diritto comune. In compenso, tuttavia, gli statuti speciali trattano largamente (seppur, nuovamente, in modo non "adeguato"...) delle funzioni; e, comunque, in quanto fonti di rango costituzionale, possono distendersi in lungo ed in largo, dando pertanto vita ad un "insieme" di regole essenziali (*rectius*, di *principi*) specificamente riguardanti la "materia" dei diritti fondamentali.

Non vorrei ora spingermi in ulteriori dettagli che andrebbero oltre il "campo" delle indicazioni metodiche relative ai futuri "adeguamenti" degli statuti, all'interno del quale è necessario qui restare. Nondimeno, è chiaro che la questione ora posta viene prima di ogni altra, per ciò che ha riguardo alla conformazione ed alla estensione della struttura degli statuti stessi, investendone a conti fatti la natura di fonti *materialmente* costituzionali del diritto regionale.

3.4. *L'alternativa in ordine al modo della regolazione dell'organizzazione, accorrandola in un solo atto (una "legge statutaria" di prima ed organica attuazione dello statuto) ovvero distribuendola tra più atti, pure funzionalmente legati l'uno all'altro*

Per ciò che concerne l'organizzazione in senso stretto, in sede di riscrittura degli statuti occorre scegliere se mantenere, o no, la soluzione in atto accolta a seguito della "novella" operata con legge cost. n. 2/2001, secondo cui la relativa disciplina appare distribuita tra più atti legislativi, peraltro di dubbia appartenenza ad un unico *genus*.

Si consideri, a mo' d'esempio, quanto è disposto dallo statuto siciliano. Le leggi di cui agli artt. 3 e 9, relativamente alla elezione dell'Assemblea e del Presidente ed alla forma di governo, vanno incontro a limiti peculiari, diversi da quelli valevoli per le leggi di cui agli artt. 12 (in tema d'iniziativa legislativa), 13-*bis* e 17-*bis* (in materia di referendum. Una curiosità o, meglio, una irragionevole stranezza a riguardo di quest'ultimo: il referendum, per dir così, "ordinario", di cui al primo dei due artt. ora cit. è disciplinato con legge approvata a maggioranza assoluta, a differenza del referendum "costituzionale", di cui al secondo art., regolato da legge approvata a maggioranza semplice).

L'alternativa rispetto alla frammentazione della disciplina dell'organizzazione potrebbe esser quella di riunirla in un unico atto, una "legge statutaria" in senso proprio, ad imitazione di quanto è disposto nell'art. 123 cost. per le Regioni di diritto comune, con la sola esclusione della materia elettorale che, per la minuzia di disposto della relativa regolazione, richiede di essere trattata in una sede normativa a se stante (ma, invero, con riguardo a siffatta materia, meriterebbe di esser presa in considerazione l'ipotesi che nella "legge statutaria" in parola rimanga fissata la scelta del sistema elettorale, rimandandosene poi la relativa normazione di dettaglio ad altra legge e da questa ad altri atti ancora, di natura regolamentare, sì da porre in maggiore evidenza le mutue, strette implicazioni esistenti tra la definizione del meccanismo elettorale e l'assetto degli equilibri istituzionali). In tal modo, accanto allo statuto speciale, approvato con legge costituzionale e rinnovato con la procedura "consensuale" dietro indicata, si situerebbe uno statuto ordinario, in funzione strumentale rispetto al primo, riprendendosi così una proposta in tal senso avanzata già molti anni addietro da una sensibile dottrina (F. Pizzetti).

In ogni caso, il vantaggio presentato dall'accorpamento dell'organizzazione in un unico atto (*materialmente "statutario"*) sarebbe quello di una (presunta) maggiore organicità e coerenza dell'organizzazione stessa. Occorre, nondimeno, rifuggire da soluzioni, quale quella ora avutasi nel Friuli-Venezia Giulia, dove in uno stesso atto appaiono mescolate assieme affermazioni di principio (dalla natura *materialmente* costituzionale o "statutaria", per ciò che attiene alla dimensione regionale), quali sono quelle che determinano le attribuzioni degli organi direttivi della Regione e ne delineano i rapporti, ed affermazioni di estremo dettaglio, persino di tono o grado sostanzialmente regolamentare (ad es., in ordine al meccanismo elettorale). La questione della struttura nomologica degli enunciati e delle forme della loro distribuzione tra più atti o livelli di normazione è, ad ogni modo, terribilmente complessa e nient'affatto agevole da risolvere sul piano teorico e, ancora di più, su quello pratico-applicativo, come si avrà modo di vedere meglio di qui a breve.

3.5. L'inscindibile intreccio tra la disciplina della forma di governo e quella della "forma di Regione", e la necessità di far espandere l'area materiale affidata alla regolazione della "legge statutaria"

Occorre, poi, muovere dalla consapevolezza che la disciplina della forma di governo, pure nella sua più lata accezione, si presenta fortemente, inscindibilmente intrecciata con la disciplina della "forma di Regione", siccome riferita ai rapporti tra comunità regionale ed apparato, nonché a quelli tra quest'ultimo e gli enti territoriali minori e le autonomie funzionali, per un verso, e, per un altro verso, lo Stato, la Comunità internazionale e la Comunità Europea.

Un solo esempio per tutti: si pensi allo snodo che viene a crearsi attorno alla Commissione "integrata" a norma dell'art. 11 della legge di riforma: è evidente che, qualora di quest'ultima dovessero essere chiamati a far parte esponenti dell'esecutivo, secondo il modello *Bundesrat*, dovranno prevedersi forme adeguate di coinvolgimento della stessa Assemblea (ad es., stabilendosi la consultazione di una Commissione per gli affari costituzionali istituita presso quest'ultima o, ancora, prevedendosi l'obbligo della rappresentanza giuntale in seno alla Commissione parlamentare di riferire all'Assemblea, ecc.).

Allo stesso tempo, la composizione “mista” dell’organo parlamentare, alla quale concorrono le Regioni e le autonomie territoriali minori, rimanda a forme varie di collegamento col Consiglio delle autonomie locali, di ordine strutturale (per il caso che quest’ultimo sia chiamato a scegliere i rappresentanti delle autonomie stesse in seno alla Commissione “integrata”) ovvero di ordine funzionale (per ciò che concerne le attività rispettivamente svolte dagli organi collegiali in parola e le reciproche implicazioni).

Uguualmente, forme varie di partecipazione dell’Assemblea e delle autonomie locali vanno studiate sul versante delle relazioni internazionali e comunitarie, naturalmente affidate – secondo tradizione – agli esecutivi e, tuttavia, bisognose di aprirsi efficacemente anche al coinvolgimento degli organi immediatamente rappresentativi della comunità, per un verso, e, per un altro, delle autonomie (territoriali e non) e, più largamente, delle forze sociali organizzate in genere; tanto più, se si pensa che il peso esercitato dalle relazioni in parola è enormemente cresciuto col tempo ed ancora di più promesse di crescere a seguito dell’infittirsi delle relazioni suddette.

Sui possibili contenuti degli statuti “adeguati” al riguardo si dirà più avanti. Per il momento, è sufficiente muovere dal dato, incontrovertibile, costituito dalle mutue implicazioni che si intrattengono tra i rapporti “interni” e quelli (latamente) “esterni” e che, per ciò solo, rendono l’idea di quanto estesa e fittamente intrecciata sia la materia dell’organizzazione, che richiede un impegno di regolazione (nelle Regioni di diritto comune così come in quelle ad autonomia differenziata) particolarmente gravoso.

Ora, a stare alla lettera degli statuti speciali, pur dopo la loro parziale riscrittura ad opera della legge 2/2001, le leggi regionali in materia di organizzazione parrebbero disporre di un’area materiale ristretta, sicuramente meno estesa di quella risultante a beneficio delle Regioni di diritto comune in forza delle generalissime previsioni contenute nell’art. 123. Si rammenti quanto si è sopra detto a riguardo dello statuto siciliano, dove alla legge regionale è espressamente rimessa la disciplina, oltre che del meccanismo elettorale, della sola forma di governo e, per ciò che specificamente concerne i rapporti con la comunità, dell’iniziativa legislativa e del referendum. Null’altro, specificamente per ciò che attiene ai rapporti latamente “esterni”, nonché a quelli stessi con la comunità al di fuori delle forme di partecipazione popolare suddette. La qual cosa potrebbe far pensare che, in forza della clausola di cui all’art. 10, si estenda da subito il riconoscimento alla Regione del potere di disciplinare le parti restanti dell’organizzazione, per quanto non direttamente regolato dallo stesso statuto. Sennonché avverso siffatta ipotesi ricostruttiva sta il dato testuale costituito dalla lettera dell’art. ora richiamato, che – come si è più volte rammentato – circoscrive la portata della clausola della condizione più favorevole dell’autonomia alle sole disposizioni della legge cost. n. 3 del 2001 e non pure ad altre ad essa anteriori (e, fra queste, proprio all’art. 123, non toccato – come si sa –, se non marginalmente, dalla revisione “organica” del titolo V). Sarà pure poco ragionevole che sia così; e, tuttavia, è appunto così. E, dunque, l’ipotesi, ad es., che le Regioni speciali godano d’ora innanzi, al posto di specifiche competenze in materia di organizzazione risultanti da riconoscimenti espliciti contenuti nello statuto, di una generale potestà statutaria, quale quella di cui beneficiano le Regioni di diritto comune, non appare essere in linea con l’indicazione che se ne dà tanto negli stessi statuti quanto nell’art. 10, più volte cit.

È vero che altre parti dell’organizzazione (specie per ciò che concerne i rapporti della Regione con la Comunità internazionale e con la Comunità europea), in quanto oggetto di previsioni contenute nella legge di riforma, parrebbero “transitare” immediatamente nell’impianto organizzativo delle Regioni speciali. Ma è pur vero che per esse si attende la emanazione da parte dello Stato delle leggi sulle procedure, che rendono largamente “programmatica” questa parte della disciplina del titolo V, sicché anche in relazione ad essa si impone comunque la necessità dell’“adeguamento” dello statuto.

Le implicazioni che, nondimeno, presentano i disposti relativi alle relazioni tra gli organi di vertice della Regione con quelli riguardanti le relazioni “esterne” sono tante e tali da non consentire forzose ed innaturali separazioni di campi. Eppure, per quanto si pensi di “dilatare” concettualmente l’area coperta dalle previsioni sulla forma di governo, rimane pur vero che quest’ultima esibisce una sua complessiva specificità rispetto a previsioni *ratione materiae* afferenti ad altri ordini tematici.

Di qui, la necessità (e, comunque, la opportunità) che alcune indicazioni essenziali relative ai rapporti tra la Regione e le autonomie locali, da un canto, e, dall'altro canto, lo Stato, la Comunità internazionale e la Comunità Europea siano contenute non già, *omisso medio*, nella "legge statutaria" relativa alla forma di governo, bensì in primo luogo nella Carta statutaria "adeguata" alla riforma costituzionale dello scorso anno e, solo in seconda battuta (per tutto ciò che attiene alla loro specificazione ed attuazione), nella "legge statutaria" suddetta, dopo che in sede di "adeguamento" si sia provveduto ad estenderne come si conviene l'area materiale. Non si dimentichi, tra l'altro, che dalla disciplina costituzionale discendono garanzie (specie di ordine politico-istituzionale ma anche di natura giuridico-formale) che non possono aversi da una legge ordinaria, ancorché atipica o rinforzata, suscettibile di essere rinnovata secondo congiunturali convenienze e da occasionali maggioranze.

3.6. *La spartizione della disciplina di organizzazione tra lo statuto e la "legge statutaria"*

Qui, si pone l'ardua, complessa questione, sopra lasciata in sospeso, concernente il riparto delle discipline tra lo statuto (nel presupposto, ovviamente, della sua conservazione quale fonte costituzionale dell'autonomia speciale) e la "legge statutaria", una volta che ne siano allargati gli ambiti rispetto a quelli in atto stabiliti.

Suggerirei di inserire nella legge di "adeguamento" una previsione di ordine generale, la più sintetica possibile (la migliore, a mia opinione, rimane quella originariamente contenuta nell'art. 123, in ordine alla disciplina dell'"organizzazione interna della Regione"), che dia modo alla "legge statutaria" di distendersi per l'intero campo dell'organizzazione, arrestandosi unicamente davanti a talune soluzioni organizzative direttamente date dallo statuto (ad es., per ciò che concerne gli effetti della sfiducia al Presidente eletto a suffragio universale e diretto, i casi di scioglimento dell'Assemblea, ecc.). In altri termini, il modulo in atto stabilito per le Regioni di diritto comune mi parrebbe condivisibile in via di principio (nel merito, poi, delle soluzioni indicate nell'art. 126 molto vi sarebbe da dire, come è stato detto; ma l'idea secondo cui l'organizzazione è, nel suo insieme, oggetto di disciplina da parte della "legge statutaria", appare essere in sé apprezzabile).

In tal modo, tra l'altro, si farebbe opera di chiarificazione: è preferibile, insomma, che la Regione, anziché appropriarsi di un potere di regolazione generale dell'organizzazione che la lettera dello statuto non le conferisce (magari nel dubbio presupposto di un riconoscimento offertole dall'art. 10 della legge di riforma), segua la via piana e meno insidiosa che conduce all'esplicita menzione nella legge di "adeguamento" del potere stesso, dilatando pertanto i confini in atto tracciati dallo statuto, la cui riscrittura – come si è venuti dicendo – dovrebbe portare a sostituire l'analitica descrizione dei contenuti della legge sulla forma di governo con una formula di sintesi, che apra a tutto campo il ventaglio a vantaggio della Regione. Nondimeno, per le ragioni accennate in chiusura del punto precedente, converrebbe che lo statuto non si rimettesse per intero alla "legge statutaria" in ordine alla descrizione delle linee di fondo dell'organizzazione regionale ma soprattutto nei punti nevralgici della stessa esibisse un pugno di indicazioni essenziali, volte ad orientare la disciplina normativa sottostante (specificamente per ciò che concerne le relazioni con la Comunità internazionale e la Comunità Europea, lo Stato, gli enti locali, nonché per la descrizione dei lineamenti del sistema delle fonti).

3.7. *L'esigenza di allineare sul piano dei limiti la "legge statutaria" delle Regioni speciali agli statuti delle Regioni di diritto comune e la problematica, complessiva caratterizzazione, quanto alla disciplina della materia dell'organizzazione, della prima rispetto ai secondi*

In prospettiva *de iure condendo* e nel quadro di quell'opera di chiarificazione di cui si è ora detto, è consigliabile sostituire non soltanto la formulazione degli *oggetti* ma anche quella dei *limiti* della "legge statutaria", mantenendo unicamente il richiamo all'"armonia con la Costituzione" e depennando l'ambiguo ed ingombrante riferimento ai "principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica" e il ridondante richiamo alla osservanza dello statuto.

La questione dei limiti della legge elettorale e della legge sulla forma di governo è teoricamente assai complessa ed oggettivamente suscettibile di discordanti ricostruzioni.

Innanzitutto, va distinto il caso della disciplina della elezione dell'Assemblea da quello della disciplina della elezione del Presidente e, in genere, della forma di governo.

Con riguardo alla prima, l'ipotesi della applicazione immediata della clausola della condizione più favorevole di autonomia, di cui all'art. 10 più volte cit., non sembra, ancora una volta, praticabile, per la duplice ragione che il I comma dell'art. 122 non è stato toccato dalla legge cost. n. 3 del 2001 e che la potestà legislativa di cui godono le Regioni di diritto comune in materia elettorale è di tipo ripartito. Sotto il profilo del limite, infatti, l'osservanza dei principi fondamentali della normativa statale sembra essere, in astratto, maggiormente gravosa per la Regione rispetto all'armonia coi principi dell'ordinamento della Repubblica, che evoca piuttosto la condizione propria delle leggi di potestà primaria (non insisterei particolarmente sul dato costituito dalla mancata qualifica dei principi stessi come "generalisti", che parrebbe far pensare ad una condizione peggiore della legge sulla forma di governo rispetto alle *comuni* leggi di potestà primaria, venendo ad ogni modo difficile immaginare dei principi in materia che non siano, per ciò solo, "generalisti").

Quanto, poi, alla legge sull'elezione del Presidente e la forma di governo, qualora essa dovesse considerarsi assimilabile alle "leggi statutarie" delle Regioni di diritto comune, non sarebbe possibile ritenere che la stessa vada incontro al solo limite dell'armonia con la Costituzione, *ex art. 10* legge di riforma, dal momento che – come si è sopra ricordato – l'art. 123 non è stato, per questa parte, toccato dalla riforma (ancora una forma, come si vede, di irragionevole arretramento della specialità rispetto al regime comune, bisognosa di esser riparata in sede di "adeguamento").

Se, di contro, la legge in parola dovesse essere considerata espressiva di potestà esclusiva o piena, allora la questione dei limiti dovrebbe esser rivista alla luce di quanto disposto per le leggi regionali di potestà "residuale" dal IV comma dell'art. 117 cost. *Secundum verba*, nessun altro limite si ha al di fuori dell'osservanza della Costituzione e degli impegni internazionali e comunitari (che, tuttavia, sembrano scarsamente o nient'affatto interferenti con la materia della forma di governo). Ciò che farebbe pensare che il limite dei principi sia da considerare ormai scomparso.

Sembra, però, di poter obiettare a siffatto ragionamento che non è, in via generale, affatto scontato – come pure da parte di alcuni si pensa – che le nuove leggi regionali di potestà "residuale" sfuggano ad ogni limite diverso dalla doverosa osservanza della Costituzione e degli impegni internazionali e comunitari. Proprio del limite dei "principi generali dell'ordinamento", anzi, a me pare che si possa piuttosto predicare la permanente attualità e persino l'attitudine ad esser esteso alle stesse leggi statali. Con il che si avrebbe un livellamento di condizioni dell'autonomia (stavolta, al basso), conseguente all'interpretazione sistematica ed assiologicamente orientata del IV comma dell'art. 117.

Se, infine, la "legge statutaria" in parola dovesse considerarsi espressiva di una potestà "speciale", non assimilabile né a quella statutaria delle Regioni di diritto comune né alla potestà legislativa primaria, allora la norma sul limite dei "principi dell'ordinamento della Repubblica" si porrebbe, in tesi, al di fuori della traiettoria sia dell'art. 10 della legge di riforma che dell'art. 117, IV c., e, dunque, il limite stesso resisterebbe e potrebbe farsi valere in sede di controllo (come, poi, delinearne i contorni sul piano teorico- astratto e farne quindi concreta applicazione è un altro discorso che non può ora farsi).

In realtà, delle tre ipotesi ora descritte, la prima parrebbe maggiormente avvalorata dall'oggetto della disciplina: un oggetto che – come si è sopra detto – non è, per la verità, interamente coincidente nel passaggio dall'una all'altra fonte, ma che appare, per una fascia materiale non poco estesa, sovrapponibile (specificamente laddove si fa riferimento alla elezione del Presidente ed alla forma di governo).

Senonché, come si è sopra rammentato, pure per questa parte comune la clausola della condizione più favorevole non è applicabile, trovandosi la disciplina dell'art. 123 al di fuori del raggio di azione dell'art. 10. Ad esser giusti, ci si dovrebbe spingere fino al punto di affermare che, in conseguenza di siffatta dimenticanza, la legge di riforma viola il principio della valorizzazione dell'autonomia congiuntamente al principio di eguaglianza tra le Regioni, col fatto stesso di lasciar volutamente arretrata la condizione proprio delle Regioni che meriterebbero piuttosto di esser favorite; nondimeno, è ingenuo pensare che la Corte costituzionale, se adita, si presterà a caducare sia pure in parte la legge

che ha riscritto il titolo V (semmai, farà verosimilmente luogo ad interpretazioni “adeguatrici” o – diciamo pure – “sananti”...).

In ogni caso, non enfatizzerei rispetto ai suoi reali termini la questione ora discussa: non credo che, nella sostanza, il richiamo all’armonia coi principi dell’ordinamento comporti un peso particolarmente accresciuto a carico della disciplina di organizzazione rispetto a quello tipicamente gravante sulle “leggi statutarie” delle Regioni ordinarie.

4. Soluzioni di merito dell’“adeguamento”: considerazioni generali di ordine ricostruttivo

Una volta stabilito cosa far dire allo statuto organicamente “adeguato” e cosa invece far transitare nell’area della “legge statutaria”, si pone l’ulteriore, ardua questione relativa ai contenuti coi quali riempire in concreto ciascuna delle fonti suddette.

Non entro, nuovamente, nei dettagli e nelle soluzioni di merito, che possono – com’è chiaro – essere le più varie, limitandomi a talune indicazioni di ordine generale, conformemente alle esigenze di sintesi proprie di questa riflessione.

4.1. La ricerca di nuovi spazi per l’autonomia, in sede di “adeguamento” (con specifico riguardo alle materie ed ai loro eventuali spostamenti dall’una all’altra specie di potestà legislativa)

La prima questione da risolvere attiene alla ricognizione degli spazi dei quali dispone il legislatore di revisione (o, meglio, di *riforma*) statutaria in occasione della ricerca di nuove e più avanzate forme di “specialità” rispetto ai riconoscimenti contenuti nel titolo V, provvisoriamente estensibili in forza della clausola dell’art. 10 e naturalmente suscettibili di “razionalizzazione” in sede di “adeguamento”. Il che vale come dire in quali parti il “modello”, sia pure sommariamente ed ambiguamente descritto nella Carta, possa essere messo da canto ovvero superato dagli statuti speciali.

Ora, a mia opinione, i margini di manovra sembrano essere assai ristretti sul piano delle competenze (e del loro riparto tra i diversi livelli istituzionali), ampî invece sul versante dell’organizzazione.

Fuori discussione la necessità di prendere atto della inversione nel riparto delle materie tra Stato e Regioni, così come stabilita dall’art. 117. Ogni altra e diversa soluzione (quale quella della doppia enumerazione), pure – come si sa – sperimentata in altri ordinamenti, porterebbe, infatti, fatalmente a restringere gli ambiti di autonomia, per il fatto stesso della determinazione in positivo dei loro confini. E, invero, cosa di più può dare *in astratto* la conformazione della potestà legislativa regionale come di tipo negativo-residuale, ad imitazione del “modello” delineato nel IV comma dell’art. 117? *In astratto*, si diceva, dal momento che, poi, *in concreto* si può sicuramente fare di più di ciò che è in atto costituzionalmente stabilito.

Dovrebbe per la verità presumersi, in linea di principio, che alle materie enumerate nel II c. dell’art. 117 facciano capo esclusivamente interessi di natura nazionale (o sovranazionale), con la sola eccezione delle materie indicate nel III c. dell’art. 116, “regionalizzabili” con le forme da quest’ultimo stabilite. E, tuttavia, laddove dovesse riscontrarsi una pur parziale divergenza tra i cataloghi costituzionali delle materie e quelli invece contenuti negli statuti in atto vigenti, nel senso ovviamente favorevole all’autonomia, non v’è dubbio che debba esser quest’ultima disciplina a prevalere sull’altra, in nome appunto della specialità (e, cioè, dell’autonomia) che osta alla tacita abrogazione delle previsioni statutarie da parte della “novella” dello scorso anno. Così, materie di potestà ripartita, *ex art. 117, III c.*, laddove del tutto o in parte coincidenti con materie di potestà esclusiva, secondo gli statuti, seguiranno ad esser rimesse alla potestà primaria. E così ancora, materie di potestà attuativo-integrativa, ancorché ricadenti nell’orbita della potestà esclusiva dello Stato, in base alle previsioni del II comma dell’art. 117, potranno essere mantenute nella disponibilità della Regione e fatte oggetto di normazione secondo il loro titolo originario. Ovviamente, per il caso che esse trovino corrispondenza col catalogo del III comma dell’art. 117 ovvero siano da annoverare tra quelle, innominate, di potestà “residuale”, saranno da considerare automaticamente “promosse” al grado più elevato, in nome della clausola di maggior favore (un primo confronto si deve a L. Torchia; con specifico riferimento alla Sicilia, v., poi, C. Salazar).

Come si vede, la stessa potestà attuativa che, in linea di principio, va considerata travolta dalla nuova tecnica di riparto delle materie, può trovare un suo spazio, nel senso sopra indicato, limitatamente alle Regioni ad autonomia differenziata. Uno spazio che, peraltro, potrebbe essere ulteriormente esteso proprio in sede di “adeguamento”: a prescindere, infatti, dall’ipotesi, sopra ragionata e bisognosa di verifiche caso per caso (ed è da aggiungere, di verifiche che vadano oltre il dato meramente letterale, delle “etichette”, per guardare piuttosto alla sostanza normativa in esse racchiusa), nulla vieta che, in prospettiva *de iure condendo*, alcune delle materie trattenute allo Stato, ancorché non coincidenti coi cataloghi contenuti negli statuti vigenti, possano prestarsi a forme pur contenute di disciplina differenziata in ambito locale: ad es., in materia di immigrazione (ed in altre ancora), potrebbe essere introdotta – laddove non prevista – la potestà attuativo-integrativa, che presenterebbe tra l’altro il vantaggio di potersi esercitare in via istituzionale, a differenza della potestà regolamentare “delegata” ai sensi del VI c. dell’art. 117, che, oltre ad esprimersi in forma “dimessa”, richiede comunque di esser attivata di volta in volta.

In disparte di ciò che può farsi “lavorando” sul catalogo del II comma, in relazione al quale i margini di manovra sono ovviamente ristretti, non poche delle materie menzionate nel III comma potrebbero, grazie all’“adeguamento”, transitare nell’area della potestà “residuale”.

La questione, per la verità, presenta una generale portata; ed è da interrogarsi sulle perduranti, obiettive ragioni che giustificano (o *giustificherebbero*...) il doppio regime di autonomia legislativa, articolato nei due tipi della potestà primaria e della potestà ripartita. Non poche delle materie incluse nel III comma dell’art. 117 avrebbero piuttosto meritato sin dall’inizio una miglior sorte; e perciò proprio da esse potrebbe avviarsi l’opera di costruzione di quel regionalismo progressivo che è prefigurato nel III comma dell’art. 116, per un verso, e che è insito nella stessa nozione di “adeguamento”, per un altro.

Non si dimentichi, poi, che alcune materie sono confusamente particellizzate e spartite tra i due tipi di potestà (dall’ambiente – ammesso, e non concesso, che possa considerarsi come “materia” a se stante e non piuttosto quale “insieme” di materie – all’istruzione, ad altre ancora). Sicché, con riguardo ad esse e nella considerazione del rischio temibile di continue e defatiganti *actiones finium regundorum* che le abbiano ad oggetto, converrebbe fare una buona volta la scelta coraggiosa e chiara di assegnarne la disciplina alle sole leggi regionali, abolendo dunque la “concorrenza” con lo Stato (su ciò, tra gli altri, P. Cavaleri, G. Silvestri e, nuovamente, C. Salazar). D’altronde, il modulo pattizio disegnato nell’ultimo comma dell’art. 116 è stato espressamente pensato a questo scopo ed è chiaro che ad esso possono ad uguale (se non a maggior) titolo puntare le leggi di “adeguamento” statutario.

4.2. L’“adeguamento” del sistema delle fonti (prime, generali notazioni)

Più in genere, per quanto attiene al piano delle fonti, al di là delle innovazioni ora prefigurate per le materie ed in relazione ai tipi di potestà legislativa cui esse sono assegnate, molti altri interventi a finalità di riordino possono (e devono) esser fatti in sede di “adeguamento” degli statuti, tanto a proiezione “esterna” quanto con riguardo al versante “interno”.

Per l’un verso, una speciale cura è richiesta alla disciplina concernente l’attuazione (in senso lato) della normativa internazionale e comunitaria e, ancora prima, le forme della partecipazione delle Regioni e delle stesse autonomie minori in fase “ascendente”, alla formazione della normativa in parola.

Il quadro ora delineato nella Costituzione “novellata” – è stato fatto notare da molti – è non poco confuso, così come largamente deludenti sono le proposte contenute al riguardo nel disegno La Loggia (che addirittura fanno del potere regionale di stipulazione di accordi ed intese un potere “misto” o “complesso”, frutto di esercizio congiunto da parte dello Stato e della Regione, e non già un potere esclusivo della Regione stessa, ancorché – ovviamente – soggetto a limiti, a garanzia dell’unità dell’ordinamento, quale parrebbe essere secondo la Costituzione “novellata”). Quale migliore occasione, dunque, di quella dell’“adeguamento” degli statuti per riempire di significati nuovi il potere estero delle Regioni, specie di quelle di confine. Per la verità, non sembra che la congiuntura sia particolarmente benigna per l’autonomia in genere (ancora una volta, senza distinzioni di sorta), con specifico riguardo al versante delle relazioni internazionali, come dimostra

la ristrettezza di prospettiva dalla quale si colloca il disegno di legge suddetto, che certo non incoraggia ad ottimistiche previsioni circa i possibili sviluppi dell'esperienza in materia. E, tuttavia, ancora una volta ragionevolezza vorrebbe che situazioni obiettivamente diverse, quali appunto sono quelle presenti nelle Regioni di confine, siano fatte oggetto di un complessivo, peculiare regime.

Allo stesso modo, una particolare cura va riservata al nuovo sistema dei rapporti che si andrà a costruire tra le fonti regionali e le fonti di autonomia locale, da un canto, e, dall'altro, le fonti di autonomia privata, adottate in esercizio della sussidiarietà "orizzontale", a riguardo della quale va fissato un pugno di regole ferme e chiare circa i campi materiali in cui essa specificamente si esercita ovvero (e, forse, preferibilmente), all'inverso, in cui essa *non può* esercitarsi, e ancora circa le forme di controllo dei risultati e i presupposti dell'eventuale, *motivato* "ritorno" di funzioni precedentemente devolute dalla Regione. Insisto particolarmente sull'esigenza della motivazione: specie nei casi in cui un'attività, sia essa amministrativa e sia pure normativa, si pone quale eccezione rispetto alla regola prefigurata dalle norme giuridiche che la fondano e disciplinano, ebbene non ci si può allora sottrarre all'obbligo della giustificazione. E qui, per quanto invero blanda e cauta sia la regola costituzionale, che vuole "favorita" l'attività dei privati nella cura di interessi generali, il fatto stesso che in un primo tempo l'ente pubblico abbia, in piena discrezionalità, deciso di "favorire" l'intraprendenza dei privati obbliga, al momento in cui l'ente stesso dovesse considerare non più valida la decisione iniziale, ad enunciare le ragioni che spingono a revocare i "conferimenti" già fatti. Con l'attivazione della sussidiarietà "orizzontale", insomma, i rapporti tra la mano pubblica e la privata rimangono, sì, fluidi e suscettibili di aprirsi a forme varie di orientamento e di sviluppo, pur discendendo dall'attivazione stessa un vincolo di motivazione nel senso detto: che è procedurale e sostanziale allo stesso tempo, rispondendo alla *ratio* costituzionale di "sfavore" per l'eventuale, comunque non impossibile, "ritorno" di funzioni alla sede istituzionale di partenza.

Sul versante "interno", poi, due annose questioni sono particolarmente da affrontare: l'una attiene alle relazioni intercorrenti tra legge e regolamenti, bisognose di essere "riconformate" in coerenza coi nuovi equilibri istituzionali, così come con la mutata estensione dei campi materiali di competenza regionale, la cui coltivazione non può evidentemente aversi unicamente a mezzo di leggi. In questo quadro, è da studiare l'eventualità di riconoscere un potere regolamentare "indipendente" ovvero di far luogo alla istituzione di pur circoscritte riserve di regolamento (a mia opinione, consigliabili limitatamente alla materia dell'organizzazione). In ogni caso, dal momento che ci si attende un vasto ricorso alla delegificazione in ambito locale, è necessario definirne modalità procedurali, presupposti sostanziali, limiti.

È interessante notare, specie oggi dopo la (invero discutibile e) rigida posizione assunta dalla giurisprudenza costituzionale in ordine al limite dell'"armonia con la Costituzione", inteso in modo ancora più oneroso della stessa scrupolosa osservanza di *ogni* disposizione costituzionale (sentt. nn. [304](#) e [306 del 2002](#)), che gli statuti ordinari risultano fortemente compressi quanto ai margini di manovra di cui dispongono in sede di ridefinizione complessiva del sistema delle fonti, non potendosi – a quanto pare – discostare dal "modello" costituzionalmente stabilito per lo Stato. Diversamente, invece, come di consueto, gli statuti speciali che, facendo leva sulla forza di cui sono provvisti, possono ricercare soluzioni anche fortemente originali ed innovative di sviluppo (ad es., appunto, dando vita, volendo, a riserve di regolamento).

Non diversamente per l'altra questione, in relazione alla quale è da prendere in considerazione l'ipotesi di dotare la Regione (e, per essa, specificamente la Giunta) di poteri primari di normazione esercitabili in forme diverse dalla legge.

Con riferimento alle Regioni di diritto comune, si discute (o, dobbiamo forse ora dire, si *discuteva*) circa la idoneità degli statuti a far luogo ad un'innovazione siffatta (ipotesi, ora, verosimilmente messa in soffitta dalla giurisprudenza surrichiamata). La tesi favorevole andava (e va), tuttavia, incontro all'obiezione, assai difficilmente superabile pure in un contesto complessivamente mutato rispetto al passato, secondo cui il catalogo delle fonti primarie è "chiuso", restando circoscritto ai soli atti dotati di esplicito fondamento costituzionale. La stessa ragione porta, dunque, ad escludere che le "leggi statutarie" delle Regioni speciali possano far luogo a siffatta innovazione: tanto più, se si

considera che – come si è detto – l’area materiale rimessa alla disciplina delle leggi stesse appare essere maggiormente circoscritta di quella tracciata nell’art. 123.

Lo statuto “adeguato” potrebbe, però, volendo, introdurre l’innovazione in parola, la cui giustificazione riposa, per un verso, nella estensione dei campi materiali di intervento regionale, conseguente alla inversione della tecnica di riparto delle materie tra Stato e Regioni, campi – come s’è detto – sicuramente non ricopribili unicamente a colpi di leggi o anche di regolamenti “delegati”; per un altro verso, va tenuta presente l’esigenza di riequilibrio istituzionale insita nella scelta a favore dell’elezione diretta del Presidente (per quanto suscettibile, come si sa, di esser rimessa in discussione dalla “legge statutaria”), che consiglia di ridistribuire i poteri di normazione in ambito locale in modo congruo con gli accresciuti impegni di regolazione giuridica cui la Regione è chiamata a far fronte. Tanto più avvalorata appare la tesi qui prospettata con riguardo alle autonomie differenziate (o, volendo, anche a quelle “specializzabili”) qualora per esse particolarmente dovesse espandersi l’area materiale degli interventi normativi, secondo l’ipotesi sopra ragionata, favorevole al “transito” di materie dall’uno all’altro tipo di potestà legislativa ovvero dai campi riservati allo Stato a quelli disponibili alla coltivazione regionale.

L’alternativa all’ipotesi qui discussa potrebbe esser quella di dar spazio al procedimento legislativo in sede decentrata, che tuttavia va incontro ad un’antica, seria obiezione, formulata dalla più sensibile dottrina (T. Martines ed altri), circa la sua piena coerenza col valore democratico. Quale soluzione di ripiego potrebbe esservi l’altra di prevedere il procedimento di approvazione delle leggi in sede redigente, che nondimeno meriterebbe di esser circondato da non poche cautele (ad es., stabilendosi per quali leggi esso non possa aversi, in ragione del fatto che il suo impiego comporta un forte ridimensionamento dei poteri dell’Assemblea: si tratterebbe, insomma, di far luogo ad una previsione, quale quella contenuta con riguardo al procedimento decentrato nell’art. 72, IV c., cost., adattata al diverso contesto regionale ed al diverso procedimento di approvazione delle leggi).

4.3. (Segue) *Previsioni statutarie in fatto di drafting e di procedimenti di produzione giuridica (con particolare riguardo al ruolo che può essere riconosciuto in seno a questi ultimi al Consiglio delle autonomie locali ed all’eventuale, consigliata, previsione di un organo di garanzia della rigidità statutaria)*

Ancora in tema di fonti, sotto lo specifico aspetto riguardante i procedimenti, occorre rifarsi nuovamente all’indicazione dietro data che vuole reciprocamente, inscindibilmente integrate l’una nell’altra la forma di governo e la “forma di Regione”.

Si prenda, ad es., l’iniziativa legislativa, bisognosa di esser non soltanto adeguatamente estesa, chiamando al suo esercizio nuovi soggetti (e, tra questi, particolarmente le autonomie funzionali, quali le Università, oltre agli enti locali ed alle formazioni sociali, quanto meno quelle costituzionalmente “qualificate”: sindacati, confessioni religiose, ecc.), ma anche svecchiata nella sua *struttura* ed arricchita di ulteriori elementi. Così, va introdotto l’obbligo della motivazione della *necessità* dell’iniziativa stessa (specificamente in rapporto col “programma” statutario di valorizzazione della produzione giuridica da parte dei privati), della coerenza dei progetti di legge presentati con gli impegni di diritto internazionale e comunitario, dell’osservanza da parte di essi delle sfere di competenza dello Stato così come degli enti locali. E, ancora, occorre imporre analisi di fattibilità e d’impatto della regolazione, ecc., o, ancora, il rispetto di regole relative all’avvicendamento delle norme nel tempo (e, tra queste, particolarmente, quella riguardante il divieto di abrogazione innominata). Vi è, insomma, il bisogno di adattare alla dimensione regionale taluni canoni, ormai recepiti anche a livello statale e sovranazionale o internazionale e preposti ad un ordinato (ancorché fin qui rimasto largamente infruttuoso) svolgimento delle dinamiche della normazione. Lo statuto “adeguato” può essere il “luogo” giusto per fissare un pugno di regole (o, meglio, di *principi*) sulla produzione, rimettendosi quindi ad altri luoghi (dalla “legge statutaria” ai regolamenti consiliari) per la loro opportuna specificazione-attuazione.

In tema di procedimenti, è necessario muovere dalla consapevolezza che essi si presentano, per un verso, sempre di più internamente articolati e, per un altro, reciprocamente, fittamente intrecciati, pur laddove rimangano giuridicamente distinti. E, una volta, di più, non va perso di vista che la rete dei

collegamenti non rimane circoscritta al solo piano dell'apparato ma si distende fino alla comunità, dando vita ad un groviglio di relazioni che richiede di essere dipanato, nel modo più chiaro e lineare possibile, proprio da statuti e "leggi statutarie", secondo le rispettive competenze.

Si consideri, ad es., il rilievo che è possibile assegnare ai pareri Assembleari sugli atti normativi della Giunta, specie laddove dovesse aversi la previsione di riserve di regolamento o dovesse prendere corpo un ampio processo di delegificazione in ambito locale (auspicabile e, comunque, inevitabile, anche nel quadro di un eventuale riconoscimento di atti giuntali con forza di legge) o, ancora, nei casi di "delega" da parte dello Stato del potere regolamentare, ai sensi del VI c. dell'art. 117 (sempre che non prenda corpo al riguardo l'idea, dietro affacciata, di ripristinare negli statuti "adeguati" la potestà legislativa attuativo-integrativa). Allo stesso tempo, è opportuno rafforzare la posizione della Giunta in Assemblea (ad es., predisponendo delle corsie preferenziali per i disegni giuntali o, magari, prevedendo, sia pure solo per casi tassativamente stabiliti, dei limiti al potere di emendamento, obbligando pertanto l'Assemblea ad un "prendere o lasciare" il testo giuntale, ecc.).

La varietà e "fluidità" delle relazioni che possono al riguardo impiantarsi è tale da non consentire ora neppure una sintetica esposizione delle principali innovazioni che possono prefigurarsi in tema di fonti e di procedimenti. Così, non soltanto è possibile allargare, nel senso ora indicato, i procedimenti, "integrandoli" reciprocamente, ma possono immaginarsi soluzioni volte a far concorrere agli stessi, unitamente agli organi d'indirizzo ed alle forze sociali organizzate, anche organi diversi.

Si pensi, ad es., al Consiglio delle autonomie locali ed al collegamento che, per il suo tramite, viene a stabilirsi tra la forma di governo restrittivamente intesa e la "forma di Regione", riferita – come si è detto – non soltanto ai rapporti tra apparato e comunità ma anche a quelli con le autonomie locali.

Consiglierei, con riguardo all'organo in parola, di far luogo a soluzioni incisive ma anche sufficientemente duttili e varie, siccome adeguate ai singoli contesti.

Preliminarmente, va detto che si dà qui per scontato che l'organo *debba* essere istituito anche nelle Regioni ad autonomia differenziata, alle quali pure non è espressamente imposto. Tra l'altro, per il suo tramite prende corpo una di quelle manifestazioni più ampie di autonomia di cui si discorre nell'art. 10 della legge di riforma, stavolta a beneficio non già della Regione ma degli enti minori. Per quanto la sua previsione possa farsi riportare all'indicazione di ordine generale contenuta in tale art., assai problematico è stabilire in che modo possa aversene la istituzione, quale cioè debba essere la fonte idonea ad ospitarne la disciplina di base.

I collegamenti assai stretti con la forma di governo porterebbero a dire che se ne debba fare menzione nella "legge statutaria" che dà la disciplina di base della forma stessa. Ma, si è detto che non v'è tra "legge statutaria" delle Regioni speciali e statuto delle Regioni ordinarie piena corrispondenza sul piano degli oggetti come pure dei limiti. Tra l'altro, l'organo in parola parrebbe ancora più direttamente ed immediatamente incidere sulla "forma di Regione" anziché sulla forma di governo (propriamente intesa).

Per questa ed altre ragioni, consiglierei dunque di affidarne la prima regolazione (come di consueto, a mezzo di indicazioni adeguatamente contenute) allo statuto "adeguato" alla riforma, per poi devolverne le ulteriori specificazioni alla "legge statutaria".

Nel merito delle soluzioni prospettabili, potrebbe esser opportuno far luogo ad una conformazione dell'organo tale da renderne variamente incisiva la partecipazione ai procedimenti di produzione giuridica, configurandolo perciò come organo ora di consultazione ed ora invece di "codecisione", a seconda delle fattispecie decisionali (ad es., per quanto concerne i conferimenti delle funzioni dalla Regione alle autonomie locali è evidente che il ruolo esercitato dal Consiglio debba esser particolarmente forte).

Il Consiglio in parola, peraltro, potrebbe esser coinvolto non soltanto nei processi volti alla produzione di decisioni d'indirizzo politico-amministrativo ma anche sul piano delle garanzie, prevedendosene, ad es., la consultazione per i casi di ricorso regionale contro atti statali sospetti di ledere anche l'autonomia locale (se ne prevede la "proposta", ora, nel disegno di legge La Loggia ma non pure, appunto, la consultazione). In tal modo, peraltro, si colmerebbe una lacuna di costruzione lasciata scoperta dal legislatore costituzionale in sede di riscrittura del titolo V, per la parte in cui ha

lasciato sguarniti di tutela processuale diretta gli enti locali, malgrado il riconoscimento della loro autonomia, ormai non più solamente secondaria ma *quodammodo* “subprimaria”. Senza, dunque, far luogo – ciò che alla Regione è certamente inibito, richiedendosi allo scopo una previsione di rango costituzionale – al riconoscimento di un potere di ricorso diretto dei Comuni e degli altri enti locali alla Corte costituzionale (riconoscimento, peraltro, a mia opinione sconsigliabile anche in prospettiva *de iure condendo*), si potrebbe assistere al coinvolgimento degli enti stessi già al momento ed in vista della presentazione dei ricorsi regionali (non escluderei neppure il caso inverso, del loro coinvolgimento nei procedimenti di ricorso da parte del Governo, secondo forme naturalmente tutte da studiare, andando oltre la previsione, ora fatta dal disegno La Loggia, della “proposta” da parte della Conferenza Stato-città). Va, ad ogni modo, fatta salva l’eventuale loro partecipazione ai processi già attivati (la cui consistenza, tuttavia, è in ultima istanza rimessa all’apprezzamento della Corte costituzionale, cui spetta “tarare” la misura del contraddittorio ai giudizi di costituzionalità).

Un’ulteriore forma di allargamento dei procedimenti (e, segnatamente, del procedimento legislativo) è possibile proprio sul terreno delle garanzie, laddove è consigliabile la previsione di una *Commissione di controllo* (o com’altro la si voglia chiamare), preposta alla salvaguardia della rigidità statutaria, di cui si fa peraltro menzione in alcune bozze di statuto ordinario in circolazione, prestando ad ogni modo attenzione a non farne (non dico un “doppione” della Corte costituzionale – ciò che non sarebbe concepibile – ma neppure) un organo dotato di competenze giurisdizionali o “paragiurisdizionali” (la qual cosa, come si sa, non rientra ugualmente nella disponibilità della Regione). Piuttosto, si potrebbe farne un organo di controllo dotato di un potere *soft* d’interdizione, esercitabile ad es. sotto forma di rinvio con richiesta di riesame: magari prevedendo, se del caso, che la riapprovazione dell’atto rinviato dalla Commissione debba aver luogo, se di produzione Assembleare, a maggioranza assoluta ovvero, trattandosi di una di quelle leggi per le quali sia già prescritta tale maggioranza, a maggioranza qualificata. In tal modo, si preserverebbe comunque l’esclusività del potere di decisione da parte degli organi d’indirizzo politico (e, segnatamente, dell’Assemblea), allo stesso tempo riconoscendosi un significato non meramente nominale al controllo.

4.4. La necessaria sottoposizione a verifica, secondo ragionevolezza, delle nuove acquisizioni al patrimonio dell’autonomia, frutto di “adeguamento” (con specifico riguardo alla eventuale “rappresentanza” regionale in seno alla Corte costituzionale, alla ipotetica, peculiare partecipazione ai lavori della Commissione “integrata”, alla materia dei controlli in genere, all’assetto dell’amministrazione e della finanza)

Per molti altri campi di esperienza e sotto più aspetti, potrebbero aversi soluzioni anche accentuatamente differenziate e lontane dallo *ius commune*; è, tuttavia, da verificarne la ragionevolezza, *sub specie* della loro rispondenza ad esigenze peculiari delle singole Regioni.

Un solo esempio per tutti. L’idea, pure da tempo circolante ed ancora di recente insistentemente riproposta, secondo cui sarebbe auspicabile una rappresentanza delle Regioni in seno alla Corte costituzionale, a prescindere da ogni riserva di ordine generale alla quale va incontro (per il rischio che essa, anziché tradursi in una effettiva “regionalizzazione” della Corte porti piuttosto ad elevare in modo abnorme il tasso di “politicità” insito nei giudizi di costituzionalità), assai difficilmente può esser giustificata (appunto, secondo ragionevolezza) se adottata in modo parziale, vale a dire assicurando la partecipazione alla composizione della Corte solo delle Regioni a regime differenziato o, addirittura, solo di alcune di esse e, persino, solo di una, la “specialissima” Sicilia.

So bene qual è la pronta obiezione che potrebbe farsi a questo ragionamento, richiamando le origini “pattizie” dello statuto siciliano o, come che sia, appellandosi alle “sacre ed inviolabili” (ma ormai largamente imperscrutabili) ragioni della specialità. Sennonché, a prescindere dalla circostanza per cui altro è il procedimento di controllo sugli atti di Stato e Regione ed altro ancora l’innovazione strutturale qui immaginata, quand’anche fosse inizialmente giustificato un regime speciale per la peculiare, irripetibile congiuntura nella quale è storicamente maturata la concessione degli statuti speciali (a partire, appunto, da quello siciliano), si tratta di verificare se l’attuale contesto, con le esigenze da esso espresse e la sua complessiva connotazione, possa fondare un riconoscimento

siffatto. *La specialità, insomma, va intesa in senso dinamico*: è essa stessa, al pari della Costituzione, più che uno *stato*, un *processo* (secondo l'efficace definizione datane da A. Spadaro, L. D'Andrea e da altri), inidoneo a farsi "pietrificare" in un atto immoto nei suoi enunciati ovvero nei significati da essi espressi; e, così come forme e condizioni originali di autonomia, inizialmente giustificate, potrebbero rivelarsi non più tali col tempo, sì da richiedere di essere riportate allo *ius commune* e da questo assorbite, ugualmente potrebbe darsi il caso inverso, di forme e condizioni sopravvenienti, sempre che appunto poggiati su basi di ragionevolezza.

Dalla prospettiva ora adottata è da chiedersi se il peculiare regime di controllo sulle leggi regionali, a suo tempo posto dallo statuto siciliano, possa rinvenire ancora oggi ragioni idonee a giustificarlo: della qual cosa, invero, può dubitarsi, se si pensa che lo stesso si è praticamente dimostrato inadeguato a farsi valere sin dall'inizio e ancora di più potrebbe esserlo alla luce del nuovo ingranaggio di controllo stabilito nell'art. 127 cost.

Per la verità, ancora da ultimo si è fatto finemente osservare (da G. Silvestri) che il controllo preventivo, per quanto possa apparire maggiormente gravoso per l'autonomia di quello successivo, potrebbe nel suo insieme risultare più vantaggioso per la Regione se visto congiuntamente al termine assai stretto stabilito per la Corte affinché si pronunzi sul ricorso. Ma, siffatto elemento di differenziazione potrebbe essere praticamente azzerato qualora dovesse passare, così com'è, il testo del disegno di legge La Loggia che fissa termini obiettivamente ristretti per la decisione della Corte; sicché tornerebbe, per questo verso, ad apparire complessivamente più favorevole per l'autonomia il sistema di controllo stabilito dalla legge cost. n. 3 del 2001. Nondimeno, non si esclude che possano essere escogitate dallo statuto (della Sicilia come di altre Regioni) soluzioni ancora di maggior rispetto delle ragioni dell'autonomia; il punto è – come si diceva – che esse dovrebbero comunque esser fondate sul canone di ragionevolezza; e, per far ciò, occorre che si diano *situazioni di fatto* peculiari della Regione, tali appunto da richiedere di esser trattate in modo ad esse adeguato, distinto dal regime riservato alle rimanenti Regioni.

Notazioni non dissimili, per l'aspetto ora considerato, possono farsi con riguardo alla eventuale, "tipizzata" partecipazione della Regione ai lavori della Commissione "integrata". In via di principio, nuovamente è da dire che nulla vieta che alle Regioni dotate di speciale autonomia possa essere assicurata una presenza nella sede parlamentare secondo forme e connotati complessivi ad ogni modo differenziati da quelli delle rimanenti Regioni o che, addirittura, ciò possa valere unicamente per alcune o una sola di tali Regioni. D'altronde, come si sa, i precedenti non mancano (si pensi alla partecipazione dei Presidenti regionali alle sedute del Consiglio dei ministri). Tuttavia, è da chiedersi quale possa essere la ragione sostanziale giustificativa di un siffatto diverso trattamento. Un tempo, quando il regionalismo "cooperativo" era ben lontano dagli orizzonti culturali del Costituente, così come del legislatore di attuazione della Carta costituzionale, poteva anche immaginarsi una partecipazione ristretta alle attività statali di direzione politica, nella parte in cui idonee a direttamente incidere sulla sfera dell'autonomia regionale. Oggi, però, che la "cooperazione" si considera un modulo diffuso ed imprescindibile di organizzazione, diviene assai difficile trovare argomenti stringenti a sostegno di un differenziato regime a seconda del "tipo" di autonomia goduta dalle singole Regioni. Fuori discussione essendo la partecipazione di tutte le Regioni (e delle stesse autonomie minori) alla Commissione "integrata", peraltro all'interno di un meccanismo che dà un rilievo anche giuridico (e non meramente politico) alla volontà espressa dalle autonomie, riconoscere un *plus* di potere alle Regioni speciali appare invero assai problematico.

Per altri aspetti ancora, il "modello" del titolo V appare praticamente "blindato" e non disponibile a forme sostanzialmente apprezzabili di differenziazione. Ad es., la scelta di campo di fare dei Comuni il perno dell'amministrazione, pur con gli elementi di flessibilità costituzionalmente stabiliti, parrebbe irreversibile, comportando altrimenti un'alterazione di ordine strutturale nel corpo della "Repubblica", quale disegnato dall'art. 114, in immediato e diretto svolgimento dell'indicazione contenuta nell'art. 5 cost. È però da chiedersi se possa esser disegnata dallo statuto "adeguato" una mappa diversa, maggiormente articolata, dei poteri locali, che porti alla "invenzione" di enti diversi da quelli indicati nell'art. 114, senza che nondimeno sia rimessa in discussione la centralità di posto dei Comuni. Qualora il catalogo fornito da tale art. si consideri intangibile, siccome immediatamente

espressivo di un principio fondamentale di organizzazione, l'ipotesi non sarebbe fattibile; ma, che così non sia lo dimostra proprio la "scoperta" delle città metropolitane ad opera della legge di revisione del titolo V: e, se siffatta innovazione è stata possibile a tale legge, non si vede perché non possa esserlo ad altra legge ugualmente costituzionale (di riforma statutaria).

Piuttosto, in fatto di amministrazione (e – come ora si dirà – in parte anche per la finanza) si possono, volendo, prefigurare soluzioni originali per ciò che attiene al versante dei rapporti con lo Stato e, specificamente, in ordine ai "conferimenti" delle funzioni, che, sempre in applicazione della "logica" della *partnership* che, come qui pure si è sottolineato, dovrebbe connotare il nuovo volto del neoregionalismo, dovrebbero essere messi a punto e, quindi, perfezionarsi e svolgersi con modulo "pattizio". È da chiedersi, al riguardo, se l'ingranaggio delle commissioni paritetiche possa considerarsi ancora oggi adeguato. Domanda, questa, alla quale non può darsi risposta se non dopo aver avviato una seria riflessione sulla organizzazione e sul funzionamento del Governo, per il modo con cui i processi decisionali prendono corpo al suo interno. È chiaro, infatti, che a ben poco – a me pare – serve riconoscere un potere regionale di "codecisione" laddove poi le "proposte" dalle Regioni stesse formulate in *tandem* coi rappresentanti dello Stato sono obbligate ad arrestarsi davanti al muro invalicabile eretto presso la Presidenza del Consiglio che, a sua esclusiva discrezione, stabilisce non solo i tempi ma la stessa opportunità di investire il Consiglio delle "proposte" medesime. Un sistema maggiormente funzionale (e – se posso esser franco – coerente), allo stesso tempo peraltro rispettoso del ruolo di direzione politica riconosciuto al Governo, è, invece, quello secondo cui, una volta che l'accordo sia stato siglato presso la stessa Presidenza del Consiglio, quest'ultima dovrebbe considerarsi obbligata ad iscrivere l'argomento all'ordine del giorno della prima seduta utile (fatti, ovviamente, salvi motivati casi di urgenza che non consentano di rispettare questa scadenza), restando comunque riservata al Governo l'approvazione (naturalmente, senza emendamenti) delle "proposte" sottopostegli ed essendo, ad ogni modo, obbligato a motivare la loro eventuale reiezione.

Qualcosa di simile può aver luogo anche per ciò che concerne la definizione dei rapporti sul piano finanziario. Qui, però, l'esigenza di un generale "coordinamento" dei rapporti Stato-Regioni è, forse, ancora maggiormente avvertita e pressante di quanto pure non sia sul versante dell'amministrazione (non si dimentichi che l'esigenza del "coordinamento" stesso è espressamente enunciata in Costituzione).

Fatico, nondimeno, a comprendere le ragioni che potrebbero ancora oggi giustificare uno "speciale" (o "specialissimo") regime sul piano della finanza, appunto esclusivamente legato alla peculiare condizione di autonomia di cui godono le cinque Regioni (e le due Province autonome). La dotazione delle risorse dovrebbe esclusivamente dipendere dal sostrato economico-sociale sul quale poggia lo *status* riconosciuto a ciascuna Regione; e, da questo punto di vista, non vedo, ad es., come discriminare tra la Sicilia e la Calabria (sempre più legate l'una all'altra, specie nella c.d. "area dello Stretto") oppure tra il Piemonte e la Valle d'Aosta.

Ora, il "coordinamento" centrale proprio a questo dovrebbe specificamente servire: a prevenire sul nascere il radicamento di nuovi fattori di squilibrio ovvero l'aggravarsi di vecchi e, sia pure con la necessaria gradualità, avviare un' incisiva opera di rimozione delle loro cause strutturali, la cui origine – come si sa – fa tutt'uno con la storica "questione meridionale" (che peccato, a proposito, la scomparsa del termine "Mezzogiorno" dalla Costituzione "novellata"! O, forse, si pensa che basta cancellare dalla lavagna costituzionale le parole per avere allo stesso tempo cambiate anche le cose?). Ma, mentre il *fine* non è da mettere in discussione, i *mezzi* o le *procedure* per conseguirlo possono essere articolati sul territorio e, dunque, differenziati; e, da questo punto di vista, può pensarsi a soluzioni nuove, specificamente vevoli per le due Regioni speciali oggettivamente più bisognose (la Sicilia e la Sardegna), chiamate ad esercitare un ruolo "forte", sostanzialmente pattizio, in sede di "coordinamento", la cui messa a punto potrebbe – volendo – metodicamente ispirarsi allo stesso quadro disegnato per i "conferimenti" delle funzioni amministrative.

4.5. Riforma degli statuti e forma di governo

Controversi sono i margini di manovra di cui le “leggi statutarie” (nelle Regioni speciali) e gli statuti (nelle Regioni di diritto comune) dispongono al momento della ridefinizione della forma di governo.

Senza ora tornare a dire del significato che può esser assegnato alla sibillina formula che enuncia il limite dell’“armonia con la Costituzione”, specificamente valevole per la disciplina in parola (cui – come s’è detto – si aggiunge nelle Regioni ad autonomia differenziata l’“armonia” coi principi dell’ordinamento), è di tutta evidenza come si dia una soglia invalicabile, persino a stare all’ordine di idee favorevole a deroghe da parte delle norme regionali alla disciplina costituzionale. Così, ad es., i principi di base in tema di organizzazione sono sicuramente indisponibili: come ho avuto modo di far notare altrove, uno statuto che insensatamente stabilisse la durata vitalizia della carica di Presidente della Regione urterebbe frontalmente col valore democratico, fuoriuscendo perciò automaticamente dalla cornice costituzionale.

In aggiunta a ciò, va poi prestata una speciale cura all’esigenza, ugualmente irrinunciabile, di far luogo ad un sistema di regole connotato da una sua propria identità complessiva ed interna coerenza: una coerenza che non soltanto permei e connoti la rete delle relazioni specificamente attinenti alla forma di governo ma che si proietti e distenda, per un verso, all’intera “forma di Regione”, in forza di quelle mutue implicazioni che si hanno tra le due “forme” e sulle quali qui pure si è ripetutamente insistito, e, per un altro verso, all’ordine delle fonti ed alle dinamiche che presiedono alla sua composizione ed al suo incessante rinnovamento interno.

L’equilibrio tra le istituzioni e l’equilibrio tra le fonti non sono due elementi o connotati distinti di un ordinamento dato bensì – com’è stato da tempo fatto osservare dalla dottrina più accreditata (per tutti, A. Pizzorusso) – due facce di una stessa medaglia.

Ora, a me pare che in vista del conseguimento di siffatto, complessivo equilibrio, convenga far luogo ad una scelta in fatto di forma di governo chiara ed univoca, senza farsi suggestionare da talune sirene ammaliatrici che spingono per l’adozione di soluzioni originali a tutti i costi, frutto di strani “miscugli” tra modelli istituzionali diversi.

Così, non persuade l’idea, che tende a prendere piede nella progettazione statutaria delle Regioni di diritto comune, volta a rinunciare al modulo della elezione diretta del Presidente senza, tuttavia, farvi a meno nella sostanza, vale a dire stabilendo che la sua elezione sia formalmente da imputare all’Assemblea, sia pure dietro “designazione” del corpo elettorale. La “designazione” stessa è invero ormai nei fatti, vale a dire è già tutta quanta racchiusa nel carattere tendenzialmente bipolare del sistema politico, per quanto immaturo, instabile e non scevro di contraddizioni appaia essere quest’ultimo, così come incerte e precarie sono le regole convenzionali che stanno a base dei rapporti tra i *partners* della coalizione. Si faccia, dunque, una scelta di campo a favore o contro questo o quel “modello”, con la conseguente opzione per il sistema della elezione indiretta ovvero per quello della elezione diretta; dopo di che sulla base di siffatta scelta di fondo si edificherà un sistema compiuto ed internamente coerente di regole. A questo riguardo, per l’opzione favorevole al mantenimento dell’elezione presidenziale diretta, consiglieri di non intaccare la ferrea regola che vuole la simultanea cessazione dalla carica del Presidente e dell’Assemblea. So bene quali seri argomenti sono adottati da quanti vorrebbero spezzare quest’automatismo perlomeno nel caso di vicende riguardanti la persona del Presidente, che parrebbero non avere causa politica: proprio su questo punto, dunque, potrebbe – volendo – aversi una sensibile diversificazione, in sede di “adeguamento” statutario, rispetto allo *ius commune* stabilito nell’art. 126 cost. E, tuttavia, mi parrebbe che convenga riflettere a lungo prima di accedere a cuor leggero ad un siffatto ordine di idee. Una volta aperta una crepa nel sistema, quest’ultimo rischia di crollare al suolo ad ogni piè sospinto, in conseguenza dei non pochi artifici di cui una politica smaliziata dispone e che disinvoltamente utilizza e piega a congiunturali convenienze: anche le malattie “politiche” – com’è stato fatto opportunamente notare da una sensibile dottrina (R. Bin) non sono sconosciute e possono diventare strumenti micidiali per l’effettuazione di quei “ribaltoni” di cui si hanno tante, poco edificanti testimonianze nella storia della nostra Repubblica. Tutt’al più, si potrebbe pensar di mitigare in qualche modo il rigore della regola *simul stabunt vel simul cadent*, affiancando al Presidente un Vice, anch’egli eletto a suffragio universale e diretto e pronto a prenderne il posto in caso di eventi riguardanti la persona del Presidente stesso.

Ancora una volta, è da dire che ciò che, per la giurisprudenza dietro richiamata, non è consentito agli statuti di diritto comune potrebbe invece esser fatto dagli statuti speciali “adeguati”.

Quel che, ad ogni buon conto, è certo è che il mantenimento della elezione diretta del Presidente dovrà essere comunque accompagnato dalle opportune, efficaci misure di riequilibrio (particolarmente bisognoso di cure e di drastici interventi è il piano relativo ai poteri d’indirizzo e di controllo dell’Assemblea, fin qui rivelatisi scarsamente incisivi).

Consigliabile, nella “logica” della elezione diretta è la previsione del voto di fiducia iniziale, quale fattore di stabilità. Più che pensare a taluni rimedi di cui pure si caldeggia da tempo l’introduzione anche da noi, quale la sfiducia costruttiva *et similia*, che non soltanto non assicurano la stabilità (non riuscendo a porre un argine alle crisi extraparlamentari) ma anzi alimentano i “ribaltoni”, sarebbe opportuno mantenere il vecchio, collaudato voto di fiducia iniziale pure in un contesto segnato dalla elezione diretta. È preferibile, infatti, che il “Governo del Presidente” cada da subito, se ha da cadere, anziché che tiri a campare alla meno peggio laddove non sussistano le condizioni politiche per la sua sopravvivenza. D’altronde, l’elezione diretta può, tutt’al più, avere il sapore di una “fiducia” da parte del corpo elettorale alla persona del Presidente, ma non pure al suo programma, che solo nella sede Assembleare può essere adeguatamente vagliato.

Su quali possano essere le “varianti” sperimentabili nei singoli contesti regionali in fatto di organizzazione non è, ad ogni buon conto, il caso di soffermarsi qui ulteriormente, vuoi per la ragione che lo spazio richiesto per la loro illustrazione va ben oltre la disponibilità di questa riflessione e vuoi, soprattutto, per la ragione che le soluzioni al riguardo immaginabili non attengono specificamente all’“adeguamento”, strettamente intesi, degli statuti speciali, al quale soltanto rimane naturalmente circoscritto l’oggetto della riflessione stessa.

Antonio Ruggeri

Ancora in tema di *ius superveniens* costituzionale e del suo (mancato) rilievo nei giudizi in via principale (Nota alla sentenza della [Corte costituzionale n. 422 del 2002](#))

Sorprendente tanto il ricorso quanto il relativo giudizio emesso a conclusione della vicenda processuale che ora si annota e che, per la verità, meriterebbe di esser fatta oggetto di ulteriore e più approfondita considerazione.

Singolare appare, innanzi tutto, essere l'attacco mosso dalla Regione Abruzzo contro un disposto legislativo giudicato lesivo degli artt. 5, 117 e 118 cost., per la parte in cui l'azione di incostituzionalità figura essere innaturalmente mescolata con un ricorso per conflitto tra poteri.

Ci si intenda. La Corte ci ha abituato – come si sa – a slittamenti acrobatici dall'uno all'altro campo di esperienza e, perciò, dall'una all'altra delle sue competenze (si pensi solo ai ricorsi per conflitto originati da atti legislativi). Una cosa è, però, l'utilizzo alternativo di una procedura in vece di un'altra, una cosa ancora diversa è la loro somma o confluenza in una stessa vicenda processuale. Che nella specie si trattasse di un conflitto di attribuzioni (ma, ovviamente, tra Stato e Regioni...) è riconosciuto dalla stessa Avvocatura dello Stato. Valutazione, questa, che, se condivisa dalla Corte, avrebbe comportato l'implicito riconoscimento della validità della richiesta di sospensione cautelare degli effetti della disposizione impugnata, avanzata dalla ricorrente: una richiesta, invece, come si sa, nient'affatto scontata proprio a stare alla qualificazione datavi dalla stessa Regione, essendo teoricamente assai controversa – com'è noto – la estensibilità dell'art. 40 della legge n. 87 altresì ai ricorsi tra poteri.

Sul punto della qualificazione dell'azione introduttiva del giudizio di costituzionalità, la Corte assume una ferma posizione, assumendo che la stessa va intesa, “per sua non equivoca sostanza”, quale una questione di legittimità costituzionale: una questione – si premura il giudice delle leggi a precisare – sollevata vigente il vecchio quadro costituzionale e che “ha dunque da essere decisa esclusivamente alla stregua delle norme costituzionali del Titolo V della Parte II della Costituzione nella formulazione originaria”, “non rilevando, in questa circostanza, il sopravvenuto mutamento di quadro costituzionale”.

Qui, è il primo e principale punto oscuro fissato nella decisione che ora si annota. Quale sia la ragione per cui la questione avrebbe meritato di esser risolta facendo capo al vecchio regime non è chiarito; e – come si diceva all'inizio – è davvero stupefacente e, persino, paradossale che le cose siano andate così. Paradossale, se si considera che proprio laddove (sul terreno procedimentale) la Corte avrebbe potuto appellarsi al principio *tempus regit actum*, per seguire ad applicare il vecchio quadro di riferimento, non l'ha fatto [[sent. n. 17 di quest'anno](#), e successive, in merito alle quali, per una valutazione d'assieme, può, volendo, vedersi il mio *La Corte e lo ius superveniens* costituzionale (a proposito della riforma del titolo V e dei suoi effetti sui giudizi pendenti), in corso di stampa in *Le Regioni*], mentre in buona sostanza allo stesso principio mostra ora stranamente di guardare sul terreno sostantivo, del riparto delle competenze tra Stato e Regioni, sul quale avrebbe piuttosto potuto pianamente indirizzarsi verso il nuovo “modello”.

La Corte si fa cura (ma, con eccesso di zelo...) di precisare che la decisione adottata facendo capo alle vecchie norme costituzionali non pregiudica in ogni caso l'eventuale revisione delle disposizioni legislative impuginate tramite nuovi atti normativi adottati in conformità al nuovo quadro costituzionale. Come dire che la decisione che si va ora a prendere, quale che ne sia il segno (tanto, perciò, se di accoglimento, quanto se di rigetto, come poi è stato), non fa giudicato pro futuro (semmai, forse, unicamente per il passato...). Una precisazione – come si diceva – fin troppo ovvia e, come tale, assolutamente innocua, se si pensa che nessuno avrebbe mai potuto dubitare a riguardo del fatto che Stato e Regione possano legiferare... *secundum (novam) Constitutionem!* In realtà, lo scopo non celato è quello di lasciare ancora aperta la partita per futuri capovolgimenti di fronte, col fatto stesso di dar modo ad entrambi i contendenti di determinarsi come credono in occasione di nuove esperienze. Così, lo Stato è avvertito che eventuali modifiche della disciplina oggi giudicata non è detto che portino alla conferma del verdetto emesso, una volta che si consideri che rimane impregiudicata la determinazione della linea di confine tra le competenze secondo il nuovo modello.

Allo stesso tempo, *ex adverso*, la Regione oggi soccombente non perde appunto la chance di tornare a riproporre in seguito la stessa pretesa oggi rimasta inappagata, ma con riferimento appunto ad atti modificativi della disciplina in vigore.

Singolare (e francamente inquietante) è, poi, la chiusa dell'intero ragionamento, secondo cui il diritto costituzionale sopravveniente potrà farsi valere – dice la Corte, “di norma” – unicamente contro leggi adottate da questo o quell'ente in un tempo successivo alla “nuova definizione costituzionale”. Dove rimane ambiguamente confusa la linea divisoria tra i casi (ordinari) per i quali varrà la soluzione ora inaugurata e quelli (straordinari) che invece potranno essere risolti facendo applicazione del nuovo parametro anche a leggi nate in un tempo rispetto a quest'ultimo anteriore.

Un'ultima osservazione, prima di chiudere e senza passare dal merito (peccato, comunque, mi permetto di far notare sia pure solo di sfuggita, per quest'occasione davvero sciupata senza prestare la meritata attenzione al *principium cooperationis*...).

Ha ragione la Corte nel dire, nel punto finale della parte motiva, che il rigetto della questione “rende superflua ogni pronuncia, di ammissibilità e di merito, circa la richiesta sospensione dell'efficacia del provvedimento legislativo denunciato” (naturalmente, ancora a maggior ragione fondata siffatta affermazione, per il caso che il *decisum* fosse stato di accoglimento...). C'è solo un piccolo particolare che è, evidentemente, sfuggito all'arbitro costituzionale: che quando ormai il fischio di fine partita è stato emesso non ha comunque senso tornare a discutere di fatti ormai appartenenti al passato... Se la Corte avesse davvero voluto prendere partito sul punto, di necessità avrebbe dovuto farlo in un momento anteriore. La qual cosa conferma che domande imbarazzanti avanzate a norma dell'art. 40, l. n. 87, possono essere eluse col sol fatto di non darvi... risposta, fino alla decisione. Ma, forse, proprio questo (apparentemente poco significativo) particolare è quello che può spianare la via ad ulteriori (ed ancora più originali di quello di oggi) esiti ricostruttivi: per il caso che la Corte dovesse un domani far leva sull'imprevista apertura fatta nella chiusa della sua decisione per far luogo all'inattesa (ed essa pure, invero, non poco sorprendente...) sospensione della efficacia di leggi sottoposte al suo giudizio.

2003



Antonio Ruggeri
Riforma del titolo V e “potere estero” delle Regioni
(notazioni di ordine metodico-ricostruttivo)*

SOMMARIO: 1. Le diverse letture del quadro costituzionale dei rapporti internazionali delle Regioni e il (pre)orientamento metodico necessario a far congiungere la ricostruzione del quadro stesso col valore di un'equilibrata composizione di unità ed autonomia.- 2. Regola *versus* eccezione: il dilemma metodico circa il parallelismo tra competenze interne e “potere estero” delle Regioni ovvero circa il carattere tassativo delle previsioni costituzionali che assumono quest'ultimo a loro oggetto.- 3. Il dubbio significato delle “relazioni internazionali” delle Regioni, le possibili interferenze con le “relazioni internazionali” e la “politica estera” dello Stato, a motivo della formidabile forza espansiva di cui queste ultime sono dotate, la conseguente fluidità e mobilità del riparto delle competenze di Stato e Regioni.- 4. Gli accordi di diritto internazionale (sia statali che regionali) e la loro possibile incidenza su norme di diritto interno.- 5. (*Segue*): Tipologia e dinamica degli accordi nel tempo: l'angusta prospettiva di sviluppo delle relazioni pattizie delle Regioni secondo il disegno La Loggia e le aperture invece offerte dalla Carta “novellata”.- 6. (*Segue*): Alla ricerca di moduli “integrati” di composizione della dinamica contrattuale.- 7. La partecipazione, nella “Repubblica delle autonomie”, degli enti locali e dei privati alla formazione degli accordi ed alle “relazioni internazionali” in genere (cenni).- 8. Di alcuni pregiudizi metodico-dogmatici (in ispecie, in ordine al significato del limite degli obblighi internazionali, di cui al I comma dell'art. 117), nonché della complessa questione concernente i possibili conflitti tra norme comunitarie e norme internazionali.- 9. (*Segue*): Di alcuni restrittivi, preconetti orientamenti in tema di potere regionale di conclusione degli accordi, nonché di alcune singolari innovazioni procedimentali proposte in merito all'esercizio del *treaty-making power* da parte delle Regioni.- 10. I controversi rapporti tra l'attività contrattuale delle Regioni e le attività promozionali all'estero e le attività di mero rilievo internazionale, il significato del mancato riferimento fatto a queste ultime dalla legge di riforma, la nuova configurazione del ruolo svolto dal Governo in occasione dello svolgimento delle attività in parola da parte delle Regioni e la necessità che esso sia sottoposto, nelle sue concrete manifestazioni, ad uno scrutinio stretto di costituzionalità.- 11. I poteri sostitutivi, i piani di esperienza ai quali possono (e devono) applicarsi, l'esigenza della loro attivazione in modo preventivo (specie, sul terreno della normazione) ed in rispondenza alla logica della integrazione delle competenze.- 12. Relazioni internazionali delle Regioni e promozione della specialità (e della “specializzazione”), con specifico riguardo all'autonomia delle Regioni di confine.

1. Le diverse letture del quadro costituzionale dei rapporti internazionali delle Regioni e il (pre)orientamento metodico necessario a far congiungere la ricostruzione del quadro stesso col valore di un'equilibrata composizione di unità ed autonomia

Che una delle più vistose novità della riforma del titolo V sia data dalle previsioni relative al c.d. “potere estero” (latamente inteso¹) delle Regioni non si dubita. Piuttosto, ci si divide, in modo anche assai netto, circa la misura di siffatta innovazione; ed a questo riguardo molte e non poco reciprocamente divaricate sono le divergenze ricostruttive, alcuni puntando a minimizzare la capacità espressiva dei nuovi enunciati o, come che sia, manifestando molta cautela in merito alla loro portata²,

* Testo rielaborato di una relazione svolta al Convegno su “Potere estero delle Regioni ed allargamento ad Est dell'Unione Europea. Prospettive per la Regione autonoma Friuli Venezia Giulia”, Udine 14 dicembre 2002.

¹ Comprendo, infatti, nella formula anche quanto in realtà si riferisce al versante del riparto tra Stato e Regioni (ed altri enti ancora) delle competenze relative all'attuazione degli impegni internazionali e che, a rigore, dovrebbe piuttosto riportarsi all'ordine interno ma che è qui ugualmente fatto oggetto di studio per le molteplici, rilevanti implicazioni che se ne hanno rispetto alle attività a proiezione esterna, se non altro per la circostanza che una omessa o parziale o, ancora, distorta attuazione degli impegni internazionali può esser fonte di sanzioni di vario tipo e, in generale, assumere giuridico rilievo tanto nell'ordine internazionale quanto nello stesso ordine interno, a seguito del richiamo ora fatto nel I comma dell'art. 117 agli obblighi assunti nel primo.

² ... al punto che si è messa in discussione la stessa disponibilità da parte delle Regioni del *treaty-making power*, quale parrebbe invece loro riconosciuto dall'ultimo comma dell'art. 117, ovvero si è affacciata l'idea che la formula in tale enunciato contenuta sostanzialmente non aggiunga molto di nuovo a quelle attività promozionali all'estero e di mero rilievo internazionale che – come si sa – le Regioni sono abilitate a porre in essere da tempo (part., A. D'ATENA, *La nuova*

altri, di contro, segnalando il sostanziale mutamento di rotta rispetto alle esperienze fin qui maturate che potrebbe essere vigorosamente sollecitato dalla riforma³. Pure i primi, ad ogni buon conto, non trascurano di sottolineare il passo in avanti compiuto col solo fatto della “razionalizzazione” costituzionale di quanto è fin qui stato affidato a (peraltro fortemente laconiche e complessivamente inappaganti) formule legislative o, addirittura, a prassi *omisso medio* rimesse, in ordine alla loro conformazione ed al complessivo orientamento, a decisioni improvvisate, frutto di congiunturali convenienze. La stabilità di quadro – si fa giustamente notare – che viene dal riconoscimento costituzionale di forme varie di partecipazione regionale alle dinamiche di diritto esterno non avrebbe potuto comunque essere assicurata da alcuna altra fonte. La qual cosa, peraltro, induce ad un’ulteriore riflessione circa la sufficienza delle previsioni in atto stabilite nella Carta “novellata” ovvero circa la necessità e/o opportunità che esse siano ancora meglio precisate per un verso, e completate per un altro, da ulteriori previsioni, senza le quali quelle ad oggi esistenti potrebbero rivelarsi incapaci di produrre positivi effetti o, addirittura, capaci di dar luogo ad effetti distorsivi rispetto alle stesse intenzioni possedute dal legislatore di riforma.

È pur vero, nondimeno, che la stabilità, di cui ora si discorre, presuppone, quale suo condizione logica ed irrinunciabile, la chiarezza e la intrinseca coerenza del quadro riformulato dalla riforma, senza di che essa può addirittura ritorcersi contro se stessa, traducendosi in un fattore di squilibrio delle dinamiche istituzionali, nella loro proiezione tanto esterna quanto interna.

Ora, va subito avvertito che, con riferimento al campo di esperienza adesso studiato, si è bruscamente passati da un difetto pressoché totale di previsioni costituzionali (se si eccettua il labile riferimento al limite degli obblighi internazionali contenuto negli statuti delle Regioni speciali) ad un (forse, eccessivo) affollamento di formule entro un ambito pure oggettivamente non ristretto: un affollamento tale da portare a sia pur parziali ma consistenti sovrapposizioni delle formule stesse, al punto da rendere fortemente problematica la ricognizione dell’“area materiale” – se così vogliamo chiamarla – in cui ciascuna di esse può spiegare, con autonomia di significati, i propri effetti. Se, poi, a ciò si aggiunge la circostanza – peraltro, come si sa, ricorrente e *quodammodo* consustanziale ai disposti costituzionali – costituita dal carattere assai incerto e, in qualche passaggio, persino sibillino delle espressioni linguistiche utilizzate per comporre ciascuna formula, se ne hanno ulteriori fattori di indeterminazione del quadro, nelle sue singole parti costitutive così come nel suo insieme.

Piuttosto che affaticarsi a dare un senso compiuto e persuasivo a ciascun enunciato isolatamente considerato (la qual cosa potrebbe non giovare, o non giovare fino in fondo, alla ricostruzione dell’intero disegno), conviene – a me pare – tentare di cogliere la *ratio* complessiva del disegno stesso, ciò che ne dà appunto la cifra maggiormente espressiva e qualificante, in vista poi di quelle ulteriori verifiche che – come sempre – dovranno esser date dall’esperienza, per il modo con cui quest’ultima verrà complessivamente ad impiantarsi, per gli orientamenti maggiormente marcati che assumerà, per le indicazioni insomma che darà circa il nuovo *diritto vivente costituzionale* che, sia pure limitatamente a questo (pure assai significativo e gravido di implicazioni) campo di relazioni intersoggettive, potrà, con la necessaria gradualità, prendere corpo ed affermarsi.

disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l’Unione Europea, in AA.VV., *Il nuovo titolo V della parte II della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione*, Seminario di Bologna, 14 gennaio 2002, a cura dell’A.I.C., ora anche in www.associazionedeicostituzionalisti.it, par. 9 ss., e A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale. Il nuovo regime e il modello originario a confronto*, Torino 2002, 229).

³ Secondo una tesi, argomentatamente sostenuta da F. PIZZETTI, *L’evoluzione del sistema italiano fra “prove tecniche di governance” e nuovi elementi unificanti. Le interconnessioni con la riforma dell’Unione europea*, in *Le Regioni*, 4/2002, 653 ss., dopo la riforma del titolo V la legge avrebbe ceduto definitivamente il posto agli atti internazionali e comunitari quali strumenti in grado eminente idonei ad assolvere alla funzione di unificazione-integrazione dell’ordinamento: funzione che si renderebbe particolarmente visibile, nella sua *vis* innovativa, proprio con riguardo agli impegni internazionali, dal momento che per ciò che attiene alle fonti comunitarie la loro capacità di vincolo nei riguardi delle manifestazioni normative di diritto interno in genere era già riconosciuta – come si sa – da tempo e se n’è, pertanto, ora avuta unicamente la trascrizione costituzionale (sul punto, v. tuttavia le precisazioni fatte da F. SORRENTINO, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 3/2002, 1358).

A questo fine, e puntando dunque unicamente a percepire la *ratio* sottesa alla riformulazione del titolo V, occorre previamente dotarsi di una solida chiave di lettura dei nuovi enunciati, vale a dire di un *principio metodico* dal quale muovere ed al quale costantemente riportare, per verificarne la congruità, le ipotesi interpretativo-ricostruttive che si faranno. Ed il principio non può che essere quello che presiede all'analisi di tutte le singole disposizioni del nuovo titolo V così come di quest'ultimo nella sua "sistemica" connotazione: il principio, cioè, della necessaria, equilibrata composizione dinamica tra unità ed autonomia. Di modo che, ogni qual volta la lettera di un enunciato parrebbe portare alla espansione dell'autonomia, in alcune delle sue manifestazioni o in relazione a taluni campi di esperienza, lì occorre pur sempre pensare alla possibile attivazione di strumenti e rimedi in genere a presidio e compenso dell'unità, e – naturalmente – viceversa: le espressioni che parrebbero esser state specificamente pensate a salvaguardia degli interessi unificanti richiedono comunque di esser opportunamente "dosate", nelle loro possibili applicazioni, vale a dire misuratamente intese e fatte valere in modi comunque tali da non determinare l'inammissibile compressione dell'autonomia ma, anzi, l'ulteriore sua crescita e valorizzazione, col fatto stesso della crescita e valorizzazione delle istanze unitarie, che fanno capo all'intero ordinamento⁴.

È vero che il "bilanciamento", di cui ora si discorre, tra unità ed autonomia è idoneo ad assumere connotazioni non poco diverse a seconda dei campi di esperienza e, per uno stesso campo, nel tempo. Il modello costituzionale è (e, per sua natura, rimane) aperto agli sviluppi dell'esperienza stessa, pur nel fermo orientamento verso una loro complessiva connotazione comunque assiologicamente equilibrata. Sarebbe, di tutta evidenza, forzato, frutto di una lettura ideologicamente distorta e nel suo insieme non rispondente alle indicazioni di valore date dalla Carta, un indirizzo ricostruttivo che dovesse ignorare quale straordinario peso hanno avuto (ed è giusto che seguitino ad avere anche per l'avvenire) gli interessi unificanti, di cui si fa specificamente carico lo Stato nel campo delle relazioni internazionali. Qui più che altrove, insomma, la composizione tra unità ed autonomia, nelle sue storiche e positive manifestazioni, esibisce (e *deve* esibire) una spiccata sensibilità per le istanze di unità. Eppure, la tradizione fino ad oggi maturata non può seguitare ad esprimere una forza di trascinarsi esclusivamente sulla base della spinta originariamente data alle relazioni in questo campo di esperienza impiantatesi ed in nome di antiche esigenze la cui perdurante vitalità è nondimeno bisognosa di attenta, non preconcepita verifica, specie alla luce delle acquisizioni alla causa dell'autonomia che si sono nel frattempo avute e – soprattutto – delle altre che potrebbero (e dovrebbero) aversi siccome sollecitate dalla riforma. Una riscrittura costituzionale alla quale dovesse darsi unicamente il senso di una rappresentazione più o meno fedele delle confuse vicende fin qui avutesi, ma giudicata priva della capacità di dare un nuovo orientamento alle stesse per il futuro, non riuscirebbe, di certo, a liberarsi da alcuni vincoli e condizionamenti assai forti, in alcuni casi davvero opprimenti, posti in essere dalla tradizione suddetta ed espressivi di una sbilanciata (a tutto vantaggio dell'unità) composizione dei valori costituzionalmente protetti.

La posta in palio – come si vede da queste prime e del tutto insufficienti notazioni – è dunque grossa; e la domanda che dobbiamo porre a noi stessi, all'inizio così al termine dell'itinerario di ricerca ora intrapreso, è di cruciale rilievo metodico: si tratta, infatti, di stabilire se il quadro ricostruttivo, sia pur sommariamente delineato, appare, o no, essere slegato dai valori fondamentali, e segnatamente dalla sintesi di unità ed autonomia espressa dall'art. 5. Se così fosse, l'alternativa sarebbe davvero stringente, e starebbe in ciò: o che la composizione del quadro da noi effettuata è davvero fedele all'intenzione avuta dalla legge di riforma, e in tal caso però quest'ultima dovrebbe esser censurata rispetto all'art. 5 e all'equilibrio di valore da questo preteso, ovvero che è difettosa proprio la nostra proposta ricostruttiva. E, tra i due esiti astrattamente possibili, dobbiamo augurarci che il vero stia proprio nel secondo corno dell'alternativa, per quanto doloroso possa per noi essere prenderne atto, disponendoci dunque, con la necessaria pazienza ed umiltà, a ricercare e battere altre vie di ricerca, idonee a portare a quell'armonica congiunzione della parte organizzativa della Carta,

⁴ Ho fatto, ancora da ultimo, applicazione di quest'indicazione metodica nel mio *Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali*, in AA.VV., *Il regionalismo differenziato: il caso italiano e spagnolo*, Conv. di Messina. 18-19 ottobre 2002, in www.giurcost.org e in www.federalismi.it.

così come riscritta dalla riforma, con la sua parte maggiormente espressiva e qualificante, quella appunto di valore⁵. Quel che è, ad ogni modo, certo è che solo sul piano assiologico-sistematico può aversi l'indicazione più attendibile circa la congruità complessiva delle ipotesi interpretative prospettate, sulla base delle incerte ed approssimative disposizioni contenute nel titolo V, a seguito della sua riscrittura ad opera della legge di riforma dello scorso anno.

2. Regola versus eccezione: il dilemma metodico circa il parallelismo tra competenze interne e "potere estero" delle Regioni ovvero circa il carattere tassativo delle previsioni costituzionali che assumono quest'ultimo a loro oggetto

A riprova del modo affatto peculiare con cui unità ed autonomia si compongono nel campo di esperienza ora indagato parrebbe potersi addurre il "metodo" utilizzato dalla legge di riforma per trattare dei rapporti di diritto esterno in genere. La differenza rispetto al "metodo" adottato per rappresentare il nuovo riparto delle competenze di diritto interno tra Stato e Regioni⁶ parrebbe, infatti, essere, a tutta prima, assai netta.

Per quest'ultimo, come si è fatto da molti opportunamente notare, la regola, con specifico riguardo al piano della normazione in genere e della legislazione in specie, è la competenza delle Regioni, l'eccezione quella dello Stato. Se, poi, si estende lo sguardo altresì al piano dell'amministrazione, nuovamente la competenza dello Stato (stavolta congiuntamente a quella delle stesse Regioni) appare essere l'eccezione, la regola essendo data dall'esercizio dei poteri di amministrazione da parte dei Comuni. Gli insistiti riferimenti fatti dalla legge di riforma al "potere estero" delle Regioni, nell'ampia accezione in cui è qui inteso, sembrerebbero, invece, rimarcare il rilievo, più ancora che del potere stesso, dell'attività internazionale dello Stato, che presenterebbe *carattere negativo-residuale*, estendendosi a tutti i casi non espressamente richiamati a vantaggio delle Regioni. Qui, dunque, la regola, secondo tradizione, sarebbe data dalla competenza dello Stato: un tempo, senza esclusione di sorta, oggi appunto con le eccezioni *espressamente* e *tassativamente* previste a beneficio dell'autonomia regionale.

Ora, il rapporto regola-eccezione proietta la sua immagine oltre gli specifici campi di esperienza ai quali di volta in volta si applica e diviene, appunto, espressivo di un *criterio metodico di interpretazione-ricostruzione* dell'intero quadro costituzionale, della sua *ratio* così come della complessiva struttura del nuovo edificio ordinamentale da esso prefigurato.

L'eccezione, infatti, a differenza della regola, va delineata nei suoi confini secondo criteri di stretta interpretazione. La qual cosa è di particolare rilievo con riferimento ad attività o esperienze non espressamente ovvero compiutamente descritte nei loro lineamenti di fondo dal dettato costituzionale: attività ed esperienze che, dunque, si farebbero naturalmente attrarre dal polo al quale si dispone la regola, non già da quello della eccezione.

Secondo quest'indicazione metodica, quanto può fare lo Stato nei confronti delle Regioni, sul piano delle attività di diritto interno, parrebbe, perciò, restare circoscritto a ciò che è *positivamente* stabilito, ogni attività innominata facendosi riportare nella sfera di competenza delle Regioni (per

⁵ Vorrei qui nuovamente avvertire, dopo averlo già fatto in occasione del Seminario di Bologna dietro cit. (v., dunque, il mio *La riforma costituzionale del Titolo V e i problemi della sua attuazione, con specifico riguardo alle dinamiche della normazione ed al piano dei controlli*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, nonché in *Quad. reg.*, 2/2001, 565 ss.), circa il rischio, gravissimo, che si corre col guardare con (pre)orientamento metodico distruttivo alla riforma, a questa così come ad ogni altra, nella consapevolezza che a farne le spese, poi, sarà la Costituzione nella sua interezza: una volta, infatti, intrapresa la china della sistematica delegittimazione in nome dei valori, pur laddove la critica dovesse obiettivamente disporre di non pochi argomenti a suo sostegno, sarebbero (saranno...) i valori stessi a risultarne, a conti fatti, delegittimati, diffondendosi quell'*animus* di *disaffectio* che mina alle basi l'edificio costituzionale, pregiudicandone la stabilità e la capacità di trasmettersi e rinnovarsi nel tempo.

⁶ Per ragioni di scorrevolezza espositiva, mi limito, per il momento, a dire unicamente di quest'ultimo, riservandomi di accennare più avanti al possibile coinvolgimento anche di altri enti (e, segnatamente, delle autonomie territoriali minori).

quanto attiene ai poteri di normazione) ovvero dei Comuni (con riguardo all'amministrazione), vale a dire nelle sedi istituzionali in modo residuale competenti. Tutto questo, invece, non si avrebbe, per l'ipotesi ricostruttiva sopra accennata, con riguardo alle attività di diritto esterno ovvero alle altre, interne, alle prime strumentalmente connesse, in relazione alle quali la "logica" suddetta parrebbe anzi essere esattamente rovesciata su se stessa: le Regioni, dunque, disporrebbero di "potere estero" (comprensivamente inteso) unicamente per i casi *nominativamente* indicati in Costituzione. E ad avallare questa supposizione è la forma stessa utilizzata per delineare il riparto delle competenze in materia tra Stato e Regioni, dove non casualmente – verrebbe da dire – si fa riferimento a competenze delle Regioni, le sole a porsi in un rapporto di discontinuità costituzionale rispetto al passato: quasi, appunto, a voler tacitamente preservare per tutto il resto gli ambiti di competenza statale, un tempo privi di confini.

È vero che i riferimenti contenuti nei commi V e IX dell'art. 117 alle materie di competenza regionale parrebbero piuttosto far pensare il contrario: che si sia, cioè, inteso introdurre la *regola* del parallelismo tra competenze *pleno iure* interne e competenze "esterne" (in senso lato), ovverosia tra le materie sulle quali le une e le altre possono esercitarsi; di modo che anche le seconde parrebbero abilitate ad espandersi in modo astrattamente non predeterminato, siccome riferite alle *stesse* materie sulle quali sono fatte poggiare le competenze propriamente interne. E, tuttavia, non è chi non veda come altro sono le *materie* sulle quali può appunto aversi un "potere estero" delle Regioni ed altro le *manifestazioni* dello stesso consentite; e queste ultime, secondo l'ipotesi ricostruttiva ora ragionata, sarebbero appunto le *sole* espressamente descritte, al fine di non discostarsi troppo dalla tradizione fin qui invalsa ovvero di non spezzare irrimediabilmente il filo della continuità evolutiva dell'esperienza a venire rispetto a quella già maturata.

Proprio qui, però, è il fuoco della questione ora discussa: è da chiedersi, infatti, se la tradizione in parola, *per il solo fatto della sua esistenza*, possa porsi ad esclusivo o risolutivo (ché di questo, se ci si pensa, a conti fatti si tratta) parametro o fattore di *preorientamento metodico* nell'opera ricostruttiva dei lineamenti del nuovo quadro costituzionale. Una scelta dunque, come si diceva e come ora può ancora meglio vedersi, di campo, quella alla quale siamo oggi chiamati, che condiziona l'intero svolgimento dell'analisi, già dal momento della sua partenza.

Eppure, anche quanti sembrano mossi dalla pur comprensibile esigenza di salvaguardare fino in fondo il bene dell'unità in un campo, quale questo, attraversato da particolarmente forti tensioni e dove la ricerca di composizioni equilibrate degli interessi è resa assai disagiata e complessa proprio per il rilievo e l'intreccio degli interessi stessi, sono obbligati a riconoscere che talune acquisizioni all'autonomia ora espressamente prefigurate per le Regioni, per un verso sono dotate di una non comune forza espansiva (se non altro a motivo della strutturale vaghezza delle formule che le esprimono), per un altro verso comprendono, così come nel più è necessariamente compreso il meno, alcune manifestazioni dell'autonomia stessa che sono ad ogni modo strumentalmente connesse a quelle nominativamente indicate e, perciò, operativamente necessarie per il pieno conseguimento degli scopi costituzionalmente fissati.

Così, per fare subito un esempio che consenta di far uscire queste rapide notazioni dal vago che fino a questo momento le avvolge, qualora alla previsione posta in coda all'art. 117, che fa riferimento ad un potere contrattuale di diritto esterno delle Regioni, si desse – come a me pare si debba – il significato che la lettera suggerisce di darle, sarebbero evidentemente in essa comprese le attività promozionali ovvero le attività di mero rilievo internazionale che, secondo la prassi ormai invalsa sulla spinta di taluni riconoscimenti normativi e giurisprudenziali, sono ormai stabilmente riconosciute nella disponibilità delle Regioni (che, poi, convenga correggere le procedure al riguardo predisposte per l'esercizio delle attività stesse, in modo maggiormente rispettoso dell'autonomia, è un altro discorso, che peraltro si riprenderà tra non molto e che nondimeno non attiene – come si vede – al fatto in sé del riconoscimento del potere da cui quelle attività in concreto discendono e di cui sono manifestazione). Semmai, il punto è proprio quello di vedere se la formula suddetta si limiti – come vorrebbe un'autorevole dottrina, già richiamata – a riferirsi con parole diverse *unicamente* a

siffatte attività ovvero se – come a me parrebbe – essa si spinga ben oltre la soglia già raggiunta dall'autonomia con l'esercizio delle attività stesse⁷.

Di contro, sarebbe persino paradossale o, diciamo pure, insensato pensare, sulla spinta dell'indicazione proveniente dalla lettera dell'enunciato costituzionale, che le Regioni, per un verso, dispongano di un vero e proprio *treaty-making power* e, per un altro ed allo stesso tempo, non possano pubblicizzare i loro prodotti all'estero ovvero svolgere alcun'altra attività che non abbia una specifica base normativa in un accordo di diritto esterno a suo sostegno. Eppure, se ci si fa caso, a rigore a quest'esito, per irragionevole che sia, dovrebbe di necessità pervenirsi qualora dovesse assumersi per buona la partenza metodica del ragionamento sopra fatto, secondo cui le competenze regionali nel campo delle relazioni internazionali si avrebbero unicamente laddove *espressamente e tassativamente* previste.

Dalla prospettiva da ultimo adottata, anzi, i riconoscimenti di competenza ora costituzionalmente fatti potrebbero ritorcersi proprio contro l'autonomia, perlomeno per alcune sue manifestazioni, portando ad una condizione persino peggiore rispetto al passato. Quando, infatti, nulla era detto in Costituzione circa il “potere estero” delle Regioni, la legislazione da un lato e la giurisprudenza dall'altro hanno trovato il terreno sgombro, nel loro non poco sofferto cammino, per pervenire ai riconoscimenti avutisi fino alla riforma. Col sopraggiungere, però, di quest'ultima in un campo già arato dalla cultura giuridica e fatto oggetto di numerose previsioni normative e di una corposa produzione giurisprudenziale, potrebbe maliziosamente affacciarsi l'idea che quanto delle passate acquisizioni non riesce a specchiarsi fedelmente nella Carta “novellata” sarebbe condannato a restare ormai escluso dal patrimonio delle funzioni di cui le Regioni sono dotate.

Un esito, questo, come si vede, paradossale, persino beffardo, che ripropone in termini imperiosi, non eludibili, la questione metodica sopra indicata.

Eppure, come si faceva poc'anzi notare, la disputa metodica sopra nei suoi termini essenziali riferita può, almeno in parte, essere ricomposta, per il modo con cui dovesse essere disegnato nelle sue concrete applicazioni il raggio di azione delle previsioni costituzionali. È chiaro che, quanto più esso dovesse considerarsi dotato di ampia capacità di escursione di campo, tanto più nel campo stesso riuscirebbero a trovare posto attività in atto svolte o in potenza svolgibili da parte delle Regioni, a queste anzi sommandosi proprio le nuove acquisizioni espressamente prefigurate dalla riforma. Come sempre, insomma, tutto si riduce ad un problema d'interpretazione, di ricognizione dei confini oggettivo-materiali al cui interno questo o quell'ente, a seconda dei casi, deve mantenersi; e l'interpretazione, come si sa, ha qui un preorientamento metodico-assiologico, costituito dal bisogno irrinunciabile di coniugare, nelle loro forme concrete d'inveramento, unità ed autonomia, e dispone di una tecnica, quella della ragionevolezza, che porta naturalmente a scartare esiti ricostruttivi che priverebbero le Regioni di poteri di azione strumentali rispetto a quelli in modo esplicito ad esse dalla riforma riconosciuti e, peraltro, per alcuni aspetti o in alcune loro applicazioni, assai meno incisivi di questi ultimi.

3. Il dubbio significato delle “relazioni internazionali” delle Regioni, le possibili interferenze con le “relazioni internazionali” e la “politica estera” dello Stato, a motivo della formidabile forza espansiva di cui queste ultime sono dotate, la conseguente fluidità e mobilità del riparto delle competenze di Stato e Regioni

Un banco di prova altamente attendibile sul quale subito verificare se l'equilibrio assiologico, di cui si è fin qui discusso, è soddisfacentemente preservato è quello delle materie e dei tipi di potestà legislativa delle Regioni implicati dalle relazioni di diritto esterno.

⁷ Maggiori ragguagli sul punto saranno dati più avanti, in occasione dell'esame delle soluzioni al riguardo prefigurate dal disegno di legge La Loggia.

Le Regioni, come si sa, hanno una potestà legislativa concorrente ed una “residuale”⁸, che peraltro non si è ancora ben capito se possa, o no, fregiarsi del titolo di potestà “piena”⁹ e che, pur tuttavia, è certamente in sé diversa (o, meglio, *astrattamente* diversa) dalla potestà concorrente¹⁰.

Ora, si tratta di stabilire se la menzione, contenuta nel III c. dell’art. 117, dei “rapporti internazionali e con l’Unione europea delle Regioni”, unitamente a quella del commercio con l’estero e di altre materie ancora idonee ad avere implicazioni di diritto esterno, porti ad un ritaglio interno a *qualunque* materia regionale, nel senso che la relativa disciplina debba comunque essere attratta al tipo della potestà concorrente.

La questione – come si vede – riguarda specificamente le materie “residuali” che, per questa ipotesi interpretativa, cesserebbero di potersi considerare di potestà piena e transiterebbero automaticamente nell’area descritta nel III comma, per il sol fatto di esser oggetto di relazioni di diritto esterno

⁸ A rigore, le Regioni speciali, poi, *potrebbero* considerarsi ancora oggi titolari della potestà attuativo-integrativa, con riguardo a materie (o loro “porzioni”) ricadenti nell’orbita della potestà esclusiva dello Stato, materie che, appunto, in nome della specialità seguirebbero a far capo, in ordine alla loro disciplina, alle Regioni stesse. Il punto, però, è quello di verificare se e quali siano in concreto gli spazi consentiti per un siffatto riconoscimento (uno sforzo ricostruttivo in tal senso è stato ora compiuto, con riguardo alla Sicilia, da C. SALAZAR, *Elenchi di materie e riforma del Titolo V della Costituzione: note problematiche intorno ad una possibile rilettura degli artt. 14 e 17 dello statuto siciliano*, intervento all’incontro di studio su *La specialità siciliana dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, Palermo 15 aprile 2002, in *paper*).

⁹ Se si assume a modello della potestà “piena” quello usuale, invalso in applicazione delle previsioni contenute negli statuti speciali, dovrebbe escludersi che la potestà cui si riferisce il IV comma dell’art. 117 sia ad essa (*pienamente...*) accostabile, quanto meno a stare alla tesi che vorrebbe finalmente, autenticamente *piena* tale ultima potestà, siccome sgravata degli antichi limiti (con la sola eccezione di quello relativo agli impegni internazionali, ora costituzionalmente “razionalizzato”), laddove veramente *piena* non poteva dirsi la potestà primaria delle Regioni speciali, proprio in considerazione del carico di limiti su di essa gravante. Nondimeno, per quanto diffusa sia l’opinione volta a rilevare lo stacco esistente tra la vecchia e la nuova potestà, tutta da verificare, per il modo con cui in concreto troverà applicazione il “modello” prefigurato dal IV comma, è la solidità della ricostruzione proposta, specie se si considera che, attraverso la via larga delle “materie” o, meglio, dei poteri di normazione “trasversali” (e, particolarmente, attraverso le norme statali che fissano i “livelli essenziali” delle prestazioni concernenti i diritti), hanno modo di farsi avanti e di imporsi gli stessi vecchi limiti, a partire da quello delle “norme fondamentali delle riforme economico-sociali”, sia pure sotto una mutata veste e con una ugualmente diversa giustificazione (maggiori ragguagli sul punto possono aversi dal mio *La riforma costituzionale del Titolo V e i problemi della sua attuazione*, cit., 601 ss.). Il limite, cui si è ora esemplificativamente accennato, ad ogni buon conto conferma, per la sua parte, che anche la nuova potestà residuale veramente *piena* non è; e, quanto meno da questo generalissimo punto di vista, l’accostamento tra vecchia e nuova potestà parrebbe teoricamente reggere.

¹⁰ Diversa, infatti, per un primo, approssimativo inquadramento di ordine teorico-astratto; non si trascuri, però, la formidabile forza unificante (e, almeno in parte e per alcuni campi di esperienza, omologante) esercitata dai limiti generali fissati nel I comma dell’art. 117 e dagli altri limiti che prendono corpo attraverso quelle norme “trasversali” di cui si diceva. Così, ad es., le norme comunitarie per un verso, e le norme sui “livelli essenziali” per un altro, possono in concreto esprimere un vincolo non diverso a seconda dei campi materiali: fanno in concreto dissolvere le linee di confine tra gli stessi ovverosia le rendono mobili, idonee a spostarsi in avanti o all’indietro, secondo congiunturali convenienze e per il modo con cui gli interessi sovranazionali, nazionali e locali reciprocamente si combinano e ricercano punti di equilibrio vari a seconda dei campi e nel tempo. Addirittura, nulla può, a mia opinione, far escludere che i tipi di potestà si ribaltino, nelle loro concrete applicazioni, su se stessi, la potestà concorrente apparendo maggiormente idonea di quella residuale (o “piena”) a dar modo all’autonomia regionale di espandersi e farsi valere, tutte le volte che i limiti suddetti appaiano ancora più gravosi per la seconda rispetto alla prima potestà: chi potrà, infatti, mai impedire all’Unione europea di produrre norme maggiormente stringenti per un campo di esperienza rispetto a quelle adottate per un altro, quale che sia il tipo di potestà legislativa di diritto interno al quale essi sono assegnati? E chi potrà impedire alle norme statali sui “livelli essenziali” di presentarsi come maggiormente dettagliate e penetranti per taluni ambiti di potestà piena rispetto ad altri di potestà concorrente? La verità è che, continuamente cangiante essendo la natura degli interessi e le forme della loro reciproca combinazione, di necessità ugualmente mobile e relativa è la tipizzazione delle potestà, vale a dire fluide e storicamente determinate le relazioni tra gli atti positivi che ne sono espressione. E questo non è un limite congenito di rendimento o di capacità di tenuta delle previsioni del quadro costituzionale, dovuto appunto alla astrattezza o rigidità di quest’ultimo, proprietà queste destinate a scontrarsi con le esigenze della politica e della pratica in genere, bensì è un *modo strutturale* di essere dello stesso quadro costituzionale che, proprio facendo riferimento ai vincoli in parola cui la normazione regionale (e, per alcuni versi, anche statale) soggiace, si apre all’esperienza e si dispone a farsi permeare da questa, nei limiti pur tuttavia invalicabili segnati dall’equilibrio assiologico tra unità ed autonomia.

intraprese dalle Regioni e sia pure limitatamente alle implicazioni di carattere normativo da queste nascenti.

È tuttavia sufficiente un elementare ragionamento a rendere inattendibile questa eventualità.

Le Regioni, infatti, col solo fatto di dar vita a relazioni internazionali, magari avvalendosi delle forme previste dall'ultimo comma dell'art. 117, ridurrebbero da se medesime l'area delle materie di potestà residuale (e piena) a beneficio di quella di cui al III comma. Quale che sia il modo con cui le relazioni stesse sono poste in essere (sul punto, tra breve), dunque, le Regioni si priverebbero della capacità di dar loro seguito legislativo, per le materie cui esse fanno capo, in modo pieno, modo col quale potrebbero invece regolarle qualora facessero a meno di dar vita alle relazioni stesse.

È evidente, però, il vizio logico sotteso a questa impostazione che, oltre tutto, come ora si dirà, verrebbe inammissibilmente a confondere tra le "relazioni internazionali" in sé considerate, quale oggetto di potestà ripartita, e l'*attuazione* normativa ad esse data per i singoli campi materiali su cui insistono.

La questione, poi, ulteriormente si complica se si pensa alla pur parziale sovrapposizione che potrebbe darsi tra la formula posta in testa al III comma, sopra cit., e quella indicata nell'ultimo comma dell'art. 117.

Se, infatti, le relazioni internazionali sono viste al momento del loro formarsi, prima ancora che in quello dell'adempimento interno degli obblighi assunti in sede internazionale, parrebbe che la stessa attività contrattuale cui si riferisce l'ultimo comma dell'art. 117 debba aver luogo in modo "ripartito" in quanto parte costitutiva delle relazioni in parola ovvero sia in quanto idonea a svolgersi sullo stesso terreno sul quale, in via generale, prendono corpo le relazioni suddette. Sennonché, lo stesso disposto da ultimo richiamato, nella sua letterale formulazione, lascia impregiudicate le forme, oltre che i casi, mediante (ed in relazione a) i quali i vincoli contrattuali sono assunti in ambito internazionale dalle Regioni, la cui definizione è interamente rimessa alla legge statale: modalità che, pertanto, potrebbero convergere ma anche divergere rispetto all'indicazione data dal III comma dell'art. 117.

Il nodo si scioglie sul piano teorico (ma potrebbe, invero, restare almeno in parte non sciolto su quello pratico¹¹) se alla formula dei "rapporti internazionali" si assegna un significato comunque non debordante sul piano della disciplina sostantiva bensì circoscritto a quello delle relazioni istituzionali¹² o, come altri preferisce dire, procedurali¹³. Di modo che modalità e sedi istituzionali in cui le Regioni entreranno in rapporto con soggetti della Comunità internazionale dovranno essere definite ricorrendo al modulo della potestà concorrente; gli impegni in tali sedi assunti, poi, saranno adempiuti attraverso attività di normazione che saranno rette dalla regola che ad esse presiede per le singole materie. Trattandosi, dunque, di materie di potestà piena o "residuale" che sia, saranno oggetto della disciplina propria delle materie stesse ed andranno, perciò, incontro ai limiti ai quali questa tipicamente soggiace (quali essi siano è una più generale questione, cui qui pure si è di sfuggita

¹¹ Alcune distinzioni, quale quella che subito si farà nel testo, sono infatti chiare al momento della loro astratta formulazione teorica, assai meno chiare o, diciamo pure, alquanto confuse invece nella pratica, dove separare con un colpo di accetta le une dalle altre attività per ricondurle a generi diversi è assai problematico ed incerto.

¹² ... secondo un'ipotesi ricostruttiva altrove ragionata (v., dunque, volendo, i miei *Le fonti di diritto regionale: ieri, oggi, domani*, Torino 2001, 149 ss. e *La riforma costituzionale del Titolo V e i problemi della sua attuazione*, cit., 575 ss.). Non coglie appieno il senso di questa mia proposta T. GROPPI, *Regioni, Unione europea, obblighi internazionali*, in AA.VV., *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, a cura della stessa T. Groppi e di M. Olivetti, Torino 2001, 134 ss. e, part., 136 in nt. 9, laddove, richiamando il mio scritto per primo sopra cit., parrebbe essersi fatta l'idea che la mia preferenza vada piuttosto per l'opinione opposta, che porterebbe a far espandere la formula del III comma anche sul terreno della disciplina sostantiva, col conseguente ritaglio di porzioni assai estese (comunque, astrattamente indeterminabili) ricadenti nell'area del IV comma ed il loro transito nell'area del III comma. Non saprei invero dire se, nel mio scritto suddetto, sono riuscito a rendere appieno il mio pensiero, peraltro ulteriormente precisato nel secondo dei miei lavori sopra indicati; ma, certo si è che esso non intendeva (e non intende) avallare l'ipotesi ricostruttiva datane. Piuttosto, è ivi denunciato il temuto inconveniente che si avrebbe ad ambientare sul piano sostantivo le possibili applicazioni delle relazioni internazionali; ciò che, appunto, consiglia di spostarle sul terreno delle relazioni istituzionali, secondo quanto qui pure si ritiene di dover confermare.

¹³ Così, ora, A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale*, cit., 227. Sul punto v., ora, le precisazioni che sono in F. PALERMO, *Titolo V e potere estero delle Regioni: i vestiti nuovi dell'imperatore*, in corso di stampa in *Le istituzioni del federalismo. Reg. e gov. loc.*, 5/2002, par. 3.2.

accennato, che non può tuttavia essere ora nuovamente trattata). *Mutatis mutandis*, poi, per la potestà ripartita.

In tal modo, peraltro, si specifica il senso dell'indicazione, contenuta nel V comma dell'art. 117, secondo cui le Regioni sono chiamate a dar attuazione ed esecuzione agli accordi internazionali (ed agli atti dell'Unione europea) “nelle materie di loro competenza”: nelle materie e – può ora aggiungersi – secondo i *limiti* di competenza propri delle stesse.

Si faccia caso alla circostanza che gli accordi menzionati nel disposto ora richiamato non sono quelli (o, meglio, *soltanto* quelli) cui si riferisce il IX comma dello stesso art.: è evidente che, per questi ultimi, le Regioni dispongono *già* del relativo potere di attuazione, secondo la regola, e non avrebbe altrimenti avuto alcun senso dar modo alle Regioni di assumere impegni in ambito internazionale che non avrebbero potuto successivamente onorare in sede interna. Piuttosto, il senso profondo ed originale della previsione del V comma si coglie con specifico riguardo ad attività poste in essere dallo Stato, tanto sul versante dei rapporti con l'Unione europea quanto su quello dei rapporti internazionali. E, poiché l'attuazione degli accordi internazionali (e degli atti comunitari) ricadenti sulle materie indicate nel II comma dell'art. 117 è riservata, in via di principio¹⁴, allo Stato, se ne ha che gli accordi ai quali si riferisce il V comma, per ciò che concerne la loro attuazione in via legislativa da parte delle Regioni, sono quelli siglati dallo Stato (e non dalle Regioni stesse) per le materie di cui al III ed al IV comma.

Si raggiunge così un primo, importante risultato, che mostra, per la sua parte, quanto sia approssimativo ogni ragionamento condotto sul filo di un automatico o sistematico e stringente parallelismo tra competenze di diritto interno e competenze di diritto esterno. Ed è che sulle materie di potestà regionale (e quale che sia il tipo della potestà stessa) possono aversi tanto accordi di diritto esterno conclusi dalla Regione, quanto accordi conclusi dallo Stato (è da chiedersi se anche accordi siglati da entrambi congiuntamente: sul punto, *infra*). Che, poi, gli accordi chiusi dallo Stato possano esser fatti liberamente ovvero soggiacciono a limiti tanto di contenuto quanto (e, forse, soprattutto, di procedura), in nome dell'autonomia, è un altro discorso, assai complesso, che si tenterà di svolgere nelle sue linee essenziali tra non molto.

D'altro canto, a riprova della eventualità di accordi conclusi dallo Stato sui campi materiali rimessi alla disciplina della Regione, può essere richiamata la formula che assegna in via esclusiva allo Stato stesso, in uno con la disciplina delle sue proprie relazioni internazionali, la determinazione della “politica estera”, i cui effetti possono irradiarsi, come si sa, per qualunque materia. L'immissione degli accordi internazionali stipulati dallo Stato nei campi in tutto o in parte riservati alle Regioni è spianato, infatti, non tanto dalla formula che rimette allo Stato, in modo ugualmente esclusivo, le relazioni internazionali, di cui pure quegli accordi possono dirsi, ad un tempo, fattore di determinazione e manifestazione. Ciò che apre le porte al loro ingresso nei campi regionali è proprio la “politica estera”, che pure – ulteriore testimonianza dell'affollamento delle formule e del loro inscindibile intreccio – è, per un verso, fatta dalle relazioni in parola e, per un altro, ne rende testimonianza: le ispira, ma anche, allo stesso tempo, le costituisce e le esegue.

Infatti, al fine di contenere (fin dove possibile...) le sovrapposizioni delle formule, si potrebbe prospettare delle “relazioni internazionali” dello Stato una lettura minimale, corrispondente e parallela a quella data delle “relazioni internazionali” delle Regioni, ambientata dunque essa pure sul piano istituzionale e delle procedure, vale a dire su quello dei collegamenti (e delle loro forme) di carattere interordinamentale. Invece, la “politica estera” possiede, per sua natura, una duttilità strutturale-funzionale ed una capacità espansiva davvero formidabili: è fatta, insomma, di tante cose, e tra queste vi sono, ovviamente, anche gli accordi, da un lato, e quanto è necessario (sul terreno della normazione come su quello dell'amministrazione) a darvi esecuzione-attuazione, dall'altro.

¹⁴ ... salva la delega regolamentare alle Regioni, di cui al VI comma, nei limiti di ordine generale in cui essa può aversi, e salva pure l'eventuale “specializzazione” dell'autonomia di alcune Regioni, che dovesse aversi con le modalità descritte nell'art. 116, ult. c., e che potrebbe ugualmente portare a riconoscimenti varî di competenza a favore delle Regioni, anche nelle loro proiezioni di diritto esterno, ai quali si riserverà un cenno anche più avanti.

Certo, l'esclusiva spettanza allo Stato della determinazione della "politica estera" (e delle relazioni internazionali) non può (e non deve) portare ad un sistematico schiacciamento ed avvilito dell'autonomia; ed, anzi, fin dove possibile, dovrebbe essa pure, per la sua parte, convertirsi in un veicolo di valorizzazione della stessa (quali, poi, possano essere i modi più adeguati al conseguimento di questo non facile obiettivo si vedrà, per alcuni aspetti, tra breve). Ma, ugualmente certo è che, qui forse più che altrove, può assistersi a continue sovrapposizioni di discipline di varia provenienza, che obbligano a ricercare forme soddisfacenti della loro reciproca composizione.

Vi è di più. Il riconoscimento di alcune "materie" aventi proiezione "trasversale", vale a dire idonee ad attraversare più... materie (in punto di astratto diritto, *qualunque* materia) e, in questo senso, qualificabili come "metamaterie", fornisce ulteriore supporto alla ricostruzione che si va ora facendo. Se le norme statali aventi portata "trasversale" le si chiama (ma, con una evidente improprietà e rozzezza espressiva, di cui tuttavia il primo responsabile è proprio il legislatore di riforma) "materie"¹⁵, se cioè si converte e confonde l'oggetto della disciplina con la disciplina stessa, ed allora torna a riproporsi e ad essere recuperato proprio quel principio del parallelismo tra le competenze che si è appena visto esser, almeno in parte, obbligato a sostanziali, corposi temperamenti. Se, infatti, si considera che è comunque riservata allo Stato la determinazione dei "livelli essenziali" delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali¹⁶, si vede come sia del tutto coerente con siffatto riconoscimento di competenza allo Stato che quest'ultimo si impegni prima e dia attuazione poi agli impegni stessi anche con riferimento alle materie regionali. È pure vero che lo Stato potrebbe assumere impegni in seno alla Comunità internazionale (ed all'Unione europea) non già allo scopo dichiarato di assicurare certi livelli a certi diritti ma che di tutto ciò ci si renda conto solo in sede attuativa, attivandosi quindi unicamente in seno a quest'ultima il riparto prefigurato dalla lett. m) del II comma dell'art. 117. Anzi, proprio questa dovrebbe essere la norma: in un primo momento, lo Stato assume certe obbligazioni in ambito esterno; in un secondo, poi, le traduce in diritto interno, sempre che riconosca la propria competenza al riguardo (nell'esempio dianzi fatto, in quanto sia in gioco la determinazione dei "livelli essenziali" delle prestazioni)¹⁷.

Il discorso è generalizzabile. Anche le Regioni potrebbero dar vita ad accordi per le materie di loro competenza la cui attuazione poi non possa esser per intero realizzata dalle sole Regioni, proprio in ragione delle implicazioni e dei riflessi che potrebbero aversene a carico dei diritti. Nel qual caso, come si vede, la ridefinizione del riparto delle competenze, secondo l'indicazione data dalla lett. m) ora richiamata, verrebbe ad esser sollecitata e messa in moto proprio dall'accordo internazionale fatto dalle Regioni.

La formula sui "livelli essenziali", insomma, può scattare e rendersi operativa per qualunque campo materiale ed agire, appunto, a tutto campo: porsi come la molla che stimola lo Stato ad attivarsi in sede internazionale e a dar vita ad accordi idonei a spiegare effetti anche (e specificamente) nelle materie regionali, così come potrebbe emergere direttamente in occasione dell'attuazione di accordi precedentemente fatti da questo o quell'ente, e per questo o quell'ambito materiale.

Le competenze statali, poi, come si è tentato qui sia pure con molta approssimazione di mostrare, possono ricaricarsi a vicenda, intrecciarsi ovvero sovrapporsi sia tra di loro che rispetto alle competenze regionali: i fili che, alle volte per via sotterranea altre volte alla luce del sole, legano

¹⁵ Efficaci notazioni critiche nei riguardi delle "materie non-materie" sono stati, non molto tempo addietro, svolte da A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *forum di Quad. cost.*, in rete.

¹⁶ ... che, in realtà, come si è venuti dicendo, non costituisce una "materia" a se stante, in senso oggettivo intesa, bensì si pone quale *fine* dell'azione statale e, allo stesso tempo, *limite* per l'azione regionale (ma limite, circolarmente, è per la stessa azione statale, se si conviene che la competenza di cui quest'ultima è espressione si arresta alla soglia, pure non meglio precisata, della "essenzialità").

¹⁷ Ovviamente, non è da escludere che si abbiano controversie interpretative tra Stato e Regioni in ordine alla competenza all'attuazione degli accordi, come sempre in ultima istanza risolvibili dal giudice delle leggi. Ma, è una generale questione, che si rende nondimeno più complessa per l'intreccio che viene a determinarsi tra le competenze stesse in conseguenza dell'attivazione del "potere estero" da parte dello Stato e/o della Regione e le ulteriori ricadute che possono aversene in ambito interno, dagli atti che ne costituiscono esercizio potendo derivare – come si è appena veduto – lo spostamento della linea divisoria dei campi materiali di Stato e Regione.

assieme la “politica estera” o le “relazioni internazionali” dello Stato con la determinazione di condizioni di vita uniformi, per ciò che attiene ai “livelli” delle prestazioni offerte ai diritti, possono essere molteplici, astrattamente imprevedibili, così come continuamente mutevoli ed internamente assai articolati e complessi sono i contesti al cui interno si manifestano interessi bisognosi di esser protetti, non di rado a mezzo di attività poste in essere in spirito di “cooperazione” ed a più livelli istituzionali ed ordinamentali di esperienza.

Dalla prospettiva ora adottata, sembra troppo schematico e – a me pare – votato a sicuro insuccesso il tentativo di fissare un punto fermo, interno o esterno che sia, in vista del riordino del quadro delle competenze, alla luce delle indicazioni poste dalla legge di riforma: far, insomma, dipendere le competenze di diritto interno (strettamente intese) da quelle esterne (*lato sensu*), o viceversa. Ogni forma di irrigidimento teorico si scontra con la mobilità e fluidità delle relazioni tra gli enti, in ambito interno così come in seno alla Comunità internazionale, portate in modi assai varî ad orientarsi e ad assumere un certo assetto a seconda del moto incessante degli interessi, della loro mutevole natura, delle forme ugualmente varie delle loro reciproche combinazioni.

Quando si dice, come ora si dice da parte di una sensibile ed attenta dottrina¹⁸, che le relazioni esterne (e le competenze che su questo piano si esercitano) *fanno* le relazioni interne, sicché espandendosi (o, in via meramente teorica, ritraendosi) a fisarmonica le relazioni dello Stato, se ne avrà la corrispondente espansione (o contrazione) della legislazione di attuazione prodotta dallo Stato stesso, si coglie certamente – ma, a mia opinione, solo in parte – nel vero. Chi può, infatti, negare che debba essere specificamente lo Stato a farsi carico degli interessi unificanti che dovessero specchiarsi in un accordo internazionale ovvero emergere al momento della sua attuazione interna? Eppure, non sempre né necessariamente le cose vanno così. La stessa Costituzione “novellata” mostra di esserne consapevole, dal momento che se, per un verso, dà modo allo Stato di immettersi nei campi regionali allo scopo di fissare i “livelli essenziali” delle prestazioni e, in generale, allo scopo di salvaguardare gli interessi nazionali (e sovranazionali) evocati dalle formule espressive di competenze “trasversali”, per un altro verso, tuttavia, acconsente a che le Regioni diano attuazione ad accordi internazionali dello Stato, sempre che ovviamente ricadenti nei campi materiali alle Regioni stesse assegnati¹⁹: accordi che, dunque, in tesi si fanno portatori di interessi che trascendono la mera dimensione locale, altrimenti lo Stato non avrebbe titolo alla loro conclusione, ma che pure, allo stesso tempo, esprimono interessi alla cui soddisfazione le Regioni possono dare il loro fattivo, necessario concorso.

4. *Gli accordi di diritto internazionale (sia statali che regionali) e la loro possibile incidenza su norme di diritto interno*

Le notazioni da ultimo svolte rendono, per la loro parte, testimonianza dell’intreccio assai fitto che viene a costituirsi tra interessi (e, perciò, tra competenze) in seno ad un quadro soggetto a continuo rifacimento, per la mobilità e fluidità degli elementi che lo compongono²⁰. Se la linea che congiunge e separa allo stesso tempo la sfera delle competenze interne di Stato e Regione si sposta senza sosta in avanti o all’indietro, a seconda del verso assunto e della intensità espressa dalle norme statali di carattere “trasversale” e, in generale, a seconda del moto degli interessi e dei modi della loro combinazione, come non pensare che tutto questo possa avere la sua immediata proiezione sullo stesso piano delle relazioni internazionali? E viceversa: per il modo col quale queste ultime prendono

¹⁸ E. CANNIZZARO, *Gli effetti degli obblighi internazionali e le competenze estere di Stato e Regioni*, in *Le istituzioni del federalismo. Reg. e gov. loc.*, 1/2002, 17 ss.

¹⁹ ... e, persino, dietro delega regolamentare, laddove ricadenti sui campi di esclusiva pertinenza dello Stato.

²⁰ Rende, nel migliore dei modi, l’idea del rinnovamento incessante di sensi cui la legge fondamentale è soggetta, sotto la spinta di varî fattori agenti nell’esperienza sottostante, la rappresentazione teorica che della legge stessa si è data da parte di quanti (e, tra questi, part., A. SPADARO, *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 1998, 341 ss., spec. 416 ss.) hanno fatto notare esser la Costituzione più un *processo* che un *atto*.

corpo e si rinnovano, come non riconoscere la loro capacità di portare a continue ridefinizioni dell'ordine interno delle competenze²¹?

Così stando le cose, ci si avvede che ogni forma di rigido riparto di materie e competenze, oltre a fare a pugni con una realtà attraversata da un dinamismo senza sosta, è rinnegata dallo stesso modello costituzionale, che prefigura la mobilità (e non già la staticità) del riparto stesso.

Si tratta allora di chiedersi quali forme di collegamento interordinamentale risultino essere maggiormente congeniali alle esigenze di un quadro costituzionale e di un'esperienza che vuole ormai abbattuti gli steccati tra gli enti, rimodellandosi incessantemente le linee che delimitano i campi di competenza di questo o quell'ente ed assumendo le linee stesse forme assai varie, come in seno ad un ideale caleidoscopio popolato da elementi di non uguale fattura e complessiva connotazione.

Ancora una volta, occorre, a mia opinione, tenersi alla larga dalla tentazione di ingabbiare in seno a schemi preformati, vecchi o nuovi che siano, le attività di ordine internazionale sia dello Stato che delle Regioni.

Accordi internazionali (in senso largo²²) possono, dunque, aversi da una parte e dall'altra. Il punto è chiedersi quali soluzioni procedurali possano rivelarsi maggiormente appaganti e rispondenti a quel *principium cooperationis* che sta a base delle relazioni intersoggettive, così come costituzionalmente definite.

Dalla prospettiva ora adottata, il riparto delle competenze su basi materiali costituisce unicamente un primo, essenziale punto di riferimento ma appunto non il solo. È chiaro che se lo Stato ha competenza legislativa esclusiva in alcune materie, sulle stesse sicuramente potrà obbligarsi in seno

²¹ ... pur tuttavia entro certi limiti, segnati – come sempre – in applicazione della tecnica della ragionevolezza, non potendosi ammettere che un uso disinvolto o, diciamo pure, arbitrario degli strumenti di regolazione in ambito internazionale, sulla base di una artificiosa ricostruzione della formula che riserva allo Stato la definizione della “politica estera” e la disciplina delle “relazioni internazionali”, porti ad una ugualmente arbitraria compressione dell'autonomia regionale. È vero, nondimeno, che tra l'uno e l'altro campo di esperienza (e l'una e l'altra specie di attività), rispettivamente di diritto interno e di diritto esterno, si danno continue, mutue implicazioni, riflettendosi taluni equilibri (o squilibri...) che dovessero impiantarsi nell'uno in “conseguenziali” equilibri (o squilibri) nell'altro, secondo quanto appunto qui si tenta di mostrare, sia pure per alcuni aspetti soltanto ed a fini limitati.

²² Non riprendo, adesso, la distinzione fatta dall'ultimo comma dell'art. 117, con specifico riguardo ai patti siglati dalle Regioni, tra gli “accordi” propriamente detti e le “intese”, su cui nondimeno tornerò più avanti, dal momento che la loro comune appartenenza ad uno stesso “ordine”, che a mia opinione non può che essere quello internazionale, non è dubitabile, checché se ne pensi da parte di taluno (come A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale*, cit., 225 s., a cui opinione dagli accordi stipulati dalle Regioni non deriverebbero “obblighi internazionali” in senso proprio. In un non dissimile ordine di idee, poi, P. BILANCIA, *Ancora sulle competenze delle Regioni in materia di rapporti internazionali*, in www.federalismi.it. Una posizione più articolata è ora assunta da G. PARODI, in G.F. FERRARI-G. PARODI, *Regioni, diritto comunitario e diritto internazionale*, in AA.VV., *La revisione costituzionale del Titolo V tra nuovo regionalismo e federalismo. Problemi applicativi e linee evolutive*, Seminario di Pavia, 30 novembre 2002, parr. 3.2.1 e 3.2.2 del *paper*, dove si distingue tra gli accordi e le intese, escludendosi la riconducibilità di queste ultime ai trattati). È vero che, al fine di evitarne la sovrapposizione coi patti conclusi dallo Stato, si è fatto notare che gli “accordi” in parola sarebbero ad ogni modo cosa diversa dai *trattati*, la cui confezione andrebbe oltre la sfera di competenza delle Regioni; ma, che tutti gli “accordi” in discorso rientrino nell'ordine internazionale non è, appunto, da porre in dubbio (“veri e propri trattati” li considera R. CAFARI PANICO, *La nuova competenza delle Regioni nei rapporti internazionali*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 3/2002, 1327. Invece, ad avviso di B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli 2002, 85, essi sarebbero privi di rilievo giuridico e presenterebbero una mera natura programmatica, risolvendosi, a conti fatti, in una “mera occasione per l'adozione di atti legislativi o amministrativi da parte delle Regioni”. Tesi, questa, che, per quanto autorevolmente sostenuta, non sembra tuttavia condivisibile: vuoi per la ragione, di ordine generale, per cui anche gli impegni aventi carattere “programmatico” possono ad ogni modo esprimere vincoli, pure di varia intensità, sul piano giuridico e vuoi ancora per il fatto che, a stare alla soluzione patrocinata dal legislatore di attuazione, nei riguardi della quale nondimeno più avanti si manifesteranno serie riserve e perplessità, gli accordi programmatici delle Regioni sono soltanto una delle forme in cui il *treaty-making power* delle Regioni stesse può esprimersi). A rendere ad ogni buon conto testimonianza dell'appartenenza degli accordi regionali all'ordine internazionale (e se non a questo a quale altro ordine, stante la natura non interna della controparte?), più ancora del riferimento contenuto nel III comma dell'art. 117 alle “relazioni internazionali” delle Regioni, su cui ci si è intrattenuti a suo tempo, è il fatto che in seno alla Comunità internazionale scemano di significato i *nomina* coi quali sono contrassegnati i singoli atti e, con essi, le connotazioni (di forma e di effetti) sulla cui base sono invece usualmente caratterizzati gli atti di diritto interno e se ne ha la composizione in sistema, rilevando piuttosto la sostanza espressa dagli accordi (o trattati che siano) e la loro strutturale attitudine a vincolare, in maggiore o minore misura in ragione dei contenuti posseduti, i soggetti ai quali si dirigono.

alla Comunità internazionale. Allo stesso titolo e modo, anche le Regioni – secondo la lettura maggiormente fedele alla lettera dell’ultimo comma dell’art. 117 – parrebbero abilitate a stipulare accordi internazionali per le materie di loro spettanza.

La questione, tuttavia, si presenta assai più complessa di quanto a prima vista non sembri.

Si pensi, ad es., alle vicende di normazione relative alle materie di potestà ripartita. Qui, non è chi non veda come un’attività di negoziazione *direttamente* ed *esclusivamente* condotta dalla Regione potrebbe dar vita, al momento della sua traduzione in norme di diritto interno, a non poche né lievi difficoltà. La Regione, infatti, non ha unicamente nel patto internazionale il punto di riferimento per la propria produzione normativa ma anche nei principi fondamentali delle leggi dello Stato, oltre che negli altri limiti di ordine sia generale che speciale ai quali istituzionalmente soggiace (le norme comunitarie, le norme sui “livelli essenziali”, laddove non coincidenti coi principi fondamentali²³, ecc.): norme e limiti, tutti, suscettibili di interferire, in vario modo e con ugualmente varia intensità, tra di loro²⁴.

Si aggiunga, poi, che, secondo una lettura della formula di cui al I comma dell’art. 117 (pure, a mia opinione, bisognosa di talune, non secondarie precisazioni), gli impegni internazionali in genere, *quale che sia l’ente che li assuma*, esprimono una capacità di vincolo tale da irradiarsi per l’intero ordinamento, asservendo pertanto alla loro osservanza anche enti diversi da quello o quelli che li abbiano contratti²⁵. Per la verità, si fatica non poco a comprendere la ragione per cui un accordo concluso da una Regione debba – come si vorrebbe da parte di questa dottrina – proiettare i propri effetti anche nei confronti di altre, con grave pregiudizio della loro autonomia: a tacer d’altro, il potere contrattuale verrebbe, in tal modo, praticamente svuotato di significato, in conseguenza dell’innaturale competizione che si determinerebbe tra le Regioni, ciascuna sapendo di non potersi discostare dalla linea tracciata da chi è arrivata per prima. Piuttosto, sembra di dover qui recuperare in pieno la “logica” dei “microsistemi” di cui si compone la Repubblica, intesa quale “macrosistema” al cui interno si costituiscono sfere autosufficienti di normazione, ancorché necessariamente legate l’una all’altra e tutte al “tutto” da esse composto dall’opera di unificazione-integrazione assoluta dalle norme statali di principio (per la potestà ripartita), oltre che dalle norme “trasversali” (per ogni potestà): la “colla” – come ho ritenuto altrove di chiamarla²⁶ – sparsa a piene mani e per l’intero ordinamento al fine di preservarne e trasmetterne l’identità²⁷.

²³ Tutto ancora da discutere il rapporto che può venire a crearsi tra i limiti in parola: per un verso, idonei a farsi riportare l’uno nell’altro (i principi fondamentali assumendo in sé e *quodammodo* assorbendo le norme che definiscono i “livelli”), per un altro tuttavia distinguendosi, sia pure in parte, reciprocamente, per il caso che le norme sui “livelli” si affianchino ed aggiungano ai principi fondamentali ovvero ne costituiscano specificazione-attuazione. La qual cosa non può, per un aprioristico orientamento, escludersi ove si ammetta – come a me pare devesi – che la disciplina statale sui “livelli” possa risultare, oltre che da *principi*, anche da *regole*, tutte le volte che siffatta maggiore penetrazione di disposto sia richiesta dal tipo di diritto bisognoso di esser tutelato ovvero dalla finalità perseguita in occasione della produzione giuridica che l’assuma ad oggetto.

²⁴ Il punto sarà ripreso meglio più avanti, al par. 8.

²⁵ A giudizio di alcuni (e, tra questi, part., F. SORRENTINO, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, cit., 1359; L.S. ROSSI, *Gli obblighi internazionali e comunitari nella riforma del titolo V della Costituzione*, in *forum di Quad. cost.*, in rete e, sia pure problematicamente, F. PIZZETTI, *L’evoluzione del sistema italiano fra “prove tecniche di governance” e nuovi elementi unificanti*, cit., 685 ss.; *contra*, ovviamente, quanti, come P. BILANCIA, *Ancora sulle competenze delle Regioni in materia di rapporti internazionali*, cit., negano che gli accordi stipulati dalle Regioni possano impegnare la responsabilità internazionale dello Stato), gli accordi stipulati dalle Regioni vincolerebbero anche altre Regioni e lo stesso Stato, così come quelli conclusi da quest’ultimo, ovviamente, tutti gli enti che compongono la Repubblica. Ma, sulle ragioni che piuttosto consigliano di riflettere criticamente sulla prima parte del discorso, v. quanto subito si dice nel testo.

²⁶ In più luoghi di riflessione scientifica e, tra questi, riassuntivamente, in *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino 2001, 83 ss.

²⁷ Che, poi, l’unificazione-integrazione dell’ordinamento si abbia, oggi particolarmente, anche tramite atti non appartenenti all’ordinamento stesso ma ad esso sovrastanti (internazionali e comunitari), secondo quanto è opportunamente rammentato da una dottrina già richiamata (v., dunque, nuovamente, lo scritto di F. PIZZETTI, cit.), ovviamente, non si nega. Nondimeno, non sembra che, per ciò stesso, sia venuta meno la funzione unificante tipicamente assoluta dalla legge (segnatamente, con le sue norme di principio e con le norme “trasversali” in genere), così come invece ritenuto da una pur sensibile dottrina che tende a ridurre il significato e la portata di siffatta funzione, sicuramente oggi

Se, tuttavia, gli accordi fatti da singole Regioni non rilevano – per la tesi che sento di dover qui patrocinare – al di fuori dei territori per i quali sono stati conclusi (e, dunque, a carico di altre Regioni), potrebbero però esprimere un vincolo, anche particolarmente stringente, sulla normazione statale che, per sua natura, spiega effetti per l'intero territorio nazionale, ora condizionandone l'ulteriore produzione²⁸, ora, per un altro verso, incidendo sulla stessa produzione previgente, che potrebbe considerarsi affetta da invalidità (o, quanto meno, da *inapplicabilità*²⁹) sopravvenuta ove incompatibile con gli accordi stessi³⁰. Per il caso, infatti, che la Regione non si sia ancora dotata di una compiuta disciplina legislativa della materia sulla quale abbia concluso un accordo di diritto esterno reso efficace in seno al “microsistema” regionale, da un lato dovrebbe seguire – secondo la regola – ad essere applicata la disciplina statale, da un altro lato però questa eventualità potrebbe essere ostacolata o resa impossibile dalla circostanza che la stessa si mostri incompatibile col patto internazionale. Ed allora si vede bene come, anche ad escludere che quest'ultimo possieda una generalizzata capacità invalidante (nel senso, appunto, di portare alla caducazione *tout court* della disciplina statale in vigore, con effetti valevoli per l'intero territorio nazionale), ugualmente potrebbe

priva di quella ampiezza di raggio ed intensità prescrittiva che le erano un tempo proprie ma, appunto, non interamente dissoltasi. D'altronde, il processo d'integrazione interordinamentale, per quanto sia indubbiamente assai avanzato, non è ancora giunto a compiuta maturazione; ed è questa la più tangibile e probante testimonianza della coesistenza sugli stessi territori di due “sovranità”, la statale e la sovranazionale, nessuna delle due potendo fare a meno dell'altra al fine di assicurare una piena unificazione delle dinamiche costitutive dell'ordinamento (ulteriori svolgimenti al riguardo possono, volendo, aversi dal mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2001, 544 ss.).

²⁸ La tesi enunciata nel testo può esser tenuta ferma anche a ritenere che, in base alla “logica” dei “microsistemi” sopra richiamata, gli accordi stipulati dalla Regione non interferiscano *de iure* con le norme statali di principio, dal momento che essi possono sicuramente incidere sulle norme statali di dettaglio, sempre che si ritenga che queste ultime possano seguire ad esser poste a corredo dei principi ed in attesa della omologa produzione regionale [il punto, come si sa, è assai controverso tra gli studiosi, mentre l'orientamento sia pur non nitidamente emergente dalle prime pronunzie della giurisprudenza, sia costituzionale che comune, parrebbe essere di segno opposto a quello qui prefigurato: da ultimo, sul punto, M. BELLETTI, *Corte costituzionale e Consiglio di Stato delineano i contorni del nuovo Titolo V*, in *forum di Quad. cost.*, in rete. Adde, peraltro, nello stesso senso, un recente messaggio di rinvio da parte del Capo dello Stato nei riguardi di un progetto di legge in materia di incompatibilità dei consiglieri regionali, criticamente sul quale v., però, il mio *Il Presidente Ciampi e la teoria delle fonti (a margine del rinvio della legge sulle incompatibilità dei consiglieri regionali)*, in *forum* ora cit.]. A prescindere, poi, dai possibili contrasti tra gli accordi in parola e le statuizioni statali di principio, il conflitto potrebbe rivelarsi irriducibile nei riguardi di norme statali aventi carattere “trasversale” ed astrattamente idonee ad essere portate ad immediata applicazione nei territori regionali. Se, poi, a ciò si aggiunge la considerazione che tra queste ultime norme (e, segnatamente, tra quelle che definiscono i “livelli essenziali” delle prestazioni concernenti i diritti) e le norme regionali si dà (*deve darsi*) un flusso ininterrotto di mutua rigenerazione semantica, un *continuum* armonico di disciplina, ci si avvede di quanto estese e rilevanti possano appunto essere le interferenze, per l'uno o per l'altro verso, riscontrabili tra gli accordi internazionali delle Regioni e le norme dello Stato.

²⁹ A spingere fino alle sue estreme e coerenti conseguenze la “logica” della separazione rigida dei “microsistemi” si dovrebbe ragionare della inidoneità degli atti regionali a proiettare i loro effetti in genere (e, dunque, anche quelli invalidanti) al di fuori del “microsistema” di appartenenza. Nondimeno, è chiaro che, ammettendosi in punto di diritto l'applicabilità in via “sussidiaria” di norme statali di dettaglio in sostituzione di norme regionali carenti, la conclusione da parte della Regione di accordi rispetto ai quali la normativa statale risulti incompatibile determinerebbe l'impossibilità dell'ulteriore applicazione di quest'ultima, sempre che – naturalmente – siffatta incompatibilità sia previamente accertata (v., infatti, quanto se ne dice subito di seguito).

³⁰ La questione ora discussa presenta una generale portata: si tratta, infatti, di chiedersi se il vincolo nascente dagli impegni internazionali (e comunitari), in base al disposto del I comma dell'art. 117, operi unicamente *pro futuro* ovvero si rifletta anche per il tempo passato. A favore del primo corno dell'alternativa si è ora dichiarato F. SORRENTINO, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, cit., 1360, con argomenti di cui pure si comprende la *ratio* ma che, per quanto possa apprezzarsene (sul piano della opportunità) il senso complessivo, non sembrano giuridicamente irresistibili. In particolare, non pare conducente il richiamo al principio *tempus regit actum*, dal momento che qui non si discute, in tesi, del modo con cui gli impegni di diritto esterno sono raggiunti bensì della loro sostanziale connotazione e della capacità di vincolo da essa discendente. E, se è vero che col sopraggiungere di un nuovo accordo si ha un mutamento del parametro sostanziale di validità degli atti interni, non si vede come questi ultimi possano sfuggire alla possibile applicazione della sanzione del loro annullamento. Che, poi, proprio da qui possano aversi ulteriori elementi a favore della tesi, che tra un momento si prospetterà, favorevole ad un'adeguata procedimentalizzazione dell'attività di negoziazione degli impegni internazionali è un diverso discorso.

riflettersi a carico della disciplina medesima, per ciò che attiene alla sua possibile applicazione nel territorio della Regione³¹.

È, tuttavia, chiaro che siffatte negative conseguenze non possono essere in alcun modo tollerate; tanto più se si considera che esse potrebbero riprodursi a cascata sulle stesse materie di potestà piena delle Regioni, per i casi d'interferenza tra le clausole degli accordi e le norme statali idonee a coprire le materie stesse (con specifico riguardo, ancora una volta, alle norme sui "livelli essenziali" delle prestazioni relative ai diritti).

5. (Segue): *Tipologia e dinamica degli accordi nel tempo: l'angusta prospettiva di sviluppo delle relazioni pattizie delle Regioni secondo il disegno La Loggia e le aperture invece offerte dalla Carta "novellata"*

Di tutto ciò sembra invero che si sia avuta una qualche, seppur confusa avvertenza in sede di progettazione della disciplina legislativa di attuazione della riforma ma, a parer mio, non con la dovuta, matura consapevolezza, tant'è che si sono apprestate soluzioni, ad un tempo, troppo rigide per un verso, eccessivamente carenti per un altro. Sembra, cioè, aver fatto difetto proprio la ricerca del modo giusto per affrontare i problemi in tutta la loro complessità e gravità, venendo incontro ad un tempo tanto all'esigenza di non esporre lo Stato a responsabilità di diritto esterno, quanto all'esigenza di coniugare e reciprocamente conciliare unità ed autonomia.

Il disegno di legge La Loggia riduce infatti, in buona sostanza³², la capacità contrattuale delle Regioni alla mera attuazione di accordi conclusi dallo Stato³³, tanto per le materie di potestà ripartita

³¹ Si può, invero, discutere se l'inapplicabilità della normativa statale, in circostanze siffatte, discenda automaticamente, *ex lege costituzionali*, ovvero se – come parrebbe – richieda di passare attraverso un previo giudizio di costituzionalità: un giudizio – si faccia caso – che, nella specie, non potrebbe che possedere carattere relativo, caducatorio *limitatamente alla Regione considerata*, e non appunto generale. Si conferma così la tesi, già altrove argomentata con riguardo a profili diversi da quello ora in rilievo [v. il mio *Note minime in tema di "accesso" ai giudizi di costituzionalità (dal punto di vista del rapporto tra Costituzione e politica ed avuto particolare riguardo all'oggetto ed agli effetti delle decisioni della Corte)*, in AA.VV., *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, a cura di A. Anzon - P. Caretti - S. Grassi, Torino 2000, 669 ss.], secondo cui l'annullamento da parte della Corte costituzionale di legge statale impugnata dalla Regione può, almeno in taluni casi, non avere ad oggetto la *norma* in sé e per sé considerata, che perciò cadrebbe con la consueta efficacia *erga omnes*, bensì, *omisso medio*, gli *effetti* della stessa (e, dunque, pure solo *alcuni* di essi), ad esclusivo beneficio del soggetto ricorrente.

³² Oscura la connotazione degli accordi, diversi da quelli di cui ora si dirà, ugualmente previsti dal disegno e, particolarmente, di quelli aventi "natura programmatica", oltre agli altri di "natura tecnico-amministrativa" (per talune anticipazioni critiche, qui nondimeno ulteriormente precisate, v., già, il mio *Note minime, "a prima lettura", a margine del disegno di legge La Loggia*, intervento al Convegno su *Il 'nuovo' ordinamento regionale in Italia: confronti europei (Spagna, Germania e Regno Unito)*, Cosenza 3-4 giugno 2002, i cui *Atti* sono in corso di stampa, nonché in www.federalismi.it). I primi, infatti, proprio per la loro natura "programmatica", parrebbero preludere ad ulteriori accordi, adottati al fine della loro attuazione, che, tuttavia, secondo l'impianto del disegno in parola, dovrebbero comunque attendere la intermediazione degli accordi statali, se è vero che i soli accordi regionali dotati di capacità normativo-prescrittiva sono appunto quelli posti in essere in attuazione di accordi statali. Sennonché, se così fosse, gli uni finirebbero, a conti fatti, col confluire in questi ultimi, i soli idonei ad esser portati ad immediata applicazione. Solo l'esperienza, ad ogni buon conto, potrà gettare un fascio di luce su siffatte, incerte previsioni, suscettibili di assai vario invero.

³³ Impropriamente definiti, tali accordi regionali, come "esecutivi ed applicativi" di accordi statali, laddove il secondo termine – come si sa – rimanda ad attività amministrative (e pratiche in genere), non già normative. Sintomatico, tuttavia, è il suo utilizzo, che per la sua parte denota un orientamento complessivamente volto a non riconoscere carattere "innovativo" (o particolarmente innovativo) agli accordi in parola.

"Un simulacro, uno strumento che può consentire alle Regioni di giocare a fare gli Stati sul teatrino internazionale, ma nulla di più" è stato efficacemente definito [da F. PALERMO, *La (nuova?) disciplina delle attività estere delle Regioni. L'art. 3 DDL "La Loggia"*, in www.federalismi.it] il *treaty-making power* riconosciuto alle Regioni dal disegno qui commentato, con l'aggiunta, però, che – come ora si tenterà di mostrare – non può essere condivisa, secondo cui "non poteva essere altrimenti". Si vedrà, poi, più avanti che, quanto meno con riferimento alle Regioni ad autonomia differenziata (e, segnatamente, alle Regioni di confine), il "potere estero" potrebbe essere sollecitato a forme certamente più consistenti (e congrue rispetto al dettato costituzionale) di quanto (non) s'è fatto ad opera del disegno in parola. Ma, se le osservazioni che si vanno adesso facendo hanno una pur minima attendibilità, anche con riguardo alle Regioni di

(per le quali questo “schema” pure potrebbe avere una sua giustificazione³⁴), quanto però per quelle di potestà piena³⁵. Una soluzione, questa, che parrebbe invero fondata sulla riserva fatta alla legge in ordine alla determinazione dei “casi” e delle “forme” riguardanti l’attività contrattuale delle Regioni e che, tuttavia, meriterebbe di essere discussa alla luce dello stesso quadro costituzionale e, particolarmente, alla luce del bisogno irrinunciabile di coniugare unità ed autonomia portandole entrambe al massimo del loro potenziale espressivo.

Ora, è evidente la *ratio* che sta a base di quest’opzione, che è quella di chiamare gli accordi regionali comunque a succedere rispetto a quelli statali, sì appunto da obbligarli a conformarsi a questi ultimi. Per questa parte, tuttavia, a mio modo di vedere, il meccanismo pensato è troppo ingessato nei suoi movimenti, laddove avrebbe potuto essere reso più agile e funzionale riprendendo ed adattando al caso nostro la stessa “logica” usualmente posta a base delle relazioni tra le leggi di Stato e Regioni relative a materie di potestà ripartita. Nessun ostacolo, invero, a mia opinione si dà a che le Regioni si attivino per prime, ovviamente con le cautele richieste dall’esigenza di non impegnare comunque la “politica estera” dello Stato (ma, a questo fine, ciò che solo importa è che si abbia un’adeguata procedimentalizzazione dell’attività contrattuale delle Regioni, tale da dar modo a queste ultime di autodeterminarsi nel modo migliore, ma pur sempre col necessario controllo da parte degli organi centrali di apparato³⁶). Lo Stato, poi, può sempre sopraggiungere con accordi che dovrebbero connotarsi per una intrinseca duttilità strutturale: dotarsi, insomma, allo stesso modo delle leggi-quadro, di una parte inderogabile e di un’altra invece suscettibile di esser in ogni tempo rimossa da norme regionali, siano o no precedute da accordi fatti dalla Regione stessa e disposte appunto alla attuazione di questi ultimi. La regola, insomma, dovrebbe essere quella della “reciproca cedevolezza” tra gli accordi³⁷, così come si ha (o, dobbiamo forse ormai dire, si aveva...³⁸) tra le leggi di Stato e Regione: nell’ambito dei rapporti intrecciati tra enti appartenenti ad uno stesso ordinamento³⁹ è, infatti, ben possibile che accordi “regionali” possano essere in un momento successivo a quello della

diritto comune e sulla base di una ricostruzione del quadro costituzionale orientata a preservare l’equilibrio assiologico di unità ed autonomia, forse “poteva essere altrimenti”.

³⁴ ... ma, pur sempre, fino ad un certo punto, se si considera che la potestà ripartita dovrebbe, ad ogni buon conto, esser tenuta distinta da una potestà di mera “attuazione”, così come si voleva secondo il vecchio modello costituzionale.

³⁵ Singolare (ed ugualmente indicativa della condizione complessivamente svilita in cui gli accordi regionali versano) è, poi, la circostanza che anche gli accordi che ricadono in ambiti di potestà residuale delle Regioni parrebbero esser, ad ogni modo, tenuti a conformarsi ai “principi fondamentali dettati dalle leggi dello Stato”.

³⁶ Non si trascuri, poi, ad ulteriore garanzia delle posizioni dello Stato che, in sede di vaglio dello schema di accordo che la Regione si appresta a concludere, potrà (e dovrà) verificarsi la conformità dell’accordo stesso non solo rispetto agli impegni internazionali già assunti dallo Stato e, in generale, alla sua “politica estera” ma altresì rispetto ai principi fondamentali delle leggi statali (quanto alle materie di potestà ripartita) e, in genere, a tutti i limiti gravanti sulle leggi regionali. Sta qui, infatti, una delle più rilevanti differenze tra gli accordi fatti, rispettivamente, dalla Regione e dallo Stato: i primi dovendosi mantenere osservanti delle norme di legge statale idonee ad esprimere limiti a carico dell’autonomia; i secondi, di contro, potendo determinare l’illegittimità sopravvenuta delle norme statali in genere (e, per ciò stesso, ovviamente, riflettendosi altresì in un vincolo per l’autonomia, tutte le volte che alle norme previgenti da essi invalidate fosse riconosciuta l’attitudine ad incidere sull’autonomia). È questa, come si vede, una delle conseguenze della logica dei “microsistemi”, di cui qui pure si viene dicendo.

³⁷ V., nuovamente, il mio *Note minime*, “a prima lettura”, a margine del disegno di legge *La Loggia*, cit.

³⁸ Molto discussa, infatti, come si sa, è la possibilità di seguire a fare applicazione di questo schema, dopo la riforma del titolo V; ma, confesso qui, ancora una volta, di non riuscire proprio a vedere in quale altro modo possano essere colmate le non poche, prevedibili carenze di normazione da parte delle Regioni, se non appunto dando modo allo Stato di legiferare (sia pure *ad tempus*) al posto delle Regioni stesse.

³⁹ Va avvertito che la soluzione ora discussa, se può esser messa in atto con riferimento ad accordi (statali e regionali) conclusi con enti esponenziali di uno stesso ordinamento, non può, evidentemente, valere per gli accordi fatti con enti appartenenti ad ordinamenti diversi. Torna, infatti, in tal caso a farsi valere la “logica” della separazione degli ordinamenti, che ad es. impedisce ad un accordo stipulato dallo Stato con altro Stato di prevalere immediatamente (sia pure, ovviamente, attraverso la mediazione dell’atto di esecuzione) su un contrario accordo già fatto da una Regione con uno Stato diverso dal primo ovvero con altri enti ancora. In una evenienza siffatta, nondimeno, potrebbero aversi non lievi problemi di coerenza interna alla legislazione attuativa di tutti gli accordi in parola. Toccherà, dunque, specificamente alla Regione di far luogo alle soluzioni normative maggiormente adeguate alle circostanze, senza contravvenire né al vecchio accordo dalla stessa Regione concluso né al nuovo fatto dallo Stato (se del caso, appunto, opportunamente modificando, alla luce di quest’ultimo accordo, la disciplina adottata in attuazione del primo).

loro conclusione superati da accordi posti in essere direttamente dallo Stato⁴⁰. È vero che – come si dirà tra un momento – siffatto superamento non è detto che avvenga in modo automatico o, sia pure, indolore. Ma, non si trascuri il fatto che gli inconvenienti ora segnalati, che possono aversi in relazione alla dinamica degli accordi nel tempo, ugualmente non sono evitati anche ad accogliere la riduttiva (e parziale) soluzione patrocinata dal disegno La Loggia, che – come s'è detto – spiana la via unicamente ad accordi regionali conseguenti ad accordi dello Stato e meramente attuativi di questi ultimi. L'interferenza dell'una con l'altra specie di accordo (e dell'uno accordo concretamente posto con l'altro), infatti, può aversi comunque, se si considera che un primo patto fatto dallo Stato e quindi svolto (“attuato”) in ambito locale da ulteriori patti regionali può in ogni tempo essere modificato da altro accordo statale, rispetto al quale si porrebbe, dunque, in ogni caso il problema dell'adeguamento degli accordi regionali pregressi.

Ora, l'adeguamento in parola può prendere corpo astrattamente in due soli modi: o direttamente, per mano dello stesso Stato, qualora l'accordo da quest'ultimo concluso contenga (sia pure a titolo precario) clausole di dettaglio, comunque idonee a prendere subito il posto delle contrarie clausole stabilite dalla Regione, ovvero indirettamente, sollecitandosi la Regione stessa ad attivarsi allo scopo di aggiornare gli accordi precedentemente conclusi, per la parte in cui non dovessero pienamente armonizzarsi col patto statale sopravveniente. In generale, mi parrebbe maggiormente adeguato alle esigenze di promozione dell'autonomia un esito che veda gli accordi fatti dallo Stato ed incidenti sulle materie regionali conformarsi – come si diceva – quali meri “accordi-quadro”, coi quali pertanto lo Stato si limiti ad obbligarsi unicamente quanto agli obiettivi ma si rimetta in ordine ai mezzi da apprestare per il loro conseguimento alle determinazioni specificamente poste in essere dalle Regioni (e solo “sussidiariamente”, eccezionalmente dallo Stato stesso⁴¹). Accordi-quadro che, quanto meno laddove ricadenti su materie di potestà ripartita⁴², dovrebbero – come si viene dicendo – venire alla luce col concorso delle Regioni, dal momento che la stessa definizione dei principi delle leggi statali che ne traducono le clausole in diritto interno non potrebbe che aversi attraverso il passaggio obbligato della Commissione “integrata” (e, dunque, con l'attiva partecipazione, oltre che delle Regioni, delle restanti autonomie territoriali).

D'altro canto, non avrebbe alcun senso distinguere tra la *perfezione* dell'accordo statale (e, di riflesso, della legge che vi dà esecuzione), che – in via di mera ipotesi – potrebbe aversi senza il “concorso” delle Regioni, e la sua *attuazione* in ambito interno che, con specifico riguardo alle materie di potestà ripartita, richiederebbe comunque di prendere corpo attraverso siffatta partecipazione. Se i “principi fondamentali” che specificano concettualmente e danno il primo svolgimento interno ad un atto (qui, l'accordo siglato dallo Stato) esprimono di quest'ultimo proprio la essenza e ne danno la complessiva, sintetica rappresentazione, sarebbe incongruo, meramente coreografico o simbolico, riconoscere la necessità di un “concorso” alla definizione dei primi

⁴⁰ ... tanto più se la loro messa a punto dovesse aversi, come qui si sollecita, col fattivo concorso delle stesse Regioni (ma v., sul punto, *amplius infra*).

⁴¹ Non vedrei nulla di male o di strano nella eventuale prefigurazione di un termine (ovviamente fissato in modo ragionevole, a seconda degli impegni bisognosi di adempimento), scaduto il quale lo Stato proceda direttamente alla realizzazione degli scopi stabiliti nell'accordo, conformando tuttavia siffatta attività a “leale cooperazione” (e, dunque, facendo partecipare variamente alla sua messa in atto le stesse Regioni).

⁴² Paradossale ed evidentemente stonato, tuttavia, sarebbe l'esito ricostruttivo che, mentre dà modo – come subito si dirà – alle Regioni di concorrere alla formazione di accordi ricadenti negli ambiti di potestà concorrente, non dovesse offrire loro la stessa *chance* con riguardo alle materie di potestà piena. Eppure, quest'aporia di costruzione si dovrebbe al fatto che è stata prevista (e garantita) la partecipazione regionale alla confezione delle sole leggi-quadro statali (art. 11 della legge di riforma), non pure per ciò che concerne la confezione delle leggi statali contenenti norme “trasversali”, quali quelle relative ai “livelli” delle prestazioni offerte ai diritti, per il caso che le norme stesse ricadano su materie “residuali”. Nondimeno, l'aporia stessa può, volendo, essere superata dalla disciplina, in via di allestimento, con la quale si darà attuazione all'art. 11, cit., per quanto invero non sia affatto semplice stabilire dei criteri sufficientemente solidi e suscettibili di non eccessivamente incerte e difformi applicazioni, coi quali riconoscere le leggi in cantiere espressive delle norme “trasversali” suddette. Che, tuttavia, si tratti di una soluzione di ripiego è testimoniato dal fatto che le norme dei regolamenti camerati – come si sa – non sono dalla giurisprudenza riconosciute idonee a rilevare né quali parametri né quali oggetti del controllo di costituzionalità sulle leggi, laddove la disciplina con legge ordinaria può sempre essere superata da una sopravveniente, contraria disciplina data a mezzo della stessa fonte.

nondimeno non preceduto da alcuna forma di “concorso” alla definizione della “sostanza” da essi tradotta in norme di diritto interno⁴³.

Un ulteriore fattore di rigidità dell’impianto prefigurato dal disegno La Loggia si ha, poi, con riguardo alla tipizzazione degli accordi (in senso lato) conclusi dalla Regione, per la parte in cui si riserva alle “intese” con enti non statali la messa a punto di quelle che usualmente sono chiamate le attività promozionali e le attività di mero rilievo internazionale, agli “accordi” (propriamente detti) essenzialmente l’attuazione degli accordi statali⁴⁴.

Per un verso, infatti, le intese non necessariamente dovrebbero restare circoscritte alle sole attività suddette, che anzi potrebbero alle volte costituire non già il loro *fine* (e *confine*...) bensì il *mezzo* o il *presupposto* per fini ancora più ambiziosi proficuamente perseguibili, nel rispetto delle competenze costituzionalmente riconosciute alle Regioni (e, dal punto di vista dell’ordinamento cui appartiene la controparte, degli enti di uguale livello).

Per un altro verso, poi, gli accordi fatti con lo Stato, potrebbero essi pure, per la tesi qui patrocinata, darsi obiettivi diversi da quello della mera attuazione di... obiettivi già in altri accordi che li precedano e determinino fissati. E il vero è che quali appunto possano essere i fini degli uni e degli altri accordi dovrebbe principalmente, se non pure esclusivamente, dipendere proprio dalle capacità espressive di ordine funzionale di cui gli enti sono dotati. È chiaro che quando la Regione intrattiene relazioni con altra “Regione” (o ente assimilato) sa di poter dare un certo raggio alla propria azione, diverso dalla lunghezza di quello che si ha in occasione dei patti conclusi con Stati esteri⁴⁵. Sono, insomma, le competenze, rispettivamente proprie degli Stati e degli altri enti, a dare un senso complessivo, pure vario a seconda delle materie e delle circostanze, alla attività contrattuali di diritto esterno.

Dalla prospettiva ora adottata, si vede dunque come la soluzione preferita dal disegno La Loggia irrigidisca taluni moduli operativi che potrebbero invece essere dotati di maggiore flessibilità sia strutturale che funzionale (per ciò che attiene alla natura ed alla tipologia degli accordi, nonché alla loro dinamica nel tempo) e così sollecitati, a seconda degli ambiti d’intervento e delle circostanze, a sempre più intense forme di “cooperazione” e, per ciò pure, ad ugualmente crescenti acquisizioni a favore dell’autonomia. Ciò che solo, secondo il quadro costituzionale, parrebbe importare è che la Regione si mantenga all’interno dei confini dei campi materiali ad esse assegnati, restando quindi determinata la forma dell’atto internazionale (“accordo” ovvero “intesa”) unicamente dalla natura dell’ente contraente (rispettivamente, Stato o altro ente). Tuttavia, non può appunto escludersi che la forma “sbagliata”, nel rapporto con la controparte, possa determinare una chiamata a responsabilità per inadempimento di accordi (in senso lato) che la controparte stessa consideri intangibili (ad es., in quanto nell’ordinamento cui questa appartiene si abbia una rigida separazione delle competenze tra Stato ed enti autonomi)⁴⁶. Una chiamata a responsabilità, questa, che, attraverso il generale rinvio agli

⁴³ Di un “concorso” tra gli enti discorre anche E. CANNIZZARO, *Gli effetti degli obblighi internazionali e le competenze estere di Stato e Regioni*, cit., 22 ss., ma con specifico riguardo all’esercizio del *treaty-making power* da parte delle Regioni, laddove qui esso è veduto a tutto campo ed, anzi, particolarmente nelle sue applicazioni all’attività contrattuale dello Stato stesso: dunque, da una prospettiva e in un contesto concettuale non poco distanti da quelli che connotano la riflessione di questa dottrina, secondo quanto, peraltro, si vedrà ancora meglio tra non molto.

⁴⁴ Il punto sarà ripreso, per profili diversi, anche più avanti, al par. 10; se ne discorre ora unicamente al fine di mostrare a quali inconvenienti possano condurre soluzioni organizzative, quali quelle ora prefigurate dal disegno La Loggia, se ispirate ad una “logica” sistemica comunque inidonea a conciliare adeguatamente unità ed autonomia.

⁴⁵ ... diverso e però, addirittura, idoneo a proiettarsi in ambiti ancora più estesi, per il caso che la cooperazione “interregionale” (nel senso, qui rilevante, di interordinamentale) possa appunto applicarsi a campi di maggior ampiezza di quelli su cui può intervenire lo stesso Stato. La qual cosa, com’è chiaro, dipende da previsioni sia della nostra che di altra Costituzione. Il disposto sugli accordi internazionali delle Regioni, insomma, per il modo “aperto” della sua formulazione potrebbe portare – per strano che possa apparire – a fare proprio delle “intese”, più che degli “accordi” strettamente intesi, lo strumento privilegiato della “cooperazione” internazionale, conformemente al ruolo complessivo al quale le Regioni sono chiamate dall’ordinamento di appartenenza, vale a dire al patrimonio funzionale di cui complessivamente dispongono.

⁴⁶ Questa evenienza specificamente può aversi con riguardo al caso che la Regione, dopo aver siglato un accordo con lo Stato estero, vi deroghi a mezzo di un’intesa con ente appartenente allo stesso ordinamento dello Stato in parola: nel qual caso, appunto, il primo potrebbe chiamare a responsabilità la Regione (*rectius*, lo Stato) per inadempimento.

impegni internazionali contenuto nel I comma dell'art. 117, si rifletterebbe anche nel nostro ordinamento costituzionale.

La Regione deve – com'è chiaro – “prendere sul serio” i patti conclusi, “accordi” o “intese” che siano, ove si convenga che nessuna scala di priorità assiomaticamente prestabilita si dà (o, meglio, per Costituzione, si *dovrebbe* dare) tra i moduli pattizi in parola, idonei a comporsi in unità secondo criteri ordinatori di gerarchia o di competenza o, ancora, di integrazione, in base alle indicazioni risultanti dai singoli ordinamenti costituzionali. Ma, “sul serio” vanno, naturalmente, presi anche gli accordi fatti dallo Stato per le materie regionali: pienamente rispettati, dunque, sia dallo Stato stesso che dalle Regioni, anche in modo incrociato. Ed allora ci si avvede come l'affollamento degli strumenti e dei moduli pattizi su uno stesso campo materiale potrebbe dar vita ad intrecci inestricabili qualora non dovesse farsi luogo ad un'adeguata disciplina della “circolazione” degli strumenti in parola, idonea al conseguimento del duplice scopo del costante mantenimento dell'equilibrio nel riparto delle competenze tra Stato e Regioni da un lato, e del rispetto degli impegni internazionali dall'altro.

6. (Segue): *Alla ricerca di moduli “integrati” di composizione della dinamica contrattuale*

Si torna così alla partenza del ragionamento svolto; e si ha conferma del fatto che le competenze di Stato e Regione possono essere preservate nel migliore dei modi se avviate e fatte confluire, nelle loro concrete manifestazioni, lungo processi decisionali in seno ai quali gli atti adottati in esercizio delle stesse siano chiamati non già puramente e semplicemente a *succedersi* (più o meno accidentalmente) l'uno all'altro, bensì ad *integrarsi*, componendosi dinamicamente in unità all'interno di serie procedimentali alle quali gli enti in parola *simultaneamente* partecipino, con diversità di ruoli ma uguale dignità di posizione costituzionalmente protetta⁴⁷.

Il punto è allora proprio quello di stabilire quali misure debbano essere predisposte al fine di assicurare il “concorso” di Stato e Regioni nello svolgimento delle relazioni internazionali: su di che non sembra, invero, che in seno alla progettazione costituzionale ed a quella pensata per darvi attuazione si sia avuto uno sforzo di elaborazione adeguato.

Ora, come strutturare i procedimenti attraverso i quali può realizzarsi l'integrazione delle competenze in ambito interno, specificamente nella fase ascendente di un processo decisionale che è quindi naturalmente portato a proiettarsi ed a perfezionarsi fuori dell'ambito stesso, è una questione, di politica costituzionale, che supera i ristretti confini di questa riflessione. Cionondimeno, qualcosa, in una sede, quale questa, in cui ci si limita a svolgere talune notazioni di ordine metodico-ricostruttivo, può esser ugualmente detta. Per quanto, infatti, l'ultima parola al riguardo spetti, come sempre, al legislatore statale, chiamato a porre le norme sulle procedure, non va trascurato il fatto che, per un verso, il senso complessivo di queste ultime deve nondimeno conformarsi ai principi di struttura costituzionalmente stabiliti e non può dunque dar luogo ad effetti lesivi dell'autonomia; per un altro verso, poi, l'elaborazione delle norme in parola richiede di esser fatta, essa per prima, con

Improbabile, invece, seppur astrattamente non impossibile, l'inverso: che la chiamata a responsabilità consegua alla stipula di un accordo derogatorio di intesa ad esso precedente. Proprio per parare il rischio di conflitti siffatti, tuttavia, si rende necessario far luogo ad un'adeguata procedimentalizzazione delle attività contrattuali, in seno alla quale lo Stato sia messo in grado di vigilare circa la coerenza reciproca degli accordi, ferma ovviamente restando la possibilità del loro rinnovo nelle forme ed alle condizioni stabilite in seno alla Comunità internazionale.

⁴⁷ Di una “collaborazione paritaria” tra gli enti discorre ora, in termini generali e sia pure all'interno di un ordine concettuale non poco distante da quello da me preferito, anche L. TORCHIA, nel suo *Editoriale* al n. 4 del 2002 de *Le Regioni*, dal titolo “*Concorso*” fra Stato e Regione dopo la riforma del Titolo V: dalla collaborazione unilaterale alla collaborazione paritaria, 647 ss.

quel metodo “partecipato”⁴⁸ e paritario di cui si ha una pur labile (ed invero complessivamente non appagante) traccia nell’art. 11 della legge di riforma⁴⁹.

Dunque, proprio attraverso la fattiva partecipazione delle Regioni (e delle autonomie in genere) alla elaborazione delle leggi statali sulle procedure (e per il carattere di “metanorme” posseduto dagli enunciati in esse contenuti), può porsi, almeno in parte, riparo alla “lacuna di costruzione” lasciata scoperta dalla legge di riforma, nella parte in cui (art. 117, V c.) non prevede espressamente il “concorso” delle Regioni (e delle altre autonomie) alla confezione degli accordi internazionali dello Stato, “concorso” che è invece prefigurato con riguardo alla formazione degli atti dell’Unione europea. Lacuna che, ovviamente, bene avrebbe fatto la riforma a non esibire e bene, comunque, si farebbe a correggerla al più presto con le stesse forme costituzionali, dal momento che, in tal modo, il “concorso” stesso verrebbe ad esser dotato delle più solide garanzie. Nondimeno, per l’istante, può porvi, nei limiti suoi propri, riparo la disciplina statale sulle procedure, specie se quest’ultima dovesse presentare – come sento qui di dover consigliare – carattere unitario, “organico”, racchiudendo in sé altresì le regole relative alla nascita degli accordi internazionali dello Stato ed alle modalità della loro attuazione⁵⁰, unitamente alle regole concernenti la confezione degli accordi conclusi dalla Regione, nonché le ulteriori regole relative alle “relazioni internazionali” in genere della Regione stessa, nell’accezione “istituzionale” o procedimentale che qui si è ritenuto di darne: regole, queste ultime specificamente, alla cui messa a punto le autonomie territoriali sono espressamente chiamate a dare il loro apporto nella sede e con le forme di cui all’art. 11 della legge di revisione.

Quel che, ad ogni buon conto, va tenuto fermo è il principio secondo cui v’è (*deve* esservi) un duplice “concorso” di Stato e Regione, seppur realizzato in forme diverse, congrue con la funzione istituzionale propria di ciascun ente, un “concorso” *perfettamente ambiverso*: da parte della Regione alla confezione della disciplina di principio adottata dallo Stato in funzione servente rispetto agli accordi dallo Stato stesso conclusi sulle materie regionali, e da parte dello Stato alla messa a punto degli accordi fatti dalla Regione, che, come si è già avuto modo di accennare, richiedono di esser previamente sottoposti al controllo dell’apparato centrale, se non altro al fine della verifica della loro compatibilità con la “politica estera”. La qual cosa, nondimeno, non può assumere il senso, che invece parrebbe avere secondo il “modello” La Loggia, di una sostanziale compartecipazione (addirittura, forse, in modo dominante...) dello Stato alla scrittura degli accordi (che invece dovrebbero essere propriamente ed esclusivamente) regionali. Piuttosto, allo Stato può (e deve) essere riconosciuto un potere di controllo in senso proprio, quale dunque si esprime in un motivato rinvio dell’accordo regionale *in fieri* alla Regione perché ne ridiscuta le clausole non compatibili con la “politica estera” dello Stato e, in genere, non rispettose dei limiti derivanti dal riparto costituzionale delle competenze, così come fissato nell’art. 117 cost. Ovviamente, nei casi più gravi può pure aversi il rigetto secco dello schema di accordo, sempre che adeguatamente motivato e, comunque, soggetto ad eventuale

⁴⁸ Non si trascuri, tuttavia, il rischio sotteso alla singolare (e pressoché unanimemente) deprecata previsione, ora presente nel disegno la Loggia, che vorrebbe operata la “ricognizione” dei principi fondamentali relativi alle materie di potestà ripartita attraverso decreti legislativi (una soluzione, questa, in via generale giudicata “aberrante” da A. D’ATENA, *Legislazione concorrente, principi impliciti e delega per la formulazione dei principi fondamentali*, in *forum di Quad. cost.*, in rete, e, in termini sostanzialmente non dissimili, da G. DI COSIMO, *Buchi e toppe*, pure *ivi*, ed invece difesa da B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino 2002, 91 s.): con il che anche i principi in materia di “relazioni internazionali” delle Regioni potrebbero essere “razionalizzati” a mezzo di strumenti siffatti di produzione venuti alla luce al di fuori del concorso delle Regioni stesse (e delle autonomie in genere) alla loro confezione.

⁴⁹ Ad onor del vero, il concorso paritario di Stato e Regione (e autonomie in genere) alla composizione della Commissione “integrata” e, soprattutto, nei processi decisionali che in essa prendono corpo non è garantito dall’art. 11 in parola. Si vedrà, nondimeno, se la disciplina attuativa coglierà appieno e svolgerà adeguatamente l’indicazione metodico-assiologica che viene dagli artt. 5 e 114 cost., nella parte in cui imprimono un fermo indirizzo volto alla promozione dell’autonomia ed alla ricostruzione della Repubblica *dal basso*.

⁵⁰ Per quanto la Carta “novellata” sembri richiedere unicamente una regolamentazione sulle procedure relative all’esercizio del “potere estero” (in senso lato) delle Regioni, in realtà una nuova disciplina sulla formazione degli accordi internazionali in genere (anche di quelli conclusi dallo Stato, dunque), coerente con la riconformazione della struttura della Repubblica, si impone, per le ragioni che si vanno ora esponendo.

ricorso per conflitto davanti alla Corte: né più né meno, insomma, di ciò che ordinariamente si ha con riguardo ai casi in cui lo Stato non si uniformi al canone di “leale cooperazione”. Ovviamente, può pensarsi anche a soluzioni procedimentali diverse, purché – beninteso – si mantengano sempre nel “giusto mezzo” tra unità ed autonomia, non facendo pertanto luogo ad una squilibrata composizione di ordine assiologico, quale quella che si avrebbe a conformare gli accordi regionali quali atti sostanzialmente “complessi”.

Quel che, ad ogni buon conto, va tenuto fermo è che il carattere – come dire? – “ascensionale” esibito dal moto prefigurato dalla Carta per lo svolgimento delle relazioni intersoggettive in genere (e, segnatamente, di quelle tra Stato e Regioni), che porta le Regioni a partecipare alla confezione delle leggi dello Stato (sia pure soltanto di quelle che insistono sui campi di potestà ripartita)⁵¹, non pure lo Stato farsi “colegislatore” delle Regioni. È insomma l’idea (o, meglio, il *valore*) di una Repubblica che, come si diceva, si fa ed incessantemente si rinnova *dal basso*; e, perché ciò avvenga, come da tempo mi affanno a dire, occorre non tanto decentrare funzioni alla periferia bensì portare la periferia nel centro.

Dunque, una “filosofia”, quella che emerge dal “sistema” delle norme di cui agli artt. 5, 114 cost. e 11 della legge di riforma, per l’aspetto ora considerato, esattamente rovesciata rispetto a quella che è invece rappresentata dal disegno La Loggia che, mentre non fa menzione del “concorso” delle Regioni alla definizione degli accordi statali (e, perciò, delle leggi statali di principio che vi danno esecuzione-attuazione), conforma come sostanzialmente “mista” o “complessa” l’attività contrattuale delle Regioni, peraltro appiattita e svilita alla mera “attuazione” degli accordi statali⁵².

Si può, forse, dire ancora di più: che proprio per il fatto che le “relazioni internazionali” in genere dello Stato non possono, se non in modo artificiale, essere rigidamente separate al proprio interno, distinguendosi quelle che ricadono negli ambiti materiali delle Regioni dalle altre che vi fuoriescono, esse non si sottraggono, così come – a mia opinione – non si sottrae la stessa “politica estera” nel suo insieme, alla logica “ascensionale”, di cui si è appena detto, per il fatto che quest’ultima esprime un principio di struttura dell’ordinamento, un suo modo di essere, un metodo generale di azione. Certo, vi sono talune peculiari esigenze comunque bisognose di esser, in questo campo di esperienza, salvaguardate e che consentono alla partecipazione *dal basso* di distendersi solo fino ad un certo punto, e non oltre. Ma, quanto meno laddove le relazioni e la politica suddette abbiano, poi, ricadute immediate sulla sfera dell’autonomia (il che è, appunto, la regola) non sembra dubbio che la loro definizione non possa prendere forma nel circolo “chiuso” entro cui si svolgono le dinamiche dell’apparato statale ma debba piuttosto aprirsi, ed aprirsi nel modo più ampio, alla “cooperazione” di *tutte* le istituzioni che fanno la “Repubblica”.

7. La partecipazione, nella “Repubblica delle autonomie”, degli enti locali e dei privati alla formazione degli accordi ed alle “relazioni internazionali” in genere (cenni)

Da questa prospettiva, che vede “integrate”, nel senso appena detto, le competenze di Stato e Regione e sostanzialmente “partecipata” la produzione statale, si ha peraltro modo di apprezzare il ruolo riconoscibile agli enti territoriali minori in occasione della costituzione dei vincoli di diritto esterno.

⁵¹ Come si è accennato, è una grave, rilevata lacuna quella secondo cui non è espressamente prevista (ma, naturalmente, non vietata...) la partecipazione delle Regioni (e delle restanti autonomie) alla formazione degli atti in genere dello Stato comunque idonei a riflettersi immediatamente sul patrimonio funzionale degli enti suddetti: si pensi, ad es., alle leggi che definiscono le “funzioni fondamentali” degli enti locali o, nuovamente, alle leggi che determinano i “livelli essenziali” delle prestazioni concernenti i diritti, per la parte in cui si riferiscono a materie di potestà residuale dello Stato.

⁵² Di un “occhiuto sistema di controllo preventivo”, esercitato dallo Stato nei confronti delle manifestazioni del *treaty-making power* regionale, discorre ora efficacemente R. CAFARI PANICO, *La nuova competenza delle Regioni nei rapporti internazionali*, cit., 1333.

A dire il vero, di “relazioni internazionali” di tali enti nella Costituzione “novellata” espressamente non si parla. La qual cosa non ha, tuttavia, fatto d’ostacolo alla prospettazione di una tesi favorevole al riconoscimento di un’attività normativa posta in essere dagli enti stessi al fine di dar attuazione agli impegni internazionali assunti da Stato e Regioni⁵³. La tesi è, invero, appena accennata e non compiutamente svolta; e, peraltro, muove da un assunto solo in parte condivisibile, quello della natura sostanzialmente “primaria” della produzione regolamentare degli enti locali, alla luce dell’innovazione apportata dal VI comma dell’art. 117⁵⁴.

La questione è, però, assai più complessa di quanto pure a prima impressione non sembri.

Per un verso, la necessità di un coinvolgimento delle autonomie minori non può esser messa in dubbio, sol che si pensi che il *principium cooperationis* resterebbe monco ed anzi portato a distorsive o riduttive applicazioni se dovesse prendere corpo senza la sostanziale presenza degli enti in parola nei luoghi istituzionali dove sono assunte talune decisioni idonee a riverberarsi sull’intero ordinamento e, dunque, anche a carico delle autonomie stesse (obbligato, ancora una volta, il riferimento alla Commissione “integrata”; ma altri riferimenti in tal senso potrebbero essere adottati, anche con riguardo ad organi privi di riscontro costituzionale, quale la Conferenza Stato-Regioni-Città).

Per un altro verso, poi, è ormai provato che la normazione senza l’amministrazione rimane lettera morta; e la seconda, com’è assai noto, è, in via di principio, consegnata in mano agli enti più vicini al cittadino, i Comuni. Immaginare, dunque, che possano essere assunti impegni di diritto esterno, per il cui pieno adempimento si renda comunque necessario il passaggio dagli enti locali, facendo a meno del concorso di questi ultimi alla loro formazione sarebbe obiettivamente irragionevole. E il vero è che il senso più genuino, autenticamente espressivo dell’autonomia, è dato non tanto dalle “relazioni internazionali” degli enti minori che prendono forma attraverso l’attuazione da essi data in via normativa ed amministrativa ad accordi da altri conclusi, quanto dalle “relazioni” impiantate in fase ascendente, in sedi sia statali che regionali la cui strutturazione è peraltro ancora tutta da inventare (penso, ora, soprattutto, oltre che alla Commissione “integrata”, specificamente al *Consiglio delle autonomie locali*, istituito presso le Regioni; ma altre sedi ancora potranno essere allo scopo allestite, soprattutto lungo l’asse che collega gli esecutivi, per tradizione specificamente competenti alla conclusione degli accordi internazionali).

Se si conviene sulla necessità di un coinvolgimento degli enti locali nelle “relazioni internazionali”, presentandosi la Repubblica, anche nei processi produttivi aperti alla Comunità internazionale (ed alla Comunità/Unione europea), quale organizzazione internamente composita e connotata da un moto “ascendente”, ebbene dovrà pertanto porsi mano ad una proceduralizzazione delle relazioni in parola che tenga conto di questo bisogno e che sappia darvi la più adeguata soddisfazione. Ci si avvede, allora, di quanto complessa e fitta possa (e debba) effettivamente essere la trama procedurale, nella sua riconosciuta capacità di distensione ai vari livelli istituzionali e di coinvolgimento, sia pure in diversa misura e con parimenti diversa responsabilità, di tutti i soggetti nei quali si articola la Repubblica.

Per strano che possa dunque sembrare, *nessun* soggetto può essere assiomaticamente escluso da siffatta partecipazione: le stesse autonomie private, che la Carta “novellata” vuole “favorite” nell’esercizio di attività istituzionalmente proprie degli enti territoriali⁵⁵, potrebbero essere sollecitate

⁵³ V., part., G. DI GENIO, *Regolamenti di autonomia locale e fonti di diritto europeo nella legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *forum di Quad. cost.*, in rete.

⁵⁴ Che, in realtà, si tratti di un’esagerata dilatazione teorica di un nucleo di verità pure deducibile dal quadro costituzionale si è tentato di mostrare in altri luoghi di riflessione scientifica (e, tra questi, riassuntivamente in *Fonti, norme, criteri ordinatori*, cit., 97 ss.). A riguardo della potestà normativa degli enti locali, dopo la riforma, v., ora, il confronto di idee risultante dai contributi di autori vari al Convegno su *La funzione normativa di Comuni, Province e Città nel nuovo sistema costituzionale*, Trapani 3-4 maggio 2002, a cura di A. Piraino, Palermo 2002 (*ivi*, nella introduzione dello stesso curatore, è una decisa affermazione della tesi della primarietà delle fonti locali, nella quale lo stesso A. PIRAINO, peraltro, da tempo si riconosce).

⁵⁵ Sulla sussidiarietà orizzontale, tra i molti altri che ne hanno variamente discusso, v., part., A. POGGI, *Le autonomie funzionali «tra» sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano 2001; F. PIZZOLATO, *Il principio di*

a concorrere alla formazione di atti idonei a riflettersi quindi sul loro patrimonio funzionale, con specifico riguardo ai casi in cui gli accordi (particolarmente, quelli conclusi dalle Regioni) presentino degli obiettivi per il cui conseguimento l'attività svolta dai privati è, in maggiore o minor grado, considerata indispensabile.

È chiaro che un sovraccarico di previsioni potrebbe dar luogo ad un appesantimento o ad un eccessivo irrigidimento dei processi decisionali, come tale palesemente nocivo per la funzionalità degli stessi; sicché, oltre una certa misura, non ci si può né deve spingere. Nondimeno, occorre prendere consapevolezza del fatto che la rete che collega i pubblici poteri, così come questi ultimi coi privati, è talmente estesa ed internamente composita da non tollerare aprioristiche esclusioni. La stessa “politica estera”, di cui pure è giusto che lo Stato porti per intero (ed esclusivamente) la responsabilità, viene naturalmente a comporsi, per la ricostruzione qui proposta, attraverso un “gioco” di relazioni intersoggettive al quale tutti gli enti di cui si compone la Repubblica sono chiamati a partecipare: si forma, insomma, essa pure *dal basso* e, comunque, deve di necessità mostrarsi sensibile alle istanze di cui gli enti locali si fanno istituzionalmente portatori.

8. Di alcuni pregiudizi metodico-dogmatici (in ispecie, in ordine al significato del limite degli obblighi internazionali, di cui al I comma dell'art. 117), nonché della complessa questione concernente i possibili conflitti tra norme comunitarie e norme internazionali

La riforma del titolo V, come si vede dalle scarse ed approssimative notazioni appena svolte, obbliga ad un complessivo ripensamento degli schemi teorici d'inquadramento e delle strutture e procedimenti che essi hanno ad oggetto, siccome elaborati in un contesto ancora fortemente dominato dall'idea che quella dello Stato nel campo delle “relazioni internazionali” (latamente intese) costituisca (e debba assiomaticamente costituire) una presenza assorbente ed esclusivizzante. Gli stessi rapporti tra gli organi della direzione politica, come si accennerà tra un momento, sono profondamente “impressionati” dal modo con cui è ora riconformata, nelle sue strutture elementari costitutive, la Repubblica ed obbligati, pertanto, ad assoggettare i metodi della loro azione ad una complessiva, profonda revisione. Quel che è certo – perlomeno così a me pare – è che le leggi statali sulle procedure e gli atti in genere adottati per dare attuazione al nuovo quadro costituzionale non possono assumersi come idonei a dotarsi di contenuti – come dire? – “neutri” bensì sono vigorosamente, assiologicamente orientati verso quella ricostruzione della Repubblica *dal basso* sulla quale la riforma ha appunto inteso far poggiare le dinamiche complessive dell'ordinamento. Duole, invece, constatare che molte espressioni linguistiche ora iscritte nella Carta “novellata”, per quanto invero suscettibili di essere variamente intese e disponibili a forme ugualmente varie d'inveramento, conformemente alla loro natura strutturalmente “aperta” all'esperienza, sono da parte di molti viste alla luce di vecchi (e, invero, ancora oggi solidi) assetti istituzionali, anziché nella consapevolezza della necessità del loro corposo rifacimento nel senso indicato dalla riforma. V'è, insomma, un *habitus* mentale tendenzialmente “giustificazionista” o, come che sia, naturalmente portato a leggere i nuovi enunciati dal punto di vista delle passate esperienze piuttosto che da quello delle nuove, sollecitate ad impiantarsi dalla Carta “novellata”.

Ci si intenda. Che tutto questo possa, perlomeno con riguardo ad alcuni campi, comprendersi alla luce dell'esigenza di assicurare una indolore transizione dal vecchio al nuovo impianto, quanto più possibile appunto nel segno della continuità, è innegabile e (fino ad un certo punto) apprezzabile. D'altronde, non tutto quanto c'era prima merita, ovviamente, di esser bruscamente rimosso e senza rimpianti abbandonato sol perché appunto venuto in essere in un contesto costituzionale ormai

sussidiarietà, in AA.VV., *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V*, a cura di T. Groppi e M. Olivetti, Torino 2001, 151 ss.; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano 2002, 162 ss., spec. 176 ss., e, ora, i contributi che sono in *Dir. pubbl.*, 1/2002, ed *ivi*, spec., G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, 5 ss. Di quest'ultimo, v., inoltre, *Stato sociale e principio di sussidiarietà*, in *Quad. reg.*, 2/2002, 381 ss., part. 399 ss.

mutato. Si aggiunga, poi, che non poche delle passate esperienze, già alla luce dei vecchi parametri costituzionali, si ponevano come, in maggiore o minore misura, distorsive dei parametri stessi; ed è storia vecchia, che da noi come altrove si è costretti ciclicamente a ripetere, quella secondo cui non poche volte la revisione costituzionale invoca a propria giustificazione non già l'esigenza di innovare appunto al dettato della legge fondamentale bensì di voltar pagina rispetto ad esperienze affermatesi sulla base (ed, anzi *contro*) i disposti di essa. Ciò che si è avuto anche con la riforma di cui ora si discorre, per alcuni degli aspetti qui specificamente rilevanti. Una riforma che complessivamente oscilla tra vecchio e nuovo, che è insomma "bilancio" e "programma" ad un tempo, sicché ogni eccessiva sottolineatura, in un senso o nell'altro, della sua portata innovativa appare essere comunque indebita. E il vero è che nessuna "rivoluzione", in prospettiva assiologico-sostantiva, ha inteso con sé portare la legge di riforma, in generale come pure nel campo di esperienza ora specificamente riguardato, senza che con ciò sia nondimeno lecito lasciare in ombra il fatto che essa si è prefissa l'ambizioso disegno di rigenerare la Repubblica dalle sue fondamenta e nelle sue articolazioni strutturali, ma appunto in linea di continuità evolutiva rispetto alle indicazioni contenute nell'art. 5: indicazioni, invero, rimaste storicamente e positivamente compresse, per cause che sarebbe qui troppo lungo indagare, e che sono ora sollecitate dalla riforma ad espandersi ed a portare appunto al rinnovamento delle strutture e delle dinamiche interne all'apparato statale.

Sia come sia di ciò, va comunque avvertito del rischio che la crescita dell'autonomia, prefigurata dalla riforma, potrebbe, come si diceva, essere frenata qualora si dovesse continuare a ragionare restando ancorati a schemi ormai vistosamente logori, inadeguati a rappresentare fedelmente e compiutamente, in tutta la loro complessa articolazione interna, le relazioni che possono intrattenersi tra gli enti di diritto interno e tra questi nel loro insieme ed enti esterni, secondo il nuovo modello.

Un paio di esempi per tutti, di specifico rilievo con riguardo al tema ora studiato.

Si pensi, ad es., al significato posseduto dal I comma dell'art. 117, laddove impegna le leggi di Stato e Regioni ad osservare gli obblighi internazionali.

Non intendo ora prendere partito sulla questione, costituzionalmente "pregiudiziale", relativa alla stessa compatibilità sul punto della legge di revisione coi principi fondamentali, sulla quale mi è stata già altrove offerta l'opportunità di soffermarmi⁵⁶. Segnalo solo, al riguardo, che non mi parrebbe

⁵⁶ V. riassuntivamente, ora, il mio *Fonti, norme, criteri ordinatori*, cit., 138 ss. Di una "revisione obliqua" dei principi di cui agli artt. 10 e 11 cost. discorre ora G.F. FERRARI, *Art. 117 Cost. primo comma e tutela internazionale dei diritti*, in AA.VV., *Regioni, diritto internazionale e diritto comunitario*, Convegno di Genova, 23 marzo 2002, in *paper*, a cui opinione nondimeno gli artt. stessi sarebbero stati non già "innovati, ma solo integrati", un volta che si ammetta – come, invero, si deve – che le modalità di ingresso delle fonti internazionali in seno all'ordinamento interno sono rimaste invariate. Solo che i principi in parola, per la ricostruzione che comunemente se ne dà, non vedono circoscritto il raggio della loro azione alla mera descrizione delle "procedure" con le quali le fonti di diritto internazionale si immettono nell'ordine interno bensì stabiliscono (o, se si vuole, riconoscono) altresì la forza normativa delle fonti stesse. E, se è vero che fino alla riforma alle norme pattizie era usualmente assegnata, *in base a quanto disposto dagli artt. 10 e 11*, una forza in tutto eguale a quella delle leggi comuni, ora esse si vedono invece innalzate di grado, in deroga – piaccia o no – all'assetto appunto risultante dai principi suddetti. È poi da vedere se siffatto innalzamento rimanga circoscritto alla sola forza passiva, come appunto ritiene la dottrina ora richiamata e come invero parrebbe ragionevole supporre, ovvero addirittura si estenda alla stessa forza attiva, ammettendosi pertanto l'idoneità dei patti stessi a derogare alle stesse disposizioni costituzionali (fatti ovviamente salvi i "controlimiti"). Ipotesi interpretativa, quest'ultima, invero temibile [v., in tal senso, già A. RUGGERI-P. NICOSIA, *Verso quale regionalismo? (Note sparse al progetto di revisione costituzionale approvato, in prima lettura, dalle Camere nei mesi di settembre-ottobre 2000)*, in *Rass. parl.*, 1/2001, 105 s.] e che potrebbe, ad onor del vero, giovare dell'accostamento ora fatto nel I comma dell'art. 117 degli obblighi discendenti dai patti a quelli prodotti dalle norme generalmente riconosciute della Comunità internazionale, così come a quelli comunitari, oltre che alla stessa Costituzione. In tal modo, tuttavia, come si vede, si finirebbe col dover ammettere che l'impianto stabilito dagli artt. 10 e 11 sarebbe ormai per intero, inammissibilmente travolto; ma l'alterazione del quadro risultante dai principi in parola non sarebbe comunque evitata neppure a ragionare nel senso, patrocinato da Ferrari, secondo cui i patti internazionali avrebbero una "mera" forza superlegislativa (ed infracostituzionale), una volta che si convenga, in partenza, con la tesi, fin qui dominante, secondo cui *per questi stessi principi* così non avrebbe dovuto essere (un quadro di sintesi delle varie opinioni relativamente al "posto" dei trattati nell'ordine delle fonti, anche con riferimenti ad esperienze straniere, può ora vedersi in L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino 2002, 45 ss., spec. 125 ss. e G. GERBASI-D. LOPRIENO, *L'apertura del diritto*

risolutiva la spiegazione datane da una sensibile dottrina⁵⁷, secondo cui il significato del disposto in parola si coglierebbe unicamente all'interno dell'*hortus conclusus* dei rapporti tra leggi statali e leggi regionali (o, meglio, del riparto delle rispettive competenze). Tesi che, per quanto animata dalle migliori intenzioni, siccome volta a parare il rischio della possibile incisione a carico degli artt. 10 e 11 cost.⁵⁸, fa nondimeno a pugni con la lettera dell'enunciato in esame, che – piaccia o no – vuole comunque asservite le leggi in genere, nei loro contenuti ed indipendentemente dal rispetto da esse prestato alle norme sulla competenza, agli impegni internazionali (e comunitari).

Non mi intrattengo, poi, su altre questioni ugualmente in modo acceso discusse, quale quella relativa alla possibile applicazione, in forza della previsione di cui al I comma dell'art. 117, del meccanismo dell'adattamento automatico anche ai trattati⁵⁹ o, ancora, sull'altra concernente la sede giurisdizionale davanti alla quale far valere le violazioni dei trattati stessi⁶⁰.

Lasciando, infatti, ora da parte tutte queste questioni e movendo dall'assunto della compatibilità rispetto ai principi di base dell'ordinamento della formula ora iscritta nel I comma dell'art. 117, è

costituzionale al diritto internazionale dei diritti umani negli ordinamenti dell'Europa continentale, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 3/2002, 1092 ss.).

⁵⁷ E. CANNIZZARO, *La riforma federalista della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Riv. dir. internaz.*, 4/2001, 921 ss., nonché, per taluni aspetti, anche *Gli effetti degli obblighi internazionali e le competenze estere di Stato e Regioni*, cit., 13 ss.

⁵⁸ ... specie per la parte in cui, mentre si offre "copertura" alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, la stessa non è data (o, meglio, a mia opinione, non è *per sistema* data) altresì alle norme pattizie, la cui osservanza è nondimeno garantita se ed in quanto esse si dimostrino, per la materia regolata e per il modo della regolazione stessa, essere *quodammodo* specificativo-attuative di disposti costituzionali o, come che sia, idonee a condurre alla realizzazione di interessi o fini-valori costituzionalmente protetti (così come, ad es., si ha con riguardo alle Carte dei diritti).

⁵⁹ Giustamente si è fatto da più parti notare come altro sia il *modo* con cui gli impegni internazionali sono assunti ed altro ancora il *vincolo* dagli stessi discendente. L'opinione che vorrebbe potersi ora fare a meno della legge di esecuzione (statale o regionale, a seconda del tipo di accordo di volta in volta in rilievo) confonde, dunque, l'*effetto* col *modo* della sua produzione; e la Costituzione "novellata" unicamente al primo mostra di volersi riferire, non pure al secondo, che dunque potrà pianamente seguire ad aversi secondo le procedure usualmente adottate ed, ovviamente, adattate, con specifico riguardo agli accordi di cui all'ultimo comma dell'art. 117, alla realtà regionale e per le peculiari esigenze di questa (su tutto ciò, variamente, tra gli altri, oltre allo scritto, sopra cit., di G.F. FERRARI, C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 7-8/2001, V, 194 ss.; M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, relazione al Convegno su *Il nuovo Titolo V della Costituzione. Lo Stato delle autonomie*, Roma 16 dicembre 2001, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; A. D'ATENA, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione Europea*, cit., par. 6; F. SORRENTINO, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, cit., spec. 1356 s.; B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del titolo V*, cit., 116 s.; A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale*, cit., 224 s.; F. PIZZETTI, *L'evoluzione del sistema italiano fra "prove tecniche di governance e nuovi elementi unificanti*, cit., 671 ss. e 681 ss., nonché, volendo, anche il mio *Note minime, "a prima lettura", a margine del disegno di legge La Loggia*, cit., par. 4).

⁶⁰ Un indebito accostamento, con conseguenze ugualmente indebite, si è ipotizzato in merito al piano delle garanzie; e si è, pertanto, immaginato che, da un lato, la stessa violazione degli obblighi comunitari potrebbe d'ora innanzi farsi valere davanti alla Corte costituzionale, al pari della violazione degli obblighi internazionali, oppure, all'inverso, che quest'ultima possa seguire il peculiare regime ormai invalso, *ope juris prudentiae*, per la prima. Ma, l'una ipotesi si porrebbe in violazione proprio di un canone del diritto comunitario, verso il quale è fatto dall'art. 117 obbligo di osservanza, che è appunto quello della immediata applicazione del diritto stesso in vece di quello interno, così come risultante dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. L'altra supposizione, poi, non dispone di alcun appoggio teorico a suo sostegno, da nessuna norma di diritto interno o internazionale risultando prescritte le modalità con cui assicurare il rispetto degli obblighi di diritto esterno, pur dopo l'innovazione introdotta dal I comma dell'art. 117. Il vero è che, ancora una volta, occorre separare il *modo* (qui, processuale) con cui è prestata garanzia alle regole non nazionali dal *fatto* in sé della loro osservanza, del quale soltanto la Carta "novellata" ha inteso farsi carico al I comma dell'art. 117. Che, poi, altre norme introdotte dalla riforma possano esercitare un'incidenza non da poco sulle dinamiche processuali può pure ammettersi, ma non è discorso ora specificamente rilevante (penso, ad es., all'ipotesi, a mia opinione argomentabile, che vorrebbe adesso escluso dal novero del catalogo dei vizi che legittimano i ricorsi in via principale i casi di contrasto da parte di leggi statali o regionali rispetto al diritto comunitario, che invece un tempo – come si sa – potevano aversi, sia pure però in un contesto caratterizzato dal sindacato in via preventiva sulle leggi regionali).

significativo il fatto che una prudente, diffusa dottrina abbia, come si sa, sostenuto la tesi secondo cui i soli obblighi bisognosi di esser rispettati sarebbero quelli resi rilevanti nell'ordine interno con legge.

La tesi, come pure è assai noto, è ora fatta propria dal disegno di legge La Loggia che, tornando comodo sul punto tanto allo Stato quanto alle Regioni (per il fatto di alleggerire il carico su tali enti gravante), non ha sollevato reazioni di particolar rilievo né dall'una né dall'altra parte⁶¹. S'ignora, evidentemente, per un difettoso calcolo dovuto a miopia o a strutturale incapacità di far luogo ad analisi di respiro, quali benefici effetti potrebbero aversi per lo Stato stesso (e, ovviamente, le Regioni) dall'ulteriore avanzata del processo d'integrazione e, in genere, dall'infittirsi dei vincoli di reciproca solidarietà, in ambito internazionale così come in ambito europeo, pur laddove i vincoli stessi non dovessero avere una base legislativa su cui poggiare nell'ordine interno.

In disparte ogni ragionamento fondato su argomenti di opportunità, sta di fatto che la soluzione accolta dal disegno in parola, per il fatto stesso di restringere l'area disegnata dalla Carta "novellata", parrebbe urtare – piaccia o no – con l'indicazione risultante dalla lettera di quest'ultima. Si capisce, ad ogni modo, la ragione sottesa a questa proposta ricostruttiva e che appare essere, in buona sostanza, duplice: di salvaguardare, per un verso, il principio di legalità e, per un altro verso, l'equilibrio tra gli organi della direzione politica, evitando cioè che il Governo giochi di anticipo, obbligando il Parlamento a piegarsi davanti agli accordi internazionali assunti al di fuori di un coinvolgimento politico-normativo del Parlamento stesso.

Ebbene, si ha qui – a mia opinione – una tangibile testimonianza di come una prassi unanimemente deprecata, se non altro per l'uso eccessivo che se n'è fatto (se non pure per il ricorso in sé alla stessa), quella degli accordi in forma semplificata⁶², possa condizionare a tal punto l'interpretazione di un enunciato costituzionale da portare ad un sensibile scostamento dalla sua espressione letterale, introducendo una problematica distinzione tra tipo e tipo di obbligo internazionale, peraltro foriera, nelle sue concrete applicazioni, di imprevedibili, negativi effetti nello stesso ambito internazionale.

Il verso giusto lungo il quale avviare lo sforzo interpretativo è, invece, esattamente quello opposto; ed anche (ma, ovviamente, non solo) dalla riforma dovrebbe finalmente aversi la spinta risolutiva che è fin qui mancata per porre un argine consistente ad esperienze di produzione marcatamente devianti dal solco costituzionale (già dal vecchio – si badi –, non pure soltanto dal nuovo), siccome palesemente forzose della lettera e dello spirito dell'art. 80 cost. e, più in genere, del quadro complessivo delle norme della Carta relative alla "cooperazione" tra gli organi supremi per tutto ciò che attiene alle relazioni internazionali (in senso lato) dello Stato⁶³.

La soluzione corretta, come si è già fatto altrove notare⁶⁴, è dunque quella di ritenere obbligate le leggi in genere (e, discendendo, gli atti, normativi e non, sulle stesse fondati) all'osservanza di ogni obbligo internazionale, ferma restando la necessità che gli obblighi stessi vengano assunti nel rispetto dei ruoli rispettivamente propri di Parlamento e Governo per un verso, e nel costante equilibrio tra unità ed autonomia per un altro (e, perciò, con quel metodo di una sostanziale partecipazione *dal basso*, di cui si è qui pure più volte discusso).

⁶¹ Oscura è, poi, la tipizzazione degli accordi internazionali, quale risultante dal disegno, segnatamente per ciò che concerne la distinzione tra gli "accordi di reciproca limitazione della sovranità di cui all'art. 11 della Costituzione" e quelli che fanno riferimento all'"appartenenza dell'Italia all'Unione europea e alle Comunità europee" e, ancora, i trattati la cui ratifica sia stata autorizzata con legge. Formula, quest'ultima, che parrebbe comprendere tutte le altre e renderle, per ciò, concettualmente e positivamente inautonome; in ogni caso, il richiamo maggiormente pertinente, a stare allo stesso ordine di idee patrocinato dal legislatore di attuazione, avrebbe dovuto esser direttamente ed esclusivamente fatto agli accordi in genere resi esecutivi con legge [variamente sul punto A. LOIODICE, *Osservazioni al disegno di legge per l'adeguamento alla legge costituzionale n. 3/2001 (vincoli internazionali e poteri sostitutivi)*, e P. BILANCIA, *Obblighi internazionali e vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario nel nuovo disegno di legge del Governo*, entrambi in www.federalismi.it. V., poi, nuovamente, anche il mio *Note minime, "a prima lettura", a margine del disegno di legge La Loggia*, cit., par. 4].

⁶² Riferimenti al riguardo possono da ultimo aversi da B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., 73 ss.

⁶³ Un opportuno invito a "tornare allo statuto" originario, specificamente per ciò che concerne l'osservanza degli artt. 80 e 87 cost., è anche in L.S. ROSSI, *Gli obblighi internazionali e comunitari nella riforma del titolo V della Costituzione*, cit.

⁶⁴ V., ancora una volta, il mio scritto per ultimo cit.

Lo stesso principio di legalità, dalla prospettiva adesso adottata, piuttosto che essere gravemente esposto o, diciamo pure, sacrificato in occasione della formazione degli atti di diritto esterno, ove si accogliesse la proposta qui preferita ne verrebbe ulteriormente garantito: in primo luogo, per la circostanza che il passaggio parlamentare (e *legislativo*...) dovrebbe costituire, secondo l'indicazione datane nell'art. 80, la regola, solo in casi assolutamente eccezionali derogabile. In secondo luogo, poi, anche grazie alla riforma costituzionale dell'anno scorso, dovrebbe finalmente mettere radici una profonda ristrutturazione dei procedimenti di produzione giuridica in genere (e legislativa in specie), aperta alla più intensa e proficua "cooperazione" possibile (tanto tra le istituzioni governanti quanto di queste ultime con le autonomie, territoriali e non). In terzo ed ultimo luogo, è da tenere presente il fatto, al quale si è peraltro già fatto cenno, che la legge non costituisce ormai più il solo punto di unificazione-integrazione delle dinamiche di produzione giuridica (e delle dinamiche ordinamentali in genere), ad essa affiancandosi e non di rado sovrapponendosi altri punti che hanno specificamente in sedi sovranazionali il terreno della loro fissazione ed emersione. Seguire, pertanto, a ragionare nel chiuso di una logica ossessivamente "legicentrica" ovvero di una logica, come che sia, volta ad assolutizzare il ruolo unificante esercitato dalla legge sarebbe, di tutta evidenza, un errore grave di prospettiva, sul piano metodico prima ancora che su quello dogmatico negativamente rilevante.

Un problema che merita, poi, di essere adeguatamente studiato (ma, in una sede diversa da questa) ed al quale non mi pare che si sia ad oggi prestata la dovuta attenzione⁶⁵ è quello che si ha per i casi di conflitto tra norme comunitarie e norme internazionali pattizie da un lato, norme consuetudinarie dall'altro: tutte comunque vincolanti nei confronti delle fonti interne.

I due casi richiedono di essere separatamente analizzati, pur confluendo – come subito si dirà – negli esiti ricostruttivi, quanto meno a seguire una prospettiva d'inquadramento assiologicamente orientata.

Quanto al primo, è chiaro che laddove le norme comunitarie precedano gli accordi, impediranno a questi ultimi di venire alla luce: lo Stato o la Regione (dalla prospettiva ora adottata, infatti, non può farsi alcuna differenza di posizione tra di essi), conoscendo il vincolo derivante dall'ordinamento comunitario, al quale non possono comunque sottrarsi, dovranno infatti astenersi dall'assumere obblighi in seno alla Comunità internazionale, cui poi non potrebbero dare seguito in ambito interno. Qualora, tuttavia, gli obblighi stessi dovessero essere assunti, dal punto di vista del diritto interno (e ferma restando, ovviamente, la responsabilità internazionale) l'accordo internazionale non potrebbe essere attuato, la legge che vi abbia dato esecuzione richiedendo di essere disapplicata (o – come si preferisce dire in giurisprudenza – "non applicata") per contrasto con norme comunitarie autoapplicative ovvero caducata, nelle forme usuali del giudizio di costituzionalità, in quanto contrastante con norme comunitarie di scopo. In altri termini, in una congiuntura siffatta non si attiva l'obbligo discendente dal I comma dell'art. 117, condizionato in ordine alla sua osservanza dalla valida assunzione degli obblighi internazionali.

Il problema parrebbe essere invece – a quanto pare – insolubile nell'ipotesi inversa (che, ovviamente, bene può aversi, in ragione del fatto che l'Unione europea non è tenuta a conformarsi ad impegni di diritto internazionale assunti dagli Stati che la compongono); e costringerebbe Stato e Regioni a rinegoziare le clausole precedentemente pattuite, al fine di parare il rischio di una possibile chiamata a responsabilità.

Al di là di come il conflitto possa essere qualificato in ambito internazionale, dal punto di vista del diritto interno – il solo ora specificamente interessante – la questione può essere risolta solo dopo che si risponda alla domanda circa la "copertura" (o, meglio, il *grado* o la *misura* della "copertura") di cui rispettivamente godono le norme comunitarie e le norme pattizie, a seguito della riforma. Se, infatti, si conviene che il richiamo fatto alle prime dall'art. 117 "novellato" è *quodammodo* ridondante, siccome specificativo o dichiarativo di una protezione comunque direttamente discendente dall'art. 11, protezione quest'ultima che non può – secondo la tesi tradizionale – essere riconosciuta altresì alle norme convenzionali della Comunità internazionale, ebbene in ragione della

⁶⁵ V., però, ora, il cenno che vi fa G.F. FERRARI, *Art. 117 Cost. primo comma e tutela internazionale dei diritti*, cit., par. 2 del *paper*.

gerarchia assiologico-sostantiva intercorrente tra i principi fondamentali e le *comuni* norme costituzionali (tra le quali, in via di principio, devono farsi rientrare le norme di revisione costituzionale) il conflitto *dovrebbe* risolversi a vantaggio delle norme comunitarie. Soluzione, quest'ultima, si faccia caso sin da ora, non utilizzabile per l'altra ipotesi di conflitto sopra considerata, dal momento che tanto le norme comunitarie quanto le norme consuetudinarie beneficiano di una "copertura" al massimo grado di positività giuridica, siccome ugualmente discendente da principi fondamentali. E, tuttavia, l'utilizzo della forma verbale condizionale si deve al fatto che, a mia opinione (ma non pure, come si sa, ad opinione della dottrina corrente), già prima della riforma dell'anno scorso, le norme pattizie non risultavano in tutto e per tutto sprovviste di "copertura", così come, di rovescio, neppure, ne godevano sempre, per sistema appunto (secondo quanto – si ricorderà – era patrocinato da R. Quadri e dai suoi seguaci). Per ragioni che non possono essere ora nuovamente esplicitate⁶⁶, infatti, la lettura sistematica maggiormente appagante degli artt. 10 e 11, nonché di ulteriori disposti ancora (quale l'art. 2, con specifico riferimento alle Carte dei diritti), appare essere quella orientata a "bilanciare" reciprocamente i valori espressi dagli enunciati in discorso. Di modo che, *già prima della riforma* (che, nuovamente, per quest'aspetto, presenterebbe carattere meramente esplicitativo), i conflitti di cui ora si discorre avrebbero richiesto di essere ambientati in prospettiva assiologico-sostanziale e dunque risolti a mezzo della tecnica dei "bilanciamenti", caso per caso e secondo ragionevolezza. "Bilanciamenti" che, tuttavia, nei due casi qui rapidamente trattati, si realizzano (o, dobbiamo forse dire, si realizzavano?) attraverso un diverso passaggio logico-procedurale: quanto alle norme consuetudinarie, infatti, la "copertura" da parte di un principio fondamentale, peraltro a sua volta sistematicamente connesso allo stesso valore della pace e della giustizia internazionale, essendo *per tabulas* e, dunque, spianandosi grazie ad esso immediatamente la via al "bilanciamento" in parola; quanto, invece, alle norme pattizie, dovendosi in un primo momento dimostrare la "copertura" da parte dell'art. 11 (e, perciò, vincere la presunzione alla stessa sfavorevole, discendente dalla lettura sistematica dello stesso art. unitamente all'art. 10, I c.) e solo secondariamente consentendosi alle norme stesse di partecipare su basi di parità (su quelle basi che il solo I comma dell'art. 117 non è, invece, in grado di apprestare...) al "bilanciamento" stesso⁶⁷.

Ora, l'innovazione appunto introdotta dalla riforma è nel senso di livellare per intero la condizione delle norme internazionali, quale che ne sia la natura, in rapporto alle norme interne, disponendole tutte ad operazioni di composizione paritaria (e "bilanciata") con le norme dell'Unione europea. Per quest'aspetto, l'effetto prodotto dalla riforma sul "sistema" delle norme di cui agli artt. 10 e 11 è, invero, notevole, tale – come si diceva – da far dubitare della sua conformità all'assetto definito dalle norme stesse ed alla *ratio* che lo sorregge, una volta che si sia convertita la "copertura" assiologicamente condizionata dell'art. 11 (siccome appunto subordinata alla condizione del carattere *direttamente ed immediatamente* servente nei riguardi dei valori della pace e della giustizia in concreto riscontrabile in capo a specifiche norme pattizie), in una "copertura" indistintamente offerta ad *ogni* accordo di diritto esterno.

9. (Segue): *Di alcuni restrittivi, preconetti orientamenti in tema di potere regionale di conclusione degli accordi, nonché di alcune singolari innovazioni procedurali proposte in merito all'esercizio del treaty-making power da parte delle Regioni*

⁶⁶ ... e per le quali v., volendo, il mio *Fonti, norme, criteri ordinatori*, cit., 138 ss.

⁶⁷ La conclusione qui in via generale prospettata non vale, ovviamente, in tutti quei casi in cui le norme comunitarie, già nell'ordinamento di appartenenza ed in base ai criteri ordinatori che lo connotano, sono tenute all'osservanza di alcune norme pattizie (si pensi alla controversa questione concernente la rilevanza comunitaria della CEDU) ovvero delle stesse norme consuetudinarie, in quanto idonee a comporre ed esprimere principi di base dell'ordinamento europeo, come, ad es., si ha laddove le une o le altre norme dovessero rispecchiare "tradizioni costituzionali comuni" agli ordinamenti degli Stati membri o altri principi ancora idonei ad integrare i parametri della validità del diritto comunitario derivato.

Emblematica del (pre)orientamento metodico “conservativo”, di cui si è appena detto, è altresì la lettura, alla quale si è ugualmente dietro accennato⁶⁸, dell’ultimo comma dell’art. 117, secondo cui sarebbe da mettere in dubbio che le Regioni dispongano di un effettivo *treaty-making power*, laddove maggiormente congrua con l’impianto ordinamentale complessivo – per questa tesi – si mostrerebbe la ricostruzione secondo cui esse sono chiamate a svolgere una mera attività preparatoria (in forme, peraltro, ancora tutte da stabilire) nei confronti dello Stato, il solo titolare, ieri come oggi, del potere in parola. In tal modo, peraltro, non si renderebbe necessario pensare ad una deroga implicita nei confronti dell’art. 87 cost., per la parte in cui riserva (o, meglio, *parrebbe* riservare) esclusivamente al Presidente della Repubblica la ratifica dei trattati, deroga che altrimenti – ancora a seguire fino in fondo il filo del ragionamento svolto da questa dottrina – necessariamente si avrebbe.

Ora, a prescindere dal fatto che – come pure si è già avuto modo di rammentare – secondo una tesi (qui, tuttavia, non condivisa) gli accordi regionali in genere non sarebbero comunque riportabili al *genus* dei trattati, come conciliare la supposta natura preparatoria dell’attività posta in essere dalle Regioni con l’affermazione costituzionale secondo cui le Regioni stesse possono “concludere” accordi mi parrebbe davvero assai difficile. Farraginoso, peraltro, sembra essere la procedura consigliata dalla dottrina ora richiamata, secondo cui la conclusione degli accordi regionali dovrebbe essere di volta in volta autorizzata con legge del Parlamento, con evidenti rischi, oltre che di strumentali utilizzazioni (e di sperequati trattamenti tra le Regioni)⁶⁹, di ritardi od omissioni che potrebbero recare gravi pregiudizi all’autonomia.

Fa il paio con questa opinione, sulla sponda opposta, la proposta, invero singolare, recentemente affacciata⁷⁰, secondo cui, volendo far salva la competenza delle Regioni per le materie ad esse assegnate, dovrebbero essere le Regioni stesse ad autorizzare il Governo a “ratificare” gli accordi dello Stato ricadenti sui campi regionali. Dove, al di là di ogni altro commento, non si capisce se le Regioni sarebbero chiamate a pronunciarsi all’unanimità o a maggioranza... Ecco, dunque, un modo davvero originale e – mi si consenta – francamente eccessivo di vedere la “cooperazione” tra Stato e Regioni, con implicazioni di ordine sia procedimentale che propriamente sostantivo assai discutibili, quando la soluzione, per l’aspetto ora in esame, è proprio a portata di mano e si risolve nel far sì che l’organo agente si doti dell’autorizzazione prescritta da parte dell’organo legislativo per l’ordinamento di appartenenza competente⁷¹. Nulla di più o di meno di questo.

Per altro verso, il fatto che una “conclusione” interamente ad opera delle Regioni dovesse considerarsi non in linea, sul piano delle procedure, con quanto è detto nell’art. 87 non sembra costituire un ostacolo insuperabile, ove appunto si convenga sulla idoneità della legge di riforma a derogare, sia pure solo in parte, all’art. 87. Il punto è, però, che la ricostruzione maggiormente fedele alla lettera dell’ultimo comma dell’art. 117, nelle sue pratiche applicazioni, non passa necessariamente attraverso il (supposto e, in quanto realizzato in modo tacito, non poco problematico) superamento del disposto di cui all’art. 87. Volendo, infatti, tenere ferma la distinzione, che è nella

⁶⁸ V., nuovamente, A. D’ATENA, nello scritto richiamato in nt. 2.

⁶⁹ ... rischi non parabili fino in fondo, anche a considerare siffatte esperienze irragionevolmente lesive del principio di eguaglianza “interregionale”, ove si consideri il carattere intrinsecamente discrezionale, siccome espressivo di valutazione politica, posseduto dal potere autorizzatorio in genere.

⁷⁰ Da L.S. ROSSI, nello scritto sopra cit. Può esser interessante notare come la stessa A. ragioni, poi, attorno all’ipotesi (essa pure, per la verità, paradossale...) che le variazioni del territorio della Repubblica, in quanto non espressamente menzionate negli elenchi dell’art. 117, entrerebbero a comporre una “materia” di potestà residuale delle Regioni: che è come dire che, per la parte *de qua*, la legge di riforma avrebbe implicitamente derogato, ad un tempo, agli artt. 80 e 132 cost. Ipotesi che – si converrà – non merita invero alcun commento, se non che essa poggia su una premessa indimostrata (ed indimostrabile...), dal momento che i mutamenti territoriali possono pianamente ricondursi al campo materiale di cui alla lett. a) del II comma dell’art. 117 (che dire, poi, dell’ammissibilità di leggi di revisione implicita, tanto più laddove idonee ad incidere sulla procedura “superaggravata” di cui all’art. 132 cost.?).

⁷¹ Ovviamente, per ciò che concerne specificamente le dinamiche produttive interne ai singoli ordinamenti regionali, dovrà farsi luogo alla posizione di norme sulle procedure, per la loro parte chiamate a preservare il complessivo equilibrio tra gli organi della direzione politica, senza le quali dunque le Regioni si troveranno costrette a fermarsi sul piano delle relazioni di diritto esterno, quanto meno con riguardo a quelle che appaiano bisognose di formalizzarsi con legge (ma v., sul punto, quanto se ne dice subito di seguito nel testo).

Carta “novellata”, tra gli accordi stipulati dallo Stato e gli accordi delle Regioni, secondo le rispettive materie (e competenze), non vedo cosa si opponga a che gli uni siano ratificati dal Capo dello Stato⁷², gli altri dal Presidente della Regione, quale organo dotato del potere di rappresentanza esterna della Regione stessa. È chiaro che tutto questo va adeguatamente proceduralizzato: ad es., riconoscendosi al Presidente della Regione un potere di firma che, ad un tempo attesti l’avvenuto controllo da parte del Governo (e, dunque, la rispondenza dell’accordo in formazione alla “politica estera” dello Stato, nonché l’osservanza da parte di esso dei limiti cui è tenuto in base al I comma dell’art. 117 ed, in genere, al riparto costituzionale delle competenze) e, di conseguenza, l’attitudine dell’accordo stesso ad attivare la responsabilità dello Stato in ordine all’adempimento degli impegni da esso derivanti. Va, poi, messo nero su bianco – come si diceva – che il controllo suddetto non può tradursi altro che in una richiesta di ulteriore negoziazione (di “riesame”) da parte della Regione dell’accordo che dovesse esibire tratti non compatibili coi limiti cui esso soggiace o, in ultima istanza, nel suo motivato rigetto⁷³.

Quel che, ad ogni buon conto, importa ora conclusivamente notare è che, in un contesto in cui gli accordi regionali erano sconosciuti, facevano chiaramente difetto norme sulla loro formazione, che vanno invece ora urgentemente introdotte, sia che attengano alla fase preliminare dell’autorizzazione e sia che riguardino la fase propriamente “conclusiva” degli accordi (ed al riguardo, oltre alla legge statale cui fa rinvio l’ultimo comma dell’art. 117, può – e, a mia opinione, deve – soccorrere anche la disciplina statutaria⁷⁴ che, come si sa, dispone di una competenza di ordine generale in fatto di organizzazione⁷⁵).

L’art. 87, dunque, conserverebbe il suo senso originario, con riferimento agli accordi fatti dallo Stato, ad esso affiancandosi (e non ad esso derogando) la disciplina relativa agli accordi regionali, che non sembra possa, in merito al punto ora specificamente toccato, discostarsi dalla soluzione (la sola, a quanto pare, ragionevole) della firma del Presidente della Regione in calce agli accordi in parola.

10. I controversi rapporti tra l’attività contrattuale delle Regioni e le attività promozionali all’estero e le attività di mero rilievo internazionale, il significato del mancato riferimento fatto a queste ultime dalla legge di riforma, la nuova configurazione del ruolo svolto dal Governo in occasione dello svolgimento delle attività in parola da parte delle Regioni e la necessità che esso sia sottoposto, nelle sue concrete manifestazioni, ad uno scrutinio stretto di costituzionalità

Un punto che richiederà sicuramente non poca attenzione al momento della confezione della nuova disciplina sulle procedure è, poi, quello specificamente riguardante la connotazione sostanziale-funzionale degli accordi regionali, vale a dire la distinzione, per un verso, ma anche, per un altro verso, le strette implicazioni che possono aversi tra gli accordi regionali e la loro attuazione, da un

⁷² ... che qui, appunto, rilevarebbe non già nelle vesti di Presidente della “Repubblica”, comprensivamente intesa, ma di Capo dello “Stato”, organo di vertice dell’ente, diverso dalle Regioni e dagli altri enti costitutivi della Repubblica, artefice degli accordi in parola.

⁷³ Non potrebbe, invece, a mia opinione, considerarsi congruamente motivato un rifiuto del conferimento dei “pieni poteri di firma”, di cui si discorre nel disegno La Loggia, se genericamente (o, peggio, apoditticamente) fatto poggiare su una asserita (ma, appunto, non documentata) “inopportunità politica” dell’accordo, secondo quanto invece parrebbe possibile a stare alla lettera del disegno in parola.

⁷⁴ ... per un primo esame della quale, v. lo scritto dietro cit. di R. CAFARI PANICO, 1329 s.

⁷⁵ Insicura la linea divisoria tra le competenze delle fonti ora evocate in campo: la legge dovrebbe, ad ogni buon conto, farsi specificamente carico della previsione dello *standard* procedimentale nei suoi tratti di fondo, prestando una speciale attenzione al modo con cui le competenze di Stato e Regione entrano in contatto e, nei limiti segnati dal rispetto delle rispettive posizioni, si integrano reciprocamente; lo statuto, poi, in linea con le soluzioni di ordine generale adottate sul piano della forma di governo e della stessa “forma di Regione”, dovrebbe far luogo alla disciplina di ordine prettamente interno, avendo a cuore l’esigenza, per un verso, di preservare l’equilibrio istituzionale tra gli organi direttivi della Regione e, per un altro verso, di assicurare la più larga partecipazione delle forze organizzate della comunità regionale e degli enti locali e funzionali alle decisioni assunte in ambito regionale.

lato, e le attività promozionali all'estero e le altre attività, di mero rilievo internazionale, da un altro lato.

Si è già detto della lettura riduttiva della formula di cui all'ultimo comma dell'art. 117 affacciata da una accorta dottrina che, in buona sostanza, esaurisce l'attività contrattuale delle Regioni nel compimento delle attività suddette⁷⁶. Questa stessa dottrina, nondimeno, si trova costretta a riconoscere che la giurisprudenza costituzionale distingue le attività da ultimo indicate, specie laddove aventi finalità di studio o di informazione, con quelle che si risolvono nella confezione di veri e propri accordi (v., part., [sent. n. 179 del 1987](#) e successive). Dunque, il passo in avanti che ora si vuol compiere, grazie alla previsione posta in coda all'art. 117, è certamente vistoso⁷⁷, a meno che non si voglia pensare (ma nulla, invero, autorizza a farlo) che un domani la giurisprudenza possa far regredire le acquisizioni già avutesi a vantaggio delle Regioni col fatto stesso di mutare la qualificazione in passato data alle attività di mero rilievo internazionale, vale a dire in buona sostanza identificando con queste ultime l'oggetto (e il fine) del potere contrattuale delle Regioni.

Fermo, ad ogni buon conto, il fatto che le Regioni facevano già prima e seguiranno a fare attività promozionali ovvero attività di mero rilievo internazionale, si tratta di sapere se le procedure che in atto le regolano possano essere mantenute anche dopo la riforma o non piuttosto richiedano di essere variamente corrette o integrate.

Il silenzio al riguardo tenuto dal dettato costituzionale così come riscritto dalla legge di riforma può esser variamente interpretato. Può, invero, apparire strano che non si sia inteso fare alcun riferimento esplicito a tutte queste attività, già da tempo radicate nell'esperienza e fatte oggetto di disciplina normativa e di numerose pronunzie giurisprudenziali⁷⁸. La qual cosa potrebbe anche esser vista come una forma di rigetto per ogni distinzione tra di esse fin qui fatta, anche dunque per l'aspetto procedimentale (si pensi al diverso regime tra di esse stabilito, per ciò che specificamente concerne i rapporti tra Regioni e Governo). Non credo, tuttavia, che un siffatto ipotetico argomentare sia conducente allo scopo che lo anima e giustifica. Il vero è che la legge di riforma ha preferito intrattenersi a dire specificamente di ciò che si pone come propriamente innovativo (o, diciamo pure, maggiormente innovativo⁷⁹) rispetto allo stato anteriore delle cose. È chiaro che, specie in un contesto segnato dalla logica della competenza "residuale" delle Regioni in rapporto a quella "nominata" dello Stato, passate acquisizioni all'autonomia non sono da mettere in discussione; e, se lo fossero, proprio il riconosciuto potere contrattuale delle Regioni potrebbe risultarne menomato, ove si convenga sul carattere strumentale delle attività di cui ora si discorre rispetto alle manifestazioni del potere stesso o, come che sia, sulle mutue implicazioni che tra di esse si intrattengono e, per ciò pure, sul reciproco sostegno che esse si danno.

Così stando le cose, il rimando all'esperienza pregressa è da considerare implicito, per un verso, ma non per ciò necessariamente intangibile, per un altro. La stessa legge sulle procedure contrattuali, così come la disciplina statale evocata in campo dal V comma dell'art. 117⁸⁰, potrebbe sollecitare

⁷⁶ V., nuovamente, A. ANZON, nello scritto cit. in nt. 2.

⁷⁷ Se ne dà atto, in fondo, nello stesso disegno La Loggia, che pure – come si è dietro fatto notare – non è certo prodigo di riconoscimenti verso l'autonomia, nel momento in cui fa delle "intese" con enti non statali la base per lo svolgimento delle attività promozionali e di mero rilievo internazionale, lasciando quindi agli "accordi" veri e propri (con Stati) la introduzione di *ulteriori* attività.

⁷⁸ Un accurato quadro di sintesi è stato non molto tempo addietro raffigurato nella monografia di F. PALERMO, *Il potere estero delle Regioni. Ricostruzione in chiave comparata di un potere interno alla Costituzione italiana*, Padova 1999; più di recente, v., poi, A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale*, cit., tutto il cap. VIII, nonché, ora, la relazione svolta da L. MEZZETTI al Convegno di Messina su *Il regionalismo differenziato: il caso italiano e spagnolo*, cit., e, da ultimo, G. PARODI, in G.F. FERRARI-G. PARODI, *Regioni, diritto comunitario e diritto internazionale*, cit., par. 3.1.1. ss.

⁷⁹ Mi riferisco ora all'ambito dei rapporti internazionali in genere rispetto ai rapporti con la Comunità-Unione europea, dove – come si sa (e qui pure s'è fatto notare) – la riforma non aggiunge molto di più di quanto già non fosse da tempo acquisito al patrimonio funzionale delle Regioni.

⁸⁰ Torno qui a dire che sarebbe opportuno che esse non siano distinte, nel quadro di una regolazione "organica" dei rapporti di diritto internazionale (latamente intesi) sia dello Stato che delle Regioni (e delle autonomie minori). Può invece essere maggiormente conveniente che da siffatta regolazione continui ad esser tenuta separata quella relativa ai rapporti

l'autonomia ad ulteriori avanzamenti (ed è, anzi, auspicabile che lo faccia) rispetto a quanto si è già avuto, specie per mano della giurisprudenza (e della normazione che l'ha in parte "razionalizzata").

Un particolare rilievo va, in questo quadro, prestata alla motivazione cui il Governo deve ritenersi obbligato in caso di mancato assenso alle iniziative regionali, riprendendo dunque per questo verso un'indicazione, come si sa, da tempo offerta in giurisprudenza⁸¹. È vero che per un operatore politicamente smalzato, qual è appunto il Governo, questo può apparire un ostacolo assai basso da superare. Se, però, si conviene che la regola, la nuova regola ora finalmente costituzionalmente recepita, è quella della liceità delle attività di diritto internazionale in genere delle Regioni, quanto si oppone alle sue pratiche realizzazioni a beneficio dell'autonomia deve appunto considerarsi un'eccezione⁸²; con la conseguenza che tutto ciò che a quest'ultima si fa riportare richiede, appunto, di esser sottoposto ad uno scrutinio stretto di costituzionalità. Dirò di più, riprendendo ed adattando al campo di esperienza ora studiato un'indicazione altrove (e per fini ugualmente diversi) data: che, cioè, quanto appare essere non in linea con la regola può, a mia opinione, presumersi come invalido, in prospettiva assiologicamente qualificata. Di qui, l'onere specificamente gravante sul Governo di dar conto dell'operato sfavorevole nei riguardi delle Regioni, e – sembra persino superfluo rilevare⁸³ – di farlo in modo adeguato.

I ricorsi davanti alla Corte dovrebbero, dunque, ricevere quest'inquadramento: esser visti da un punto di vista che fa presumere come *valida* l'iniziativa regionale volta ad intavolare "relazioni internazionali" (in senso lato), *invalida* l'opposizione alla stessa, salva – ovviamente – in un caso e nell'altro la prova del contrario. Una prova che, nondimeno, grava specificamente sul Governo di dare, sia che figuri come attore che come convenuto, proprio per la ragione che è il Governo stesso a disporsi, col suo diniego di assenso, non già dalla parte della regola bensì da quella della eccezione, secondo la linea divisoria tra di esse costituzionalmente tracciata.

11. I poteri sostitutivi, i piani di esperienza ai quali possono (e devono) applicarsi, l'esigenza della loro attivazione in modo preventivo (specie, sul terreno della normazione) ed in rispondenza alla logica della integrazione delle competenze

Alla "logica" appena indicata sono, a mia opinione, tenuti ad uniformarsi anche i poteri sostitutivi in genere e, segnatamente, quelli che si concretano in attività poste in essere dal Governo a norma dell'art. 120 cost.⁸⁴. La riforma insiste più volte, come si sa, sul bisogno di prefigurare un quadro organico degli interventi sostitutivi, invece non avvertito al momento della messa a punto del dettato originario della Carta. Ed è, questa, una delle non poche testimonianze che possono essere addotte a riprova del fatto che dominante e nient'affatto recessiva, come invece si vorrebbe da parte di molti, è l'ispirazione "cooperativa" che sta a base delle relazioni tra Stato e Regioni (e autonomie in genere), secondo il nuovo modello costituzionale, non già quella, opposta, "separatistico-garantista". La

con la Comunità europea, che presenta una sua complessiva, peculiare connotazione. Nondimeno, nessun ostacolo sussiste sul piano del *drafting* a che tutte siffatte discipline siano accorpate in un "testo unico" (peraltro, non necessariamente così chiamato sul piano formale), pure internamente articolato nei due "capitoli" dei rapporti con la Comunità internazionale e dei rapporti con la Comunità europea.

⁸¹ Un opportuno richiamo a quest'esigenza, vivamente avvertita ma – come si sa – largamente, nella sostanza, disattesa, può ora vedersi anche in R. CAFARI PANICO, *La nuova competenza delle Regioni nei rapporti internazionali*, cit., 1337.

⁸² Così, esattamente, anche R. CAFARI PANICO, nello scritto ed al luogo sopra richiamati.

⁸³ ... se non fosse per il fatto che annose e radicate esperienze in senso contrario consiglino piuttosto di rinnovare, ancora una volta, l'invito ad esser fermi e vigili circa gli indirizzi assunti dal Governo e gli atti che ne costituiscono concreta manifestazione (si pensi, solo per fare un esempio, al modo – diciamo così – disinvolto con cui è stata gestita, ed – ahimè – continua ad esser gestita, la politica del controllo governativo sulle leggi regionali).

⁸⁴ Per un primo inquadramento nei loro termini generali delle non poche questioni che al riguardo si pongono, v. C. MAINARDIS, *Il nuovo regionalismo italiano ed i poteri sostitutivi statali: una riforma con (poche) luci e (molte) ombre*, in *Le Regioni*, 6/2001, 1357 ss., nonché ora L. CUOCOLO, *Gli interessi nazionali tra declino della funzione di indirizzo e coordinamento e potere sostitutivo del Governo*, in *Quad. reg.*, 2/2002, 423 ss., spec. 430 ss.

sostituzione si spiega e si fa apprezzare in questa prospettiva; e – come si tiene opportunamente a precisare nella stessa Carta “novellata” – in tanto si giustifica, in quanto appunto risponda a sussidiarietà ed a leale cooperazione. È vero che il richiamo ai principi in parola è espressamente fatto unicamente nell’art. 120, che – secondo la più accorta e persuasiva lettura⁸⁵ – si riferisce unicamente al piano dell’amministrazione, non pure a quello della normazione⁸⁶. Ed è ugualmente vero che la previsione di cui al V comma dell’art. 117, che – come si sa – attiene specificamente alla legislazione, non copre, in realtà, l’intero campo della normazione: vuoi per il fatto che il disposto da ultimo richiamato riguarda in modo esplicito le discipline poste con legge (e non pure con regolamenti)⁸⁷ e vuoi ancora (e soprattutto) per la ragione che esso prende ad oggetto le attività regionali adottate allo specifico fine di dare attuazione ed esecuzione agli accordi internazionali (ed agli atti dell’Unione europea), laddove l’ultimo comma dell’art. 120 sembra concernere in generale qualunque forma di mancata osservanza nei confronti di “norme e trattati internazionali”: dunque, tanto nei confronti, ad es., delle norme non scritte della Comunità internazionale, quanto verso quelle pattizie ed, ancora, tanto se la violazione è posta in essere in sede di attuazione (in senso lato) degli accordi, quanto se si ha in sedi diverse.

Nondimeno, non si può dubitare a riguardo del fatto che, quale che sia il piano di esperienza sul quale dovesse assistersi all’esercizio dei poteri sostitutivi, per un verso essi richiedono comunque di essere misuratamente impiantati, in modo tale da assicurare, da un lato, il necessario equilibrio tra unità ed autonomia e, dall’altro, la sicura e piena osservanza degli impegni internazionali; per un altro verso, poi, al di fuori della ugualmente necessaria, paritaria “cooperazione” degli enti, i poteri in parola non sono neppure concepibili.

La legge alla quale è affidata la disciplina delle esperienze di sostituzione⁸⁸ è, dunque, chiamata a scelte sicuramente non facili, espressive di delicati (ma irrinunciabili) equilibri tra posizioni costituzionalmente protette. I processi decisionali in seno ai quali prendono corpo i poteri in parola devono, pertanto, rispecchiare quelle stesse presenze, sia pure diversamente articolate e composte, che si hanno in fase ascendente, riproducendo così quel “metodo” della integrazione delle competenze, adattato ovviamente alla peculiare natura delle attività ora in rilievo, che complessivamente connota le relazioni intersoggettive secondo il nuovo modello. Non solo, dunque, gli atti sostitutivi devono esibire taluni caratteri loro propri, da quello della motivazione⁸⁹ all’altro

⁸⁵ Così, tra gli altri, F. PIZZETTI, *L’evoluzione del sistema italiano fra “prove tecniche di governance” e nuovi elementi unificanti*, cit., 691 ss.

⁸⁶ Una diversa lettura se ne dà ora nel disegno di legge La Loggia, che autorizza il Governo ad intervenire in via sostitutiva anche a mezzo di atti normativi in genere (dunque, altresì con atti di primo grado, e non solo regolamenti). Che, poi, il Governo possa – come a me pare – sostituirsi alle Regioni inadempienti sul piano della legislazione, secondo quanto dunque disposto nell’art. 117 (e non nell’art. 120), è un altro discorso.

⁸⁷ ... e, come si sa, non vi è affatto parallelismo tra le materie regolate dall’una fonte e quelle regolate dall’altra: per un verso, la fonte secondaria riuscendo a penetrare persino entro gli ambiti di esclusiva spettanza dello Stato, sia pure dietro “delega” dello Stato stesso, e, per un altro verso, nelle stesse materie disciplinate con legge potendosi assistere ad una produzione regolamentare da parte degli enti locali, negli ambiti ed entro i limiti segnati dal VI comma dell’art. 117.

⁸⁸ A giudizio di A. D’ATENA, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l’Unione europea*, cit., par. 7, nessuna disciplina sarebbe richiesta con riguardo al versante discendente, dell’attuazione degli accordi, mentre la presenza regionale in fase ascendente non potrebbe aversi fino a quando non si faccia appunto luogo all’adozione della legge sulle procedure. Senonché, ponendosi come costituzionalmente “obbligatoria” (o “imposta”) la disciplina sulle procedure con riferimento alle modalità di esercizio dei poteri sostitutivi, è evidente che fino a quando essa non vedrà la luce in modo conforme al quadro costituzionale rifatto, purtroppo le Regioni saranno costrette a fermarsi su ogni fronte.

⁸⁹ ... di cui può predicarsi la necessità o, quanto meno, l’opportunità anche con riferimento a sostituzioni con legge, vuoi per la ragione di ordine generale che la legge stessa (o, meglio, alcuni suoi tipi ed in relazione a certe circostanze) non si sottrae – secondo la più accreditata opinione – all’onere della motivazione e vuoi per la particolare ragione che, trattandosi qui di un’attività *quodammodo* eccezionale, non rispondente di certo a quella che dovrebbe essere la regola, se ne richiede appunto la sostanziale giustificazione e, con essa, la formale motivazione, che ne dà la esteriore, visibile testimonianza. Per questa via, peraltro, può agevolarsi quello scrutinio stretto di costituzionalità cui, per loro natura, gli atti adottati in esercizio dei poteri sostitutivi soggiacciono (riferimenti sulla motivazione delle leggi, specie con riguardo alle leggi eccezionali, nonché ai riflessi che possono aversene in sede di giudizio di costituzionalità, sono ora nel mio *A proposito di deleghe, delegificazioni (ed altro) e dei possibili rimedi volti a porre ordine nel sistema delle fonti*, Intervento

della intrinseca, obiettiva congruità o proporzionalità rispetto al fine⁹⁰; ma, ancora prima, ciò che precede e determina la loro adozione deve rispondere al “metodo” suddetto, dando modo all’ente sostituito di essere sentito e, nei limiti del possibile, di partecipare sostanzialmente alla definizione delle misure sostitutive.

Non è affatto semplice trovare il passo giusto per conciliare le esigenze di tutti gli enti coinvolti dalle attività in parola. La stessa decisione cruciale, relativa al momento giusto in cui va attivato il meccanismo della sostituzione, appare essere non poco problematica. Nel V comma dell’art. 117 si ragiona di un potere sostitutivo da porre in essere unicamente “in caso di inadempienza”. È però chiaro che, quando l’inadempienza sul piano dei rapporti esterni è appunto acclarata, la lesione s’è ormai consumata ed appare il più delle volte (per non dire sempre) irreparabile. La qual cosa, appunto, consiglia di non escludere, per un aprioristico orientamento, l’eventualità della sostituzione preventiva, specie sul terreno della normazione⁹¹. Se, invece, così non fosse, vi sarebbe il rischio, per non dire la certezza, di andare incontro proprio a quell’inosservanza degli obblighi internazionali (e comunitari) che è categoricamente vietata dal I comma dell’art. 117⁹².

Non di rado, poi, specialmente per ciò che concerne l’attuazione degli accordi per via legislativa, non è sicuro il momento in cui l’inadempienza può dirsi verificata: non particolarmente frequenti, come si sa, sono i casi in cui sono fissati dei termini per la posizione delle norme attuative, senza contare gli altri casi, non facilmente riconoscibili, in cui l’attuazione può dirsi parziale o, addirittura, forzosamente rispetto al suo quadro di riferimento. A conti fatti, in non poche circostanze, solo la ragionevolezza può soccorrere e fungere da metro col quale qualificare nel modo più adeguato gli atti di diritto interno in genere posti al servizio degli atti internazionali (e comunitari) e, per ciò pure, le omissioni (parziali o totali) rispetto a questi ultimi.

Le cose, poi, si complicano non poco con riguardo agli inadempimenti (ed ai conseguenti provvedimenti sostitutivi) che possono aversi in relazione ad accordi regionali⁹³.

al Seminario di Pisa dell’11 giugno 2002 su *Le deleghe legislative: riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale*, in corso di stampa, spec. al par. 5).

⁹⁰ Su quest’ultimo carattere un’opportuna sottolineatura è anche nel disegno La Loggia (art. 6, V c.).

⁹¹ La questione ha, essa pure, una generale valenza. In realtà, come si è avuto modo di accennare, si discute se, alla luce del nuovo modello, il rapporto tra leggi statali e leggi regionali possa seguire ad essere inquadrato nei termini usuali, che – come si sa – non hanno fatto da ostacolo, per un’esperienza ormai consolidata, alla possibile disciplina di dettaglio da parte dello Stato sulle materie regionali. È vero che un’agguerrita dottrina si oppone oggi all’ulteriore riprodursi di questo schema e “stile” di normazione ispirati ad integrazione delle competenze, con argomenti tuttavia a mia opinione (per le ragioni enunciate ne *La riforma costituzionale del titolo V e i problemi della sua attuazione*, cit., spec. alla sez. II) non persuasivi. Ma, se pure la ricostruzione da questi studiosi proposta dovesse apparire in generale come la più aderente al nuovo modello, non lo sarebbe nondimeno per ciò che specificamente attiene alle norme prodotte da Stato e Regione per dar attuazione agli impegni di diritto internazionale (e comunitario), in ragione appunto del loro carattere doveroso. L’obbligatorietà della produzione delle norme stesse, insomma, legittima la istituzione di tutti quei meccanismi che possano preservare fino in fondo gli impegni di diritto esterno dal rischio della loro violazione; e, tra questi meccanismi, sicuramente rientra la sostituzione preventiva, che anzi si pone come la più efficace delle risorse, unitamente alla più larga partecipazione ai processi produttivi, a garanzia della osservanza degli impegni stessi.

Interessante è l’interpretazione “adeguatrice” – come egli stesso la definisce – ora proposta nei riguardi della legge n. 86 dell’89 da G.U. RESCIGNO, *Attuazione regionale delle direttive comunitarie e potere sostitutivo dello Stato*, in *Le Regioni*, 4/2002, 735, nella parte in cui si riferisce all’attività posta in essere dallo Stato in sostituzione delle Regioni inadempienti rispetto agli impegni comunitari: “a scopo cautelativo”, infatti, il procedimento tramite il quale l’attività sostitutiva prende corpo può essere avviato anche “prima della scadenza, ma l’atto sostitutivo entra in vigore solo con la scadenza”. Applicata alle esperienze di normazione, la tesi, per evidenti esigenze di funzionalità, implicherebbe l’adozione per tempo della disciplina attuativa a mezzo di norme statali di dettaglio, la cui efficacia risulterebbe sottoposta a condizione sospensiva valevole fino alla scadenza del termine fissato alle Regioni per l’adempimento.

⁹² In altri termini, potrebbe seriamente revocarsi in dubbio la piena conformità a Costituzione della disciplina statale sulle procedure (e, segnatamente, sui poteri sostitutivi), sotto lo specifico ma qualificante aspetto del rispetto della regola di ordine generale fissata nel I comma dell’art. 117, per il caso che essa facesse irragionevolmente a meno di prevedere meccanismi di sostituzione preventiva (o, quanto meno, *sub condicione*), laddove solo per il loro tramite possono appunto essere evitate le inadempienze sul piano della normazione.

⁹³ Il problema di cui ora si discorre è risolto in radice da quella dottrina (part., B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma del titolo V*, cit., 119) che ne nega la stessa esistenza, per il fatto che i poteri sostitutivi, di cui si fa parola nell’art. 120 cost., sono giudicati legittimamente adottabili unicamente in quanto riferiti ad attività che le Regioni sono chiamate

Non è facile – se ci si pensa – conciliare fino in fondo esigenze che parrebbero irresistibilmente orientate l’una contro l’altra, irriducibili ad una composizione unitaria. Se, infatti, i poteri sostitutivi dello Stato relativi ad attività regionali di attuazione degli accordi conclusi dallo Stato stesso (ovviamente, per le materie regionali⁹⁴) devono, ad ogni buon conto, salvaguardare fin dove possibile l’autonomia, ancora di più questo bisogno parrebbe doversi affermare con riguardo ai poteri di sostituzione giustificati da mancate attuazione ad accordi fatti dalle Regioni. Non è chi non veda, tuttavia, a quali strumentali e maliziose utilizzazioni gli uni e gli altri possano prestarsi in non poche circostanze.

Da un canto, infatti, quanto agli accordi fatti dallo Stato, è evidente che, ove essi richiedano un forte impegno in sede di attuazione, un impegno per onorare il quale le Regioni potrebbero dimostrarsi non pronte, potrebbe assistersi ad un uso assai frequente, quasi sistematico, dei poteri in parola, legittimati proprio da inadempienze regionali incolpevoli. Insomma, per questa via lo Stato potrebbe subdolamente svuotare il patrimonio funzionale delle Regioni, emarginandole dal circuito, come si sa sempre più esteso, delle relazioni di diritto internazionale, col fatto stesso di addossarsi prima (e di scaricare poi sulle Regioni) oneri particolarmente gravosi.

Da un altro canto, con riferimento agli accordi fatti dalle Regioni, per il caso che queste ultime eccedano nell’assunzione di responsabilità cui, nuovamente, potrebbero non essere in grado di far fronte, metterebbero in seria difficoltà lo Stato, chiamato ad una sistematica opera di “tappabuchi” dovuta a leggerezza o a cattivo calcolo da parte delle Regioni circa gli strumenti e le capacità in genere di cui esse sono dotate per adempiere agli impegni assunti in sede esterna.

È chiaro che le misure più adeguate allo scopo di parare tutti questi rischi non possono che essere preventive; e, più ancora che essere prefigurate dalla legge sulle procedure per la parte relativa al versante “discendente”, richiedono di essere messe a punto con riferimento alla fase ascendente, all’insegna del vecchio adagio per cui la migliore cura è la prevenzione.

Si ha così un’ulteriore, significativa riprova della necessità di far luogo alla tessitura di una trama assai fitta, avente ad oggetto i processi decisionali in genere, che assicuri la massima integrazione possibile delle competenze e, segnatamente, la massima partecipazione e vigilanza in sede di confezione degli accordi, quale che sia l’ente cui essi, in base al riparto delle competenze stesse, sono formalmente imputati.

12. *Relazioni internazionali delle Regioni e promozione della specialità (e della “specializzazione”), con specifico riguardo all’autonomia delle Regioni di confine*

Un ultimo punto conviene ora, prima di chiudere, toccare, sia pure con la massima rapidità imposta a questa riflessione; ed è relativo alle opportunità che potrebbero essere offerte, sul piano delle relazioni di diritto esterno, alle Regioni ad autonomia differenziata, nonché alle Regioni (ordinarie ma) “specializzate”.

Dico subito che, ove talune delle proposte che si sono man mano affacciate dovessero essere accolte con pienezza di significati e compiuta soddisfazione per l’autonomia, non vi sarebbe, con ogni probabilità, bisogno di pensare a regimi speciali (o “specialissimi”) in ordine alla gestione del “potere estero”. Tuttavia, la non poca incertezza e complessiva vaghezza esibita dalle formule costituzionali qui succintamente esaminate, unitamente al fatto che – come si è venuti dicendo – esse possono prestarsi, così come si sono prestate, ad esiti ricostruttivi riduttivi e complessivamente

a svolgere al servizio dei trattati internazionali in senso stretto, vale a dire degli accordi conclusi dal solo Stato. Ma, la dizione dell’enunciato costituzionale, pur nella sua formulazione incerta ed approssimativa, non autorizza invero una lettura restrittiva siffatta.

⁹⁴ ... ma, neppure è da escludere – come si è già rammentato – l’evenienza che le Regioni siano chiamate a dare attuazione ad accordi conclusi dallo Stato per le materie indicate nel II comma dell’art. 117, avvalendosi della “delega” regolamentare loro concessa ai sensi del VI comma.

inappaganti, consiglia di far luogo ad un più incisivo impegno di regolazione negli statuti “adeguati” alla riforma, ai sensi dell’art. 10 della legge di riforma stessa.

Si pensi subito ad un vantaggio di prima grandezza che potrebbe aversi per il caso che alcune delle previsioni affidate dalla Carta “novellata” a leggi statali sulle procedure (in tema di formazione degli accordi regionali, di poteri sostitutivi, ecc.) fossero invece anticipate o elevate di posizione, in quanto direttamente iscritte negli statuti e, come tali, dunque dotate di una garanzia di cui è strutturalmente priva la disciplina con legge comune⁹⁵. È vero che, per il modo con cui gli statuti vengono a formazione e sono quindi corretti (“adeguati”...), parrebbe doversi piuttosto dire l’inverso, dal momento che le Regioni partecipano alla revisione dei testi in parola, dopo l’innovazione al riguardo apportata dalla legge cost. n. 2 del 2001, unicamente in forma consultiva, non dandosi l’opportunità – secondo la ricostruzione che si considera maggiormente corretta⁹⁶ – di far luogo, in sede di “adeguamento” statutario, alla originale procedura “consensuale” introdotta dall’ultimo comma dell’art. 116 al fine di dar vita ad esperienze di “specializzazione” dell’autonomia⁹⁷. Di contro, secondo la lettura qui preferita, la disciplina statale sulle procedure richiede di venire alla luce col fattivo concorso delle Regioni, specie in sede di Commissione “integrata”, e perciò con moduli idonei a dare un più intenso rilievo alla volontà espressa dai rappresentanti delle Regioni (e delle autonomie in genere)⁹⁸.

Quale che sia, tuttavia, il modo col quale le modifiche statutarie saranno poste in essere, un modo sicuramente non ininfluenza – come si è venuti dicendo – per l’autonomia, rimane ad ogni buon conto

⁹⁵ Secondo un’opinione acutamente argomentata (G. PARODI, *Interessi unitari e integrazione comunitaria negli ordinamenti decentrati. La “razionalizzazione” degli strumenti di garanzia del principio unitario*, in AA.VV., *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*, Convegno svoltosi presso la Certosa di Pontignano, 10-11 maggio 2002, in www.unisi.it, spec. par. 6.1, e dello stesso, ora, *Regioni, diritto comunitario e diritto internazionale*, cit., par. 2.1), la disciplina sulle procedure in genere (ma con specifico riguardo ai rapporti tra Regioni ed Unione europea) richiederebbe (o, meglio, avrebbe richiesto) di esser posta con legge costituzionale. Esigenza che sento di sottoscrivere in pieno, conformemente ad una generale indicazione di metodo della normazione sulla normazione nella quale da tempo mi riconosco (v., peraltro, le notazioni da me svolte in “*Forme e “tecniche” dell’unità, tra vecchio e nuovo regionalismo*, in AA.VV., *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*, cit., par. 9). E, tuttavia, per quanto possa dispiacere, il rinvio contenuto nella Carta “novellata” è a leggi comuni, non pure a leggi costituzionali. Che, poi, nella consapevolezza dei limiti o degli inconvenienti che possono aversi in conseguenza di siffatta opzione, sia consigliabile aggiustare queste previsioni costituzionali è un altro discorso; ma, non è nella prospettiva *de iure condendo* che ora ci si muove. Invece, un particolare regime, tanto per l’aspetto dei contenuti quanto appunto per quello delle forme, potrebbe – come si viene dicendo – aversi, senza alcuna alterazione del quadro costituzionale vigente, a vantaggio delle Regioni speciali e delle Regioni “specializzande”.

⁹⁶ Maggiori raggugli a sostegno di questa tesi ed avverso l’ipotesi interpretativa che vorrebbe estesa, in sede di “adeguamento” degli statuti, la procedura pattizia prefigurata dall’art. 116 possono aversi da C. SALAZAR, *Elenchi di materie e riforma del Titolo V della Costituzione: note problematiche intorno ad una possibile rilettura degli artt. 14 e 17 dello statuto siciliano*, intervento all’incontro di studio su *La specialità siciliana dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, Palermo 15 aprile 2002, in *paper*. V., poi, volendo, anche il mio *Forma e sostanza dell’“adeguamento” degli statuti speciali alla riforma costituzionale del titolo V (notazioni preliminari di ordine metodico-ricostruttivo)*, testo rielaborato di un paio di interventi rispettivamente svolti al Convegno su *Le Regioni speciali nel nuovo assetto costituzionale*, Palermo 21-22 giugno 2002 ed al Convegno su *Analisi ed effetti per la Regione Friuli-Venezia Giulia e per gli enti locali delle riforme di cui alla legge costituzionale n. 3 del 2001*, Udine 9 novembre 2002, in www.giurcost.org e www.federalismi.it, par. 2.

⁹⁷ Merita, nondimeno, di essere segnalata un’iniziativa di legge (Cam., n. 2320, Zeller ed altri) volta a far sì che l’“adeguamento” abbia luogo con modulo consensuale, si da mettere sostanzialmente al paio la condizione delle Regioni speciali e quella delle Regioni (ordinarie ma) “specializzande”. Come si vede, la storia si ripete; e proprio le Regioni che, secondo modello, avrebbero dovuto esser favorite, si trovano innaturalmente costrette a rincorrere le più avanzate Regioni di diritto comune, nel tentativo di raggiungerle e di acquisire gli stessi riconoscimenti di autonomia da queste ultime già ottenuti.

⁹⁸ Sui problemi interpretativi sollevati dalla dizione del II comma dell’art. 11 della legge di riforma, v., part., R. TOSI, *Sul secondo comma dell’art. 11 della legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3*, e R. BIFULCO, *Ipotesi normative intorno alla integrazione della Commissione parlamentare per le questioni regionali*, entrambi in *forum di Quad. cost.*, in rete. Ulteriori indicazioni possono, poi, aversi da S. LABRIOLA, *Primi spunti interpretativi dell’ordinamento della Commissione parlamentare per le questioni regionali dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *Quad. reg.*, 3/2001, 923 ss. e C. DI ANDREA, *L’attuazione del nuovo titolo V in Parlamento. La verifica della “competenza legislativa” nel procedimento di approvazione delle leggi statali*, in *Le Regioni*, 1/2002, 264 ss.

fermo il fatto che la fonte costituzionale⁹⁹ è, per sua natura, dotata di una capacità di resistenza di cui non è provvista la legge comune. E questo non è senza significato per quanto attiene alla stabilità ed alla capacità prescrittiva delle metanorme che saranno poste in tema di potere estero delle Regioni.

Ma, i maggiori benefici – com'è chiaro – si attendono sul piano dei contenuti, vale a dire delle strutture, dei procedimenti, delle complessive opportunità che potrebbero, con originalità di caratteri complessivi, essere riconosciuti dagli statuti “adeguati”¹⁰⁰. Il fatto, poi, che le previsioni di questi ultimi sono svolte dalle norme di attuazione, e dunque con le garanzie tipicamente connesse alla loro confezione ad opera delle Commissioni paritetiche, può porsi quale ulteriore fattore di propulsione della specialità in un terreno nel quale, invero, non è affatto semplice farvi luogo. Certo, l'esperienza non esaltante fin qui maturata, per il modo con cui s'è concretamente fatto utilizzo dello strumento normativo in parola, non autorizza ad essere particolarmente ottimisti al riguardo; ma, lo strumento appunto c'è, è una delle risorse di cui la specialità dispone per la propria crescita, e forse, col clima diverso rispetto al passato che la riforma ha alimentato, potrebbe anche farsene un uso esso pure rinnovato, metodologicamente “adeguato” alle esigenze di un'autonomia ripensata nelle sue strutture elementari costitutive, complessivamente rigenerata insomma¹⁰¹.

Per ciò che concerne il “merito” delle soluzioni statutarie, fermo il principio per cui i maggiori riconoscimenti di autonomia fatti dalla riforma rispetto a quelli risultanti dagli statuti si applicano da subito nei territori delle Regioni speciali, grazie alla clausola di maggior favore prevista dall'art. 10 della legge di riforma, si tratta di stabilire quali spazi concretamente vi sono per soluzioni autenticamente originali, comunque assiologicamente orientate verso quel mantenimento dell'equilibrio tra unità ed autonomia, qui ripetutamente evocato in campo.

È chiaro che, sul piano della progettazione costituzionale, ciascuno può dire la sua, ma ciò che solo conta è cosa dirà il legislatore di revisione. A questo riguardo, possiedo una sola certezza: una certezza che, conformemente alla natura complessiva delle indicazioni qui proposte, ha un valore metodico-propositivo, più ancora che uno dogmatico-ricostruttivo; ed è che ogni possibile innovazione richiede di esser costantemente riportata, nei suoi possibili effetti, al canone della ragionevolezza, quale vero e proprio “principio architettonico” del sistema¹⁰².

Così, le Regioni di confine, proprio sul piano delle relazioni internazionali più ancora che su piani diversi, esprimono esigenze peculiari, la cui soddisfazione – qui è il punto, sovente non colto anche dalla più avvertita dottrina – non solo fa crescere, *per tabulas*, l'autonomia ma, per il tramite di questa, fa crescere la stessa unità, per il fatto di concorrere ad una più intensa, effettiva tutela di taluni bisogni che rimarrebbero altrimenti, in tutto o in parte, inappagati.

Non posso sul punto intrattenermi, come pure vorrei, oltre il fugace cenno ora fatto; e debbo, pertanto, limitarmi qui, ancora una volta, ad osservare, tornando ad un rilievo di carattere generale già svolto all'inizio di questa riflessione, che unità ed autonomia non sono – come, invece, da parte di molti si crede – valori in sé diversi o, di più, tendenzialmente ed irriducibilmente confliggenti: l'una, piuttosto, si fa – insegna l'art. 5 cost. – grazie alla seconda, e non già col costo di essa, così come quest'ultima può crescere ed affermarsi unicamente in una cornice assiologicamente unitaria, non pure frantumandola e disperdendone i pezzi¹⁰³. Quando l'apparato centrale ne avrà piena consapevolezza, in sede di “adeguamento” degli statuti o, magari, in generale, in sede di confezione delle leggi sulle procedure, potranno essere ricercate soluzioni davvero innovative, grazie alle quali taluni fini che lo Stato si prefigge e che fin qui ha, bene o male e sia pure solo in parte, raggiunto, potranno essere in modo ancora più intenso conseguiti (penso, per tutti, specialmente alla spinta a

⁹⁹ ... o, per la tesi favorevole all'estensione immediata del modulo previsto dall'ultimo comma dell'art. 116, la legge atipica e rinforzata con cui prenderanno corpo le esperienze di “specializzazione” regionale.

¹⁰⁰ ... o anche dalle leggi “pattizie” previste dall'art. 116, al fine della “specializzazione” dell'autonomia ordinaria.

¹⁰¹ Non è, forse, qui pure inopportuno rammentare che uno dei principi fondamentali della Carta vorrebbe (avrebbe sin dall'inizio voluto...) “adeguati” i principi e – soprattutto – i *metodi* della legislazione della Repubblica alle esigenze dell'autonomia e del decentramento.

¹⁰² ... secondo una efficace formula riassuntiva recentemente proposta (L. D'ANDREA, *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale*, ed. provv., Milano 2000).

¹⁰³ Su tutto ciò v., da ultimo, il mio *Neorealismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali*, cit.

favore dell'integrazione europea che potrebbe venire da una "cooperazione" particolarmente estesa tra le Regioni ed enti appartenenti a Stati dell'Unione o, direttamente, con questi ultimi).

Ora, i modi coi quali questa crescita sul piano delle relazioni di diritto esterno può essere assicurata sono molti, in fase tanto ascendente quanto discendente dei processi decisionali. Se pure, per fare un solo esempio tra i molti, dovesse passare così com'è il disegno La Loggia, che invero non distingue tra le Regioni in base al loro *status* e tutte riduce ad un ruolo meramente accessorio e servente rispetto alle determinazioni statali, vale a dire se dovesse passare nel modo complessivamente non promettente per l'autonomia che si è tentato di illustrare, ebbene gli statuti "adeguati" (ovvero le leggi di "specializzazione") potrebbero di contro offrire alle rispettive Regioni quelle "forme e condizioni particolari di autonomia" nel campo delle "relazioni internazionali" che invero dietro sono state immaginate come possibili per tutte le Regioni, siccome pianamente discendenti dal quadro costituzionale, secondo la ricostruzione che s'è ritenuto di darne. Insomma, quand'anche dovesse sembrare "adeguato" all'autonomia regionale in genere quanto si dice nel disegno in parola, perché non dare di più (e, soprattutto, di *meglio*) alle Regioni speciali o, quanto meno, a quelle di confine?

Il discorso, ovviamente, è suscettibile di estensione ben oltre la cerchia della "specialità" propriamente, restrittivamente intesa. Anche le Regioni "specializzande" – se così vogliamo chiamare quelle cui si riferisce l'ultimo comma dell'art. 116 – potrebbero concordare con lo Stato "forme e condizioni particolari di autonomia", visibili altresì (e specificamente) sul terreno delle relazioni di diritto esterno.

L'intero quadro ricostruttivo che qui s'è tentato, sia pure con non poca approssimazione, di rappresentare, per ciò che concerne le relazioni in parola, potrebbe esser rivisto dalla peculiare prospettiva e per le ugualmente peculiari esigenze della specialità (e della "specializzazione"). Dal modo con cui sono fatti gli accordi delle Regioni ai modi coi quali lo Stato fa luogo all'esercizio dei poteri sostitutivi: tutto, insomma, può esser ripensato ed "adattato" alla specialità (ed alla "specializzazione"), valorizzando (fin dove possibile...) l'autonomia e recuperando appieno, nelle sue modalità di realizzazione, quel principio della pari dignità costituzionale degli enti senza la quale non è, non *può* esservi vera "cooperazione" ma, semmai, com'è stato ancora da ultimo opportunamente fatto osservare, "coordinamento"¹⁰⁴.

Il nostro – s'è fatto più volte notare – è un "regionalismo sperimentale", che si mette quotidianamente alla prova, che mostra di aver bisogno di continui aggiustamenti. Se, poi, c'è un campo in cui questo bisogno emerge in modo particolarmente vistoso, questo è proprio il campo delle relazioni internazionali delle Regioni, dove tutto è ancora da "inventare", da mettere a punto, da verificare. Il quadro costituzionale – come si è qui tentato, sia pure con molta approssimazione, di mostrare – si apre, indiscutibilmente, a molteplici esiti ricostruttivi e, dunque, ad ugualmente varî esiti applicativi. Si tratta, ora, di produrre il massimo sforzo possibile per estrarne il potenziale espressivo considerato maggiormente conducente alla espansione dell'autonomia *nella* unità (e non col suo irragionevole sacrificio). A questo (pre)orientamento metodico si è ispirata la riflessione qui proposta, se ne apprezzino o no le soluzioni di merito a suo svolgimento affacciate. Allo stesso (pre)orientamento sono, pertanto, chiamati gli statuti in sede del loro "adeguamento" (così come le leggi di "specializzazione"), se si conviene a riguardo del fatto che l'"adeguamento" stesso non può (e non deve) essere un mero "bilancio" o una acritica "razionalizzazione" e piatta riproduzione delle

¹⁰⁴ Si è soffermato su questa distinzione di termini (e di concetti) J. LOZANO MIRALLES, nel suo intervento, dal titolo *La cooperación en un Estado asimétrico*, al Convegno di Messina su *Il regionalismo differenziato: il caso italiano e spagnolo*, cit., facendo notare che proprietà dell'una è, appunto, quella di intrattenersi tra soggetti che agiscono su basi paritarie, dell'altro invece la superiorità di grado dell'ente "coordinante". Nondimeno, a seconda del modo con cui può prendere corpo la partecipazione degli stessi soggetti "coordinati" ai procedimenti in cui si fa luogo all'attività di coordinamento può ridursi, in maggiore o minore misura, lo scarto esistente tra le rispettive posizioni. Il "coordinamento circolare", di cui si è anche da noi ripetutamente discusso con riguardo a molteplici campi di esperienza (ma, specie nell'ambito della finanza regionale), con la fluidità delle relazioni che in esso vengono ad intrattenersi, mostra i limiti cui per sua natura soggiace ogni forma di irrigidimento schematico, non di rado appunto forzosa o distorsiva della realtà rappresentata, pur laddove – come nel caso delle osservazioni fatte dall'A. ora richiamato – operata nell'ambito di una ricostruzione teorica finemente argomentata.

previsioni della Carta “novellata” (o, meglio, di quelle che, a giudizio del legislatore di attuazione, *sarebbero* le previsioni della Carta stessa), dovendo piuttosto puntare a farsi anche (e soprattutto) “programma” per rilanciare la specialità verso sue originali, corpose acquisizioni, pur nei limiti ed alle condizioni storicamente date.

Abstarct

Rilevate le incertezze e difficoltà interpretative del quadro costituzionale, così come risultante dalla riforma del 2001 che ha portato ad un eccessivo affollamento di formule sul campo del “potere estero” delle Regioni, e fissato nell’esigenza di un’equilibrata composizione dinamica tra unità ed autonomia il principio metodico sulla cui base le formule stesse possono essere compiutamente intese, lo studio preliminarmente si interroga circa la possibilità di configurare un parallelismo tra competenze interne e competenze esterne delle Regioni, trattandosi di stabilire se queste ultime sono unicamente quelle che risultano espressamente enunciate in Costituzione ovvero se possano darsene di altre, le cui manifestazioni non risultino in modo esplicito indicate. Si passa, quindi, all’esame della formula contenuta nel III comma dell’art. 117 cost., che assegna alla potestà concorrente la disciplina dei rapporti internazionali e con l’Unione europea delle Regioni, escludendosi che essa si dispieghi sul piano sostanziale, facendo in tal modo attrarre all’area delle materie elencate nel III comma tutte le altre, di potestà residuale, su cui le Regioni dovessero intrattenere rapporti di diritto internazionale. Riferita piuttosto la formula in parola alle relazioni di ordine istituzionale o procedurale, se ne considerano le implicazioni rispetto alle competenze regionali così come descritte nei commi V e IX dell’art. 117. Ci si sofferma, poi, specificamente sugli accordi internazionali in genere conclusi dalle Regioni, a norma del disposto da ultimo richiamato, e se ne studiano la tipologia, la dinamica nel tempo e gli effetti, evidenziandosi il carattere obiettivamente angusto ed eccessivamente rigido delle soluzioni al riguardo predisposte nel disegno di legge La Loggia, specie laddove si restringe a conti fatti l’area dell’attività contrattuale posta in essere dalle Regioni ai soli accordi attuativi di accordi già conclusi dallo Stato, conformandosi peraltro l’attività stessa come sostanzialmente “complessa” e non pure – come parrebbe invece essere secondo modello – genuinamente autonoma. Per altro verso, con riguardo agli impegni contrattuali assunti dallo Stato, si fa osservare come essi richiedano di venire alla luce col concorso attivo delle Regioni.

Nella sua parte finale, lo studio si sofferma su alcuni pregiudizi metodico-dogmatici largamente diffusi, avuto specifico riguardo al modo con cui è inteso il riferimento, fatto nel I comma dell’art. 117, agli obblighi internazionali, nonché sul problema, ad oggi non adeguatamente considerato, dei possibili conflitti tra norme comunitarie e norme internazionali ed ai loro riflessi sull’attività legislativa sia dello Stato che delle Regioni. Lo scritto si chiude con l’esame di alcune questioni di procedura che si pongono in ordine alla conclusione degli accordi internazionali delle Regioni, dei rapporti che possono instaurarsi tra gli accordi stessi e le attività promozionali all’estero ovvero le attività di mero rilievo internazionale, nonché dei caratteri presentati dall’attività sostitutiva posta in essere dal Governo a norma dell’art. 120 cost. e, infine, delle prospettive che potrebbero aprirsi per le relazioni internazionali delle Regioni speciali (e “specializzande”), specie se di confine, in forza rispettivamente degli atti costituzionali di “adeguamento” degli statuti e delle leggi adottate con l’originale procedura indicata nell’ultimo comma dell’art. 116 cost.

Antonio Ruggeri
Potestà legislativa primaria e potestà “residuale” a confronto (nota minima a Corte cost. n. 48 del 2003)

1. *La condizione (dalla Corte assiomaticamente ritenuta) di maggior autonomia goduta, in materia di ordinamento degli enti locali, dalle Regioni speciali secondo gli statuti, in rapporto a quella stabilita dall’art. 117 “novellato”*

Un po’ alla volta il nuovo quadro costituzionale delle fonti, così come risistemato a seguito della riscrittura del titolo V, prende forma davanti alla Corte, sulla base delle sollecitazioni offerte dai casi sui quali quest’ultima è chiamata a pronunciarsi. È da chiedersi, tuttavia, se e fino a che punto le decisioni man mano adottate (e – come si sa – non sono ormai poche) si facciano riportare ad un unitario, organico disegno ovvero risultino, almeno in parte, scollegate tra di loro, per un verso, e, per un altro verso, frutto di un incompiuto approfondimento delle implicazioni di ordine sistematico dalle stesse discendenti.

Questa verifica, per l’impegno di ricerca da essa richiesto e per l’ampiezza del campo dalla stessa ricoperto, non può essere, ovviamente, ora fatta e rimanda di necessità ad altri luoghi di riflessione scientifica in cui richiede di esser svolta con la dovuta estensione. A prima lettura, la pronuncia che ora si annota parrebbe, nondimeno, avvalorare l’impressione che essa sia stata adottata senza la necessaria consapevolezza almeno di alcuni effetti di sistema riconducibili a talune affermazioni in essa contenute, laddove queste ultime posseggono invece, a mia opinione, una generale valenza, che va ben oltre il caso specificamente trattato.

La decisione appare ai miei occhi assai interessante, più che per la soluzione di merito adottata sul punto specificamente portato all’attenzione della Corte, per ciò che essa... *non dice* (ma assume a presupposto di ciò che dice); e che non dice, in quanto – evidentemente – giudicato di pacifica acquisizione, mentre all’inverso meriterebbe di esser fatto oggetto di attento, critico ripensamento.

Il passaggio cruciale del ragionamento della Corte è racchiuso nel punto 2.1 del considerato in diritto. Ricorda giustamente la Corte che gli enunciati del titolo V non si applicano, in forza della clausola di maggior favore (art. 10, l. n. 3 del 2001), se non per “le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già attribuite”. Il rilievo del Governo, con cui si assumeva a parametro del ricorso l’art. 117, II c., lett. p), è, conseguentemente, ritenuto inconferente, dal momento che il disposto ora richiamato fa luogo ad una riserva di disciplina a favore dello Stato giudicata – evidentemente – meno vantaggiosa per la Regione al confronto con la “pienezza” della competenza alla stessa riconosciuta in materia di ordinamento degli enti locali, materia alla quale fa altresì capo, secondo la Consulta, la disciplina elettorale. Una competenza – si aggiunge – che “non è intaccata dalla riforma del titolo V ... ma sopravvive, quanto meno nello stesso ambito e negli stessi limiti definiti dagli statuti”. Più avanti, poi si precisa (punto 3, cons. in dir.) che i limiti statutariamente posti all’esercizio della potestà primaria (e, segnatamente, l’armonia con la Costituzione e coi principi dell’ordinamento giuridico della Repubblica) sono da tener fermi.

La vecchia potestà piena è, insomma, da considerare, in relazione alla materia *de qua*, complessivamente più vantaggiosa per l’autonomia della nuova potestà “residuale”. La Corte non ci dice perché, mentre proprio questo era, forse, il punto di maggior interesse e bisognoso di esser messo a fuoco, comunque quello sul quale viene fatta poggiare la costruzione concettuale sbrigativamente (e, però, proprio per ciò, instabilmente) eretta dal giudice.

2. *Il sommamente incerto confronto tra i vecchi limiti della potestà primaria e i nuovi della potestà “residuale”, al fine di stabilire quali siano maggiormente gravosi per l’autonomia, in ragione della natura degli interessi in campo e della incontenibile varietà dei modi con cui gli stessi si combinano reciprocamente*

Al fine di verificare la linearità del ragionamento fatto dalla Corte, per quanto svolto muovendo da una premessa assiomaticamente assunta, giova ricordare che tra le poche certezze che hanno fin qui accomunato i pur internamente ramificati e non di rado divergenti percorsi di ricerca della dottrina in tema di fonti v’è quella per cui l’autonomia non si coglie ed apprezza nella sua essenza avuto principalmente riguardo alla *estensione orizzontale* dei campi materiali rimessi alla coltivazione delle Regioni, bensì, in primo e più rilevante luogo, avuto riguardo alla capacità di “scavo” riconosciuta a queste ultime in seno ai campi stessi, vale a dire all’attitudine da esse esibita di spingersi fino in fondo al loro interno, ricercando soluzioni politico-normative autenticamente originali e, perciò, espressive di un’autonomia *pleno iure* intesa e praticata, non già appiattite sulle soluzioni prospettate (ma, in realtà, imposte) dallo Stato. Non la *quantità* ma la *qualità* fa, insomma, l’autonomia e ne dà la più genuina, complessiva connotazione, specie in prospettiva metodico-teorica assiologicamente orientata, che punti cioè a verificare, allo stesso tempo, il grado di “libertà” riconosciuto alle Regioni rispetto alle determinazioni positive dello Stato, da un lato, e, dall’altro lato, la tensione delle discipline normative prodotte in ambito locale verso l’inveramento, il massimo possibile alle condizioni storicamente date, dei fini-valori costituzionali. Se ne ha che il *piano dei limiti*, prima (e più) ancora del *piano delle materie*, è quello in cui si misura in modo emblematicamente espressivo l’autonomia.

Cose note, si dirà; ma, sulle quali è ugualmente importante tornare ora, sia pure con la massima rapidità, ad insistere, proprio per la ragione che la Corte parrebbe piuttosto rovesciare oggi l’ordine logico ed assiologico “giusto” col quale procedere all’apprezzamento dell’autonomia ed al confronto delle sue più salienti manifestazioni.

Quale può essere – è da chiedersi – il significato nascosto dietro l’affermazione per cui la vecchia potestà primaria non è riguardata dalla clausola dell’art. 10 della legge di riforma?

Con specifico riferimento ai limiti, l’affermazione in parola si apre, in astratto, a due esiti interpretativi opposti: *a)* che, ad avviso della Corte, i vecchi limiti valgano, pur nel silenzio del IV comma dell’art. 117, anche per la potestà residuale; e, poiché, a parità di limiti, i confini del campo materiale relativo all’ordinamento degli enti locali, così come delineati dagli statuti, risultano maggiormente estesi di quelli descritti nel titolo V, in conseguenza del ritaglio stabilito nel II comma, lett. *p)*, se ne ha che la vecchia potestà primaria esprime in maggior grado l’autonomia rispetto alla nuova; *b)* che i vecchi limiti non valgano per la potestà residuale e che, però, ciononostante, quest’ultima risulti ugualmente meno favorevole per la Regione (ad es., in quanto soggetta all’osservanza di *altri* limiti, suoi propri, quali discendenti da competenze “trasversali” riconosciute allo Stato dal II comma dell’art. 117, per quanto invero queste ultime difficilmente possano interferire con la materia dell’ordinamento degli enti locali oggi in rilievo: si pensi solo alla definizione dei “livelli essenziali” delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali). Per quest’ultima ipotesi ricostruttiva, le due potestà qui confrontate non sarebbero in realtà... *confrontabili*, ciascuna rimanendo, in tesi, naturalmente soggetta a limiti suoi propri; ciononostante, soppesando i limiti stessi, se ne avrebbe che quelli ora fissati nel titolo V sarebbero maggiormente penetranti degli altri statutariamente previsti.

Ora, non nego che in qualche caso (se si vuole: in non pochi casi) i limiti desumibili dal II comma possano risultare ancora più incisivi per l’autonomia di quelli menzionati dagli statuti: già in altri luoghi, mi è venuto da osservare che le “norme fondamentali delle riforme economico-sociali della Repubblica” o gli stessi “principi fondamentali” della potestà concorrente potrebbero risultare ancora meno pervasivi dei campi affidati alla disciplina regionale rispetto alla capacità di vincolo espressa dalle norme che fissano i “livelli” suddetti, che potrebbero esser date anche da *regole*, e non soltanto da *principi*, pur nelle

note ed annose difficoltà a distinguere in concreto (ed efficacemente) le une dagli altri. Certo, però, che si fatica non poco a riconoscere che, in punto di astratto diritto, i nuovi limiti siano ancora più gravosi (o – diciamo meglio – lo siano *per sistema*) dei vecchi: il senso complessivo della riforma – come si sa – è proprio nel senso della crescita dell'autonomia, non già del suo impoverimento.

Il vero è che si ha qui una difficoltà di fondo, forse davvero insormontabile, in ordine all'accertamento del “peso” posseduto da ciascun tipo di limite, se si conviene circa la naturale, irrinunciabile storicizzazione degli stessi e la loro varietà espressiva nel passaggio dall'uno all'altro campo di esperienza. Uno stesso limite, come si sa, non rimane sempre identico a sé, suscettibile di meccaniche ed uniformi applicazioni, quasi fosse una sorta di aggeggio a scatto automatico, manovrabile ad occhi chiusi anche da parte di operatori sprovvisti. La capacità di vincolo per l'autonomia delle “norme fondamentali delle riforme” o di altri limiti ancora (quanto alla potestà piena) o dei “principi fondamentali” (per la potestà ripartita) va posta in rapporto (ed in un rapporto in ultima istanza qualificabile unicamente secondo ragionevolezza) con la qualità e natura degli interessi da soddisfare, la loro mobile combinazione pur nella costante tensione verso un equilibrato appagamento sia delle istanze di unità che delle istanze di autonomia. E lo stesso, com'è chiaro, vale anche per i nuovi limiti, ancorché innaturalmente mascherati e fatti passare per “materie”, quali quelli espressi dalle norme “trasversali” suddette: i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti non possono che disporsi a diverse “altezze”, tanto nel passaggio da un campo materiale all'altro, quanto per uno stesso campo nel tempo. Ed allora, come stabilire se gli uni limiti gravano in maggior misura dei vecchi sull'autonomia?

Il discorso, nondimeno, prova troppo. Anche in relazione alle materie può (e deve) predicarsi la storicizzazione delle formule che le esprimono, se si conviene sulla incessante mobilità del linguaggio in genere e sulla sua capacità di alimentarsi e di rinnovarsi senza sosta da se medesimo, sulla base delle più varie sollecitazioni che se ne hanno dall'esperienza e per le esigenze da questa espresse.

V'è di più. La virtù camaleontica posseduta da ciascun limite (in parte dovuta all'ampiezza e vaghezza delle formule che li fissano sulla carta, in parte ancora alla duttilità del materiale da essi riguardato) può – a me pare – portare ora a far confluire fino a ricongiungere i limiti stessi, nelle loro concrete applicazioni, gli antichi risolvendosi nei nuovi, e viceversa (nel qual caso il problema qui discusso si risolve in radice), ora invece a farli reciprocamente divaricare, sì da rendere nuovamente assai disagiata (e, alle volte, persino impossibile) la comparazione. In ogni caso, non è affatto detto che si possa sempre escludere una qualche sovrapposizione tanto dei nuovi ai vecchi limiti, quanto delle nuove alle vecchie materie. È da chiedersi, ad es., se possa immaginarsi che le norme statali con cui sono fissati i “livelli essenziali” delle prestazioni relative ai diritti si aggiungano, laddove non coincidenti, alle norme fondamentali delle riforme. In nome della specialità, dovrebbe dirsi di no; ma, può la specialità urtare frontalmente col bene dell'unità, nel suo fare sistema coi valori costituzionali restanti? (Si rammenti al riguardo quanto ha, ancora di recente, affermato la stessa Corte – [sent. n. 536 del 2002](#) – laddove, con riferimento alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, ha tenuto a precisare che “la disciplina statale ... può incidere sulla materia caccia, pur riservata alla potestà legislativa regionale, ove l'intervento statale sia rivolto a garantire *standard* minimi e uniformi di tutela della fauna, trattandosi di limiti unificanti che rispondono a esigenze riconducibili ad ambiti riservati alla competenza esclusiva dello Stato”).

La pronuncia qui annotata, invero, non contiene indicazioni che avvalorino (ma neppure che smentiscano) l'eventualità ora immaginata. E, tuttavia, ciò potrebbe esser dovuto – come si diceva – alla peculiare materia trattata dalle norme oggetto del presente giudizio, una materia che tende a non farsi “coprire”, se non forse in una parte assai contenuta, da discipline specificamente volte a regolare i rapporti economico-sociali. Per campi diversi è, però, da chiedersi se la potestà primaria delle Regioni soggiaccia ai nuovi limiti, *ora al posto degli antichi ed ora, però, persino in aggiunta degli stessi*, laddove esigenze unificanti indisponibili lo richiedano. La clausola di maggior favore parrebbe far considerare inammissibile la seconda delle ipotesi ora enunciate, nel presupposto, tuttavia dietro incertamente fissato, che i vecchi limiti (con la sola esclusione di quello degli obblighi internazionali, ora generalizzato) non

valgano per sistema anche per la potestà residuale né siano sostanzialmente coincidenti con quelli propri di questa; ma, come pure si è venuti dicendo, ogni esito ricostruttivo raggiunto sul piano teorico-astratto si scontra con la fluidità di un'esperienza refrattaria a farsi ingabbiare entro schemi rigidamente ed assiomaticamente preconfezionati.

3. La “fatale”, esclusiva attrazione dal polo delle materie della prospettiva adottata dalla Corte e l'esigenza che, al fine di un compiuto ed attendibile confronto, ciascun “sistema” di regole, il vecchio così come il nuovo, sia considerato nella sua inscindibile unità e complessiva caratterizzazione, per il modo con cui limiti e materie si pongono in reciproco rapporto

In un quadro che, sul piano dei limiti, si presenta particolarmente composito ed attraversato da un moto interno inarrestabile, ancora di più si pone in risalto l'inusuale opzione metodica posta a base della decisione qui annotata. Una decisione nella quale la Corte non offre alcuna indicazione che avvalori l'una o l'altra delle ipotesi sopra prospettate in ordine ai limiti, limitandosi ad affermare seccamente la perdurante capacità dei vecchi a vincolare l'autonomia.

Il discorso è, infatti, tutto quanto spostato sul piano della estensione dei campi: il ritaglio operato dall'art. 117, II c., lett. p), con riguardo alle potestà di normazione di cui sono provviste le Regioni di diritto comune, è sufficiente, agli occhi della Corte, a far concludere che l'autonomia risultante dagli statuti seguita ad esser più avanzata di quella riconosciuta dal titolo V “novellato”; e tanto appunto basta a far concludere per l'inapplicabilità della clausola di maggior favore contenuta nell'art. 10 della legge di riforma. La circostanza per cui nella pronunzia qui annotata faccia difetto un articolato discorso riguardante i limiti è assai indicativa di una sorta di “ordinazione gerarchica” dei piani di rilievo dell'autonomia, assai discutibilmente operata dalla Corte: ci si contenta, insomma, come si diceva, del raffronto esteriormente più visibile e, a torto o a ragione, ritenuto gravato di minori incertezze teorico-pratiche. Ecco perché la partita è chiusa nel momento stesso in cui l'area dei nuovi campi materiali appare essere maggiormente circoscritta rispetto all'area dei vecchi.

Ora, va avvertito che, se è vero che un raffronto siffatto appare, a dir poco, affrettato e comunque monco o parziale, non è meno vero che soluzioni frutto di singolari o eccentriche ibridazioni tra modelli vanno viste con sfavore, se non altro per la formidabile (ma, appunto, inammissibile) esasperazione delle capacità manipolative dei testi da parte degli interpreti-operatori che esse comportano o che, ad ogni buon conto, ad esse si accompagnano (capacità in generale bisognose di esser tenute sotto stretto controllo, ma ancora di più, ovviamente, trattandosi – come qui – di testi costituzionali).

Così, appare oggettivamente forzato un esito ricostruttivo che, per un verso, porti a riconoscere alle Regioni pienezza di disciplina per l'intero campo materiale, laddove a ciò le Regioni stesse sembrano essere abilitate dagli statuti (in rapporto invece a campi meno estesi per Costituzione) e, per un altro verso (ed allo stesso tempo), ammetta la soggezione delle Regioni a limiti meno intensi di quelli statutariamente previsti, nel (discutibile) presupposto che la potestà residuale sia al riguardo più “libera” ovvero sia meno gravata al confronto della vecchia potestà piena: come dire, insomma, che la nuova potestà primaria delle Regioni ad autonomia differenziata si eserciti sui vecchi campi ma nei nuovi limiti. Ancora più forzato, siccome espressivo di una manipolazione linguistico-concettuale ulteriormente più avanzata (ma, in realtà, temeraria...), sarebbe un esito che veda le Regioni praticamente sottratte ad ogni limite: ai nuovi, cui si riferisce il II comma dell'art. 117, in nome della specialità, ed anche però ai vecchi, in nome dell'autonomia (e grazie all'attivazione della clausola di maggior favore, laddove ritenuti maggiormente incisivi per l'autonomia stessa).

Non so se (e fino a che punto) la conclusione oggi raggiunta dalla Corte possa dirsi casuale, dal momento che – come si è detto – fa al riguardo difetto un briciolo di motivazione; ma, è già importante il fatto in sé che la Corte si sia opportunamente tenuta alla larga tanto dall'uno quanto dall'altro degli

esiti ora astrattamente prefigurati, malgrado assai forte verosimilmente sia stata la tentazione a farsi da essi sedurre...

Il vero è che siffatte, ipotetiche ricostruzioni si sarebbero espone (e un domani, dunque, si esporrebbero) al vizio di una insanabile contraddizione interna, della loro asistematicità assiologico-sostanziale. Ed a darne sicura conferma è la circostanza per cui, se il nuovo IV comma dell'art. 117 si esprime nei termini (assai laconici ed obiettivamente ambigui) che sappiamo, è *proprio* in quanto il II comma, che logicamente lo precede e col quale esso fa "sistema", contiene comunque delle clausole, quali quelle di cui alle lett. *m*) e *p*), idonee a mettere al riparo il valore dell'unità-indivisibilità della Repubblica da rischi altrimenti imparabili.

D'altro canto, tornando ora al caso da cui siamo partiti, se la Regione dispone, in base allo statuto, dell'attitudine a ricoprire con le sue norme tutto quanto il campo materiale dell'ordinamento degli enti locali, è *proprio* perché la disciplina sullo stesso prodotta soggiace a limiti astrattamente idonei a salvaguardare il bene dell'unità (dall'armonia con la Costituzione e coi principi dell'ordinamento giuridico, cui si è espressamente riferita la pronunzia qui annotata, all'osservanza delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali). Quanto, insomma, la Regione ha di meno, per Costituzione, sul fronte dei campi materiali, lo guadagna per compenso sul fronte dei limiti (sempre che – si ripete – giudicati di minore pervasività degli antichi), così come quanto invece guadagna per statuto sull'un piano, perde sull'altro.

Ogni "sistema" (o "sottosistema") di regole ha, insomma, una sua coerenza e compiutezza, risultante dal modo con cui si incrociano e reciprocamente sorreggono l'asse verticale dei limiti e l'asse orizzontale delle materie. Sostituire uno di tali assi con l'altro, preso a prestito da un "sistema" diverso, rischia di far sbilanciare la costruzione in tal modo eretta, proprio per la eterogeneità di fattura degli elementi altrove estratti ed innestati su un contesto ordinamentale refrattario ad accoglierli. Ecco perché ciascun "sistema" è, a conti fatti, da prendere o lasciare, nel suo insieme così com'è: quanto meno, per quelle parti in relazione alle quali le regole che lo compongono risultano essere concettualmente e positivamente (cioè funzionalmente) inautonome. Non è – si badi – solo una questione di enunciati, di modo che debbano essere evitati innaturali innesti di frammenti di disposti normativi in sé privi di senso, mentre sia possibile il trapianto di disposti dotati di compiutezza di senso. Non è, in breve, solo una questione di formule provviste di senso compiuto; è piuttosto – come si è venuti dicendo – una questione di coerenza e di equilibrio assiologico complessivo del sistema, un equilibrio che, per sua natura, si coglie e verifica non sul solo piano del raffronto delle espressioni linguistiche bensì anche (e soprattutto) sul piano della ricerca e dell'effettivo conseguimento di sintesi complessivamente appaganti, a seconda dei campi e delle esigenze da essi espresse, tra unità ed autonomia.

Ecco perché la posta in palio, nel caso oggi risolto dalla Corte, è altissima; ed ecco perché la soluzione adottata proietta la sua luce (o la sua ombra?) ben oltre l'ambito circoscritto oggi toccato.

Si tratta, infatti, di sapere se la *sola* (o, comunque, la prioritaria) considerazione del piano orizzontale sia per sistema sufficiente, come parrebbe ritenere la Corte (almeno a stare a ciò che oggi è espressamente detto...), a stabilire una sorta di "gerarchia" tra le condizioni di autonomia stabilite dagli statuti e quelle risultanti dal titolo V. La qual cosa, invero, come si è venuti dicendo, non sembra; ed avrebbe piuttosto dovuto consigliare di allargare lo sguardo anche (e, forse, soprattutto) al piano dei limiti, pur nelle non taciute difficoltà a pervenire su di esso ad esiti ricostruttivi chiaramente delineati nei loro contorni essenziali e dotati di apprezzabile stabilità.

Il rischio è, insomma, che d'ora innanzi si faccia dipendere l'attivazione della clausola di maggior favore unicamente dagli esiti di un'analisi avente esclusivamente (o, comunque, principalmente) ad oggetto le indicazioni statutarie e costituzionali relative alle materie. Di modo che le formule sui limiti finiscano sempre di più per affievolirsi nella loro capacità produttiva di sensi (e, perciò, pure prescrittiva), vieppiù accentuandosi in tal modo quella capacità di manipolazione semantica degli enunciati da parte degli operatori che – come si è sopra rammentato – è ad ogni modo assai elevata e praticamente rilevante.

La vicenda – se ci si pensa – presenta allora un risvolto quasi paradossale e non poco inquietante: col fatto stesso di non insistere più di tanto sul piano dei limiti, qui solo sfiorato dalla Corte, anziché sminuirne l'incidenza – come invero parrebbe esser stato ora fatto – si finisce con l'evidenziarne ulteriormente la duttilità strutturale e, *per ciò pure*, la capacità di adattamento ai casi, di qualificazione di questi ultimi sulla base di contingenti esigenze. Una elasticità indiscutibile e che, però, in larga parte essi condividono con le materie, le cui formule si prestano ugualmente a forti ed incessanti manipolazioni.

Il *punctum crucis* del complessivo equilibrio tra le istituzioni ed i beni o valori di cui esse sono portatrici (e, perciò, tra unità e autonomia) è, a conti fatti, segnato dalla necessariamente “bilanciata” composizione tra la *scrittura* e l'*esperienza* costituzionale: nel momento in cui la prima dovesse smarrire del tutto la capacità sua propria di delimitare, in maggiore o minore misura a seconda degli enunciati e delle condizioni di contesto, l'area dei significati astrattamente possibili, il dominio della politica sul diritto costituzionale sarebbe un fatto ormai incontrovertibile, consolidato e, perciò, irreversibile.

Di tutto ciò non è ora il caso di discorrere, oltre il cenno appena fattovi, malgrado il centrale rilievo posseduto dalla questione ora evocata. Rimane, ad ogni buon conto, il fatto che la pronunzia qui fatta oggetto di una rapidissima annotazione “a prima lettura” mette disinvoltamente da canto e lascia avvolta nell'ombra una delle due facce della medaglia in cui sono descritte le sembianze dello Stato regionale e fondato sulle autonomie, quella dei limiti, con ciò stesso dando ad intendere che la capacità qualificatoria alla stessa riconoscibile non sia di (teorica e) pratica importanza: quanto meno, non lo sia al pari di quella espressa dalle formule sulle materie. Se la soluzione dovesse considerarsi generalizzabile, la caduta di senso di uno dei punti di snodo dell'articolazione strutturale dello Stato decentrato, quello appunto riguardante la *qualità* (e non la mera *quantità*) dell'autonomia, risulterebbe inarrestabile. Ma, è da augurarsi che non sia così e che la Corte dunque corregga alla prima occasione utile la prospettiva parziale (e, per ciò stesso, deformante) dalla quale ha oggi guardato ai rapporti tra le fonti di Stato e Regione, ripristinando l'equilibrio tra gli assi cartesiani sul quale esse poggiano nel loro mutuo comporsi in sistema.



2006



Antonio Ruggeri
Presentazione del Seminario del Gruppo di Pisa su
“Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi”
(Genova, 10 marzo 2006)

S’inaugura oggi un nuovo modo di riflettere assieme su temi di giustizia costituzionale rispetto ai precedenti del Gruppo di Pisa, che prende la forma di un seminario *in progress*: all’incontro di oggi, infatti, dedicato alle “zone d’ombra” della giustizia costituzionale con riguardo ai giudizi sulle leggi, seguirà quello del 13 ottobre prossimo, che si terrà a Modena, relativamente agli altri giudizi.

La ragione è presto chiarita: l’estensione del campo oggetto di studio, con la complessità degli ordini tematici allo stesso facenti capo e la varietà dei profili bisognosi di essere riguardati, ha imposto questa soluzione. In una stagione caratterizzata da innumeri manifestazioni celebrative del primo mezzo secolo di vita della Corte costituzionale in Italia, il Gruppo di Pisa ha ritenuto di dover avviare al proprio interno un confronto a largo raggio e, quanto più possibile, approfondito sugli elementi di debolezza o, come che sia, d’inadeguatezza del nostro sistema di giustizia costituzionale, così come resisi palesi attraverso la maturazione di esperienze processuali ormai nondimeno sufficientemente definite nelle loro linee portanti e maggiormente espressive.

“Zone d’ombra”, s’è detto, e non pure “zone franche”, secondo un’etichetta, come si sa, da anni circolante e particolarmente diffusa. L’una espressione, infatti, non nega ma anzi al suo interno comprende la seconda, allo stesso tempo superandola: volendosi, cioè, riferire anche ai casi in cui il giudizio della Corte ha ugualmente modo di spiegarsi, pur lasciando per l’uno o per l’altro aspetto comunque insoddisfatte o, come che sia, non pienamente appagate talune aspettative di giustizia costituzionale (per una loro densa, esigente accezione).

Forse, ciascuno dei “tipi” di giudizio sulle leggi avrebbe meritato una sede a se stante e, di sicuro, un approfondimento di analisi maggiore di quello che qui, a motivo del ristretto lasso temporale a disposizione, potrà aversi. La consapevolezza, tuttavia, delle mutue implicazioni che si hanno tra l’una e l’altra sede o modalità di giudizio ha portato alla scelta che s’è fatta, sopra succintamente indicata, volta a non separare ciò che è di per sé unito e, pertanto, meritevole di unitaria considerazione (ancora meglio avrebbe poi potuto farsi trattando in un solo incontro tutti i giudizi, sulle leggi e non, in ragione dei rimandi che gli uni e gli altri si fanno, pur nella loro irripetibile, specifica conformazione; ma, s’è pensato che porre un ragionevole lasso di tempo tra l’una e l’altra occasione di riflessione avrebbe potuto per molti aspetti giovare alla maturazione di quest’ultima e ad una serena valutazione dei suoi esiti ricostruttivi).

D’altronde, delle ricadute che, a seconda del modo con cui prendono corpo talune esperienze processuali, possono aversi su altre esperienze alle prime contigue si è avuta tangibile conferma dalla “svolta” segnata dalla riforma del titolo V che – come è stato, ancora da ultimo, rilevato nella Conferenza stampa del Presidente A. Marini (e già in molti altri commenti) – ha, almeno al presente, “convertito” la Corte da *giudice dei diritti*, per il tramite della soluzione di controversie sorte in occasione dell’applicazione giudiziale di leggi sospette d’incostituzionalità, in *arbitro dei conflitti* (anche, e in primo luogo, legislativi) tra Stato e Regioni. Nella Conferenza suddetta si manifesta l’avviso che si tratta di un momentaneo squilibrio, dovuto all’asestamento richiesto dalla corposa innovazione costituzionale del 2001; è, tuttavia, da temere che la opacità del quadro costituzionale ridisegnato dalla riforma e, forse più ancora, la mobilità degli elementi che lo compongono, che esibiscono un’accresciuta disponibilità a farsi variamente “impressionare” dall’esperienza, possano portare la tendenza in atto ad ulteriormente consolidarsi, sì da rendersene quindi assai problematico lo sradicamento dal terreno su cui alligna e cresce il diritto costituzionale vivente.

Sta di fatto che, oggi più di ieri, discorrere dei giudizi proposti in via d'eccezione in modo separato da quelli in via d'azione (e, naturalmente, viceversa) sarebbe palesemente parziale e complessivamente forzato, a motivo di quella ricaduta di effetti di talune vicende processuali, di cui si diceva, da una parte e dall'altra, per il rilievo ad esse secondo occasione conferito dalla giurisprudenza costituzionale.

Di sicuro, oggi pure si tornerà a discutere di questioni attorno alle quali la dottrina da tempo s'interroga, con varietà di orientamenti manifestati e di soluzioni proposte, nei quali non soltanto si rispecchiano – com'è naturale che sia – le personali opzioni e tendenze metodico-teoriche di ciascuno studioso ma si rendono, almeno in parte, palesi le molteplici sfaccettature esibite dalle singole esperienze di giustizia costituzionale verso ciascuna delle quali, in maggiore o minore misura, si fa attrarre l'attenzione da parte dei commentatori.

La circostanza, ad es., secondo cui le pronunzie d'inammissibilità (manifesta e non) siano col tempo cresciute non esclusivamente (e, forse, neppure principalmente) si deve – come, invece, è ancora da ultimo, segnalato dal discorso alla stampa del Presidente Marini – alla mancata o, come che sia, ad una insufficiente conoscenza dei meccanismi processuali da parte delle autorità remittenti, che dunque, per l'uno o per l'altro verso, “sbagliano” a rivolgersi alla Corte, laddove potrebbero da sole chiudere la partita. Certo, gli sbagli (o gli abbagli...), alle volte anche clamorosi, ci sono; ma non è, appunto, questa la sola evenienza possibile, ove si consideri che in non pochi casi l'adozione di una pronunzia *in limine litis* si deve, in realtà, ad una precisa opzione *di merito* maturata presso la Consulta, che avrebbe potuto, volendo, rivestirsi di forme diverse, restando nondimeno invariato il “bilanciamento” degli interessi in campo. Ed è ormai provato che una stessa soluzione viene non di rado ad esser sorretta e – come dire? – veicolata da tecniche decisorie diverse (persino contrapposte), non già (e non sempre) in ragione dei *casi*, obiettivamente considerati, vale a dire per gli elementi normativi e fattuali che li connotano e che presentano l'attitudine a farsi rivedere con caratteri immutati nel corso del tempo, esprimendo pertanto una naturale vocazione alla loro “universalizzazione”, bensì secondo *occasione*, vale a dire in ragione di congiunturali interessi (anche di “contesto” politico) davanti ai quali la Consulta non riesce a restare insensibile.

Altre volte, poi, l'inammissibilità evidenzia una carenza del sistema, quale che ne sia la causa, che obbliga il giudice costituzionale alla resa.

Qui occorre distinguere, dal momento che la carenza stessa può essere di ordine positivo, richiedendo pertanto di essere colmata ad opera di una nuova “razionalizzazione” normativa (quali che ne siano il piano al quale essa può aversi e le forme di cui ha bisogno di rivestirsi: costituzionali, legislative, regolamentari, ecc.), ma potrebbe pure essere di origine giurisprudenziale, essendo dunque sufficiente a rimuoverla l'impianto di un nuovo “diritto vivente”, alla cui formazione giudici comuni e Corte sono, con tipicità di ruoli, chiamati a concorrere. Una rimozione che, in questo secondo caso, potrebbe risultare ancora più gravosa e difficoltosa che nel primo, sol che si consideri che alle volte è meno disagiata innovare ad un diritto scritto, peraltro sottoposto a non infrequenti mutamenti, piuttosto che ad un diritto non scritto, specie se consuetudinario, quale quello riscontrabile sul piano dell'interpretazione-applicazione delle regole sul processo, la gran parte delle quali – al di là di alcune perduranti oscillazioni – appare ormai talmente radicata nell'esperienza da essere appunto praticamente irremovibile.

Pur godendo di larghi e convinti consensi, per il considerevole apporto dato alla crescita e diffusione dei principi-valori fondanti l'ordine repubblicano, il nostro sistema di giustizia costituzionale presenta, praticamente in ogni sua parte, accanto a molte luci non poche né poco estese “zone d'ombra”: alcune sono considerate tali per pressoché unanime riconoscimento (anche qui si è, dunque, in presenza di una consuetudine culturale, idonea peraltro, per la sua parte, ad alimentare il “diritto vivente”); altre invece sono – come si sa – assai discusse, già a riguardo della loro stessa esistenza ovvero dei rimedi prospettabili al fine di far riflettere al loro interno almeno un po' della luce restante.

Nulla, ovviamente, posso ora dire a riguardo sia delle une che delle altre; è sufficiente, tuttavia, il riscontro del dato in sé a dare un senso al nostro incontro di oggi ed a quello che gli farà seguito. Quel

che è certo è che si vorrebbe una giustizia costituzionale ancora più ferma (o meno oscillante...), penetrante persino negli angoli più reconditi dell'ordinamento e dell'esperienza costituzionale, e – soprattutto – giusta.

Per questa ragione, molti di noi auspicano un ancora più esteso riconoscimento della qualità di giudice *a quo* rispetto a quello avutosi ad opera di una sensibile (ma, forse, pure poco coraggiosa) giurisprudenza, cui nondimeno va il merito di aver dilatato gli spazi, oggettivamente angusti, segnati dalla formula dell'art. 23, l. n. 87 del '53 (tra le figure al riguardo maggiormente discusse le autorità amministrative indipendenti o, quanto meno, alcune di esse che, per funzioni e posizione, parrebbero risultare assai contigue alle autorità propriamente giurisdizionali). Un allargamento che, forse, di necessità passa attraverso un'approfondita revisione teorica delle nozioni di “giudice” e di “giudizio”, rispetto a talune loro particolarmente accreditate ma ormai troppo risalenti e complessivamente invecchiate configurazioni: una revisione per la quale la stessa giurisprudenza, pur con alcune non rimosse incertezze ed esitazioni, ha offerto spunti interessanti, che meriterebbero di essere opportunamente ripresi e coltivati. Non è, nondimeno, chi non veda come l'ampliamento della cerchia degli organi abilitati a rivolgersi alla Corte richieda di esser fatto con molta prudenza ed accortezza, dovendosi pur sempre, scrupolosamente salvaguardare il bene indisponibile della funzionalità dei meccanismi processuali, venendo meno la quale la stessa rigidità della Costituzione finirebbe col trovarsi sotto *stress*, fino ad esser gravemente, irrimediabilmente pregiudicata.

La questione, che torna a riproporsi in più luoghi ed occasioni, è assai complessa e, per un certo verso, parrebbe avvolgersi in se stessa: chiudendo le porte di accesso alla Corte ad alcune autorità si metterebbe a rischio la rigidità, alcune leggi riuscendo in tal modo a sottrarsi al sindacato della Corte (o, comunque, rendendosi lo svolgimento di quest'ultimo assai disagiata); aprendo però le porte stesse in modo non oculato, la rigidità verserebbe, nuovamente, in pericolo, per il sovraccollimento delle istanze pervenibili alla Consulta, con evidente pregiudizio – come s'è detto – per la funzionalità dell'organo giudicante.

Allo stesso modo, sono da tempo patrocinati un moderato allargamento ed un sensibile svecchiamento della dinamica processuale, con particolare riguardo ai giudizi sulle leggi (per gli altri giudizi, come si sa, si sono registrate talune apprezzabili, ancorché incompiute, novità), specie attraverso la estensione del contraddittorio (essa pure, naturalmente, subordinata a rigorose condizioni e sottoposta a strette verifiche nei singoli casi). Si fanno, poi, ad oggi attendere alcune novità, anch'esse da tempo sollecitate a formarsi ma fin qui rimaste non attuate, riguardanti i “termini” delle questioni: forse, in maggior misura l'oggetto rispetto al parametro, perdurando talune chiusure della giurisprudenza francamente inspiegabili e, comunque, oggi più di ieri con maggiori difficoltà argomentabili (ad es., in merito al mancato riconoscimento del “valore di legge” di certi tipi di regolamento e, in genere, di talune fonti di autonomia, malgrado la riforma del titolo V abbia ad esse conferito esplicito, peculiare rilievo: penso, ora, soprattutto ai regolamenti “delegati” dallo Stato alle Regioni, a norma del VI c. dell'art. 117). È inoltre da verificare in che modo taluni “tipi” di oggetto possano interagire sulle modalità di giudizio: questione che si fa particolarmente complessa in relazione a quelle leggi (o atti ad esse equiparati) che, per ragioni varie (di natura o di tempo o, più in genere, di contesto), possono considerarsi soggette ad uno scrutinio stretto di costituzionalità, persino tale da portare al ribaltamento della presunzione di validità giudicata idonea ad assistere le leggi (ma: gli atti giuridici in genere). La qual cosa può, a mia opinione, esser predicata con riguardo a leggi eccezionali e di emergenza e, forse pure, a leggi che in genere si discostino dallo *standard* per esse stabilito dalla Carta e che ne identifica lo statuto teorico (ad es., le leggi personali, ove si consideri l'attributo della generalità quale carattere *naturale*, ancorché non *necessario*, degli atti produttivi di norme). Ciò che, poi, in ragione delle mutue implicazioni che si intrattengono tra oggetto e parametro, testimonia come possa farsi un “uso” complessivamente diverso, ora più ed ora meno intenso e penetrante, sia dell'oggetto che del parametro e, per ciò pure, delle tecniche con cui l'uno è posto al confronto dell'altro e giudicato (a partire dalla tecnica della ragionevolezza, per una sua particolarmente densa, assiologicamente connotata accezione: tecnica – checché se ne dica da parte di taluno – idonea ad

essere declinata al plurale ed a manifestarsi pertanto in forme diverse in ragione dei casi, non già dunque a farsi rivedere nel tempo con costanza di caratteri).

La questione dei “termini” è figlia di altre e più generali questioni, dalle notevoli ascendenze ed implicazioni teoriche, alle quali non mi è qui consentito neppure accennare. È tuttavia chiaro il legame di immediata derivazione che si intrattiene tra l’una e le altre, come pure tra queste ultime *inter se*. E non posso qui trattenermi dal rilevare che la rigidità e fermezza di alcune prese di posizione del giudice delle leggi avrebbero forse potuto essere, almeno in parte, ammorbidite qualora la prospettiva metodica e gli schemi d’inquadramento adottati fossero stati sensibilmente diversi.

Faccio solo un esempio al riguardo, al fine di dare un minimo di concretezza al discorso ora svolto. Se la Corte avesse fatto propria la proposta ricostruttiva che vuole obiettivamente circoscritti l’oggetto del giudizio e la cerchia dei diretti destinatari delle pronunzie della Corte, in applicazione di una prospettiva *relativistica* di sistemazione delle esperienze di giustizia costituzionale nella quale da tempo mi riconosco, la questione dell’estensione del contraddittorio, nei giudizi in via d’eccezione come pure in quelli in via principale, avrebbe potuto esser in larga misura sdrammatizzata, una volta assodato che solo alcuni soggetti (e non altri) sono *direttamente e specificamente* riguardati dal caso pendente davanti alla Corte (e, perciò, dai suoi possibili esiti), siccome ricadenti nella medesima *situazione normativa* – come a me piace chiamarla – in cui stanno attore e convenuto. Di rovescio, stabilito che il verdetto della Consulta può toccare *nella medesima misura e nel medesimo tempo* altri soggetti (magari assai numerosi e persino *tutti* coloro che compongono una stessa categoria di persone) oltre le “parti” in causa (ad es., laddove sia impugnata per iniziativa di una o più Regioni una legge-quadro statale), diventa arduo chiudere le porte di accesso al giudizio anche ad essi (alle altre Regioni, dunque; ma, con l’estensione dell’area materiale degli interventi regionali e con la sovrapposizione delle competenze “trasversali” dello Stato, l’ipotesi che i “conflitti legislativi” tocchino altresì soggetti diversi da Stato e Regioni è da mettere seriamente in conto, malgrado le resistenze al riguardo, come si sa, manifestate in giurisprudenza).

È interessante notare come alcune questioni, quale quella, cui si è appena accennato, dell’apertura del contraddittorio a terzi, pur diversificandosi nelle loro peculiari forme espressive a seconda dei “tipi” di giudizio di costituzionalità, abbiano una base comune, a motivo del carattere teorico-generale delle radici dalle quali si tengono ed alimentano. Ed è altresì interessante notare come talune innovazioni fatte o progettate in rapporto al quadro originario (e mi riferisco ora sia alla riforma del titolo V che alla “controriforma”, come a me piace chiamarla, posta in essere a fine anno scorso, sulla quale pende, come si sa, un’iniziativa referendaria dall’esito – checché se ne dica da parte di alcuni inguaribili ottimisti – nient’affatto scontato), anziché colmare talune iniziali carenze, abbiano addirittura finito con l’accrescerle o, come che sia, col rimarcarle.

La vicenda suona, per certi aspetti, persino paradossale. La conoscenza via via maturata di taluni difetti dei meccanismi di giustizia costituzionale, ignorati ed imprevedibili al tempo della confezione di questi ultimi, avrebbe dovuto portare a sia pur parziali aggiustamenti degli ingranaggi stessi, non già al loro ulteriore logoramento.

Non intendo ora, per deliberato proposito, soffermarmi sulla “riforma della riforma” *sub iudice*, in merito alla quale non conosco una sola voce che si sia espressa senza sollevare pur parziali ma penetranti e argomentate riserve o critiche a riguardo di questa o quella sua parte o previsione. Per ciò che qui specificamente interessa, è diffusamente paventato, come si sa, il rischio che la Consulta e i suoi giudizi possano risultarne eccessivamente, irragionevolmente caricati di valenza politica, a motivo della nuova composizione della Corte, dell’ancora più confusa spartizione di materie e funzioni tra Stato e Regioni, nonché del modo contorto con cui è stato pensato e del modo largamente approssimativo e farraginoso con cui è stato ristrutturato il procedimento legislativo in ambito statale, di cui una sola cosa si sa con assoluta, incrollabile certezza: che, appunto, cresceranno le occasioni di conflitto tra le Camere, con effetti ad oggi imprevedibili, sicuramente comunque dannosi. Né a parare l’alea della loro

“giurisdizionalizzazione” (che, nondimeno, se ammessa e riscontrata in forme eccessive, recherebbe non poco nocimento alla funzionalità della Corte) soccorre il disposto di cui al nuovo ultimo comma dell’art. 70, che vuole *in ogni sede* insindacabili le soluzioni date sul punto della competenza, siccome probabilmente affetto da incostituzionalità (in rapporto al principio fondamentale della supremazia della Costituzione: un autentico *prius* logico ed assiologico dell’ordinamento costituzionale delle fonti).

Restando, dunque, al diritto costituzionale in atto vigente, è singolare che l’intento coltivato dall’autore della riforma del 2001 e volto ad una sensibile valorizzazione dell’autonomia su basi territoriali (specie di quella regionale), anche nelle sue proiezioni processuali, si sia rivoltato contro se stesso, perlomeno in talune realizzazioni ad oggi avutesi per il tramite delle esperienze di giustizia costituzionale.

Certo, le novità non sono mancate; ed alcune di esse hanno avuto fiato attraverso la bocca della Consulta. E, tuttavia, la vicenda, riguardata nel suo complesso, sembra svolgersi e prendere forma sotto il segno di una soffocante continuità, tanto più insopportabile quanto più abilmente mascherata e, in buona sostanza, deviante dal solco costituzionale: con l’aggravante che, volendo il nuovo quadro costituzionale portare ancora più in alto rispetto al passato la condizione delle autonomie, lo scarto tra le ambizioni del modello e le sue esigue, deludenti realizzazioni appare maggiormente vistoso e, con esso, viepiù evidenti talune non rimosse carenze negli ingranaggi della giustizia costituzionale.

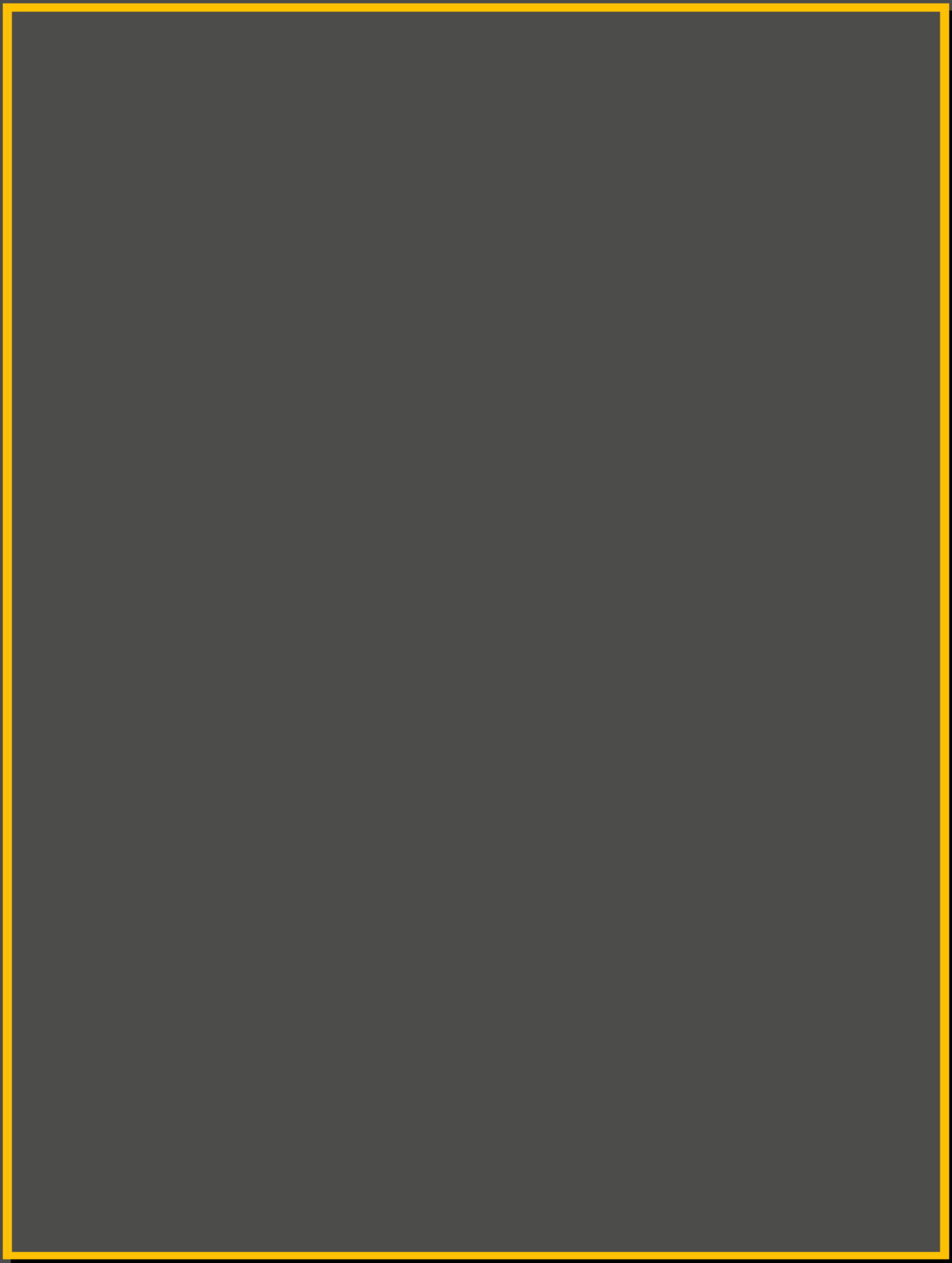
La circostanza, ad es., che poco sia, in buona sostanza, cambiato in ordine alla effettiva spartizione dei campi materiali (quanto pesa la potestà “residuale” e quale ne è la capacità di distinguersi, in “orizzontale” ed in “verticale”, dalle potestà restanti?) e nulla sia cambiato sul fronte dei vizi delle leggi, rispettivamente, denunziabili da Stato e Regioni ovvero in ordine alla partecipazione dei terzi (magari di altri enti territoriali...) alla dinamica processuale: ebbene, tutto questo (ed altro ancora), oggi più di ieri, sembra negativamente contrassegnare le esperienze processuali in parola, *proprio* in ragione del fatto che la riforma ha mirato ad ulteriormente promuovere la condizione delle autonomie (che, poi, quest’intento si sia mal tradotto sul piano della formulazione degli enunciati, che a sua volta denuncia al proprio interno non poche discordanze, incertezze, oscurità di dettato, è un altro discorso, che s’è già fatto in molte sedi e che non può tuttavia essere qui nuovamente ripreso).

Quel che importa notare è che, in tal modo, la forbice tra il piano delle previsioni costituzionali di ordine sostantivo ed il piano delle esperienze processuali, già visibilmente aperta nel dettato originario della Carta, si allarga ulteriormente con la riforma del 2001, mostrando la complessiva inadeguatezza delle seconde a stare al passo delle prime ed anzi ad allinearsi ad esse, assecondandone il verso, pur nei limiti obiettivi di rendimento dei meccanismi processuali in atto esistenti.

Di più non posso ora dire ed anzi mi scuso per aver sottratto fin troppo tempo alla discussione. Chiudo esprimendo, unitamente ai ringraziamenti particolarmente sentiti, non di circostanza, agli amici e colleghi genovesi per lo sforzo prodotto nell’organizzazione del seminario e per la calorosa ospitalità riservatami, non già l’auspicio ma la certezza che anche questo nostro incontro sarà animato e ricco di indicazioni, al pari degli altri che l’hanno preceduto. Ne dà sicura garanzia la provata esperienza dei relatori, di cui è nota la sensibilità per i temi della giustizia costituzionale ed il contributo già ripetutamente dato alla soluzione di talune tra le più aggrovigliate questioni ad essi afferenti, nonché la serietà e l’impegno nella ricerca già dimostrati dai giovani studiosi cui è stato rivolto l’invito a svolgere alcuni mirati interventi su profili di cruciale rilievo, dei quali sono sicuro che ugualmente, in ragguardevole misura, si gioverà il nostro dibattito.



2010



Antonio Ruggeri
La Corte costituzionale davanti alla politica
(nota minima su una questione controversa, rivista attraverso taluni frammenti della
giurisprudenza in tema di fonti)*

SOMMARIO: **1.** Come “pesare” l’incidenza della Corte sulla politica e quella della politica sulla Corte? – La Corte e il canto ammaliante delle sirene della politica, ovvero sia la Corte fa *politica costituzionale* col fatto stesso di prestare alle volte eccessivo ossequio alla... *politica tout court*. – **2.** Limiti e “controlimiti” al piano delle relazioni interordinamentali e limiti alle innovazioni costituzionali. – **3.** La relativizzazione dei criteri ordinatori delle fonti, in presenza del bisogno impellente di dare appagamento a beni costituzionalmente protetti, e il sostanziale avallo prestato alla politica dalla giurisprudenza relativa agli atti primari di normazione del Governo. – **4.** La giurisprudenza in materia referendaria e le (non di rado squilibrate) mediazioni da essa svolte tra la politica dei rappresentanti e la politica dei rappresentati. – **5.** *Quando l’apparenza inganna*, ovvero sia i molti volti della Corte davanti alla politica, rivisti allo specchio delle tecniche processuali e dei modi sempre rinnovati del loro utilizzo.

1. Si può “pesare” l’incidenza della giurisprudenza costituzionale sulla politica e quella della politica sulla giurisprudenza? E, se sì, in che modo, vale a dire su che piano e a mezzo di quali strumenti o criteri?

I quesiti si trascinano stancamente da tempo, senza nondimeno trovare ad oggi sicure o, come che sia, in tutto persuasive risposte¹. E invero è fin troppo facile, quanto però scontato, osservare che, in fondo, ogni pronuncia – sia come tipo che come decisione individua – del giudice costituzionale è potenzialmente idonea a lasciare un segno, ora più ed ora meno marcato, sui processi politici, così come, di rovescio, ogni legge e, più largamente, ogni atto o comportamento che pervenga al sindacato del giudice stesso, in quanto espressivo di una carica intrinseca di “politicalità”, pur variamente apprezzabile, è tenuto in conto, negli effetti che ha già prodotti e in quelli che potrebbe ulteriormente produrre, da chi è chiamato a valutarlo. La Corte infatti confronta e soppesa la situazione normativa presente con quella futura, quale potrebbe aversi a seguito della eventuale caducazione dell’atto impugnato, che poi potrebbe talora coincidere con quella... *passata*, per il caso che dovesse assistersi al ripristino della situazione esistente prima dell’avvento dell’atto stesso². È però chiaro che, in questa sua generalissima (ma anche genericissima) accezione, il rapporto di mutua condizionalità che viene ad intrattenersi tra Corte e politica non può essere colto nei suoi tratti più immediatamente espressivi, l’indagine finendo dunque col disperdersi nei mille rivoli nei quali prende corpo e svolgimento la giurisprudenza costituzionale in ogni sua manifestazione.

Delimitando il campo di esperienza attraversato dalla giurisprudenza stessa e, soprattutto, andando alla ricerca di indici attendibili – diciamo così, relativamente sicuri – dell’influenza dell’uno sull’altro termine della relazione in discorso, è possibile pervenire a risultati di un certo interesse, nondimeno meritevoli di ulteriori verifiche ed approfondimenti che dovranno aversi in sedi diverse da questa.

Enuncio subito la tesi nella quale mi riconosco, con specifico riguardo al campo prescelto per l’indagine che ora si avvia, quello delle vicende della normazione e dei modi della composizione delle fonti in sistema, con l’avvertenza che le prime conclusioni su di esso raggiunte potrebbero, anche in significativa misura, divergere da quelle conseguite in altri campi. Nessuna impropria generalizzazione

* In corso di stampa in *Percorsi costituzionali*, 2-3/2010.

¹ Rammento qui solo il confronto non molto tempo addietro avutosi in occasione di uno dei convegni annuali del Gruppo di Pisa, su *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, svoltosi ad Otranto il 4 e 5 giugno 2004, a cura di V. TONDI DELLA MURA - M. CARDUCCI - R.G. RODIO, Giappichelli, Torino 2005.

² ... per quanto il riconoscimento della “reviviscenza” di leggi abrogate da leggi giudicate come costituzionalmente illegittime sia compito del giudice e degli operatori in genere, non della Corte, che nondimeno può ugualmente prefigurarsene l’esistenza, così come s’è avuto in alcuni casi.

può dunque aversi; ed anzi l'impressione che ho da tempo e che qui sento di non poter nascondere è che la relazione tra Corte e politica abbia molti volti, prestandosi pertanto a varie analisi, reciprocamente discoste per impostazione e svolgimenti.

La tesi è che la Corte non rimanga insensibile al canto ammaliante delle sirene della politica³, perseguendo dunque una sua *politica costituzionale* prevalentemente (seppur non esclusivamente) volta all'obiettivo di salvaguardare la *politica tout court*; e, invero, il paradosso (apparente?) in cui si avvolge la giurisprudenza è che quest'ultima faccia politica col fatto stesso di difendere a tutti i costi la... politica stessa, pur laddove appaia oggettivamente non difendibile. Un obiettivo, questo, che dunque, per il modo con cui specie in taluni campi di esperienza è preso di mira, porta alla formazione di linee giurisprudenziali che sembrano talora non essere né imposte né consentite dal modello costituzionale e, ciononostante, in qualche caso almeno, in sé non disprezzabili (come dire che la giurisprudenza ha "riscritto" e riscrive senza sosta il modello stesso anche... *in melius*), pur se nell'insieme non poche né lievi perplessità solleva il complessivo orientamento della giurisprudenza. E si tratta allora di chiedersi (ma in una sede diversa da questa) quale possa essere stata la ragione che ha determinato lo stato di cose qual è (o, meglio, quale a chi scrive appare essere) e – ciò che più importa – quali possano essere i suoi ulteriori, prossimi sviluppi, che poi – com'è chiaro – sono i prevedibili sviluppi di un rapporto tra Costituzione e politica che appare farsi col tempo viepiù squilibrato e complessivamente alterato.

2. Procederò in questa rapida disamina in ordine sparso, limitandomi a richiamare talune note esperienze e facendone nuovamente oggetto di rapida considerazione dal peculiare angolo visuale congeniale a questo studio. Si tratta – come evoca il titolo dato a queste notazioni – di "frammenti" di giurisprudenza, che attendono di essere posti l'uno accanto all'altro e confrontati, allo scopo di verificare se possano comporsi in un unico disegno ovvero se restino reciprocamente slegati.

Nulla ora dirò a riguardo dell'ormai nutrito, complesso capitolo della giurisprudenza che attiene al piano delle relazioni interordinamentali (e, segnatamente, dei rapporti con l'ordinamento dell'Unione europea). Mi limito solo a rilevare che non v'è forse campo in cui in modo ancora più lampante emerga l'orientamento della Consulta volto ad assecondare i processi politici (qui, addirittura, un *processo costituente di dimensioni europee*). La forzatura del modello, invero, si tocca con mano: col fatto stesso della conversione in norma sulla produzione giuridica di una norma di valore, quella dell'art. 11, in cui – per comune riconoscimento – è il fondamento del primato del diritto sovranazionale. Da questo vizio di origine, poi, discende a cascata tutta una lunga serie di ulteriori (e più o meno palesi) scostamenti dal modello, dei quali nondimeno non è questo il luogo giusto per la loro opportuna trattazione. Rammento solo, prima di passare ad altro, che l'unico limite posto all'incalzante avanzata dell'Unione nei territori degli Stati (e, dunque, del processo d'integrazione sovranazionale) è dato dai c.d. "controlimiti", che però non sono – come si sa – fino ad oggi mai stati fatti valere dalla giurisprudenza costituzionale⁴. La qual cosa si è naturalmente tradotta in un sostanziale, formidabile puntello offerto al processo d'integrazione, nelle forme da esso storicamente e politicamente assunte.

La dottrina dei "controlimiti", poi, è figlia di una certa idea, risalente, di potere costituente, nel suo rapporto coi poteri costituiti in genere e col potere di revisione costituzionale in specie. Non a caso,

³ Questa immagine è già nel mio *La Corte e le sirene della politica (frammenti di uno studio su esperienze e tendenze della normazione e politicità dei giudizi di costituzionalità)*, in V. TONDI DELLA MURA - M. CARDUCCI - R.G. RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., pp. 664 ss.

⁴ Lo sono stati – come pure è noto – dal [Consiglio di Stato, in una decisione del 2005](#); non è, poi, senza interesse rilevare che la loro violazione non è stata (e seguita a non essere) stranamente denunciata dai giudici comuni: a riprova del fatto che all'esito del praticamente incondizionato primato del diritto dell'Unione ha in modo decisivo concorso, con la giurisprudenza costituzionale, la giurisprudenza ordinaria che, con la sua stessa inerzia, ha prevenuto l'insorgere di talune spinose questioni che avrebbero verosimilmente potuto dare non poco filo da torcere alla Consulta.

l'ossequio ai principi fondamentali dell'ordinamento è comunque imposto, persino alle massime espressioni della normazione, quale che ne sia l'origine (interna ovvero esterna)⁵.

Ora, in quest'ordine di idee si dispone – come si sa – la ricostruzione teorica corrente; e però due rilievi sono al riguardo subito da fare, con riserva di ulteriori approfondimenti altrove.

Il primo è che, quand'anche nei termini suddetti risulti davvero essere il modello (e – come subito si dirà – non sembra), ugualmente la Corte parrebbe (peraltro, comprensibilmente) essere assai restia a far valere il limite dei principi nei riguardi delle più vigorose manifestazioni della politica, sia di diritto esterno che di diritto interno (con specifico riferimento alle leggi di revisione costituzionale).

Si noti la differenza. Per quanto tutte le norme sopra richiamate si considerino dotate della medesima forza (“paracostituzionale” o costituzionale *tout court*), la carica di politicità insita nelle leggi con le quali la Carta è riscritta non è certo eguale a quella di norme aventi origine lontana dagli ambienti politici nazionali. È poi interessante osservare che l'atteggiamento della Corte parrebbe prescindere dalla circostanza per cui le leggi stesse siano approvate coi più larghi consensi politici (andando cioè oltre le logiche di schieramento) ovvero siano espressive della sola maggioranza di turno, com'è stato per la legge che ha rifatto il Titolo V. E, invero, non poche formule della legge cost. n. 3 del 2001 sono apparse a molti commentatori di dubbia conformità ai principi fondamentali (o, diciamo pure, di certa incostituzionalità); eppure, col fatto stesso di averle poste a parametro di centinaia di giudizi, la Corte vi ha ormai dato il suo benevolo, sostanziale avallo. Non si dimentichi che – come la stessa giurisprudenza ha tenuto a precisare già con la prima delle pronunzie “gemelle” sulla CEDU del 2007 – la Consulta ritiene essere suo preciso, indeclinabile dovere verificare preliminarmente l'idoneità della fonte interposta di volta in volta evocata in campo ad integrare il parametro costituzionale. In nessun caso, però, la Corte ha escluso che questa ovvero quella norma del nuovo Titolo V possa validamente stare a base del suo giudizio.

Il limite dei principi è, insomma, più predicato che praticato; e la circostanza per cui sia stato fatto valere con riguardo ad atti costituzionali ormai datati (addirittura precostituzionali, quale lo statuto siciliano) ulteriormente avvalora la regola (o, meglio, la *regolarità*), di cui si fa ora parola.

Il secondo rilievo, poi, richiederebbe un lungo ed articolato discorso, per la cui effettuazione non si dispone qui purtroppo dello spazio necessario. Mi limito solo ad enunciare la tesi della quale mi sono fatto convinto, rimandando ad altra sede per la sua argomentazione.

A mia opinione, infatti, costituiscono limite alla revisione non già i *principi fondamentali ut sic* bensì i *valori* dei quali i principi stessi danno la prima e più genuina (pur se inevitabilmente imperfetta) trascrizione positiva⁶. Il che sta a significare che, per un verso, i principi soggiacciono al loro eventuale mutamento, ogni qual volta esso non soltanto non si traduca in una inammissibile incisione dei valori ma, anzi, a questi ultimi offra un accresciuto (e *temporis ratione* aggiornato) servizio, nel mentre, per un altro verso, al mutamento stesso resistono anche norme di per sé inespressive di principi che tuttavia si dimostrino idonee a dare la *prima, diretta e necessaria* specificazione-attuazione ai valori.

Sotto quest'ultimo aspetto in particolare, la giurisprudenza offre materiali di varia fattura e consistenza, l'analisi della cui struttura si apre ad esiti ricostruttivi di non secondario rilievo per ciò che attiene ai modi di composizione delle fonti (*rectius*, delle norme) in sistema, specificamente apprezzabili dall'angolo di osservazione privilegiato della giustizia e della giurisprudenza costituzionale.

⁵ Così, dunque, oltre che per il diritto dell'Unione, altresì per le norme internazionali generalmente riconosciute e le norme concordatarie.

⁶ La tesi può, volendo, vedersi nei miei *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento*, in *Dir. soc.*, 4/2005, pp. 451 ss., e *Valori e principi costituzionali degli Stati integrati d'Europa*, in *Teoria dir. e St.*, 2-3/2009, pp. 292 ss. Cfr. al mio punto di vista quello ora fatto proprio da A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2/2010, pp. 311 ss., spec. 350 ss.

3. Il discorso sopra succintamente svolto è infatti generalizzabile, proiettandosi ben al di là del campo di esperienza coperto dalle innovazioni al piano costituzionale. La Corte invero non sembra voler far propria, in via di principio, una prospettiva assiologicamente orientata di osservazione delle vicende della normazione; e, tuttavia, in non pochi casi proprio questo sembra essere il “metodo” seguito al momento della qualifica delle vicende in parola.

Farò ora solo i primi esempi che mi vengono in mente; prima di dirne, però, mi preme mettere subito in chiaro che essi possono prestarsi a valutazioni di vario segno, per le specifiche esigenze ricostruttive di questo studio, con un tendenziale orientamento tuttavia, che traspare dalla giurisprudenza cui si fa adesso cenno, di “copertura” nei riguardi della politica e delle sue più vistose espressioni.

Si pensi, ad es., al caso di norme dalla dubbia conformità a Costituzione ovvero dalla certa, acclarata (dalla stessa Corte) incostituzionalità. Norme fatte però ugualmente salve, a motivo della congiuntura (straordinaria o di “emergenza”, latamente intesa) che ne giustifica l’adozione e/o degli interessi di cui esse si fanno cura o ancora di taluni bisogni elementari dell’uomo il cui mancato appagamento ridonderebbe in una intollerabile ferita alla dignità dell’uomo stesso. È in nome di quest’ultima che, a conti fatti, “saltano” i meccanismi usuali di composizione delle fonti in sistema, coi criteri ordinatori che presiedono alla loro attivazione, da quello gerarchico a quello della *lex posterior*, all’altro della competenza⁷.

Ora, la prospettiva assiologico-sostanziale ai miei occhi appare essere la più idonea – secondo modello – ad offrire un servizio non nominale o di facciata alla Carta ed ai suoi valori. Le norme, d’altronde, ovunque poste (in atti costituzionali e non), si scompongono e ricompongono senza sosta in sistema unicamente per il modo con cui, a un tempo, si piegano verso gli interessi per la cui cura sono adottate e si volgono verso i valori, da cui prendono luce, alimento, giustificazione. Eppure, va riconosciuto che la prospettiva stessa è proprio quella che più d’ogni altra dà modo alla “forza politica” di cui la Corte dispone di spiegarsi in tutto il formidabile potenziale di cui è dotata⁸. La qual cosa poi prende corpo attraverso esperienze processuali che suonano ora conferma ed ora contestazione nei riguardi delle più salienti espressioni della politica.

L’arma è, insomma, potente, anzi potentissima, suscettibile di essere usata per fini buoni come pure cattivi; nei fatti, nondimeno, si è assistito ad una tendenziale (ed alle volte fin troppo benevola) “copertura” offerta alla politica.

Faccio, come di consueto, solo un paio di esempi, per dare un minimo di concretezza alla succinta riflessione che si va ora facendo. Si consideri, dunque, la giurisprudenza relativa agli atti primari di normazione del Governo, qui ovviamente rivisitata solo in alcuni dei suoi molti profili.

Come leggere, dunque, la “dottrina” della Corte secondo cui i decreti-legge sono censurabili unicamente in caso di “evidente mancanza” dei presupposti fattuali giustificativi della loro adozione?

Riconsiderata questa nota vicenda in prospettiva storica, posta cioè a confronto col tempo in cui nessuna sanzione, per mano della Corte, si riteneva possibile per l’aspetto in parola, non v’è dubbio che sia sensibilmente cresciuto il sindacato sulla politica, nell’intento di arginare la marea montante delle sue

⁷ Un solo esempio a quest’ultimo riguardo. Si pensi, dunque, al (non paritario) bilanciamento effettuato tra il bisogno di offrire comunque protezione ai diritti fondamentali e il bisogno di preservare integro il riparto costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni, che ha portato (e porta) all’accantonamento del secondo in funzione del prioritario appagamento del primo (così, ad es., in [sentt. nn. 10 e 121 del 2010](#), a proposito della *social card*). L’intera giurisprudenza costituzionale sulle materie, con l’ambiguo riferimento al canone della “prevalenza” ovvero, nella impossibilità della sua messa in atto, al canone della “leale cooperazione”, esibisce una forte connotazione (latamente) politica, che per vero trae alimento dalla strutturale vaghezza del linguaggio costituzionale e che poi, nei fatti, perlopiù si traduce in un tendenziale avallo nei riguardi delle opzioni fatte dal legislatore statale (in argomento, per tutti, F. BENELLI - R. BIN, *Prevalenza e “rimaterializzazione delle materie”*: *scacco matto alle Regioni*, in *Le Regioni*, 6/2009, pp. 1185 ss., e riferimenti *ivi*).

⁸ La formula della “forza politica” è – come si sa – una delle più felici intuizioni del mio compianto Maestro [v., dunque, di T. MARTINES il suo ormai “classico” *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche* (1957), ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, spec. pp. 196 ss.].

deviazioni dal solco costituzionale⁹. Eppure, non può certo dirsi – a me pare – che la Consulta faccia sentire il fiato sul collo del Governo (e, anzi, di entrambi gli organi della direzione politica, se si considera che le stesse leggi di conversione possono risultare contagiate dal *virus* invalidante di cui dovessero essere in partenza colpiti gli atti di urgenza del Governo).

Diciamo le cose come stanno. La tesi della “evidente mancanza” non sta né in cielo né in terra né in alcun altro luogo. La Corte – come si è tentato di mostrare altrove – non è stata istituita allo scopo di sanzionare unicamente le *violazioni certe* della Costituzione bensì per risolvere i casi dubbi, le “controversie”, secondo la non accidentale formulazione dell’art. 134¹⁰. Si capisce molto bene la ragione che ha consigliato alla Corte di tracciare e tener ferma sul punto la linea giurisprudenziale suddetta, linea di compromesso tra il bisogno di non esporre la Corte stessa oltre il dovuto o l’opportuno, a pena della sua grave delegittimazione, e il bisogno, non meno rilevante ed apprezzabile, di delimitare l’area delle “zone franche” o – come pure s’è detto – “d’ombra” della giustizia costituzionale¹¹.

Sta di fatto che la “dottrina” della “evidente mancanza” porta tendenzialmente acqua al mulino di una politica vistosamente deviante dal modello costituzionale; costituisce, cioè, la teorizzazione del primato della politica sulla Costituzione, passibile di arresto unicamente in caso di macroscopiche violazioni della Costituzione stessa¹². Ciò che, poi, è ancora più gravido di significati e complessive valenze se si tiene conto del fatto che, nelle esperienze fin qui maturate, estremamente ridotti sono stati i casi in cui la mancanza dei requisiti costituzionali è stata giudicata “evidente”.

Se poi – al di là dell’aspetto ora specificamente rilevante – si considera l’andamento complessivo della giurisprudenza sugli atti di urgenza del Governo, possono aversi ulteriori, importanti conferme dell’ipotesi ricostruttiva qui formulata.

L’analisi, a questo punto, si intreccia con quella relativa agli altri atti primari del Governo, i decreti legislativi. Non poche volte si è infatti assistito a decreti-legge che hanno anticipato l’adozione dei decreti delegati (ad es., in fatto di semplificazione) ovvero li hanno modificati in pendenza della delega; e, ancora, si sono avute innovazioni di non secondario rilievo alle stesse leggi di delega, comunemente considerate non consentite dal modello e, ciononostante, fatte salve da una fin troppo indulgente giurisprudenza.

La più sensibile dottrina ha fatto notare che, in realtà, la giurisprudenza è più severa nei riguardi degli atti delegati che nei riguardi delle leggi che li precedono e condizionano¹³, fatte salve pur laddove il loro

⁹ Si rammenti al riguardo anche la giurisprudenza sul divieto di reiterazione dei decreti-legge, che nondimeno non ha dato i frutti sperati, forse anche per effetto del temperamento operato dalla stessa giurisprudenza nei riguardi del divieto in parola, con riferimento al caso che possa sopraggiungere una nuova e diversa situazione di emergenza, pur se richiedente di essere fronteggiata con le medesime norme (la qual cosa è invero poco credibile) ovvero che, anche perdurando la vecchia emergenza, il secondo decreto si differenzi sostanzialmente dal primo (nel qual caso, però, non v’è vera “reiterazione”...).

¹⁰ Note critiche sul punto, tra gli altri, in A. RAUTI, *La giurisprudenza costituzionale in tema di decreti-legge ed i suoi problematici riflessi sulla forma di governo*, in A. RUGGERI (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli 2006, spec. pp. 63 ss.

¹¹ Su ciò, per tutti, i due volumi relativi a due incontri del Gruppo di Pisa, dal titolo emblematico: *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, a cura di R. BALDUZZI e P. COSTANZO, Giappichelli, Torino 2007, e *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull’ammissibilità del referendum abrogativo*, a cura di R. PINARDI, Giappichelli, Torino 2007.

¹² Fa da specchio a questa “dottrina” del sindacato di costituzionalità, per l’aspetto ora considerato, sugli atti del Governo l’altra (ed essa pure non poco discussa e discutibile) “dottrina” di cui s’è fatto portatore il Presidente della Repubblica Ciampi, secondo cui l’esercizio del potere di rinvio delle leggi si giustificerebbe unicamente in casi di *manifesta incostituzionalità* delle leggi stesse. Ciò che, però, è – come si sa – contraddetto da una prassi assai varia ed oscillante, che conosce non pochi rinvii (taluno dello stesso Ciampi...) di “merito costituzionale” – come, con una certa, non rimossa ambiguità, suole essere chiamato – ovvero di merito *tout court* (su di che i dati riferiti da S. CALZOLAIO, *Il rinvio delle leggi nella prassi*, in *Quad. cost.*, 4/2006, pp. 853 ss.).

¹³ Si è infatti detto che «la Corte incontra maggiori difficoltà nel sanzionare il Parlamento che non difende le proprie prerogative piuttosto che il Governo che le usurpi» [G. DI COSIMO, *Tutto ha un limite (la Corte e il Governo legislatore)*, in

scostamento dal modello si abbia *per tabulas*¹⁴. È vero che proprio la giurisprudenza sulle deleghe è forse quella che meglio rappresenta quell'*animus* di sostanziale acquiescenza della Consulta verso le esperienze della normazione e la politica che vi dà corpo e sostegno, di cui qui si viene dicendo. Il punto ora maggiormente rilevante non è tuttavia tanto quello riguardante l'equilibrio (o, meglio, lo squilibrio...) tra gli organi della direzione politica, con evidenti ricadute sulla conformazione e gli sviluppi della forma di governo. Ciò che ora importa è il senso complessivo che la giurisprudenza possiede e manifesta sul fronte dei rapporti tra Corte e politica (e, per ciò pure, tra Costituzione e politica): un senso che – come si tenta qui di mostrare – appare nettamente orientato ad assecondare taluni, pur se vistosi, scostamenti dal modello costituzionale, sia ad opera della fonte parlamentare che di quella governativa e, non poche volte, congiuntamente di entrambe. La stessa sottolineatura del diverso trattamento fatto agli organi d'indirizzo è, ad ogni buon conto, almeno in parte artificiosa, sol che si consideri, per un verso, che tutti e due vedono la propria azione politica poggiare sulla stessa maggioranza e, per un altro verso, che le deleghe sono in buona sostanza confezionate dallo stesso Governo, pur restando ovviamente imputabili *quoad formam* alle assemblee parlamentari e da queste ultime variamente emendabili.

4. Un cenno solo, di sfuggita, alla giurisprudenza in materia referendaria¹⁵. Qui, nuovamente, a seconda dei profili di volta in volta in rilievo può pervenirsi ad esiti ricostruttivi di vario segno, con un tendenziale orientamento tuttavia di favore per la politica, in alcune delle sue più vigorose espressioni.

Si consideri, ad es., la giurisprudenza nella parte in cui sottrae ad abrogazione popolare le norme legislative che danno una “tutela minima” a beni costituzionalmente protetti. Una giurisprudenza che può essere vista a doppia faccia: da un canto, al pari della “dottrina” sulla “evidente mancanza”, di cui s'è appena detto, può rilevarsi che l'indirizzo della Corte è di far distendere i propri interventi volti a riaprire la partita tra Parlamento-legislatore e popolo-legislatore unicamente laddove il margine di apprezzamento “politico” della Corte stessa risulti ridotto all'osso, a presidio delle opzioni politiche racchiuse nei testi di legge. Da un altro canto, il fatto stesso che gli interventi in parola abbiano comunque l'opportunità di spiegarsi in casi non catalogabili secondo schemi di formale fattura testimonia che la Corte vuol detenere in via esclusiva il fischietto da usare nel corso della partita aperta dall'iniziativa dei promotori della consultazione popolare, ritagliando dunque per sé un ruolo arbitrale connotato da cospicua discrezionalità.

La formula relativa alla “tutela minima”, al pari delle altre con le quali si stabiliscono i casi in cui le domande referendarie non possono trovare accoglienza, dà perciò modo alla Corte di fissare i punti di equilibrio di volta in volta giudicati più adeguati, lungo il fronte dei rapporti tra giurisdizione costituzionale e politica così come su quello relativo ai rapporti tra l'una e l'altra forma della politica. Mi riferisco, a quest'ultimo riguardo, alle sottili (e, invero, non di rado, problematiche) mediazioni che la Corte effettua tra la politica dei rappresentanti e la politica dei rappresentati. La circostanza, poi, che il referendum possa, per l'uno o per l'altro verso, essere giudicato inammissibile (per inidoneità dell'oggetto, cattiva formulazione della domanda o produzione di effetti incostituzionali) può essere vista come una spia del maggior favore che tendenzialmente la Corte nutre nei riguardi della democrazia

www.forumcostituzionale.it, par. 9]; in argomento, v., poi, tra i molti altri, i contributi al Seminario svoltosi presso la Corte costituzionale il 24 ottobre 2008 su *La delega legislativa*, Milano 2009 e G. TARLI BARBIERI, che ne ha trattato a più riprese (da ultimo in *Legge ed atti del Governo e di altre autorità statali*, in AA.VV., *Osservatorio sulle fonti 2008*, a cura di P. Caretti, Torino 2010, 71 ss., spec. 91 ss.).

¹⁴ Si pensi, per tutti, al caso non infrequente di deleghe largamente indeterminate, quando non del tutto prive dei requisiti loro propri, per non dire delle deleghe contenute in leggi di conversione o delle deleghe “clandestine”, come sono state da taluno chiamate.

¹⁵ Su di che, ora, A. PERTICI, *Il Giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Giappichelli, Torino 2010.

rappresentativa piuttosto che per la diretta¹⁶. Lo stesso frequente scivolamento del giudizio di ammissibilità in un giudizio anticipato di costituzionalità sulla normativa di risulta, nel mentre parrebbe evocare uno scenario segnato dal primato comunque assegnato alla Costituzione sulla politica, per la sua parte ulteriormente avvalora la preferenza accordata alla democrazia rappresentativa sulla democrazia diretta, la seconda risultando ostacolata nelle sue possibili proiezioni in nome degli effetti incostituzionali causati dai prodotti della... *prima*, così come però emendati dal popolo in armi.

5. Un riferimento, da ultimo, al modo con cui il rapporto tra Corte e politica traspare in conseguenza dell'uso fatto di certe tecniche processuali. In generale, si tende – come si sa – a rilevare che l'essersi col tempo la Corte dotata di tecniche vieppiù raffinate ed incisive testimonia una penetrazione crescente della Corte stessa negli ambiti tradizionalmente considerati di esclusivo dominio della politica. C'è senza dubbio del vero, diciamo pure *molto di vero*, in questa diffusa credenza; e, però, il quadro appare nel suo complesso assai più variegato di come sia talora rappresentato, con eccessiva semplificazione dei materiali offerti dall'esperienza e dei modi della loro reciproca combinazione.

Si pensi solo a quelle che sono usualmente considerate le pronunzie maggiormente invasive della politica, le additive e manipolative in genere. È fuor di dubbio che, per il loro tramite, la Corte abbia non poche volte sostanzialmente (e, se si vuole, indebitamente) riscritto i testi di legge. A mia opinione, tuttavia, nulla può dirsi in astratto o *in vitro* a riguardo di queste esperienze, sotto il duplice aspetto della loro rispondenza al modello e della occupazione dei campi riservati alla politica, il giudizio piuttosto richiedendo ogni volta di essere rinnovato in concreto, *in vivo*. Riviste infatti queste vicende dal punto di vista dei valori e dell'equilibrio che tra di essi deve costantemente intrattenersi, la conclusione può talvolta divergere dalla prima, affrettata impressione sopra riportata, le addizioni e manipolazioni in genere rivelando una finalità conservativa, a fronte dell'ipotesi alternativa rappresentata dalla caducazione “secca” di un testo parzialmente incompatibile rispetto alla Carta. Il giudice infatti – come si accennava ad altro riguardo poc'anzi – fa sempre luogo, pur non esplicitandolo, ad un raffronto, ad un vero e proprio bilanciamento, tra la situazione normativa presente e la situazione normativa quale potrebbe aversi a seguito del mero annullamento dell'atto impugnato; e, ove si rappresenti come indesiderabile (al piano della opportunità così come a quello della costituzionalità) lo scenario che verrebbe a delinearsi per effetto dell'annullamento stesso, può talora temperare o ridurre la portata di quest'ultimo a mezzo appunto delle manipolazioni in parola.

È interessante notare come queste ultime, per quanto esteriormente vistose, siano talora meno “creative” di altre operazioni apparentemente in tutto e per tutto conservative¹⁷.

Si pensi, ad es., ai casi d'interpretazione conforme, specialmente a quelli in cui è la Corte stessa a somministrare ai giudici l'interpretazione ritenuta la più corretta (alle volte, la *sola* corretta¹⁸), di cui si sollecita appunto l'adozione. Ebbene, non è infrequente riscontrare che la Corte fa luogo a quest'ultima proprio perché consapevole della improponibilità della manipolazione testuale, in nome della impalpabile nozione di “discrezionalità” del legislatore. Solo che la manipolazione è talora occulta ed

¹⁶ Netta l'opzione in tal senso di G. AZZARITI, *Corte e democrazia*, relaz. al Convegno del Gruppo di Pisa su *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, 4-5 giugno 2010 (la versione provv. dello scritto può vedersi in www.gruppodipisa2010.it), nel quadro di una generale ricostruzione del modello che tuttavia sembra sottolineare in modo eccessivo la pur indefettibile funzione della rappresentanza.

La più emblematica raffigurazione della “copertura” dalla Corte offerta al potere dei rappresentanti si ha, forse, nella nota giurisprudenza sulla insindacabilità dei regolamenti camerale in sede di giudizio sulle leggi, mentre espressiva di una sofferta mediazione (essa pure, *in nuce*, politica) tra rappresentanza e giurisdizione, politica e Stato di diritto costituzionale, è la giurisprudenza sulle controversie *ex art. 68*.

¹⁷ Il punto è stato già toccato in precedenti riflessioni (v., dunque, volendo, il mio *La giustizia costituzionale italiana tra finzione e realtà, ovvero tra esibizione della “diffusione” e vocazione all’“accentramento”*, in *Riv. dir. cost.*, 2007, pp. 69 ss., spec. pp. 73 ss.).

¹⁸ ... quasi che, però, la Corte possa proporsi quale organo d'interpretazione autentica delle leggi...

ancora più corposa: portandosi oltre la crosta del dato testuale va infatti a colpire al cuore la sostanza normativa racchiusa nel dato stesso, operandone una più o meno incisiva trasformazione. La politica è in tal modo posta, di tutta evidenza, sotto *stress*, pur risultando allo stesso tempo (e per paradossale che possa per più aspetti sembrare) rilegittimata o valorizzata, ma col costo appunto del rifacimento dei suoi prodotti *iussu iudicis*. Certo, rimane pur sempre il diverso effetto che è, rispettivamente, proprio delle manipolazioni testuali, vevoli per tutti, e delle manipolazioni per via d'interpretazione, provviste di mera efficacia persuasiva (nei riguardi della stessa autorità remittente e, quindi, degli operatori in genere). Ma questo è l'esito linearmente discendente, per sistema, dalla previa opzione fatta, che induce la Corte ad avviarsi lungo l'uno ovvero l'altro percorso.

Se poi si scava ancora più a fondo in queste esperienze, ci si avvede che alle volte dietro la manipolazione dei testi ovvero della loro sostanza si annida una sostanziale manipolazione del parametro, che anzi dà la spinta e spiana la via alla realizzazione della prima. La Corte così diventa il massimo decisore politico, un vero e proprio *decisore costituente permanente*, investito dell'autorità di enunciare "verità" di diritto costituzionale giuridicamente indiscutibili¹⁹, tanto più temibile quanto più riesca abilmente a mimetizzarsi, dichiarandosi costantemente scrupoloso e fedele servitore della Carta, dei suoi valori, delle sue norme.

Ciò che ora solo importa, per chiudere, è che la partita si apre ogni volta ad esiti plurimi, non preconfezionati, tra i quali v'è anche quello esattamente opposto al quadro sopra succintamente raffigurato, un esito che vede le manipolazioni testuali fortemente aggressive nei riguardi della politica e invece in tutto insussistenti le manipolazioni per via d'interpretazione²⁰.

Quel che si vuol dire, insomma, è che il modello può non riconoscersi, così come effettivamente non si riconosce, né nell'uno né nell'altro degli scenari sopra delineati. E, invero, il modello è per sua natura duttile ed aperto, consegnando alla Corte ed ai pratici in genere unicamente una direttiva d'azione, da cui risulta che le operazioni di giustizia costituzionale, in tanto si giustificano, in quanto rispondano al fine di conciliare, nel modo più adeguato in ragione dei contesti, l'*autodeterminazione della politica* e il *primato della Costituzione*, la vocazione dell'una ad affermarsi in modo pieno negli ambiti suoi propri e il bisogno dell'altra di farsi *sempre* (e *per intero*) valere: nelle sue regole e, soprattutto, nei suoi principi (e, in ultima istanza, nei valori). Come poi far luogo agli opportuni bilanciamenti tra istanze comunque meritevoli di appagamento è affare della Corte; quel che è certo è che è la *stessa* Costituzione a voler preservata la *sana* politica, quella che è *servente* la Costituzione, ed a voler sanzionata la *cattiva* politica, quella che *si serve* della Costituzione, piegandola ai propri, inconfessabili scopi.

L'autodeterminazione della politica è, insomma, *nella* stessa Costituzione, siccome rispondente ad uno dei valori positivizzati nella Carta: nasce e si perfeziona fuori di questa ma ha pure bisogno di essere da questa riconosciuta e salvaguardata. Allo stesso modo, l'orientamento verso la Carta *dovrebbe* essere un fatto naturale per la politica, un suo impulso irrefrenabile, costante. Mentre però l'una cosa è provata, l'altra attende ad oggi di farsi, in una consistente misura, apprezzare nell'esperienza.

Lo scarto tra modello e prassi è, dunque, vistoso. Sta alla politica rinvenire dentro di sé le risorse necessarie alla propria rigenerazione, idonee a farla ricongiungere con la Costituzione o, quanto meno, ad accorciare la non poca distanza che la separa da questa. Sta alla Corte fare ciò che può, specie in una

¹⁹ Ma v., a riguardo della possibilità che – a certe condizioni – il giudicato costituzionale possa essere riconsiderato all'impatto con pronunzie delle Corti europee di segno opposto, quanto se ne dice ora nel mio *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, Relazione al Convegno del Gruppo di Pisa su *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Pisa 4-5 giugno 2010, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

²⁰ Così, ad es., laddove il giudice costituzionale tenti di riportare interpretazioni – diciamo così – "eccentriche", fuori posto, prospettate da qualche giudice *a quo* nell'alveo del diritto vivente. Nel qual caso, poi, non è detto che l'operazione si traduca sempre in un puntello offerto alla politica, potendo all'inverso "rilegittimare" letture ormai diffuse nelle aule giudiziarie e sensibilmente discoste dal dettato legislativo.

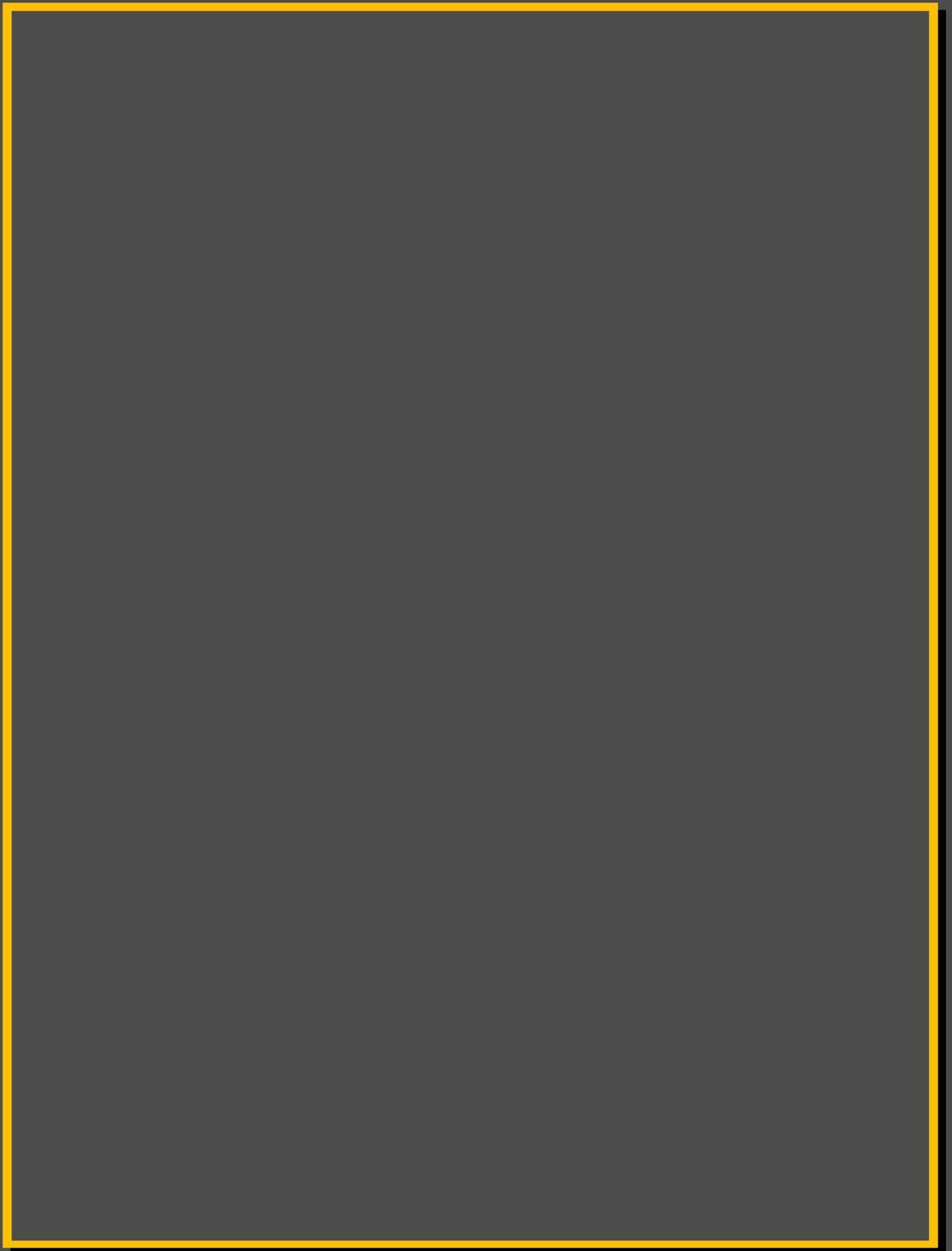
congiuntura oggettivamente non facile, perché questo obiettivo sia, almeno in parte, raggiunto, promuovendo la *sana* e bocciando la *cattiva* politica.



Consulta OnLine (periodico online) ISSN 1971-9892

2011

Consulta OnLine (periodico online) ISSN 1971-9892



Antonio Ruggeri
Unità-indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali*

SOMMARIO: 1. “Livello” (o “dimensione”) dei diritti e riparti di competenze. – 2. Il sistema dei diritti come “metacriterio” ordinatore delle fonti (*rectius*, delle norme), con specifico riguardo alla attitudine dei diritti stessi a ridefinire di continuo la linea di confine tra competenze statali e competenze regionali. – 3. La vessata questione concernente l’attitudine degli statuti regionali a disporre in tema di diritti: in specie, la tesi favorevole al suo riconoscimento, attratto dalla “forma di governo” ovvero dai “principi di funzionamento”, e la sua critica. – 4. *Segue*: Il fondamento della disciplina volta a dare (non già il *riconoscimento* ma) la *tutela* dei diritti va rinvenuto nella vocazione degli statuti a rappresentare, nel modo più immediato e genuino, l’*identità regionale* ed a dare dunque voce all’*autonomia*, intesa, ancora prima che come *potere*, come *servizio* alla comunità regionale. – 5. Le temute interferenze tra la disciplina statutaria e le discipline legislative sui diritti e i modi del loro possibile superamento. – 6. Norme statutarie sui diritti in materia di organizzazione e norme a questa estranee, idonee a valere nel rispetto delle norme statali poste a presidio dell’unità ovvero in via “sussidiaria”, in caso di mancanza delle stesse. – 7. I diritti nella prassi, ovverosia l’identità-autonomia ancora oggi all’affannosa, sofferta ricerca dei modi più adeguati per farsi valere.

1. “Livello” (o “dimensione”) dei diritti e riparti di competenze

Che vi sia un “livello” (o, forse meglio, una “dimensione”) regionale dei diritti è certo; il punto è però che non si sa come far luogo alla sua determinazione con sufficiente approssimazione al vero, tanto secondo modello quanto secondo esperienza¹. Il livello infatti rimanda alle competenze, le quali poi – come si sa – si fissano e mettono a fuoco all’incrocio degli assi cartesiani delle materie, per un verso, e, per un altro verso, dei limiti all’esercizio delle competenze stesse. Solo che – come pure è assai noto – l’uno e l’altro piano, quello “orizzontale” e quello “verticale”, ricevono nel disegno costituzionale una rappresentazione assai sfocata ed incerta, da cui si sono alimentate e seguitano senza sosta ad alimentarsi pratiche (normative, giurisprudenziali e di altro genere ancora) non poco approssimative, discontinue, complessivamente congiunturali. E il vero è che il riparto delle competenze si fa e rinnova, di giorno in giorno, in ragione della *natura degli interessi*, laddove è il costante punto di riferimento nella (non di rado sofferta) ricerca di soluzioni quanto più possibile mediane e concilianti tra le pretese dell’unità-indivisibilità dell’ordinamento e quelle dell’autonomia: i due fini-valori usualmente visti come in una reciproca lotta senza fine e senza risparmio di colpi, non già – come, invece, a mia opinione è secondo modello e sempre dovrebbe essere secondo esperienza – quali i due profili di un unico, composito benevalore, l’unità facendosi *per il tramite* dell’autonomia, la sua massima valorizzazione alle condizioni oggettive di contesto, così come, di rovescio, l’autonomia restando priva di senso alcuno *al di fuori* della cornice dell’unità.

Di più non può ora dirsi e deve al riguardo farsi necessariamente rinvio a sedi in cui la questione ha avuto la sua opportuna chiarificazione. Quel che importa, per tornare alla partenza del discorso, è che la

* I tratti maggiormente salienti di questa riflessione sono stati anticipati, in forma meno estesa ed argomentata, in uno scritto dal titolo *Regioni e diritti fondamentali*, in corso di stampa in *Giur. it.*, n. 6/2011.

¹ Tengo a rimarcare che il riferimento è qui circoscritto ai soli diritti fondamentali; non tratterò tuttavia la questione, fatta oggetto *ab antiquo* di animate e tuttora non sopite controversie, circa ciò che è o che fa la “fondamentalità” di un diritto, la sua problematica distinzione, da alcuni ammessa e da altri invece negata, rispetto alla “inviolabilità” o ad altre proprietà ancora dei diritti in parola. Mi limito solo a rinnovare qui la mia preferenza, già altrove argomentata, a favore della prima qualifica, che in modo emblematico rispecchia la indeclinabile vocazione dei diritti medesimi, proprio in ragione della loro “fondamentalità”, a porsi a “fondamento” dell’intero ordinamento. Ciò posto, rimane poi aperta la questione circa il concreto riconoscimento dei diritti in parola, specie ove si convenga a riguardo del carattere non “chiuso” del relativo catalogo in Costituzione.

stessa giurisprudenza si mostra ormai ferma nel considerare soggetto a mai finito movimento il riparto suddetto; e basti, al riguardo, solo evocare il criterio della c.d. “prevalenza”, con riferimento ai casi, peraltro il più delle volte ricorrenti, in cui una disciplina normativa si faccia simultaneamente attrarre sia dall’una che dall’altra “materia” o sfera di competenze, gli interessi di cui si fa cura presentando una struttura internamente composita e facendosi pertanto riportare sia al polo dell’unità che a quello dell’autonomia. Ed è solo laddove – a giudizio insindacabile della Corte costituzionale – si dimostri impossibile l’utilizzazione del criterio in parola che viene in soccorso – seguita a dire la Corte – il canone della “leale cooperazione”: formula magica che ricorda il *deus ex machina* delle antiche tragedie, peraltro dotato della straordinaria virtù di sapersi presentare ogni volta con volti diversi, la “cooperazione” stessa esibendo varietà di forme espressive e capacità graduata, ora più ed ora meno “intensa”, di appagamento delle istanze di autonomia².

Un quadro costituzionale, dunque, complessivamente opaco, che rimanda all’esperienza (normativa prima e giurisprudenziale poi) per la sua incessante, storicizzata, ridefinizione³; una opacità che si riflette ai due piani in cui il riparto delle competenze si articola e svolge: quello, per dir così, “esterno”, relativo ai rapporti Stato-Regioni per un verso e Regioni-enti infraregionali per un altro⁴, e quello “interno”, riguardante i rapporti tra le fonti di uno stesso ente (qui, la Regione), l’apporto che può venire da ciascuna di esse e da tutte assieme alla cura degli interessi rimessi alla competenza dell’ente stesso (per ciò che qui specificamente importa, alla salvaguardia dei diritti).

Svolgo di seguito alcune succinte notazioni per ciò che attiene all’esercizio dei poteri di normazione, ponendosi oltre l’orizzonte di questa ricerca l’esame delle non poche, complesse questioni relative all’amministrazione, bisognose di separato e specifico esame; peraltro, anche con riguardo al piano della normazione nulla ora dirò quanto agli interventi in forma sublegislativa (e, segnatamente, regolamentare), essi pure connotati in modo peculiare. In breve, circoscrivo quest’analisi ai soli rapporti tra le leggi di Stato e Regione per un verso, ai rapporti tra statuto e leggi, sia statali che regionali, per un altro verso.

2. Il sistema dei diritti come “metacriterio” ordinatore delle fonti (rectius, delle norme), con specifico riguardo alla attitudine dei diritti stessi a ridefinire di continuo la linea di confine tra competenze statali e competenze regionali

Si diceva che i diritti rimandano alle competenze. Con ciò, tuttavia, non si è ancora raggiunta la prova certa di una competenza delle Regioni a farsene cura. Non poche volte, infatti, si assiste a ritagli, anche assai incisivi, in seno ad una data sfera di competenze, in ragione appunto della *natura degli interessi* che non darebbe modo al titolare della sfera stessa di poterne fare oggetto di regolazione. Ed allora si tratta di stabilire a che titolo le Regioni possano disciplinare i diritti fondamentali e, una volta che si sia data risposta affermativa al quesito, se la disciplina stessa possa spingersi fino al punto di dare il *riconoscimento* dei diritti (in particolare, di “nuovi” diritti⁵) ovvero solo concorrere, con norme aventi

² Su ciò, per tutti, l’attento studio di S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano 2008.

³ Una esperienza che poi si è dimostrata essere non esaltante (e, in qualche caso, diciamo pure sconfortante) per l’autonomia, secondo quanto risulta dalle molte analisi sul campo (da ultimo, dai contributi al convegno di Bologna del 27 e 28 gennaio 2011 su *Dieci anni dopo. Più o meno autonomia regionale?*, molti dei quali possono vedersi in www.astrid-online.it).

⁴ Di questo secondo “livello” ora non si dirà, la sua trattazione essendo demandata ad altro studio ad esso specificamente dedicato.

⁵ Spinosa appare essere la questione relativa al carattere autenticamente innovativo dei c.d. “nuovi” diritti, alcuni costituendo in realtà mera esplicitazione di contenuti già desumibili dagli enunciati costituzionali in vigore, altri invece solo in modo oggettivamente forzato facendosi riportare agli enunciati stessi. Di tutto ciò, con specifico riguardo alle tecniche

carattere meramente specificativo-attuativo, alla *tutela* di diritti che abbiano altrove (e, segnatamente, in Costituzione o in altre Carte) la fonte *prima ed esclusiva* del riconoscimento stesso.

La questione ora indicata, di cruciale rilievo, non è risolta dal disposto, frequentemente richiamato, di cui all'art. 117, II c., lett. *m*), cost., dal quale si può, sì, desumere una competenza delle Regioni in fatto di disciplina relativa ai diritti (segnatamente, secondo un'accreditata opinione, avallata dalla giurisprudenza⁶, nel senso dell'innalzamento dei "livelli essenziali", così come fissati dalle leggi statali) ma non è chiarita la natura della stessa, se cioè possa portarsi ulteriormente in avanti, fino appunto al *riconoscimento* di nuovi diritti, ovvero se debba restare circoscritta alla regolazione dei soli diritti già fatti oggetto di una normazione "a prima battuta" da parte dello Stato⁷.

Quel che, ad ogni buon conto, è certo è che, proprio riguardando al riparto delle competenze tra Stato e Regioni *dal punto di vista dei diritti*, possono aversi le più espressive testimonianze di quella sua strutturale mobilità e fluidità, di cui si diceva poc'anzi. I diritti vantano, infatti, pretese crescenti di appagamento: ancora prima delle pretese stesse, cresce anzi proprio il numero dei diritti, allo stesso tempo facendosi via via più complessa la loro strutturale conformazione; e ciò, proprio perché aumentano sempre di più i bisogni elementari dell'uomo, a fronte peraltro di risorse che si vanno sempre più assottigliando⁸. Ed allora è chiaro che solo dallo sforzo congiunto di tutti gli operatori presenti sul territorio⁹ possono aversi esiti in qualche modo idonei a venire incontro a tali bisogni. La qual cosa, poi, per la sua parte dimostra il carattere inevitabilmente recessivo della "logica" della separazione delle competenze, ormai soppiantata, in forza di una tendenza che si esprime altresì verso l'alto (fino a coinvolgere l'Unione europea e la stessa Comunità internazionale), dalla "logica" della integrazione delle competenze stesse.

Che le cose stiano così come qui sono viste e succintamente rappresentate se ne ha conferma dalla stessa giurisprudenza, che pure esibisce, a riguardo del modo con cui si atteggia il riparto delle competenze, remore non rimosse e sensibili oscillazioni tra il polo della separazione e quello della integrazione.

Ancora non molto tempo addietro, la Consulta ha tenuto a precisare che il riparto delle competenze va "bilanciato" con le aspettative di tutela dei diritti¹⁰. Se si va, tuttavia, a guardare il modo con cui si è

interpretative utilizzabili al fine di far luogo in modo acconcio a siffatta verifica, nondimeno gravata da molte incertezze, non è tuttavia possibile ora dire.

⁶ Tra le molte altre, di recente, v. [Corte cost. nn. 67, 101, 315 e 373 del 2010; 151 del 2011](#). La Corte nondimeno limita l'intervento regionale ai soli ambiti riservati alle Regioni stesse, pur se connessi a quelli di competenza statale.

⁷ È da studiare poi l'ipotesi che, anche per ciò che attiene alla fissazione dei "livelli essenziali" in parola, possa attivarsi la "delega" ai regolamenti regionali, di cui all'art. 117, VI c., in via generale prevista per la disciplina delle materie di esclusiva spettanza dello Stato. D'altronde, la determinazione dei livelli stessi in buona sostanza risulta, specie in materia sanitaria, a mezzo di regolamenti statali, pur se adottati nell'ambito di una (... *essenziale*) disciplina legislativa volta a stabilire la cornice entro cui la normativa regolamentare può quindi essere convenientemente ambientata e svolta; di modo che – ferma la cornice stessa – si potrebbe ipotizzare che il suo riempimento possa venire ad opera della stessa Regione. Nel qual caso, ammesso che si consideri precluso alle leggi regionali di far luogo alla "invenzione" di nuovi diritti, potrebbe ugualmente assistersi alla loro disciplina addirittura a mezzo di regolamenti. Indefettibile sarebbe, ad ogni buon conto, una prima, essenziale disciplina di base con legge dello Stato, la "delega" di cui è parola nel VI c. dell'art. 117 non potendosi qui, a motivo del suo peculiare oggetto e della sua parimenti peculiare funzione, non dotare di un apparato di norme ancora più consistente di quello che ordinariamente si ha in altri casi in cui se ne faccia utilizzo.

Il punto, nondimeno, richiede un supplemento di riflessione.

⁸ La forbice tra bisogni e risorse si allarga in modo particolarmente vistoso man mano che si porta sempre più avanti il progresso scientifico e tecnologico, sulla cui capacità complessiva di riconformazione dei vecchi e conformazione di nuovi diritti nulla tuttavia è possibile ora dire.

⁹ Qui, dunque, come si vede, il riferimento si dirige altresì agli enti territoriali minori e ad altri enti ancora.

¹⁰ V., part., [sentt. nn. 10 e 121 del 2010](#). In quest'ultima, in specie, la Corte dichiara che "si è in presenza di potestà legislative, dello Stato e delle Regioni, entrambe di livello primario, che trovano il loro fondamento, la prima, nella tutela uniforme dei diritti fondamentali delle persone, e la seconda, nella salvaguardia delle autonomie costituzionalmente sancite. Una equilibrata soluzione delle possibili contraddizioni tra le due potestà legislative deve tenere conto dell'impossibilità di

pervenuti alla definizione del caso, ci si avvede che il “bilanciamento” in parola non è stato affatto paritario¹¹, essendosi risolto nella messa da canto del riparto stesso per dar voce ai diritti, in ultima istanza alla dignità della persona umana, che è – a me pare –, a un tempo, un diritto fondamentale e il fondamento dei diritti fondamentali restanti¹² o – come pure è stato felicemente detto – la bilancia su cui si dispongono i beni costituzionali bisognosi di bilanciamento¹³.

Il vero è che – se ci si pensa – in nome dei diritti (e, più in genere, dei valori positivizzati) può “saltare” il canone ordinatore della competenza¹⁴, *al pari di ogni altro canone di sistemazione delle fonti*¹⁵; e così, ad es., con riguardo al criterio della *lex posterior*, leggi anteriori possono resistere al tentativo di innovarvi posto in essere da leggi successivamente adottate, ogni qual volta si dimostri che, per effetto del mutamento normativo, dovesse risultare inciso il valore di “copertura” della fonte (*rectius*, della

far prevalere in modo assoluto il principio di tutela o quello competenziale. Sarebbe ugualmente inaccettabile che lo Stato dovesse rinunciare ad ogni politica concreta di protezione dei diritti sociali, limitandosi a proclamare astratti livelli di tutela, disinteressandosi della realtà effettiva, o che le Regioni vedessero sacrificata la loro potestà legislativa piena, che sarebbe facilmente svuotata da leggi statali ispirate ad una logica centralistica di tutela sociale”.

¹¹ Ancora nella pronuncia da ultimo cit., poco più sotto del brano sopra fedelmente trascritto, la Corte fa significativamente appello alle “*imperiose necessità sociali*, indotte anche dalla attuale grave crisi economica nazionale e internazionale, che questa Corte ha ritenuto essere *giustificazioni sufficienti, ma contingenti*, per leggi statali di tutela di diritti sociali limitative della competenza legislativa residuale delle Regioni nella materia dei ‘servizi sociali’” (segue il richiamo a [Corte cost. n. 10 del 2010](#), cit. Mie, ovviamente, le sottolineature).

In generale, che possano darsi bilanciamenti che non si traducono nel paritario sacrificio tra i valori o beni della vita in campo, piuttosto portando non di rado alla messa da canto di uno di essi a beneficio dell’altro (o degli altri), non costituisce affatto una stranezza; forse, anzi, è proprio ciò che il più delle volte accade.

¹² È bensì vero che, senza la dignità, i diritti non hanno senso alcuno; è però pure vero l’inverso, al di fuori del godimento effettivo di questi quella restando una pura astrazione. E, per quest’aspetto, può dirsi che dignità e diritti si tengono ed alimentano a vicenda. Maggiori raggugli sul punto possono, volendo, aversi da miei *Appunti per uno studio sulla dignità dell’uomo, secondo diritto costituzionale*, e *Dignità versus vita?*, entrambi in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](#). V., inoltre, utilmente, F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La dignità della persona come valore supremo dell’ordinamento giuridico spagnolo e come fonte di tutti i diritti*, in [www.forumcostituzionale.it](#).

¹³ L’immagine della bilancia è di G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](#); di contro, considera la dignità soggetta essa pure a bilanciamento M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell’eguaglianza*, a cura di G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, Napoli 2009, 1060 ss. In argomento, di recente, U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Bari-Roma 2009; P. RIDOLA, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino 2010, 77 ss., spec. 108 ss. (con ampî richiami alla dottrina tedesca); M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze 2010; G. RESTA, *La dignità*, in *Trattato di biodiritto*, diretto da S. Rodotà e P. Zatti, *Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà e M. Tallacchini, Milano 2010, 259 ss.; T. PASQUINO, *Dignità della persona e diritti del malato*, in *Trattato di biodiritto*, cit., *I diritti in medicina*, a cura di L. Lenti-E. Palermo Fabris-P. Zatti, Milano 2010, 543 ss.; A. OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad de la persona*, Madrid 2010 e M. BOROWSKY, *Würde des Menschen*, in AA.VV., *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, a cura di J. Meyer, Nomos, Baden-Baden 2011, 85 ss.; L. SITZIA, *Pari dignità e discriminazione*, Napoli 2011.

¹⁴ A giudizio della Corte, tuttavia, parrebbe che ciò possa aversi solo *a senso unico*, non ammettendosi in alcun caso interventi regolatori con legge regionale in sostituzione di discipline statali mancanti [[sent. n. 373 del 2010](#), cit., e, su di essa, la mia nota dal titolo *A proposito di (impossibili) discipline regionali adottate in provvisoria sostituzione di discipline statali mancanti (nota a Corte cost. n. 373 del 2010)*, in [www.federalismi.it](#), 1/2011].

¹⁵ Mi rifaccio ora ad una generale ricostruzione del sistema delle fonti, nella quale da tempo mi riconosco: un sistema che poi, come qui pure si viene dicendo, è in realtà di *norme*, più (o piuttosto) che di *fonti*, la composizione di queste ultime essendo infatti determinata dai loro contenuti, per il modo con cui rilevano nei singoli casi ed alla luce dei valori (su ciò, un quadro di sintesi può, volendo, aversi dal mio *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](#). Diverso l’ordine di idee in cui si dispone la più accreditata dottrina: per tutti, ora, A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*², in *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Disposizioni sulla legge in generale art. 1-9*, Bologna-Roma 2011).

norma) anteriore, per il caso che solo questa goda di protezione costituzionale ovvero, qualora anche la posteriore risulti a sua volta protetta, l'una goda di una "copertura" preminente in sede di bilanciamento¹⁶.

La clausola sui "livelli essenziali", di cui alla cit. lett. *m*) del II c. dell'art. 117, non acquista infatti rilievo unicamente sul fronte del riparto delle competenze Stato-Regioni, segnando (sia pure in modo largamente approssimativo) la linea di confine tra le potestà di normazione dei due enti, ma possiede un'ancora più denso e profondo significato, al piano dell'avvicendamento delle leggi nel tempo, la cui validità può infatti apprezzarsi – come si viene dicendo – in prospettiva assiologicamente orientata, ove si convenga che le leggi sui "livelli" (anche quelle regionali¹⁷) possono fissare i punti di "non ritorno" nel processo d'implementazione dei diritti¹⁸. Ciò che, nondimeno, non equivale a dire che le sole discipline possibili sono quelle che vanno nel verso dell'accrescimento della tutela riservata al *singolo* diritto. Nulla invero, in astratto, si oppone a che, nell'ambito dell'apprezzamento politico-discrezionale che gli è riservato, il legislatore (statale o locale che sia) possa determinarsi nel senso di ridurre le prestazioni offerte ad un diritto, purché – beninteso – ciò si risolva in un complessivo beneficio per l'intero patrimonio dei diritti (e, in genere, dei beni costituzionalmente protetti)¹⁹.

¹⁶ Sta qui, ad es., la ragion d'essere della giurisprudenza (in merito alla quale, di recente e per tutti, A. PERTICI, *Il Giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino 2010, 153 ss.) che si oppone alla celebrazione di consultazioni referendarie aventi ad oggetto norme legislative che danno una "tutela minima" a interessi costituzionalmente protetti; ed è di tutta evidenza che ciò che è inibito al popolo-legislatore non può che esserlo, per l'aspetto ora considerato, anche ai rappresentanti del popolo stesso.

¹⁷ Il discorso che si va ora facendo ha infatti portata generale; e la circostanza per cui le leggi regionali possono portare ancora più in alto il... *livello dei livelli* stabiliti dalle leggi dello Stato non toglie che, *dal punto di vista dello stesso ordinamento regionale*, anche le norme adottate in ambito locale possano ugualmente presentarsi come "essenziali". In altri termini, le norme stesse possono dividersi, in relazione all'oggetto della loro regolazione, in "essenziali" e "non essenziali". Se e quando le cose stanno davvero così non può che stabilirsi di volta in volta, avuto cioè riguardo alle *norme* ed al loro modo complessivo di volgersi, a un tempo, verso gli interessi, di cui si fanno cura, e verso i valori.

¹⁸ Anticipazioni sul punto nel mio *Lineamenti di uno studio sui livelli essenziali delle prestazioni, dal punto di vista della teoria della normazione e della teoria della giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, a cura di G. Campanelli, M. Carducci, N. Grasso, V. Tondi della Mura, Torino 2010, 496 ss. e, pure *ivi*, A.S. BRUNO, *La identificazione dei LEP come clausola di "non retrocessione"*, 247 ss. Sulla disciplina legislativa relativa ai "livelli essenziali delle prestazioni", da ultimo, A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Napoli 2011, 97 ss.

¹⁹ Mi parrebbe utile, al riguardo, il richiamo ad un'indicazione che è in [Corte cost. n. 317 del 2009](#), laddove si ragiona della più "intensa" tutela apprestata ai diritti, rispettivamente, da norme nazionali e da norme della CEDU, autorizzandosi pertanto gli operatori a fare ugualmente luogo all'applicazione delle prime, ancorché incompatibili con le seconde, ogni qual volta siano proprio esse ad offrire la tutela medesima (come poi misurare o "pesare" quest'ultima è cosa ad oggi controversa: in argomento, ora, AA.VV., *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M. Pedrazza Gorlero, Napoli 2010; D. BUTTURINI, *La partecipazione paritaria della Costituzione e della norma sovranazionale all'elaborazione del contenuto indefettibile del diritto fondamentale. Osservazioni a margine di Corte cost. n. 317 del 2009*, in *Giur. cost.*, 2/2010, 1816 ss., e A. RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il "dialogo" tra le Corti*, in [www.giurcost.org](#) e in corso di stampa negli Atti relativi al Convegno del Gruppo di Pisa su *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Pisa 4-5 giugno 2010, nonché, volendo, anche il mio *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](#)). Non si è inoltre ben capito se l'applicazione in parola possa aversi solo a seguito di un previo accertamento in tal senso fatto dal giudice delle leggi, allo scopo prontamente adito, ovvero se si renda possibile direttamente ai giudici comuni. La prima soluzione parrebbe invero essere maggiormente in linea con l'indirizzo della Consulta favorevole ad attrarre a sé le questioni di "convenzionalità-costituzionalità", per quanto vi sia chi [I. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale (Parte I)*, in *Pol. dir.*, 1/2010, 41 ss., spec. 66] ha ipotizzato che, perlomeno nel caso che il giudice si faccia persuaso della incostituzionalità della stessa norma convenzionale e della conformità a Costituzione della norma legislativa con la prima in contrasto, possa farsi subito luogo all'applicazione della fonte nazionale. Ciò che, nondimeno, importa, ai fini del discorso che si va ora facendo, è che, a giudizio della Corte, debba guardarsi all'*intero* sistema dei diritti ed ai modi del loro appagamento, in ragione dei quali possono "saltare", ed effettivamente "saltano", le quiete ordinazioni delle fonti di formale fattura. Diverso invece l'orientamento al riguardo manifestato dalla Corte EDU, propensa a

La Costituzione insomma reclama che si tenda verso punti sempre più alti di sintesi assiologiche o, quanto meno, che si mantenga costante il livello dapprima raggiunto, di modo che la Costituzione stessa, per il modo con cui complessivamente si radica e svolge nell'esperienza, risulti sempre appagata al meglio di sé (*magis ut valeat*), alle pur difficili (e, alle volte, persino proibitive) condizioni di contesto.

Ora, a me pare chiaro che un lineare svolgimento delle premesse appena poste porti a considerare la stessa *gerarchia secondo forma* come non di rado obbligata a farsi da parte davanti ad una *gerarchia secondo valore*, anche atti di grado astrattamente inferiore rispetto a quello posseduto da altri atti sopravvenienti e coi primi contrastanti potendo infatti vantare protezione da parte di norme a tutti gli atti in campo sovraordinate, in quanto portatrici di valori indisponibili²⁰.

La conclusione è piana: i diritti (e, ancora più in alto o più a fondo, la dignità, quale autentico *Grundwert* dell'ordinamento) costituiscono, nell'insieme dagli stessi composto, un *metacriterio ordinatore delle fonti (rectius, delle norme)*, davanti al quale sono obbligati ad inchinarsi i criteri restanti e con esso, ad ogni buon conto, a confrontarsi, ricevendo quindi le opportune verifiche della loro effettiva attitudine a far luogo alla composizione ed all'incessante rinnovo del sistema. Ed allora è di tutta evidenza che il confine tra i "livelli essenziali", la cui posizione è rimessa alle leggi dello Stato, e i livelli "non essenziali" non può stabilirsi una volta per tutte, con criteri di formale fattura, richiedendo piuttosto di essere rimesso a punto caso per caso, per le esigenze della pratica giuridica, a mezzo di una complessiva considerazione del sistema dei valori, per il modo con cui si assesta per ciascun campo materiale di esperienza e per uno stesso campo nel tempo.

3. *La vessata questione concernente l'attitudine degli statuti regionali a disporre in tema di diritti: in ispecie, la tesi favorevole al suo riconoscimento, attratto dalla "forma di governo" ovvero dai "principi di funzionamento", e la sua critica*

Quanto poi al riparto delle competenze in seno all'ordinamento regionale, molto agitata – come si sa – è stata (ed è) la questione relativa alla idoneità dello statuto a porre norme relative ai diritti.

Un tempo si pensava che porre norme sui diritti fosse come dire norme vincolanti o, come che sia, giuridicamente rilevanti. Una nota giurisprudenza, che seguito a trovare singolare e, a dirla tutta, francamente fuori centro, ha invece portato all'esito di *dissociare l'effetto giuridico dalla sua fonte*, assumendo che la seconda possa ugualmente aversi senza che tuttavia si abbia di necessità anche il primo, una volta che si assuma la inidoneità di alcune delle norme della fonte stessa a produrre giuridici effetti²¹. Ciò che è – a me pare – una palese *contradictio in adiecto*, dalla previa esistenza della norma potendosi

guardare al singolo diritto in gioco (E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.* 7/2010, 955 ss., spec. 961). La qual cosa, poi, può portare a complesse questioni e a sofferti sviluppi al piano delle relazioni tra le Corti, rendendone ardua una bonaria composizione.

²⁰ Un solo esempio per tutti, ancora una volta tratto da una ormai copiosa, stabile giurisprudenza. Si pensi, dunque, alle norme prodotte in ambito interno al fine di dare attuazione a norme dell'Unione, le prime (pur laddove contenute in fonti regolamentari) potendo resistere davanti a leggi sopravvenienti ogni qual volta si dimostri che la loro rimozione o modifica in genere ridondi in una (inammissibile) incisione della fonte sovranazionale. Cosa diversa è che le leggi stesse si pongano esse pure al servizio di principi-valori fondamentali dell'ordinamento (o magari – e perché no? – dello stesso valore della pace e della giustizia tra le Nazioni); nel qual caso l'antinomia si risolve *ipso iure* in un conflitto tra valori ugualmente fondamentali (o in un conflitto di un valore con... *se stesso*), come tale bisognoso di essere ripianato – a me pare – con la logica usuale del bilanciamento, non già facendo appello ai c.d. "controlimiti" (ma le dinamiche della normazione coinvolgenti i valori, anche sul fronte delle relazioni interordinamentali, richiedono ben altri, assai articolati e complessi, svolgimenti argomentativi, non consentiti a questa sede).

²¹ Mi riferisco – com'è chiaro – alle pronunzie [nn. 372, 374 e 378 del 2004](#), largamente commentate, che hanno assegnato alle norme statutarie c.d. "programmatiche" (etichetta che, come pure è noto, la Corte giudica però impropria) valenza meramente politico-culturale, non pure giuridica.

(e dovendosi) quindi desumere l'effetto dalla stessa prodotto, così come da questo potendosi (e dovendosi) risalire a quella.

È nondimeno da chiedersi, nell'ordine: *a*) se lo statuto possa contenere enunciati riferiti ai diritti; *b*) se essi abbiano altresì valore vincolante, quanto meno appunto nei riguardi del solo legislatore regionale.

Una generosa dottrina ha ritenuto di agganciare le previsioni statutarie riguardanti i diritti, delle quali peraltro si ha – come si sa – largo riscontro (nei nuovi così come nei vecchi statuti), alla “forma di governo” (ampiamente intesa), assumendo pertanto la loro idoneità a comporre uno dei c.d. contenuti necessari dello statuto²². Allo stesso esito, ma con diverso percorso argomentativo, perviene un'altra, maggiormente diffusa opinione che individua la fonte della competenza statutaria nei “principi fondamentali di... funzionamento”, di cui si fa ugualmente parola nell'art. 123 della Carta²³.

Nell'uno e nell'altro modo di vedere v'è, a mia opinione, sia del vero che del falso.

Si ha l'una cosa già solo a considerare quante e quali mutue implicazioni si intrattengano tra le norme organizzative e le norme sostantive, le prime e più rilevanti delle quali ultime sono poi – come si sa – proprio quelle relative ai diritti, al punto che – si è fatto notare da una sensibile dottrina²⁴ – si rivela subito artificioso separare le une dalle altre a colpi d'accetta (e, prima ancora, le relative “materie”)²⁵. Eppure ciò posto, altro sono i diritti ed altra cosa la forma di governo o, più largamente, l'organizzazione, i primi non esaurendo i loro effetti nell'*hortus conclusus*, per ampio che sia, in cui prende corpo la seconda né su questa sola dunque appuntandosi. Come si preciserà meglio più avanti, non v'è dubbio che i diritti afferenti l'organizzazione possano (e debbano) trovare posto nella disciplina statutaria; ha dunque ragione, per questo verso, la tesi patrocinata da quanti vedono nei “principi di funzionamento” il fondamento dei diritti così come statutariamente regolati. E invero tutto ciò che attiene al *metodo* dell'azione regionale (specie per ciò che concerne la partecipazione, la valorizzazione della sussidiarietà, anche “orizzontale”, l'apporto delle forze sociali e delle autonomie infraregionali all'attività regionale) non soltanto costituisce a pieno titolo parte integrante del tessuto statutario ma ne è, anzi, proprio il nucleo più qualificante ed espressivo. E, tuttavia, non in questo soltanto si esauriscono i diritti riguardati

²² La tesi è stata con vigore patrocinata da M. OLIVETTI, *Nuovi statuti e forma di governo delle Regioni. Verso le Costituzioni regionali?*, Bologna 2002, spec. 125 ss. e 137 ss.; v. anche le precisazioni al riguardo fatte da R. BIFULCO, *Nuovi statuti regionali e (“nuovi”) diritti regionali*, in *Giur. it.*, 2001, 1757 ss.

Sulla controversa nozione di forma di governo, indicazioni in A. SPADARO, *La forma di governo regionale calabrese*, in AA.VV., *Istituzioni e proposte di riforma (Un “progetto” per la Calabria)*, a cura dello stesso S., Napoli 2010, 3 ss. (e già in altri scritti). Gli studi più recenti, nondimeno, seguitano a porre l'accento più sui tratti tradizionalmente ritenuti tipici dell'organizzazione, quali riferiti ai rapporti tra gli organi di vertice dell'ente, che al modo di operare dell'ente stesso, al servizio e in vista dell'appagamento dei bisogni della comunità [v., con specifico riferimento alla forma di governo regionale, gli studi di N. VICECONTE, *La forma di governo nelle regioni ad autonomia ordinaria. Il parlamentarismo iper-razionalizzato e l'autonomia statutaria*, Napoli 2010; A. BURATTI, *Rappresentanza e responsabilità politica nella forma di governo regionale*, Napoli 2010; S. CATALANO, *La “presunzione di consonanza”. Esecutivo e Consiglio nelle Regioni a statuto ordinario*, Milano 2010; M. RUBECCHI, *La forma di governo regionale fra regole e decisioni*, Roma 2010. Molto importante è oggi, per l'inquadramento metodico-teorico, il saggio di M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir., Ann.*, III (2010), 538 ss. e 578 ss., per la forma di governo regionale].

²³ *Ex plurimis*, E. RINALDI, *Corte costituzionale, riforme e statuti regionali: dall'inefficacia giuridica delle norme programmatiche al superamento dell'ambigua distinzione tra contenuto “necessario” e contenuto “eventuale”*, in *Giur. cost.*, 6/2004, 4073 ss., spec. 4081; E. ROSSI, *Principi e diritti nei nuovi Statuti regionali*, in *Riv. dir. cost.*, 2005, 60; M. ROSINI, *Le norme programmatiche dei nuovi statuti*, in AA.VV., *I nuovi statuti delle Regioni ordinarie. Problemi e prospettive*, a cura di M. Carli-G. Carpani-A. Siniscalchi, Bologna 2006, 35. *Contra*: L. PEGORARO-S. RAGONE, *I diritti negli statuti regionali: norme o principi?*, in *Il dir. della Reg.*, 3-4/2009, 181.

²⁴ Un solo nome per tutti: M. LUCIANI, *La “Costituzione dei diritti” e la “Costituzione dei poteri”*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Padova 1985, 497 ss.

²⁵ Ricordo che la questione è stata molto agitata ai tempi della Bicamerale ed è stata quindi ripresa anche dopo il nuovo Titolo V, a motivo della presenza in esso di norme di carattere sostantivo (segnatamente, riguardanti i diritti), tra le quali quella di cui all'art. 117, VII c.

dagli statuti; ed allora si tratta di sapere se (e dove) si possa rinvenire un fondamento ancora più saldo della disciplina ad essi relativa.

Allo scopo, non occorre – a me pare – accedere alla tesi secondo cui lo statuto è fonte materialmente costituzionale dell’ordinamento regionale al fine di rinvenire giustificazione della previsione in esso di norme riguardanti i diritti.

In primo luogo, va rammentato che è ormai netta (e, a quanto pare, irreversibile) la rottura del rapporto di corrispondenza biunivoca tra Costituzione e diritti, l’una non possedendo più il monopolio del riconoscimento degli altri. La Costituzione, nell’accezione liberale del termine, è certamente, nella essenza, una Carta dei diritti ma non è, appunto, il solo documento normativo abilitato ad ospitarli. Può anche dispiacere che le cose stiano così²⁶ ma non si può non prendere atto del fatto in sé, inconfutabile²⁷. E, invero, è venuta sempre più dilatandosi l’area coperta dalla “materia costituzionale”, in seno alla quale si dispongono atti di varia estrazione e fattura (provenienti sia *ab extra*, e segnatamente dalla Comunità internazionale e dall’Unione europea, e sia *ab intra*), coi quali si è fatto luogo ad un sensibile, vistoso allungamento del catalogo dei diritti (e, dunque, al riconoscimento di “nuovi”)²⁸.

In secondo luogo, va avvertito che, diversamente da quanto talora affermato in dottrina, il riconoscimento della competenza statutaria in ordine alla previsione dei diritti non può considerarsi implicito nel mero fatto che lo statuto stesso vede la luce con procedura aggravata.

Il sillogismo sarebbe il seguente. Se si vede nella legge regionale “comune” una fonte idonea a dare la disciplina dei diritti, sia pure nei limiti segnati dalla disciplina statale sui “livelli”, *a maggior ragione* lo sarebbe lo statuto, quale fonte apicale dell’ordinamento regionale, vincolante la legge stessa e, comunque, da essa non derogabile.

Nulla tuttavia esclude che la procedura peculiare stabilita per la formazione dello statuto (e le sue successive modifiche)²⁹ si debba agli oggetti parimenti peculiari che la fonte è chiamata a disciplinare,

²⁶ V., al riguardo, l’“amara” constatazione di recente fatta da E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo*, in AA.VV., *Corti costituzionali e Corti europee*, cit., 152, nella parte in cui rileva che, senza il sussidio venuto dalle Carte internazionali dei diritti (e dalle relative Corti), molti diritti non sarebbero stati adeguatamente protetti con le sole forze di cui la Costituzione dispone.

²⁷ A parer mio, il riconoscimento dei diritti ad opera delle Carte internazionali, pur non essendo scevro di inconvenienti anche assai gravi, va comunque salutato con favore, vuoi per l’effetto di liberalizzazione e, per riprender la formula dell’art. 11, “pacificazione” che se ne può avere al piano delle relazioni internazionali e vuoi per la sana competizione che esso può alimentare tra legislatore e legislatore, nonché tra questi e i giudici, nella gara a chi offre di più e di meglio al servizio dei diritti stessi. Il fatto poi che possano crescere le occasioni di conflitto con gli stessi diritti costituzionali, pur richiedendo di non essere sottovalutato, può ugualmente tradursi in un loro maggiore appagamento (e, in fin dei conti, come si diceva, nella salvaguardia della dignità), nella pur sofferta ricerca delle soluzioni più adeguate ai singoli casi.

²⁸ Ed è anche in considerazione di ciò che, riprendendo ora una tesi a me cara, rinnovo qui l’invito a recepire le Carte internazionali con legge costituzionale, ricongiungendo in tal modo forma e materia costituzionale. L’inconveniente di maggior peso che infatti può aversi dall’affollamento crescente delle Carte è che esse acquistino giuridico rilievo in ambito interno per effetto della volontà politico-normativa manifestata, in via di principio, dalla sola maggioranza di turno, laddove è da presumere che la nascita delle leggi costituzionali si debba all’incontro delle volontà di maggioranza ed opposizioni (sappiamo che non sempre è stato così ma così – ad opinione mia e di molti – sempre invece dovrebbe essere, secondo modello). Una volta poi che le Carte siano state rese esecutive con le forme stabilite nell’art. 138, potrà pianamente ammettersi (anche dalla più cauta o diffidente dottrina) che esse possano partecipare ad armi pari ad operazioni di bilanciamento coi diritti originari, stabiliti in Costituzione.

²⁹ Neppure un cenno può qui farsi ai non pochi né lievi problemi che la procedura stessa ha posto (specie per l’aspetto dei controlli), in relazione ai quali è venuta a formarsi una giurisprudenza fortemente discussa ed a mia opinione ancora in via di assestamento.

tra i quali non rientrano *ex professo* i diritti³⁰, né che il rapporto tra statuto e legge regionale sia, del tutto o in parte, di separazione delle competenze³¹.

4. Segue: *Il fondamento della disciplina volta a dare (non già il riconoscimento ma) la tutela dei diritti va rinvenuto nella vocazione degli statuti a rappresentare, nel modo più immediato e genuino, l'identità regionale ed a dare dunque voce all'autonomia, intesa, ancora prima che come potere, come servizio alla comunità regionale*

In realtà, non si comprendono le norme regionali sui diritti (statutarie in primo luogo e, quindi, legislative) se non si fa costante e fermo riferimento all'*identità* della Regione: della Regione come istituto e della singola Regione³².

L'identità fa infatti tutt'uno con l'autonomia: la prima è un *prius* della seconda, costituendone il sostrato che la sorregge e ne giustifica il riconoscimento; è, però, anche il *posterius*, dal momento che è l'autonomia, nelle sue più salienti manifestazioni giuridiche, a conformare e riconformare senza sosta l'identità stessa, a rimetterla a punto, realizzarla, salvaguardarla.

L'autonomia ha, dunque, la sua specifica ragion d'essere nel suo rendere testimonianza all'identità e, unitamente a ciò, nel consentirne l'incessante rigenerazione e la integra trasmissione nel tempo. V'è però un'ulteriore ragione, alla prima strettamente, inscindibilmente legata, che rimanda al modo stesso di essere e di divenire dell'autonomia. Quest'ultima, infatti, rileva non tanto al piano della organizzazione, dell'apparato governante, quanto a quello dell'attività, per il tramite della quale l'apparato stesso entra a contatto con la comunità governata³³. Ed è proprio qui che si coglie l'essenza dell'autonomia: nel suo porsi, più (e prima ancora) che come *potere*, come *servizio* nei riguardi dei bisogni più largamente ed intensamente avvertiti in seno alla comunità³⁴, la quale poi – tengo a precisare – va intesa non già riduttivamente, quale *communitas civium*, bensì in senso largo, comprensivo anche dei non cittadini residenti nel territorio regionale, in ragione del vincolo che al territorio stesso li lega e che li rende partecipi delle vicende dell'istituzione regionale³⁵.

Al piano dei diritti fondamentali – non è superfluo qui precisare – non può aversi discriminazione alcuna su basi soggettive: i diritti stessi o sono riconosciuti in egual misura a tutti oppure, semplicemente, non sono³⁶. Il tratto della “fondamentalità” implica l'eguaglianza del trattamento ed è allo stesso tempo

³⁰ ... salvo appunto ad accedere alle tesi, sopra richiamate, che li riportano, rispettivamente, alla forma di governo ed ai principi di funzionamento.

³¹ Su ciò, un cenno a breve.

³² Numerosi negli statuti i riferimenti all'identità (indicazioni in A. BERTELLI, *Cultura, culture, identità negli statuti regionali*, in AA.VV., *L'attuazione statutaria delle Regioni. Un lungo cammino*, a cura di E. Catelani, Torino 2008, 33 ss.). Vede nella promozione e salvaguardia di quest'ultima il modo più adeguato al fine della “costruzione di un'identità nazionale plurale” E. ROSSI, *Principi e diritti nei nuovi Statuti regionali*, cit., 62.

³³ ... per quanto – come si sa – l'organizzazione si ponga come condizione dell'attività, per come l'una è fatta avendosi poi riflessi immediati in occasione dello svolgimento dell'altra.

³⁴ Mi sono sforzato di declinare l'autonomia non già in chiave meramente soggettivo-istituzionale bensì anche (e soprattutto) in chiave assiologico-oggettivo, nei termini del servizio di cui si fa qui pure parola, nel mio *Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali*, in “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti, VI, 2, *Studi dell'anno 2002*, Torino 2003, 307 ss.

³⁵ Sul significato del territorio, specie nella presente congiuntura segnata dalla globalizzazione, v., di recente, il corposo studio di A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano 2010; con specifico riguardo alla sua rappresentanza, v., poi, I. CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, Napoli 2010.

³⁶ Ce lo rammenta, ancora di recente, [Corte cost. n. 61 del 2011](#), dove nondimeno, in linea con un consolidato indirizzo della stessa giurisprudenza, si distingue il trattamento riservato ai cittadini ed agli stranieri regolari da un canto, agli irregolari dall'altro, ai quali ultimi i diritti fondamentali sono garantiti unicamente nel loro “nucleo duro”. Su ciò, ora, la densa

da questa confermato ed avvalorato; ciò che si rende palese ed apprezza in modo esemplare sol che si pensi che è per il tramite del riconoscimento (e, più ancora, dell'effettivo godimento) dei diritti fondamentali che si realizza e tutela la dignità della persona umana³⁷. È la comunanza di vita, insomma, che sostiene e giustifica il comune riconoscimento dei diritti (a mia opinione, anche di quelli c.d. "politici"³⁸). L'esperienza offre, peraltro, ripetute, convergenti testimonianze del fatto che proprio questa è la strada giusta da imboccare con decisione, per quanto sia ancora assai lungo il tratto che manca per raggiungere la meta (ma, su ciò, a breve)³⁹.

Questo discorso porta naturalmente a distinguere – come già si avvertiva all'inizio di questa riflessione – tra il *riconoscimento* e la *tutela* (anche normativa) dei diritti. L'uno non può che venire da una fonte (costituzionale per antonomasia) idonea, per capacità di escursione di raggio e profondità di effetti, a coprire senza distinzione alcuna l'intero territorio della Repubblica: dunque, solo la Costituzione o altre Carte, esse pure dotate di generale valenza, possono darne la prima, essenziale, necessaria disciplina. L'altra, invece, in quanto volta a specificare-attuare la disciplina in parola può venire anche da altre fonti (per ciò che qui interessa, dagli statuti); ed è proprio grazie a quest'ultima che si fa e rinnova l'identità, si fa cioè l'autonomia, nella cornice insuperabile dell'unità⁴⁰.

La questione del riparto interno al sistema regionale delle fonti viene, poi, in un certo senso, *dopo*; per quanto, come qui pure s'è tenuto ad evidenziare, di notevole rilievo, è pur sempre di secondo piano rispetto alla questione cruciale relativa a ciò che è (e che fa), *in sé e per sé*, possiamo ormai dire, *l'identità-autonomia*.

Ora, per chiudere sul punto, appare invero a dir poco singolare che da taluno si dubiti che proprio la fonte per antonomasia espressiva dell'*identità-autonomia* della Regione, lo statuto, possa a pieno titolo

riflessione di C. SALAZAR, *Leggi statali, leggi regionali e politiche per gli immigrati: i diritti dei "clandestini" e degli "irregolari" in due recenti decisioni della Corte costituzionale (sentt. nn. 134 e 269/2010)*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Napoli 2011, cui si deve un'argomentata disamina critica della giurisprudenza costituzionale.

³⁷ Si tenga a mente, al riguardo, quanto si è dietro osservato in merito alla natura della dignità quale diritto fondamentale e, a tempo, fondamento dei diritti fondamentali restanti.

³⁸ La questione è – come si sa – animatamente discussa (hanno fatto, ancora non molto tempo addietro, il punto su di essa G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli 2007, 392 ss. e C. LUCIONI, *Cittadinanza e diritti politici. Studio storico-comparistico sui confini della comunità politica*, Roma 2008, spec. 312 ss.; v., inoltre, il dibattito svoltosi in occasione del convegno di Cagliari del 2009 su *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, a cura dell'AIC, Napoli 2010, ed *ivi*, part., la relazione di B. CARAVITA DI TORITTO, *I diritti politici dei "non cittadini". Ripensare la cittadinanza: comunità e diritti politici*, 133 ss.; adde T.F. GIUPPONI, *Stranieri e diritti politici*, in *Scritti in memoria di F. Fenucci*, I, a cura di A. Barbera, A. Loiodice, M. Scudiero e P. Stanzione, Soveria Mannelli 2010, 217 ss.; A. ALGOSTINO, *Il ritorno dei meteci: migranti e diritto di voto*, in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, a cura di S. Gambino e G. D'Ignazio, Milano 2010, 427 ss.; D. SARDO, *Il dibattito sul riconoscimento del diritto di voto agli stranieri residenti*, in AA.VV., *Dossier Immigrazione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; A. SCIORTINO, *Migrazioni e trasformazioni della partecipazione politica. Una riflessione sul riconoscimento del diritto di voto ai non cittadini stabilmente residenti*, in *Studi in onore di L. Arcidiacono*, VI, Milano 2010, 3025 ss.); ed è invero tutta da verificare la congruità interna della soluzione che spiana la via al riconoscimento dell'elettorato attivo e passivo in ambito locale e invece lo nega per l'ambito regionale e nazionale, ove si convenga a riguardo del fatto che il rapporto che viene a costituirsi tra elettore ed eletto è, *in ogni caso*, di rappresentanza politica.

³⁹ Indicazioni a riguardo dei diritti riconosciuti dalla legislazione regionale ai non cittadini, specie agli extracomunitari, in F. BIONDI DAL MONTE, *I diritti sociali degli stranieri tra frammentazione e non discriminazione. Alcune questioni problematiche*, in *Ist. fed.*, 5/2008, 557 ss.; R. ARENA-C. SALAZAR, *I "soggetti deboli" nella legislazione regionale calabrese*, in AA.VV., *Istituzioni e proposte di riforma*, cit., 185 ss. e ancora C. SALAZAR, *Leggi regionali sui "diritti degli immigrati", Corte costituzionale e "vertigine della lista": considerazioni su alcune recenti questioni di costituzionalità proposte dal Governo in via principale*, in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., 392 ss. In giurisprudenza, di recente, oltre alla [sent. n. 61 del 2011](#), sopra richiamata, v. [Corte cost. n. 40 del 2011](#).

⁴⁰ Ammette che unicamente al piano dell'attuazione dei diritti costituzionali possano costruirsi "solide e percepibili identità regionali diverse" P. CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, in *Le Regioni*, 1-2/2005, 27 ss. (e 29 per il riferimento testuale).

e con centralità di posto immettersi nei processi di produzione giuridica in seno ai quali prendono forma, in ambito locale, i diritti. Altra cosa è poi ciò che s'è fatto e come lo si è fatto allo scopo di dare voce all'identità stessa; e su ciò di qui a breve si svolgeranno succinte notazioni a chiusura di questa riflessione.

Quel che è certo è che poco o nessun senso hanno – qui ha invero ragione una certa critica ricorrente fatta agli statuti – formule inutilmente ripetitive, alle volte per filo e per segno, del dettato costituzionale⁴¹, afflitte da una retorica sconclusionata, complessivamente incapaci di cogliere e rappresentare la specificità dell'identità regionale. Cosa diversa è che invece si riesca a proporre una rilettura *temporis razione* aggiornata degli enunciati costituzionali e adeguata al peculiare contesto della singola Regione. Ciò che poi potrebbe giovare a quella ricarica semantica degli enunciati relativi ai diritti che senza sosta si intrattiene pure con riguardo a documenti adottati a “livelli” diversi, provvisti di forma e di effetti parimenti diversi.

Il principio affermato dalla giurisprudenza (nel modo più efficace, da [Corte cost. n. 388 del 1999](#)), secondo cui Costituzione e Carte internazionali dei diritti “si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione”, può altresì valere – a me pare – anche con riguardo agli statuti, coinvolgendo gli statuti stessi nel circolo ermeneutico, sì da trarre frutti ancora più copiosi e succosi dal giardino in cui crescono le piante dei diritti, numerose e di varia natura, tutte nondimeno egualmente idonee a dare i frutti stessi, se coltivate come si conviene.

5. Le temute interferenze tra la disciplina statutaria e le discipline legislative sui diritti e i modi del loro possibile superamento

Si dispone ormai degli elementi sufficienti a giustificazione della disciplina statutaria sui diritti, come pure però dei suoi limiti. Occorre tuttavia ulteriormente approfondire proprio quest'ultimo punto, laddove a conti fatti si mette alla prova la capacità di tenuta del modello costituzionale, la sua effettiva attitudine a dare un orientamento (se non pure un ordine) alle più salienti espressioni della pratica giuridica.

La questione riguarda specificamente le possibili, temute interferenze tra statuti e leggi, statali in primo luogo e, a seguire, regionali.

Sul punto si è avuto, come si sa, un acceso dibattito, i cui termini essenziali non possono ora essere neppure in sunto rappresentati. Per la mia parte, vorrei tuttavia cominciare col dire che esso va largamente ridimensionato, l'interferenza suddetta apparendo invero di assai remoto riscontro *quoad obiectum*, sia teoricamente che praticamente.

Già all'indomani del varo dei primi statuti si è fatto notare da un'avvertita dottrina⁴² come molte delle norme “programmatiche” – come al tempo ancora si chiamavano e che, forse, si farebbe ormai meglio a chiamarle “promozionali”) – costituissero la parte più “velleitaria ed improduttiva di tutta la disciplina statutaria”, mentre altri ha rilevato come molti enunciati fossero in realtà delle vuote espressioni, per loro natura prive dell'attributo della prescrittività⁴³. Ed è bensì vero che, in via di principio, altro sono le norme c.d. programmatiche ed altra cosa le statuizioni relative ai diritti; e, tuttavia, per un verso, si ha una larga sovrapposizione delle une rispetto alle altre, le seconde risultando – perlomeno in molti casi –

⁴¹ Di “cloni statutari di norme costituzionali” e veri e propri “plagi” discorre A. D'ATENA, *I nuovi statuti regionali e i loro contenuti programmatici*, in AA.VV., *I nuovi Statuti delle Regioni ad autonomia ordinaria*, a cura dello stesso D'A., Milano 2008, rispettivamente, 62 e 65, ma trattasi di avviso, nella sostanza, largamente diffuso, dividendosi quindi gli studiosi tra coloro che giudicano la cosa meramente inopportuna e coloro che invece la vedono come pericolosa (*ex plurimis*, R. TOSI, *Le “leggi statutarie” delle Regioni ordinarie e speciali: problemi di competenza e di procedimento*, in AA.VV., *Le fonti di diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, a cura di A. Ruggeri e G. Silvestri, Milano 2001, 64 ss. e R. BIN, *Nuovi statuti e garanzie dei diritti*, in *Ist. fed.*, 2/2003, 195 ss.).

⁴² L. PALADIN, *Diritto regionale*, Padova 1973, 40.

⁴³ A. D'ATENA, *I nuovi statuti*, cit., 59 s.

racchiuse nelle (e *quodammodo* assorbite dalle) prime, mentre, per un altro verso, tutte risultano accomunate appunto dal loro carattere (latamente) sostantivo, pur laddove si tratti di diritti riguardanti l'organizzazione.

Sta di fatto che il fitto contenzioso registratosi al piano dei rapporti Stato-Regioni (specie, ma non solo, per effetto dell'esercizio, da una parte e dall'altra, di *actiones finium regundorum* alimentate in modo vistoso dalle incerte e in qualche caso traballanti espressioni del nuovo Titolo V) è venuto a determinarsi principalmente in occasione della produzione delle leggi, gli statuti essendo, in buona sostanza, rimasti tagliati fuori dalle vicende processuali⁴⁴, *proprio perché* considerati a conti fatti innocui, ininfluenti. È vero che questo può spiegarsi, dal 2004 in avanti, col nuovo corso inaugurato dalla giurisprudenza, cui si è sopra accennato, che ha fatto luogo alla "denormativizzazione" – come ho ritenuto altrove di chiamarla –, per l'aspetto ora considerato, degli statuti⁴⁵. E, tuttavia, si tratterebbe di una spiegazione comunque parziale, non in tutto persuasiva: vuoi per la ragione che la giurisprudenza può mutare orientamento, sotto la pressione di operatori che in esso non si riconoscano, sempre che ovviamente si abbia da parte di questi ultimi una ferma e convinta opposizione nei riguardi dei verdetti della Consulta, e vuoi perché – è qui il nocciolo della questione – nei fatti non si rinviene negli statuti il terreno sul quale far svolgere il confronto (e, se del caso, lo scontro) politico tra le ragioni dell'unità e quelle dell'autonomia. La partita da cui dipendono le sorti del riparto delle competenze, al piano del diritto vivente, non la si gioca insomma coinvolgendo in campo gli statuti bensì lasciando che il tiro alla fune lo facciano le sole leggi (ed altri atti ancora).

In astratto, ad ogni buon conto l'interferenza della disciplina statutaria con quella delle leggi statali potrebbe ugualmente aversi; ed è proprio in considerazione di essa che si sono quindi ricostruiti i rapporti tra gli statuti stessi e le leggi regionali.

Ammettendosi infatti, in premessa, che i soli vincoli per le fonti di autonomia sono quelli discendenti dalle leggi statali a ciò espressamente abilitate, è venuto naturale distinguere tra potestà concorrente e potestà "piena" (o, meglio "residuale"): per la prima, il limite resterebbe dunque circoscritto alla osservanza dei soli "principi fondamentali" delle leggi statali, davanti ai quali la disciplina statutaria sarebbe pertanto tenuta, in caso d'incompatibilità, a recedere (per difetto di competenza⁴⁶); per la seconda, di contro, le leggi regionali si troverebbero obbligate a conformarsi alle sole indicazioni statutarie, se non altro per la ragione che si assisterebbe altrimenti ad una deroga *di fatto* dello statuto stesso, in violazione della procedura aggravata stabilita nell'art. 123.

La sovraordinazione dello statuto sulle leggi regionali è poi certa con riguardo agli oggetti di esclusiva spettanza dello statuto stesso (in una parola, all'organizzazione), oggetti che non potendo essere minutamente disciplinati dalla fonte statutaria è naturale che quindi lo siano, in svolgimento delle scarse

⁴⁴ ... al di fuori dei pochi casi in cui sono stati espressamente impugnati, in occasione della loro adozione (su queste esperienze, per tutti, A. CARDONE, *La "terza via" al giudizio di legittimità costituzionale. Contributo allo studio del controllo di costituzionalità degli statuti regionali*, Milano 2007, e I. CARLOTTO, *Il procedimento di formazione degli Statuti delle Regioni ordinarie*, Padova 2007). Non si sono tuttavia avute dichiarazioni d'illegittimità derivata, conseguenti alla caducazione di leggi, in quanto a loro volta attuative degli statuti. Il punto mi parrebbe degno di nota.

⁴⁵ Riprendo qui, ancora una volta, un'espressione da me coniata in sede di primo commento alle pronunzie in parola (v., dunque, il mio *La Corte, la "denormativizzazione" degli statuti regionali e il primato del diritto politico sul diritto costituzionale*, in *Le Regioni*, 1-2/2005, 41 ss.).

⁴⁶ Quest'inquadramento non è stato – come si sa – fatto proprio da quella giurisprudenza, sopra già richiamata, che ha ritenuto prive di rilievo giuridico le norme statutarie "programmatiche", malgrado che fossero giudicate come esorbitanti dalla competenza degli statuti stessi (tornano ora ad intrattenersi sul punto anche G. D'ELIA e L. PANZERI, *I contenuti ulteriori degli Statuti d'autonomia delle Regioni italiane e delle Comunità Autonome*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4/2009, 1581 ss.).

ed essenziali indicazioni da essa date, dalla legge (o da altri atti ancora, quali i regolamenti appunto di organizzazione⁴⁷).

Non persuade al riguardo l'opinione, pure finemente argomentata⁴⁸, secondo cui essendo agli statuti espressamente rimessa la posizione dei "principi fondamentali" di organizzazione e funzionamento, se ne avrebbe un rapporto di separazione delle competenze tra i principi stessi e le regole quindi fissate con legge.

In disparte infatti la circostanza per cui è, in via generale, assai scivoloso l'accertamento del punto in cui dai principi si trapassa alle regole ovvero dalle seconde si ascende ai primi, nessuna separazione di competenze può al riguardo intravedersi tra gli atti in discorso *proprio perché* entrambi afferenti a quell'organizzazione la cui complessiva conformazione è rimessa in prima battuta allo statuto. Più semplicemente, è qui da prendere atto del fatto che le previsioni statutarie non possono, *per loro natura*, spingersi in eccessivi dettagli, di cui è altra la sede: *il limite, insomma, come vado dicendo da tempo, è – semmai⁴⁹ – di ragionevolezza, non di competenza.*

Il vero è che la tesi che fa leva sulla articolazione in tipi delle potestà legislative regionali, ora affermando ed ora invece negando la sussistenza del vincolo discendente dalle norme statutarie sostantive, pur racchiudendo – a me pare – un fondo di verità, espone il fianco ad almeno due facili, inoppugnabili rilievi, peraltro ampiamente avvalorati dall'esperienza.

Per un verso, infatti, l'articolazione in parola, benché senza dubbio fondata in Costituzione (tanto per l'impianto originario quanto per quello rifatto nel 2001), versa ormai in uno stato di palese sofferenza⁵⁰, una volta che si convenga – come devesi – che l'unico, effettivo piano al quale si apprezza e verifica la rispondenza delle leggi (sia statali che regionali) alla competenza di cui sono tenute a farsi espressione è quello degli *interessi*, dalla loro effettiva (e però continuamente cangiante) natura a conti fatti dipendendo la validità degli atti che ad essa si conformino (e, di riflesso, l'invalidità di quelli che da essa si discostino o che, peggio ancora, ad essa frontalmente si oppongano).

Per un altro verso, poi, la stessa potestà "piena" – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – veramente piena non è, a motivo della diffusione sopra gli ambiti in cui essa si svolge delle norme statali espressive di competenza trasversale, con la cui disciplina la disciplina statutaria può, in astratto, interferire. E poiché il valore di unità informa di sé l'intero ordinamento, ecco che in via di principio non v'è campo materiale di esperienza normativa che possa considerarsi immune dagli interventi delle leggi statali che, per loro indeclinabile vocazione, offrono prestazioni di unità, interventi che, peraltro, possono spiegarsi anche in forme significativamente incisive (tanto a mezzo di norme di principio quanto con norme di dettaglio, insomma) e che nondimeno – si faccia caso – non possono, per la loro parte, mostrarsi

⁴⁷ Non è poi di qui riprendere la vessata questione circa il fondamento e i limiti della disciplina statutaria dell'ordine regionale delle fonti, in specie della eventuale posizione di riserve di regolamento, segnatamente nella materia dell'organizzazione.

⁴⁸ Sopra tutti, A. D'ATENA, *La nuova autonomia statutaria delle Regioni*, in ID., *L'Italia verso il federalismo. Taccuini di viaggio*, Milano 2001, 190.

⁴⁹ Dubito nondimeno che abbia mai modo di farsi concretamente valere, che possa cioè un domani assistersi alla caducazione di norma statutaria per il mero fatto di essere affetta dal vizio di... *eccesso di norme.*

⁵⁰ Basti solo pensare al lento ma inesorabile declino cui sembra ormai condannata da una impietosa giurisprudenza la potestà legislativa regionale cui fa riferimento il IV c. dell'art. 117 [su ciò, tra i molti altri, S. PARISI, *Potestà residuale e "neutralizzazione" della riforma del Titolo V*, in *Scritti in onore di M. Scudiero*, III, Napoli 2008, 1597 ss. e, pure *ivi*, IV, M. RUOTOLO, *Le esigenze unitarie nel riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni: attuazione giurisprudenziale del Titolo V e prospettive di (ulteriore) riforma*, 2055 ss.; F. BENELLI-R. BIN, *Prevalenza e "rimaterializzazione delle materie": scacco matto alle Regioni*, in *Le Regioni*, 6/2009, 1185 ss. Notazioni di vario segno, poi, in molte delle relazioni e degli interventi al convegno su *Dieci anni dopo*, cit., e spec. nei contributi di S. PARISI, *La competenza residuale. Compiti normativi nelle materie statali*, e F. BENELLI, *La costruzione delle materie e le materie esclusive statali*, nonché in altri ancora consultabili in www.astrid-online.it].

insensibili ai frutti normativi più maturi e succosi della cultura giuridica in fatto di salvaguardia dei diritti, alla cui formazione gli stessi statuti sono chiamati a dare il loro fattivo apporto⁵¹.

Per un altro verso ancora, il valore di unità, che è – si badi – cosa ben diversa da una piatta, incolore uniformità delle discipline, piuttosto l'unità stessa costruendosi e senza sosta rinnovandosi all'insegna di una *ragionevole* diversificazione⁵², non è estraneo, proprio a motivo della sua attitudine ad attraversare e pervadere ogni ambito di esperienza, alla stessa disciplina dell'organizzazione regionale. La qual cosa poi, ovviamente, non sta a significare che le norme statali possano assumere quest'ultima ad oggetto di regolazione *in modo diretto e specifico* ma solo che esse, laddove *immediatamente e necessariamente* serventi il valore di unità⁵³, vadano ugualmente tenute presenti al momento della definizione, in autonomia, dell'organizzazione suddetta. Non si spiegherebbe altrimenti il riferimento al limite dell'"armonia" con la Costituzione, di cui è fatta parola nell'art. 123, limite che – senza riprendere ora neppure per un momento le vessate questioni che l'hanno riguardato, rese peraltro ancora più complesse, inestricabili, da una discussa (e discutibile) giurisprudenza⁵⁴ – rimanda di certo, per la sua parte, all'osservanza delle norme riguardanti i diritti, valevoli per l'intero territorio della Repubblica.

L'unità – s'è qui pure tenuto a precisare – non è infatti neppure concepibile qualora i componenti l'intera collettività dovessero disporre di un patrimonio differenziato di diritti fondamentali e di doveri ugualmente fondamentali⁵⁵, per questo verso avendosi così conferma del fatto che i principi di base dell'ordinamento (e, tra questi, in ispecie, quelli di cui agli artt. 2, 3 e 5 cost.), *proprio perché tali*, sono concettualmente e positivamente inautonomi, ciascuno di essi rimandando agli altri e tutti assieme prendendo appunto forma col fatto stesso di alimentarsi semanticamente l'un l'altro, dandosi così mutuo sostegno specie nel corso delle più sofferte esperienze dell'ordinamento stesso.

6. Norme statutarie sui diritti in materia di organizzazione e norme a questa estranee, idonee a valere nel rispetto delle norme statali poste a presidio dell'unità ovvero in via "sussidiaria", in caso di mancanza delle stesse

Vediamo dunque di tirare le fila dalle notazioni fin qui svolte.

La competenza statutaria a porre, nel limite dell'"armonia" sopra indicato (e, perciò, nella cornice dell'unità), norme sui diritti relativamente agli ambiti dell'organizzazione è fuori discussione, altrimenti la stessa organizzazione resterebbe monca di alcuni suoi elementi essenziali (si pensi, sopra ogni cosa,

⁵¹ Su questo terreno (e per l'aspetto ora considerato) la circolarità dell'esperienza giuridica trova una delle sue più espressive testimonianze, le "tradizioni statutarie comuni" – per dir così, mutuando ed adattando una formula, come si sa, in altro contesto e ad altri fini coniatà –, e non già ovviamente i singoli statuti, ponendosi per la loro parte a punto di riferimento e d'ispirazione della progettazione normativa in ambito statale volta a limitare l'autonomia regionale.

⁵² Sulle strutturali differenze tra unità (ed omogeneità) da un canto, uniformità dall'altro, indicazioni possono aversi, oltre che da M. OLIVETTI, *Nuovi statuti*, cit., spec. 44 ss., da E. GRIGLIO, *Principio unitario e neo-policentrismo. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, Padova 2008.

⁵³ Come poi individuare le norme che presentino siffatta destinazione di scopo è una somma questione di ordine teorico-pratico, alla quale non può adesso farsi cenno; è certo, nondimeno, che, come sempre, in ultima istanza è affare della giurisprudenza rispondere alla domanda: a conferma del fatto che le vicende della normazione sono refrattarie a lasciarsi ingabbiare entro schemi di formale fattura, quale quello usuale della separazione, piuttosto affidandosi alla loro storicizzazione complessiva.

⁵⁴ Mi riferisco ora in special modo alla sibillina (diffusamente e variamente commentata) affermazione fatta da [Corte cost. n. 304 del 2002](#), nella parte in cui ha chiamato gli statuti all'osservanza, oltre che delle singole disposizioni della Carta costituzionale, del suo (non meglio precisato) "spirito".

⁵⁵ In ciò le vicende di casa nostra convergono, nelle loro più salienti espressioni, con quelle che si affermano altrove (rammento qui, per tutte, la recente giurisprudenza del tribunale costituzionale spagnolo sullo statuto catalano, dove con molta fermezza e chiarezza si è tenuto a ribadire essere uno per l'intero territorio statale il patrimonio dei diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti).

alle garanzie in ordine alla partecipazione politica, che danno sostanza al valore democratico⁵⁶); e, per questa parte, parimenti fuori discussione è il vincolo dalle norme stesse espresso a carico delle leggi regionali chiamate a dare svolgimento alle indicazioni statutarie.

Al di fuori dell'ambito dell'organizzazione (pur largamente inteso) le norme sostantive degli statuti hanno ugualmente modo di affermarsi e farsi valere, in quanto per la loro parte serventi l'identità-autonomia, a condizione che non incrocino norme statali adottate a presidio dell'unità, *quali che siano gli ambiti materiali dalle une e dalle altre norme coperti, nonché i tipi di potestà legislativa in esercizio della quale le norme stesse siano prodotte*. Nel rispetto ovvero in difetto delle norme statali serventi l'unità, l'indirizzo per la normazione locale può poi venire di certo dagli statuti, sempre che questi ultimi si dotino di enunciati strutturalmente idonei a darlo e non si esprimano dunque con un linguaggio fin troppo cauto e sibillino, sostanzialmente incapace d'incidere sui processi politico-normativi che s'impiantano e svolgono in ambito locale, di "mordere" cioè una politica che va facendosi sempre più smalzata ed aggressiva, tutta protesa ad assecondare la propria irresistibile vocazione a debordare da ogni regola, persino da quelle che essa stessa si dà.

Insomma, perlomeno un ruolo "sussidiario" sembra doversi riconoscere a beneficio della disciplina statutaria sui diritti, secondo quanto peraltro già una risalente giurisprudenza considerava adeguato a tale disciplina⁵⁷. Ed è bensì vero che, al tempo, gli statuti erano approvati con legge dello Stato, tant'è che una risalente (ma complessivamente deformante) ricostruzione, di marcato taglio formalistico, annoverava gli statuti tra le leggi statali *tout court*, nel mentre secondo un'altra, assai nota, raffigurazione essi erano piuttosto da considerare atti sostanzialmente "complessi", siccome frutto dell'incontro delle volontà di Stato e Regione. Non si trascuri tuttavia l'opposta visione di quanti (e, come si sa, si trattava di un nutrito drappello di studiosi) piuttosto li annoverava tra le "leggi" regionali, seppure espressive di una competenza complessivamente tipizzata sia per l'aspetto formale-procedimentale che per quello sostanziale. Oggi, comunque, che gli statuti sono stati *pleno iure* "regionalizzati", sembra esclusa l'eventualità che ai loro "principi fondamentali" possa attingersi in sede di esercizio della competenza concorrente. A rigore, anzi, parrebbe doversi distinguere tra vecchi e nuovi statuti: gli uni, siccome già riconosciuti idonei ad esprimere i "principi" in parola, potrebbero seguitare a costituire punto di riferimento delle leggi regionali, diversamente dagli altri che, sopravvenuti alla riscrittura dell'art. 123, non potrebbero più esserlo.

Ci si avvede tuttavia subito di quanto sia arduo proseguire lungo quest'itinerario argomentativo.

In un contesto ormai profondamente segnato, ad ogni livello di esperienza (anche a quello delle relazioni interordinamentali, e segnatamente con l'Unione europea), dalla fluidità e mobilità dei riparti delle competenze, soggetti a continuo rifacimento in ragione della parimenti mobile natura degli interessi, all'insegna dei principi di sussidiarietà e cooperazione (che, poi, nei fatti si traducono proprio in quella integrazione delle competenze, cui si è sopra fatto cenno), non concedere agli statuti l'opportunità di porsi a parametro (sia culturale che positivo) della normazione regionale appare essere un'operazione di retroguardia, votata a sicuro insuccesso.

V'è di più. Proprio perché l'unità si fa e rinnova – come suol dirsi – *dal basso*, attraverso la valorizzazione, nella misura massima consentita dalle condizioni oggettive di contesto, dell'autonomia, la stessa legislazione statale specificamente adottata al servizio dell'unità non può ignorare – come si è

⁵⁶ In merito a ciò che è stato fatto nella legislazione regionale per dar voce al bisogno di partecipazione, indicazioni possono aversi da A. VALASTRO, *Gli strumenti e le procedure di partecipazione nella fase di attuazione degli statuti regionali*, in *Le Regioni*, 1/2009, 77 ss. e, della stessa, *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti*, in AA.VV., *Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo*, a cura della stessa V., Napoli 2010, 38 ss. Va nondimeno avvertito che, malgrado talune realizzazioni al riguardo avutesi, i risultati – come si dirà meglio a breve – appaiono essere complessivamente deludenti. D'altronde, non sempre un metodo buono porta frutti parimenti buoni, laddove faccia poi difetto la capacità di risolvere problemi annosi e, in genere, di progettare lo sviluppo della società.

⁵⁷ Si rammenti, ad es., quanto affermato da [Corte cost. n. 10 del 1980](#).

dietro avvertito – le “*tradizioni statutarie comuni*”⁵⁸, per il cui tramite dunque si esprime una complessiva tendenza culturale nella quale si rispecchia una lettura aggiornata della tavola dei valori costituzionali, frutto della sofferta ricerca di sintesi ad ogni modo appaganti tra unità ed autonomia.

È qui, dunque, la radice da cui si tengono ed alimentano le norme statutarie sui diritti, ciò che – al di là di ogni, diversamente orientato, discorso – ne dà la prima, più genuina e salda giustificazione.

7. I diritti nella prassi, ovvero sia l'identità-autonomia ancora oggi all'affannosa, sofferta ricerca dei modi più adeguati per farsi valere

Gli esiti offerti dalla pratica – anche andando oltre le pur innegabili carenze esibite, sia per espressione linguistica che per contenuti, dagli statuti – sono tuttavia assai deludenti, in qualche caso persino sconcertanti. Se ci si chiede a cosa sono, in buona sostanza, serviti gli statuti, quale l'orientamento da essi dato alla normazione (ed alla stessa amministrazione), è difficile rimuovere il senso di profondo disagio e vero e proprio avvilitamento che affligge a seguito della osservazione dell'esperienza⁵⁹.

Un'avvertenza va però subito fatta; e, per quanto non sia di consolazione alcuna, ugualmente induce ad una generale, disincantata riflessione sul senso complessivo dell'autonomia regionale, di quella di ieri come pure di quella di oggi⁶⁰. Ed è che lo scarto tra il disegno statutario e la prassi ad esso relativa è vistoso pure con riguardo a norme di sicura spettanza dello statuto, a norme di organizzazione appunto⁶¹. Non c'è, d'altronde, da meravigliarsi. Quanta parte dello stesso disegno costituzionale, sia per ciò che attiene alla forma di governo e sia pure (e più ancora) per ciò che attiene alla forma di Stato, ha avuto modo di specchiarsi fedelmente nell'esperienza? La risposta è già nella domanda. E, ancora, è da chiedersi perché mai, a dieci anni dal varo della riforma del Titolo V, tardi a venire alla luce l'adeguamento degli statuti speciali, per effetto del quale la specialità stessa potrebbe rimettersi in testa nella corsa dell'autonomia.

Molti segni ormai si hanno, da più parti ed a più “livelli”, che proprio le norme apicali dei vari sistemi normativi, quali gli statuti per quelli regionali, si considerino da una politica smalzata (ma miope e irresponsabile), a conti fatti, inutili. Il paradosso della nostra complessiva vicenda politico-istituzionale, rivista nel suo insieme, sta proprio qui: che le riforme hanno, ormai da trent'anni, un posto fisso (anzi, proprio il primo) nell'agenda politica, essendo a parole contrabbandate come necessarie e non più rinviabili, e però, nei fatti, sono poi giudicate come buone a nulla⁶².

⁵⁸ Riferimenti a riguardo delle formule statutarie maggiormente ricorrenti possono, tra gli altri, aversi da E. LONGO, *Regioni e diritti. La tutela dei diritti nelle leggi e negli statuti regionali*, Macerata 2007, spec. 255 ss.

⁵⁹ È dunque vero che “la stragrande maggioranza dei cittadini” – come fa giustamente notare P. CARROZZA, *Il welfare regionale tra uniformità e differenziazione: la salute delle Regioni*, in AA.VV., *I principi negli statuti regionali*, a cura di E. Catelani ed E. Cheli, Bologna 2008, 22 – “non si aspettano dagli statuti (regionali o locali che siano) norme decisive per la sua esistenza”.

⁶⁰ Indicativo di un malessere generale il titolo di una riflessione non molto tempo addietro fatta da G. TARLI BARBIERI, con riguardo ad una questione apparentemente circoscritta ma in realtà dalle implicazioni a largo raggio: v., dunque, di quest'A., *La sentenza 322/2009 della Corte costituzionale: cosa rimane dell'autonomia regionale?*, in *Le Regioni*, 4/2010, 826 ss. V., poi, nuovamente i contributi al convegno di Bologna su *Dieci anni dopo*, cit.

⁶¹ Indicazioni in AA.VV., *L'attuazione statutaria delle Regioni*, cit., nonché in AA.VV., *Osservatorio sulle fonti 2009. L'attuazione degli statuti regionali*, a cura di P. Caretti e E. Rossi, Torino 2010.

⁶² Mi convinco ogni giorno che passa di più che, dietro il mancato decollo delle riforme (eccezion fatta proprio di quella del Titolo V, peraltro venuta alla luce – come si sa – in modo assai fortunoso), stia non tanto il paradosso del cappone, che nessuno può obbligare a che prenda proprio lui l'iniziativa per essere messo a tavola per il pranzo di Natale, quanto il sentimento diffuso tra le forze politiche della loro sostanziale inservibilità, dal momento che, qualunque cosa le regole (costituzionali e non) abbiano quindi a disporre, le regolarità della politica troveranno pur sempre il modo per aggirarle. La qual cosa, poi, una volta di più rimanda alla questione, di cruciale rilievo, relativa al *drafting* costituzionale (e statutario), alla estensione degli enunciati formalmente e/o materialmente costituzionali, alla loro complessiva, autentica *vis* prescrittiva. Non

Limitando ora il discorso alle norme relative ai diritti prodotte in ambito locale, va preso atto del fatto che alle iniziali, gravi carenze al riguardo esibite dagli statuti si sommano quelle, forse ancora maggiori, delle leggi e, in genere, delle pratiche poste in essere allo scopo di dare attuazione agli enunciati statutari. Manca, sopra ogni cosa, la capacità di progettare lo sviluppo della società, a qualunque “livello” o ambito di esperienza, la normazione presentandosi come fortemente frammentata, strutturalmente incapace di comporsi in indirizzo politico (nell’accezione propria del termine⁶³), siccome prodotta secondo occasione e viziata da non poca approssimazione, visibilmente inadeguata rispetto ad una domanda sociale fattasi vieppiù pressante ed esigente, specie da parte di quanti versano in condizioni di particolare difficoltà, se non di vera e propria indigenza⁶⁴.

Le Regioni, poi, per ciò che specificamente le riguarda, hanno dato e quotidianamente danno ripetute prove della loro incapacità di portare il peso, particolarmente gravoso, delle responsabilità di governo della società a loro ascrivibili, ulteriormente accresciute per effetto della riscrittura del Titolo V. Va peraltro tenuto conto del fatto che le clausole di flessibilità del sistema dei rapporti Stato-Regioni, in special modo quelle espressive di competenze “trasversali”, sono state (e sono) strumentalmente piegate allo scopo di soffocare l’autonomia, senza che abbiano dunque giocato – come pure avrebbero potuto (e dovuto) – a beneficio dell’autonomia stessa (nella sua densa accezione, qui accolta, che la vede come strumento di diversificazione, nella cornice dell’unità, costantemente e fermamente protesa ad offrire un adeguato servizio ai bisogni della collettività stanziata sul territorio). Su di esse ha poi fatto leva una giurisprudenza troppo di frequente e in eccessiva misura preoccupata più delle ragioni dell’unità (peraltro, non di rado distortamente intese, siccome innaturalmente convertite in una piatta ed indistinta uniformità) che delle ragioni dell’autonomia⁶⁵.

Certo, non dappertutto le cose sono andate così, essendosi registrata qualche isolata, lodevole eccezione, specie in alcune Regioni del Centro-Nord, dove invero le numerose buone intenzioni sono state accompagnate da qualche parimenti buona realizzazione.

Proprio riguardando all’esperienza regionale *dall’angolo visuale privilegiato, particolarmente illuminante, dei diritti*, si ha, in conclusione, conferma del fatto che le Regioni sono ancora oggi alla ricerca della loro identità, di un’autonomia non raggiunta (anche, e in primo luogo, per responsabilità imputabili alla stessa classe politica locale), forse – temo – non più raggiungibile, definitivamente perduta insomma. La qual cosa, poi, come pure si avvertiva, deve indurre ad una seria, disincantata, complessiva riconsiderazione dello stesso istituto regionale che, “inventato” da un Costituente illuminato e generoso ma a conti fatti ingenuo, si è in buona sostanza dimostrato essere una “sovrastuttura”, in modo posticcio sovrapposta ad un sostrato sociale e politico inadeguato a sorreggerla, inscritta insomma in un contesto non disponibile ad accogliere l’autonomia, ad alleviarla, a farla crescere e prosperare, al servizio della comunità.

mi stancherò di ripetere, infatti, che *la malizia del potere si combatte anche (seppure, ovviamente, non solo) con la malizia della Costituzione (e, possiamo ora aggiungere, degli statuti)*, a mezzo cioè di enunciati fatti in modo tale da mettere gli operatori politico-istituzionali con le spalle al muro, obbligarli insomma, ove intendano deviare dalle regole, ad uscire allo scoperto, senza contrabbandare – come sono soliti fare – per interpretazione-applicazione la violazione delle regole stesse.

⁶³ ... per la quale mi limito qui a rimandare alla magistrale lezione teorica di T. MARTINES, *Indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, XXI (1971), 134 ss.

⁶⁴ Con specifico riferimento a ciò che le Regioni hanno fatto e (soprattutto) non fatto a tutela dei c.d. “soggetti deboli”, v. E.A. FERIOLI, *Le disposizioni dei nuovi statuti regionali sulla tutela dei diritti sociali: tanti “proclami” e scarsa efficacia*, in AA.VV., *I principi negli statuti regionali*, cit., 45 ss., spec. 55 ss. e R. ARENA-C. SALAZAR, *I “soggetti deboli”*, cit., 161 ss. (dov’è un chiaro quadro di sintesi specificamente riguardante l’esperienza della Regione Calabria ma sorretto da pertinenti, generali rilievi di ordine teorico-ricostruttivo).

⁶⁵ Non sono, tuttavia, mancati i casi in cui la “trasversalità” ha giocato a vantaggio delle stesse norme regionali: si pensi, ad es., agli interventi in “materia” d’immigrazione, ai quali la giurisprudenza ha talora prestato avallo (per tutte, v. [Corte cost. n. 269 del 2010](#) e, su di essa, la nota di C. SALAZAR, *Leggi statali, leggi regionali e politiche per gli immigrati*, cit.).

Non è di qui dire se e cosa possa ancora farsi per porre, sia pure in parte, rimedio a questo stato di cose non più tollerabile. Riguardando alla complessiva vicenda del nostro ordinamento *dal punto di vista dei diritti*, mi pare però che possa dirsi che le Regioni avrebbero dovuto essere uno dei luoghi più adeguati a far valere i diritti stessi, senza che ciò sia, al tirar delle somme, avvenuto. Un istituto regionale che, a conti fatti, si è perciò rivoltato contro... *se stesso*, la propria identità-autonomia; un istituto pensato come *necessario* a far vivere i diritti e però, allo stesso tempo, rivelatosi di pressoché *impossibile* utilizzo al loro servizio.

Antonio Ruggeri
Rapporti tra Cedu e Diritto interno: *Bundesverfassungsgericht* e Corte costituzionale allo specchio

“Specchio, specchio delle mie brame, chi è la più bella del reame?”, chiedeva ansiosa e speranzosa la matrigna di Biancaneve, nella nota favola popolare resa famosa dalla versione dei fratelli Grimm. E lo specchio puntualmente, e senza esitazione alcuna, emetteva il suo impietoso verdetto per l’interrogante.

Fuor di metafora, se mettessimo davanti allo specchio magico il Tribunale costituzionale tedesco e la Corte italiana, sarebbe assai problematico stabilire chi si fa più bello davanti agli occhi della CEDU e della sua vestale, la Corte di Strasburgo, alla cui giurisprudenza la Convenzione deve la sua crescente fortuna.

Questa riflessione mi viene sollecitata dalle più recenti pronunzie della nostra Corte (e, in particolare, dalle sentt. [nn. 80 e 113 del 2011](#)) e dall’ultima pronunzia del *Bundesverfassungsgericht*, del 4 maggio 2011, in [causa 2365/09](#) (presentata in www.diritticomparati.it da A. DI MARTINO, *Ancora sulla efficacia della CEDU nel diritto interno: il BverfG e la “detenzione di sicurezza”*).

Come sempre, le decisioni dei tribunali (specie quelle dei tribunali costituzionali) si prestano ad essere riguardate da varî punti di vista; e possono, perciò, persuadere per l’un verso e non pure per l’altro o, diciamo pure, di più per l’uno che per l’altro. Nei primi commenti in circolazione che ho avuto modo di consultare, mi pare però che sia rimasto in ombra o, comunque, non adeguatamente messo a fuoco un aspetto che invece ai miei occhi appare essere proprio quello forse degno della maggiore attenzione, dal momento che a conti fatti investe e rimette in gioco l’opzione metodica posta a base dal giudice, da cui quindi ne discende l’esito ricostruttivo nel singolo caso raggiunto.

Le giurisprudenze qui fatte oggetto di un succinto raffronto esibiscono, a mio modo di vedere, tratti comuni e tratti diversi (e divergenti), sì da rendersi appunto non poco problematico stabilire quali siano quelli più armoniosi e seducenti.

Comune è la simultanea ambientazione dell’esame della questione al duplice piano della *teoria delle fonti* e della *teoria dell’interpretazione*; e comune è altresì la divaricazione dell’inquadramento all’uno ed all’altro operato dei rapporti interordinamentali, con oscillazioni ora più ed ora meno vistose ed anche qualche ambiguità ad oggi non in tutto rimossa. E, in verità, perché talune idee particolarmente innovative riescano a farsi strada e ad entrare in circolo, facendosi quindi metabolizzare dall’organismo che le fa proprie, ci vuole appunto del tempo. Qui, poi, come tenterò di mostrare, sia pure entro il ristretto spazio di cui dispongo, vengono addirittura a trovarsi sotto *stress* talune delle più risalenti credenze al piano delle dottrine costituzionali, fino ad esserne investita la stessa teoria della Costituzione. Si spiega, dunque, in ciò la gradualità dei passi fatti lungo il “cammino” – per riprender la felice espressione di un’autorevole, non dimenticata dottrina, riguardante i rapporti col diritto (allora) comunitario – che va portando i giudici nazionali ad avvicinarsi alle posizioni delle Corti europee, se non pure ad approdare interamente alla sponda in cui esse si trovano.

Ma vediamo quali sono dunque le somiglianze e quali invece i punti di distacco negli indirizzi ad oggi delineati in fatto di rilievo della CEDU in ambito interno.

Al piano della teoria delle fonti, entrambi i giudici tengono nettamente distinto (e “graduato”) il posto detenuto nel sistema degli atti normativi dalla CEDU rispetto alla Costituzione, non riconoscendosi all’una quella forza “paracostituzionale” che invece a mia opinione le spetta, in ragione della materia trattata e, soprattutto, del modo della sua trattazione, che le attira la formidabile “copertura” dell’intero fascio dei principi fondamentali dell’ordinamento.

Lo stacco sembra essere maggiore nella giurisprudenza tedesca che – ci conferma la pronunzia qui succintamente annotata – assegna alla Convenzione la medesima forza che è propria delle leggi comuni (*“Innerhalb der deutschen Rechtsordnung stehen die Europäische*

Menschenrechtskonvention und ihre Zusatzprotokolle – soweit sie für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten sind – im Rang eines Bundesgesetzes”: 87), diversamente – come si sa – dalla ricostruzione fatta propria dalla nostra Corte, in seno ad un quadro concettuale pure al proprio interno alquanto articolato. La CEDU è, infatti, per un verso, qualificata come “subcostituzionale”, allo stesso tempo tuttavia negandosi che essa sia gerarchicamente equiordinata alle leggi comuni e, allo stesso tempo, che sia a queste sovraordinata; per un altro verso, si aggiunge che, nel momento in cui essa va ad integrare il parametro costituzionale, di quest’ultimo ripete la condizione e il rango, ponendosi dunque quale fonte *quodammodo* “costituzionale”.

Queste oscillazioni – se ci si pensa – sono, in realtà, dovute all’innesto nel tronco della teoria delle fonti di elementi tratti dalla teoria dell’interpretazione.

In primo luogo, si tratta infatti – ci dice la Corte – di vedere se la CEDU si dimostri in grado di superare il vaglio preliminare al quale tutte le fonti interposte sono soggette, costituito dalla sua conformità (o, meglio, compatibilità) rispetto al dettato costituzionale. La qual cosa può aversi in applicazione di certe tecniche interpretative, tra le quali è quella che vorrebbe irrigidita l’interpretazione della Convenzione, in tutto e per tutto allineata a quella somministrata dalla Corte di Strasburgo (su di che, invero, molto si potrebbe dire). Una volta acclarata siffatta conformità (o compatibilità), la CEDU, pur *nascendo* – se così possiamo dire – come fonte “subcostituzionale”, *diventa* (o si *commuta* in) fonte “costituzionale”, a quest’ultima dunque restando in tutto e per tutto assimilata, tanto da porsi quale parametro nei giudizi di validità aventi ad oggetto leggi sospette di violarla.

Se al piano della teoria delle fonti la CEDU, nella visione che mostra di averne il Tribunale tedesco, sembra trovarsi in una condizione peggiore rispetto a quella in cui versa secondo l’indirizzo fatto proprio dalla Corte italiana, al piano della teoria dell’interpretazione le cose parrebbero stare diversamente. L’obbligo di interpretazione conforme al diritto convenzionale è dal nostro giudice costituzionale in modo martellante predicato unicamente per le leggi; perlomeno, così è a tutt’oggi. Di contro, il giudice tedesco sollecita una interpretazione *völkerrechtsfreundlich* della stessa Costituzione, allo stesso tempo però avvertendo che in nessun caso potrà assistersi ad un indebolimento delle garanzie offerte ai diritti fondamentali dalla Carta costituzionale [*“Der Konventionstext und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dienen nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes, sofern dies nicht zu einer – von der Konvention selbst nicht gewollten (vgl. Art. 53 EMRK) – Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt”* (88). E ancora: *“Grenzen der völkerrechtsfreundlichen Auslegung ergeben sich aus dem Grundgesetz. Sie darf zunächst nicht dazu führen, dass der Grundrechtsschutz nach dem Grundgesetz eingeschränkt wird; das schließt auch die Europäische Menschenrechtskonvention selbst aus”* (93)].

Ora, è vero che la stessa giurisprudenza italiana ha da tempo avvertito che tra la Carta costituzionale e le Carte dei diritti si intrattiene un flusso ininterrotto di mutua alimentazione semantica, integrandosi e completandosi i documenti in parola a vicenda nei fatti interpretativi. E, tuttavia, la illuminata intuizione espressa da [Corte cost. n. 388 del 1999](#) (red. Zagrebelsky) non sembra essere stata sfruttata appieno nell’ormai nutrito drappello di pronunzie successive (specie, appunto, di quelle relative alla CEDU), dalle quali in modo vistoso emerge l’indirizzo, sopra accennato, volto ad astringere unicamente le leggi comuni all’obbligo dell’interpretazione convenzionalmente orientata. L’idea che anche la Costituzione possa, per la sua parte, piegarsi davanti ad altri documenti materialmente costituzionali, siccome essi pure idonei a dare riconoscimento e tutela ai diritti, non sembra dunque rientrare – quanto meno al presente – nell’orizzonte culturale del giudice italiano delle leggi.

È interessante notare che l’una e l’altra Corte parrebbero prefigurare l’avvio e la maturazione di un duplice processo interpretativo, all’esito del quale l’operatore è quindi sollecitato ad adottare i provvedimenti del caso.

Per il giudice tedesco, in una prima fase si tratta di interpretare leggi e Costituzione in modo *völkerrechtsfreundlich* (in realtà, le cose già a questo stadio sono complicate a motivo del fatto che le leggi richiedono di essere sottoposte a *verfassungskonforme Auslegung*, nel mentre la stessa Costituzione va quindi essere intesa in senso orientato verso la Convenzione). Ove però l'esito di siffatta interpretazione dovesse apparire tale da risultarne indebolite le garanzie dei diritti risultanti dalla Costituzione, ed allora l'interpretazione ispirata dal diritto esterno è come se si trovasse obbligata a riavvolgersi su se stessa, cedendo il passo a quella – diciamo così – di mero diritto interno. L'ordine può, naturalmente, essere invertito, facendosi dapprima luogo all'interpretazione che si avvale dei soli materiali di diritto interno e poi l'altra estesa ai materiali di origine esterna e verificando quindi la compatibilità dei rispettivi esiti. Nei fatti, ovviamente, le cose non mutano nei due casi.

In disparte però la stranezza di utilizzare a parametro dell'interpretazione degli enunciati di diritto interno una fonte che è ad essi equiordinata (quanto agli enunciati legislativi) o, addirittura, subordinata (quanto a quelli costituzionali), non è chi non veda le aporie ricostruttive insite in un siffatto modo di vedere le cose, che sollecita a tenere innaturalmente separati o – peggio – contrapposti i materiali in campo, laddove gli uni non possono comunque fare a meno degli altri, tutti abbisognando di farsi reciproco rimando e di sorreggersi ed implicarsi a vicenda, al punto di rendersi a conti fatti indistinguibili nei fatti interpretativi e per le esigenze dell'applicazione, in vista del conseguimento del punto più alto di sintesi assiologica, a beneficio dei diritti.

Su questo terreno, invero, si realizza una convergenza negli orientamenti dei giudici di entrambi i Paesi. Anche per la nostra Corte, la CEDU è inutilizzabile ove appaia agli occhi dell'operatore meno idonea a servire i diritti di come gli sembri essere una legge nazionale (non indugio ora sulla puntuale ricostruzione del pensiero della Corte, invero alquanto problematica ad aversi a motivo della laconicità delle espressioni ricorrenti nelle sue pronunzie, specie per ciò che attiene agli obblighi gravanti sugli operatori nella eventualità, dalla stessa Corte peraltro giudicata "remota" – [sent. n. 93 del 2010](#) e [80 del 2011](#) –, che una norma convenzionale dovesse in un caso dimostrarsi inidonea ad integrare il parametro costituzionale; mi limito al riguardo solo a riproporre la tesi, altrove argomentata, secondo cui la norma stessa dovrebbe considerarsi *irrilevante* per la definizione del caso, restando nondimeno integra la possibilità di un suo proficuo utilizzo in altri casi).

Sta di fatto che il principio della integrale e ferma osservanza degli obblighi internazionali – ci dice la nostra Corte, già a partire dalla prima delle pronunzie "gemelle" del 2007 (***) – soggiace ad eventuale bilanciamento con altro principio che si dimostri idoneo ad offrire tutela a beni costituzionalmente meritevoli; e, ove quest'ultima dovesse essere giudicata prioritaria rispetto a quella discendente dal diritto internazionale (o sovranazionale), ecco che l'operatore è, per ciò solo, sgravato dell'obbligo cui è altrimenti chiamato dall'art. 117, I c., di denunciare l'invalidità della legge nazionale incompatibile rispetto alla Convenzione. Ciò che conta, insomma, è rinvenire ogni volta la soluzione che offra la più "intensa" tutela ai diritti, all'intero *sistema* dei diritti (e, più in genere, dei beni costituzionalmente protetti). È questa la lezione che ci viene impartita sia dal Tribunale tedesco (nella parte in cui qualifica come sussidiario il ruolo della CEDU in rapporto al dettato costituzionale) che – e, forse, con ancora maggiore determinazione e precisione – dalla nostra Corte, specie con la [sent. n. 317 del 2009](#) e, in modo a mia opinione ancora più espressivo, con la [sent. n. 113 del 2011](#). In nome di cos'altro un principio supremo dell'ordinamento, qual è quello della certezza del diritto alla cui salvaguardia per sua natura si volge il giudicato, può infatti trovarsi obbligato a recedere, se non nel bisogno di fissare ancora più in alto il punto di tutela (di una tutela sostanziale, non meramente nominale) dei diritti?

La *certezza del diritto* parrebbe, dunque, doversi fare da parte allo scopo di dare appagamento alla *certezza dei diritti*, vale a dire – a conti fatti – alla loro effettiva salvaguardia, alle condizioni oggettivo di contesto.

In realtà, anche dietro un siffatto modo di vedere le cose si annida un vizio metodico-teorico di costruzione, reso evidente già solo dal richiamo alle ragioni originarie (e, però, tuttora validissime) del costituzionalismo liberale. Perché – come insegnavano i rivoluzionari francesi di fine Settecento

– il solo significato possibile di “Costituzione” è quello che si ha e rende tangibile in quegli ordinamenti nei quali sono riconosciuti i diritti fondamentali e, *proprio per ciò* (in vista, cioè, della loro effettiva tutela), è disposta la separazione dei poteri.

Questa è la sola *certezza di diritto costituzionale* che conosciamo e riconosciamo: quella cioè che per intero si converte e risolve, nell’esperienza costituzionale vivente, in *certezza dei diritti costituzionali*. Senza di questa, quella non è niente; con questa è tutto.

Ecco perché la questione di cui oggi siamo tornati a discutere è, come segnalavo all’inizio di questa succinta riflessione, *in nuce*, una questione di teoria della Costituzione.

L’indicazione più preziosa che ci viene dall’ultima giurisprudenza della nostra Corte – non saprei, per vero, dire con quanta consapevolezza – va ben oltre il pur relevantissimo problema di diritto costituzionale specificamente risolto, investendo la stessa idea di Costituzione e di potere costituente.

Come si rammenterà, gli stessi rivoluzionari di fine Settecento e primo Ottocento si erano fatti persuasi che il potere costituente fosse onnipotente, potendo rifondare *ex nihilo* l’ordinamento, e perfetto, autosufficiente, l’atto da essi creato, la Costituzione, *norma normans* ma non *normata*. A questo “mito” ci siamo tutti abbeverati negli anni della nostra formazione e molti di noi in esso si riconoscono ancora pienamente. Non è un caso, ad es., se, nel presupposto della natura “sacrale” dell’atto fondativo del nuovo ordine costituzionale, si consideri l’organo istituzionalmente preposto alla garanzia del rispetto della Carta, il giudice costituzionale, *quodammodo* infallibile, esattamente come lo è il Romano Pontefice quando parla *ex cathedra* (art. 137, ult. c.).

Non è questa, tuttavia, la lettura – a me pare – più appropriata (e, da noi come altrove, meritevole di considerazione) della *Costituzione come “sistema”*. Non v’è, non può esservi una sola norma di chiusura del sistema e, per ciò pure, dei *sistemi*, nelle loro mutue, complesse relazioni; a maggior ragione, non lo è una norma strumentale (o, kelsenianamente, una norma sulla produzione giuridica). V’è piuttosto un fascio di norme aventi natura sostantiva, tutte ugualmente fondamentali, pensate allo scopo di edificare una società fondata sui valori di libertà, eguaglianza, pace e giustizia (valori nei quali emblematicamente si specchia e fedelmente rappresenta la dignità, che tutti li riassume e comprende). Valori la cui garanzia non può essere demandata, in ultima istanza, ad un solo giudice (ciò che farebbe correre il rischio micidiale, di cui già duemila anni addietro ci ammoniva Giovenale, nella sua VI Satira: *quis custodiet ipsos custodes?*), che, in quanto abilitato ad enunciare “verità” giuridicamente indiscutibili di diritto costituzionale, potrebbe per ciò solo, a conti fatti, commutarsi in una sorta di *potere costituente permanente*. Di contro, la garanzia più adeguata, nei limiti della umana imperfezione, specie nel presente contesto segnato da una integrazione sovranazionale ormai avanzata (pur se ancora complessivamente immatura), richiede – a me pare – lo sforzo congiunto, prodotto in spirito di effettiva ed intensa cooperazione, di una pluralità di organi, tutti ugualmente “costituzionali” (siccome preposti alla protezione dei diritti fondamentali) e tutti “pari” per dignità di rango (siccome “pari” sono, a mio modo di vedere e diversamente da quanto invece dichiarato sia dalla nostra Corte che dal Tribunale tedesco, le Carte al cui servizio essi prestano la loro opera).

Non c’è, non può esservi, in un quadro ricostruttivo siffatto, un *prius* o un *posterius* nei rapporti tra le Carte (e tra le Corti). Tutte sono piuttosto chiamate ad una sana gara al rialzo, a chi offre di più e di meglio a presidio dei diritti. È così che prende corpo e costantemente si rinnova la *certezza del diritto costituzionale*: nel suo farsi – come si diceva – nell’esperienza vivente *certezza dei diritti costituzionali*.

Le Costituzioni del secondo dopoguerra, quali la nostra e il *Grundgesetz*, mostrano, per l’aspetto di cruciale rilievo ora considerato, di aver avuto una intuizione feconda di cui tuttavia faticano a prendere consapevolezza i tribunali costituzionali, pur non facendo difetto nelle rispettive giurisprudenze alcune tracce promettenti ulteriori sviluppi nel senso qui auspicato. Una intuizione che si rende palese attraverso il riconoscimento fatto dalle Carte in parola della propria finitezza ed incompiutezza, col fatto stesso di aprirsi in modo risoluto al diritto internazionale e sovranazionale, senza il quale non può esservi pace e giustizia e, *per ciò stesso*, neppure libertà, eguaglianza, dignità. Una finitezza ed incompiutezza che – come si è veduto – può in realtà porsi quale una risorsa preziosa cui senza sosta attingere per rendere nel modo migliore giustizia.

Nell'idea che sono venuto facendomene, la struttura costituzionale è – come dire? – internamente “plurale”, al proprio interno accogliendo e ponendo sotto lo scudo protettivo dei principi fondamentali suddetti ogni documento normativo, quale che ne sia la origine e la forma, idoneo a dare senso, un senso costantemente rinnovato in ragione dei casi, alla *Costituzione come “sistema”*, a far vivere cioè la Costituzione nell'esperienza giuridica di ogni giorno *magis ut valeat*. Ecco perché, nel momento stesso in cui la Carta costituzionale si piega all'“alto” (e all'“altro”), essa – come vado dicendo da tempo – realizza appieno... *se stessa*, nell'armonica congiunzione dei suoi principi-valori, specie di quelli di libertà ed eguaglianza che danno senso alla dignità dell'uomo, nella quale è, a mia opinione, da vedere l'espressione più alta, emblematica, della *humanitas* della persona e, per ciò pure, l'espressione più alta dell'ordinamento, che nella persona stessa ha – come si sa – il perno attorno al quale ruota e dal quale stabilmente si tiene.

“Specchio, specchio delle mie brame...”. La più bella del reame è colei che per prima percepirà di doversi fare serva, non già padrona, dei diritti, non rivendicando per la Carta costituzionale di cui è garante un incondizionato, ma impossibile, primato rispetto alle altre Carte *al piano della teoria delle fonti* né rivendicando per sé il potere di dire l'ultima parola, *al piano della teoria dell'interpretazione*, in merito alla più adeguata salvaguardia da apprestare ai diritti. Il futuro (ma già il presente...) di questi ultimi non si affida a rapporti di sovra- e sotto-ordinazione né tra le Carte né tra le Corti bensì alla costituzione di circoli virtuosi di mutua alimentazione tra di esse, circoli che da se medesimi si ricaricano in modo incessante in un'esperienza per vero non di rado sofferta ma allo stesso tempo altresì gratificante per quanti in essa si spendono al servizio dei bisogni elementari dell'uomo, della sua dignità.

Antonio Ruggeri
La Corte costituzionale “equilibrata”, tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*

SOMMARIO: 1. Le ragioni di una scelta e le basi metodico-teoriche dello studio, con specifico riguardo alla impossibilità di far luogo a sistemazioni dei rapporti interordinamentali d’ispirazione formale-astratta, le norme espressive di diritti fondamentali piuttosto richiedendo, per loro indeclinabile vocazione, di essere sottoposte a confronto (e, se del caso, “bilanciate”) in modo paritario, senza alcuna loro “graduatoria” secondo forma o in ragione della loro provenienza. – 2. L’opzione per il criterio, di natura assiologico-sostanziale, che si volge alla ricerca della norma idonea ad offrire la tutela più “intensa” ai diritti, di cui alle sentt. [nn. 317 del 2009](#) e [113](#) e [245 del 2011](#), con l’“intermezzo” però della [sent. n. 80 del 2011](#), nella quale il criterio stesso è stranamente lasciato in ombra. – 3. La pressione esercitata da una giurisprudenza sempre più “aggressiva” della Corte EDU e il tentativo di contenerla posto in essere da Corte cost. [nn. 236](#) e [257 del 2011](#). – 4. L’eloquente silenzio della più recente giurisprudenza in merito alla soluzione delle antinomie tra CEDU e Costituzione, una sua lettura *in bonam partem*, i possibili riflessi di ordine processuale. – 5. L’ostinata, generalizzata preclusione fatta ai giudici comuni in ordine all’applicazione diretta della CEDU, i casi in cui essa è non solo possibile ma doverosa, i gravi inconvenienti cui può dar luogo nella pratica giudiziale l’accoglimento del punto di vista della Corte. – 6. Una succinta notazione finale, con riguardo agli equilibri di ordine istituzionale (in specie, tra legislatore e giudici) sottesi alla soluzione delle questioni trattate ed alle conseguenze che possono aversene al piano della teoria della Costituzione e nelle pratiche giuridiche poste in essere al servizio dei bisogni elementari dell’uomo, dei suoi diritti, della sua dignità.

1. Le ragioni di una scelta e le basi metodico-teoriche dello studio, con specifico riguardo alla impossibilità di far luogo a sistemazioni dei rapporti interordinamentali d’ispirazione formale- astratta, le norme espressive di diritti fondamentali richiedendo, per loro indeclinabile vocazione, di essere sottoposte a confronto (e, se del caso, “bilanciate”) in modo paritario, senza alcuna loro “graduatoria” secondo forma o in ragione della loro provenienza

Quali i tratti più salienti dei più recenti sviluppi dei rapporti tra Corte EDU e Corte costituzionale?

Questo il quesito che mi viene oggi posto, per rispondere al quale si rende necessario fissare alcune premesse utili ad un proficuo svolgimento dell’analisi.

La prima riguarda il *punto di vista*, vale a dire l’angolo visuale dal quale si torna a riguardare ai rapporti stessi. Quello da me prescelto è il punto di vista della Consulta; tenterò nondimeno di recuperare il punto di vista anche della Corte di Strasburgo ragionando sulle indicazioni date dalla giurisprudenza costituzionale, che a me pare si pongano comunque come “conseguenziali” a precedenti orientamenti delle Corti europee (per ciò che qui specificamente importa, della Corte EDU)¹, senza peraltro trascurare l’influenza che, per la sua parte e in una certa misura, la stessa giurisprudenza nazionale è in grado di esercitare nei riguardi degli ulteriori svolgimenti degli indirizzi delle Corti europee.

Per quanto alla giurisprudenza comune (sia di merito che di legittimità) qui non possa farsi specifico richiamo, mi pare nondimeno opportuno avvertire del rilievo che essa pure, in modo

* Testo rielaborato (e corredato di un minimo apparato di richiami bibliografici) di un intervento all’incontro di studio su *Rapporti tra Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte costituzionale. Qualcosa è cambiato?*, organizzato da O. Pollicino e svoltosi presso l’Università “L. Bocconi” di Milano il 15 ottobre 2011, in corso di stampa in *Dir. pubbl. comp. eur.*

¹ In argomento, in prospettiva comparatistica, v., utilmente, AA.VV., *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, a cura di G. Martinico e O. Pollicino, Groningen 2010, e G. MARTINICO - O. POLLICINO, *The Impact of the Protection of Human Rights by the European Courts on the Italian Constitutional Court*, in AA.VV., *Human Rights Protection in the European Legal Order: the Interaction between the European and the National Courts*, a cura di P. Popelier - C. Van De Heyning - P. Van Nuffel, Cambridge 2011, 65 ss.

significativo, acquista sotto più aspetti². In disparte infatti la circostanza per cui continuano a farsi vedere taluni casi di “ribellione” alle indicazioni provenienti dalla Consulta³, a testimoniare il peso che la giurisprudenza comune possiede è sufficiente richiamare alla mente alcuni dati di comune esperienza, a partire da quello per cui sono proprio i giudici comuni, ordinari ed amministrativi, a dar modo alla Corte di definire e senza sosta mettere a punto il proprio magistero costituzionale, delimitando dunque l’area entro cui esso può esercitarsi e ponendo le basi sulle quali esso può poggiare⁴.

Un altro dato vorrei poi richiamare, sul quale si è già in altre sedi riflettuto ma in merito al quale mi parrebbe opportuno un supplemento di analisi. Le maggiori novità si sono infatti registrate sul versante dei rapporti della nostra Corte con la Corte di Strasburgo piuttosto che con la Corte di Lussemburgo; ciò che spiega la preferenza qui accordata per l’esplorazione di questo campo di esperienza piuttosto che per l’altro.

La cosa sembra avere una sua ovvia ragione nella circostanza per cui, mentre le questioni di “convenzionalità” sono dallo stesso giudice delle leggi sollecitate in modo pressante ad essergli sottoposte, una volta esperito senza successo il tentativo d’interpretazione conforme, le questioni di “comunitarietà” (se così vogliamo seguirle a chiamarle, con termine pure ormai inadeguato alla realtà istituzionale dell’Unione) sono per norma risolte direttamente dal giudice comune.

Eppure, senza nulla togliere alla bontà di questa spiegazione, essa persuade solo fino ad un certo punto.

In primo luogo, va rilevata l’esiguità dei casi in cui risulti denunciata davanti alla Consulta la violazione di norme dell’Unione non autoapplicative, a fronte dei casi in cui il giudice comune evidentemente trattenga presso di sé la questione di “comunitarietà” risolvendola nelle forme usuali della “non applicazione” della norma interna. In realtà, le norme che la *stessa* Unione qualifica come “direttive”, al momento della loro confezione, sembrano essere assai più numerose e, dunque, maggiormente ricorrenti dovrebbero essere le antinomie con norme interne portate alla cognizione della Corte. Come si spiega allora l’esito di queste vicende processuali? Solo col fatto che sarebbe stato siglato un tacito patto tra giudici comuni e Corte volto a non far da intralcio – fin dove possibile – all’avanzata della normativa dell’Unione nel territorio della Repubblica e, con essa, dell’integrazione europea⁵?

Possiamo poi discutere circa la interna congruità della tesi fatta propria dal nostro giudice delle leggi, col doppio regime stabilito, rispettivamente, per le norme suscettibili e per quelle insuscettibili di essere portate ad immediata applicazione.

Come si è tentato di mostrare in altri luoghi, a seguito dell’eventuale caducazione della norma legislativa contraria a diritto comunitario (o, come a me piace chiamarlo, “eurounitario”) e in attesa della sua sostituzione con altra e più acconcia norma legislativa, il giudice non potrebbe far altro che

² Una vigorosa sottolineatura del ruolo giocato dai giudici comuni e che, in modo ancora più intenso, sono sollecitati ad ulteriormente esercitare è nella monografia di recente portata a compimento da R. CONTI ed edita per i tipi della Aracne, dal titolo assai indicativo, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Il ruolo dei giudici*, Roma 2011, nonché in molti altri scritti, tra i quali, da ultimo, *La scala reale della Corte Costituzionale sulla tutela della CEDU nell’ordinamento interno*, in *Corr. giur.*, 9/2011, 1243 ss., dov’è un accurato esame delle più recenti pronunzie della Consulta in fatto di rapporti tra diritto interno e CEDU, cui qui pure si presta attenzione.

³ Riferimenti, oltre che nella monografia sopra cit. di R. CONTI, in I. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un’analisi sul seguito giurisprudenziale (Parte I)*, in *Pol. dir.*, 1/2010, 41 ss. e, ora, A. GUAZZAROTTI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 3/2011 e F. LIBERATI, *Corte costituzionale e Convenzione europea dei diritti dell’uomo: sostenibilità del modello di controllo accentrato di costituzionalità alla luce della recente giurisprudenza e delle novità in ambito comunitario*, in www.federalismi.it, 13/2011.

⁴ D’altro canto, è noto il cruciale rilievo esercitato dalla “domanda”, per il modo con cui è posta dall’autorità remittente, al fine della determinazione della “risposta” da parte del giudice costituzionale, che si trova – come si sa – non poche volte obbligato a rigettarla proprio perché essa è mal formulata, malgrado esprima una innegabile esigenza di giustizia costituzionale.

⁵ Come si dirà a momenti, anche questa spiegazione regge tuttavia solo fino a un certo punto, se si conviene a riguardo della opportunità di sdrammatizzare gli eventuali conflitti tra le norme dei due ordinamenti, in applicazione della logica dei bilanciamenti secondo i casi e su basi di valore.

desumere (a rime più o meno “obbligate”...) dalla norma di principio di origine esterna la regola valevole per il caso. Ma allora – torno oggi a chiedermi – perché non dovrebbe essergli data *ab initio* questa facoltà, senza dover per ciò scomodare la Consulta?

Né varrebbe osservare essere ben diversa la tutela offerta all’Unione con la rimozione, una volta per tutte e con effetti generali, della norma che si pone in violazione degli obblighi che ci vengono dall’Unione stessa rispetto alla sua messa da canto dal singolo operatore e limitatamente al caso che gli è sottoposto. Un ragionamento, questo, tuttavia singolare e francamente eccentrico, sol che si consideri che, portato fino ai suoi ultimi, conseguenti svolgimenti, dovrebbe determinare l’abbandono generalizzato dello stesso meccanismo della immediata “non applicazione” delle norme interne incompatibili col diritto sovranazionale, pur laddove dunque quest’ultimo si dimostri idoneo a prendere il posto di quelle, per far posto sempre e comunque al meccanismo dell’annullamento⁶.

In secondo luogo (e sul fronte opposto), meritano di essere considerati i casi in cui le stesse norme della CEDU (e, generalizzando, di altre Carte dei diritti⁷) richiedono di essere portate ad immediata applicazione, se non altro in quanto sostanzialmente coincidenti con norme eurounitarie *self-executing* (ma, su questo e su altri casi dirò meglio più avanti).

Il punto su cui maggiormente mi preme per il momento fermare l’attenzione riguarda una circostanza che seguito a giudicare misteriosa, per la quale non si sono avute questioni di costituzionalità originate dal sospetto superamento dei “controlimiti” da parte della normativa dell’Unione, una normativa dunque che appare *sempre, per sistema*, immacolata agli occhi dei giudici comuni⁸.

La cosa può anche far piacere a chi, come me, è persuaso che l’ulteriore avanzata del processo d’integrazione europea sia un bene indisponibile, forse davvero l’unico nella presente, disgraziata congiuntura internazionale, che possa salvarci. Consiglierei a quanti temono che l’Unione possa far smarrire, se già non l’ha fatto, la nostra identità nazionale (o, meglio, costituzionale), di riflettere su questo dato di cruciale rilievo, senza preorientamento alcuno, politico-ideologico o di dottrina.

In realtà, a me sembra che prospettare – sia pure in casi eccezionali – l’eventuale superamento dei “controlimiti” possa anche tornare utile: non già però, così come stancamente dichiarano la Corte e i suoi benevoli *laudatores*, allo scopo di sbarrare le porte all’ingresso di norme eurounitarie ritenute

⁶ È poi pur vero che quest’ultimo, a differenza del meccanismo della “non applicazione”, mette in mora il legislatore, sollecitandolo al rifacimento del tessuto normativo lacerato dalla Corte a motivo della sua acclarata incompatibilità col diritto sovranazionale; una messa in mora, peraltro, che non dispone – come si sa – di efficaci strumenti a suo sostegno, dal momento che avverso le omissioni assolute del legislatore non v’è rimedio che valga.

⁷ Le questioni di seguito poste e le soluzioni per esse prospettate, per un verso, appaiono essere non dissimili anche con riguardo a Carte diverse dalla Convenzione (così, ad es., per ciò che concerne la “copertura” di cui tutte godono dagli artt. 2 e 3 cost., ancora prima che dall’art. 117, I c.); per un altro, però, talune indicazioni contenute nel trattato di Lisbona (specie per ciò che concerne l’interpretazione della Carta di Nizza-Strasburgo “orientata” verso la CEDU o la prevista adesione a quest’ultima da parte dell’Unione) rendono non comune il regime della Convenzione stessa rispetto alle altre Carte. A taluna di tali questioni si riserverà un cenno più avanti.

⁸ Il dato ha la sua importanza; e, tuttavia, non appare decisivo, sol che si pensi che la stessa Corte, quando ha voluto, ha ridefinito, anche con sostanziali aggiunte, i termini delle questioni che le sono state sottoposte (e – si faccia caso – già in tempi ormai risalenti: ad es., con [sent. n. 120 del 1967](#)). Ad ogni buon conto, ha – come si sa – di frequente offerto indicazioni assai eloquenti agli operatori circa il modo “giusto” col quale riformulare la questione, anche in relazione al parametro maggiormente adeguato. Se n’è avuta peraltro testimonianza proprio nel campo di esperienza da noi oggi attraversato, la [sent. n. 129 del 2008](#) avendo lasciato chiaramente intendere che la questione della revisione del processo, ancorché definito con sentenza passata in giudicato, conseguente al sopravvenire di pronuncia della Corte EDU che abbia riscontrato la violazione della Convenzione, avrebbe potuto essere altrimenti risolta qualora diverso fosse stato il parametro evocato; tant’è che un’avveduta dottrina aveva prontamente rilevato il possibile, imminente rovesciamento giurisprudenziale [M. CHIAVARIO, *Giudicato e processo “iniquo”: la Corte si pronuncia (ma non è la parola definitiva)*, in *Giur. cost.*, 2008, 1522 ss.; V. SCIARABBA, *Il problema dell’intangibilità del giudicato tra Corte di Strasburgo, giudici comuni, Corte costituzionale e... legislatore?*, in [www.forumcostituzionale.it](#), e G. CAMPANELLI, *La sentenza 129/08 della Corte costituzionale e il valore delle decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo: dalla ragionevole durata alla ragionevole revisione del processo*, in *Foro it.*, 2009, I, 622], quindi avutosi con la [sent. n. 113 del 2011](#), della quale si dirà più avanti.

incompatibili coi principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale⁹, bensì allo scopo di estendere anche a tali norme quella “logica” del confronto paritario (e, perciò, del paritario bilanciamento) con gli stessi principi caratterizzanti l'identità costituzionale che a mia opinione in via generale informa le relazioni interordinamentali (anche sul versante dei rapporti con la CEDU), avuto specifico riguardo alle norme che, per il fatto di dare riconoscimento a diritti fondamentali e, in genere, a beni della vita costituzionalmente meritevoli di tutela, sono riportabili sotto la “copertura” accogliente degli artt. 2 e 3 della Carta, nel loro fare “sistema” con gli artt. 10 e 11 e coi principi restanti.

Non posso ora tornare a dire le ragioni in nome delle quali le antinomie tra norme, interne e/o esterne che siano, delle quali sia dimostrata la “copertura” da parte dei principi suddetti non possono essere risolte, *per sistema*, né in un senso né nell'altro, e cioè a beneficio di questa o quella norma¹⁰. Come la stessa giurisprudenza costituzionale ha efficacemente rilevato in una sua nota pronunzia, la [n. 317 del 2009](#)¹¹, si tratta sempre e soltanto di stabilire – ed è un riscontro, invero, sommamente spinoso ed incerto – dove si appunta la più “intensa” tutela dei diritti: non – si badi – del singolo diritto evocato in campo ma del “sistema” dei diritti (e, più largamente, degli interessi o beni costituzionalmente protetti)¹². Come poi far luogo al riconoscimento della fonte (*rectius*, della norma) che dia la tutela in parola è una questione ad oggi non convenientemente dipanata (ma, su ciò, tornerò anche più avanti)¹³.

Il fatto poi che possano darsi circostanze in cui a dover recedere siano le norme di origine esterna, con conseguente attivazione (ma limitatamente a singoli casi) dei “controlimiti”¹⁴, non va a mio modo di vedere drammatizzato, quasi che all'esito di una vicenda siffatta l'Italia si trovi obbligata a recedere dall'Unione ovvero che si smarrisca l'identità costituzionale dell'Unione stessa. E ciò, per la medesima ragione per cui l'identità nazionale non si perde ogni qual volta si faccia luogo (ciò che, come si sa, avviene pressoché quotidianamente) ad operazioni di bilanciamento tra principi o valori fondamentali, uno di essi obbligato a recedere, del tutto o in parte, in un caso potendo invece in un altro vedersi affermato.

Tornando alla questione della possibile denuncia della violazione dei “controlimiti”, a me pare essere stata, quella dell'inerzia giudiziale, tutto sommato una *culpa felix*. Forse, infatti, se la questione

⁹ La qual cosa, come dirò a momenti, io pure non escludo ma neppure considero quale l'unico esito possibile, obbligato, della vicenda.

¹⁰ Su questo autentico *punctum crucis* delle relazioni interordinamentali mi sono intrattenuto più volte: di recente, ad es., nel mio *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 1/2011.

¹¹ ... riferita tuttavia ai rapporti con la CEDU e non a quelli con l'Unione; come si viene dicendo, la “logica” posta a base della loro ricostruzione, tuttavia, non è (o, meglio, non *dovrebbe* essere) diversa.

¹² Ha opportunamente invitato a fermare l'attenzione sul punto E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 7/2010, 955 ss., spec. 961.

¹³ V., ad ogni buon conto, sin d'ora le indicazioni di vario segno che sono in AA.VV., *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M. Pedrazza Gorlero, Napoli 2010, nonché in C. PANZERA, *Un passo alla volta. A proposito della più recente giurisprudenza costituzionale sulla CEDU*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, a cura di F. Dal Canto e E. Rossi, Torino 2011, 299 ss., spec. 303 ss., e, pure *ivi*, A. RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il “dialogo” tra le Corti*, 313 ss.; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, a cura di R. Romboli, Torino 2011, spec. 322 ss. Ulteriori indicazioni ancora, volendo, nella mia *op. ult. cit.*

¹⁴ In realtà, dei “controlimiti” usa discorrere – come si sa – con esclusivo riguardo alle norme dell'Unione, dottrina e giurisprudenza corrente giudicando invece soggette le norme della CEDU all'osservanza di qualsivoglia norma costituzionale. Una differenza di regime che, tuttavia, sullo specifico terreno su cui maturano le esperienze riguardanti la salvaguardia dei diritti fondamentali appare francamente inaccettabile, per le ragioni che si sono già rappresentate altrove e per le ulteriori ragioni che si vengono ora dicendo, tra le quali uno speciale rilievo va, a mia opinione, assegnato alla circostanza per cui le norme della Convenzione, al pari per quest'aspetto delle norme delle altre Carte dei diritti, *naturalmente* si confrontano proprio con le norme della Carta costituzionale espressive di principi fondamentali. Forse, non sarebbe male prestare una maggiore attenzione a questo dato, di comune esperienza, prima di (o anziché di) riproporre stancamente schemi di formale fattura, quale quello che vede come diversa l'ampiezza del parametro di costituzionalità, rispettivamente, per le norme dell'Unione e per quelle convenzionali.

fosse stata posta quando i tempi non erano ancora sufficientemente maturi, la Corte avrebbe potuto essere tentata di darne la soluzione in applicazione di quella “logica” di formale fattura, la cui adozione è peraltro patrocinata da molti autori, che induce a qualificare le relazioni interordinamentali ora in termini di *separazione delle competenze* ed ora in termini di una, sia pure estremamente circoscritta ed eccezionale, *ordinazione gerarchica*. E, invero, in quale altro modo potrebbero essere sistemati i rapporti medesimi, una volta che si convenga a riguardo del fatto che vi sono norme “superiori” (i principi fondamentali di diritto interno) comunque invalicabili dalle norme sovranazionali, tanto da risultare queste ultime “invalidi” in caso della loro inosservanza¹⁵? Ebbene, proprio questa qualifica dimostra *per tabulas* che il punto di unificazione delle relazioni tra gli ordinamenti sta nella Costituzione, e *solo* nella Costituzione, che, pur se unicamente nei suoi principi di base, si pone appunto a fondamento del “sistema” cui le relazioni stesse danno vita.

Ora, così è pure a mio modo di vedere, nel senso che, fissato in ambito interno l’angolo visuale dal quale far luogo alla osservazione delle dinamiche internormative, è pur sempre nella Costituzione il fondamento da cui si tiene il nuovo sistema *in progress* che si viene maturando in seno alla (e per effetto della) integrazione sovranazionale in corso. Solo che, abbandonando ogni suggestione d’ispirazione formale-astratta, il *punctum unionis* è nelle norme di valore per antonomasia della Carta, e specificamente nei principi di libertà ed eguaglianza (dalla cui sintesi origina la giustizia), e si rende palese specificamente nei fatti d’interpretazione, in occasione dei quali si ha modo di toccare con mano fin dove si è ormai spinta l’integrazione tra gli ordinamenti. Un’integrazione che rifugge da qualsivoglia ordinazione gerarchica *per sistema*, in un senso o nell’altro ed a beneficio dell’uno o dell’altro ordinamento, pur non escludendo di doversi portare avanti altresì a mezzo di occasionali bilanciamenti interordinamentali, idonei a risolversi in modo imprevedibile in astratto, *in vitro*, il loro esito essendo piuttosto determinato *in vivo*, in ragione delle pretese del caso¹⁶. Una integrazione che, dunque, attende di essere sollecitata ad ulteriori avanzamenti, oltre che per effetto delle opportune iniziative adottate in sede politico-istituzionale, anche (e in una rilevante misura) per effetto del “dialogo” intergiurisprudenziale, come pure con una certa approssimazione è usualmente chiamato¹⁷.

¹⁵ Come mi sono sforzato di mostrare altrove, singolare poi appare la circostanza per cui la medesima antinomia (tra norma dell’Unione e norma interna), esclusivamente per il mero fatto della diversa connotazione strutturale della fonte sovranazionale (a seconda cioè che essa sia, ovvero non sia, *self-executing*), richiede di essere diversamente qualificata e sanzionata, ora – come si sa – a mezzo della “non applicazione” dell’atto interno ed ora invece a mezzo del suo annullamento per invalidità: con un utilizzo, come si vede, “a scomparsa” della logica della fonte interposta, quasi che non si debba comunque far capo all’art. 11 allo scopo di giustificare l’una o l’altra misura...

¹⁶ È questa la conclusione cui ho ritenuto di dover pervenire nel mio *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee*, cit.

¹⁷ Precisazioni critiche sul punto in G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna 2010.

Una marcata sottolineatura del “dialogo” tra le Corti europee, qualificato come “regolare” e suscettibile di essere “rafforzato” per effetto della prevista adesione dell’Unione alla CEDU è nella Dichiarazione n. 2 allegata al trattato di Lisbona. In dottrina, a riguardo della “circolare” collaborazione tra le Corti europee *inter se* e di esse con le Corti nazionali si è scritto – come si sa – molto: in aggiunta alle opere qui citt., vorrei solo richiamare gli efficaci rilievi di A. TIZZANO, del quale v., part., *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 3/2007, e *Principio di effettività e unitarietà. Introduzione*, in AA.VV., *Diritto comunitario e sistemi nazionali: pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Atti del convegno SISDIC, Capri 16-18 aprile 2009, Napoli 2010, 559 ss., unitamente a quelli, parimenti incisivi, di A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir.*, Ann., IV (2011), 335 ss. Di un’“ermeneutica dialogica”, quale strumento adeguato a dare linfa al “dialogo” tra le Corti, discorre poi V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, 426 ss. e *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio “personalista” in Italia e nell’Unione Europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 145 ss. Per la mia parte, posso solo aggiungere di essere fermamente convinto (e, anzi, di radicarmi sempre di più in siffatto convincimento) che il futuro della Costituzione e del diritto costituzionale dipenda (se non esclusivamente) in larga misura proprio dalla collaborazione in parola, per il cui proficuo e stabile impianto si richiede un uso sempre più insistito (e, però, allo stesso tempo vigilato) della comparazione giuridica (su di che, con specifico riguardo alle pratiche giurisprudenziali e, ancora più specificamente, a quelle invalse presso le Corti europee, molto importante è oggi G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell’interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli 2011).

Per ciò che qui maggiormente preme rimarcare, pur non potendosi fare, in alcun caso o modo, una “graduatoria” tra principi ugualmente fondamentali, si deve tuttavia convenire a riguardo del fatto che il principio dell’apertura al diritto internazionale e sovranazionale, risultante dagli artt. 10 ed 11, è, sì, un *principio-fine*, gli obiettivi della pace e della giustizia tra le nazioni ponendosi quali indeclinabili e caratterizzanti in modo stabile l’azione politica dello Stato, ma è anche, strutturalmente, un *principio-mezzo*, siccome servente nei riguardi della coppia assiologica costituita da libertà ed eguaglianza, nella quale poi si specchia e mirabilmente esprime quello che ai miei occhi appare essere un valore autenticamente “supercostituzionale”, la dignità della persona umana¹⁸.

Di qui, la piana conclusione per cui ogni norma, *quale che ne sia l’origine*, che, *in relazione al caso*, si dimostri essere maggiormente conducente alla realizzazione dei valori suddetti può, all’esito di un’operazione di bilanciamento che richiede di essere ogni volta rinnovata e verificata, affermarsi a discapito di altra norma meno adeguata alle esigenze del caso stesso.

Per l’aspetto ora considerato (e senza nulla togliere alla specificità degli ordinamenti e dei loro rapporti), nessuna differenza di “grado” può a mia opinione farsi quanto alla condizione in ambito interno delle norme eurounitarie e delle norme convenzionali, avuto specifico riguardo a quelle di esse che possano farsi vanto di godere della “copertura” degli artt. 2 e 3, più e prima ancora che degli artt. 10 e 11. Di contro, dottrina e giurisprudenza corrente assegnano, come si sa, alle une norme rango “paracostituzionale”, siccome ritenute soggette alla osservanza dei soli principi fondamentali (dei “controlimiti”, appunto), ed alle altre rango “subcostituzionale”, essendo obbligate a prestare ossequio a qualsivoglia norma costituzionale. Una sistemazione, questa, che, alle volte, si presta piuttosto ad essere ribaltata su se stessa, sol che si consideri che talune norme dell’Unione potrebbero non disporsi dietro lo scudo protettivo degli artt. 2 e 3 della Carta, diversamente dalle norme convenzionali che, per la materia trattata e per il modo della sua trattazione, sembrano godere di siffatta protezione (senza peraltro escludere quella che, per riconoscimento della stessa giurisprudenza, potrebbe loro venire dallo stesso I. c. dell’art. 10, in caso di sostanziale “razionalizzazione”, da parte degli enunciati della Convenzione, di norme di diritto internazionale “generalmente riconosciute”).

Non insisto oltre sul punto, su cui mi è stato dato modo di intrattenermi in altri luoghi. Mi è parso tuttavia opportuno qui prospettare, con ulteriori precisazioni, il frutto di talune riflessioni di ordine metodico-teorico altrove rappresentate e riguardanti le basi sulle quali, a mia opinione, s’impiantano e svolgono le relazioni interordinamentali, dal momento che si tratta quindi di stabilire se (e fino a che punto) risultino rispetto ad esse convergenti gli indirizzi della giurisprudenza costituzionale ovvero da esse, in maggiore o minore misura e con una certa evidenza, si discostino.

Tornando, infatti, alle complessive movenze ed alle più salienti espressioni della giurisprudenza costituzionale, a me pare che il percorso da questa compiuto, nelle ultime tappe che ne hanno scandito l’avanzamento, risulti essere solo in parte e per alcuni versi lineare, mentre appaia per altri versi frammentario e discontinuo, nonché ad oggi gravato da non lievi ed irrisolte aporie di costruzione.

Passo dunque adesso a segnalare qui unicamente i tratti maggiormente espressivi in un senso o nell’altro (specie nel secondo), nello specifico intento di mettere in primo piano i profili di novità riscontrabili nell’ultima giurisprudenza, interrogandomi sulle implicazioni e gli ulteriori sviluppi che potrebbero anche a breve aversene.

¹⁸ Sulle mutue implicazioni di libertà ed eguaglianza una densa riflessione si deve, di recente, a G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009; lo stesso A. ha felicemente qualificato la dignità come la “bilancia” su cui si dispongono i beni oggetto di ponderazione (*Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it). Della dignità come valore “supercostituzionale” si discorre già in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss. Di contro, altri (e, tra questi, ora M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell’eguaglianza*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, Napoli 2009, 1060 ss.) annoverano la dignità tra i valori passibili di bilanciamento.

2. L'opzione per il criterio, di natura assiologico-sostanziale, che si volge alla ricerca della norma idonea ad offrire la tutela più "intensa" ai diritti, di cui alle sentt. [nn. 317 del 2009](#) e [113](#) e [245 del 2011](#), con l'"intermezzo" però della sent. [n. 80 del 2011](#), nella quale il criterio stesso è stranamente lasciato in ombra

Quando sono venute alla luce le famose sentenze "gemelle" del 2007 sulla CEDU, ho ritenuto di poter rinvenire nel corpo di esse una oscillazione vistosa tra una prospettiva d'inquadramento delle relazioni interordinamentali di stampo formale-astratto ed una di stampo assiologico-sostanziale¹⁹. Mi pare che gli svolgimenti successivi avvalorino questa prima impressione. Persino in un arco temporale ristretto, la Corte ha infatti avuto modo di rimarcare e mettere in evidenza ora più gli uni ed ora gli altri profili riconducibili alle prospettive suddette; alle volte, anzi, le oscillazioni in parola si riscontrano persino all'interno di una stessa pronunzia.

Della [sent. n. 317](#) ho già detto per alcuni aspetti di cruciale rilievo. Vorrei ora solo aggiungere che, per una singolare eterogenesi dei fini, l'obiettivo allora dichiaratamente perseguito di sgravare le norme interne, sia pure – volendo – in casi eccezionali, dell'obbligo di osservanza della Convenzione può rovesciarsi su se stesso e l'arma messa in pugno agli operatori (e, segnatamente, ai giudici) allo scopo di non far valere in talune congiunture il rispetto del diritto di origine esterna può rivoltarsi, a mo' di boomerang, portando all'esito dell'affermazione della Convenzione persino a discapito della Costituzione.

La Corte a tutt'oggi questo non l'ha dichiarato mai e, con ogni verosimiglianza, non lo farà neppure in seguito, per la elementare ragione che è dalla Costituzione (e solo da essa) che ritiene – come si dirà a momenti, a torto – di trarre la propria legittimazione. Ha però già fatto qualcosa che, prima dell'inaugurazione del filone (che va sempre più ingrossandosi) delle sue pronunzie dedicate alla CEDU, non aveva mai fatto prima, apportando significative e sia pur gradualmente innovazioni alla sua giurisprudenza pregressa proprio per effetto dei richiami alla Convenzione²⁰.

Non so quanto le due cose – il riconoscimento *apertis verbis* del carattere meno avanzato della Carta costituzionale rispetto alle altre Carte in fatto di salvaguardia dei diritti e la riproposizione del primato della Costituzione, col costo (o col vantaggio?) tuttavia della sua reinterpretazione orientata verso le Carte internazionali²¹ – meritino di essere tenute distinte, diciamo meglio *nettamente* distinte, e quanto (e dove) invece finiscano col confluire l'una nell'altra, facendo in buona sostanza tutt'uno. Quando si dice che la Corte "riscrive" con le sue pronunzie il parametro costituzionale²², alle volte si enfatizzano ed esasperano i dati della realtà; è tuttavia innegabile che in un siffatto argomentare vi sia un fondo di vero, anzi – ad esser franchi – molto di vero. E la Corte sta mano mano rivedendo, sia pure con aggiustamenti cautamente ed opportunamente fatti a piccoli passi e sempre presentati nel segno della continuità, la sua giurisprudenza sui diritti grazie ad una sensibilità e ad un'apertura verso

¹⁹ V., dunque, il mio *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in www.forumcostituzionale.it.

²⁰ *Mutatis mutandis*, qualcosa di simile è altresì avvenuto sul terreno delle relazioni con l'Unione (e la sua Corte), coi richiami fatti alla Carta di Nizza-Strasburgo (e, prima dell'avvento di questa, *omisso medio* alla giurisprudenza che si forma a Lussemburgo).

²¹ Un'analoga vicenda è già maturata o va maturando anche in altri ordinamenti, tra i quali la Repubblica federale tedesca, laddove si è acconsentito all'assoggettamento della Costituzione a interpretazione *völkerrechtsfreundlich*, pur qualificandosi la Convenzione quale fonte di rango legislativo: ad es., di recente, in causa 2365/09 del 4 maggio 2011 (e, su di essa, la nota di A. DI MARTINO, *Ancora sulla efficacia della CEDU nel diritto interno: il BverfG e la "detenzione di sicurezza"*, in www.dirittocomparati.it, 26 maggio 2011).

²² La cosa è molte volte ed a vari fini rilevata, ad es. da chi ha fatto oggetto di studio le modifiche tacite della Costituzione per via giurisprudenziale (indicazioni in A. SPADARO, *Le motivazioni delle sentenze della Corte come "tecniche" di creazione di norme costituzionali*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Torino 1994, 356 ss. e, dello stesso, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss., nonché in E. ROSSI, *Le trasformazioni costituzionali secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Le "trasformazioni" costituzionali nell'età della transizione*, a cura di A. Spadaro, Torino 2000, 119 ss.).

il diritto e la giurisprudenza di matrice europea ancora fino a poco tempo indietro oggettivamente insussistente.

Ora, a me sembra chiaro come, una volta ambientate le relazioni interordinamentali su un piano sostanziale, alla ricerca della norma in grado di offrire la più “intensa” tutela ai diritti, la ricerca stessa possa risolversi a beneficio di qualsivoglia norma, *indipendentemente dalla veste formale di cui è dotata o dalla sua provenienza*. D’altro canto, come si sa, è la stessa Convenzione a richiedere di esser fatta valere laddove si dimostri idonea a colmare strutturali carenze dell’ordinamento interno e, perciò, ad appagare nel modo più “intenso” possibile le pretese vantate dai soggetti. Ed è di tutta evidenza – a me pare – che, in tal modo, è la stessa Costituzione, pur laddove appaia meno avanzata della Convenzione sulla via della salvaguardia dei diritti, a realizzarsi appieno, nei suoi valori fondamentali di libertà ed eguaglianza, per il modo con cui, serviti dalla Convenzione stessa, servono per la loro parte, nel singolo caso, la dignità della persona offesa.

Come ho avuto modo più volte di far notare negli ultimi tempi, *riconoscendo la propria finitezza ed imperfezione, la Costituzione realizza fino in fondo se stessa*, nella sintesi su basi di valore dei suoi principi di cui agli artt. 2 e 3, nel loro fare “sistema” col principio dell’apertura al diritto di origine esterna.

Ora, è singolare che del criterio della tutela più “intensa” non si faccia espressa parola nella [sent. n. 80 del 2011](#), che pure costituisce un’autentica *summa* dell’indirizzo giurisprudenziale relativo ai rapporti con la CEDU, mentre esso torni prepotentemente alla ribalta nella di poco successiva [sent. n. 113](#) dello stesso anno²³. Una pronunzia, questa, che sta facendo molto discutere²⁴, sotto più aspetti, tra i quali mi preme qui di accennare di sfuggita al ruolo di prima grandezza del quale essa sollecita l’esercizio da parte sia del legislatore che dei giudici comuni, già solo per il fatto che la manipolazione del tessuto codicistico operata dalla Corte si è trovata obbligata ad arrestarsi alla mera posizione di un “principio” che, a un tempo, si consegna al legislatore per i suoi opportuni, necessari svolgimenti ed ai giudici che, in attesa della compiuta ricucitura del tessuto stesso, dovranno estrarre dal principio suddetto le regole maggiormente adeguate ai singoli casi.

Sta di fatto che l’impianto di formale fattura sotteso al giudicato è qui senza rimpianti rimosso per far posto ad un impianto di carattere assiologico-sostanziale, nell’intento di offrire la più adeguata tutela ai diritti. Alla *certezza del diritto*, che si assume in tesi essere servita dal giudicato e che di quest’ultimo dunque costituisce la giustificazione e il fine, sembra sostituirsi la *certezza dei diritti*, che poi interamente si risolve ed afferma nella loro effettività. Una contrapposizione tra “certezze” che è poi, dal mio punto di vista²⁵, meramente apparente, non potendosi dare, in alcun caso o modo, alcuna *certezza di diritto costituzionale* che non faccia tutt’uno con la *certezza dei diritti costituzionali*, anche di quei diritti – come si vede – che non sono dalla stessa Costituzione in modo adeguato protetti e che pertanto fanno appello ad altre Carte (qui, la CEDU) al fine della loro compiuta protezione ed implementazione nell’esperienza.

Si scopre così che il sistema costituzionale, sistema di valori fondamentali che si tengono a vicenda e che, anzi, si fanno circolarmente rimando, già per la loro compiuta ricognizione al piano dell’interpretazione quale preludio per una parimenti compiuta affermazione al piano

²³ Su entrambe le decisioni possono, volendo, vedersi le mie note *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in www.forumcostituzionale.it e *Il giudicato all’impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011, ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2/2011, nonché in *Legisl. pen.*, 2/2011.

²⁴ Nelle sedi in cui è apparso il mio scritto per ultimo cit. sono altresì presenti i commenti di G. CANZIO, *Giudicato “europeo” e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, e R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, con l’aggiunta, in *Legisl. pen.*, 2/2011, di M. CHIAVARIO, *La Corte costituzionale ha svolto il suo compito: ora tocca ad altri*; inoltre, R. CONTI, *La scala reale della Corte Costituzionale*, cit., spec. 1253 ss., e P. GAETA, *Dissoluzione del giudicato ed euristica giudiziale dopo la sentenza Dorigo*, in corso di stampa in *Giustizia insieme* (ma molti altri scritti possono vedersi nelle Riviste specialistiche). Nella dottrina anteriore a riguardo della vessata questione relativa al superamento del giudicato, indicazioni ora in A. CARDONE, *Diritti fondamentali*, cit., 393 ss.

²⁵ V. nuovamente la mia nota per ultimo cit.

dell'applicazione, è per sua natura un *sistema plurale*, vale a dire un *sistema di sistemi*, perché “plurale” è la struttura della legge fondamentale della Repubblica che ha – come si è veduto – uno dei suoi pilastri portanti nel principio dell'apertura al diritto di origine esterna, un'apertura che si rende manifesta e realizza alla sola condizione che il diritto stesso si dimostri effettivamente servente, nei singoli casi, i valori di libertà ed eguaglianza e, in ultima istanza, dignità.

Vedo, ancora di recente, una testimonianza di quest'indirizzo (che – com'è chiaro – è di *metodo* prima ancora che di *teoria*) a base delle relazioni interordinamentali nei loro concreti svolgimenti, nella [sent. n. 245 del 2011](#), dove il riconoscimento fatto agli stranieri irregolari del diritto di sposarsi trae giustificazione della propria esistenza proprio dal valore “supercostituzionale” della dignità²⁶, alimentandosi da suggestive indicazioni offerte dalla CEDU (e, perciò, a conti fatti, dalla giurisprudenza di Strasburgo²⁷).

3. *La pressione esercitata da una giurisprudenza sempre più “aggressiva” della Corte EDU e il tentativo di contenerla posto in essere da Corte cost. nn. 236 e 257 del 2011*

La pressione esercitata dalla giurisprudenza convenzionale sul caso definito con la [sent. n. 113](#) è manifesta, riconosciuta dalla stessa pronuncia in parola, sicché non giova su di essa qui ulteriormente indugiare. La stessa giurisprudenza ha poi avuto modo di esprimersi, ancora di recente, in forme particolarmente incisive e vistose, avvalorando in tal modo il crudo giudizio di una fine dottrina che l'ha qualificata come “aggressiva”²⁸, forme davanti alle quali non di rado la giurisprudenza ha in ambito interno manifestato una deferenza non meramente di facciata²⁹.

Penso, ad es., ai casi *Maggio* ed *Agrati*³⁰, coi quali si sono in buona sostanza tagliate le gambe alla pratica, in alcune sue espressioni fin troppo disinvolta e spregiudicata, dell'interpretazione autentica a mezzo di leggi che in realtà molte volte dicono l'esatto contrario degli atti “interpretati”³¹. È vero

²⁶ Invita opportunamente a fermare l'attenzione sul punto, ora, anche R. CONTI, nella sua *op. ult. cit.*, 1262 ss.

²⁷ V., in particolare, il [caso O'Donoghue e a. contro Regno Unito, definito con sent. 14 dicembre 2010](#), cui espressamente si richiama la [sent. n. 245](#).

²⁸ O. POLLICINO, in molti scritti, a partire da *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 1 ss., e spec. in *La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo l'allargamento del Consiglio D'Europa ad Est: forse più di qualcosa è cambiato*, in AA.VV., *Le scommesse dell'Europa. Diritti, Istituzioni, Politiche*, a cura di G. Bronzini - F. Guarriello - V. Piccone, Roma 2009, 101 ss., e quindi, estesamente, in *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano 2010.

²⁹ Penso, ad es., alla recente Cass., III sez. civ., 30 settembre 2011, n. 19985, dove si sono riconosciuti effetti assimilabili a quelli propri del giudicato formale ed immediati, anche in corso di causa, alle pronunzie della Corte EDU, le quali, una volta divenute definitive, sono dotate della medesima *vis* precettiva propria delle norme convenzionali, la cui ricognizione di senso, così come operata a Strasburgo, non può essere messa in discussione dal giudice nazionale.

³⁰ Su quest'ultimo, le note mia e di M. MASSA, dal titolo, rispettivamente, *Ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive d'interpretazione autentica, e domani? (a margine di Corte EDU 7 giugno 2011, Agrati ed altri c. Italia)*, e *Agrati: Corte europea vs. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività*, entrambe in [www.forumcostituzionale.it](#). Sulla questione si è di recente pronunziata anche la Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale ([sent. Grande Sezione del 6 settembre 2011, in causa C-108/10, Scattolon](#), con nota di M. MASSA, *Dopo Agrati: le leggi interpretative tra disapplicazione e prevalenza sulla CEDU*, in corso di stampa in *Quad. cost.*), per un verso (e in via generale) ammettendo che, in caso di trasferimento d'impresa, la normativa eurounitaria osta a che i lavoratori trasferiti abbiano un peggioramento retributivo per effetto del mancato riconoscimento dell'anzianità maturata presso il cedente; per un altro verso, tuttavia, rimettendosi al giudice del rinvio al fine della verifica se il peggioramento in parola si sia, o no, concretamente verificato. Viene, per tale aspetto, fatto dunque salvo un pur contenuto “margine di apprezzamento” a beneficio del giudice nazionale che la Corte di Strasburgo non ha, a conti fatti, salvaguardato. Quale possa essere l'esito della vicenda, ad oggi in corso, non è chiaro (sul punto, la riflessione di G. BRONZINI, *Le Corti europee rimettono in gioco i diritti del personale ATA. Un caso “difficile” per la giurisprudenza multilivello*, in corso di stampa).

³¹ Merita di essere segnalata la recente pronuncia della Cass., Sez. Un., 8 agosto 2011, n. 17076, laddove si fa un singolare ragionamento a giustificazione della perdurante (malgrado la diversa presa di posizione della Corte EDU...) validità delle norme d'interpretazione autentica, sempre che siano davvero... *tali*, rimanendo dunque entro la cornice della disposizione interpretata. Una validità che troverebbe giustificazione nel fatto che l'art. 70 cost., sotto la cui “copertura” ogni legge, in quanto frutto di legittimo esercizio della funzione legislativa, può essere riportata, può prevalere

che la Corte di Strasburgo ha posto alcuni “paletti” all’applicazione del punto di diritto da essa vigorosamente enunciato: non tanto – a me pare – laddove ha circoscritto l’applicazione stessa ai soli casi in cui l’interpretazione *ope legis* interferisca con l’esercizio della giurisdizione³², quanto laddove ammette il possibile sacrificio dei diritti in presenza di “imperiosi motivi d’interesse pubblico”, in relazione ai quali l’“aggressione” nei confronti degli operatori nazionali si rende manifesta nel momento in cui la Corte sovranazionale parrebbe volersi riservare l’ultima parola in ordine al loro accertamento³³.

La cosa deve far seriamente riflettere, dal momento che, ove la chiave di lettura qui proposta dovesse considerarsi attendibile, si avrebbe a un tempo il *rischio* della invasione del campo riservato al discrezionale apprezzamento degli organi d’indirizzo politico e la *certezza* della invasione del campo riservato agli organi giudiziari di diritto interno.

Discorro, con riguardo alla prima evenienza, di un *rischio*, dal momento che il sindacato sul “fatto”, in specie sulla ricorrenza di una congiuntura eccezionale (diciamo pure, di vera e propria emergenza), non è sottratto ai giudici³⁴, per quanto entro limiti definiti in modo largamente sommario (in ultima istanza, riportabili al canone della ragionevolezza, quale congruità appunto della norma al fatto e di entrambi ai valori).

Discorro poi, quanto alla seconda evenienza, di una *certezza*, dal momento che – giusta la ricostruzione qui prospettata – si avrebbe una vera e propria *ordinazione gerarchica* (e non già la mera distinzione funzionale) tra giudici, a scapito di quelli nazionali (comuni e persino costituzionali) ed a beneficio del giudice europeo, anche per ciò che concerne la ricostruzione dei lineamenti di un contesto, quello interno, familiare agli uni più che (o anziché) all’altro. D’altro canto, neppure è

in sede di bilanciamento nei riguardi di parametri interposti, quale la (legge di esecuzione della) CEDU. Di contro, senza evocare qui la “logica” del bilanciamento, ove il giudice della nomofilachia avesse tenuto in maggior conto il *canone sistematico* (qui rilevante attraverso il “combinato disposto” degli artt. 70 e 117, I c., senza peraltro trascurare altri enunciati ancora, espressivi di principi fondamentali, evocati in campo dalla “materia” trattata dalla CEDU e dal modo della sua trattazione, siccome relativa ai diritti fondamentali), si sarebbe avveduta della necessità che gli atti di esercizio della funzione legislativa, coi quali cioè si dà corpo nell’esperienza alla norma definitoria della competenza di cui all’art. 70, avrebbero dovuto e sempre dovrebbero, *in via di principio*, mostrarsi rispettosi degli obblighi di cui è parola nell’art. 117. Un rispetto al quale possono, nondimeno, legittimamente sottrarsi unicamente allo scopo di portare ancora più in alto la tutela dei diritti fondamentali e, in genere, del “sistema” dei beni costituzionalmente protetti: nel qual caso, bene si rende possibile (e, anzi, doveroso) spianare la strada all’applicazione di quella “logica” del bilanciamento, qui improvvidamente evocata in campo dalla Cassazione (in un non dissimile ordine di idee, se ben se n’è inteso il pensiero, anche M. MASSA, *Dopo Agrati*, cit.). Quale ascolto poi l’indirizzo della Cassazione possa, anche a breve, avere presso la Consulta non è dato al momento di stabilire; è, nondimeno, da mettere in conto che possa farsi più lunga la distanza dalle posizioni della Corte EDU, di cui si è avuta, in una certa misura, recente testimonianza, secondo quanto si passa subito a dire nel testo (con specifico riguardo ai conflitti tra Corte costituzionale e Corte EDU, prima però degli ultimi sviluppi giurisprudenziali, v. S. FOÀ, *Un conflitto di interpretazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo: leggi di interpretazione autentica e ragioni imperative di interesse generale*, in www.federalismi.it, 15/2011, ed *ivi* riferimenti).

³² Evenienza, questa, *per tabulas* ricorrente, dal momento che il legislatore si attiva evidentemente per il fatto che vi sono state (e vi sono) controversie giudiziarie a riguardo dell’atto oggetto d’interpretazione; estremamente raro, dunque, per non dire meramente di scuola, il caso di un atto legislativo praticamente “inutile” per il presente (ed utile solo per l’avvenire), siccome sopravveniente alla definizione in modo irreversibile di ogni lite giudiziaria.

³³ Sul punto, v. la ricostruzione dell’indirizzo della Corte EDU che ne fa, nelle sue conclusioni sul caso *Scattolon*, l’Avvocato Generale Y. BOT, §§ 132 ss.

³⁴ Si rammenti la pur problematicamente coerente giurisprudenza a riguardo del sindacato sui presupposti giustificativi dell’adozione dei decreti-legge, giudicato ammissibile sia pure nei soli casi di loro “evidente mancanza”. Una limitazione, questa, della cui opportunità non torno qui a discutere, col bisogno ad essa sotteso di parare la facile critica che potrebbe essere (il più delle volte, però, strumentalmente) mossa alla Corte di voler invadere il campo riservato alla politica, giovandosi di un disposto costituzionale strutturalmente debole ed arrendevole. Sta di fatto, però, che la limitazione stessa, in buona sostanza, si traduce in un controllo di costituzionalità circoscritto ai soli casi di “evidente violazione” del parametro costituzionale. Un privilegio, come si vede, questo accordato agli organi della direzione politica, di assai dubbia rispondenza al modello costituzionale, nei fatti – come si sa – convertitosi in un’autentica “zona franca” della giustizia costituzionale, ove si pongano a raffronto il numero dei decreti-legge (e relative leggi di conversione) varati dal *tandem* Governo-Parlamento col numero (praticamente inesistente) delle sanzioni loro comminate dal giudice costituzionale in nome del canone della “evidente mancanza”.

consentito accedere a cuor leggero all'ordine di idee secondo cui gli apprezzamenti, in punto di fatto così come di diritto, compiuti dai giudici nazionali sarebbero in tutto sottratti all'ulteriore (e, se del caso, divergente) riscontro da parte del giudice europeo, risultando altrimenti vanificato lo scopo della sua stessa istituzione.

Non è agevole stabilire (o, con maggior cautela, *tentare* di stabilire) come si possa pervenire ad un equilibrio complessivamente appagante al piano delle relazioni tra le sedi in cui si somministra giustizia, sia comune che "costituzionale" (in larga accezione, siccome riferita sia ai tribunali costituzionali che alle Corti europee, esse pure sempre più marcatamente tendenti a proporsi come giudici materialmente costituzionali³⁵). Di una sola cosa sono tuttavia certo; ed è che, così come non si dà alcuna ordinazione gerarchica per sistema tra... *sistemi*, i conflitti internormativi richiedendo – come si è veduto – di essere ripianati secondo la logica del bilanciamento paritario in ragione del caso, allo stesso modo (e di conseguenza) non può darsi alcuna ordinazione gerarchica tra le Corti, nessuna di esse potendo vantare l'insano proposito ad enunciare "verità" indiscutibili di diritto costituzionale, ad avere insomma il privilegio di poter dire l'ultima parola sulle questioni di diritto costituzionale. Se invece così fosse, per un verso (ed inevitabilmente) si perverrebbe nuovamente a quella sistemazione gerarchica tra ordinamenti che appare ripugnante alla loro natura, specie per ciò che concerne le esperienze riguardanti la salvaguardia dei diritti fondamentali, non potendosi ammettere che si diano enunciati volti a dare il *riconoscimento* dei diritti stessi sovraordinati ad altri enunciati parimenti espressivi di diritti fondamentali. Per un altro verso, poi, la Corte di vertice si porrebbe – come mi sono sforzato di mostrare in altri luoghi³⁶ – quale una sorta di *potere costituente permanente*, riproponendosi in termini ineludibili l'inquietante quesito di Giovenale su chi mai possa controllare i controllori. Alla morsa stringente di questo interrogativo ci si può invece sottrarre (o, quanto meno, è possibile esperire il tentativo di sottrarsi) alla sola condizione – a me pare – che la partita possa aprirsi agli esiti più vari, in ragione del caso, per il modo con cui le norme si combinano in vista del conseguimento della soluzione di volta in volta maggiormente adeguata al caso stesso, idonea a portare il sistema costituzionale – che, come si è venuti dicendo, è *sistema di sistemi* – alle sue massime realizzazioni, al servizio dell'uomo e dei suoi più pressanti bisogni, della sua dignità.

Ora, forse è proprio nella convinzione (sia pure inconfessata...) che la sorte potrebbe non risultarle benigna che la Consulta ha ritenuto opportuno far luogo ad alcune precisazioni, in merito agli svolgimenti dei suoi rapporti con le Corti europee (e, segnatamente, con la Corte EDU), per quanto essi risultino immersi – per dir così – in un contesto complessivo segnato da attenzione e, talora, vera e propria deferenza nei riguardi di queste ultime.

Due le decisioni recenti in cui essa si rende – a me pare – particolarmente manifesta.

Con specifico riguardo alla retroattività delle leggi, la mina vagante messa in circolo dalla ferma presa di posizione adottata a Strasburgo con la definizione del caso *Agrati* è ora abilmente disinnescata da Corte cost. [n. 257 del 2011](#), laddove viene rinvenuta la giustificazione della normativa *sub iudice* nel fatto che essa si è limitata a recepire un'indicazione della più recente giurisprudenza di legittimità, "nell'esercizio di un potere discrezionale in via di principio spettante al legislatore e nel quale non è dato ravvisare profili di irragionevolezza". Una spiegazione che tuttavia, perlomeno sul punto e nei termini in cui è formulata, non persuade del tutto, altro essendo la presa di posizione a favore dell'uno o dell'altro orientamento nel tempo manifestato dalla Cassazione ed altra cosa il fatto in sé dell'interferenza nell'amministrazione della giustizia, paventata dal giudice europeo e superabile unicamente, all'esito di un'operazione di bilanciamento, in nome di quegli "imperiosi

³⁵ Su questa tendenza v., nuovamente, la puntuale analisi che è negli scritti sopra citt. di O. POLLICINO, cui *adde* O. POLLICINO - V. SCIARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti - V. Piccone, Roma 2010, 125 ss.; v., inoltre, utilmente E. MALFATTI, *L'"influenza" delle decisioni delle Corti europee sullo sviluppo dei diritti fondamentali (e dei rapporti tra giurisdizioni)*, in AA.VV., *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti. Scritti degli allievi di Roberto Romboli*, a cura di G. Campanelli - F. Dal Canto - E. Malfatti - S. Panizza - P. Passaglia - A. Pertici, Torino 2010, 165 ss.

³⁶ Tra i quali, *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in *Riv. dir. cost.*, 2009, 125 ss., spec. 157 ss.

motivi d'interesse pubblico" che, soli, come si è veduto, possono ad avviso del giudice europeo portare ad una diversa definizione del caso. Dichiarando che "la finalità di superare un conclamato contrasto di giurisprudenza, essendo diretta a perseguire un obiettivo d'indubbio interesse generale qual è la certezza del diritto, è configurabile come ragione idonea a giustificare l'intervento interpretativo del legislatore"³⁷, la Corte dà, in buona sostanza, ad intendere che leggi d'interpretazione autentica possono pur aversi senza altro limite che non sia quello, usuale, della conformità alla loro natura e della idoneità al raggiungimento dello scopo, che è appunto quello di dare certezze agli operatori³⁸. L'unico vero, "imperioso" motivo d'interesse generale è la certezza, dunque.

Nella seconda decisione (di poco anteriore rispetto alla prima), la Corte fa poi luogo ad una raffinata (e, come si vedrà, mascherata) operazione di *distinguishing*³⁹, presentando quelle che, in realtà, sono delle vere e proprie novità (e divergenze rispetto all'indirizzo adottato dalla Corte EDU) nel segno della continuità rispetto alla pregressa giurisprudenza: un compito invero non agevole e, alle volte, improbo; ma la consumata abilità nell'uso delle tecniche decisorie e nella spendita delle risorse retorico-argomentative di cui l'organo dispone e di cui ha dato ripetute prove⁴⁰ consente all'organo stesso di superare l'ostacolo, pur se talora con un certo affanno. E così, venendo incontro ad una pressante richiesta avanzata dalla più sensibile dottrina⁴¹, della opportunità del cui accoglimento io stesso mi sono più volte dichiarato⁴², la Corte ha finalmente (con [sent. n. 236 del 2011](#)⁴³) dato ad intendere che le indicazioni della giurisprudenza di Strasburgo non sono da prendere per oro colato ma che valgono unicamente per la loro "sostanza": espressione ambigua, già presente in anteriori pronunzie e però in queste ultime non portata alle sue conseguenti, pratiche applicazioni. Nella decisione ora richiamata, per vero, la Corte non ci dice fino a che punto sia dato all'operatore di diritto interno di discostarsi dagli orientamenti del giudice europeo né a quali condizioni ciò trovi giustificazione: ad es., a mia opinione, quanto meno nel caso in cui non si dia ancora un "diritto vivente" (in ristretta e propria accezione, siccome riferito alla esistenza di un consolidato indirizzo interpretativo in relazione al caso stesso). Anzi, a rigore, la Corte neppure dichiara di allontanarsi dall'orientamento della Corte europea; piuttosto, ne dà una ricostruzione tale da dimostrare (a suo dire...) che la decisione oggi adottata non urta con l'orientamento stesso⁴⁴. Non è tuttavia chi non veda come nella circostanza si dia una ricostruzione dell'indirizzo interpretativo fatto proprio dal giudice europeo risultante da una occulta, abilmente mascherata (e però... *scoperta*) manipolazione

³⁷ I riferimenti testuali sono tutti tratti dal punto 5.1. del *cons. in dir.*

³⁸ ... magari, ad uno stesso operatore (e, segnatamente, al giudice della legittimità) che si sia col tempo determinato per opzioni interpretative diverse.

³⁹ L'eventualità di un vaglio da parte del giudice delle leggi della specificità del caso trattato a Strasburgo era stata prefigurata da un autorevole studioso e componente della Corte, della quale – come si sa – è stato anche Presidente, senza che nondimeno, come si viene dicendo, se ne avesse traccia apprezzabile prima della pronunzia di cui si passa subito a dire nel testo (v., dunque, U. DE SIERVO, *Recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, relaz. all'incontro di studio su *Problemi per le Corti nazionali a seguito degli ulteriori sviluppi dell'Unione Europea ed in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.cortecostituzionale.it). Per taluni aspetti, della tecnica del *distinguishing* si è fatto utilizzo anche nella sentenza relativa al matrimonio degli omosessuali ([sent. n. 138 del 2010](#)).

⁴⁰ ... rese manifeste specialmente nella parte motiva delle sue decisioni, il rilievo della quale è diffusamente segnalato in dottrina (per tutti, A. SAIITA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano 1996).

⁴¹ V., per tutti, nuovamente, gli scritti dietro citt. di R. CONTI (e, tra questi, part., la sua monografia su *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*), cui adde M. BIGNAMI, *Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 1/2011.

⁴² Ancora da ultimo nella mia nota a Corte cost. [n. 113 del 2011](#), sopra già richiamata.

⁴³ ... e, su di essa, il commento di R. CONTI, *La scala reale della Corte Costituzionale*, cit., spec. 1259 ss.

⁴⁴ La questione è, però, assai più complessa di come risulti dal quadro ricostruttivo fattone dalla Consulta, a motivo della mancata presa in considerazione sul punto della Carta di Nizza-Strasburgo (e, segnatamente, di quanto disposto dall'art. 49) e, dunque, in buona sostanza, della giurisprudenza eurounitaria, che avrebbe potuto consigliare un diverso esito della vicenda e che, ad ogni buon conto, potrebbe obbligare la nostra Corte a rivedere l'orientamento ad oggi accolto (sul punto, V. ONIDA, *I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona*, in www.astrid-online.it, 12/2011).

dei dati di cui l'indirizzo stesso si compone⁴⁵. E, invero, il carattere perentorio dell'affermazione di principio, contenuta nella [decisione della Corte europea sul caso Scoppola](#), in favore della retroattività della legge penale maggiormente favorevole è qui temperato e relativizzato nella sua portata a mezzo di una significativa aggiunta rimasta tuttavia estranea all'orizzonte ricostruttivo avuto presente dal giudice di Strasburgo, stabilendosi che in congiunture peculiari la retroattività *in mitius* possa andare incontro a deroghe o limitazioni⁴⁶. La Consulta, insomma, conferma, sì, il principio ma ne ammette le possibili eccezioni: né più né meno – per fare ora un raffronto con altre esperienze – di ciò che si ha quando la Costituzione, dopo aver enunciato un principio, ne prevede le deroghe, le “rotture”, come sono usualmente chiamate. E qui, a dirla tutta, *la Convenzione (rectius, il diritto convenzionale “vivente”) si “rompe”*. Né giova a far ritenere diversamente la circostanza per cui, a giudizio della stessa Corte costituzionale, “la deroga all'applicazione della legge sopravvenuta più favorevole al reo *dovrebbe* ritenersi possibile anche per la giurisprudenza di Strasburgo”⁴⁷: dove l'utilizzo della forma verbale condizionale (non si sa, per vero, se sfuggita alla penna dell'estensore o, di contro, se studiata ed accortamente adoperata) la dice lunga, per un verso, sulla comprensibile cautela manifestata dal giudice delle leggi ma anche, per un altro verso, sulla incertezza ed instabilità della soluzione ricostruttiva proposta, della quale è perciò da mettere in conto l'eventualità che possa (e, anzi, debba) essere rivista per effetto di un divergente orientamento del giudice europeo⁴⁸.

La manipolazione dell'orientamento giurisprudenziale (e, di riflesso, del dato convenzionale) non sorprende, ad ogni buon conto, chi ha familiarità con le esperienze della giustizia costituzionale. Quante volte, d'altronde, a base di pronunzie manipolative dell'oggetto del giudizio, nondimeno presentate come lecite (e, anzi, doverose) siccome non lesive della discrezionalità del legislatore, non sta una previa, finemente argomentata, manipolazione del parametro? Ciò che la Corte fa non di rado manipolando... *se stessa*, ora offrendo l'interpretazione “autentica” (ma, in realtà, correttiva) del

⁴⁵ ... in specie, per come i dati in parola hanno costituito oggetto di puntuale sistemazione dalla [sentenza della Grande Camera del 17 settembre 2009 \(Scoppola c. Italia\)](#) e da altre decisioni ancora.

⁴⁶ La Corte poi non s'interroga circa la compatibilità delle deroghe e limitazioni in parola con la finalità rieducativa della pena, di cui all'art. 27 cost., che potrebbe considerarsi (con la più sensibile dottrina giuspenalistica: G. DE VERO, *Limiti di vincolatività in ambito penale degli obblighi comunitari di tutela*, in *Studi in onore di A. Metro*, a cura di C. Russo Ruggeri, II, Milano 2010, spec. 189 s., ed *ivi* richiamo di un precedente scritto dello stesso a.) gravemente incisa una volta che a soggetti responsabili del medesimo reato dovessero applicarsi pene diverse. È vero che nella circostanza che ha dato modo alla Corte di emettere la pronunzia ora annotata il principio di cui all'art. 27 non era stato evocato in campo; e, tuttavia, la ridefinizione complessiva dei termini della questione non è – come si sa – un fatto raro nelle esperienze di giustizia costituzionale.

⁴⁷ Punto 13 del *cons. in dir.*

⁴⁸ Si pone qui l'ardua questione riguardante le condizioni e i limiti del superamento dello stesso giudicato costituzionale per effetto di sopravvenienti e con esso incompatibili pronunzie delle Corti europee (per ciò che qui specificamente importa della Corte di Strasburgo), a riguardo della quale ho già avuto modo di intrattenermi altrove (a partire da *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, cit., 190 ss.). Dei conflitti in parola, d'altronde, si è già avuto riscontro, con varietà di forme e parimenti varia intensità, pur se non sempre se ne ha l'aperta denuncia, da noi come altrove. Un caso recente in cui la questione è emersa con clamore si è avuto con riguardo alla legislazione austriaca sulla procreazione medicalmente assistita, fatta oggetto di esplicita censura dalla Corte EDU (*S.H. ed a. contro Austria*), mentre da noi può essere rammentata, ancora una volta, la nota vicenda Dorigo, in relazione alla quale – come opportunamente fa oggi notare P. GAETA, *Dissoluzione del giudicato*, cit. – “la regola processuale legittimamente applicata dai giudici nazionali era ... frutto addirittura di un ‘innesto’ operato dalla Corte costituzionale” con [sent. n. 254 del 1992](#): un “meccanismo”, questo, dalla Corte di Strasburgo giudicato in violazione dell'art. 6, § 3, lett. d).

Un caso poi assai noto di conflitto parato sul nascere con la Corte di giustizia si è avuto nel 2005, allorché il Consiglio di Stato si è abilmente ritratto dall'esperire, così come richiestogli, una questione di rinvio pregiudiziale in relazione a norma dell'Unione sospetta d'incompatibilità con norma interna frutto di un'aggiunzione da parte della Corte costituzionale. Altri esempi ancora, riguardanti sia l'una che l'altra Corte, potrebbero essere richiamati nel senso sopra indicato: ad es., la vicenda ATA, cui si è dietro fatto cenno, ha visto la decisione adottata dalla Corte costituzionale con [sent. n. 311 del 2009](#) contraddetta sia dalla [sentenza Agrati](#) della Corte EDU che dalla (pur non in tutto coincidente) [sentenza Scattolon](#) della Corte di giustizia, le quali poi vanno – come si è veduto – messe a raffronto con la [sent. n. 257 del 2011](#).

proprio pensiero, così come in precedenza rappresentato, ora ancora facendo luogo ad una incisiva selezione dei precedenti, ed ora in altri modi ancora⁴⁹.

Insomma, *nihil novi sub soli*. La novità, nondimeno, sta qui nella coraggiosa (o temeraria?) presa di distanza dalla Corte europea, nei riguardi della quale, sia in precedenza e sia pure in seguito (nella già ricordata sent. [n. 245 del 2011](#), adottata a ridosso della pronunzia, di cui si viene ora dicendo), la Consulta ha mostrato, come si diceva, attenzione e non formale ossequio.

Non è poi inopportuno rilevare che la “tecnica” messa ora in atto dal giudice costituzionale non può che valere, allo stesso modo e nella identica misura, anche per i giudici comuni, al di là ovviamente della circostanza per cui diversa è la portata degli effetti dell’attività posta in essere dall’uno e dagli altri giudici⁵⁰. Per l’aspetto adesso considerato, infatti, non si vede perché mai ciò che è consentito alla Corte non dovrebbe esser consentito ad altri giudici, tanto più che – non si dimentichi – sono proprio questi ultimi ad avere le chiavi, secondo la felice immagine di un’autorevole, non dimenticata dottrina⁵¹, che aprono le porte della Consulta.

Il punto è di cruciale rilievo; e mostra che dall’ultima giurisprudenza costituzionale viene un’ulteriore, significativa sottolineatura del ruolo che i giudici comuni sono chiamati ad esercitare al fine di una equilibrata definizione e ridefinizione, in ragione dei casi, delle relazioni interordinamentali.

Per l’aspetto cui ora specificamente si guarda (e qualora i giudici comuni dovessero raccogliere il messaggio loro inviato dal giudice costituzionale), sarebbero dunque destinati a ridursi i casi di rimessione alla Corte delle questioni di “convenzionalità”, per effetto di un uso vieppiù raffinato delle tecniche interpretative.

L’interpretazione conforme a CEDU da parte dei giudici è – come si sa – dalla Corte sollecitata a diffuso, pressoché generalizzato utilizzo; e, naturalmente, ancora una volta, questo vale per... *la Corte stessa*; solo che lo strumento viene ad assumere nelle mani di quest’ultima una inusuale, particolarmente densa, coloritura. Il giudizio di “conformità”, per un verso, implica il riconoscimento della stabilità e chiarezza dell’indirizzo interpretativo invalso a Strasburgo; per un altro verso, proprio in presenza di indirizzi che constano di ripetute prese di posizione del giudice europeo, si rende possibile (e, alle volte, pure necessario) attingere alle indicazioni maggiormente rispondenti alle esigenze del caso e, dunque, come si faceva sopra notare, si spiana la via alla selezione dei materiali giurisprudenziali utili ad una soluzione del caso stesso che sia, a un tempo, appagante per i diritti e conciliante tra Carte (e Corti), vale a dire incoraggiante l’ulteriore, proficuo svolgimento del “dialogo” intergiurisprudenziale; infine, per un altro verso ancora, dietro il paravento della “conformità” si consumano i pur parziali scostamenti dalla giurisprudenza europea, che ne facciano nondimeno salva la “sostanza” degli indirizzi.

Si fermi, solo per un momento, l’attenzione sul punto.

L’affermazione da ultimo fatta parrebbe risolversi in un ossimoro; così però, a ben vedere, non è. La Corte infatti rende oggi, opportunamente, più flessibile l’approccio con la giurisprudenza europea e parimenti duttili pertanto gli svolgimenti dei suoi rapporti con la Corte di Strasburgo.

⁴⁹ Sul particolare rilievo acquistato dalla tecnica dell’autocitazione e sulle sue molteplici forme espressive rimando nuovamente allo studio di A. SAITTA, sopra cit. Il decorso del tempo può poi giocare tanto nel senso di rendere disagevole per la Corte sottrarsi al condizionamento esercitato da precedenti convergenti e stringenti, quanto però nel verso opposto di allargare l’arena in cui possono farsi forti selezioni dei casi.

⁵⁰ Se, tuttavia, si guarda alla “normatività” dell’attività in parola, non sembra che essa si rinvenga unicamente nelle decisioni del giudice costituzionale (e, segnatamente, in alcune di esse, usualmente etichettate appunto come “normative”) o, ad ogni buon conto, in esse in più intensa misura rispetto a quella rinvenibile nei verdetti dei giudici comuni. Per l’aspetto della loro sostanza, insomma, appare forzato distinguere in modo netto le pronunzie, mettendo da una parte quelle dell’un giudice e dall’altra quelle degli altri. Piuttosto, si tratta di andare a vedere caso per caso se l’intervento, comunque “creativo”, del singolo operatore di giustizia – comune o costituzionale che sia – si mantenga al di qua ovvero si spinga oltre la soglia, pur se approssimativamente segnata, che separa ciò che è frutto d’“interpretazione” (pure in larga accezione) da ciò che è produzione pura e semplice di nuovo diritto.

⁵¹ Il riferimento è, ovviamente, alla nota espressione coniata da P. Calamandrei del giudice comune quale “portiere” della Consulta.

L'interpretazione è *sempre* “conforme”, non però all’*intera* giurisprudenza europea bensì unicamente alla sua “sostanza”.

Non è facile trasporre questa indicazione di metodo dal *diritto vivente* al *diritto vigente*, dal piano dei rapporti tra le Corti a quello dei rapporti tra le Carte. Si ha qui nuovamente conferma del fatto che ragionare delle *fonti* e dei loro rapporti giova poco alla pratica giuridica ed appare – se posso esprimermi con franchezza – rozzo per l’aspetto teorico-ricostruttivo. Ciò che infatti conta sono le *norme*, non le *fonti*; e le norme si colgono ed apprezzano – come si sa – al piano della *teoria dell’interpretazione*, piuttosto che a quello della *teoria delle fonti*.

La conclusione è che la ricognizione semantica degli enunciati della CEDU ammette margini di un certo rilievo a beneficio degli operatori di diritto interno, per quanto – si direbbe alla Consulta – non “sostanziali”; come si è tentato di mostrare proprio col riferimento al caso definito dalla [sent. n. 236](#), così in realtà non è.

4. *L’eloquente silenzio della più recente giurisprudenza in merito alla soluzione delle antinomie tra CEDU e Costituzione, una sua lettura in bonam partem, i possibili riflessi di ordine processuale*

Allo stesso tempo in cui comincia, sia pur cautamente, a distinguersi dalle indicazioni della giurisprudenza europea, la Corte costituzionale, per un verso, tiene ferma – come si diceva – la linea di continuità in ordine al modo con cui si compongono le antinomie tra norme convenzionali e norme interne⁵², mentre per un altro verso (e quasi per compenso) evita accuratamente di riproporre talune affermazioni che, portate ai loro ultimi e conseguenti svolgimenti, potrebbero dar luogo a gravi (forse, invero, irrisolvibili) problemi ed a parimenti gravi tensioni di ordine istituzionale.

Mi riferisco ora specificamente al fatto che, dopo le sentenze “gemelle”-*bis* del 2009 (e, segnatamente, la [n. 311](#)), non è più ripetuta neppure per una volta l’affermazione per cui, nella pur remota ipotesi⁵³ che dovesse essere rilevato l’insanabile contrasto tra CEDU e Costituzione, la Corte si troverebbe obbligata a sanzionare la prima nelle forme usuali, vale a dire con la caducazione della legge di esecuzione “*nella parte in cui...*”.

Come si vede, la discontinuità nell’indirizzo giurisprudenziale può rendersi palese anche attraverso il “non detto”. Né varrebbe opporre essere quella ora prospettata una lettura forzata, così come invero non di rado si ha ogni qual volta si fa leva non già su affermazioni puntuali, in positivo, bensì su silenzi o su dichiarazioni comunque reticenti. Non può, infatti, considerarsi una mera coincidenza la circostanza per cui in nessuna delle pronunzie successive alle “gemelle”-*bis* si riproponga, come si diceva, lo schema collaudato della possibile esposizione alla sanzione dell’annullamento delle leggi che danno esecuzione ad obblighi internazionali, a motivo del mancato ossequio da esse prestato alle norme costituzionali in genere.

Se la ipotesi ricostruttiva ora prospettata, sia pure – per doverosa cautela – in termini dubitativi, dovesse risultare attendibile, della qual cosa ovviamente si attende conferma alla prima occasione utile, se ne ha che la Corte potrebbe optare, in vece dell’annullamento suddetto, per la soluzione alternativa di dichiarare la mera inidoneità della norma convenzionale contraria a Costituzione a fungere da fonte interposta, ovvero ad integrare il parametro di cui al I c. dell’art. 117 cost. La norma stessa, insomma, secondo una proposta da me in più scritti affacciata⁵⁴, diverrebbe “*irrilevante*” per la soluzione del caso: né più né meno di come, ad es., lo è, per la stessa giurisprudenza, una norma interna contraria a diritto eurounitario.

⁵² ... prevenendosene l’insorgenza, grazie alla tecnica dell’interpretazione conforme, e, laddove ciò si dimostri impossibile, portandosi le antinomie stesse alla cognizione del giudice costituzionale.

⁵³ Tale dalla stessa Corte considerata (ad es., in [sentt. nn. 93 del 2010](#) e [236 del 2011](#)).

⁵⁴ ... specie in *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, cit., 171 ss., e *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed “europeizzazione”) della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](#), § 3.

I benefici effetti della soluzione in parola si fanno apprezzare sotto più aspetti ed a più piani di esperienza.

Per un verso, si eviterebbe l'esito inquietante di dover assistere alla caducazione, con la norma acclarata come incostituzionale, della *disposizione* che la racchiude ed esprime. È infatti un dato di comune acquisizione quello per cui, ogni volta che la Corte fa luogo alla dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma di legge, cade la norma e cade anche il testo. Non dovrebbe, a mia opinione, esser così, confondendosi in tal modo inammissibilmente l'effetto di annullamento con l'effetto di abrogazione (segnatamente, di abrogazione nominata) e, per ciò stesso, i ruoli rispettivamente giocati dai giudici (sia pure da giudici peculiari, quali sono quelli costituzionali) e dal legislatore. Sta di fatto che le cose stanno ormai così come si sono ora succintamente rappresentate; ed allora l'idea che possa (e, anzi, debba) esser messo da canto un enunciato convenzionale non solo nel significato incostituzionale ma in ogni suo, astrattamente immaginabile e concretamente desunto, significato appare francamente ripugnante.

Per un altro verso (e in conseguenza dell'esito appena descritto), lo scontro con la Corte europea sarebbe di una inusitata durezza, con risvolti imprevedibili per l'ulteriore svolgimento delle relazioni tra le Corti stesse, laddove a seguire la tesi qui nuovamente prospettata esso potrebbe essere almeno in parte attutito, nella consapevolezza che il disposto convenzionale, recessivo in una sua norma e per un caso, potrebbe tornare in un altro caso a farsi interamente valere.

Tutto ciò posto, va nondimeno avvertito che l'ipotesi della dichiarazione d'incostituzionalità di norma convenzionale, già dalla stessa Corte – come si è rammentato – giudicata come remota, riconsiderata oggi alla luce dell'ultima giurisprudenza, appare ancora più eccezionale, praticamente insussistente, vuoi a motivo della connotazione a maglie larghe (o larghissime) della struttura degli enunciati della CEDU (analogamente, del resto, al modo con cui sono fatti molti degli enunciati costituzionali) e vuoi (e soprattutto) a motivo del fatto che, con specifico riguardo al modo con cui la Convenzione si esprime per bocca della sua Corte, dopo la [sent. n. 236 del 2011](#) non si esclude più – come si è veduto – che ci si possa alla bisogna discostare dagli indirizzi interpretativi invalsi a Strasburgo. E quale occasione potrebbe perciò apparire migliore di quella di evitare di dover dichiarare l'incompatibilità rispetto alla Costituzione di una norma convenzionale così come affermata nelle sue pratiche applicative invalse a livello europeo?

Altra cosa è poi stabilire se l'accertamento della "irrelevanza" della norma convenzionale al fine della definizione del caso compete in via esclusiva al giudice delle leggi, al quale dunque il giudice comune sarebbe in una congiuntura siffatta tenuto a rivolgersi, ovvero se possa essere – perlomeno in taluni casi – effettuato direttamente da quest'ultimo giudice. Mi pare che la risposta al quesito dipenda dal modo con cui in generale sia impostata la questione concernente l'applicazione diretta della CEDU nelle sedi in cui si somministra la giustizia comune, in merito alla quale tornerò ad intrattenermi, sia pure in modo assai sbrigativo, di qui a breve. Per ciò che posso ora dire, è chiaro che, ammettendosi l'eventualità dell'applicazione diretta, in essa rientra pure il previo accertamento in parola. L'applicazione diretta, insomma, implica il suo contrario, la disapplicazione (o, se si preferisce dire, la "non applicazione"). Di contro, escludendosi in partenza l'una non può che escludersi, per lineare conseguenza, l'altra. Quali infine siano gli equilibri di ordine istituzionale (segnatamente, al piano dei rapporti tra giudici comuni e Corte costituzionale ma con riflessi anche al piano dei rapporti con la Corte europea per un verso, col legislatore per un altro) è cosa evidente, la cui illustrazione non giova all'economia di questo studio ed al corto orizzonte teorico che esso si è posto⁵⁵.

È appena il caso poi qui di rilevare, sia pure di sfuggita e rimandando per maggiori svolgimenti argomentativi sul punto ad altre sedi, che la soluzione ora patrocinata sul terreno dei rapporti tra Costituzione e CEDU può pari pari trasporsi altresì al piano dei rapporti col diritto eurounitario. E ciò, oltre che per le ragioni sopra enunciate, altresì per il fatto che, dopo Lisbona, il principio del primato del diritto dell'Unione sul diritto interno (anche costituzionale!) non è più affermato in

⁵⁵ Su ciò, nondimeno, qualche ulteriore spunto nella chiusa di questa riflessione.

termini perentori, senza eccezione alcuna⁵⁶. Di contro, è lo stesso trattato vigente (art. 4) che fa obbligo all'Unione di prestare ossequio ai principi di struttura che danno l'identità costituzionale degli Stati membri. In presenza di una norma eurounitaria che porti disprezzo ai "controlimiti", non è dunque luogo per dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge di esecuzione del nuovo trattato "nella parte in cui...", dal momento che è proprio il trattato stesso a volersi mettere in asse (e, con esso, a mettere in asse l'intero diritto sovranazionale) rispetto ai principi fondamentali di diritto interno. Il trattato, insomma, non vuole il primato del diritto dell'Unione a tutti i costi e non merita perciò di essere sanzionato; merita, di contro, di essere applicato, per il modo con cui il principio enunciato nell'art. 4 fa "sistema" coi principi restanti⁵⁷.

5. L'ostinata, generalizzata preclusione fatta ai giudici comuni in ordine all'applicazione diretta della CEDU, i casi in cui essa è non solo possibile ma doverosa, i gravi inconvenienti cui può dar luogo nella pratica giudiziale l'accoglimento del punto di vista della Corte

Per amore di verità, va riconosciuto, anche da parte di chi – come me – non conviene su molte delle conclusioni raggiunte dalla Corte costituzionale, che su poche cose la Corte stessa appare ferma come a riguardo della preclusione fatta ai giudici comuni di fare applicazione diretta della CEDU al posto della necessaria proposizione di questione di legittimità costituzionale⁵⁸.

Ora, senza sovraccaricare di indebite attese alcune affermazioni fatte qua e là, così come alcune "non affermazioni", mi pare tuttavia di poter intravedere nei tratti già evidenziati dell'ultima giurisprudenza i segni (se non di un vero e proprio ribaltamento) di una possibile e sia pur parziale (e, nondimeno, significativa) correzione della giurisprudenza stessa, del suo complessivo aggiustamento insomma.

D'altronde, come si è tentato fin qui di mostrare, la giurisprudenza in parola appare ad oggi attraversata da un moto interno incessante, alla ricerca di un suo *ubi consistam* che sembra ancora ben lontano dal suo conseguimento e riscontro.

La flessibilizzazione dei rapporti tra le Corti e di queste coi giudici comuni, con la conseguente, accresciuta valorizzazione e responsabilizzazione del ruolo di questi ultimi, spinge, per la sua parte, nella direzione ora indicata.

⁵⁶ Sul punto, le precisazioni che sono in T. GROPPI, I diritti fondamentali in Europa e la giurisprudenza "multilivello", in www.astrid-online.it, 12/2011.

⁵⁷ Sul punto, le precisazioni che sono in T. GROPPI, I diritti fondamentali in Europa e la giurisprudenza "multilivello", in www.astrid-online.it, 12/2011.

Nell'ipotesi ora presa in considerazione, è da ritenere che il giudice nazionale possa far luogo alla "non applicazione" della norma dell'Unione a seguito di rinvio alla Corte di giustizia: un rinvio d'interpretazione, ove coltivi la speranza di poter riconciliare per via interpretativa i materiali normativi in campo, conferendo dunque all'atto eurounitario un significato comunque compatibile (se non proprio conforme) rispetto ai principi fondamentali di diritto interno, ovvero un rinvio di validità, per il caso che giudichi impraticabile la soluzione da ultimo indicata e perciò solleciti una dichiarazione del giudice sovranazionale che accerti il contrasto della norma eurounitaria rispetto all'art. 4 del trattato. Allo stesso tempo, la Corte dell'Unione, in vista di poter offrire una risposta congrua e pienamente consapevole alla domanda postagli, non può fare a meno di attingere alla giurisprudenza nazionale (sia comune che costituzionale), se non altro al fine di poter stabilire se la norma di diritto interno sospetta di entrare in rotta di collisione con la norma eurounitaria si ponga, o no, quale principio fondamentale di diritto interno. Nessun giudice, insomma, può determinarsi in sovrana solitudine, senza "dialogare" con l'altro e, per questo tramite, pervenire alla soluzione richiesta dal caso. Anche per quest'aspetto, come si vede, si ha conferma del flusso di incessante trasmissione di dati dall'una all'altra sede giudiziaria, chiamate ad alimentarsi a vicenda in un circolo in seno al quale non v'è né prius né posterius ma solo frammenti di materiali bisognosi di integrarsi e di sorreggersi l'un l'altro.

⁵⁸ Riferimenti sul punto, ora, in A. CADONE, *Diritti fondamentali*, cit., 396 ss. Si è altresì ipotizzato (M. BIGNAMI, *Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale*, cit., § 7) che, venendo meno all'obbligo loro fatto di adire la Corte costituzionale, i giudici si esponano "in teoria" al ricorso da parte della Corte stessa per conflitto di attribuzione; ma l'ipotesi sembra francamente alquanto astratta, tant'è che a tutt'oggi i casi di "ribellione" non sono stati sanzionati nel modo suddetto.

Non mi prefiguro l'esito, caldeggiato da una sensibile dottrina e dalle punte più avanzate della giurisprudenza comune, di un generalizzato, indistinto accoglimento della tesi favorevole all'applicazione diretta⁵⁹. Si danno tuttavia dei casi in relazione ai quali l'applicazione stessa mi parrebbe obbligata, pianamente discendente da premesse metodico-teoriche indiscutibili, sulle quali la stessa giurisprudenza (invero, con assai dubbia coerenza con se stessa) conviene⁶⁰.

Il primo di essi è dato dalla sostanziale coincidenza tra norma convenzionale e norma eurounitaria, segnatamente della Carta di Nizza-Strasburgo, giudicata *self-executing*⁶¹. Non si trascuri al riguardo la circostanza che l'ipotesi è espressamente presa in considerazione dalle spiegazioni allegate alla Carta stessa e, soprattutto, che è sempre tale Carta a voler essere intesa, sia pure a discapito dei canoni usuali d'interpretazione⁶², conformemente alla CEDU. La "comunitarizzazione" della Convenzione – com'è usualmente chiamata – dovrebbe dunque avere sempre più diffuse applicazioni e, con essa, la tecnica dell'immediato utilizzo della Convenzione stessa nelle esperienze della giustizia comune⁶³.

Né varrebbe opporre – come invece usualmente si fa – che l'ambito dell'applicazione della Carta dell'Unione appare esser delimitato in ragione delle competenze spettanti all'Unione stessa⁶⁴, ove si consideri il processo di crescente e vistosa espansione delle competenze medesime per effetto, oltre

⁵⁹ V., nuovamente e sopra tutti, R. CONTI, nella sua monografia sopra cit. (e in molti altri scritti ancora).

⁶⁰ In argomento, v., volendo, il mio Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un "modello" internamente composito), in www.forumcostituzionale.it. Più in genere, sull'autoapplicabilità delle norme, v., di recente, C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano 2008, e, ora, A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Napoli 2011; A. VANNUCCI, *Disapplicazione e diritto dell'Unione europea*, e D. PORENA, *La disapplicazione normativa: nuovo criterio di risoluzione delle antinomie o "figura limite" nella teoria delle fonti?*, entrambi in www.federalismi.it, rispettivamente, 13/2011 e 15/2011.

⁶¹ Ma v., sul punto, le precisazioni di V. SCIARABBA, *La tutela europea dei diritti fondamentali e il giudice italiano*, in www.forumcostituzionale.it. È poi da tener presente il caso che la Carta stessa si dimostri in grado di offrire una più "intensa" tutela (art. 53 della Carta e 6 TUE). Una evenienza alquanto problematica da giustificare per l'aspetto teorico, dal momento che, per un verso, la Carta dell'Unione richiede di essere intesa alla luce della CEDU e, per un altro verso, si ammette tuttavia che possa offrire maggiore protezione ai diritti. La qual cosa, a rigore, farebbe pensare ad una doppia e distinta interpretazione della Carta stessa: una prima volta, chiusa in se stessa; una seconda, invece, aperta ed orientata verso la Convenzione. Dopo di che si dovrebbe fare un raffronto tra gli esiti delle interpretazioni in parola, adottando i comportamenti conseguenti all'applicazione del canone della tutela più "intensa". Ci si avvede, però, subito del carattere artificioso di una soluzione siffatta, laddove l'opzione metodicamente corretta è quella, su cui qui con convinzione s'insiste, della mutua, circolare alimentazione di tutti i materiali normativi (compresi quelli di origine interna) in campo.

Sta di fatto che, laddove – a seguire la lettera delle istruzioni della Carta dell'Unione – i giudici (e gli operatori in genere) dovessero ritenere essere più avanzata la protezione offerta dalla Carta stessa, si troverebbero ad essere sollecitati a rimettere rispetto ad essa in asse, per via d'interpretazione, la Convenzione; il che, poi, in buona sostanza, equivarrebbe ad un *nilhil obstat* a non appiattirsi sulle posizioni assunte dal giudice di Strasburgo (così, quasi testualmente, ora G. BRONZINI, *La giurisprudenza multilivello dopo Lisbona: alcuni casi "difficili"*, relaz. ad un incontro di studio su *Le fonti normative e giurisprudenziali del diritto dell'Unione Europea*, organizzato dal C.S.M., Roma 19 settembre 2011, 5 del *paper*, con richiamo ad un precedente scritto dello stesso A. apparso in *Riv. crit. dir. lav.*, 4/2009). In una congiuntura siffatta, torna, come si vede, in campo quel criterio selettivo delle norme di natura assiologico-sostanziale al quale qui pure si ritiene di dover assegnare un cruciale rilievo al fine della ricostruzione dei rapporti interordinamentali, specie nel loro farsi "diritto vivente"; allo stesso tempo, come si è venuti dicendo, se ne ha una spinta vigorosa a far luogo a continue reinterpretazioni degli enunciati di questa o quella Carta attingendo alle soluzioni più adeguate alle pretese dei diritti, quali affermatesi in relazione ad altre Carte.

⁶² Si potrebbe a lungo discutere circa la natura di un'attività che si presenti come "interpretativa" pur ammettendo di poter (e dover) divergere, negli esiti cui può portare (e talora effettivamente porta), dai canoni usuali dell'interpretazione, a partire da quello letterale. Il punto richiede un supplemento di riflessione qui tuttavia impossibile a farsi.

⁶³ Di una "comunitarizzazione" della CEDU "attraverso il cavallo di Troia" della Carta di Nizza-Strasburgo discorre ora A. GUAZZAROTTI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona*, cit. La differenza di fondo sta però nel fatto che a causa del cavallo in parola Troia è stata data alle fiamme, mentre a mia opinione col "cavallo" delle Carte internazionali in genere, ove se ne faccia un uso accorto, la Costituzione ne può venire ancora più valorizzata e salvaguardata nella sua struttura "plurale" e, perciò, sollecitata ad incisive ed estese applicazioni a beneficio dei diritti.

⁶⁴ Ma v., sul punto, gli opportuni rilievi che sono nello scritto dietro cit. di M. BIGNAMI, specie laddove fa notare (§ 6) che "un sistema articolato di diritti fondamentali possa funzionare a compartimenti stagni, aprendosi e chiudendosi a seconda dell'oggetto della controversia, è fenomeno che forse risponde a logica astratta, ma che certamente ripugna ad un approccio che ponga al centro dell'ordinamento le libertà della persona". Cfr., inoltre, utilmente, i punti di vista al riguardo adottati da A. ROSAS - H. KAILA, *L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne par la Cour de justice: un premier bilan*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2011, 1 ss., e A. CARDONE, *Diritti fondamentali*, cit., 354 ss.

che delle innovazioni man mano apportate ai trattati (e con le procedure da questi stabilite), di una giurisprudenza (comunitaria prima e ora) eurounitaria che ha non di rado fatto oggetto d'interpretazione estensiva le previsioni dei trattati stessi⁶⁵. Le quali previsioni, poi, per loro strutturale conformazione e vocazione, si presentano assai duttili ed attraversate da un moto interno incessante, del quale rendono continue testimonianze le pratiche interpretative invalse a Lussemburgo (e, in parte, anche in ambito interno), che è il moto stesso degli interessi, con la loro camaleontica natura, nel cui nome sono state – come si sa – di frequente attratte (in sussidiarietà ovvero per via d'interpretazione) a beneficio dell'Unione porzioni consistenti dei campi materiali tradizionalmente soggetti all'esclusivo dominio degli Stati.

La circostanza poi secondo cui potrebbe esser denunciata davanti al giudice la violazione della sola norma convenzionale (e non pure di quella eurounitaria) nulla toglie alla validità della soluzione ora prospettata. La conoscenza del diritto dell'Unione fa parte del bagaglio culturale di cui il giudice è tenuto a dotarsi⁶⁶ e degli impegni cui è istituzionalmente chiamato (il carattere largo del principio *iura novit curia*, esteso ormai anche al diritto di origine esterna, non si discute); pochi dubbi possono perciò sussistere a riguardo del fatto che, ponendosi una questione che sia, a un tempo, di “convenzionalità” e di “comunitarietà”⁶⁷, il giudice dovrebbe dar la precedenza alla tecnica della “non applicazione” piuttosto che a quella della denuncia della illegittimità costituzionale della norma interna contraria ad entrambe le Carte europee.

Non m'intrattengo poi su altre evenienze pure prospettabili, quale quella di norma convenzionale idonea a prendere subito il posto di contraria norma legislativa anteriore, che ne risulti perciò tacitamente abrogata⁶⁸. Reputo piuttosto opportuno far riferimento ad altre due ipotesi, sulle quali vorrei sollecitare un supplemento di approfondimento teorico.

La prima si ha per il caso che tra norma interna e norma convenzionale non si dia un vero e proprio contrasto, quanto piuttosto una “graduata” tutela ai diritti, idonea in tesi a risolversi a beneficio della norma di origine esterna⁶⁹. Nel qual caso, non dandosi un'antinomia in senso proprio non sarebbe comunque possibile il ricorso alla Consulta, così come quest'ultimo ugualmente non potrebbe aversi laddove entrambe le norme suddette si considerino (se non proprio conformi) compatibili rispetto alla Costituzione. In altri termini, nella evenienza sopra descritta dovrebbe farsi questione non già della soluzione da dare a un conflitto, in realtà insussistente, bensì della mera individuazione della norma giusta per il caso e che richiede appunto di essere a quest'ultimo applicata.

La seconda ipotesi riguarda poi l'eventualità che faccia difetto una previsione normativa di diritto interno e che pertanto si possa far subito applicazione di previsione convenzionale idonea a colmare il vuoto legislativo⁷⁰.

⁶⁵ D'altronde, di che ci si lamenta, posto che la stessa giurisprudenza interna (anche costituzionale...) ha non poche volte fatto richiamo alla Carta di Nizza – diciamo così – con fin troppa larghezza, con riferimento cioè a questioni assai problematicamente riportabili alla sfera di competenze dell'Unione? (Di un uso fatto talora “in maniera forse poco controllata” della Carta discorre anche A. GUAZZARTOTTI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona*, cit., 5 s.)

⁶⁶ Colgo l'occasione oggi offertami per segnalare l'opportuna iniziativa da anni ormai assunta dal C.S.M. col dar vita ad intensi e – per quanto posso dirne per esperienza diretta – fruttuosi corsi di aggiornamento ed a ripetuti incontri di studio in genere volti a sensibilizzare i giudici nei riguardi del diritto di matrice internazionale ed europea. Sta proprio qui – com'è chiaro – la radice prima e più salda da cui può alimentarsi e tenersi una pratica giudiziaria che offra uno spazio crescente ai richiami al diritto suddetto. E non è inopportuno rammentare che il possesso di una solida cultura giuridica (oggi anche, e soprattutto, riferita al diritto di origine esterna) è condizione vitale per un adeguato esercizio della funzione giurisdizionale (e, perciò, per il conseguimento di una giustizia giusta) e, ancora prima e di più, è la base su cui poggia la salvaguardia e rivendica da parte del giudice dell'autonomia ed indipendenza che gli sono costituzionalmente riconosciute.

⁶⁷ ... per riprendere, per l'ultima volta, un termine in uso, che tuttavia – come s'è veduto – non dovrebbe ormai più essere adoperato.

⁶⁸ L'ipotesi è presa in considerazione anche da E. LAMARQUE, Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Milano 2010, 122 ss., ma può di già vedersi, volendo, nel mio Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali, in www.osservatoriosullefonti.it, 3/2009, § 5.

⁶⁹ L'ipotesi è ragionata nel mio Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, cit., § 3.2.

⁷⁰ Su ciò, di recente, A. RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali*, cit., 320 s.

Trovo al riguardo singolare che a ciò si opponga una dottrina che pure con vigore patrocinava l'applicazione diretta della Costituzione: quasi che possa darsi, sullo specifico terreno su cui maturano le esperienze cui si fa ora riferimento, una differenza di sostanza o di regime tra la Carta costituzionale e le Carte internazionali (e, tra queste, la CEDU).

La cosa appare poi ancora più singolare se si considera che la stessa Costituzione richiede di essere interpretata e senza sosta aggiornata alla luce delle suggestioni provenienti dalle Carte (e dalle Corti) europee. Secondo una felice intuizione manifestata già da [Corte cost. n. 388 del 1999](#), pur se non adeguatamente esplicitata e portata ad effetto nella posteriore giurisprudenza, Costituzione e Carte internazionali dei diritti “si integrano, completandosi reciprocamente nell’interpretazione”. Una parità di condizioni tra Carte, quella sottesa al punto di diritto ora richiamato, che fa a mia opinione a pugno con la qualifica data della CEDU quale fonte “subcostituzionale”⁷¹, mentre s’inscrive armonicamente in quel quadro sistematico aventi basi assiologico-sostanziali che – come si è veduto – ha la sua emblematica espressione nel criterio della ricerca della tutela più “intensa” dei diritti, fissato nella già cit. [sent. n. 317 del 2009](#).

Al di là di come si vedano le cose al piano teorico-ricostruttivo, quel che solo conta nella pratica è che si faccia talora applicazione diretta di norma costituzionale. Il fatto poi che essa sia debitrice di indicazioni venute dalle Corti europee (e, segnatamente, dalla Corte di Strasburgo), come peraltro sempre più di frequente è dato riscontrare, ha rilievo al piano – diciamo così – culturale, dell’analisi teorica appunto; il risultato pratico nondimeno non cambia, e con esso l’effetto di un uso magis ut valeat tanto del diritto di origine esterna quanto del diritto interno (anche costituzionale), nel loro mutuo implicarsi e nello stesso immedesimarsi nei fatti interpretativi.

V’è poi un dato cui è da assegnare uno speciale rilievo, per quanto fin qui non tenuto nel debito conto anche dalla più avvertita e sensibile dottrina; ed è che, non acconsentire all’applicazione diretta della CEDU, pur se limitatamente ad alcuni casi, rischia di tradursi in gravi degenerazioni della pratica giudiziale, in ispecie in talune esasperate soluzioni interpretative che mascherano sotto le candide vesti dell’interpretazione conforme quelle che in realtà sono corpose manipolazioni della sostanza normativa degli atti di diritto interno⁷².

Si faccia caso come a quest’esito non si sottragga la stessa Costituzione.

Consapevole del fatto che una certa disposizione convenzionale, nel suo farsi “diritto vivente” per bocca della Corte EDU, possa apparire sospetta di violare la Carta costituzionale e timoroso che, denunciando la violazione stessa al giudice delle leggi, questi possa rilevarla, il giudice comune potrebbe essere non di rado indotto a riconciliare a forza i materiali normativi in campo nel senso sopra indicato. Non è detto, insomma, che l’adattamento interpretativo si abbia riportando l’enunciato di origine esterna “subcostituzionale” al parametro costituzionale; alle volte può aversi anche l’inverso. È un dato, peraltro, di comune esperienza quello per cui l’interpretazione della legge conforme a Costituzione prende talora forma in modo distorto, adeguandosi la Costituzione alla legge, non la legge alla Costituzione⁷³. La gerarchia delle fonti, che vede la seconda sovraordinata alla prima,

⁷¹ Una qualifica che, per la giurisprudenza, vale per il diritto internazionale pattizio in genere, trascurandosi tuttavia il dato di tutta evidenza per cui, in ragione dei contenuti posseduti, i patti internazionali (e gli atti e i fatti di normazione in genere) possono farsi ovvero non farsi riportare ai valori costituzionali, della cui “copertura” pertanto possono ovvero non possono godere.

⁷² La qual cosa, per vero, talora si ha anche indipendentemente dall’interferenza con norme di origine esterna, le manipolazioni in parola avendosi in forme plurime e per le cause parimenti le più varie. Una tentazione, questa al sostanziale rifacimento delle norme, cui – come si sa – spesso non si sottrae lo stesso giudice delle leggi, laddove si abbandoni ad un uso fin troppo spinto della tecnica dell’interpretazione conforme (su ciò, per tutti, G. SORRENTI, che ne ha trattato a più riprese, a partire dal suo noto studio monografico su *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006 (v., inoltre, le ulteriori precisazioni che sono ne *La Costituzione “sottintesa”*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Milano 2010, 3 ss.). Da ultimo, G. LANEVE, *L’interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all’interno di un sindacato (che resta) accentrato*, e R. RORDORF, *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, entrambi in www.federalismi.it, rispettivamente, 17/2011 e 18/2011.

⁷³ Riferimenti, ancora negli scritti citt. in nt. prec.; v., inoltre, utilmente, E. LAMARQUE, *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in www.astrid-online.it.

si rovescia su se stessa e cede in tali casi il campo ad una gerarchia culturale che vede la prima prevalere sulla seconda. In realtà, la ricostruzione delle movenze in seno al circolo interpretativo dovrebbe rifuggire da soluzioni comunque trancianti, in un senso o nell'altro, dal momento che mentre la teoria delle fonti, nelle sue più diffuse rappresentazioni, fa uso, a finalità sistematica, di schemi di tipo verticale, ispirati a gerarchia secondo forma, la teoria dell'interpretazione è – come si sa –, per sua indeclinabile vocazione, circolare, risentendone dunque il verso e l'esito del processo ermeneutico, il modo di essere complessivo di essere e di rinnovarsi della “conformità” insomma.

6. Una succinta notazione finale, con riguardo agli equilibri di ordine istituzionale (in ispecie, tra legislatore e giudici) sottesi alla soluzione delle questioni trattate ed alle conseguenze che possono aversene al piano della teoria della Costituzione e nelle pratiche giuridiche poste in essere al servizio dei bisogni elementari dell'uomo, dei suoi diritti, della sua dignità

Dovrebbe, a questo punto, allargarsi il raggio della riflessione a profili che, di necessità, sono qui obbligati a restare nell'ombra, ai quali dunque mi limito solo a fare un cenno rimandando, ancora una volta, ad altri luoghi per la loro adeguata considerazione.

Basti solo pensare a quello che, nel discorso che sono venuto facendo, è il grande “assente”, il legislatore, la cui sfera di competenza e il dominio a questi sulla stessa riservato soggiacciono a forti condizionamenti di vario segno a seconda di come si ambientino e risolvano le questioni che si sono via via trattate.

Si ponga mente solo allo stress cui il potere sovrano per antonomasia è quotidianamente soggetto per effetto di quelle manipolazioni della sostanza normativa racchiusa nei testi di legge, cui si è ancora da ultimo fatto cenno. Chi si interroghi sui riflessi di ordine istituzionale di questa o quella delle soluzioni sopra prospettate non può, di tutta evidenza, fare a meno di guardare anche alla faccia nascosta della luna, se non altro al fine di non ingenerare o alimentare l'erroneo convincimento che i rapporti interordinamentali siano prevalentemente, se non pure esclusivamente, rimessi in ordine alla loro compiuta definizione ed all'opportuno aggiornamento, in ragione dell'evolversi dei contesti, al solo “dialogo” intergiurisprudenziale. Certo, le Corti hanno fatto (e seguitano senza sosta a fare) molto; e credo che nessuno possa, con onestà d'intelletto, negarlo. Vi sono però delle scelte di campo, che segnano il travagliato cammino dell'integrazione sovranazionale, che non possono che essere rimesse alla politica ed ai suoi protagonisti.

Si dà una naturale, necessaria e non altrimenti fungibile, tipizzazione dei ruoli tra legislatore e giudici (più in genere, tra attori politico-istituzionali ed operatori, anche ma non solo aventi funzioni giurisdizionali), che nondimeno non esclude – a certe condizioni ed entro certi limiti – l'intervento “sussidiario”, nell'esercizio di una “supplenza” il più delle volte non gradita, comunque sofferta ed obbligata, dei secondi al primo, di cui rendono emblematica testimonianza i casi di applicazione diretta della Costituzione⁷⁴. Sta, ad ogni buon conto, in siffatta tipizzazione dei ruoli il nucleo di verità racchiuso nel principio della separazione dei poteri, nelle sue plurime espressioni nel corso della storia dell'uomo (specificamente nei paesi occidentali)⁷⁵; ed è – come si sa – un nucleo non riducibile, irrinunciabile, se si ha a cuore di preservare e trasmettere integra anche alle generazioni che verranno l'idea di Costituzione, per come l'abbiamo ereditata dai rivoluzionari di fine settecento e, pur con non secondari aggiustamenti, realizzata specie dopo la tragedia della seconda grande guerra⁷⁶.

⁷⁴ Sul carattere problematico del rapporto tra giudici e legislatore in ordine alla salvaguardia dei diritti fondamentali, v., di recente, V. BALDINI, L'attuazione dei diritti fondamentali come scelta politica e come decisione giurisdizionale, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 3/2011.

⁷⁵ Su di che, per tutti, l'approfondita analisi di G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Milano, I (1979) e II (1984).

⁷⁶ Sull'idea di Costituzione il dibattito è tornato ultimamente a riaccendersi: richiamo qui solo il confronto sollecitato da *Quad. cost.* ed avviato da una salutare provocazione di R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, 1/2007, 11 ss., cui hanno fatto seguito il mio *Teorie e “usi” della Costituzione*, 3/2007, 519 ss.; G. BOGNETTI, *Cos'è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin*, e O. CHESSA, *Cos'è la Costituzione? La vita del testo*, entrambi nel fasc. 1/2008, rispettivamente, 5 ss. e 41 ss.; A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, 2/2010, 311 ss. Infine: F.

Ora, il mantenimento dell'equilibrio tra le sedi istituzionali è di vitale rilievo, non solo – come si è venuti dicendo – allo scopo di salvaguardare la forma di governo propria dei singoli ordinamenti ma, di più, allo scopo di tener ferma la forma di Stato e, con essa, un certo modo d'intendere e praticare i rapporti tra comunità governata ed apparato governante: in ultima istanza, per ciò che qui specificamente importa, allo scopo di offrire ai diritti la più “intensa” tutela che, prima ancora che venire dalla pur altamente meritoria opera quotidianamente posta in essere dai giudici, viene da enunciati normativi fermi e chiari nelle indicazioni che danno agli stessi giudici, tracciando il solco lungo il quale può, nel modo più lineare possibile, scorrere una giurisprudenza votata al servizio dell'uomo.

Ecco perché la questione che siamo oggi nuovamente tornati a discutere ha, se ci si pensa, una proiezione ben più ampia di quella che pure è ad essa dalla più sensibile ed accorta dottrina riconosciuta. Ed è così, per la elementare ragione che dalla sua soluzione dipende la messa a punto e la realizzazione, per un verso, dell'idea di Costituzione di cui ci facciamo portatori ed interpreti e, per un altro verso (ed allo stesso tempo), del modo con cui intendiamo e mettiamo in pratica il ruolo cui tutti, studiosi ed operatori, siamo chiamati, con diversi ruoli e responsabilità ma accomunati dal fermo proposito di venire incontro, nel modo più adeguato possibile alle condizioni complessive di contesto, ai bisogni elementari dell'uomo, ai suoi diritti fondamentali, alla sua dignità.

GALLO, Che cos'è la Costituzione? Una disputa sulla rifondazione della scienza giuridica, in www.associazionedeicostituzionalisti.it e F. RIMOLI, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Bari 2011.

Antonio Ruggeri
Il rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione: risorsa o problema?
(Nota minima su una questione controversa)

SOMMARIO: 1. I due corni del dilemma e la loro possibile riduzione ad unità. – 2. Il percorso parabolico del rinvio e i riflessi negativi che potrebbero aversene per la funzionalità dei giudizi, con specifico riguardo ad eventuali conflitti tra le Corti europee, laddove chiamate a pronunciarsi sulle medesime questioni, ed ai modi più adeguati per porvi rimedio (in particolare, l'ipotesi di far luogo alla previsione di un "rinvio pregiudiziale" dalla Corte EDU alla Corte di giustizia). – 3. Il "modello" *Cilfit*, le sue "graduate" applicazioni (rispettivamente, presso i giudici nazionali e presso la Corte EDU), il bisogno che sia ulteriormente specificato ed integrato e reso ancora più saldo attraverso una plurima, complessa e convergente manovra posta in essere a tutti i livelli istituzionali e presso ogni sede in cui si somministra giustizia. – 4. L'esigenza che le novità al piano dei meccanismi istituzionali, specie con la introduzione del rinvio dall'una all'altra Corte europea, siano accompagnate da corposi ed incisivi interventi al piano giurisprudenziale fedeli al canone della costante, effettiva cooperazione tra tutti i giudici, europei e non. – 5. Una breve notazione finale, nell'auspicio che il rinvio sia *risorsa* anziché *problema* o, quanto meno, più l'una che l'altra cosa.

1. I due corni del dilemma e la loro possibile riduzione ad unità

Confesso di non saper dare una sicura risposta al quesito evocato nel titolo di questo mio scritto; e confesso pure che non mi consola affatto il noto pensiero filosofico secondo cui vi sarebbe più pregio nell'inventare un problema nuovo piuttosto che nel risolvere un problema già posto da altri. Sono infatti convinto (ed anzi sempre di più mi radico in questo mio convincimento) che – come soleva dire il fondatore della Scuola giuridica nella quale mi sono formato, S. Pugliatti – il diritto o è "scienza pratica" oppure, semplicemente, non è¹. Mi prefiggo, dunque, il limitato obiettivo di tentare di avviare a soluzione il problema, con una succinta riflessione ad alta voce che aspira unicamente a sollecitare ulteriori e ben più approfondite riflessioni da parte di chi vi si vorrà dedicare.

Enuncio subito la tesi nella quale mi riconosco; ed è che il rinvio può essere sia l'una che l'altra cosa, a seconda dell'uso che in concreto se ne fa, il risultato complessivo a conti fatti dipendendo da una sorta di tacito patto (se si vuole, una vera e propria convenzione costituzionale idonea quindi a convertirsi in consuetudine) tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali (comuni e, preferibilmente, anche costituzionali), un patto per la cui messa a punto un ruolo di primo piano è chiamato ad esercitare il giudice dell'Unione, cui è demandato di dare un orientamento alle pratiche giuridiche di diritto interno.

2. Il percorso parabolico del rinvio e i riflessi negativi che potrebbero aversene per la funzionalità dei giudizi, con specifico riguardo ad eventuali conflitti tra le Corti europee, laddove chiamate a pronunciarsi sulle medesime questioni, ed ai modi più adeguati per porvi rimedio (in particolare, l'ipotesi di far luogo alla previsione di un "rinvio pregiudiziale" dalla Corte EDU alla Corte di giustizia)

Il rinvio, al pari di altri istituti che connotano la struttura dell'ordinamento dell'Unione, sembra destinato ad un percorso di tipo parabolico; e, come nelle vere parabole, la partenza e l'arrivo potrebbero (se non coincidere) presentare forti, sostanziali assonanze nell'esito, se non pure nelle cause che lo determinano e nelle motivazioni che lo sorreggono e giustificano.

In principio, si trattava di sollecitare i giudici nazionali a fare largo utilizzo dello strumento, prezioso al fine di una uniforme implementazione del diritto (comunitario prima ed ora) "eurounitario". La stessa

¹ V., dunque, del chiaro Maestro, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1950, 49 ss.

Corte di giustizia ne ha incoraggiato la diffusa attivazione, al duplice intento di conseguire lo scopo suddetto e di dar modo a sé stessa di acquisire consensi crescenti attorno alla propria giurisprudenza, legittimandosi come artefice di prima grandezza del processo d'integrazione sovranazionale². Rammento al riguardo che le punte più avanzate e sensibili della dottrina hanno, sin dai primi anni di funzionamento delle Comunità, deprecato, a più riprese e con varietà di toni ma sostanziale comunanza di idee, la scarsa attenzione prestata dai giudici nazionali (specie da alcuni) per il diritto comunitario e, conseguentemente, per lo strumento che, con altri, concorre alla sua salvaguardia.

Oggi, però, il rischio è che un uso smodato, comunque non adeguatamente vigilato, dello strumento stesso possa recare seri problemi di funzionalità per il giudice dell'Unione³, ai quali non si saprebbe poi come far fronte, con gravi implicazioni per le stesse pratiche applicative in ambito interno⁴.

Le ipotesi di soluzione fin qui affacciate, pur apprezzabili per l'intento che le anima, presentano tuttavia, per più aspetti, non pochi né lievi inconvenienti.

Si pensi, ad es., all'idea di dar modo alla Corte di giustizia, con riguardo alle domande in via pregiudiziale come pure in generale, di far luogo (ad imitazione, come si sa, di altri giudici, quale la Corte Suprema nordamericana) ad una severa selezione delle cause sulle quali pronunziarsi⁵. La qual cosa nondimeno farebbe correre il rischio assai grave che la Corte dell'Unione possa tornare ad essere ugualmente investita della medesima questione per altra via, in conseguenza di eventuali mancanze agli obblighi dell'Unione stessa conseguenti a distorte applicazioni del diritto eurounitario⁶.

V'è di più (e, forse, di peggio), dal momento che della questione potrebbe essere, congiuntamente ovvero alternativamente, investita la Corte EDU, per il caso che la violazione del diritto eurounitario ridondi, a giudizio del ricorrente, in violazione della Convenzione (e, segnatamente, del principio del

² Indicazioni sull'orientamento del giudice di Lussemburgo, ora, in S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale. I confini dell'interpretazione conforme*, Napoli 2011.

³ La circostanza per cui ad una parte cospicua (circa il 75%, secondo quanto riferisce A. TIZZANO, *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2011, 38 s., nonché in Europeanright.eu, § 4) delle richieste di rinvio non sarebbe dato seguito dal giudice nazionale non toglie che ugualmente il carico delle questioni che pervengono a Lussemburgo vada facendosi particolarmente oneroso, sì da divenire col tempo davvero insopportabile.

⁴ Non secondario rilievo è al riguardo da assegnare al modo con cui si è definita e si va senza sosta mettendo a punto la nozione di "giurisdizione" ai sensi e per gli effetti del rinvio. La crescita delle autorità che operano in posizione d'indipendenza e che a vario titolo garantiscono il rispetto del diritto in senso oggettivo, somigliando *in qualche modo* ai giudici (nella loro tradizionale conformazione), pone gravi problemi di qualificazione, specie a mezzo delle categorie usuali, che tuttavia esibiscono limiti sempre più evidenti di rendimento. La qual cosa sollecita la ricerca, anche per l'aspetto ora specificato considerato ed ai fini ricostruttivi qui interessanti, di soluzioni moderate, ragionevoli, nondimeno assai ardue da conseguire in modo complessivamente appagante (in tema, ha avuto occasione, ancora di recente, di tornare a pronunziarsi la Corte di giustizia, [Grande Sez., 14 giugno 2011, in causa C-196/09](#)).

⁵ La selezione, con specifico riguardo alle esperienze della giustizia costituzionale, può aversi *di diritto* ovvero *di fatto*. Si ha l'una cosa quando il giudice è abilitato a scegliere le questioni su cui pronunziarsi; si ha l'altra, quando l'obiettivo è ugualmente (e sia pure in parte) centrato, specie facendo un uso sapiente, ancorché alle volte forzoso, delle tecniche di giudizio, particolarmente delle decisioni d'inammissibilità. Questo schema, a mia opinione, resiste anche nella sua applicazione alle Corti europee che, pur nella loro complessivamente peculiare connotazione, vanno sempre più marcatamente proponendosi quali *giudici materialmente costituzionali* (su questa tendenza, part., O. POLLICINO, in più scritti, tra i quali, di recente, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano 2010, e O. Pollicino - V. SCIARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti - V. Piccone, Roma 2010, 125 ss.). Ora, si tratta, appunto, di stabilire se passare, o no, dall'attuale stato di selezione *di fatto* a quello di selezione *di diritto*.

⁶ Qualora la facoltà di scelta dovesse restare circoscritta alle sole pronunzie in via pregiudiziale, l'esito ora ragionato nel testo è da mettere certamente in conto; ove, invece, essa sia riconosciuta per ogni competenza della Corte, è verosimile che, almeno in molti casi, allo "scarto" fatto della questione sollevata in via pregiudiziale non segua un ricorso per inadempimento, nel timore che la questione sia nuovamente fatta cadere e resti senza giudizio. Non è detto però che le cose vadano poi davvero così: vuoi per il fatto che diversi possono essere nei due casi i soggetti ricorrenti e diversi comunque i procedimenti e vuoi (e soprattutto) perché il giudice potrebbe cambiare avviso.

giusto processo). Una ipotesi, questa, di cui – come si sa – si è, ancora di recente, avuto riscontro con il caso [Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio](#)⁷; ed una ipotesi che, ad andar bene (si fa per dire, naturalmente...), si traduce in un sovraccarico di lavoro di un certo rilievo per la Corte di Strasburgo, vale a dire nel travaso da una Corte europea all'altra di una questione d'interpretazione sollevata in ambito nazionale, mentre ad andar male può portare a conflitti tra le stesse Corti europee, laddove chiamate a pronunciarsi sullo stesso caso, quindi assai problematicamente ripianabili (è chiaro, infatti, che le tensioni si scaricano pur sempre presso i giudici nazionali che, in congiunture siffatte, sono davvero messi in croce). Conflitti che poi, per essere come si deve superati e, ancora meglio, prevenuti, richiederebbero – a me pare⁸ – la previsione (che potrebbe aversi in sede di messa a punto delle clausole di adesione dell'Unione alla CEDU) di una sorta di “rinvio pregiudiziale” o com'altro lo si voglia chiamare attivabile da parte della stessa Corte EDU e presentato alla Corte dell'Unione, in via sussidiaria rispetto ad un rinvio mancato ad opera dei giudici nazionali⁹.

Analoga soluzione è stata – come si sa – patrocinata da Timmermans, per la quale si vorrebbe dar modo alla Commissione di investire la Corte di giustizia di una questione di stretto diritto eurounitario (e, specificamente, concernente la validità di un atto dell'Unione) che allo stesso tempo penda davanti alla Corte di Strasburgo e sia stata da questa dichiarata ricevibile.

La proposta – come pure è noto – ha suscitato largo interesse; personalmente, non la giudico di necessità alternativa a quella da me patrocinata, che nondimeno preferisco per il fatto di rimettere l'iniziativa del “dialogo” alla Corte EDU, per ciò solo – a me pare – ponendo le basi più salde perché lo stesso possa svolgersi in modo fecondo¹⁰.

⁷ ... sul quale può, se si vuole, vedersi la mia nota dal titolo *Rinvio pregiudiziale mancato e (im)possibile violazione della CEDU (a margine del caso [Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio](#))*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#). Altre ipotesi di soluzione volte a prevenire o, comunque, ripianare i conflitti tra le Corti possono vedersi in A. TIZZANO, *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, cit., § 5.

⁸ V., nuovamente, il mio scritto appena cit.

⁹ È da prendere altresì in considerazione l'ipotesi che l'uno rinvio possa sommarsi all'altro, non già porsi di necessità come ad esso alternativo. Forse, però, è consigliabile, ove si punti a preservare l'equilibrio complessivo delle relazioni tra i giudici e il ruolo di primo piano che gli stessi giudici comuni sono chiamati a giocare nell'ambito delle relazioni stesse (su di che, sopra tutti, R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo dei giudici*, Roma 2011), che, in prima battuta, siano proprio questi ultimi a determinarsi circa l'opportunità ovvero la doverosità dell'attivazione dello strumento in parola e solo successivamente, in seconda battuta appunto, la Corte EDU, colmandosi così una originaria, strutturale carenza del sistema.

¹⁰ Riserve di vario segno sono, tuttavia, in generale al riguardo avanzate da non pochi autori [tra gli altri, G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna 2010 e S. TROILO, *(Non) di solo dialogo tra i giudici vivranno i diritti? Considerazioni (controcorrente?) sui rapporti tra le Corti costituzionali e le Corti europee nel presente sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#); ma v. le più articolate e diversamente orientate posizioni di P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Quad. della Rass. dir. pubbl. eur., Napoli 2008; F. FONTANELLI - G. MARTINICO, *Alla ricerca della coerenza: le tecniche del “dialogo nascosto” fra i giudici nell'ordinamento costituzionale multilivello*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2008, 351 ss.; M. BIGNAMI, *L'interpretazione del giudice comune nella “morsa” delle Corti sovranazionali*, in *Giur. cost.*, 1/2008, 595 ss. e, dello stesso, ora, *Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in [Rivista AIC](#), 1/2011; V. SCIARABBA, *Tra fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova 2008; R. CAPONI, *Democrazia, integrazione europea, circuito delle corti costituzionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 387 ss. e, dello stesso, *Addio ai “controlimiti” (Per una tutela della identità nazionale degli Stati membri dell'Unione europea nella cooperazione tra le corti)*, in [Europeanright.eu](#); AA.VV., *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M. Pedrazza Gorlero, Napoli 2010; AA.VV., *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, a cura di G. Martinico e O. Pollicino, Groningen 2010, e G. MARTINICO - O. POLLICINO, *The Impact of the Protection of Human Rights by the European Courts on the Italian Constitutional Court*, in AA.VV., *Human Rights Protection in the European Legal Order: the Interaction between the European and the National Courts*, a cura di P. Popelier - C. Van De Heyning - P. Van Nuffel, Cambridge 2011, 65 ss. Inoltre, A. TIZZANO, *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, cit.; O. POLLICINO, spec. in *Allargamento ad est*

Sta di fatto che a riguardo della necessaria precedenza di una pronunzia della Corte dell'Unione su questioni specificamente riguardanti il diritto eurounitario rispetto ad una pronunzia della Corte EDU si registrano larghi e diffusi consensi, di cui peraltro si ha traccia autorevole anche nel comunicato congiunto dei due Presidenti delle Corti europee¹¹.

Come che sia di ciò, resta il fatto che non può escludersi che la Convenzione venga ad essere violata anche in modo “interposto”, in conseguenza cioè di una violazione del diritto dell'Unione (la quale, poi, può naturalmente aversi sia in caso di utilizzo che di mancato utilizzo del rinvio pregiudiziale). Solo che, laddove quest'ultima violazione si sia avuta a seguito del (e malgrado il) ricorso al rinvio da parte dei giudici nazionali, la Corte EDU potrebbe sentirsi sgravata dell'obbligo di avvalersi del rinvio stesso, a meno che non lo giudichi necessario per altre ragioni; di contro, nel caso che il rinvio per mano degli operatori di diritto interno non si sia avuto (come in *Ullens*), dovrebbe a ciò provvedere il giudice di Strasburgo. Potrebbe tuttavia non farvi luogo, per le medesime ragioni in nome delle quali non vi hanno fatto luogo i giudici nazionali, unicamente al ricorrere delle condizioni che in via generale giustifichino il mancato interpello della Corte dell'Unione. Mentre, però, l'omesso ricorso al rinvio da parte del giudice nazionale può dar modo all'una o all'altra Corte europea di porre rimedio all'errore interpretativo del giudice stesso, l'inerzia della Corte di Strasburgo potrebbe portare al radicamento di effetti negativi irreversibili.

3. Il “modello” Cilfit, le sue “graduate” applicazioni (rispettivamente, presso i giudici nazionali e presso la Corte EDU), il bisogno che sia ulteriormente specificato ed integrato e reso ancora più saldo attraverso una plurima, complessa e convergente manovra posta in essere a tutti i livelli istituzionali e presso ogni sede in cui si somministra giustizia

Dalle notazioni da ultimo svolte se ne trae il consiglio per un'applicazione – come dire? – “graduata” del modello *Cilfit*; e, se per un verso se ne impone un uso comunque rigoroso da parte dei giudici nazionali, uno ancora più severo e vigilato dovrebbe aversene a Strasburgo, al fine di evitare possibili fraintendimenti della giurisprudenza eurounitaria da parte della Corte EDU che reputi di potersene fare, in sovrana solitudine, interprete “quasi autentico”, senza avvertire il bisogno di interpellare il giudice di Lussemburgo perché torni a pronunziarsi in modo espresso sul retto significato del diritto dell'Unione.

Sul punto, di cruciale rilievo, si richiede un supplemento di attenzione. Perché il rinvio può – come si viene dicendo – essere una *risorsa* e non commutarsi in un *problema* solo se si riesce a mettere a punto un “modello” dotato, allo stesso tempo, di strutturale flessibilità, in ragione dell'incomprimibile varietà dei casi, e però anche della necessaria chiarezza e fermezza di linee e congrua articolazione di struttura interna, sì da proporsi come un utile sussidio per la pratica giuridica, quali che siano poi i livelli istituzionali e le sedi in cui si somministra giustizia.

dello spazio giuridico europeo, cit., e in molti altri scritti; R. CONTI, che sul “dialogo” tra i giudici si è ripetutamente intrattenuto (di recente, part. in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma 2011, e, da ultimo, in *Il diritto di proprietà e la CEDU. Agli albori di una nuova proprietà costituzionale. Viaggio fra Carte e Corti alla ricerca di un nuovo statuto proprietario*, in corso di stampa); G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli 2011; A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir., Ann.*, IV (2011), 335 ss. Da ultimo, E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*³, Torino 2011, 345 ss. e G.F. FERRARI, *Le libertà. Profili comparatistici*, Torino 2011, spec. 297 ss. Volendo, possono poi vedersi alcuni miei scritti, tra i quali *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in *Aa.Vv., Corte costituzionale e sistema istituzionale*, a cura di F. Dal Canto e E. Rossi, Torino 2011, 149 ss., e *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 1/2011.

¹¹ Può vedersi in *Quad. cost.*, 2/2011, con una nota di M.E. GENNUSA e S. NINATTI, *Il comunicato congiunto dei Presidenti Costa e Skouris. La difficile rotta verso una tutela integrata dei diritti*, 469 ss.

Sia chiaro. L'ipotesi che le controversie coinvolgenti i diritti possano *in ogni caso* finire davanti alla Corte EDU è inevitabile (ed è, anzi, in astratto un bene che sia così, sempre che tuttavia si faccia un uso vigilato degli strumenti di garanzia). Le stesse pronunzie della Corte dell'Unione potrebbero, di diritto o di traverso, esser causa ovvero oggetto di una questione portata al giudizio della Corte EDU: già oggi è così, ove si ammetta che una sentenza emessa in ambito interno che rispetti per filo e per segno un'indicazione venuta da Lussemburgo possa, *proprio per ciò*, essere impugnata davanti alla Corte di Strasburgo, se è vero – com'è vero – che *qualunque* violazione della CEDU può giustificare il ricorso al giudizio della Corte chiamata a farsene garante¹². Con la prevista, auspicata adesione dell'Unione alla CEDU, poi, l'attacco alle pronunzie della Corte di giustizia potrebbe aversi alla luce del sole, in modo diretto.

Invito comunque a non drammatizzare quest'esito, da molti visto come un autentico terremoto istituzionale; e, tuttavia, mi pare che occorra dar fondo a tutte le risorse tecnico-argomentative di cui ciascuna Corte dispone, se del caso col sostegno di nuovi strumenti predisposti in via normativa¹³, al fine di parare – fin dove possibile – il rischio che l'esito stesso si abbia, quanto meno che si abbia con una insopportabile frequenza.

Il “modello” *Cilfit* può essere, a mia opinione, un'utile base di partenza; l'esperienza ad ogni buon conto insegna che non è una base sufficientemente solida, secondo quanto conferma il caso *Ullens*, sopra richiamato¹⁴.

Ora, l'opera di rinforzo richiede la messa in atto di una plurima, complessa e convergente manovra posta in essere a ciascun livello istituzionale e presso tutte le sedi in cui si somministra giustizia. *Plurima*, in quanto appunto sollecitata a prendere corpo in ambito nazionale così come sovranazionale, avvalendosi dello (e traendo profitto dallo) sforzo congiunto di tutti gli operatori di giustizia (giudici comuni, giudici costituzionali, Corti europee); *complessa*, perché posta in essere sia al piano dei meccanismi istituzionali che a quello delle garanzie sostanziali: insomma, a quello delle tecniche decisorie ed all'altro della giurisprudenza di merito; *convergente*, infine, perché senza la mutua, effettiva cooperazione tra le Corti, l'obiettivo, comunque arduo da raggiungere, si può star certi che non sarebbe centrato¹⁵.

4. *L'esigenza che le novità al piano dei meccanismi istituzionali, specie con la introduzione del rinvio dall'una all'altra Corte europea, siano accompagnate da corposi ed incisivi interventi al piano giurisprudenziale fedeli al canone della costante, effettiva cooperazione tra tutti i giudici, europei e non*

Dopo aver fatto cenno a quanto può farsi al piano dei meccanismi (e, segnatamente, della estensione dell'area di utilizzo del rinvio ai rapporti tra le Corti europee), vorrei ora particolarmente insistere sul bisogno di lavorare sodo anche sul fronte sostanziale, la complementarietà dei piani e dei relativi interventi ponendosi come necessaria in vista del raggiungimento dello scopo, se non per intero perlomeno in apprezzabile misura. E così, se la Corte di giustizia, già al presente e più ancora nella prospettiva dell'adesione dell'Unione alla CEDU, attingerà in accresciuta misura alla giurisprudenza

¹² Si avrebbe, pertanto, uno di quei casi, ampiamente studiati in letteratura, in cui un atto dell'Unione contrario alla Convenzione è sanzionato in modo indiretto, attraverso l'atto interno che vi dia attuazione ovvero lo recepisca.

¹³ ... e, tra questi, come si diceva, il rinvio dall'una all'altra Corte europea.

¹⁴ Il fatto che, nella circostanza, la Corte EDU abbia fatto da scudo alla giurisprudenza eurounitaria, dandovi un sostanziale avallo, non esclude, ovviamente, che avrebbe potuto determinarsi diversamente. La qual cosa dimostra che, per l'uno o per l'altro verso, la Corte di Lussemburgo può trovarsi sul banco degli imputati davanti alla Corte di Strasburgo.

¹⁵ Su ciò ha particolarmente insistito la più sensibile dottrina: per tutti, A. TIZZANO, *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, cit., spec. §§ 7 e 8 e molti degli altri autori richiamati in nt. 10.

“convenzionale”¹⁶, tanto in sede di risposta dietro rinvio pregiudiziale quanto in ogni altra sede, potrà a buon diritto coltivare la speranza di essere a sua volta con attenzione ascoltata sia a Strasburgo che in ambito interno.

A sua volta, la Corte EDU potrà rendere ancora più saldi e persuasivi gli indirizzi interpretativi che somministra agli altri operatori di giustizia se farà fedele e costante richiamo alla giurisprudenza eurounitaria, allo stesso tempo disegnando e preservando spazi consistenti di autodeterminazione a beneficio dei giudici nazionali: una disponibilità che però è, non di rado, più dichiarata che praticata, come dimostrano molti segni tratti dalla giurisprudenza, nuova e vecchia¹⁷. Non a caso, davanti alla pressione alle volte schiacciante esercitata dal giudice EDU¹⁸, comincia a farsi avvertire la reazione del nostro giudice delle leggi, per quanto rivestita di formali dichiarazioni di rispetto e vero e proprio ossequio nei riguardi degli indirizzi formati a Strasburgo¹⁹.

Anche per l’aspetto ora specificamente riguardato, il riequilibrio nei rapporti tra Corte EDU e Corte costituzionale potrebbe essere agevolato da una più intensa ed accurata coltivazione da parte di quest’ultima del terreno su cui si impiantano e svolgono i suoi rapporti con la Corte dell’Unione²⁰. E

¹⁶ ... oltre che a quella nazionale, specificamente alle sue punte più avanzate, dalle quali si fa culturalmente “impressionare” in più rilevante misura; e qui il riferimento è soprattutto alla giurisprudenza tedesca, francese, spagnola e, per nostra fortuna, anche italiana, cui – come si sa – si è fatto (e si fa) capo a Lussemburgo, al momento della corposa elaborazione pretoria dei diritti fondamentali nella loro dimensione sovranazionale.

¹⁷ Oscillanti e discontinue le vicende della “dottrina” del margine di apprezzamento, al punto da potersi seriamente dubitare della loro sostanziale (e non meramente nominale, di facciata) *reductio ad unum*.

¹⁸ “Aggressiva” è stata qualificata la giurisprudenza della Corte EDU nelle sue proiezioni in ambito interno (ancora O. POLLICINO, negli scritti dietro citt.).

¹⁹ Mi riferisco, part., alle [sentt. nn. 236, 257 e 303 del 2011](#), dove è palese lo scostamento dagli orientamenti della Corte EDU, pur se abilmente mascherato a mezzo di un uso raffinato della tecnica del *distinguishing* (sulla prima delle decisioni ora richiamate, v., spec., la nota di R. Conti, *La scala reale della Corte Costituzionale sulla tutela della CEDU nell’ordinamento interno*, in *Corr. giur.*, 9/2011, 1243 ss., spec. 1259 ss.; su di essa, nonché sulla seconda, v., volendo, anche il mio [La Corte costituzionale “equilibrata”, tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU](#), in [Consulta OnLine 2011](#) (0.07.2011)

²⁰ Indicativa di una effettiva disponibilità al mutuo ascolto potrebbe essere la messa in atto da parte della Consulta di uno dei punti-cardine del *Mangold Urteil* del luglio scorso, specificamente laddove (§ 60) si rileva la preclusione fatta al *Bundesverfassungsgericht* di accertare la non applicabilità del diritto dell’Unione in ambito nazionale fintantoché non sia stata offerta alla Corte dell’Unione stessa l’opportunità di pronunziarsi (invita opportunamente a soffermarsi sul punto R. Caponi, *Addio ai “controlimiti”*, cit., § IV). E, invero, per quanto l’ipotesi che i “controlimiti” siano fatti valere nelle esperienze di giustizia costituzionale si sia fin qui rivelata meramente astratta, nulla tuttavia esclude che, prima o poi, se ne abbia riscontro. La opportuna condizione al riguardo posta dal giudice costituzionale tedesco, che peraltro – come si sa – non è mai stato tenero né con l’Unione né con la sua Corte (e basti solo rammentare le pignole puntualizzazioni fatte dal *Lissabon Urteil*), potrebbe dunque giovare a riportare sui giusti binari i rapporti tra le due Corti, all’insegna di quel principio di reciproca cooperazione che – come qui pure si fa notare – si pone quale autentica *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali, specie appunto nelle loro proiezioni al piano del “diritto vivente”.

Altro discorso è, poi, che la dottrina dei “controlimiti” sia fatta oggetto di critico ripensamento già nelle sue fondamenta di ordine teorico, prima ancora che nelle sue possibili applicazioni, secondo quanto mi sono sforzato di fare in più luoghi di riflessione scientifica (tra i quali, quelli dietro richiamati in nt. 10).

Senza ora riprendere neppure nei suoi termini essenziali la complessa e vessata questione, mi limito qui solo a rinnovare la mia preferenza a favore della tesi secondo cui, giusta la configurazione teorica di partenza (come si sa, fatta propria dalla Consulta e dai suoi benevoli *laudatores*) che vede comunque dotate le norme dell’Unione di “copertura” in uno dei principi fondamentali dell’ordinamento (e, segnatamente, nell’art. 11), nessuna ordinazione gerarchica può *per sistema* farsi tra i principi stessi, tale perciò da riflettersi a cascata alle norme che godono della loro protezione [di contro, un rinnovato favore nei riguardi della comune opinione favorevole al riconoscimento della categoria teorica dei “controlimiti” può, da ultimo, vedersi in A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, Relaz. al Convegno su *I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano. Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema*, Reggio Calabria, 5 novembre 2011, in *paper*, spec. § 10]. Di modo che, con specifico riguardo alla condizione del diritto eurounitario, non può a mia opinione dirsi né che esso prevalga né che receda allo scontro con norme di diritto interno delle quali sia provata – ciò che va, ovviamente, ogni volta documentato – l’attitudine

invero si fatica a comprendere la ragione che porta la Consulta a non avvalersi in modo congruo dello strumento del rinvio pregiudiziale, del quale – come si sa – s'è fatto un uso praticamente insussistente²¹. Quando pure, infatti, si reputi di doversi tener fermo l'indirizzo fin qui invalso, sfavorevole – come si sa – al ricorso allo strumento in parola nel procedimento in via incidentale, un indirizzo nondimeno – come pure è noto – fatto oggetto di critiche penetranti e di vario segno da parte di non poca, sensibile dottrina, ebbene perché mai non farvi ricorso nei giudizi restanti (controversie in via principale e conflitti, sia interorganici che intersoggettivi²²)?

La chiusura delle porte della sede in cui opera la Corte costituzionale non soltanto non dà frutto alcuno e non giova alla Corte stessa, con specifico riguardo ai casi di possibile interferenza col diritto dell'Unione²³, ma neppure concorre a quel riequilibrio tra i rapporti delle Corti europee *inter se* che, già oggi alquanto problematico e disagiata da realizzare, si porrà in termini vieppiù complessi e pressanti a seguito dell'adesione dell'Unione alla CEDU.

Infine, i giudici comuni sono chiamati ad un impegnativo e sofferto *stop and go*, per ciò che concerne l'utilizzo dell'arma del rinvio. Facendovi ricorso in misura eccessiva, accentuerebbero i problemi segnalati nel titolo dato a questa riflessione, specie sul versante della funzionalità dei meccanismi processuali; trattenendosi in misura parimenti eccessiva dall'uso, darebbero ugualmente vita agli altri problemi sopra indicati. Si impone, insomma, l'adozione di pratiche complessivamente ispirate a ragionevolezza, al canone del “giusto mezzo”. Ma, perché ciò davvero si abbia, si richiede un orientamento fermo e chiaro dato alle pratiche stesse, quale può (e deve) in primo luogo venire – come si faceva dietro cenno – dalla Corte di giustizia, chiamata dunque a dare le opportune specificazioni-integrazioni al “modello” *Cilfit*.

Se si riuscirà ad innalzare a Lussemburgo un argine più alto e solido di quello ad oggi riscontrabile entro cui far scorrere gli indirizzi interpretativi che man mano la stessa Corte di Lussemburgo forma e senza sosta rinnova, contenendone almeno alcune delle più vistose oscillazioni, si potrà agevolare la

a dare la prima, diretta e necessaria specificazione-attuazione ai principi di base dell'ordinamento. Una soluzione, questa, che ha poi la sua più espressiva testimonianza e conferma al piano delle vicende relative ai diritti, laddove cioè si abbia a che fare con norme dell'Unione che possano, per la loro parte, vantare la formidabile tutela apprestata dal *tandem* degli artt. 2 e 3 cost., prima e più ancora di quella che può loro venire dall'art. 11. Nel qual caso, le eventuali antinomie tra norme sovranazionali e norme nazionali (anche costituzionali e persino se espressive di principi fondamentali o, come che sia, da questi “coperte”) ridondano e si risolvono in un conflitto interno ai valori costituzionali di “copertura” (e, segnatamente, all'art. 2, nel suo fare “sistema” con l'art. 3 e coi principi fondamentali restanti), un conflitto non altrimenti ripianabile – a me pare – che con la “logica” usuale dei bilanciamenti secondo i casi.

²¹ Dopo la pur timida, circoscritta apertura del 2008, si è praticamente tornati all'antica, indebita chiusura; e il “dialogo” tra le due Corti, appena avviato, si è subito nuovamente interrotto.

²² Non si trascuri il dato, di comune esperienza, per cui le sorti dei diritti, un tempo demandate al buon funzionamento del solo meccanismo incidentale, sempre più di frequente oggi si affidano alla via principale, per effetto delle accresciute opportunità offerte all'autonomia regionale a seguito della riscrittura del Titolo V, senza peraltro trascurare le altre vie che ugualmente portano alla Consulta (pertinenti notazioni sul punto, ora, in C. SALAZAR, *Dieci anni dopo la riforma del Titolo V: il “ruolo” delle fonti regionali*, relaz. al Convegno su *Il regionalismo italiano dall'unità alla Costituzione e alla sua riforma*, organizzato dall'ISSIRFA, Roma 20-22 ottobre 2011, in *paper*; volendo, possono poi vedersi anche i miei *Regioni e diritti fondamentali*, in *Giur. it.*, 6/2011, 1461 ss. e [Unità-indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali](#), in [Consulta OnLine 2011](#) (26.04.2011) e in *Nuove aut.*, 1/2011, 25 ss.).

²³ Non si sottovaluti l'inconveniente che potrebbe aversi per il caso che il diritto eurounitario sia trasgredito proprio da una pronuncia del giudice delle leggi, astrattamente idonea a portare ad un ricorso davanti alla Corte di giustizia (senza, peraltro, escludere la stessa eventualità, rispetto alla prima non necessariamente alternativa, che si abbia altresì un ricorso davanti alla Corte EDU). Con il che verrebbero a determinarsi conflitti tra “giudicati” (in larga accezione) che non si saprebbe poi come risolvere, a motivo del fatto che davanti ad essi la teoria costituzionale appare ad oggi incerta ed esitante, alla affannosa ricerca di un modo complessivamente (e sia pure in parte) appagante per sistemare armonicamente le tessere di un puzzle che appare estremamente arduo da comporre (da ultimo se ne tratta, in aggiunta agli scritti sopra cit., in F. MARONE, *Il difficile bilanciamento tra principio del contraddittorio e “tono costituzionale” nella dialettica tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in [Rivista AIC](#), 4/2011).

ricerca da parte dei giudici nazionali di quel “giusto mezzo”, di cui si è appena detto. Allo stesso tempo (e circolarmente), anche tali giudici possono offrire il loro apporto per l’impianto di pratiche interpretative in ambito sovranazionale complessivamente soddisfacenti e promettenti ulteriori, fecondi sviluppi delle relazioni “intergiurisprudenziali”.

5. Una breve notazione finale, nell’auspicio che il rinvio sia risorsa anziché problema o, quanto meno, più l’una che l’altra cosa

Concludendo. Alla stabilizzazione, così come al rinnovamento, degli indirizzi giurisprudenziali tutti gli operatori di giustizia sono chiamati a dare il loro fattivo, coraggioso e vigilato allo stesso tempo, concorso. La convergenza degli indirizzi stessi può essere, congiuntamente, causa ed effetto di un uso accorto del rinvio: alimentarsi da questo ed a questo offrire indicazioni per il suo congruo svolgimento, con un moto – come si vede – circolare che da se medesimo si rigenera e ricarica senza sosta. Tutti possono, insomma, far sì che il rinvio sia *risorsa* piuttosto (o anziché) *problema* o, quanto meno, con maggior cautela, più l’una che l’altra cosa al piano delle relazioni interordinamentali che prendono corpo nelle esperienze giudiziali.

Antonio Ruggeri

***Summum ius summa iniuria, ovvero sia quando l'autonomia regionale non riesce a
convertirsi in servizio per i diritti fondamentali
(a margine di [Corte cost. n. 325 del 2011](#))***

*Tutto ha inizio, sempre, da uno stimolo emotivo:
reazione a un'ingiustizia, sdegno per l'ipocrisia mia e altrui,
solidarietà e simpatia umana per una persona o un gruppo di persone,
ribellione contro leggi superate e anacronistiche*

Eduardo De Filippo*

SOMMARIO: 1. Il caso – 2. Limitatezza delle risorse disponibili versus diritto alla salute e dignità della persona umana – 3. Autonomia e diritti: *simul stabunt vel simul cadent* – 4. Due buone ragioni per far salva la disciplina regionale impugnata: in ispecie, il possibile ampliamento dell'area di tutela coperta dalle norme statali e il bilanciamento tra norme sulla normazione e norme sostantive, con la conseguente preminenza data alle seconde sulle prime. Oscillazioni ed aporie di costruzione riscontrabili nella giurisprudenza costituzionale, a seconda che la lesione delle competenze, ancorché giustificata dal bisogno di prestare tutela ai diritti, si abbia ad opera delle leggi statali ovvero di quelle regionali – 5. Quale la tecnica decisoria di cui la Corte avrebbe potuto fare utilizzo ove si fosse orientata ad anteporre la salvaguardia dei diritti al mantenimento del riparto delle competenze, in tesi alterato dalla disciplina regionale impugnata? – 6. Una succinta notazione finale, con l'augurio che le questioni di diritto costituzionale (e di diritti costituzionali) possano essere risolte preservando l'idea, che sta a base dell'ordine repubblicano, della centralità della persona umana.

1. *Il caso*

Alle volte si danno questioni dal rilievo assai ridotto, persino in buona sostanza quasi insussistente, che tuttavia evocano in campo altre e più generali questioni, che investono la struttura stessa dell'ordinamento e, perciò, le basi costitutive dell'ordine costituzionale: questioni apparentemente ormai definite da tempo, che, però, forse meriterebbero di essere nuovamente discusse, senza preorientamento alcuno, ideologico o metodico-teorico.

Il caso può essere descritto in poche battute. Il Governo aveva mosso alla legge della Regione Puglia n. 19 del 2010 (legge di bilancio per il 2011), tra le altre, la censura di aver indebitamente esteso, all'art. 13, I e II c., l'esenzione dal *ticket* per le spese sanitarie ad alcuni soggetti non rientranti nella previsione di cui all'art. 8, c. XVI, della legge n. 537 del 1993, previsione riconosciuta come espressiva di un principio fondamentale di potestà concorrente riguardante, a un tempo, le materie "tutela della salute" e "coordinamento della finanza pubblica". In particolare, ai soggetti menzionati dalla legge statale¹ la legge pugliese aggiungeva gli inoccupati, i lavoratori in cassa integrazione ordinaria e straordinaria e i

* In A. BARSOTTI, *Introduzione* a E. DE FILIPPO, *Cantata dei giorni dispari*, I, Torino 1995, V, con richiamo di S. Ferrone, da cui il riferimento è tratto.

¹ ... e, segnatamente, i cittadini di età inferiore a sei anni e di età superiore a sessantacinque anni appartenenti a nuclei familiari con reddito complessivo non superiore a lire 70 milioni, nonché i soggetti portatori di patologie neoplastiche maligne, i pazienti in attesa di trapianti di organi, i titolari di pensioni sociali, e ancora i titolari di pensioni al minimo e i disoccupati, se aventi reddito inferiore a 16 milioni, innalzabile a 22 in presenza del coniuge e di un ulteriore milione per ogni figlio a carico.

lavoratori in mobilità, tutti unitamente ai loro familiari a carico e sempre che appartenenti a nuclei familiari con reddito complessivo estremamente esiguo².

Nelle more del giudizio, la Regione approvava – a quanto pare, ahimè, all’unanimità³ – la legge 16 giugno 2011, n. 10, con la quale venivano espressamente abrogati i commi I e II dell’art. 13 sopra cit. La normativa presa di mira dal Governo, dunque, restava in vigore solo per alcuni mesi, essendo la legge abrogatrice entrata in vigore il 20 giugno del 2011. Essendo poi stata “verosimilmente” applicata – come rileva la Corte nella decisione qui annotata –, malgrado la rinuncia al ricorso da parte del Governo conseguente alla rimozione della disposizione impugnata, non essendo la stessa accettata dalla Regione, si è resa necessaria la sua sottoposizione al giudizio di costituzionalità, conclusosi con l’accoglimento del ricorso e con l’assorbimento degli ulteriori profili di censura.

Debbo subito fare un’osservazione critica con riguardo ad un fatto d’inusitata gravità: la mancata accettazione da parte della Regione dell’atto di rinuncia alla lite presentato dal Governo.

La cosa appare ancora più strana se si considera che la legge di abrogazione espressa ha, con riguardo all’oggetto qui interessante, prodotto effetti solo per dieci giorni, dal momento che, in sede di riassetto del bilancio della Regione, la disposizione originaria è stata riprodotta all’art. 13 della legge n. 14 del 2011, con decorrenza dal 1° luglio dello stesso anno. Di modo che unicamente in questo brevissimo (ma non in tutto insignificante) lasso temporale i soggetti riguardati dalla norma di esenzione non hanno avuto il beneficio da essa stabilito⁴.

Si consideri, inoltre, che la disposizione riproduttiva del luglio scorso non risulta, stranamente, essere stata impugnata dal Governo (non si sa bene se per effetto di una svista ovvero per un repentino mutamento d’indirizzo) e, dunque, avrebbe potuto conseguire lo scopo prefissosi sol che la Regione avesse accettato l’atto di rinuncia al ricorso presentato dallo Stato; non facendolo, si è pervenuto all’esito della caducazione, per illegittimità conseguenziale, della disposizione stessa da parte della pronunzia qui annotata⁵.

Una vicenda, insomma, dal sapore kafkiano, nel corso della quale si è assistito ad una insanabile frattura nella linea tracciata dalla Regione, rispettivamente, al piano legislativo ed a quello processuale: nell’uno, pur con la parentesi dovuta alla legge abrogatrice suddetta, la Regione ha dato una buona immagine di sé, mostrandosi sensibile nei riguardi di taluni soggetti in assai precarie condizioni; nell’altro, di contro, la Regione ha adottato un comportamento “suicida”, spianando la via alla rimozione per mano della Corte del beneficio dapprima introdotto, poi cancellato e quindi ripristinato⁶.

² ... fino a € 8263,31, incrementato fino a € 11.362,05 in presenza del coniuge e in ragione di ulteriori € 516,46 per ogni figlio a carico: valori corrispondenti a quelli fissati in lire della legge statale, con la non secondaria differenza però costituita dal lasso temporale trascorso tra l’entrata in vigore dell’una e dell’altra legge (ben 17 anni).

³ ... secondo l’indicazione data da A. FUSCO, nel post dal titolo *Il pagamento del ticket “omnibus”: istruzioni su come risanare il bilancio nella Regione Puglia*, in <http://www.dirittiregionali.it/>, 4 luglio 2011.

⁴ Si può poi discutere a riguardo della complessiva ragionevolezza di una manovra siffatta; ed è bensì vero che, col mero fatto del rinnovo delle leggi nel tempo, possono aversi benefici per alcuni soggetti e svantaggi per altri. La qual cosa – ci dice la giurisprudenza – non è di per sé violazione dell’eguaglianza. Il sospetto però circa il possibile superamento del canone della ragionevolezza è assai forte quando lo stesso legislatore vuole, disvuole e poi nuovamente vuole entro un ridottissimo arco temporale.

⁵ In tal modo, se di svista s’è trattato, la pronunzia della Corte vi ha posto rimedio; se, di contro, si è in presenza di un mutato orientamento del Governo, se n’è avuta la sanzione, ripristinandosi così la coerenza rispetto alla decisione iniziale di ricorso, venuta meno per effetto della omessa impugnazione della legge riproduttiva.

⁶ La vicenda riecheggia, al piano degli effetti, quella delle leggi siciliane fatte oggetto d’impugnazione e di promulgazione parziale, laddove l’iniziativa del Presidente della Giunta può nei fatti portare – come s’è detto – all’“abrogazione” delle norme approvate dall’assemblea regionale e impuginate dal Commissario dello Stato. La differenza, poi, ovviamente, rimane nel percorso che porta all’esito della caducazione delle norme: nel caso della promulgazione parziale, è la decisione del Presidente di promulgare le disposizioni non impuginate a determinare la perdita di efficacia di quelle impuginate; nel caso odierno, la mancata accettazione della rinuncia al processo da parte della Giunta fa venir meno una disposizione normativa approvata dal Consiglio e stranamente non impugnata dal Governo.

A questo punto, se l'omessa impugnazione da parte del Governo dell'ultima legge della serie dovesse intendersi quale il frutto (non già di disattenzione bensì) di una pur tardiva ma benefica resipiscenza, non resterebbe altro da fare alla Regione che voglia dar prova di perseverare nell'indirizzo di favore per i soggetti più bisognosi che riprodurre la disposizione caducata dalla Consulta per invalidità consequenziale. Sarà pure una forma di aggiramento del giudicato costituzionale⁷; difettando però l'iniziativa processuale del Governo avverso questa manovra – si debba, o no, ad un tacito patto favorevole all'atto riproduttivo dal Governo stesso siglato con la Regione –, finalmente i soggetti sopra indicati potranno avere l'auspicata esenzione dal *ticket*. Ma, siamo sicuri che l'obiettivo potrà essere davvero centrato? Dopo che la Corte ha ormai sancito l'illiceità del comportamento tenuto nella circostanza dalla Regione, viene francamente difficile da pensare, in primo luogo, che quest'ultima vorrà perseverare nell'iniziativa originariamente assunta, dando quindi testimonianza di una sorta di “resistenza” al verdetto del giudice costituzionale⁸, e, secondariamente, che il Governo vorrà prestarvi il suo benevolo avallo, dando prova esso stesso di voler disattendere il giudizio della Corte⁹.

Si vedrà. Sta di fatto che alcuni soggetti in stato di particolare bisogno si trovano ora “scoperti”; e nessuno è in grado di dire quanti di loro, specie nella presente congiuntura economica, si troveranno costretti a rinunciare alle cure, non avendo i mezzi per farvi fronte.

2. *Limitatezza delle risorse disponibili versus diritto alla salute e dignità della persona umana*

E vengo al merito della vicenda, qui annotata unicamente sul punto sopra descritto¹⁰.

Non indugio qui sulla supposta lesione della competenza statale per ciò che attiene alla “tutela della salute”, che si sarebbe consumata per effetto della estensione suddetta. Quale pregiudizio si è infatti mai avuto a carico dello Stato, posto che l'elenco dei soggetti contenuto nella legge statale è stato prolungato, non accorciato? La situazione è infatti analoga a quella che si ha con riguardo ai “livelli essenziali” delle prestazioni, di cui è parola nell'art. 117, II c., lett. m), ogni qual volta se ne abbia l'innalzamento ad opera

In una prospettiva di più ampio respiro (e senza ora rimettere in discussione orientamenti ormai consolidati per ciò che attiene agli istituti processuali ed al loro regime), è da chiedersi se sia in tutto conforme al modello relativo sia alla forma di governo che (e soprattutto) alla forma di Stato (o, come qui, alla “forma di Regione”) che, per effetto dell'autonoma iniziativa degli agenti processuali, possa essere messa nel nulla la volontà politica degli organi della normazione (e, segnatamente, degli organi della legislazione): con i non lievi inconvenienti che potrebbero aversene per gli equilibri di ordine istituzionale e, di conseguenza, per gli equilibri complessivi nei rapporti tra comunità governata e apparato governante. Il punto richiede un supplemento di riflessione in una sede a ciò specificamente dedicata.

⁷ Il punto è in realtà controverso, alcuni considerando la riproduzione di norma già caducata un fatto meramente inopportuno, non pure illecito; altri ammettendo la violazione del giudicato unicamente in caso di riproduzione con effetto retroattivo, non pure *pro futuro*; altri, infine, giudicando comunque lesivo del giudicato il fatto riproduttivo (indicazioni in A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2009, 136 s.). Quale che sia la soluzione giusta, sta di fatto che, per effetto dell'azione a tenaglia posta in essere in *tandem* da Regione e Governo nel senso qui immaginato, la caducazione della disposizione per la seconda volta riproduttiva, dovuta alla supposta violazione del giudicato ovvero alla perdurante violazione dei medesimi parametri dapprima violati, non potrà aver luogo (quanto meno, in via d'azione).

⁸ In questi termini, in presenza del divieto d'“impugnazione” delle decisioni della Corte, di cui all'ultimo comma dell'art. 137, mi sono altrove espresso a riguardo dei casi di superamento del giudicato costituzionale, specificamente laddove quest'ultimo dovesse apparire ingiusto o, addirittura, “mostruoso”. Qui pure, tuttavia, v'è un problema di misura, potendosi avere forme “graduate” di apprezzamento del fatto. E così, nella circostanza che ha dato lo spunto per queste note, trovo il verdetto della Corte ingiusto ma non, francamente, “mostruoso”.

⁹ Non si escluda, peraltro, l'eventualità che la violazione del giudicato possa essere rilevata dalla Corte in via incidentale o, persino (ma l'ipotesi, pur teoricamente configurabile, sembra francamente remota), in sede di conflitto di attribuzioni.

¹⁰ Il ricorso del Governo e, di conseguenza, la decisione della Corte hanno avuto infatti una più ampia portata, riguardando ulteriori disposizioni della legge regionale, cui non è ora possibile riservare neppure un cenno.

delle leggi regionali, un innalzamento – come si sa – consentito dalla giurisprudenza¹¹. La differenza rispetto al caso nostro è che, quando si porta in alto il ... *livello dei livelli*, si agisce sull'oggetto, che è comune alle discipline di Stato e Regione che pur presentino contenuti diversi. Qui, di contro, l'intervento investe i soggetti; e, come nei cerchi concentrici, quello più piccolo è in modo eguale tracciato dalle leggi sia statali che regionali, mentre l'altro più largo lo è unicamente da queste ultime.

Sta di fatto che alla “tutela della salute” fa appello il ricorrente e ad essa pure si richiama (ma apoditticamente) altresì il verdetto della Consulta.

Le uniche vere ragioni a base dell'annullamento sono, ad ogni buon conto, com'è chiaro, di cassa: nelle più ridotte entrate dovute all'esenzione dal *ticket* per i soggetti non inclusi nell'elenco dei beneficiari contenuto nella legge statale, coi conseguenti, negativi effetti sul piano di rientro dal disavanzo regionale, in linea coi vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione europea¹².

Ma, si riusciranno a persuadere i soggetti che prima beneficiavano del trattamento di favore (o, per dir meglio, del trattamento *giusto*) e che ne sono quindi stati privati che la disciplina abrogativa è rispondente ad un imperativo costituzionale, mentre si poneva con essa in contrasto la vecchia? Si riusciranno a persuadere che l'esenzione stabilita per i portatori di patologie neoplastiche maligne o per coloro che sono in attesa di trapianti di organi, anche se ultramilionari, è giusta, mentre non lo è quella per chi è innocuo o cassaintegrato? Che ne è dell'eguaglianza (specie sostanziale), dei diritti inviolabili dell'uomo, tra cui appunto quello alla salute, e, in ultima istanza, della dignità della persona umana?¹³

È vero che il diritto alla salute – si è fatto in giurisprudenza ripetutamente notare¹⁴ – va bilanciato con la limitatezza delle risorse; la qual cosa, nondimeno, richiede pur sempre di esser fatta secondo ragionevolezza e, comunque, nel rispetto di quel principio-valore indisponibile che è la dignità¹⁵.

D'altro canto, se la partita si gioca tutta sul tavolo delle risorse disponibili, non si vede perché mai non si possa pretendere un pur parziale sacrificio economico a soggetti sofferenti ma non bisognosi

¹¹ In argomento, di recente, C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, in corso di stampa in *Giur. cost.*, 4/2011. In giurisprudenza, ci è stato, ancora da ultimo, rammentato dalla Consulta che il legislatore statale non si oppone a “che, nell'ambito dei LEA, che pure hanno una generale finalizzazione di tipo egualitario, una Regione possa differenziare per il suo territorio il livello di rimborsabilità dei farmaci”, sempre che “la Regione operi al fine del contenimento della propria spesa farmaceutica” (così, [sent. n. 330 del 2011](#), dove sono ripresi e fedelmente trascritti alcuni passi della [sent. n. 44 del 2010](#)).

¹² Sul contenimento della spesa pubblica, anche (e soprattutto) in relazione agli obblighi di origine sovranazionale, v., da ultimo, A. LONGO, *Alcune riflessioni sui rapporti tra l'interpretazione conforme a diritto comunitario e l'utilizzo del canone di equilibrio finanziario da parte della Corte costituzionale*, in <http://www.giurcost.org/>, 12 dicembre 2011.

¹³ Mi sovviene – non so bene perché – un passo, purtroppo alle volte dimenticato da studiosi ed operatori, che è nella *Introduzione al diritto costituzionale*, Torino 1994, 51, di T. MARTINES, laddove con la sua consueta sensibilità ed acutezza il compianto Maestro si poneva, pensoso, l'inquietante interrogativo: “Per parlar chiaro: cosa importa al cittadino barbone, che dorme sotto un ponte o su un marciapiede, sapere di essere titolare dei diritti di libertà che la Costituzione gli attribuisce e gli garantisce? O ancora, come può esercitare consapevolmente le sue libertà e difenderle da eventuali aggressioni chi non ne conosce i contenuti ed i modi di essere perché, per ragioni indipendenti dalla sua volontà, non ha potuto ricevere un adeguato grado di istruzione o (ma questa volta per colpa sua), pur essendo nelle condizioni di riceverlo, non si è curato di apprendere?”.

¹⁴ Ad es., in [Corte cost. n. 94 del 2009](#).

¹⁵ ... nella quale è, appunto, da vedere un valore “supercostituzionale” [così, A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss. e, ora, C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Mezzetti, Torino 2011, 239 ss.] o – secondo un'altra, felice immagine (G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/>) – la “bilancia” su cui si dispongono i beni della vita costituzionalmente protetti al fine della loro mutua ponderazione. Considera invece la dignità un bene disponibile, tra gli altri, G. GEMMA, *Dignità Umana: un disvalore costituzionale?*, in *Quad. cost.*, 2/2008, 379 ss.; in tutto e per tutto bilanciabile con altri beni anche secondo M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, a cura di G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, Napoli 2009, 1060 ss. In argomento, da ultimo, F. POLITI, *Diritti sociali e dignità umana nella Costituzione repubblicana*, Torino 2011.

mentre lo stesso possa (e debba) essere imposto a chi pure versa in condizioni di salute meno gravi e tuttavia non ha palesemente i mezzi per farvi fronte¹⁶.

È vero che quella di “coordinamento della finanza pubblica” è “nozione ampia”, come ha ancora di recente sottolineato la stessa Corte¹⁷; ed è pure vero che delle esigenze pressanti che al “coordinamento” stesso fanno capo la Corte, per la sua parte e nei limiti segnati al suo ruolo¹⁸, non può non farsi carico, così come, ancora prima di essa, devono curarsene gli organi preposti alla direzione politica¹⁹. E, però, la stessa giurisprudenza non ha mancato di precisare come, nell’esercizio del suo potere di “coordinamento” in parola, “il legislatore statale possa stabilire solo un limite complessivo che lasci agli enti stessi [e, perciò, alle Regioni] ampia libertà di allocazione delle risorse tra i diversi ambiti e obiettivi di spesa ... Qualora la legge statale vincolasse Regioni e Province autonome all’adozione di misure analitiche e di dettaglio, essa verrebbe a comprimere illegittimamente la loro autonomia finanziaria, esorbitando dal compito di formulare i soli principi fondamentali della materia ...”²⁰.

Qui è il *punctum crucis* della questione oggi nuovamente discussa.

Un conto è, infatti, far quadrare i... *conti*, altra cosa come raggiungere l’obiettivo senza per ciò menomare l’autonomia regionale e, *con ciò stesso*, sacrificare i diritti fondamentali, specie dei soggetti più deboli ed esposti, come tali bisognosi di essere prioritariamente protetti.

3. *Autonomia e diritti: simul stabunt vel simul cadent*

¹⁶ Da notizie di stampa circolate il 20 dicembre 2011 si apprende della possibile revisione, per iniziativa del Ministro R. Balduzzi, del sistema dei *ticket*, graduandone l’entità in ragione del reddito. Su ciò, si sono subito scatenate, com’era d’altronde prevedibile, accese polemiche. In astratto, l’idea mi parrebbe sacrosanta; bisogna tuttavia attenderne le realizzazioni, al fine di verificarne la rispondenza al diritto fondamentale alla salute e, ancora prima e di più, al valore della dignità della persona umana.

¹⁷ V., ad es., [sent. n. 229 del 2011](#).

¹⁸ Il punto però non chiarito è se i limiti stessi sono sempre stati osservati; della qual cosa, francamente, avrei qualche dubbio.

¹⁹ Non casuale è la circostanza per cui assai numerose, ricorrenti, sono le iniziative processuali promosse dal Governo avverso le leggi di questa o quella Regione e, di conseguenza, le pronunzie della Corte nelle quali è fatto richiamo al “coordinamento” in parola, molte delle quali riguardanti casi di stabilizzazione del personale (per limitare i riferimenti solo all’anno appena trascorso, e con riserva di ulteriori richiami più avanti, v. decc. nn. [7](#), [37](#), [67](#), [68](#), [69](#), [77](#), [91](#), [108](#), [122](#), [123](#), [127](#), [150](#), [155](#), [163](#), [170](#), [179](#), [182](#), [204](#), [207](#), [208](#), [217](#), [229](#), [232](#), [238](#), [248](#), [267](#), [310](#), [316](#), [326](#), [327](#) del 2011). Fa il punto sullo stato della giurisprudenza nella materia *de qua* L. CAVALLINI CADEDU, *Indicazioni giurisprudenziali per il coordinamento dinamico della finanza pubblica*, in <http://www.federalismi.it/>, 1/2011. Da una prospettiva più ampia le molteplici, complesse questioni che fanno capo al “coordinamento” in parola hanno costituito oggetto di esame, di recente, in occasione del convegno su *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica*, Cagliari 15-16 ottobre 2010, a cura di L. Cavallini Cadeddu, i cui *Atti* sono in corso di stampa per i tipi della Jovene (ed *ivi* G. RIVOSECCHI, *Il coordinamento dinamico della finanza pubblica tra patto di stabilità, patto di convergenza e determinazione dei fabbisogni standard degli enti territoriali*, in <http://www.amministrazioneincammino.it/>, 12 dicembre 2011); v., inoltre, i contributi ai convegni su *Il federalismo alla prova dei decreti delegati*, Varenna 22-24 settembre 2011, e *Patto di stabilità e governance multilivello. Vincoli europei e finanza locale nelle esperienze nazionali*, Roma - Senato della Repubblica 28 novembre 2011; e, ancora, G.G. CARBONI, *Il coordinamento della finanza pubblica alla luce di alcune esperienze straniere*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2/2007, 311 ss.; D. CABRAS, *Appunti sul tema del coordinamento della finanza pubblica tra Unione europea, Stato e autonomie territoriali*, in <http://www.federalismi.it/>, 22/2010; il *Rapporto 2011 sul coordinamento della finanza pubblica*, del maggio 2011, della Corte dei conti.

²⁰ Così, [sent. n. 237 del 2009](#); nella stessa decisione si precisa, poi, che le norme statali che pongono limiti alla spesa delle Regioni e degli enti locali “possono qualificarsi principi fondamentali di coordinamento della finanza pubblica alla seguente duplice condizione: in primo luogo, che si limitino a porre obiettivi di riequilibrio della medesima, intesi nel senso di un transitorio contenimento complessivo, anche se non generale, della spesa corrente; in secondo luogo, che non prevedano in modo esaustivo strumenti o modalità per il perseguimento dei suddetti obiettivi” (seguono riferimenti di giurisprudenza pregressa).

L'autonomia – si è tentato in altri luoghi di mostrare²¹ – ha senso se e in quanto si converta, nelle sue plurime manifestazioni (specie, appunto, in quelle al piano della normazione), in *servizio* per i diritti fondamentali, concorrendo per la sua parte al loro massimo appagamento possibile, alle condizioni oggettive di contesto. È stata pensata proprio per questo, pur se non in questo soltanto essa si risolve e riduce; ed è proprio per ciò, dunque, che fa tutt'uno con la salvaguardia dei diritti: *simul stabunt vel simul cadent*. È ovvio che, già al momento della predisposizione dei mezzi volti alla necessaria provvista finanziaria richiesta dal fine, occorre fare delle scelte, ordinandole secondo scale di priorità pur sempre orientate verso l'intero sistema dei beni costituzionalmente protetti (e non soltanto verso i diritti, dunque, ma anche verso istanze di altra natura, specie collettive). Gli stessi diritti, in sede di riparto delle risorse destinate al loro appagamento, richiedono di essere reciprocamente temperati, di modo che nessuno di essi possa essere oltre misura sacrificato ad esclusivo o, come che sia, eccessivo beneficio di altri. Il bilanciamento è, appunto, la “tecnica” allo scopo posta in essere: un bilanciamento – non è inopportuno qui rammentare – che o è ragionevole oppure semplicemente non è. La dignità, poi, come si faceva poc'anzi notare, è il parametro che sta a base delle operazioni di ponderazione assiologica, nel suo porsi come il primo dei diritti (e, a mia opinione, anche dei doveri) fondamentali e il fondamento di ogni altro diritto²².

Nessuno ovviamente nega il peso crescente, determinante, che – specie nella presente, particolarmente sofferta congiuntura economico-finanziaria caratterizzata da una crisi internazionale senza precedenti – va assegnato al bisogno di contenimento delle pubbliche spese, nel campo della sanità come altrove. Ferma però restando la soglia invalicabile segnata, specie per mano dell'Unione, all'iniziativa degli Stati membri dell'Unione stessa, il riparto e la destinazione delle risorse in ambito interno non possono considerarsi in tutto e per tutto rimessi ad opzioni fatte in sovrana solitudine a livello centrale²³; tanto meno è possibile accedere all'idea che siffatte opzioni si traducano in un appiattimento dell'autonomia, che – come si è venuti dicendo – *ipso facto* si commuterebbe in un indebito sacrificio per i diritti. Un margine, per contenuto che di necessità debba essere, per apprezzamenti discrezionali fatti in ambito locale va dunque salvaguardato, anche per ciò che concerne gli obiettivi verso i quali far convergere gli sforzi maggiori al servizio della comunità stanziata sul territorio²⁴.

D'altro canto, ancora non molto tempo addietro la stessa giurisprudenza ha preso in considerazione la condizione di taluni soggetti, quali gli stranieri irregolari, ammettendoli a godere delle prestazioni sanitarie, pur se con talune restrizioni rispetto ai cittadini ed agli stessi stranieri regolarmente residenti²⁵:

²¹ Di recente, nei miei *Regioni e diritti fondamentali*, in *Giur. it.*, 6/2011, 1461 ss. e *L'autonomia regionale (profili generali)*, in <http://www.federalismi.it>, 24/2011.

²² Non posso ora tornare ad intrattenermi sulle implicazioni che si danno tra diritti e doveri per un verso, doveri e dignità per un altro. Mi limito solo a ribadire il mio fermo convincimento che gli uni non possono fare a meno degli altri e tutti assieme si tengono appunto dalla dignità, la quale poi, nel momento stesso in cui proietta la sua luce, con pari intensità, sia sui diritti che sui doveri, riceve allo stesso tempo (e circolarmente) da questi alimento, non potendosi da sé sola reggersi in piedi e così dare sostegno all'intero ordinamento.

²³ Vengono qui in rilievo i meccanismi di “leale cooperazione”, nelle plurime forme e nella pari varietà di effetti in cui quest'ultima prende corpo e si rende manifesta, a riguardo dei quali, per tutti, v. S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Milano 2008.

²⁴ Si è, ancora non molto tempo addietro, nuovamente discusso a riguardo di come temperare uniformità e differenziazione sul terreno delle prestazioni necessarie a salvaguardia del diritto alla salute in occasione del convegno di Firenze del 20 novembre 2009 su *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, a cura di E. Catelani-G. Cerrina Feroni-M.C. Grisolia, Torino 2011.

²⁵ V., part., [sent. n. 61 del 2011](http://www.forumcostituzionale.it) (e, su di essa, ora, F. BIONDI DAL MONTE, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, in <http://www.forumcostituzionale.it>; v., inoltre, utilmente C. SALAZAR, *Dieci anni dopo la riforma del Titolo V: il “ruolo” delle fonti regionali*, relaz. al convegno su *Il regionalismo italiano dall'unità alla Costituzione e alla sua riforma*, organizzato dall'ISSIRFA, Roma 20-22 ottobre 2011, in *paper*). Da un punto di vista più ampio, sulla condizione degli immigrati è venuta col tempo formandosi una letteratura ormai incontenibile: segno di una sensibilità che va maturando, di cui, ancora fino a

restrizioni, a mia opinione²⁶, di assai dubbia conformità al dettato costituzionale, specificamente nella parte in cui, affermandosi che il godimento dei diritti inviolabili da parte dei clandestini è assicurato unicamente nel loro “nucleo duro”, ne possa risultare comunque incisa la dignità. Col fatto stesso di “graduare” la tutela di diritti che, una volta non riconosciuti nella identica misura a ciascun essere umano, smarriscono la loro qualità di “fondamentali”, viene a soffrirne la dignità che, senza la piena salvaguardia dei diritti medesimi, è meramente enunciata ma non più effettiva, non si fa insomma esperienza di vita vissuta²⁷.

4. Due buone ragioni per far salva la disciplina regionale impugnata: in ispecie, il possibile ampliamento dell'area di tutela coperta dalle norme statali e il bilanciamento tra norme sulla normazione e norme sostantive, con la conseguente preminenza data alle seconde sulle prime. Oscillazioni ed aporie di costruzione riscontrabili nella giurisprudenza costituzionale, a seconda che la lesione delle competenze, ancorché giustificata dal bisogno di prestare tutela ai diritti, si abbia ad opera delle leggi statali ovvero di quelle regionali

Cosa si sarebbe dunque dovuto fare nella circostanza che ha dato lo spunto per questa succinta riflessione?

La premessa da cui qui si muove è – come si è veduto – che l'autonomia richiede comunque il riconoscimento di margini consistenti di autodeterminazione a favore degli enti che ne sono dotati (e, perciò, di reciproca differenziazione, così come di differenziazione rispetto allo Stato)²⁸, un'autodeterminazione che va spesa al servizio dei diritti fondamentali, rendendo il quale (e rendendolo effettivamente) l'autonomia realizza se stessa, in misura tanto più intensa ed apprezzabile quanto più si indirizzi a beneficio dei soggetti che versino in condizioni di particolare bisogno.

Come si sarà capito, la Corte avrebbe dovuto, a mia opinione, far salva la disciplina regionale impugnata; e ciò per una duplice ragione.

In primo luogo, perché è assai dubbio che l'ampliamento dell'area coperta dai principi fondamentali delle leggi statali²⁹ per ciò stesso comporti un'incisione della competenza statale, secondo quanto si è

pochi anni addietro, non si aveva invero riscontro. Da ultimo e per tutti, v. AA.VV., *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, a cura di F. Angelini-M. Benvenuti-A. Schillaci, Napoli 2011.

²⁶ V., infatti, quanto se ne dice nelle mie *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, in www.rivistaaic.it, 2/2011, spec. al § 2. A riguardo dell'ingiustificato, diverso trattamento riservato a cittadini e stranieri nel godimento dei diritti fondamentali (quanto meno, di alcuni), v., da ultimo, anche A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in <http://www.rivistaaic.it>, 4/2011.

²⁷ Nessuna restrizione, invece (e per fortuna), si riscontra in [Corte cost. n. 329 del 2011](#), con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, c. XIX, della legge n. 388 del 2000 (legge finanziaria per il 2001), nella parte in cui subordinava l'erogazione dell'indennità di frequenza di cui all'art. 1 della legge 11 ottobre 1990, n. 289 (Modifiche alla disciplina delle indennità di accompagnamento di cui alla legge 21 novembre 1988, n. 508, recante norme integrative in materia di assistenza economica agli invalidi civili, ai ciechi civili ed ai sordomuti e istituzione di un'indennità di frequenza per i minori invalidi) per il cittadino minore extracomunitario alla titolarità della carta di soggiorno.

²⁸ Sta qui, *in nuce*, l'idea di autonomia politica, per la cui opportuna messa a fuoco richiamo ora solo il magistrale *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia* di T. MARTINES, apparso nella *Riv. trim. dir. pubbl.* del 1956 e che può vedersi anche in ID., *Opere*, III, Milano 2000, 293 ss. È bensì vero che, secondo modello, la stessa capacità di differenziazione degli enti dotati di autonomia, sia *inter se* che (e soprattutto) rispetto allo Stato, va incontro a limiti di varia intensità, a salvaguardia dell'unità-indivisibilità dell'ordinamento; parimenti vero è, tuttavia, che il modello stesso è stato nell'esperienza innaturalmente piegato a gravi, reiterate torsioni, dovute ad una spiccata, manifesta tendenza alla omologazione degli indirizzi politici regionali ed al loro appiattimento rispetto alle indicazioni date dallo Stato e, più ancora, dall'Unione europea, alle quali assai di frequente ha – come si sa – prestato fin troppo generoso avallo la giurisprudenza costituzionale.

Il caso oggi commentato s'inscrive a pieno in questo quadro, offrendo ulteriore testimonianza della tendenza in parola.

²⁹ ... ammesso, ma non concesso, che carattere di statuizione espressiva di principi fosse davvero da riconoscere, così come riconosciuto dalla Corte, alla norma posta a parametro del giudizio.

fatto dietro notare col richiamo alla fissazione dei livelli dei... “livelli essenziali” delle prestazioni riguardanti i diritti.

La seconda ragione evoca in campo una generale e cruciale questione di ordine teorico. Si tratta, infatti, di stabilire se le norme sulla normazione (e, tra queste, dunque, le norme sulle competenze) siano da considerare sempre e comunque inderogabili ovvero soggiacciono esse pure ad operazioni di bilanciamento secondo valore, in particolare con norme sostantive cui sia quindi riconosciuta la preminenza in ragione delle esigenze del caso³⁰.

La Corte ci dice che questo è possibile ed anzi doveroso, tanto al piano dei rapporti interordinamentali quanto a quelli intraordinamentali (con specifico riguardo alle relazioni Stato-Regioni).

Nell'uno, come si ricorderà, si è ammesso che il disposto costituzionale che vuole comunque asservite le discipline delle leggi statali e regionali all'osservanza delle norme internazionali (e, segnatamente, della CEDU) possa sottostare a bilanciamento con norme che danno copertura ad altri beni costituzionalmente protetti³¹. Nel qual caso, se ci si pensa, il conflitto tra norma sulla normazione e norma sostantiva scivola e si converte in un conflitto tra norme tutte sostantive, trattandosi in fin dei conti di stabilire presso quale fonte si situi la più “intensa” tutela ai diritti, da lì dovendosi appunto attingere la norma da applicare³².

³⁰ In realtà, bisogna distinguere norma da norma sulla normazione. Mi rifaccio al riguardo, ancora una volta, alla tipologia messa a punto da E. ZITELMANN, *Geltungsbereich und Anwendungsbereich der Gesetze. Zur Grundlegung der völkerrechtlichen Theorie des Zwischenprivatrechts*, in *Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für K. Bergbohm*, Bonn 1919, 207 ss., di cui si ha una traduzione in italiano curata da T. BALLARINO, *Sfera di validità e sfera di applicazione delle leggi*, in *Dir. internaz.*, 1961, 152 ss., che mi sono già in altri luoghi sforzato di mettere a frutto a finalità sistematica [spec. in *Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuridica (teoria generale, dogmatica, prospettive di riforma)*, in *Pol. dir.*, 1987, 175 ss. e, quindi, in *La legge come fonte sulla normazione?*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Napoli 2011, 3083 ss., e già in <http://www.osservatoriosullefonti.it/>, 2/2010, e *Norme sulla normazione e valori*, in www.rivistaaic.it, 3/2011]. Ebbene, le norme sulla interpretazione e le norme sui procedimenti non possono – a me pare – soggiacere a deroga o violazione alcuna, dalla loro congenita rigidità e parimenti rigida ed uniforme applicazione specificamente dipendendo il riconoscimento degli atti e la integra trasmissione dell'ordinamento nel tempo (e, perciò, a conti fatti, la salvaguardia della identità di quest'ultimo). Di contro, le norme-ordinamento – come mi è piaciuto chiamarle –, che si volgono alla definizione della efficacia degli atti cui si riferiscono e, perciò, presiedono ai rapporti tra le fonti, fissando dunque il “posto” da ciascuna di esse detenuto nel sistema, possono soggiacere a bilanciamento, secondo quanto qui pure si ha modo di riscontrare, in ragione della peculiarità del caso.

Altra (e generale) questione è, poi, quella riguardante la possibilità di seguire a chiamare con lo stesso nome norme dai tratti costitutivi e dal complessivo regime comunque diversi, rimettendosi pertanto in discussione la loro perdurante *reductio ad unum*. Il punto, estremamente complesso, richiede nondimeno un approfondimento teorico di cui è, evidentemente, altra la sede.

³¹ Ci si riferisce, in particolare, alla [sent. n. 317 del 2009](#), dove si riprende ed esplicita un sibillino passaggio della pronuncia con cui è stato inaugurato il nuovo corso della giurisprudenza sulla CEDU, la 348 del 2007. Notazioni di vario segno a riguardo della decisione del 2009 sono in AA.VV., *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M. Pedrazza Gorlero, Napoli 2010; D. BUTTURINI, *La partecipazione paritaria della Costituzione e della norma sovranazionale all'elaborazione del contenuto indefettibile del diritto fondamentale. Osservazioni a margine di Corte cost. n. 317 del 2009*, in *Giur. cost.*, 2/2010, 1816 ss.; C. PANZERA, *Un passo alla volta. A proposito della più recente giurisprudenza costituzionale sulla CEDU*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, a cura di F. Dal Canto-E. Rossi, Torino 2011, 299 ss., spec. 303 ss., e, pure *ivi*, A. RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il “dialogo” tra le Corti*, 313 ss. Utili spunti ricostruttivi possono poi aversi da R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma 2011, eda AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti-A. Morrone, Torino 2011. Infine, volendo, v. anche il mio *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in <http://www.rivistaaic.it/>, 1/2011.

³² Quale poi possa essere il modo giusto col quale procedere a siffatto impegnativo accertamento è invero oggetto di accesa discussione. Non sembra tuttavia a me dubbio che il riferimento primo (ed ultimo) debba, una volta di più, rinvenirsi nella dignità della persona umana.

Ora, questa “logica” che fermamente si volge alla pur disagiata e sofferta ricerca della soluzione maggiormente idonea all’appagamento dei diritti (e, più in generale, all’affermazione della Costituzione *magis ut valeat*) è dalla Corte fatta valere anche al piano delle relazioni Stato-Regioni; e tuttavia – stranamente – solo in modo parziale, diciamo pure: *a senso unico*. Si è infatti ammesso il carattere recessivo delle norme costituzionali sulle competenze per dar fiato alle norme sui diritti, allo scopo di dar modo a questi ultimi di trovare un qualche appagamento, alle pur difficili condizioni complessive di contesto. Ciò che però s’è fatto allorché l’invasione di campo era ad opera dello Stato³³, non pure nel caso inverso, d’intervento regionale a presidio dei diritti sollecitato da perduranti carenze della disciplina statale³⁴. Nella vicenda che ha dato lo spunto per queste note, come si vede, la Corte prosegue a far scorrere la propria giurisprudenza lungo questo binario, sanzionando la disciplina regionale che s’era (a suo dire...) portata oltre l’ambito suo proprio e, per ciò stesso, però, sacrificando i diritti di cui la stessa si faceva cura.

In tal modo, la Corte mostra di farsi portatrice di un’idea singolare (e, a mia opinione, deformata) sia di unità-indivisibilità che di autonomia, antepoendo in un caso e posponendo nell’altro i diritti alle ragioni della salvaguardia delle competenze, secondo una lettura di opposto segno del quadro costituzionale. E, invero, come si avvertiva all’inizio di questa nota, in gioco è qui il metodo nello studio delle questioni di diritto costituzionale e, a un tempo, l’idea di Costituzione di cui, in modo oscillante e, a dirla tutta, incoerente, la Corte si fa espressione.

Nell’un caso, ammettendosi il possibile (e, alle volte, necessario) ripiego delle norme sulla normazione davanti alle norme sui diritti la Corte dà voce all’idea di *Costituzione come “sistema”*, superando le artificiose barriere che tengono innaturalmente separata la parte organizzativa dalla parte sostantiva della Carta³⁵. Nell’altro, di contro, considerando comunque invalicabile dalla disciplina regionale la soglia oltre la quale è il campo riservato alla sola coltivazione da parte dello Stato, la Corte irrigidisce il modello, che invece per sua natura deve restare duttile e sempre pronto all’uso in vista dell’ottimale scioglimento dei nodi di diritto costituzionale, in tal modo innalzando artificiosamente il muro divisorio tra prima e seconda parte della Carta.

5. Quale la tecnica decisoria di cui la Corte avrebbe potuto fare utilizzo ove si fosse orientata ad anteporre la salvaguardia dei diritti al mantenimento del riparto delle competenze, in tesi alterato dalla disciplina regionale impugnata?

È da chiedersi a questo punto quale avrebbe potuto essere, nella circostanza odierna, la tecnica decisoria maggiormente conducente allo scopo, ove la Corte si fosse disposta nell’ordine di idee qui patrocinato. Non escludo che, volendo, avrebbe potuto anche sollevare questione di legittimità costituzionale davanti a se stessa in relazione alla norma-parametro, così commutata in oggetto o, comunque, rilevare, in occasione del giudizio sulla fonte regionale, l’inidoneità della fonte statale interposta ad integrare il parametro costituzionale³⁶, a motivo della violazione da essa operata nei riguardi

³³ Si rammenti, ad es., il caso risolto da [Corte cost. n. 10 del 2010](#), con riguardo alla introduzione della *social card* da parte dello Stato, pur cadendo essa su materia (i servizi sociali) dalla stessa Corte riconosciuta di spettanza delle Regioni.

³⁴ Faccio ora richiamo alla [sent. n. 373 del 2010](#) [sulla quale, se si vuole, può vedersi la mia nota dal titolo *A proposito di (impossibili?) discipline legislative regionali adottate in sostituzione di discipline statali mancanti (nota a Corte cost. n. 373 del 2010)*, in [www.federalismi.it](#), 1/2011].

³⁵ Sul carattere artificioso della partizione in parola, da tempo messo in evidenza dalla più avvertita dottrina, v., per tutti, M. LUCIANI, *La “Costituzione dei diritti” e la “Costituzione dei poteri”*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Padova 1985, 497 ss.

³⁶ ... secondo quanto ha, peraltro, più volte affermato di poter fare: ad es., con riguardo alle norme della CEDU, per il caso, astrattamente configurabile per quanto giudicato praticamente remoto, che esse risultino sospette di violare il dettato costituzionale.

dell'art. 3 in combinato disposto con l'art. 2 della Carta³⁷. E, per quanto possa per più versi apparire singolare, proprio la norma regionale impugnata avrebbe potuto essere assunta quale indice della intrinseca irragionevolezza del disposto statale, nella parte in cui quest'ultimo riferisce alla condizione personale o di salute dei *soli* soggetti nominati la misura dell'esenzione dal *ticket*, trascurando lo stato di salute e di palese e non meno grave bisogno economico in cui versano altri soggetti, indebitamente pretermessi. La norma regionale, insomma, avrebbe potuto fungere da *tertium comparationis* – diciamo così – “culturale”, se non pure ovviamente positivo, in sede di riscontro della intrinseca (ir)ragionevolezza della norma statale.

So bene che il rischio, assai grave, cui si sarebbe andati incontro battendo la via ora indicata sarebbe stato quello di considerare riservata al discrezionale apprezzamento del legislatore la individuazione dei soggetti meritevoli di essere inclusi nel catalogo dei beneficiari della esenzione. La Corte, ad ogni buon conto, avrebbe potuto ugualmente far salva la disciplina impugnata, pur senza spingersi fino al punto di caducare la norma statale, percorrendo l'una o l'altra delle strade dietro indicate: considerando, cioè, non “chiuso” il catalogo suddetto o, all'opposto, pur qualificandolo come tassativo, posponendo il riparto delle competenze ai diritti, le norme sulla normazione alle norme sostantive (qui, i principi fondamentali di cui agli artt. 2 e 3, nella loro congiunta, inscindibile connessione e nella loro irriducibile vocazione a farsi, a un tempo, strumento e specchio della dignità³⁸).

D'altro canto, i pur indisponibili vincoli di ordine finanziario possono trovare vie diverse per farsi valere di quelle che, in un modo o nell'altro, mortificano a un tempo l'autonomia e i diritti. Ciò che può (e, a mia opinione, deve) farsi salvaguardando l'autonomia per ciò che attiene alla destinazione delle risorse di cui dispone, in ragione del peculiare contesto in cui l'autonomia stessa s'inscrive ed opera.

6. Una succinta notazione finale, con l'augurio che le questioni di diritto costituzionale (e di diritti costituzionali) possano essere risolte preservando l'idea, che sta a base dell'ordine repubblicano, della centralità della persona umana

Concludendo. La vicenda qui annotata obbliga a ripensare a quale “utilizzo” si vuol fare della Costituzione come “sistema”: con specifico riguardo alle norme che definiscono l'assetto delle competenze di Stato e Regione, se è giusto seguitare a farne un uso – per dir così – *a scomparsa*, ora proiettandole in primo piano sulla scena ed obbligando gli enti di autonomia a prestarvi scrupoloso, inderogabile ossequio, ed ora invece posponendole o, ad esser franchi, mettendole senza rimpianto da canto a fronte del pressante bisogno di far valere su di esse le norme sui diritti.

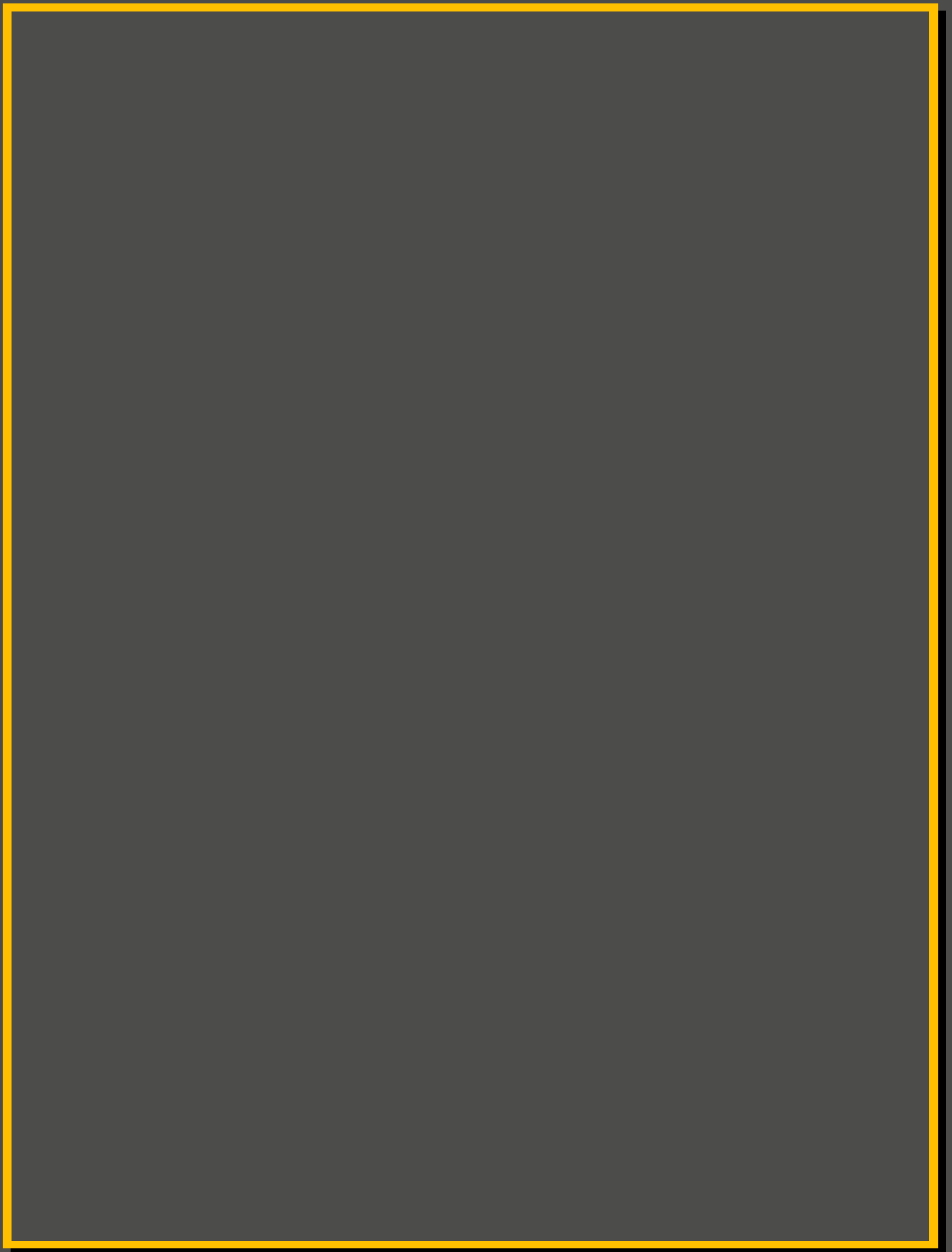
Qui – come si è venuti dicendo – è il *punctum crucis*, questa la posta in palio. Per chi, come me, è stato pasciuto all'idea, nella quale tuttora senza riserve si riconosce, che è stata a base della nascita della Repubblica e della sua Costituzione, l'idea che fa della centralità della persona umana il perno attorno al quale ruotano le più salienti dinamiche di apparato e il punto fermo da cui esse sono obbligate a tenersi al momento in cui si dispongono al servizio della comunità governata, la risposta è scontata. L'augurio è che anche la giurisprudenza, che pure – come si è rammentato – ha, ancora di recente, dato prova di sensibilità nella ricerca della più “intensa” tutela da apprestare ai diritti (e, in genere, agli interessi costituzionalmente protetti), possa trovare in sé le risorse per superare le remore che ancora la trattengono dal far proprio l'indirizzo di metodo, prima ancora che di teoria, qui patrocinato. Quanto meno che contenga (se non pure interamente rimuova) le oscillazioni che fin qui ne hanno segnato il passo, frutto

³⁷ ... sempre che – si torna a dire – la si intenda, col Governo ricorrente e il giudice costituzionale, come preclusiva di qualsivoglia allargamento.

³⁸ Sulle mutue implicazioni che si intrattengono tra i principi di cui agli artt. 2 e 3 della Carta, v. la densa riflessione teorica di G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009.

di una deformata visione sia dell'unità che dell'autonomia, quali i due profili reciprocamente complementari di uno stesso valore fondamentale bisognosi di essere costantemente ricomposti nella pratica giuridica in un quadro ricostruttivo maggiormente equilibrato ed armonico nelle sue linee portanti, complessivamente informato al valore della dignità: la *Grundnorm* e il *Grundwert* assieme che sta a base delle esperienze dei diritti (e dei doveri), il loro *fine* e il *confine* nel diritto costituzionale vivente.

2012



Antonio Ruggeri
Davvero inammissibili i referendum elettorali per la (supposta) impossibilità di
“reviviscenza” della normativa previgente rispetto a quella oggetto di abrogazione
popolare?
(a prima lettura di [Corte cost. n. 13 del 2012](#))*

Com'era ampiamente previsto, il cuore della questione oggi definita dalla pronuncia della Corte che ha dichiarato inammissibili le domande referendarie riguardanti il “porcellum” era dato dalla c.d. (impropriamente detta) “reviviscenza” della previgente disciplina elettorale, vigorosamente patrocinata dai promotori ed invece non riconosciuta come possibile dalla Consulta. Su di esso, dunque, si è specificamente appuntata l'attenzione del giudice, che vi ha dedicato la gran parte del ragionamento svolto a sostegno della tesi nella quale la maggioranza dei componenti il collegio si è riconosciuta.

Se ne dirà a momenti; e, tuttavia, conviene da subito rilevare che non solo ad esso ha fatto riferimento la Corte nella decisione cui si dirige questo breve commento, che si segnala altresì per talune affermazioni meritevoli di considerazione ed indicative, forse, di un modo almeno in parte diverso dal passato di accostarsi all'istituto referendario e di delinearne i connotati complessivi. Si tratta, poi, come sempre, di vedere quanta parte di tali affermazioni siano da riportare specificamente ed esclusivamente al caso portato al vaglio della Corte e quant'altra invece, innalzandosi rispetto alla congiuntura, possieda una generale valenza.

Si presti attenzione al modo con cui la Corte fissa, con consumata abilità, le basi del suo ragionamento, anche allo scopo – si può supporre – di parare sul nascere taluni rilievi mossi dai sostenitori della causa dell'ammissibilità ovvero di non dare spazio all'accoglimento di alcune delle proposte operative dagli stessi avanzati.

La Corte si fa infatti cura di tenere nettamente distinto il giudizio di ammissibilità delle domande referendarie dal giudizio di costituzionalità, sia che esso si appunti sul referendum (o, se si preferisce, sulla normativa di risulta) e sia pure che riguardi la legge oggetto del referendum stesso, rilevando come siffatta distinzione di funzioni o separazione dei piani risponda ad “una costante giurisprudenza” ed aggiungendo che le eventuali questioni sulla legge n. 270 del 2005 non sarebbero comunque pregiudiziali alla soluzione del problema dell'ammissibilità¹.

Questa è, forse, tra le affermazioni di ordine “teorico” proprio quella di maggior rilievo, per le implicazioni a largo raggio che possono aversene, a taluna delle quali vi si farà a momenti cenno. Sappiamo però tutti bene che le cose non stanno affatto così o, meglio, *del tutto* così, la Corte essendosi in molte occasioni interrogata sugli effetti “conseguenziali” discendenti dall'esito della prova referendaria, sotto lo specifico aspetto della loro conformità a Costituzione.

Fissata nondimeno questa premessa, è chiaro che nessun spazio è ormai più potuto residuare per la eventuale sospensione del giudizio di ammissibilità accompagnata dalla prospettazione fatta dalla Corte a se stessa di una questione avente ad oggetto la disciplina legislativa presa di mira dal referendum: una prospettazione dalla Corte giudicata impossibile per carenza della rilevanza² e che invece era stata sollecitata da quanti, temendo ciò che è poi accaduto (la dichiarazione d'inammissibilità), hanno tentato per altra via di conseguire l'obiettivo di mettere comunque in mora le forze politiche ed obbligarle a

* Il presente contributo è destinato alla pubblicazione nel volume AA.VV., *Nel “limbo” delle leggi. Abrogazione referendaria della legge Calderoli e reviviscenza delle leggi Mattarella?*, Giappichelli, Torino, 2012 (e-book), in corso di pubblicazione.

¹ Punto 3 del *cons. in dir.*

² Difende sul punto la presa di posizione assunta dalla Corte A. PERTICI, *La Corte costituzionale conferma la propria giurisprudenza: quesiti referendari inammissibili se la normativa elettorale “di risulta” non è direttamente applicabile*, in www.gruppodipisa.it, § 5.

porre finalmente mano al rifacimento della normativa elettorale. Sta di fatto che, ove si fosse dato seguito a questa proposta, si sarebbe potuto porre rimedio ad una delle più gravi e vistose zone “franche” (o, quanto meno, “d’ombra”³) della giustizia costituzionale, sempre che poi la Corte reputi di poter concorrere per la sua parte a sciogliere il nodo elettorale⁴.

Non saprei poi dire se dalla separazione netta del giudizio di ammissibilità rispetto al giudizio di costituzionalità possa ovvero debba implicitamente dedursi, per logica conseguenza, la conferma del carattere non “giurisdizionale” del primo giudizio (che, dunque, non sarebbe davvero tale), secondo quanto peraltro – come si sa – da tempo patrocinato da una avveduta dottrina. Con ogni probabilità, si tratterebbe di una deduzione forzata, che mette cioè in bocca alla Corte un’affermazione che in realtà quest’ultima non ha fatto né inteso fare⁵. E sia. È nondimeno significativa la manovra di avvicinamento posta ora in essere dal giudice costituzionale alla sponda di una risalente dottrina, che poi – come si diceva – ha dovuto almeno in parte ricredersi, favorevole alla rigida separazione di piani, tempi e modi di svolgimento dell’uno e dell’altro giudizio (volendo così chiamare, per comodità e senza alcun impegno teorico, anche il controllo sull’ammissibilità dei quesiti referendari).

La Corte, dunque, circoscrive il campo entro cui va fatta la verifica dell’ammissibilità al solo accertamento della sussistenza della duplice condizione relativa alla omogeneità e riduzione ad unità delle domande per un verso, alla coerenza ed autoapplicatività della normativa di risulta per un altro. Un’autoapplicatività che poi, come si diceva, rimanda al nodo della “reviviscenza” della disciplina legislativa previgente rispetto a quella presa di mira dai promotori.

La parte più corposa ed interessante, a finalità teorico-ricostruttiva, della motivazione della decisione ora annotata è quella dedicata al quesito n. 1, considerato inammissibile in forza del *leit motiv* costituito dal carattere non “parziale” dello stesso, investendo esso l’intera legge elettorale del 2005.

Già in quest’affermazione, che la Corte attinge sia dalla propria giurisprudenza pregressa che da una dottrina invero non poco consistente, si trae conferma della impossibilità (a dire della Corte e di quanti ne condividono l’orientamento) della “reviviscenza”, rivelandosi il referendum strutturalmente inidoneo ad esprimere una volontà inequivoca a riguardo della stessa, in un senso e nell’altro.

La Corte poi indugia, con affermazioni tuttavia talora ridondanti, sul punto, ma – a mia opinione – non con argomenti stringenti e del tutto persuasivi.

Francamente sorprende l’*incipit* del punto 4 del *cons. in dir.*, laddove si dichiara che “le due richieste referendarie hanno lo stesso fine: l’abrogazione della legge n. 270 del 2005, allo scopo di restituire efficacia alla legislazione elettorale in precedenza vigente”.

Miglior riconoscimento di questo non potrebbe, a mio modo di vedere, aversi a riguardo della esistenza di un fine immanente, oggettivato, della domanda referendaria (si badi: al di là della soggettiva intenzione dei promotori). In astratto, è naturalmente da mettere in conto – per la materia elettorale come

³ In questi termini se ne tratta – come si sa – in *Le zone d’ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, a cura di R. Balduzzi e P. Costanzo, Giappichelli, Torino, 2007.

⁴ ... e, francamente, se ne può dubitare. Non credo infatti che anche in avvenire la Corte voglia spingersi oltre il monito rivolto alle Camere (e, perciò, in buona sostanza alle forze politiche) a far luogo ai necessari interventi chirurgici nel corpo di una disciplina legislativa che – come pure nella odierna pronuncia si rammenta, con richiamo ad anteriori decisioni (punto 3 del *cons. in dir.*) – esibisce “aspetti problematici” bisognosi di essere nella sede parlamentare attentamente riconsiderati.

⁵ E ad avvalorarlo è la circostanza per cui la stessa Corte non ha escluso *per ogni caso* la possibilità di proporsi come giudice *a quo*, anche in sede di giudizio di ammissibilità: non però, a quanto pare, con riguardo alle leggi oggetto delle domande referendarie bensì in relazione alle norme sulla normazione referendaria, essendosi presa in considerazione l’ipotesi di un giudizio previo sull’art. 37 della legge n. 352 del 1970, nondimeno scartata in quanto la relativa questione sarebbe risultata inidonea a “superare l’esame preliminare di non manifesta infondatezza” (punto 5.1 del *cons. in dir.*). A dirla tutta, anzi, poiché dell’art. in parola la Corte non è chiamata a fare “applicazione” nel giudizio di ammissibilità, la relativa questione sarebbe essa pure carente di rilevanza. A conti fatti, dunque, le sole questioni astrattamente meritevoli di apprezzamento nel merito sarebbero quelle aventi ad oggetto le norme di legge specificamente riguardanti i poteri della Corte in sede di giudizio di ammissibilità. Dubito però che nei fatti esse possano avere molte opportunità di farsi strada.

per ogni altra – l’eventualità che il fine stesso possa anche non aversi; e, però, a stare al passo ora trascritto, parrebbe non essere questo il nostro caso. Ad ogni buon conto, la circostanza per cui il fine possa non trasparire con cristallina chiarezza in alcune domande referendarie ovvero essere persino di segno opposto (nel senso cioè della deregolazione della materia, fatta così transitare nell’indifferente giuridico) non consente – a me pare – di escludere in partenza, per un aprioristico convincimento, che il fine stesso, in qualche caso, si abbia e che si renda con chiarezza visibile attraverso la formulazione della domanda referendaria (di contro, ad avviso della Corte, l’esito dell’abrogazione darebbe vita a “conseguenze imprevedibili ... con ricadute negative in termini di certezza del diritto”⁶).

È affetta da formalismo esasperato la tesi, nella circostanza odierna fatta propria dalla Corte, per cui, laddove l’obiettivo della “reviviscenza” dovesse essere *expressis verbis* dichiarato in un testo di legge, esso potrebbe (peraltro, eccezionalmente) aversi, restando altrimenti escluso: per le leggi stesse così come per le domande referendarie. Si tratterebbe infatti di un esito contrario ai canoni elementari che presiedono all’attività ermeneutica, che – come si sa – non consentono che ci si arresti alla mera interpretazione “letteralistica” degli enunciati, richiedendo piuttosto di andare anche oltre quest’ultima per coglierne l’intima *ratio* significante, nella considerazione sistematica degli enunciati, vale a dire per il modo con cui gli uni si pongono davanti agli altri e tutti assieme fanno appunto “sistema”.

È poi vero – qui, ma solo qui, ha a mia opinione ragione la Corte – che la “reviviscenza” non può considerarsi, in via generale, un fatto naturale od ordinario conseguente all’effetto abrogativo, dovendosene piuttosto provare l’esistenza nei singoli casi. Laddove però le iniziative referendarie prendano di mira leggi costituzionalmente obbligatorie (e, tra queste, proprio quelle elettorali o, meglio, alcune loro disposizioni), non può negarsi che si sia in presenza quanto meno di un indizio, se non pure di una prova certa, a favore di quella obiettivazione del fine nel senso della “reviviscenza”, di cui un momento fa si diceva, e che deve quindi essere avvalorata da ulteriori, decisivi riscontri.

È questo che si intendeva dire a sostegno della tesi, espressamente confutata dalla Corte⁷, secondo cui la “reviviscenza” naturalmente e in modo lineare consegue al carattere costituzionalmente imposto della disciplina elettorale, specificamente laddove il quesito referendario sia fatto oggetto – come a me pare si debba⁸ – d’interpretazione costituzionalmente orientata: né più né meno di come si fa (o dovrebbe farsi) per le leggi e le fonti del diritto in genere (altrimenti opinando, ancora una volta, proprio la manifestazione più genuina e diretta di sovranità popolare risulterebbe irragionevolmente penalizzata ed anzi distorta nel suo fisiologico svolgimento). Una tesi, quella appena riferita, a giudizio della Corte, censurabile per il fatto di tramutare “un limite dell’ammissibilità della richiesta referendaria in un fondamento della sua stessa ammissibilità”. Tutt’all’inverso, proprio grazie alla risorsa della “reviviscenza”, si ha modo di evitare che le leggi costituzionalmente imposte vengano a godere dell’insopportabile privilegio di trovarsi messe al riparo non solo delle abrogazioni “secche” ma, forse ed almeno in taluni casi, della loro stessa caducazione da parte del giudice delle leggi.

Su quest’ultimo punto, la Corte distingue, in linea – come si sa – con un accreditato orientamento dottrinale, tra il venir meno di norme a motivo del loro annullamento e la loro caducazione per abrogazione⁹, ma in modo fin troppo laconico e meramente allusivo, senza dunque dar conto delle ragioni che deporrebbero per un differenziato regime dei due casi, sotto lo specifico aspetto dell’attitudine ammessa nell’uno ed esclusa nell’altro alla produzione dell’effetto della “reviviscenza” (tanto più che – come si è fatto notare in altri luoghi – *di fatto*, se non pure *secondo modello*, annullamento ed abrogazione, segnatamente abrogazione nominata, coincidono, per effetto dell’uno e dell’altra venendo meno, a un tempo, la norma e la disposizione: quest’ultima in ogni suo possibile significato, non solo in

⁶ Punto 5.2 del *cons. in dir.* Convergente, ancora una volta, il pensiero di A. PERTICI, nello scritto sopra cit., § 4.

⁷ ... al punto 5.5 del *cons. in dir.*

⁸ V., volendo, il mio *Abrogazione popolare e “reviviscenza” di leggi elettorali*, in www.forumcostituzionale.it, § 5.

⁹ Punto 5.3 del *cons. in dir.*

quello – come invece a mia opinione sarebbe giusto – specificamente fatto oggetto del giudizio di costituzionalità).

Il vero è che sul *punctum crucis* della “reviviscenza” la Corte non sa decidersi fino in fondo e fino in fondo restare conseguente rispetto a se stessa, pur non tacendo la propria marcata preferenza per la tesi negativa.

Da un canto, infatti, parrebbe ammetterla, sia pure come fatto eccezionale (ad es., in caso di abrogazione di legge meramente abrogativa)¹⁰ e, come si diceva, laddove essa sia in modo espressa dichiarata nella fonte (legislativa, mai referendaria) produttiva dell’effetto abrogativo; e, peraltro, in un sibillino passaggio la Corte fa osservare che “il fenomeno della reviviscenza può essere ammesso soltanto in ipotesi ... comunque diverse da quella dell’abrogazione referendaria *in esame*¹¹: dove la chiusa del ragionamento parrebbe non ostare in ogni caso ad iniziative referendarie volte a determinare, ancorché eccezionalmente, la “reviviscenza”.

Da un altro canto, però, la “reviviscenza” stessa parrebbe categoricamente esclusa per il referendum (e però, verrebbe da pensare, per le stesse leggi...), nel momento in cui il giudice costituzionale si spinge ad affermare¹² che “la lacuna legislativa dovrebbe essere colmata mediante il ricorso a una disciplina né compresente né co-vigente con quella oggetto del referendum”, non assistendosi pertanto in tale caso ad “alcuna ‘ricomposizione’ della normativa di risulta”. Quasi che, appunto, i vuoti debbano essere sempre colmati attingendo a discipline normative “compresenti” e “co-vigenti” rispetto a quella presa di mira dall’iniziativa referendaria.

A giudizio della Corte, poi, alla “reviviscenza” di norme dapprima abrogate osterebbe il carattere “esclusivamente abrogativo” del referendum, non pure “approvativo di nuovi principi”¹³.

In disparte però la circostanza per cui, più che di approvazione di norme autenticamente nuove, si avrebbe il mero recupero di norme vecchie, la Corte sembra qui dimenticare le proprie precedenti pronunzie con le quali è stata spianata la via ai referendum manipolativi, che peraltro proprio nella materia elettorale hanno uno dei terreni elettivi per il loro svolgimento. Come si faceva notare all’inizio di questa annotazione, viene dunque a manifestarsi un orientamento volto, a quanto pare, a far arretrare lo strumento di abrogazione popolare da alcuni territori dapprima (in modo più o meno forzato) occupati. Se la Corte si fosse tenuta scrupolosamente fedele a questa indicazione, temo che molte delle domande referendarie, in passato ammesse e aventi a un tempo una vocazione *destruens* ed una *construens*, avrebbero avuto una sorte non benigna presso la Consulta.

Apodittica appare poi essere l’affermazione per cui, in quanto avente una natura “deliberativa” siffatta, il quesito n. 1 “non consente quindi agli elettori la scelta tra la sopravvivenza di una disciplina e la sua eliminazione e cela diverse intenzionalità, ciò che mette in discussione la chiarezza del quesito” stesso¹⁴. Ammesso pure che il quesito posto agli elettori si presenti come “approvativo di nuovi principi”, perché mai dovrebbe escludersi la chiarezza della domanda stessa? La chiarezza infatti prescinde dal carattere meramente ablativo ovvero pure ricostruttivo del fatto abrogativo, non “chiara” potendo essere una iniziativa di mera abrogazione così come, all’opposto, chiara essendo una *anche* ricostruttiva, e magari proprio perché tale.

Sul quesito n. 2, la pronunzia qui annotata – come si segnalava poc’anzi – è assai sbrigativa; ed anzi, a dirla tutta, una volta impostata in un certo modo la questione, avrebbe potuto esserlo ancora di più, senza addentrarsi in incerti ragionamenti a riguardo dei “sottotesti” e della loro distinzione dalle disposizioni adottate allo scopo di prendere il posto di quelle abrogate. La Corte si dichiara dell’idea secondo cui la rimozione degli “ordini di sostituzione” non comporterebbe altresì la rimozione delle

¹⁰ Punto 5.3 del *cons. in dir.*

¹¹ Punto 5.3 del *cons. in dir.*

¹² Punto 5.2 del *cons. in dir.*

¹³ Punto 5.4 del *cons. in dir.*

¹⁴ Ancora punto 5.4.

disposizioni in parola¹⁵. Non si capisce però quale autonomo senso e giuridica vigenza possano seguitare ad avere enunciati che hanno la fonte diretta ed esclusiva della loro esistenza proprio negli “ordini” suddetti. Venuti meno questi ultimi, dunque, cadono automaticamente e necessariamente, in modo “conseguenziale”, gli enunciati che da essi interamente dipendono: da considerare perciò, se non pure ormai non più vigenti, affetti da materiale inapplicabilità sopravvenuta (o “conseguenziale”).

Ad ogni buon conto, come la stessa Corte infine ammette, poiché anche il secondo quesito punta alla “reviviscenza” della normativa pregressa (ancora un riconoscimento della chiarezza del fine immanente alla domanda referendaria...), esso non può che essere inammissibile per le medesime ragioni per cui lo è il primo quesito. Solo che, ove tali ragioni dovessero reputarsi non dotate di solido fondamento, parimenti inconsistenti esse risulterebbero in relazione anche all’altro quesito.

E così il preorientamento avverso alla “reviviscenza” finisce con l’irradiare i suoi effetti a tutto campo, trasmettendoli perciò meccanicamente dall’una all’altra iniziativa referendaria e determinandone l’esito infausto.

Post scriptum. A mia memoria, è la prima volta che si rende palese, in una forma così eclatante, un dissenso diffuso nella cerchia degli studiosi (e segnatamente dei costituzionalisti, che in numero superiore a cento hanno – come si sa – sottoscritto un documento favorevole all’ammissibilità delle domande referendarie) rispetto all’orientamento poi manifestato dalla Consulta con la decisione qui annotata. È chiaro che la Corte ha (e non può che avere) solo nella Costituzione la stella polare che ne illumina il cammino. Aver resistito alla pressione di una rappresentanza così cospicua della cultura giuridica italiana la considero una testimonianza d’indipendenza di straordinario rilievo, al piano etico prima ancora che a quello istituzionale, pur dolendomi nel merito della soluzione prescelta. Solo che altro sono le pulsioni emotive che vengono da una pubblica opinione non di rado scomposta, manipolata e comunque soggetta a congiunturali oscillazioni e mutamenti, altra cosa – com’è chiaro – le meditate indicazioni offerte da una schiera così consistente composta da quanti per mestiere studiano ed insegnano il diritto costituzionale. Cosa penseranno dei loro docenti le migliaia di allievi che ne seguono quotidianamente i corsi? E cosa penseranno della Corte e di questa così radicale (e voglio sperare non insanabile) divergenza di orientamento?

Mi pare che su ciò si renda opportuno un supplemento di riflessione, se possibile che astragga dalla vicenda che ha dato lo spunto per queste note e si disponga e svolga ad un piano di considerazioni di natura metodico-teorica non attraversato (e inquinato) da “logiche” di schieramento.

¹⁵ Punto 6 del *cons. in dir.*

Antonio Ruggeri

Tutela dei diritti fondamentali, squilibri nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corti europee, ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio*

*Non so dire in verità se la situazione sarà migliore quando cambierà;
posso dire che deve cambiare se si vuole che sia migliore*
Georg Christoph Lichtenberg

SOMMARIO: 1. Il piano dell'indagine: una notazione di carattere introduttivo ed alcune avvertenze di ordine generale. – 2. Lo squilibrio “*involontario*” del sistema giudiziale di tutela, conseguente alla riscrittura del Titolo V della Costituzione ed alla ricaduta avutasene nei giudizi in via incidentale (con specifico riguardo al calo vistoso di questi ultimi ed alla loro, parzialmente nuova conformazione, caratterizzata da sempre più insistiti richiami alle Carte ed alle Corti europee). – 3. Lo squilibrio “*volontario*”, risultante da un certo modo di essere della legislazione (e della normazione in genere) che scarica sulle spalle dei giudici responsabilità di cui esse non possono gravarsi, alimentando pratiche giudiziali alle volte distorsive, comunque inidonee a dare un'adeguata protezione ai diritti. Cenno ai rimedi prospettabili, con specifico riferimento alla formazione culturale del giudice ed alla salvaguardia della sua indipendenza, sia esterna che interna. – 4. Gli squilibri di fattura giurisprudenziale: in specie, l'interpretazione conforme e l'eterogenesi dei fini, ovvero sia le storture da essa, sia pur involontariamente, sollecitate a formarsi nelle pratiche di giustizia comune. – 5. L'interpretazione conforme come *species* dell'interpretazione sistematica, la struttura aperta della Costituzione, l'integrazione paritaria tra le Carte nei fatti interpretativi. – 6. Il carattere eccessivamente rigido di taluni indirizzi giurisprudenziali e gli effetti negativi cui essi danno non di rado luogo (con specifico riguardo all'applicazione diretta della Costituzione). – 7. Il “tira e molla” e lo *stop and go* della Corte costituzionale sulle questioni di “convenzionalità”, con l'opportunità offerta ai giudici (e, però, anche a... *se stessa*) di “smarcarsi” dal *pressing* delle Corti europee (in specie della Corte EDU) grazie ad un uso incisivo della tecnica del *distinguishing*. – 8. Il giudice comune come Cenerentola, esclusa dalle danze delle Corti europee e della Corte costituzionale? Accentramento e diffusione, in pari e rilevante misura, del sistema di giustizia costituzionale, e gli esempi delle additive di principio e delle antinomie tra diritto dell'Unione e diritto interno, la cui soluzione vede il giudice stesso partecipare con centralità di ruolo delle operazioni di giustizia costituzionale. – 9. Gli squilibri delle pratiche giudiziali e il bisogno che gli interventi correttivi, al fine di poter risultare almeno in parte efficaci, siano a un tempo ambientati al piano delle *regole* ed a quello delle *regolarità*, all'insegna del principio della parità delle Corti e della integrazione tra le Carte ed in vista dell'ottimale appagamento dei diritti.

1. Il piano dell'indagine: una notazione di carattere introduttivo ed alcune avvertenze di ordine generale

Mai in passato si è discusso tanto come di questi tempi della tutela dei diritti fondamentali e del ruolo che, al fine di apprestarla in modo adeguato, possono giocare i giudici, quale che sia la loro natura (costituzionale e non) e il livello istituzionale al quale operano. Si conviene invero da parte di tutti circa la centralità del ruolo stesso, pur non tacendosene alcuni eccessi nello svolgimento. Non è tuttavia ad oggi del tutto chiaro quale sia il modo o la misura del concorso da ciascuna sede giudiziale dato alla causa comune; il che, poi, vale come dire come si spartiscono i compiti e quali sono dunque gli equilibri, pur se approssimativamente fissati e soggetti comunque a mutamenti, che si instaurano tra le sedi stesse.

* *Testo rielaborato di un intervento ad una tavola rotonda conclusiva del Corso di Alta Formazione in Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti, Pisa 3 febbraio 2012, e di uno al Corso su Accesso alla giustizia e pluralismo delle giurisdizioni, Palermo 23 febbraio 2012; a quest'ultima data lo scritto è aggiornato. Le circostanze in cui gli interventi stessi sono stati svolti spiegano l'estremamente contenuto apparato di note e di riferimenti bibliografici.*

Mi riprometto di svolgere una succinta riflessione su questo punto che è, di tutta evidenza, di cruciale rilievo, facendola precedere da una notazione di carattere introduttivo e da una duplice avvertenza di ordine generale.

La prima è che – come si tenterà di mostrare più avanti con esempi – il quadro complessivo appare essere internamente assai articolato e sfumato, fatto più che di tinte forti di chiaroscuri, alle volte una stessa esperienza, a seconda della prospettiva da cui è riguardata, prestandosi ad essere valutata in un modo piuttosto che in un altro ed ingenerando pertanto l'impressione che il più rilevante significato sia da assegnare all'attività svolta ora da questo ed ora quell'organo. Un'impressione – come si vedrà – il più delle volte fallace, l'esito ricostruttivo complessivo richiedendo di essere raggiunto ed apprezzato solo a seguito della congiunta osservazione di un'esperienza data da plurimi angoli visuali: una osservazione che – si tenterà qui di mostrare – induce piuttosto a ritenere non “graduabile” l'apporto dato dalle sedi giudiziarie, ciascuna essendo chiamata a concorrere, con tipicità di ruolo e parimenti tipica responsabilità, al raggiungimento dell'obiettivo comune.

La seconda riguarda, in primo luogo, il raggio d'azione dell'analisi ora avviata che è specificamente circoscritto al nostro ordinamento, per il modo con cui entra in rapporto con l'ordinamento comunitario (o, come a me piace chiamarlo, “eurounitario”) per un verso, la CEDU per un altro¹. E, tuttavia, come si vedrà, alcune delle notazioni svolte possono valere altresì per ordinamenti diversi dal nostro, mentre altre ancora, prima (ed al fine) di esser trapiantate altrove, richiederebbero non poche precisazioni e corpose correzioni, di cui nondimeno è altra la sede.

La domanda che ci si deve subito porre è se la Corte costituzionale sia ancora la “giurisdizione costituzionale delle libertà”, per riprendere la nota qualifica datane da un'autorevole, non dimenticata dottrina². E di seguito, per il caso che dovesse darsi una risposta affermativa, se lo sia allo stesso modo di un tempo ovvero in modi diversi (e quali essi siano). L'aggiunta dei “livelli” extranazionali, con l'accresciuta complessità del quadro ad essa conseguente, ha costituito (e seguita senza sosta a costituire) oggetto di divergenti valutazioni, perlopiù nondimeno rilevandosi l'erosione che se ne sarebbe avuta nel ruolo tipicamente svolto dai tribunali costituzionali, obbligati ora ad un'ardua competizione con le Corti europee e ad una pur parziale (ma significativa) spartizione del compito di garante dei diritti fondamentali un tempo ad essi in modo esclusivo devoluto. In realtà, come si tenterà di mostrare, le cose stanno così solo da un certo punto di vista, per un altro verso piuttosto aparendo ulteriormente rimarcato il ruolo dei tribunali suddetti. Ed a sottolinearne il rilievo è già la circostanza per cui è proprio alla giurisprudenza di tali tribunali (per ciò che a noi interessa, della nostra Corte) che si fa usualmente, giustamente, riferimento allo scopo di stabilire quale sia, o possa essere, *dal punto di vista del diritto interno*, l'assetto dei rapporti sia con le Corti europee che coi giudici comuni. Il riferimento a questi ultimi, d'altronde, seppur obbligato, a pena di far luogo a ricostruzioni parziali (quando non addirittura distorsive), appare assai disagevole e scivoloso, dal momento che, a motivo del carattere internamente “plurale” e diffuso del potere giudiziario, in seno a quest'ultimo si sono manifestati (e si manifestano) orientamenti non poco diversificati e persino reciprocamente divaricati, anche su questioni di cruciale rilievo (ad es., in merito all'applicazione diretta della CEDU), risultando pertanto assai problematico trarne conclusioni (se non proprio univoche) complessivamente convergenti.

¹ Per quanto ad alcune notazioni qui svolte possa – a me pare – assegnarsi generale valenza, si farà tuttavia specifico e pressoché esclusivo riferimento alla CEDU ed al suo rilievo in ambito interno, se non altro per la maggiore frequenza dei richiami ad essa fatti nella più recente giurisprudenza costituzionale. La qual cosa, peraltro, ha già una sua pronta, banale spiegazione nel fatto che la soluzione delle antinomie tra norme interne e diritto dell'Unione, al di fuori delle controversie Stato-Regioni rimesse al giudizio della Corte, è – come si sa – demandata perlopiù ai giudici comuni, con riguardo ai casi che il diritto stesso sia suscettibile di immediata applicazione, laddove le antinomie tra norme interne e CEDU richiedono, a giudizio della Corte costituzionale, di essere portate alla cognizione della Corte stessa (su tutto ciò, svolgimenti *infra*).

² Il riferimento è, ovviamente, a M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà. Primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)*, Milano 1955.

Fatta l'opzione a favore del punto di vista della Corte costituzionale, avverto subito che non ne ripercorrerò qui gli svolgimenti giurisprudenziali, neppure nelle loro più salienti espressioni, a motivo della loro notorietà (per quanto esse siano, come si sa, fatte oggetto di controverse valutazioni) ed anche al fine di non ripetere cose già altrove dette³. Mi limiterò qui solo a rappresentare talune scarse e disorganiche notazioni sullo stato attuale delle cose, ulteriormente rimarcando ciò che ai miei occhi appare come indicativo di linee di tendenza promettenti ulteriori sviluppi ed avanzamenti.

L'ultima avvertenza riguarda l'estensione dell'indagine che, pur nei limiti di spazio qui consentiti, dovrebbe a un tempo svolgersi su due piani, quello della normazione e l'altro della giurisdizione, nelle plurime forme in cui l'una e l'altra si manifestano.

Di ciò che si ha al primo piano qui non può in modo adeguato dirsi, la sua descrizione da sola (e pur se fatta in modo di necessità incompiuto) richiedendo svolgimenti tali da andare ben oltre il pur vasto ambito di esperienza qui specificamente riguardato. Non posso tuttavia trattenermi dal fare almeno qualche cenno all'incidenza, corposa, esercitata dalla normazione, nelle sue molteplici espressioni, sui modi di essere della giurisdizione (anche qui, ai vari livelli in cui si esercita).

In un quadro – come si avvertiva – internamente sì composito e per molti versi sfuggente alla sua chiara rappresentazione, di una sola cosa mi sento nondimeno sicuro; ed è a riguardo di quello che ai miei occhi appare essere l'autentico principio fondamentale delle relazioni istituzionali, che è dato da una paritaria, densa cooperazione, sia interorganica che intersoggettiva, senza la quale non v'è né presente né futuro per i diritti fondamentali: una cooperazione che, poi, a sua volta è causa ed effetto allo stesso tempo dell'equilibrio interno al sistema, che si svolge e si fa apprezzare lungo un triplice asse, e segnatamente quello *a*) dei rapporti tra legislazione e giurisdizione; *b*) dei rapporti interni alla legislazione e, infine, *c*) dei rapporti interni alla giurisdizione.

Se (e fin dove) c'è equilibrio, ciascuna sede istituzionale ha modo di dare il meglio di sé in vista dell'ottimale, alle condizioni complessive di contesto, appagamento dei diritti; dove, di contro, c'è squilibrio, non soltanto ne soffre il sistema complessivo delle relazioni interistituzionali ma – per ciò che qui più importa – ne soffrono appunto i diritti, obbligati a riduzioni o deformazioni complessive di senso, nel loro modo d'inverarsi nell'esperienza.

Lo squilibrio, poi, può essere *involontario* ovvero *volontario*, nell'un caso essendo determinato da innovazioni normative pure in sé non disprezzabili o, comunque, suscettibili di essere variamente valutate, che tuttavia hanno avuto (ed hanno) una ricaduta significativa al piano della salvaguardia giudiziale dei diritti; nell'altro, ponendosi come conseguente a precise scelte di strategia legislativa ovvero processuale, le quali pure da un certo punto di vista potrebbero esser considerate in sé non malvagie e però hanno ugualmente portato (e seguitano a portare) ad effetti negativi in ordine alla salvaguardia dei diritti.

Di tutto ciò occorre ora dire, con la massima rapidità imposta a questa riflessione.

2. Lo squilibrio “involontario” del sistema giudiziale di tutela, conseguente alla riscrittura del Titolo V della Costituzione ed alla ricaduta avutasene nei giudizi in via incidentale (con specifico riguardo al calo vistoso di questi ultimi ed alla loro, parzialmente nuova conformazione, caratterizzata da sempre più insistiti richiami alle Carte ed alle Corti europee)

Tra le principali cause dello squilibrio che s'è definito “involontario” va senza dubbio annoverata la riscrittura del Titolo V, cui – come si sa – si deve una crescita inusuale, rispetto ai parametri del passato,

³ Si è, ancora non molto tempo addietro, fatto il punto sulle più espressive tendenze della nostra giurisprudenza costituzionale in fatto di rapporti tra diritto interno e CEDU nel mio *La Corte costituzionale “equilibrata”, tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, in Consulta OnLine www.giurcost.org. 2

delle controversie in via d'azione ed un calo altrettanto evidente dei giudizi in via incidentale⁴, ai quali – secondo un avviso largamente diffuso e risalente – principalmente si affidano le speranze di salvaguardia dei diritti. All'indomani del varo della riforma in parola s'era pensato che l'aumento del contenzioso in via principale fosse un effetto in qualche modo naturale della stessa, dal momento che quest'ultima avrebbe sicuramente richiesto un certo tempo di rodaggio prima di passare a regime. I fatti, tuttavia, come pure è noto (ed era stato invero prefigurato dalla più avveduta dottrina), si sono ben presto incaricati di smentire questa rosea previsione, il contenzioso in parola seguitando a mantenersi a livelli considerevoli, al punto da potersi ormai qualificare come endemico lo stato delle cose qual è⁵.

Il quadro, ad ogni buon conto, come si avvertiva poc'anzi, si presenta internamente assai articolato e la sua descrizione, dunque, al fine di non risultare parziale o affrettata, richiederebbe non poche precisazioni ed avvertenze. Per quanto se ne può qui dire, due mi sembrano le cose meritevoli di essere tenute particolarmente presenti.

La prima è data dal fatto che al calo delle questioni giudicate in via d'eccezione ha fatto da *pendant* un sensibile aumento dei richiami alle Carte dei diritti, segnatamente alla Carta di Nizza-Strasburgo e (più ancora) alla CEDU e, per ciò stesso, alle giurisprudenze delle Corti europee, in seno alle (e per effetto delle) quali il *diritto vigente* si converte in *vivente*.

Il punto merita una speciale sottolineatura; e mostra come la struttura stessa dei giudizi in via d'eccezione vada rinnovandosi rispetto alla sua originaria conformazione, in essa specchiandosi l'idea che il riferimento alla Carta costituzionale, pur essendo ovviamente obbligato, non è da sé solo giudicato sufficiente al fine di offrire un'adeguata tutela ai diritti.

Su ciò potrebbero farsi lunghi discorsi, specificamente in ordine al modo con cui la Carta nazionale si combina con le Carte di origine esterna; mi riservo di riprendere il punto più avanti, a sostegno dell'ipotesi ricostruttiva che sento di dover qui nuovamente (e con ulteriori argomenti) patrocinare al piano dei rapporti interordinamentali. Resta, ad ogni buon conto, il fatto della maturazione di una sensibilità in capo ai giudici comuni ed alla stessa Corte (che, alle volte, fa *motu proprio* richiamo alle Carte suddette) ancora fino a pochi anni addietro di estremamente raro riscontro. E non è inopportuno qui rammentare come tutto ciò sia stato, senza dubbio alcuno, incoraggiato proprio dalla riforma del Titolo V che, pur esibendo non poche oscillazioni semantiche e complessive carenze, contiene – come si sa – un riferimento agli obblighi internazionali (e comunitari) sul quale ha fatto quindi leva la Corte costituzionale, per un verso sollecitando la sottoposizione delle leggi ad interpretazione orientata verso le norme di origine esterna e, per un altro verso, imponendo la denuncia alla stessa Corte della loro (supposta) invalidità, in caso d'insanabile contraddizione nei riguardi di tali norme.

Insomma, per l'aspetto ora in rilievo, la riforma del 2001 ha grosse responsabilità ma anche il grande merito di aver favorito un largo riconoscimento in ambito interno dei diritti delle Carte⁶.

⁴ Nell'anno appena trascorso, secondo i dati riferiti nella *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2011*, in www.cortecostituzionale.it, i giudizi in parola hanno rappresentato il 57,31 % del totale delle decisioni, mentre i giudizi in via principale hanno costituito il 26,61 % (nell'anno 2000 i giudizi in via incidentale ammontavano a ben il 79,56 %, mentre quelli in via d'azione costituivano il 5,91 %). Si è discusso sulle ragioni di questo stato di cose in occasione del Convegno su *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte Costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Roma 11 luglio 2011, i cui *Atti* sono in corso di stampa per i tipi della Jovene (v., ora, gli interventi di P.A. CAPOTOSTI, *La Corte costituzionale: giudice delle libertà o dei conflitti?*, e P. RIDOLA, *Intervento alla tavola rotonda*, entrambi in www.federalismi.it, 5/2012).

⁵ Nella *Relazione*, sopra cit., si segnala tuttavia una considerevole contrazione del contenzioso in via principale rispetto al 2010, allorché le pronunzie emesse costituivano il 37,63 %; il livello oggi raggiunto non è, nondimeno, comparabile con quello di dieci anni addietro, come confermano i dati sopra riferiti.

⁶ Si è fatto notare da una sensibile dottrina (E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo*, in AA.VV., *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M. Pedrazza Gorlero, Napoli 2010, 152) che, senza il sussidio venuto

La seconda cosa riguarda il rapporto, estremamente complesso, che viene ad instaurarsi tra il contenzioso in via principale e la tutela dei diritti.

La domanda, nuda e cruda, che ci si deve porre è se la seconda possa prendere forma anche per il tramite del primo; e la mia risposta è sì e no allo stesso tempo⁷.

È affermativa a motivo del fatto che si sono avuti non pochi casi in cui, pronunziandosi su conflitti di competenza Stato-Regioni, la Corte ha avuto modo di pronunziarsi anche sui diritti; è, però, negativa se si conviene a riguardo della circostanza per cui la tutela che pure può aversi in occasione dei ricorsi in parola non è, in ogni caso, accostabile a quella che può aversi in ragione delle peculiari esigenze del caso, in via incidentale appunto.

Come mi è venuto di dire in altre occasioni, cambia – se ci si pensa – lo stesso modo di essere delle “norme”, lo stesso termine in realtà designando due cose completamente diverse. Si è soliti dire, sulla scia di un aureo insegnamento dottrinale, che attraverso la mediazione necessaria dell’interpretazione si trapassa dalla disposizione alla norma. Ed è vero; con la seguente duplice avvertenza però.

Per un verso, come si è di recente fatto notare⁸, non è del tutto appropriato affermare che la disposizione *preesiste* alla norma, dal momento che la stessa individuazione dell’enunciato da sottoporre *poi* ad interpretazione appare *quodammodo* preorientata dalla norma che l’operatore va cercando o, quanto meno, da una intuizione o da un abbozzo di norma che prende forma solo per il tramite del fatto interpretativo e riceve quindi conferma a seguito della sua maturazione (la qual cosa, poi, dovrebbe sollecitare un ulteriore ripensamento, di cui è chiaramente altra la sede, circa il *mix* di elementi irrazionali e di elementi razionali che viene a determinarsi in occasione dei fatti interpretativi, un *mix* che poi, alla fin fine, porta alla indistinguibilità degli elementi stessi che in essi finiscono con lo smarrire le loro originarie proprietà).

dalle Carte internazionali dei diritti (e dalle relative Corti), molti diritti non avrebbero avuto la protezione che, con le sue sole forze, sarebbe loro stata data dalla Costituzione.

È poi chiaro che le cose possono essere viste, così come lo sono state, anche in modo diverso, persino opposto, alcuni autori ritenendo che il primo comma dell’art. 117 sia stato un autentico “cavallo di Troia” grazie al quale è stata espugnata la cittadella statale e il sovrano che in essa incontrastato imperava degradato a servo.

⁷ Il rapporto tra Regioni e diritti fondamentali si svolge sopra un terreno ad oggi bisognoso di essere come si conviene esplorato. È largamente diffusa la sensazione che, specie per effetto della inversione nel riparto delle materie operata dalla riforma del 2001, gli spazi aperti alle discipline regionali si siano fatti particolarmente estesi; ugualmente consistenti (e col tempo vieppiù stringenti) sono però i limiti ad esse posti dalle leggi statali, anche in ottemperanza a precisi vincoli di origine sovranazionale, limiti che poi molte volte ricevono benevola copertura presso la Consulta, secondo quanto peraltro avvalorano gli esempi di seguito riportati nel testo.

Fanno, tuttavia, ad oggi difetto – se non con riguardo a specifici ambiti materiali ovvero a singole realtà regionali [ad es., per la Calabria, la corposa ricerca in due volumi su *Istituzioni e proposte di riforma (un “progetto” per la Calabria)*, a cura di A. Spadaro, Napoli 2010, ed *ivi*, part., nel I vol., gli studi di C. SALAZAR, *La produzione legislativa calabrese: considerazioni per il terzo millennio*, 91 ss., e R. ARENA-C. SALAZAR, *I “soggetti deboli” nella legislazione regionale calabrese*, 161 ss.; per la Sicilia, v., ora, S. AGOSTA, *Dalla leale collaborazione alla tutela dei diritti fondamentali (e ritorno): il cerchio che si chiude nell’esperienza regionale siciliana*, in www.gruppodipisa.it, 31 gennaio 2012] – studi adeguati, volti a fare in modo organico il punto sulle realizzazioni concrete avutesi ad opera delle autonomie regionali (e locali in genere) a beneficio dei diritti. Pertinenti rilievi su queste esperienze in E. LONGO, *Regioni e diritti. La tutela dei diritti nelle leggi e negli statuti regionali*, Macerata 2007 e, ancora in C. SALAZAR, *Dieci anni dopo la riforma del Titolo V: il “ruolo” delle fonti regionali*, relaz. al Convegno su *Il regionalismo italiano dall’unità alla Costituzione e alla sua riforma*, organizzato dall’ISSiRFA, Roma 20-22 ottobre 2011, in *paper*; volendo, possono poi vedersi anche i miei *Regioni e diritti fondamentali*, in *Giur. it.*, 6/2011, 1461 ss. e *Unità-indivisibilità dell’ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali*, in www.giurcost.org e in *Nuove aut.*, 1/2011, 25 ss.

⁸ Un’opportuna precisazione sul punto è in R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in *Scritti in onore di L. Carlassare, Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, I, *Delle fonti del diritto*, a cura di G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, Napoli 2009, 35 ss., spec. 50 ss.; v., inoltre, volendo, il mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*5, Torino 2009, 8 s.

Per un altro verso, possiamo seguire a chiamare in ogni caso “norma” il prodotto dell’interpretazione (con l’avvertenza appena fatta) ma non possiamo trascurare la profonda differenza che si ha tra un’interpretazione *in vitro* ed una *in vivo*: una fatta sul testo (pur se letto nel *contesto* in cui è destinato ad operare ed anche – è stato detto⁹ – alla luce del *pre-testo*, specie se considerato in prospettiva storico-politica ed in riporto alla tavola dei valori fondanti l’ordinamento), l’altra alla luce delle esigenze dell’applicazione, del caso appunto. La differenza non è, in breve, solo di *cornice* ma di *qualità* del fatto interpretativo, che richiede dunque di essere declinato al plurale, portando ad esiti ricostruttivi comunque diversi.

Se poi si approfondisce ulteriormente l’analisi – ciò che qui, come si diceva, non può per evidenti ragioni farsi –, si ha modo di toccare con mano come la tutela dei diritti che, sia pure per via riflessa, viene a realizzarsi a mezzo del contenzioso Stato-Regioni appaia esibire taluni tratti di squilibrio interno, non in tutto rimossi ed anzi, in talune esperienze della giustizia costituzionale, ulteriormente aggravatisi. E basti solo al riguardo por mente al fatto che in talune circostanze la Corte ha operato un “bilanciamento” tra competenze e diritti, a conti fatti dando la prevalenza ai secondi sulle prime; in altre, invece, si è irrigidita, non dando spazio ad alcuna alterazione dell’ordine costituzionale delle competenze, nemmeno laddove era in gioco quello che ai miei occhi seguita ad apparire il “diritto dei diritti”, un autentico diritto “supercostituzionale”, la dignità della persona umana¹⁰.

La prima evenienza ha portato nei fatti a far espandere gli interventi statali *extra moenia*, in nome appunto del bisogno di salvaguardare alcuni diritti fondamentali¹¹; la seconda evenienza si è poi concretata in alcune esperienze di giustizia costituzionale che hanno visto posposti i diritti rispetto al mantenimento dei confini dei campi materiali di competenza, persino laddove l’intervento regionale giudicato illegittimo in realtà non incideva *in concreto* nella sfera di competenze dello Stato, trattandosi di un intervento anticipatore di quello dello Stato stesso, comunque ovviamente a titolo precario, e prestandosi dunque la disciplina regionale ad essere soppiantata da quella nazionale, una volta che quest’ultima fosse venuta alla luce¹².

Al tirar delle somme, forse non è ingeneroso affermare che l’autonomia – che è, *in nuce*, salvaguardia dei bisogni elementari dei singoli e delle collettività stanziate sul territorio – si è rivolta contro se stessa: alle volte per responsabilità imputabili agli stessi organi direttivi della Regione, altre volte per effetto di un vigoroso condizionamento in tal senso da parte dell’apparato centrale dello Stato ed altre volte ancora in conseguenza dell’azione sinergica, perversa, dell’una e dell’altra causa¹³.

In merito allo *stress* causato ai diritti a motivo della esiguità delle risorse disponibili, dov’è a conti fatti la radice di queste (e di non poche altre) esperienze, molto è stato detto e molto ancora potrebbe dirsi. Certo però che è davvero singolare (tale, perlomeno, ai miei occhi appare) questa sorta di dottrina della dignità a... *scomparsa*, di cui sembra volersi fare portatrice la giurisprudenza costituzionale, una dignità dunque che ora c’è e può farsi avanti ed ora è invece obbligata a ritrarsi o, diciamo pure, a farsi da parte a fronte di interessi o valori evidentemente considerati prioritari.

⁹ A. SPADARO, *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss.

¹⁰ Riprende ora questa indicazione, per la prima volta enunciata in A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss., anche C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Mezzetti, Torino 2011, 239 ss.

¹¹ Penso, ad es., a [Corte cost. n. 10 del 2010](#), con riguardo alla introduzione della *social card*.

¹² Penso, ora, ad es., a [Corte cost. n. 373 del 2010](#).

¹³ Emblematico a quest’ultimo riguardo il caso di recente deciso da [Corte cost. n. 325 del 2011](#), il cui esito ha per *tabulas* dimostrato come, per effetto di decisioni avventate assunte ora dallo Stato ed ora dalla stessa Regione, alla fin fine, a pagarne le conseguenze sono stati i diritti e, in ultima istanza, appunto, la dignità delle persone umane [maggiori ragguagli sulla vicenda, nella mia nota alla pronunzia ora cit., dal titolo *Summum ius summa iniuria, ovverosia quando l’autonomia regionale non riesce a convertirsi in servizio per i diritti fondamentali (a margine di [Corte cost. n. 325 del 2011](#))*, in [www.giurcost.org](#)].

3. *Lo squilibrio “volontario”, risultante da un certo modo di essere della legislazione (e della normazione in genere) che scarica sulle spalle dei giudici responsabilità di cui esse non possono gravarsi, alimentando pratiche giudiziali alle volte distorsive, comunque inidonee a dare un’adeguata protezione ai diritti. Cenno ai rimedi prospettabili, con specifico riferimento alla formazione culturale del giudice ed alla salvaguardia della sua indipendenza, sia esterna che interna*

L’indirizzo giurisprudenziale, cui si è appena accennato, è stato (ed è) per vero incoraggiato da pratiche della normazione complessivamente carenti, la cui illustrazione peraltro porterebbe troppo oltre la soglia davanti alla quale questa riflessione è obbligata ad arrestarsi, richiedendo approfondimenti di analisi qui, di tutta evidenza, non consentiti.

Se la riforma del Titolo V può dirsi che abbia *involontariamente* inciso sulla salvaguardia dei diritti, pur presentando il pregio – come si è sopra fatto notare – di aver dischiuso le porte alla penetrazione in ambito interno di norme e pronunzie di origine esterna che per la loro parte concorrono a tale salvaguardia, con riguardo ad altre vicende della normazione è assai arduo confutare la tesi della volontaria, studiata a tavolino e coerentemente perseguita, incisione a carico dei diritti, con effetti di inusitata ampiezza e rilevanza nelle pratiche applicative in genere (e, segnatamente, giudiziali).

Qui, lo squilibrio ha molte facce e plurimi versi in cui si rende manifesto.

C’è, in primo luogo, un palese, imperdonabile ritardo della legislazione in fatto di riconoscimento e disciplina dei nuovi diritti ovvero nell’apprestare un diverso regime a diritti già regolati; e gli esempi potrebbero farsi in gran numero: per limitare ora il riferimento solo ad esperienze che – come si sa – hanno fatto molto discutere, si pensi al mancato varo della legge sul testamento biologico, reclamata a gran voce specie sull’onda emotiva di noti fatti che hanno scosso la pubblica opinione e quindi rimasta stagnante nella palude parlamentare una volta chiusisi, in modo particolarmente triste e sofferto, i fatti stessi. O si pensi ancora alla legge sulla procreazione medicalmente assistita, che a dire di molti esibisce incoerenze interne non sanate e che sarebbe invece urgente sanare, anche sulla spinta di indicazioni provenienti *ab extra* (e, segnatamente, dalla Corte EDU)¹⁴.

V’è, poi, a mia opinione, uno squilibrio interno alla legislazione, ove si convenga a riguardo della opportunità che decisioni di cruciale rilievo, quali quelle relative a ciò che è morte e vita, non siano rimesse alla determinazione della sola maggioranza di turno (quale che ne sia, ovviamente, il colore) e richiedano piuttosto la convergenza su di esse dei più larghi e ponderati consensi. Di qui, piana – a me pare – discende la conclusione, a favore della quale mi sono ripetutamente dichiarato, secondo cui gli atti di normazione che adottano e in sé rinchiudono le decisioni in parola dovrebbero rivestirsi della forma più solenne di cui l’ordinamento dispone (dunque, quella propria delle leggi costituzionali), ferma restando poi l’ulteriore loro opportuna specificazione-attuazione da parte di leggi comuni (e, se del caso, di altri atti ancora)¹⁵. Uno sforzo di disciplina complessiva che, nondimeno, conviene che si traduca nel ritaglio di spazi consistenti per l’autodeterminazione degli operatori (in specie dei giudici), conformandosi pertanto come estremamente scarna ed essenziale la prima regolazione con fonte costituzionale (che dia il *riconoscimento* del diritto, in senso ristretto e proprio) e a sua volta parimenti contenuta la regolazione con legge comune (che, in svolgimento della prima, dia la *tutela* del diritto

¹⁴ Richiamo qui solo il noto caso *S.H. ed altri c. Austria*, in materia di limiti all’accesso alla fecondazione eterologa (e, su di esso, da ultimo, la nota di B. LIBERALI, *Il margine di apprezzamento riservato agli Stati e il cd. time factor. Osservazioni a margine della decisione della Grande Camera resa contro l’Austria*, in www.rivistaaic.it, 1/2012).

¹⁵ Si è altresì pensato alla “invenzione” di un nuovo tipo di fonte, ad imitazione ad es. delle leggi “organiche” conosciute – come si sa – all’esperienza di altri ordinamenti, un tipo *quodammodo* intermedio tra la legge comune e quella costituzionale. È una ipotesi che io stesso ho patrocinato in tempi ormai andati; e, tuttavia, sento qui di dover rinnovare la mia preferenza a favore della tesi enunciata nel testo che, nel modo più limpido, dà modo ai nuovi diritti rivestiti di forma costituzionale di partecipare ad armi pari ad operazioni di bilanciamento secondo valore coi diritti originari.

stesso, nei limiti in cui questa possa essere appunto data da atti di normazione)¹⁶, rimandandosi infine ad operazioni di bilanciamento in concreto, varie in ragione della varietà dei casi, il perfezionamento, la messa a punto, della tutela stessa per mano dei giudici.

Questo, per grandi linee, il modello, per come ai miei occhi appare. Poi, può anche darsi che esso venga nei fatti a subire torsioni a questo o quel livello di esperienza e per effetto di attività non adeguatamente vigilate svolte presso questa o quella sede istituzionale. Così, ad es., la garanzia forte, insita nell'uso dello strumento costituzionale, potrebbe risultare pregiudicata dalla circostanza per cui lo strumento stesso si presta ad essere piegato ad innaturali applicazioni da parte della sola maggioranza di turno¹⁷. E così, ancora, per il caso che, ora per effetto di una estensione comunque incongrua (eccessivamente contenuta ovvero troppa) della normazione ed ora comunque a motivo di carenze complessive esibite dagli organi della giurisdizione, possano aversi bilanciamenti... *sbilanciati* in sede applicativa, come tali gravemente pregiudizievoli per i diritti.

Il bisogno di un accurato, giusto dosaggio dei materiali normativi, specie nei campi oggi attraversati dalla maggiori tensioni, incertezze, contraddizioni (e penso adesso soprattutto a quelli più direttamente riguardati dallo sviluppo scientifico e tecnologico), pur laddove complessivamente appagato, non è, ad ogni buon conto, sufficiente a garantire prestazioni adeguate ai diritti, riuscendosi dunque a contenere quella innaturale “supplenza” dei giudici nei riguardi del legislatore che è ampiamente e da tempo (e sia pure con varietà di accenti) rilevata. Una “supplenza” – è stato detto dalla Corte costituzionale, con riferimento a se stessa (ma con notazione che, nei termini generali in cui è fatta, avrebbe potuto e potrebbe valere anche per i giudici comuni) – “non richiesta e non gradita”, che però, prima (e più ancora) che esser conseguente ad un certo modo complessivo di essere, nei suoi contenuti contingenti, della legislazione, sembra aver la sua radice nei meccanismi che presiedono alla produzione legislativa, gravemente carenti, inesorabilmente invecchiati e perciò bisognosi di essere urgentemente e profondamente rifatti. E basti solo por mente – per restare sempre ai campi maggiormente toccati dallo sviluppo scientifico e tecnologico – al fatto che i procedimenti di normazione in genere (e quello legislativo in specie) non garantiscono, per come sono, né la partecipazione dei destinatari delle norme stesse né l'ascolto di tecnici e scienziati: una partecipazione ed un ascolto che – è superfluo qui esplicitare – nulla tolgono alla finale ed esclusiva determinazione delle sedi istituzionali preposte alla normazione (e, perciò, in buona sostanza, dei politici che vi danno corpo) ma che ugualmente richiederebbero di essere garantiti nel loro svolgimento.

Qui, il discorso ci porterebbe davvero troppo oltre, investendo specifiche questioni, ad oggi ben lungi dal trovare una sia pur relativa quiete teorico-ricostruttiva (ad es., quella della motivazione delle leggi, specificamente nel caso che il loro contenuto dovesse discostarsi dalle più solide ed accreditate risultanze della scienza¹⁸). Nel fare dunque rimando ai luoghi di riflessione scientifica in cui tali questioni hanno costituito oggetto di opportuna trattazione, e dovendo ora concludere sul punto, mi pare tuttavia ampiamente confermato che la “qualità” delle leggi (e degli atti di normazione in genere), nella più ampia accezione del termine¹⁹, abbia immediate, ancorché non sempre immediatamente visibili, ricadute sulle

¹⁶ Assegno qui pure, così come ho fatto altrove, ai termini “riconoscimento” e “tutela”, per il modo con cui possono trovare espressione al piano della normazione, il significato, all'uno, della disciplina che per la prima volta porta all'“invenzione” di un nuovo diritto e, alla seconda, della regolazione posta in essere al fine di dare l'opportuno svolgimento alla prima.

¹⁷ ... secondo quanto – come si sa – è già avvenuto, anche in occasione di riforme o “maxiriforme” poste in essere ovvero tentate, quale quella che ha portato alla riscrittura del Titolo V o l'altra, per fortuna andata a vuoto (per effetto del referendum del giugno 2006), con la quale si sarebbe voluta riscrivere l'intera seconda parte della Carta, soggetta ad innovazioni assai discutibili nella sostanza ed ancora più discutibili nella forma, per l'uso alquanto disinvolto del linguaggio adoperato.

¹⁸ Su di che, di recente e per tutti, M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano 2011.

¹⁹ Riferimenti ai vari modi d'intenderla, ora, negli scritti di A. MORELLI, *I controlli sulla qualità degli atti normativi del Governo*, in AA.VV., *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, a cura di M. Cartabia-E. Lamarque-P. Tanzarella, Torino 2011, 397 ss., e *Le norme regionali sulla qualità della regolazione: problemi e prospettive*, comunicaz. al Convegno su *Il regionalismo italiano dall'unità alla Costituzione e alla sua riforma*, organizzato dall'ISSiRFA, Roma 20-

pratiche giudiziali concernenti i diritti, una buona qualità potendo, tra l'altro, contenere almeno in parte quei casi di interpretazione eccessivamente libera e, a conti fatti, manipolativa della sostanza degli atti suddetti, di cui si dirà ancora meglio a momenti.

Due soli punti vorrei adesso sfiorare prima di passare oltre, con riserva di ulteriore approfondimento per taluni aspetti più avanti.

Il primo riguarda il bisogno vitale di dedicare ancora maggiori energie di quelle pure lodevolmente profuse alla formazione culturale dei giudici e degli operatori giuridici in genere, già a partire dalle aule universitarie e quindi al momento del concorso e ancora dopo, accompagnando e sorreggendo costantemente l'attività dei giudici stessi con un aggiornamento ed un arricchimento ininterrotto del patrimonio delle loro conoscenze, specificamente orientandone la cura verso quegli ambiti e livelli di esperienza in cui in particolare misura si pone un problema di salvaguardia dei diritti²⁰.

Il secondo poi attiene al bisogno, parimenti vitale, di preservare in modo pieno, assoluto, l'indipendenza sia esterna che interna del giudice, venutasi con gli anni a trovare – come si sa – in uno stato di palese sofferenza. In una situazione di conflitto praticamente endemico tra politica e magistratura, di cui ancora di recente si sono avute testimonianze di non secondario rilievo²¹, è davvero singolare che, al fine di combattere il fenomeno della “magistratura politicizzata”, la ricetta pensata sia stata quella – com'è stato efficacemente detto²² – della... “*politicizzazione della magistratura*”.

Ora, questo scenario non andrebbe perso di vista nel momento in cui ci si interroga circa il modo complessivo di essere della tutela dei diritti, fin dove cioè quest'ultima riesca ad essere efficace o, comunque, complessivamente non disprezzabile e dove invece denunci gravi, perduranti carenze. Troppo ristretta è infatti la cornice entro la quale assai di frequente si svolgono alcuni pur sensati discorsi riguardanti i diritti, dal momento che, prima ancora di chiedersi se l'equilibrio nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale, Corti europee risulti essere, almeno in una certa misura, preservato, occorre dare un respiro più profondo all'analisi, spingendola fino alle radici delle relazioni tra i giudici nel loro insieme e i decisori politici (o politico-istituzionali). Si rischierebbe altrimenti di restare sorpresi davanti all'aggravarsi del male, una volta che di quest'ultimo dovessero aggredirsi unicamente i terminali, gli effetti, senza rimuoverne le cause.

22 ottobre 2011, in *paper*; inoltre, i contributi che sono nel fasc. monografico 1/2011 di *Ist. fed.*, dedicato a *La qualità della legislazione regionale*, e gli altri che sono in *La qualità della normazione nella dialettica Governo-Parlamento. Strumenti e tecniche nella XVI legislatura*, a cura di P. Costanzo, Quad. della *Rass. parl.*, Napoli 2011.

Per la mia parte, confesso di seguire a riconoscermi in una indicazione presente già nel mio primo scritto monografico in tema di fonti (*Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano 1977, spec. 240 ss.) e quindi in altri luoghi ripresa e precisata, secondo cui la “qualità” non è solo la risultante dell'uso appropriato, vigilato, delle tecniche di redazione degli atti normativi ma è, ancora prima e di più, fermo e costante orientamento delle loro norme verso la tavola dei valori costituzionali; e, dunque, c'è ovvero non c'è (e c'è in questa o quella misura) se e fin dove le norme stesse offrano il loro concorso all'inveramento della Costituzione come “sistema” (ma v., su ciò, gli ulteriori svolgimenti che sono più avanti).

²⁰ Mi chiedo, ad es., cosa si aspetti ad introdurre la prova scritta di diritto internazionale e “comunitario” nel concorso in magistratura, ma anche in quelli di avvocato, notaio, dirigente amministrativo, ecc.

Sulla formazione del giudice, ormai da diversi anni a questa parte il C.S.M. profonde notevoli energie, anche in sede decentrata, dalle quali – posso dire per esperienza diretta – si hanno frutti succosi, specie per il tramite del confronto tra studiosi ed operatori, fonte di arricchimento – a me pare – per entrambi.

²¹ Penso, ad es., alla convergenza trasversale, ancora da ultimo registratasi, in occasione dell'approvazione della legge sulla responsabilità civile del giudice, per non dire ovviamente della riforma della giustizia messa in cantiere al tempo del IV Governo Berlusconi, sulla quale sono piovute critiche giustamente severe praticamente da ogni parte (per tutti, i contributi che sono in *Foro it.*, 10/2011, sotto il titolo *Il progetto di riforma del titolo IV, parte II, della Costituzione nel d.d.l. costituzionale 7 aprile 2011*, 241 ss.).

²² ... da G. AZZARITI, *Garanzie della giurisdizione e politicizzazione della magistratura*, nel contributo all'op. coll. da ultimo cit., 244 ss.

4. *Gli squilibri di fattura giurisprudenziale: in specie, l'interpretazione conforme e l'eterogenesi dei fini, ovvero sia le storture da essa, sia pur involontariamente, sollecitate a formarsi nelle pratiche di giustizia comune*

Sull'autoriforma della politica, nondimeno, non mi faccio molte illusioni; in ogni caso, non è di qui dirne con la dovuta estensione. Resto perciò al tema che mi è stato assegnato e rifletto specificamente su talune tra le più salienti esperienze di frequente riscontro nelle pratiche giudiziali, anche al fine di tentare di stabilire se e quali effetti distorsivi possano aversene e cosa possa dunque farsi nell'intento di contenerli, se non pure di eliminarli del tutto.

Ora, a mia opinione, molto potrebbe farsi, praticamente ad ogni piano o livello istituzionale al quale le pratiche suddette prendono corpo, con l'obiettivo di porre riparo ad alcuni squilibri in atto.

Limite qui il riferimento alla sola giustizia costituzionale, in ispecie a due sole esperienze ormai consolidate, riguardanti i rapporti, a un tempo, coi giudici comuni e con le Corti europee, cui qui si presta specifica attenzione²³.

Le esperienze cui ora volgo rapidamente lo sguardo sono poi state selezionate tra le più indicative di quanto si diceva all'inizio di questa riflessione circa il fatto che strumenti o meccanismi pure in sé non disprezzabili, accanto ad indubbi vantaggi, possono però dar luogo ad inconvenienti forse ancora maggiori dei primi. Ed allora si tratta di stabilire se convenga tirare diritto lungo la strada intrapresa o se non giovi piuttosto incamminarsi lungo altri percorsi, apportando almeno alcuni, non secondari, aggiustamenti ai meccanismi in parola.

Tra le cause che, in maggior misura, hanno concorso a quel calo dei giudizi in via incidentale, di cui si diceva poc'anzi, è senz'altro da annoverare l'interpretazione conforme.

Non v'è dubbio che la tecnica interpretativa in parola costituisca una risorsa, che però può non di rado commutarsi anche in un *boomerang* e, comunque, dar vita ad effetti perversi²⁴, secondo quanto avvalorava anche una superficiale osservazione di talune vicende specificamente riguardanti proprio il tema che ci occupa.

Si pensi, ad es., alla giurisprudenza sulla CEDU, qual è venuta maturando a seguito (e sulle basi) delle indicazioni date dalle famose sentenze "gemelle" del 2007. Ai giudici comuni è stata – come si sa – somministrata dalla Corte costituzionale la direttiva di esperire – fin dove possibile – il tentativo di riconciliare in via interpretativa legge e Convenzione, orientando fermamente la prima verso la seconda. Non riuscendovi, è poi fatto loro obbligo di astenersi dal fare applicazione diretta della Convenzione stessa e di rimettersi perciò alla Corte, sollevando questione di costituzionalità sulla legge ovvero, ove

²³ Molte altre, però, meriterebbero considerazione. Ne rammento qui una soltanto per tutte: basterebbe forse un maggiore coraggio ed attivismo da parte della Corte nell'utilizzo dello strumento dell'autoproposizione delle questioni di costituzionalità per vedere almeno in parte ristrette le zone "franche" o – come pure sono state chiamate (*Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, a cura di R. Balduzzi e P. Costanzo, Torino 2007, e *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, a cura di R. Pinardi, Torino 2007) – le zone "d'ombra" della giustizia costituzionale, ad es. per ciò che riguarda il sindacato sulle leggi elettorali, facendo leva sul giudizio di ammissibilità delle domande referendarie; una evenienza però, come si sa, ancora di recente esclusa da [Corte cost. n. 13 del 2012](#).

²⁴ Una disincantata riconsiderazione delle esperienze d'interpretazione conforme è negli studi di G. SORRENTI, che ne ha trattato approfonditamente a più riprese: organicamente in *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006, ma v. anche le ulteriori precisazioni che sono in *La Costituzione "sottintesa"*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Milano 2010, 3 ss. V., inoltre, M. RUOTOLO, *Interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in [www.gruppodipisa.it](#), 8 gennaio 2011; G. PISTORIO, *I "limiti" all'interpretazione conforme: cenni su un problema aperto*, in [www.rivistaaic.it](#), 2/2011; F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Napoli 2011, spec. i capp. V e VI e, da ultimo, A. LONGO, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, in [www.giurcost.org](#), 24 gennaio 2012.

sia sospettata l'incompatibilità della norma convenzionale rispetto alla Costituzione, sulla norma medesima.

Non torno qui nuovamente a discutere, dopo averlo fatto ripetutamente altrove, della linearità del ragionamento che sta a base e sorregge l'impianto ricostruttivo eretto dalla Consulta. Sta di fatto che quest'ultimo alle volte è stato (ed è) espressamente contestato alla luce del sole da alcuni giudici "ribelli" (una eventualità, questa, per vero, non frequente ma neppure così sporadica come viene talora, inesattamente, rappresentata); altre volte – e questo è il caso cui si fa ora riferimento – invece lo è per via sotterranea o, se posso esprimermi con franchezza, in modo surrettizio.

Così, volendo preservare il rispetto della CEDU nel modo (a suo dire...) migliore, vale a dire attraverso la caducazione con effetti generali delle norme legislative che vi contrastino, la Corte ha conseguito, per una singolare eterogenesi dei fini, il risultato di una duplice deviazione dal solco dalla stessa tracciato.

Per un verso, si danno casi, temo assai frequenti, di forzatura interpretativa, vale a dire di manipolazione, ora più ed ora meno corposa e nondimeno significativa, della sostanza normativa del testo di legge (e qualche volta della stessa Convenzione...), allo scopo di prevenire – costi quel che costi – l'antinomia, più che risolverla nel modo più lineare possibile e, perciò, nel rispetto dei canoni che presiedono ad un retto svolgimento dell'attività interpretativa. In tal modo, a conti fatti, è come se si mettesse da canto la legge, facendosi allo stesso tempo luogo all'applicazione diretta, ancorché abilmente mascherata, della norma convenzionale²⁵.

Per un altro verso, si evita il rischio che possa essere caducata la norma interna ovvero quella convenzionale, per il caso che, anche indipendentemente da una sollecitazione in tal senso ricevuta dall'autorità remittente, la Corte possa *motu proprio* rilevare l'inidoneità della CEDU ad integrare il parametro costituzionale.

Su ciò si richiede un momento di riflessione, entrambe le evenienze da ultimo prospettate presentando – se ci si pensa – risvolti sia positivi che negativi.

Da un canto, verrebbe da dire che nulla garantisce meglio la Convenzione dello sradicamento con efficacia generale di una legge "anticonvenzionale". Come è stato però, ancora di recente, fatto notare da una sensibile dottrina²⁶, alle volte è proprio l'inverso, l'annullamento dell'atto interno spingendosi persino oltre le indicazioni al riguardo date a Strasburgo²⁷ ed apparendo, a motivo del suo carattere radicale, comunque eccessivo al confronto con la mera "non applicazione" dell'atto stesso nella singola sede in cui si somministra la giustizia comune.

Da un altro canto, non si è ancora ben capito cosa potrebbe accadere nell'ipotesi, pure dalla Corte giudicata remota (o remotissima), in cui sia acclarata l'incompatibilità della norma convenzionale rispetto a quella costituzionale²⁸. Se ne avrà la caducazione nelle forme usuali, vale a dire a mezzo dell'annullamento della legge di esecuzione della Convenzione "nella parte in cui...", così come la stessa

²⁵ L'ipotesi è ragionata nel mio *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un "modello" internamente composito)*, in www.forumcostituzionale.it, da cui possono aversi maggiori ragguagli.

²⁶ R. CONTI, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in AA.VV., *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di R. Foglia e R. Cosio, in corso di stampa per i tipi della Giuffrè di Milano.

²⁷ Emblematiche, di recente, le pronunzie sui casi *Maggio* e *Arras* (quest'ultima di pochi giorni addietro: Seconda Sez., 14 febbraio 2012, in causa 17972/07), con le quali si è rilevata, sì, la violazione dell'art. 6 della Convenzione ma non dell'art. 14 e del prot. 1.

²⁸ Si vedrà nondimeno a momenti come la Corte stia battendo altre strade al fine di non doversi trovare nella imbarazzante situazione di dover accertare l'irreparabile contrasto tra Costituzione e CEDU, facendo un uso sapiente (ma anche alle volte non poco forzato) della tecnica del *distinguishing*, nonché restringendo l'obbligo della osservanza della CEDU stessa alla sola "sostanza" delle sue interpretazioni da parte della Corte di Strasburgo. Pur tuttavia, la Consulta si tiene le mani libere e non scarta perciò in partenza l'ipotesi di poter un giorno dichiarare la esistenza del contrasto suddetto.

Corte ha dichiarato fino alla [sent. n. 311 del 2009](#)? Oppure si avrà – ed è questa la tesi da me patrocinata²⁹ e che sento qui di dover nuovamente riproporre – l'accertamento della mera inidoneità della norma di origine esterna ad “integrare” il parametro, e perciò la sua “irrilevanza” in rapporto al caso? Trovo opportuna la reticenza manifestata sul punto dalla più recente giurisprudenza, che nondimeno non scioglie in modo chiaro e lineare il dilemma³⁰. L'idea, ad ogni buon conto, che possa, sia pure in una evenienza giudicata alquanto improbabile, cadere, a un tempo, la *norma* giudicata incostituzionale e la *disposizione* che quella norma esprime, unitamente però in via di principio ad una infinità di altre, mi è sempre parsa inaccettabile, francamente insensata; eppure, si sa che ormai le cose vanno così, *sempre* (tanto dunque nel caso che si abbia la dichiarazione della incostituzionalità di una norma interna, quanto che possa aversi di norma di origine esterna). Riusciamo ad immaginare la caducazione definitiva ed irreversibile, per fare solo i primi esempi che vengono in mente, dell'art. 8 o dell'art. 14 della Convenzione, *in ogni loro possibile significato*, sol perché per avventura incostituzionali in uno soltanto? La risposta credo che sia già nella domanda.

Si può nondimeno prospettare una soluzione diversa, in una “logica” non conflittuale, grazie alla quale potrebbe esser risparmiato alla Corte l'imbarazzo di dover dichiarare l'incompatibilità di norma convenzionale rispetto alla Costituzione, giovandosi peraltro di una indicazione, sia pure in altro contesto teorico-ricostruttivo ed a finalità parimenti diverse, data dalla Corte stessa (spec. in [sent. n. 317 del 2009](#)); ed è di convertire l'antinomia in una mera “scala” di tutele diverse per “intensità”³¹: una scala che, ovviamente, a seconda dei casi, potrebbe giocare a beneficio ora di questa ed ora di quella norma, risolvendosi pertanto nell'applicazione di quella maggiormente adeguata al singolo caso e nella “non applicazione” della norma meno vantaggiosa per i diritti³². Solo che, dalla prospettiva ora adottata, è da chiedersi se un riscontro siffatto non possa aversi direttamente ed esclusivamente ad opera del giudice comune, ove si convenga che l'obbligo di adire la Corte presuppone appunto l'antinomia, non già la

²⁹ ... a partire da *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, a cura di F. Dal Canto e E. Rossi, Torino 2011, 149 ss., spec. 168 ss.

³⁰ Faccio di sfuggita osservare che la soluzione della “irrilevanza” equivale ad una “non applicazione” della norma convenzionale, che invero, una volta ammessa, parrebbe spianare la via alla messa in atto della soluzione stessa anche da parte dei giudici. Si potrebbe nondimeno obiettare che, mentre nulla osta all'applicazione diretta della Convenzione, perlomeno in taluni casi (sui quali, più avanti), la disapplicazione richiede comunque il previo, obbligato passaggio dalla Consulta, quanto meno appunto laddove consegua ad un acclarato contrasto tra Costituzione e CEDU.

Come si vedrà a momenti, la “non applicazione” della norma di origine esterna non rinvia necessariamente nel contrasto suddetto la sua ragion d'essere; e, dunque, sembra non richiedere sempre il necessario passaggio dalla Consulta.

³¹ L'ipotesi è prospettata nei miei *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 1/2011, § 3.2, e *La Corte costituzionale “equilibrata”*, cit., § 5.

Come poi stabilire dove si situi la maggiore tutela è questione dalla Corte non chiarita. Non ho dubbi, tuttavia, a riguardo del fatto che solo nei singoli casi (e, come di consueto, alla luce del parametro “supercostituzionale” della dignità della persona umana) si possa ricercare la più persuasiva ed equilibrata risposta. Su tutto ciò, nondimeno, nella ormai nutrita lett., indicazioni di vario segno in AA.VV., *Corti costituzionali e Corti europee*, cit.; D. BUTTURINI, *La partecipazione paritaria della Costituzione e della norma sovranazionale all'elaborazione del contenuto indefettibile del diritto fondamentale. Osservazioni a margine di [Corte cost. n. 317 del 2009](#)*, in *Giur. cost.*, 2/2010, 1816 ss.; C. PANZERA, *Un passo alla volta. A proposito della più recente giurisprudenza costituzionale sulla CEDU*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, cit., 299 ss., spec. 303 ss., e, pure *ivi*, A. RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il “dialogo” tra le Corti*, 313 ss.; N. PARISI, *Riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie penali, confiance mutuelle e armonizzazione delle garanzie procedurali negli Stati membri dell'Unione europea*, in *Scritti in onore di U. Draetta*, a cura di N. Parisi-M. Fumagalli Meraviglia-A. Santini-D. Rinoldi, Napoli 2011, 503 ss., spec. 515 ss.; R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma 2011; M. IMMEDIATO, *Il futuro dei diritti fondamentali nel sistema “Cedu-Carta”*, in *Dir. com. sc. int.*, 3/2011, 447 ss.; AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti e A. Morrone, Torino 2011.

³² Deve tuttavia far riflettere la circostanza, sulla quale mi riprometto di tornare in altra occasione, per cui la Corte non ha fin qui preso in considerazione questa ipotesi, suscettibile comunque di ingenerare incomprensioni o attriti con la Corte EDU.

compatibilità di norme che pure si dispongano ad “altezze” diverse in vista dell’appagamento – il massimo possibile alle condizioni di contesto – dei diritti.

Le notazioni appena svolte mi sembra che portino naturalmente a dire che occorre far luogo ad un profondo ripensamento, *ab ovo*, non soltanto della tecnica dell’interpretazione conforme ma, in genere, della teoria dell’interpretazione, nelle sue specifiche applicazioni alle esperienze della giustizia costituzionale. Fino a che punto, dunque, la “conformità” (a Costituzione, a diritto internazionale, a diritto dell’Unione europea) può far pressione sulla lettera o sulla stessa *ratio* dell’enunciato normativo? E come stabilire dove si situa la linea, sottilissima come la lama d’un rasoio, che separa l’“interpretazione” dalla “non interpretazione”? E, infine, al piano del metodo (o, se si preferisce, delle relazioni di ordine istituzionale), chi deve farsi carico delle risposte da dare a questi inquietanti quesiti, *direttamente ed esclusivamente* il giudice comune ovvero *anche* (o *solo*) la Corte costituzionale?

Non ho molte certezze sul punto: mi sento, tuttavia, abbastanza sicuro per ciò che attiene proprio all’ultima questione, che forse le precedenti in sé riassume e comprende; ed è che unicamente il “diritto vivente” può, in ultima istanza, dare risposta, nel senso che è solo a mezzo di *consuetudini culturali* che si vengano a stabilire al piano delle relazioni tra giudici e Corte che può ricercarsi il pur problematico, sofferto, equilibrio nel riparto dei compiti. Insomma, occorre rifuggire – come sempre – da eccessi in un senso o nell’altro. Un giudice che non si rivolga *mai* alla Corte per investirla di eventuali antinomie tra Convenzione e legge sbaglierebbe al pari del suo collega che preferisca pilatescamente lavarsi le mani, rimettendo *ogni caso* alla Corte stessa, anche quelli che potrebbero senza forzature essere ripianati in via interpretativa, magari proprio ricorrendo a quello schema delle tutele “scalari”, di cui un momento fa si diceva. Una rimessione che, pur laddove sia poi riconosciuta come “sbagliata”, dà pur sempre modo alla Corte di far opera di nomofilachia, somministrando ai giudici una direttiva d’azione specie in taluni casi particolarmente utile, comunque dotata di una innegabile forza persuasiva (se non pure autenticamente prescrittiva)³³.

5. *L’interpretazione conforme come species dell’interpretazione sistematica, la struttura aperta della Costituzione, l’integrazione paritaria tra le Carte nei fatti interpretativi*

Il nodo della questione sta, nondimeno, attorno all’idea di “conformità”, un’idea che rimanda alle radici stesse della teoria costituzionale, al modo insomma con cui s’intende e si mette in pratica la Costituzione, il suo primato su ogni altra fonte.

Senza che se ne possa ora dire con la dovuta estensione, due punti mi preme qui specificamente toccare.

Il primo riguarda il senso stesso dell’“interpretazione conforme” che ai miei occhi appare non essere altro che la stessa *interpretazione sistematica*, in talune delle sue più espressive e qualificanti manifestazioni³⁴.

Il secondo riguarda il modo con cui la Costituzione fa “sistema” con le fonti restanti e, prima ancora, con... *se stessa*, il modo cioè con cui i suoi enunciati si riportano gli uni agli altri, componendo un insieme unitariamente significativo. Sta proprio qui, infatti, la radice del primato della Costituzione, una volta però rivisto da una prospettiva inusuale, comunque diversa da quella adottata dalla Corte costituzionale e dai suoi benevoli *laudatores*.

³³ Proverebbe troppo e sarebbe comunque smentita da una prassi ormai ricorrente l’obiezione secondo cui non spetta alla Corte costituzionale bensì alla Cassazione far opera di nomofilachia; e basterebbe in avverso richiamare anche solo l’esperienza delle pronunzie interpretative, frutto di una convenzione siglata coi giudici comuni, quindi convertitasi in una vera e propria consuetudine, per effetto della sostanziale acquiescenza verso di essa dimostrata dagli operatori.

³⁴ Rilievi sul punto, da ultimo, in A. LONGO, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell’interpretazione conforme*, cit.

Ora, la struttura della Costituzione a me pare essere “aperta”, in essa trovando accoglienza le fonti di origine esterna, internazionali e sovranazionali, che possano comunque, per la loro parte, esibire il titolo di saper concorrere all’inveramento dei valori costituzionali, a fare vivere dunque nell’esperienza la Costituzione stessa *magis ut valeat*. Le fonti rimangono, sì, *distinte al piano della teoria delle fonti* stesse, tant’è che senza la loro ricezione con le forme prescritte esse rimangono meri fatti privi di rilievo giuridico³⁵; una volta però immesse nell’ordinamento nazionale, l’*integrazione* delle loro norme, *al piano della teoria dell’interpretazione*, è innegabile, secondo quanto si preciserà meglio a momenti.

In questa luce, è da mettere in conto la eventualità che la Costituzione possa farsi da canto in un sua regola, allo scopo beninteso che possa fissarsi ancora più in alto il punto di sintesi assiologica tra i valori fondamentali della Costituzione stessa. Si tratta, in breve, di ricercare ogni volta la soluzione che dia modo alla Costituzione di affermarsi come “sistema”, un sistema del quale è parte integrante, quale suo principio fondante, anche quello dell’apertura internazionale e sovranazionale. Gli stessi principi fondamentali – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – non si sottraggono alle operazioni di bilanciamento assiologico che hanno nel valore “superconstituzionale” della dignità della persona umana la *Grundnorm* e il *Grundwert* assieme, una dignità che poi si rispecchia nella coppia assiologica fondamentale di libertà ed uguaglianza³⁶: i due valori transepocali, seppur non autenticamente universali, in cui si riconoscono gli ordinamenti che hanno fatto della centralità della persona umana il perno attorno al quale ruotano, il punto fermo da cui si tengono e svolgono, per quindi trasmettersi integri, pur nei necessari mutamenti imposti dal tempo, alle generazioni che verranno.

Se le cose finora dette sembrano attendibili, due conseguenze subito ne discendono, specificamente interessanti l’ordine tematico qui fatto oggetto di studio.

La prima è che l’interpretazione conforme a diritto di origine esterna in genere null’altro è se non la stessa interpretazione a Costituzione, in una delle sue plurime, più salienti espressioni, allo stesso modo con cui la violazione di norma esterna ridonda, per effetto della “copertura” ad essa offerta dalla Carta costituzionale, in violazione di quest’ultima.

Gli ordinamenti – come un momento fa si precisava – restano *distinti*; una volta però che le norme aventi origine esterna si siano immesse in ambito interno, l’*integrazione*, specificamente apprezzabile nei processi interpretativi, è un fatto dovuto. È la stessa Corte costituzionale, in una sua illuminata (quanto però non linearmente svolta) pronuncia, la [n. 388 del 1999](#), ad affermare che la Carta

³⁵ Tre sole notazioni, di sfuggita, al riguardo.

Innanzitutto, non indugio sulla tesi, pure finemente argomentata, che avrebbe voluto dopo la riforma del Titolo V il recupero della ricostruzione teorica, come si sa autorevolmente accreditata, secondo cui già al momento della loro formazione in seno all’ordinamento di appartenenza le norme internazionali sarebbero in grado di esprimere il vincolo della loro osservanza da parte delle leggi nazionali. Al di là dei suoi possibili meriti, la ricostruzione stessa non ha infatti avuto accoglienza (specie da parte della giurisprudenza), nel mentre si è ulteriormente consolidata l’opposta e più diffusa credenza.

La seconda notazione è che, nessun atto essendo richiesto per l’ingresso delle norme cui si riferisce il primo comma dell’art. 10, se ne ha che anche norme delle Carte (ad es., della CEDU) che possano dirsi meramente riproduttive di norme internazionali consuetudinarie (una evenienza, come si sa, più volte ammessa dalla stessa Corte costituzionale: ad es., in sentt. nn. [311 del 2009](#), [93 del 2010](#), [113](#) e [236 del 2011](#)) acquistano efficacia subito, indipendentemente dalla esecuzione data alla fonte che le contiene.

La terza è che vanno tenute distinte le vicende al piano giuridico da quelle al piano culturale, anche fonti non ancora rese esecutive in ambito interno potendo ugualmente esercitare un’influenza sulle esperienze (specie processuali) che vengono a svolgersi nell’ambito stesso, secondo quanto ad es. dimostrano i numerosi richiami fatti alla Carta di Nizza-Strasburgo ancora prima della sua formale entrata in vigore.

³⁶ Sulle mutue implicazioni che tra i valori in parola s’intrattengono, al punto da rendersi ciascuno di essi incomprensibile al di fuori del necessario riferimento all’altro, v., sopra tutti, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009. Sui possibili bilanciamenti tra eguaglianza e libertà, in prospettiva giusfilosofica, ora, M. ZANICHELLI, *Il valore dell’uguaglianza nella prospettiva del diritto*, in *La società degli individui*, 3/2011, 33 ss.

costituzionale e le Carte internazionali dei diritti “si integrano, completandosi reciprocamente nell’interpretazione”.

Di qui, poi, la seconda conseguenza, alla prima strettamente, indissolubilmente legata; ed è che nessuna graduatoria può farsi tra Carte che tutte danno *riconoscimento* a diritti fondamentali e, più largamente, a beni della vita che hanno la loro radice fuori e prima del diritto (anche costituzionale!) e che, tuttavia, hanno un disperato, vitale bisogno di farsi veicolare nell’esperienza per il tramite del diritto stesso. Ed è proprio per ciò che – come mi è venuto più volte di dire – nel momento stesso in cui la Costituzione dovesse piegarsi *all’altro* ed *all’alto*, in realtà essa realizza appieno... *se stessa*, specificamente nei suoi valori enunciati agli artt. 2 e 3, nel loro fare “sistema” coi valori fondamentali restanti. E però la soluzione ottimale – com’è chiaro – non è quella che porta comunque a vedere come reciprocamente alternative le Carte in parola (Costituzione inclusa) bensì l’altra, che le vede entrambe in ugual misura affermarsi a mezzo del loro mutuo completamento e sostegno nei fatti interpretativi.

Ha ragione, perciò, a me pare il *Bundesverfassungsgericht* che, in modo coraggioso, ha più volte (ed ancora di recente³⁷) riconosciuto che la stessa Costituzione si presta ad interpretazione conforme a CEDU o a diritto dell’Unione, così come – aggiungo per la mia parte –, circolarmente, questi a quella³⁸. La nostra Corte tutto questo non l’ha mai detto, al di fuori dell’implicito riferimento fatto nella [decisione del ’99 sopra rammentata](#); di contro, ha tenuto a dichiarare, ripetutamente e con fermezza, il carattere subcostituzionale della CEDU, che nondimeno non osta al riconoscimento a quest’ultima del medesimo grado gerarchico posseduto dalle norme costituzionali, unicamente però al fine della eventuale caducazione di legge “anticonvenzionale” e sempre che – come si è veduto – la CEDU stessa appaia conforme a Costituzione.

Il verso, a giudizio della nostra Corte, è dunque unidirezionale; e in ciò si rispecchiano antiche vedute, che muovono dall’assunto della unicità della fonte fondante l’ordinamento, la Costituzione appunto: una fonte perfetta in sé e per sé, tant’è che mai si è ammesso che faccia in essa difetto la garanzia per un diritto o, in generale, una pretesa del soggetto e che pertanto si renda indispensabile attingerla *ab extra*. Mai la messa da canto della Costituzione per far applicazione in sua vece della Convenzione o di altra Carta dei diritti; tutt’al più la conferma, venute da tali fonti aventi origine esterna, di una tutela già *in nuce* desumibile tutta quanta dalla nostra legge fondamentale.

La Convenzione rimane, perciò, nella ricostruzione fattane alla Consulta, ad un grado positivamente e culturalmente subalterno, il suo ruolo risultando tutt’al più essere di completamento e di conferma.

Dal punto di vista, fatto proprio dalla Corte (e da chi ne condivide l’orientamento) della separazione degli ordinamenti, rimane poi non chiarito in che modo prenda corpo e si svolga l’interpretazione conforme. Non si sa se la legge vada dapprima letta alla luce della Costituzione e quest’esito quindi verificato a mezzo di una seconda interpretazione alla luce della Convenzione (per non dire delle complicazioni derivanti dal bisogno di volgersi altresì verso il diritto dell’Unione), una seconda lettura che nondimeno non potrebbe deviare dal solco costituzionale, o se – come forse, sempre da questo punto di vista, parrebbe essere più ragionevole – si debba fare all’inverso: in un primo momento, guardare alla Convenzione (ed alle fonti di origine esterna in genere) e poi alla Costituzione (un “dopo”, ovviamente, solo cronologico, non gerarchico)³⁹.

³⁷ Ad es., in [causa 2365/09 del 4 maggio 2011](#).

³⁸ L’adattamento interpretativo delle Carte di origine esterna (e, segnatamente, della CEDU) a Costituzione è usualmente negata. Si trascurano tuttavia due dati di comune esperienza: per un verso, le Carte stesse dichiarano di non poter fare a meno di attingere alle “tradizioni costituzionali comuni”; per un altro verso, limitando l’obbligo di osservanza della giurisprudenza EDU alla sua sola “sostanza” – secondo quanto si vedrà meglio a momenti –, la Consulta agevola nei fatti l’adattamento suddetto.

³⁹ È chiaro che, ove una interpretazione conforme dovesse divergere dall’altra o, addirittura, fare a pugni con essa (e salva l’ipotesi di un uso scorretto dei canoni interpretativi), forte sarebbe il sospetto della incompatibilità tra Costituzione e Convenzione, gravando pertanto sul giudice l’obbligo di denunciarla alla Corte (sempre che – beninteso – ci si attenga

Dal punto di vista invece nel quale mi riconosco, non v'è, non può esservi, un *prius* o un *posterius* ma un congiunto, circolare rimando a *tutti* i materiali normativi espressivi in non graduata o graduabile misura di diritti, *tutti* pur sempre riportabili alla *Costituzione come "sistema"* (anche delle relazioni interordinamentali), e segnatamente alla "copertura" offerta dagli artt. 2 e 3, più e prima ancora che dagli artt. 10 e 11 (e 117, I c.).

L'opzione – come si vede – è pur sempre per il punto di vista costituzionale, per la elementare ragione che da qualche parte ci si deve pur mettere per osservare l'esperienza; ma è un'opzione che poi non porta ad alcuna aprioristica ordinazione gerarchica, al di là della scelta iniziale a favore degli artt. 2 e 3, nei quali nel modo più immediato e genuino si rispecchia la dignità della persona umana.

6. *Il carattere eccessivamente rigido di taluni indirizzi giurisprudenziali e gli effetti negativi cui essi danno non di rado luogo (con specifico riguardo all'applicazione diretta della Costituzione)*

A conclusioni non diverse da quelle cui si è appena pervenuti conduce la considerazione di altri profili ormai nettamente delineati nella giurisprudenza costituzionale. Qui, infatti, nuovamente taluni irrigidimenti d'indirizzo si sono dimostrati alla lunga forieri di effetti, sì, positivi ma anche non poco negativi, ai quali ultimi specialmente giova prestare, sia pure con la rapidità imposta a questo studio, attenzione.

Si pensi all'applicazione diretta della Costituzione, che costituisce essa pure una risorsa, frutto dell'affermazione della tesi che considera la Costituzione stessa come legge, la legge fondamentale della Repubblica, non già un mero "programma" di buoni propositi consegnati al discrezionale apprezzamento del legislatore e perciò idonei a commutarsi in "diritto vivente" unicamente ai tempi, alle condizioni e coi contenuti stabiliti dal legislatore stesso⁴⁰.

L'applicazione diretta della Costituzione alle volte ha davvero origine e giustificazione in un'acclarata lacuna del dettato legislativo; altre volte, però, è il frutto di letture manipolative dello stesso, con specifico riguardo a disposizioni normative giudicate scomode, messe pertanto disinvoltamente da canto per far posto in loro vece alla Costituzione, la quale poi, a sua volta, è essa pure soggetta a non infrequenti, ancorché abilmente camuffate, manipolazioni della propria sostanza normativa⁴¹.

all'indirizzo della Corte stessa che fa divieto al giudice di applicazione diretta della Convenzione, potendosi altrimenti prefigurare altresì il caso opposto della "non applicazione" diretta della stessa).

⁴⁰ Non ridiscuto qui nuovamente la raffinata (ma radicale) ricostruzione teorica che, in generale, vede nella legge lo strumento *ordinario e necessario* di realizzazione del "programma" costituzionale (chiaro il riferimento ai noti studi di F. MODUGNO, a partire da *L'invalidità della legge*, I, *Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, e II, *Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Milano 1970). Mi limito solo a confermare il mio convincimento, argomentato altrove, secondo cui la Costituzione può rappresentare (ed effettivamente rappresenta) ora un vincolo positivo ed ora un mero limite negativo per la legislazione; ed è solo nelle singole esperienze che può perciò apprezzarsi la sua vera natura. Non è, ad ogni buon conto, senza significato che in queste ultime anche le norme (un tempo per antonomasia considerate) "programmatiche" siano state portate subito ad applicazione, *malgrado* la mancanza di leggi deputate al loro svolgimento, ed anzi *proprio* a motivo di siffatta mancanza.

⁴¹ Non poche volte, infatti, a base di una corposa manipolazione dei testi di legge sta – come si è tentato di mostrare altrove (*Linguaggio della Costituzione e parametri dei giudizi di costituzionalità*, in AA.VV., *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, a cura di G. Pitruzzella-F. Teresi-G. Verde, Torino 2000, 525 ss.) – un'ancora più corposa manipolazione del parametro. D'altronde, che la Corte riscriva di continuo la Costituzione è un dato ormai acquisito alla più consapevole riflessione teorica [per tutti, A. SPADARO, *Le motivazioni delle sentenze della Corte come "tecniche" di creazione di norme costituzionali*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Torino 1994, 356 ss. e, dello stesso, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico)*, cit., 343 ss.; E. ROSSI, *Le trasformazioni costituzionali secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Le "trasformazioni" costituzionali nell'età della transizione*, a cura di A. Spadaro, Torino 2000, 119 ss.].

La conclusione non *dovrebbe* essere diversa per le Carte internazionali dei diritti; l'uso della forma verbale condizionale nondimeno si giustifica a motivo del fatto che alcuni studiosi tengono ad ogni modo distinta la condizione dell'una e delle altre Carte. Ininfluyente è al riguardo la circostanza per cui quelle aventi origine esterna sono rese esecutive con legge, di modo che è quest'ultima a trovare applicazione, sempre che faccia appunto difetto altra norma parimenti legislativa.

In disparte infatti ogni riserva che si nutra a riguardo del modo con cui le Carte dei diritti hanno ingresso in ambito interno⁴², ciò che conta è la loro sostanza unitamente alla forma verbale, al linguaggio esibito dai loro enunciati, i quali sono in tutto e per tutto quelli propri dei documenti costituzionali. Piuttosto, la circostanza che essi rilevino in quanto recepiti con legge comune acquista rilievo sotto altri aspetti, ad es. giustificando il ricorso alla tecnica dell'abrogazione ogni qualvolta l'atto interno di esecuzione risulti essere posteriore rispetto a legge con esso incompatibile⁴³. Un'abrogazione che, nondimeno, presuppone la materiale attitudine della fonte di origine esterna ad essere subito portata ad applicazione in vece di quella nazionale. La qual cosa non è invero agevole da dimostrare proprio a motivo di quella diversa sostanza degli atti posti a confronto, vale a dire della maggiore ampiezza di struttura nomologica posseduta dalla fonte esterna rispetto alla legge comune. Eppure, come si diceva, alle medesime condizioni in cui può farsi luogo all'applicazione diretta della Costituzione può, a mia opinione, aversi altresì quella delle Carte.

D'altro canto, se si conviene a riguardo della mutua integrazione nei fatti interpretativi della Costituzione e delle Carte in parola, non si vede come possa tenersi separato il regime di quella dal regime di queste.

Se poi si allarga l'orizzonte altresì alla Carta di Nizza-Strasburgo, non poche statuizioni della quale trovano sostanziale corrispondenza con quelle della CEDU e, ad ogni buon conto, richiedono di essere intese alla luce di questa, vengono ulteriormente a moltiplicarsi i casi di possibile (e, anzi, doverosa) applicazione diretta della CEDU stessa: ove vi sia contrasto con norme di legge, ragionando della obbligatoria "non applicazione" di queste ultime, accompagnata dall'applicazione di norme della Carta dell'Unione *self-executing*⁴⁴ (e, per ciò stesso, della CEDU), sempre che, ovviamente, si versi in ambiti materiali di spettanza dell'Unione stessa (ma questo, come si sa, si ha ormai sempre più di frequente); qualora facciano poi difetto le norme nazionali, facendo appunto diretta applicazione dei soli materiali normativi disponibili provenienti *ab extra*. Poco importa, poi, dal mio punto di vista, che in un'esperienza processuale l'operatore dica di far applicazione unicamente della Carta dell'Unione o della stessa Costituzione (e non pure della Convenzione), quando poi il risultato praticamente non cambia, specie nei casi in cui la Convenzione stessa ha modo di lasciare un segno culturale profondo nei processi interpretativi riguardanti le Carte restanti.

⁴² Altrove si è infatti argomentata la tesi favorevole alla loro ricezione con legge costituzionale, ricongiungendosi in tal modo la forma con la materia sua propria; e il riconoscimento dei diritti fondamentali è – come si sa – il cuore pulsante della materia in parola, in linea con l'insuperato e di perdurante attualità insegnamento consegnatoci dall'art. 16 della Dichiarazione del 1789.

⁴³ L'abrogazione, in astratto, non è esclusa neppure nei rapporti tra fonti gerarchicamente ordinate, secondo il riconoscimento in tal senso fatto – come si sa – già da [Corte cost. n. 1 del 1956](#). È tuttavia noto che, con riguardo alle antinomie Costituzione-legge, la giurisprudenza ha poi fatto uso per sistema dello schema della invalidità, originaria o sopravvenuta che sia. In ogni caso, come si rammentava poc'anzi, la stessa giurisprudenza ha tenuto a precisare non essere la CEDU (e, perciò, ogni altra Carta) sovraordinata alle leggi.

⁴⁴ L'ipotesi è stata, ancora non molto tempo addietro, ragionata da V. SCIARABBA, *La tutela europea dei diritti fondamentali e il giudice italiano*, in www.europeanrights.eu, 9 maggio 2011; v., già, volendo, il mio *Corte costituzionale e Corti europee*, cit., 198 ss.

7. Il “tira e molla” e lo stop and go della Corte costituzionale sulle questioni di “convenzionalità”, con l’opportunità offerta ai giudici (e, però, anche a... se stessa) di “smarcarsi” dal pressing delle Corti europee (in specie della Corte EDU) grazie ad un uso incisivo della tecnica del distinguishing

Tutto ciò posto (e proprio a motivo della molteplicità dei documenti normativi materialmente costituzionali in campo), non è chi non veda quali spazi si aprano per operazioni largamente espressive di potere discrezionale da parte dei giudici: vuoi per effetto del ricorso alla tecnica del *distinguishing*, vuoi ancora per il congiunto riferimento ad indirizzi giurisprudenziali non sempre convergenti delle Corti (costituzionali ed europee), sta di fatto che le operazioni stesse dispongono di spazi non poco cospicui entro cui affermarsi.

Di qui, la conferma del ruolo di estremo impegno e responsabilità gravante sulle spalle dei giudici comuni⁴⁵, per quanto il suo svolgimento si abbia perlopiù in modo discreto e lunghi canali sotterranei, poco o nient’affatto visibili dalla gente e talora anche dai più consapevoli conoscitori delle esperienze della giustizia, sia costituzionale che comune. Un ruolo che, proprio per la incisività delle sue manifestazioni, può portare ad esiti di vario segno; e si tratta una buona volta di chiedersi se, al di là di come si giudichino le singole vicende processuali per gli effetti nel merito prodotti, i giudici possano essere lasciati soli con se stessi ad assumere decisioni che, pur se limitate – conformemente alla loro natura – ai casi cui si applicano, acquistano nondimeno un significato di prima grandezza.

Ora, le indicazioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale sulla CEDU, a partire dalla svolta del 2007, non agevolano – a me pare – a fare fino in fondo chiarezza a riguardo delle questioni cruciali cui si è appena accennato.

Talune perduranti oscillazioni ed aporie di costruzione esibite dalla giurisprudenza costituzionale possono invero disorientare non poco gli operatori, per la loro parte dunque alimentando talune pratiche distorsive presenti nelle esperienze della giustizia comune, le quali peraltro hanno molte volte specificamente in se stesse la radice della loro esistenza.

Mi riferisco ora al singolare “tira e molla” posto in essere presso la Consulta con riferimento appunto alle questioni di “convenzionalità”. Per un verso, infatti, la Corte manifesta la tendenza a liberarsene, configurando il proprio ruolo come meramente “sussidiario” in relazione ai soli casi in cui non soccorra l’interpretazione conforme; per un altro verso ed allo stesso tempo, però, attrae a sé tutti tali casi, senza spiraglio alcuno – perlomeno ad oggi... – per eventuali applicazioni dirette della Convenzione da parte dei giudici comuni.

È singolare, poi, che la Corte non reputi di doversi sgravare della trattazione di questioni delle quali, invece, in circostanze del tutto analoghe agilmente si libera. Ad es., mentre, giustamente, s’interroga circa gli effetti del possibile *ius superveniens* legislativo (e, dunque, dei suoi riflessi nelle esperienze della giustizia costituzionale), ora restituendo gli atti alle autorità remittenti (nei giudizi in via incidentale) ed ora dichiarando cessata la materia del contendere (nei ricorsi in via principale), non s’interroga *motu proprio* sui casi di possibile interferenza con norme dell’Unione europea sfuggita alla cognizione del giudice comune, una interferenza che potrebbe portare a rimandare le relative questioni ai giudici comuni perché facciano subito “non applicazione” delle norme interne con le prime incompatibili (specie laddove, come si è sopra veduto, il diritto dell’Unione poi sostanzialmente coincida con norme della CEDU o di altra Carta). Quando insomma viene denunziato dal giudice *a quo* il possibile contrasto con norme convenzionali, la Corte trattiene *sempre* presso di sé la questione, persino quando potrebbe tornare ad interpellare l’autorità remittente. Mi chiedo però se il principio *iura novit curia*, nelle

⁴⁵ Una sua vigorosa sottolineatura è in R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, cit., e, dello stesso, ora, *Diritto di proprietà e CEDU. Itinerari giurisprudenziali europei*, in corso di stampa per i tipi della Aracne di Roma, e *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali*, cit.

sue peculiari proiezioni al piano del diritto dell'Unione, non debba valere anche per la Corte, così come vale per i giudici comuni.

“Tira e molla” da un lato, *stop and go* dall'altro, specificamente al piano dei rapporti con la Corte EDU segnano i più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale. E quando parlo di *stop and go* mi riferisco in particolare alle oscillazioni tra il corno della osservanza degli indirizzi della Corte di Strasburgo e quello invece del distacco da essi, abilmente posto in essere specie a mezzo della tecnica del *distinguishing*, di cui si ha traccia in particolare nell'ultimo indirizzo giurisprudenziale⁴⁶, una tecnica filtrata alla luce del principio, pure vigorosamente (ma anche alquanto confusamente) enunciato nei tempi a noi più vicini, secondo cui alla giurisprudenza della Corte EDU va prestato ossequio unicamente nella sua “sostanza”⁴⁷.

Cosa debba intendersi per la “sostanza” in parola ancora non s'è ben capito (e, forse, mai si capirà); in particolare, non è chiaro se l'ossequio alla giurisprudenza europea da parte dei giudici comuni (e però pure dello stesso giudice costituzionale...) resti circoscritto ai soli casi d'indirizzi interpretativi definiti a Strasburgo ed ormai stabilizzatisi nell'esperienza, espressivi cioè di un vero e proprio “diritto vivente”, non pure dunque ai casi in cui quest'ultimo faccia difetto, ovvero se anche pronunzie non ancora ripetute in modo seriale richiedano ugualmente di essere rispettate (sia pure, appunto, solo nella loro “sostanza”). Sta di fatto che, a motivo della vaghezza concettuale del termine indicativo del limite in parola, la Corte viene a ritagliarsi uno spazio di manovra non poco consistente, seppur col costo di disorientare i giudici, cui il medesimo spazio è astrattamente riconosciuto, esponendoli al rischio sempre incombente di portarsi oltre il limite stesso, con conseguente violazione della Convenzione. È ad ogni buon conto innegabile che lo scostamento dalla giurisprudenza EDU non “sostanziale” possa in ogni tempo trapassare in un... *sostanziale* abbandono dell'interpretazione conforme; su ciò è opportuno che la vigilanza non venga mai meno e che la riflessione teorica, approfondendo il punto, possa offrire indicazioni utili alla pratica giuridica.

La tecnica del *distinguishing* (alle volte da sola, altre volte unitamente al riferimento alla “sostanza” della giurisprudenza EDU) si pone poi – come si diceva – quale una risorsa preziosa di cui la Consulta dispone al fine di non dover pervenire alla soluzione estrema di dichiarare l'inidoneità di norma CEDU ad integrare il parametro costituzionale o – il che è praticamente lo stesso – al fine di coprire i propri dissensi con la Corte di Strasburgo.

La medesima tecnica, poi, nelle mani dei giudici comuni, specie di quelli “ribelli” nei riguardi dell'indirizzo della giurisprudenza costituzionale sfavorevole all'applicazione diretta della CEDU, si presta allo scopo di non dover fare applicazione di leggi contrarie alla CEDU stessa, senza doverle allo stesso tempo rimandare al giudizio della Consulta, recuperando in tal modo la “sostanza” delle norme convenzionali e magari dichiarando di fare applicazione diretta della Costituzione, riletta però alla luce della Convenzione, nell'assunto della mancanza di una regolazione legislativa del caso. Oltre tutto, si viene così a parare il rischio che, rivolgendosi al giudice delle leggi, quest'ultimo possa ora caducare la norma convenzionale (o, comunque, dichiararne l'inidoneità ad integrare il parametro costituzionale) ed ora comunque far salva la legge la cui incompatibilità con la Convenzione sia tuttavia acclarata, nel presupposto che la prima offra una più intensa tutela ai diritti, secondo quanto si è ritenuto dalla Consulta possibile (spec. nella già cit. [sent. n. 317 del 2009](#)).

⁴⁶ Riferimenti nel mio *La Corte costituzionale “equilibrata”*, cit. In argomento, da ultimo, A. GUAZZAROTTI, *Uso e valore del precedente CEDU nella giurisprudenza costituzionale e comune posteriore alla svolta del 2007*, relaz. al Seminario su *La CEDU tra effettività delle garanzie e integrazione degli ordinamenti*, Perugia 17 novembre 2011, in www.diritti-cedu.unipg.it.

⁴⁷ V., spec., Corte cost. nn. [236](#), [257](#) e [303 del 2011](#) e [15 del 2012](#). Come ha tenuto a precisare nel corso della sua annuale Conferenza stampa relativa al 2011 il Presidente Quaranta (una Conferenza in gran parte dedicata – e *pour cause* – proprio ai rapporti con la CEDU), rifacendosi ad una indicazione data in alcune delle decisioni sopra richiamate, rientra fra le prerogative della Corte “valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano”.

8. *Il giudice comune come Cenerentola, esclusa dalle danze delle Corti europee e della Corte costituzionale? Accentramento e diffusione, in pari e rilevante misura, del sistema di giustizia costituzionale, e gli esempi delle additive di principio e delle antinomie tra diritto dell'Unione e diritto interno, la cui soluzione vede il giudice stesso partecipe con centralità di ruolo di operazioni di giustizia costituzionale*

Le notazioni appena svolte, pur nel carattere largamente approssimativo che le connota, credo che avvalorino in modo sufficientemente sicuro l'idea per cui è teoricamente alquanto improprio o, diciamo pure, rozzo seguitare ad interrogarsi, nel braccio di ferro tra Corti europee (e, segnatamente, Corte EDU) e Corte costituzionale quale di esse risulti dotata della maggior forza, ove si convenga che ciascuna Corte ha avuto (ed ha) modo di farla valere in consistente misura, senza per ciò risultare vincitrice ovvero soccombente alla fine della partita. E ciò, per la elementare ragione che la partita non ha mai fine e che, a seconda dei casi, sembra che l'una Corte possa prevalere sull'altra (o sulle altre), dovendo tuttavia rassegnarsi a recedere in casi diversi⁴⁸.

Parimenti approssimativo è, in questo scenario, il ritenere che il giudice comune sia una sorta di Cenerentola, obbligata a restare esclusa dalle danze svoltesi presso i palazzi delle Corti europee e dei tribunali costituzionali, alle quali nondimeno – proprio come il noto personaggio della favola – riesce, in modo magico, a prender parte, ottenendo infine la migliore delle gratificazioni possibili. Gli spazi di manovra di cui il giudice stesso invece dispone – come s'è veduto – non sono meno consistenti di quelli di cui risultano dotati gli altri giudici, al di là ovviamente della diversa efficacia che è propria delle pronunzie emesse da ciascun operatore di giustizia.

Sta di fatto che sono stati (e sono) giusto i giudici comuni gli artefici primi dell'inveramento della giurisprudenza europea in ambito interno, malgrado la loro minore “visibilità” rispetto al giudice costituzionale.

Tornando allora al quesito inizialmente posto e riprendendo uno schema qualificatorio usuale e che però sempre più stancamente si trascina, ci si avvede che il nostro (al pari di altri) è un sistema di giustizia a un tempo *accentrato e diffuso*, anzi in modo sempre più marcato sia accentrato che diffuso: ad ulteriore riprova di come i termini in parola non si pongano affatto – come invece da parte di molti si pensa – in un rapporto di inversione proporzionale, l'una componente affermandosi, per una ineluttabile necessità, a discapito dell'altra, e – naturalmente – viceversa.

⁴⁸ Emblematica, per fare un solo esempio, la vicenda delle leggi d'interpretazione autentica, dove ciascuna Corte ha avuto modo di dire la sua; e si vedrà alla lunga quale tesi finirà con l'affermarsi, non escludendosi ovviamente la eventualità che essa si ponga quale il frutto di una mediazione tra le posizioni in campo. Sul [caso Agrati](#), v. le note di M. MASSA, *Agrati: Corte europea vs. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività, e mia, Ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive d'interpretazione autentica, e domani? (a margine di Corte EDU 7 giugno 2011, Agrati ed altri c. Italia)*, entrambe in [www.forumcostituzionale.it](#), e in *Quad. cost.*, 3/2011, rispettivamente, 706 ss. e 709 ss.; inoltre, G. REPETTO, *Il nodo delle irretroattività tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in [www.diritti-cedu.unipg.it](#); E. LUPO (in coll. con E. VINCENTI), *Pluralità delle fonti ed unitarietà dell'ordinamento*, in [www.europeanrights.eu](#), spec. §§ 5.2, 5.3 e 6. Sul non coincidente punto di vista espresso dalla Corte di giustizia ([sent. Grande Sezione del 6 settembre 2011, in causa C-108/10, Scattolon](#)), le note di M. MASSA, *Dopo il caso Agrati il caso Scattolon: le leggi interpretative tra disapplicazione e prevalenza sulla CEDU*, in *Quad. cost.*, 4/2011, 957 ss.; G. REPETTO, *Il triangolo andrà considerato. In margine al caso Scattolon*, in [www.diritticomparati.it](#); G. RICCI, *Il passaggio del personale Ata dagli enti locali allo Stato: per la Corte di giustizia è un caso di trasferimento d'azienda (Osservaz. a Corte giust. 6 settembre 2011, causa C-108/10)*, in *Foro it.*, 11/2011, IV, 503 ss. e, ora, V. DE MICHELE, *Le vicende del personale Ata trasferito allo Stato dopo le giurisdizioni superiori tornano al vero giudice: quello comune “europeo” che decide nel merito*, in [www.europeanrights.eu](#), 14 marzo 2012. Da ultimo, nel caso [Arras](#), già rammentato, la Corte di Strasburgo ha tenuto fermo il proprio punto di vista a riguardo della inammissibile interferenza con l'amministrazione della giustizia da parte delle leggi d'interpretazione autentica, allo stesso tempo però escludendo la violazione di disposti della Convenzione diversi dall'art. 6.

Semplificando al massimo la rappresentazione di uno stato di cose che appare connotato da intrinseca, accentuata complessità e fluidità, sembra di poter dire che *l'accentramento a sua volta si... diffonde*, se non altro per il fatto che – come si faceva dietro notare – è venuto col tempo vieppiù evidenziandosi il ruolo delle Corti europee quali Corti *materialmente* costituzionali (un ruolo con ogni probabilità destinato ad ulteriormente crescere, specie con l'auspicata adesione dell'Unione alla CEDU), senza nondimeno che ne sia risultato reciso il filo che lega quelle Corti alla loro matrice originaria, testimoniato già dalla loro composizione interstatale, che le obbliga a mediazioni non semplici (ed alle volte, anzi, particolarmente sofferte) di ordine culturale e positivo⁴⁹.

Dal canto loro, i giudici comuni in modo sempre più marcato e vistoso partecipano ad operazioni di bilanciamento (anche interordinamentale!) secondo valore, operazioni *in nuce* di “giustizia costituzionale”, pur se con la consueta limitazione legata al carattere circoscritto degli effetti della loro azione.

È sufficiente por mente al significato posseduto da alcune tecniche decisorie presenti nella giurisprudenza costituzionale che danno modo ai giudici comuni di concorrere con la giurisprudenza stessa nella realizzazione di obiettivi comuni ed a mezzo di tecniche parimenti non diverse, quale quella dell'interpretazione conforme o l'altra del *distinguishing* o l'altra ancora della osservanza degli indirizzi della Corte EDU unicamente nella loro “sostanza”.

Molte esempi potrebbero al riguardo essere adottati in aggiunta alle cose sopra dette; e basti solo rammentare l'esperienza delle additive di principio, in occasione e per effetto della cui adozione si assiste – a me pare – ad una sorta di giustizia costituzionale *in progress*, la pronuncia della Corte abbisognando di essere perfezionata e integrata dalle pronunzie, varie per orientamento e contenuti, dei giudici comuni, espressive di una *vis* innovativa (“normativa”, è stato detto) non minore di quella propria del verdetto della Consulta e, forse, anzi persino maggiore, ove si convenga a riguardo della maggiore vaghezza di disposto che è propria di quest'ultimo, a fronte della puntualità di disposto delle regole desunte (a rime non obbligate...) dai giudici comuni⁵⁰. O, ancora, si pensi al ruolo complessivamente giocato da questi ultimi al piano della risoluzione delle antinomie tra diritto dell'Unione e diritto interno: dove, nuovamente, a base della “non applicazione” di norma di legge contraria al diritto sovranazionale sta pur sempre la violazione dell'art. 11, nel quale – come si sa – riposa, dal punto di vista dell'ordinamento interno, il fondamento del primato del diritto dell'Unione: una violazione rilevata appunto dai giudici comuni, in deroga al principio di unicità del sistema di giustizia costituzionale fissato nella Carta.

⁴⁹ Su ciò, part., gli studi di O. POLLICINO (tra i quali, principalmente, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano 2010, nonché, da ultimo, *Unione europea e CEDU: analisi comparata della genesi e dei primi sviluppi della rispettiva azione, con particolare riferimento alla tutela dei diritti fondamentali*, in www.forumcostituzionale.it, 31 gennaio 2012).

⁵⁰ Un esempio particolarmente istruttivo specificamente riguardante l'ordine tematico qui interessante è quello avutosi con la [sent. n. 113 del 2011](#), con la quale si è – come si sa – riscritto l'art. 630 c.p.p., demandandosi ad ogni buon conto (e in attesa dell'intervento riparatore del legislatore) ai giudici comuni di rinvenire le soluzioni di volta in volta più adeguate allo scopo di ripristinare la piena osservanza della Convenzione (la pluralità delle soluzioni al riguardo praticabili è stata da molti e con varietà di accenti sottolineata: ad es., di recente, da G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2/2011, 1542 ss.; spunti interessanti di vario segno, inoltre, nella stessa *Rivista*, in G. REPETTO, *Corte costituzionale e CEDU al tempo dei conflitti sistemici*, 1548 ss. e S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all'obbligo di conformarsi alle condanne europee: l'inserimento delle sentenze della Corte europea tra i casi di revisione*, 1557 ss.; v. pure G. CANZIO, *Giudicato “europeo” e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*; R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, e il mio *Il giudicato all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011 ... ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, tutti in www.rivistaaic.it, 2/2011, nonché in *Legisl. pen.*, 2/2011, con l'aggiunta, *ivi*, di M. CHIAVARIO, *La Corte costituzionale ha svolto il suo compito: ora tocca ad altri*; R. CONTI, *La scala reale della Corte Costituzionale sulla tutela della CEDU nell'ordinamento interno*, in *Corr. giur.*, 9/2011, spec. 1253 ss.).

9. *Gli squilibri delle pratiche giudiziali e il bisogno che gli interventi correttivi, al fine di poter risultare almeno in parte efficaci, siano a un tempo ambientati al piano delle regole ed a quello delle regolarità, all'insegna del principio della parità delle Corti e della integrazione tra le Carte ed in vista dell'ottimale appagamento dei diritti*

Ora, la crescita dei ruoli di tutti i giudici ripropone in termini vieppiù pressanti la questione relativa al modo o ai modi con cui correggere alcune storture evidenziatesi presso le sedi in cui si somministra giustizia (al piano europeo così come a quello interno, e tanto nell'attività svolta dal giudice costituzionale quanto in quella posta in essere dai giudici comuni).

L'idea che mi sono venuto al riguardo facendo, a seguito di un monitoraggio costante effettuato nei riguardi delle esperienze maturate presso tutte tali sedi, è che si renda necessario ambientare gli interventi correttivi sia al piano delle *regole* che a quello delle *regolarità*, a quello dei canoni normativi ed all'altro della messa in atto delle pratiche giudiziali maggiormente marcate e radicate, espressive di veri e propri "indirizzi" pressoché consuetudinariamente osservati.

All'uno è vistosa la carenza di collegamenti istituzionali di cui si ha invece – a me pare – un vitale bisogno, le novità che al riguardo dovessero introdursi richiedendo nondimeno di risultare a mezzo di un pugno di norme essenziali, duttili per conformazione strutturale e, perciò, aperte alla loro "sperimentazione" ed al loro congruo svolgimento per via giurisprudenziale.

L'integrazione (e non la mera specificazione o, di più, l'applicazione) delle *regole* ad opera delle *regolarità* s'impone in ragione della complessità dei rapporti che s'intrattengono tra le Corti, in cui peraltro si specchia, al piano istituzionale, la complessità dei casi della vita, nei quali s'intrecciano interessi plurimi, non di rado tutti astrattamente meritevoli di tutela, idonei cioè a giocare la partita alla pari, con esiti a conti fatti determinati di volta in volta dai casi stessi.

Che la disciplina delle regole, così com'è, sia insufficiente non richiede dimostrazione alcuna, a motivo della evidenza del fatto in sé.

L'unico vero canale di collegamento interordinamentale è – come si sa – il rinvio pregiudiziale, peraltro nei fatti limitato ai soli rapporti tra Corte di giustizia e giudici comuni (la disponibilità di recente manifestata dalla nostra Corte a farne utilizzo è rimasta circoscritta – com'è noto – ai soli giudizi in via d'azione e, in questi, peraltro è praticamente rimasta sulla carta). Nessun raccordo, come pure è noto, si ha poi con la Corte EDU né tra quest'ultima e la Corte di giustizia; solo di recente (specie con la dichiarazione a firma congiunta dei Presidenti delle due Corti⁵¹) si è fatto qualche timido passo in vista della messa in atto di una cooperazione ad oggi rimessa alla sola buona volontà delle Corti stesse ed invece bisognosa di poggiare su un fascio di regole certe ed inderogabili. Tra queste ultime mi permetto qui di richiamare solo quella, su cui consiglierei di appuntare in special modo l'attenzione, che raccoglie ed esprime il bisogno di far precedere il verdetto della Corte di Lussemburgo rispetto a quello della Corte di Strasburgo, ogni qual volta si faccia questione della congiunta violazione della Carta dei diritti dell'Unione e della Convenzione, al fine di evitare talune discordanze d'indirizzo poi assai problematicamente rimediabili, con effetti negativi di tutta evidenza per ciò che attiene al "seguito" da dare alle pronunzie delle due Corti in ambito interno⁵².

Quali che siano le soluzioni che al riguardo si giudicheranno essere le più appropriate, su una sola cosa mi sento nondimeno sicuro, sulla quale mi sta qui particolarmente a cuore sollecitare un

⁵¹ Può vedersi in *Quad. cost.*, 2/2011, con la nota di M.E. GENNUSA e S. NINATTI, *Il comunicato congiunto dei Presidenti Costa e Skouris. La difficile rotta verso una tutela integrata dei diritti*, 469 ss.

⁵² Il punto è stato di recente toccato nel mio *Il rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione: risorsa o problema? (Nota minima su una questione controversa)*, in www.giurcost.org.

supplemento di riflessione in altra e più acconcia sede; ed è che tanto le regole quanto le regolarità relative ai rapporti intergiurisprudenziali devono muovere da un assunto che giudico un punto fermo dei rapporti stessi, la loro vera e propria *Grundnorm*, che è anche un *Grundwert* delle relazioni interordinamentali, che obbliga ciascuna Corte a rifuggire dall'insano proposito di rivendicare una *primauté* a tutti i costi, che non può essere di nessuna in modo esclusivo e che dev'essere invece di tutte assieme⁵³.

Dove v'è il primato di una Corte sulle altre, v'è anche una ordinazione gerarchica tra le Carte di cui le Corti stesse sono istituzionalmente garanti. Un esito questo, tuttavia, inaccettabile – cheché ne pensi la nostra Corte, che seguita senza esitazione alcuna a qualificare la CEDU come fonte subcostituzionale e soggetta la stessa Carta di Nizza-Strasburgo al rispetto dei principi di struttura dell'ordinamento costituzionale (dei c.d. “controlimiti”) – tanto dal punto di vista interno che dal punto di vista esterno. E ciò, ove si convenga a riguardo di quella natura “plurale” della struttura della Costituzione (e, *mutatis mutandis*, della Convenzione e delle Carte in genere), cui si faceva poc'anzi cenno: una struttura che, per sua naturale ed irresistibile vocazione, si apre ai documenti normativi diversi da sé ed al pari di sé però idonei a dare riconoscimento ai diritti. Non è, d'altronde, senza significato che l'Unione dichiari di non poter fare a meno di attingere alle c.d. “tradizioni costituzionali comuni” e, più ancora, di dover prestare ossequio ai principi di struttura dei singoli ordinamenti nazionali (art. 4 del trattato di Lisbona), così come non è senza significato che la CEDU dichiari di poter scendere in campo unicamente ove più non soccorrano le garanzie apprestate per i diritti in ambito interno o che la Carta di Nizza-Strasburgo – come pure si segnalava – dichiari di voler essere intesa alla luce della CEDU.

Dal punto di vista, poi, della Costituzione, il credito dato alla CEDU ed alle altre Carte, pur laddove dovesse portare alla loro affermazione persino a discapito della Costituzione stessa⁵⁴, potrebbe pur sempre aversi unicamente allo scopo di offrire il più adeguato servizio alla coppia assiologica fondamentale di libertà ed eguaglianza e, per ciò stesso, ai diritti e, più in genere, ai beni della vita nel loro fare “sistema”.

Si tratta dunque di por mano alla costruzione di un ordine “intercostituzionale” – come a me piace chiamarlo – che, al piano delle dinamiche giudiziali, si connota dunque come “intergiurisprudenziale”, la sua edificazione e il suo incessante rinnovo risultando fondati su una sana e paritaria competizione *culturale*, non *positiva*, tra gli organi chiamati a somministrare giustizia. Una competizione che non esclude dal proprio orizzonte “strategico” la eventualità del conflitto o, comunque, della diversificazione⁵⁵, che tuttavia può convertirsi in valore positivo, da essi ugualmente traendo alimento la competizione stessa e non ostando essi, ad ogni buon conto, all'ulteriore avanzata del processo d'integrazione interordinamentale, la massima possibile alle condizioni complessive di contesto. È proprio in siffatto processo, infatti, che prende forma il mutuo e paritario soccorso delle Carte e delle Corti, nella non di rado sofferta ricerca delle soluzioni di volta in volta più adeguate a venire incontro ai più avvertiti bisogni dell'uomo, ai suoi diritti, alla sua dignità.

⁵³ Se invece una sola fosse la Corte di vertice del sistema del relazioni interordinamentali, essa fatalmente si commuterebbe – come si è fatto altrove osservare (ad es., nel mio *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in *Riv. dir. cost.*, 2009, 125 ss., spec. 157 ss.) – in un mostruoso *potere costituente permanente*, tanto più micidiale in quanto capace di distendere il suo incontrollato dominio su un territorio vastissimo, comprensivo appunto di più ordinamenti.

⁵⁴ La soluzione vincente, però, come si è veduto e si tiene qui in conclusione a rimarcare, è quella della mutua integrazione nei fatti interpretativi e perciò della paritaria, congiunta applicazione di tutte le Carte ai fatti della vita.

⁵⁵ Su ciò, interessanti rilievi ora in G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Roma 2011.

Antonio Ruggeri

“Giallo” alla Consulta: l’“intesa” tra il Presidente e il giudice relatore in pubblica udienza

(nota minima a [Corte cost. n. 55 del 2012](#))

“*udito* nell’udienza pubblica del 21 febbraio 2012 il Presidente Alfonso Quaranta d’intesa con il Giudice relatore Marta Cartabia”.

Questa l’inusuale formula presente in [Corte cost. n. 55 del 2012](#), che parrebbe far pensare alla invenzione di una nuova tecnica decisoria, sia pure ad effetti interni, circoscritti al modo con cui il collegio si organizza in vista dell’ottimale esercizio delle proprie funzioni.

Ma cos’è, o potrebbe essere, l’“intesa” di cui è parola nella decisione qui succintamente annotata? Una sorta di atto complesso, frutto dell’incontro delle volontà di due relatori, di quello originario e di un altro successivamente aggiuntosi, ovvero dell’unico relatore col Presidente (o, magari, domani, un altro giudice)? Una relazione fatta per parti separate da due giudici ovvero condivisa per l’intero da entrambi? O cos’altro ancora?

Molte, ovviamente, le supposizioni possibili, nessuna delle quali però riuscirebbe a cogliere nel segno: la curiosità infatti non viene appagata dalla decisione, che semina un solo, seppur rilevante, indizio per la soluzione del “giallo”: il deposito avvenuto lo stesso giorno (il 21 febbraio 2012) della pubblica udienza dell’accettazione da parte della Regione resistente dell’atto governativo di rinuncia al ricorso, una rinuncia peraltro realizzatasi in due tempi, con riguardo a parti distinte della disciplina legislativa impugnata, fino a configurarsi come totale. È la registrazione video dello svolgimento dell’udienza, dunque, a consentire di dare risposta al dilemma. Il Presidente della Corte, avuta notizia del deposito suddetto, ne ha reso subito partecipe il collegio; scontata, a questo punto, la conclusione della vicenda nel senso della estinzione del processo. E di ciò il giudice relatore, al pari degli altri componenti il collegio, non ha potuto che prendere atto.

Non c’è stata, insomma, né una relazione in *tandem* né un’“intesa” tra il relatore ed il Presidente: solo la constatazione che il ricorso non aveva più motivo d’essere trattato.

Perché allora – mi chiedo – far luogo alla formula suddetta, che può far pensare a scenari non verificatisi né, forse, verificabili, alimentando improprie congetture? È il ricorso al termine “intesa” ad ingenerare confusione, rivelandosi improprio in relazione all’andamento dei fatti: quasi che, appunto, un’“intesa” fosse nella circostanza obbligata (e perché mai?) o, quanto meno, opportuna, senza che peraltro sia chiaro cosa sarebbe potuto accadere per il caso del suo mancato raggiungimento.

La vicenda, ad ogni buon conto, insegna che ormai non basta più la sola lettura delle pronunzie della Corte al fine di avere piena ed esatta contezza di come sono davvero andate le cose, a meno che non si obietti che, in congiunture quale quella che ha dato lo spunto per quest’annotazione, l’onere della motivazione della decisione non può considerarsi appieno soddisfatto, dovendosi dunque dare compiuta e fedele rappresentazione dello svolgimento della vicenda processuale.

Qui, tuttavia, ci si inoltra – come si sa – su un campo minato, la esistenza (o, diciamo pure, la sufficienza) della motivazione delle decisioni della Corte costituendo, a un tempo, un requisito indisponibile in concreto quanto però indefinibile al piano teorico-astratto. Sappiamo che c’è e che non può farsene in alcun modo a meno, ma non sappiamo esattamente in cosa consista. Non avrebbe pregio, ovviamente, opporre che, ad ogni buon conto, le decisioni della Corte godono tutte, nessuna esclusa, dello scudo protettivo insuperabile eretto dall’ultimo comma dell’art. 137.

Per un verso, infatti, merita di essere presa in considerazione la circostanza per cui lo stesso principio della non impugnabilità delle decisioni stesse non sembra così categorico come a prima vista parrebbe, ove si convenga a riguardo della sua possibile soggezione ad operazioni di bilanciamento con altri principi costituzionali. Penso, ora, soprattutto alla eventualità della revisione del giudicato costituzionale all’impatto con altri “giudicati”, e segnatamente con quelli delle Corti europee: una evenienza davanti alla quale la dottrina ha fatto come lo struzzo, nel mentre la giurisprudenza è riuscita abilmente a tenersi da essa alla larga, specie a mezzo di un uso sapiente della tecnica del *distinguishing*, di cui proprio nell’anno appena trascorso si sono avute ripetute

testimonianze (ad es., con riguardo alla spinosa questione delle leggi d'interpretazione autentica) e che però – temo – prima o poi non soccorrerà più a fugare il rischio dello scontro.

Per un altro (ed ancora più risolutivo) verso, poi, il canone posto in coda all'art. 137 presuppone l'esservi una “decisione”, condizione necessaria della quale è appunto la sufficienza della motivazione. Il canone in parola, insomma, “copre”, a mio modo di vedere, i soli casi da un'avveduta dottrina chiamati d'*invalidità in senso debole*, non pure quelli d'*invalidità in senso forte*, che richiedono la esistenza dell'atto, ancorché astrattamente non legittimo.

Non è di tutto ciò, ad ogni buon conto, che intendo ora nuovamente discorrere, anche perché – convengo – la pur sibillina affermazione posta in testa al verdetto di oggi e riprodotta all'inizio di questo commento non è certo tale da incrinare la sufficienza della motivazione del verdetto stesso. Ciò che solo conta è che vi sia stata la rinunzia (a rate...) al ricorso, accettata sia pure sul filo di lana dalla resistente; e tanto basta a giustificare l'esito della estinzione della lite. Ma, perché allora non chiamare le cose col loro giusto nome, riferendo i fatti così come sono avvenuti?

Non tutti i lettori delle pronunzie della Corte sono, ad ogni buon conto, esperti di “gialli”; una maggiore trasparenza avrebbe, invero, giovato alla piena comprensione di una vicenda processuale che resta comunque, nel suo complessivo andamento, inusuale.

Antonio Ruggeri

Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in “sistema”*

*Quando si va verso un obiettivo,
è molto importante prestare attenzione al Cammino.
È il Cammino che ci insegna sempre la maniera migliore di arrivare,
e ci arricchisce mentre lo percorriamo***

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza costituzionale sulla CEDU e le sue più espressive movenze: da un iniziale irrigidimento alla successiva fluidificazione del quadro dei rapporti interordinamentali, reso vieppiù mobile negli elementi costitutivi ed opaco nelle sue complessive sembianze. – 2. I profili di ordine sostanziale e i loro tratti maggiormente salienti: la separazione degli ordinamenti e l’immagine della Costituzione-“totale”. – 3. L’incondizionato primato della Costituzione sulla CEDU, l’astratta eventualità del conflitto, le vie di fuga apertesesi dalla Corte nella sua ultima giurisprudenza al fine di non dover dichiarare l’incompatibilità della norma convenzionale rispetto a quella costituzionale. – 4. I profili di ordine processuale: in particolare, il passaggio dalla “logica” del conflitto a quella della “gradualità” della tutela offerta ai diritti dalla CEDU da un canto, dalla Costituzione e dalla legge dall’altro, e le implicazioni che possono aversene al piano delle tecniche decisorie (con specifico riguardo alla competenza dei giudici comuni a rilevare l’“intensità” della tutela stessa, facendo quindi applicazione della norma più adeguata al caso, senza dover bussare alle porte della Consulta). – 5. Al tirar delle somme: la struttura “plurale” della Costituzione e la pari condizione giuridica rispetto ad essa posseduta dalle Carte, i modi con cui esse fanno “sistema” nell’esperienza processuale, più ancora attraverso il sindacato diffuso che a mezzo di quello accentrato di “convenzionalità”.

1. La giurisprudenza costituzionale sulla CEDU e le sue più espressive movenze: da un iniziale irrigidimento alla successiva fluidificazione del quadro dei rapporti interordinamentali, reso vieppiù mobile negli elementi costitutivi ed opaco nelle sue complessive sembianze

Più volte mi è capitato, studiando i temi più varî, di provare la stessa impressione che hanno i bambini che guardano dal buco della serratura e che restano stupiti davanti alla scoperta di un mondo che prima era loro interamente nascosto. Questa è una di quelle volte; e confesso che, dopo aver già ultimato lo studio i cui risultati mi accingo ora a rappresentare, mi è venuto spontaneo riscriverne una parte, proprio allo scopo di mostrare qual era quel “mondo” che prima ignoravo.

Fuor di metafora, mi sono fatto persuaso che, a seconda di come si risolvano questioni particolari (qui, quella relativa al modo con cui Costituzione e CEDU fanno “sistema”), sia dato risalire a questioni di ordine generale, che rimettono in discussione l’idea di Costituzione (e, ancora più largamente, di ordinamento giuridico) quale si specchia e rende palese attraverso la soluzione per quelle questioni apprestata.

Torno qui a riguardare, così come ho già fatto altre volte ed anche in tempi a noi vicini¹, ai rapporti tra diritto interno e CEDU dall’angolo visuale della giurisprudenza costituzionale. Una opzione, questa, che mi sembra avvalorata da plurime ragioni.

La prima è che porsi da una prospettiva “esterna” (e, segnatamente, da quella accolta a Strasburgo), pur se di straordinario interesse, non sarebbe comunque risolutivo, dal momento che la Convenzione poi vive in ambito interno per il modo con cui le è consentito di spiegare effetti in occasione delle pratiche giuridiche che nello stesso prendono corpo e, perciò, a seconda degli spazi ad essa concretamente riconosciuti dagli operatori che a quelle pratiche danno vita, in ispecie i giudici, comuni e costituzionali, per il tramite della cui attività il diritto convenzionale *vigente* di commuta in diritto *vivente*. È vero che siffatta conversione ha specificamente nella giurisprudenza di Strasburgo,

* Relazione al convegno su *L’adeguamento del processo penale italiano alla Convenzione europea dei diritti umani*: work in progress, Urbino 20-21 aprile 2012.

** P. COEHLO, *Il Cammino di Santiago*, tr. it. di R. Desti, Milano 2001.

¹ Ad es., in *La Corte costituzionale “equilibrata”, tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, in *Consulta OnLine*, 2011 (7 novembre 2011).

dove ha sede il giudice naturale della Convenzione, il suo luogo elettivo di espressione; e, tuttavia, la giurisprudenza medesima ha pur sempre bisogno di trovare accoglienza (e – come si vedrà – di essere *quodammodo* “filtrata”) dagli operatori nazionali.

Quanto poi a questi ultimi (e vengo così alla seconda ragione), un ruolo di non secondario rilievo è giocato proprio dai giudici comuni, a vario titolo impegnati nell’arduo e non di rado sofferto compito di portare ad effetto la Convenzione (e, perciò, in buona sostanza, la giurisprudenza EDU che vi dà voce)². Porsi tuttavia dall’angolo visuale di questi ultimi è cosa estremamente disagiata e scivolosa, a motivo delle plurime ramificazioni lungo le quali si articola e svolge la giurisprudenza comune, nel mentre la stessa è nondimeno obbligata a confrontarsi principalmente con la giurisprudenza costituzionale, con la quale – piaccia o no – deve fare i conti. Di qui, appunto, il bisogno di fare specifico riferimento a quest’ultima.

Non ne ripercorrerò ora il cammino fatto nei cinque anni trascorsi dalla inaugurazione del nuovo corso ad opera delle famose sentenze “gemelle” del 2007. Molte (e di vario segno) sono le analisi che se ne sono fatte, ancorché bisognose di costante aggiornamento. La Consulta infatti non trascura, man mano che gliene si dà l’opportunità, di precisare, integrare, aggiustare il proprio impianto originario, alle volte con piccoli ritocchi (tali presentandosi all’apparenza), fatti in punta di penna, e sempre ad esso rinnovando scrupolosa fedeltà. E tuttavia il quadro appare in movimento, non finito e mai finito: ora togliendo ed ora aggiungendo qualcosa, il modello esibisce più volti, rendendosi a conti fatti sfuggente alla sua chiara, puntuale rappresentazione. Certo, il perno attorno al quale esso ruota è ben definito ed è quello abilmente forgiato con le decisioni suddette. L’impressione che tuttavia si ricava – perlomeno quella che io sono venuto facendomi, specie a seguito della lettura delle più recenti pronunzie – è che si sia passati o, diciamo pure, che si vada passando da una iniziale, tendenziale rigidità ad una accentuata flessibilità dei rapporti, che poi nei fatti si traduce in una loro vistosa mobilità e fluidità ed anche – a dirla tutta – in una parimenti vistosa, forse eccessiva, complicazione. E così, per una singolare eterogenesi dei fini, l’accumulo della giurisprudenza, anziché fare opera di progressiva chiarificazione, rischia di rendere sempre più opaco ed incerto il quadro (la qual cosa, poi, com’è chiaro, naturalmente si converte in un allargamento significativo degli spazi di autodeterminazione di cui dispongono i decisori di turno, Corte costituzionale in testa). Si ha quasi l’impressione di una sorta di inquietudine che alle volte parrebbe avvertirsi in seno alla Consulta, attraverso il graduale assestamento ed affinamento del proprio indirizzo quest’ultima ricercando un equilibrio al piano dei rapporti con la Corte EDU che si sa non essere stato ancora raggiunto e che forse potrebbe non raggiungersi mai, sol che si pensi che pure tale Corte, così come dal suo canto la Corte dell’Unione, sono ad oggi in attesa di una stabilità non in tutto conseguita, comunque non in modo e misura pienamente appaganti.

Come nel sistema dei vasi comunicanti, gli spostamenti che si registrano in ambito sovranazionale, a seconda cioè che la Corte EDU avanzi ovvero si ritragga e dia spazio all’apprezzamento discrezionale degli operatori nazionali³, hanno la loro immediata ricaduta in ambito interno, laddove provocano reazioni di vario segno e parimenti varia intensità. È vero anche l’inverso, per quanto il moto sia soprattutto discendente, i tribunali nazionali (in specie, appunto, quelli costituzionali) dando molte volte l’impressione di giocare di rimessa, di stare cioè in guardia, pronti a rispondere ad un “attacco” che avvertono di ricevere dall’alto. Ne danno una palmare riprova alcune tendenze riscontratesi specialmente nella nostra ultima giurisprudenza, alle quali si farà più avanti cenno, ad

² Su ciò ha molte volte (e con dovizia di argomenti) insistito, part., R. CONTI, spec. in *La Convenzione europea per i diritti dell’uomo. Il ruolo del giudice*, Roma 2011, e, ora, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in AA.VV., *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di R. Foglia e R. Cosio, in corso di stampa per i tipi della Giuffrè di Milano. Da una prospettiva di più ampio respiro, sul ruolo del giudice nell’inveramento dei diritti costituzionali, v., di recente, P. MEZZANOTTE, *La giurisdizione sui diritti tra Corte costituzionale e giudice comune*, in www.federalismi.it, 25/2011.

³ La dottrina del margine di apprezzamento, per le ragioni ora sinteticamente esposte nel testo, richiederebbe essa pure un monitoraggio costante nelle sue concrete realizzazioni, la giurisprudenza EDU anche a breve turno di tempo (e con riguardo a fattispecie analoghe) dando a vedere di voler ora allargare il margine stesso ed ora invece restringerlo fino ad azzerarlo del tutto.

una certa, tangibile “aggressività” manifestata dalla Corte EDU⁴ rispondendo la nostra Corte con un altrettanto vistoso “distinguo”, che singolarmente contrasta rispetto a precedenti dichiarazioni di rispetto (e persino – vorrei dire – di deferenza) nei riguardi della giurisprudenza di Strasburgo⁵.

Procederò così in questa mia riflessione. Riassumerò, nel modo più stringato possibile, i punti fermi della giurisprudenza costituzionale (o, meglio, quelli che la stessa dichiara esser tali); mi sforzerò quindi di mettere a nudo di quale teoria della Costituzione è figlia la giurisprudenza stessa, che è poi – come avvertivo poc’anzi – proprio il punto che più mi sta a cuore; metterò inoltre in evidenza taluni inconvenienti cui l’indirizzo patrocinato dalla Consulta ha dato luogo nella pratica giuridica; infine, rifletterò a riguardo di taluni possibili correttivi dell’indirizzo stesso, i più urgenti allo scopo di porre riparo a talune aporie di costruzione in esso evidenziatesi.

Avverto tuttavia che non seguirò rigidamente questo schema, dedicando parti separate a ciascuno dei punti suddetti, al fine di dare maggiore speditezza alla trattazione e, soprattutto, poter mostrare le mutue implicazioni che s’intrattengono tra le questioni ora indicate e le relative soluzioni.

2. I profili di ordine sostanziale e i loro tratti maggiormente salienti: la separazione degli ordinamenti e l’immagine della Costituzione-“totale”

Quelli che si sono sopra qualificati come i punti fermi della costruzione giurisprudenziale possono essere riguardati da due diversi angoli visuali, distinguendo dunque tra i *profili di ordine sostanziale* e quelli *di ordine processuale*, fermo tuttavia restando che anche questa partizione può esser presa per buona solo in larga massima, i profili stessi variamente intrecciandosi tra di loro, sì da rendersi alle volte sostanzialmente indistinguibili.

Comincio dai primi.

Il più rilevante di essi è dato dalla separazione tra diritto interno e diritto internazionale e, specificamente, per ciò che qui interessa, tra Costituzione e CEDU.

Ora, la separazione c’è certamente *al piano della teoria delle fonti*, le norme di origine esterna potendo produrre effetti in ambito interno unicamente coi modi usualmente stabiliti per il loro ingresso nell’ambito stesso⁶.

Al piano della teoria dell’interpretazione, tuttavia, le cose stanno assai diversamente. Qui, cominciano subito a rendersi palesi quelle oscillazioni della giurisprudenza, cui si faceva poc’anzi cenno, che rendono confuso ed appannato il quadro in cui s’inscrivono le relazioni interordinamentali.

In una sua ispirata, notissima pronuncia, la n. 388 del 1999, la Corte ha in modo lapidario, efficacissimo, enunciato il principio secondo cui Costituzione e Carte internazionali dei diritti “si integrano, completandosi reciprocamente nell’interpretazione”. Gli sviluppi successivi della giurisprudenza, tuttavia, non sembrano esser rimasti fedeli a questa preziosa indicazione. Proprio con

⁴ Su ciò, sopra tutti, O. POLLICINO, che ne ha trattato a più riprese (a partire da *Corti europee e allargamento dell’Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 1 ss., e spec. in *La Corte europea dei diritti dell’uomo dopo l’allargamento del Consiglio D’Europa ad Est: forse più di qualcosa è cambiato*, in AA.VV., *Le scommesse dell’Europa. Diritti, Istituzioni, Politiche*, a cura di G. Bronzini-F. Guarriello-V. Piccone, Roma 2009, 101 ss., e quindi, diffusamente, in *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano 2010).

Un esempio particolarmente istruttivo è dato dalla vicenda delle leggi d’interpretazione autentica, per quanto la durezza di *Agrati* abbia avuto da ultimo un temperamento in *Arras* (e, già, in *Maggio*).

⁵ Per restare all’esempio appena fatto, si rammenti la pronta risposta data a Strasburgo da Corte cost. nn. 236 e 257 del 2011 e 15 e 78 del 2012 (quest’ultima decisione è, in realtà, di annullamento; in essa si tiene, tuttavia, ferma la rivendica di spazi di autodeterminazione a beneficio della nostra Corte rispetto a quella di Strasburgo).

⁶ Recessiva è infatti rimasta la tesi che avrebbe voluto, a seguito della riforma del Titolo V, immediatamente prodotto in ambito interno il vincolo della osservanza delle norme internazionali non appena di queste ultime sia acclarata la nascita in seno all’ordinamento di appartenenza. Giustamente si è però notato che altro è il vincolo in sé ed altro il momento o il modo con cui esso si produce; e l’art. 117 non ha su quest’ultimo punto apportato, perlomeno *expressis verbis*, alcuna innovazione.

riguardo alla CEDU, la Corte è venuta infatti assegnando a quest'ultima, per il modo con cui "vive" attraverso la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, una "graduata" capacità d'influenza nei riguardi dei processi interpretativi che s'impiantano in ambito interno, in un primo momento dando ad intendere che la Convenzione vada intesa così come l'intende la sua Corte, mentre da ultimo si ammette che il vincolo interpretativo discendente dalla giurisprudenza EDU resti circoscritto unicamente alla "sostanza" di quest'ultima⁷.

Se ne dirà meglio a momenti.

Quel che maggiormente importa ora mettere in evidenza è che a base dell'inquadramento complessivo dei rapporti con la CEDU (ma, in generale, col diritto di origine esterna) sta l'idea, inesplicitata ma chiaramente visibile, che la Costituzione sia una fonte perfetta in sé e per sé, autosufficiente (e però pure autoreferenziale): parametro di ogni altra fonte, quale che ne sia l'origine, interna o esterna, siccome la sola *norma normans* ma non *normata* dell'ordinamento. Una dottrina, questa, che poi affonda le sue radici nel mito di settecentesca memoria dell'onnipotenza del potere costituente, capace di creare *ex nihilo* un nuovo ordine costituzionale a sua volta perfetto, armonioso in ogni sua parte, scevro da contraddizione o lacuna alcuna (una tesi però che, a tacer d'altro, si confuta da sé, già per il fatto che la Carta prefigura la eventualità della propria innovazione, all'evidente scopo di colmare originarie lacune ed imperfezioni).

Se ne ha l'immagine di una sorta di Costituzione-"totale", che praticamente dice *tutto su tutto* e che è perciò in grado di offrire garanzia a qualsiasi diritto o, più in genere, bene della vita, nominato e non⁸, anche a motivo della sua congenita vocazione a rigenerarsi semanticamente senza sosta in forza di suggestioni dalla varia estrazione e consistenza culturale⁹, tant'è che una sensibile dottrina opportunamente rileva il carattere della Costituzione quale "processo", più (e prima ancora) che quale "atto"¹⁰.

Mai – che io sappia – è stata riconosciuta, sullo specifico terreno dei rapporti con gli altri ordinamenti (e, dunque, pure con la CEDU), né la carenza di tutela offerta dalla Carta costituzionale né il carattere meno "intenso" della tutela stessa a fronte di quella proveniente *ab extra*¹¹. Un'idea

⁷ V., nuovamente, le decisioni della Corte sopra richiamate. L'evoluzione di cui è parola nel testo è segnalata già nel mio *La Corte costituzionale "equilibrata"*, cit.

⁸ Torna qui ad affacciarsi la vessata questione concernente il carattere "aperto" ovvero "chiuso" del catalogo costituzionale dei diritti. Senza che se ne possa ora dire con la dovuta attenzione, sembra però ormai provato che, a conti fatti, è questione di *limiti*, ovverosia – come sempre – di modi d'interpretazione, come passo subito a dire, sia pure solo di sfuggita nella nota immediatamente seguente. E, invero, la disputa, riconsiderata in concreto, con riguardo cioè alla posta in palio nei singoli casi, è non poche volte nominalistica, non di sostanza, dal momento che anche autori affezionati all'idea del catalogo "chiuso" poi dilatano a tal punto gli enunciati della Carta da farvi rientrare quegli stessi diritti che gli appartenenti all'opposto schieramento riportano all'art. 2. Certo, come tutti sanno, non è indifferente imputare all'art. 13 (o ad altro disposto ancora) un diritto che, per un altro modo di vedere, sarebbe esclusivamente "coperto" dall'art. 2; comune è tuttavia il punto di partenza (o, se si preferisce, d'arrivo), vale a dire il riconoscimento del carattere propriamente "costituzionale" del diritto stesso.

⁹ Dovrebbe qui riproporsi (col costo, tuttavia, di valicare i confini segnati a questa riflessione) la micidiale questione teorica concernente i modi e i connotati complessivi dell'interpretazione costituzionale, specie ove ci si disponga nell'ordine di idee, patrocinato dalla dottrina maggioritaria, che pone in evidenza i limiti strutturali dell'*original intent*, senza nondimeno, per la tesi più equilibrata, misconoscere il rilievo, seppur non decisivo, dallo stesso posseduto. Il punto è stato, ancora non molto tempo addietro, nuovamente toccato, tra gli altri, da AA.VV., *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Torino 2008; L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano 2009, 112 ss.; A. CARIOLA, *La "tradizione" costituzionale: contro l'original intent nell'interpretazione della Costituzione*, in *Studi in onore di L. Arcidiacono*, II, Milano 2010, 521 ss.; P. BIANCHI, *Le trappole dell'originalismo*, in *Studi in onore di F. Modugno*, I, Napoli 2011, 281 ss. Infine, A.S. BRUNO, *Constitutional Fidelity. Saggio comparativo su una "figurazione" statunitense*, Torino 2011.

¹⁰ Sopra tutti, A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss.

¹¹ Lo stesso rapporto Costituzione-legge è visto come se la seconda si trovasse a dover sempre produrre uno sforzo costante, immane, al fine di avvicinarsi (se non pure di ricongiungersi) alla prima, nella consapevolezza tuttavia che la protezione offerta ai diritti al piano subcostituzionale non potrà mai, in tesi, raggiungere le vette – vorrei dire: lo splendore – di quella risultante dalla Carta costituzionale. Come dire, insomma, che la legge non può, in tesi, proporsi come fonte

quasi sacrale di Costituzione, dunque, e tuttavia – come si dirà a momenti – in tale sua esasperata, deformante rappresentazione inaccoglibile; tra l’altro, un’idea – è bene riconoscere – che non giova alla stessa Costituzione, ad appagare la sua naturale vocazione ad esser fatta valere *magis ut valeat* nell’esperienza. Di contro, mettendo a nudo i limiti della tutela che la Costituzione è in grado di apprestare ai diritti, per un verso si sollecitano le più opportune modifiche della Carta, con le procedure dalla stessa stabilite, anche – e perché no? – in vista di un congruo aggiornamento del catalogo dei diritti¹²; per un altro verso, senza che ne risultino per ciò scoraggiati i pratici (e, segnatamente, i giudici, costituzionali e non) dal mettere in campo tutte le risorse di cui dispongono al fine di dare garanzia ai diritti, si evidenziano però i confini entro i quali l’azione dei pratici stessi deve contenersi, a pena di debordare altrimenti dall’alveo costituzionale. Il rischio micidiale, infatti, che fa correre la tesi della Costituzione-“totale” è che, alla fin fine e per una singolare eterogenesi dei fini, si pervenga ad una vera e propria *legittimazione dell’esistente*, quale che esso sia, riconducendosi ad inesistenti o complessivamente carenti previsioni costituzionali ardite o, diciamo pure, scorrette loro interpretazioni, che in realtà si pongono quali vere e proprie operazioni di riscrittura della Carta per mano dell’operatore di turno.

Il punto è di cruciale rilievo e su di esso, dunque, si dovrà tornare, specificamente riflettendo sugli effetti conseguenti a manipolazioni del parametro costituzionale ad opera della Consulta o degli stessi giudici comuni.

Sta di fatto che la CEDU, al pari di altri documenti normativi che danno riconoscimento ai diritti (ad es., la Carta di Nizza-Strasburgo), viene usualmente richiamata nel corso delle esperienze della giustizia costituzionale ad ulteriore conferma o, diciamo pure, a rinforzo delle indicazioni costituzionali a garanzia dei diritti, senza nondimeno che si sia mai ammesso che alcuni di essi sarebbero rimasti privi di tutela in difetto della “copertura” da parte della Convenzione o, quanto meno, non avrebbero avuto la medesima tutela ricevuta proprio grazie a quest’ultima¹³.

3. L’incondizionato primato della Costituzione sulla CEDU, l’astratta eventualità del conflitto, le vie di fuga apertesi dalla Corte nella sua ultima giurisprudenza al fine di non dover dichiarare l’incompatibilità della norma convenzionale rispetto a quella costituzionale

È dall’idea della perfezione ed onnipotenza della Costituzione che poi naturalmente discende il principio del primato incondizionato della Costituzione stessa sulla CEDU, la seconda essendo soggetta all’integrale rispetto della prima¹⁴. La Corte sul punto non transige, trascurando tuttavia di

culturalmente (se non pure, com’è ovvio, *positivamente*) più avanzata della Costituzione lungo la via dell’appagamento dei diritti.

¹² Per una sorta di crampo mentale che si fatica a rimuovere, la prima parte della Carta si reputa intangibile, quasi che appunto sia perfetta in sé ovvero che il suo svecchiamento debba, per ineluttabile necessità, comportare un salto ordinamentale, dar vita cioè ad un fattore di discontinuità costituzionale al piano dei fini-valori fondamentali. Si è invece tentato di mostrare in altri luoghi (e, tra questi, in *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it) che così non è e che gli stessi principi fondamentali non si sottraggono alla eventualità della loro riscrittura, sempre che ne resti salvaguardata la fedeltà rispetto alla loro matrice originaria ed anzi risulti viepiù sottolineata e promossa la loro attitudine a porsi al servizio dei valori di cui i principi stessi costituiscono, al piano positivo, la rappresentazione grafica più direttamente e genuinamente espressiva.

¹³ Si è fatto notare da una sensibile dottrina che la tutela dei diritti ha raggiunto, proprio grazie ai richiami fatti nella più recente giurisprudenza alle Carte internazionali dei diritti (e, in special modo, alla CEDU), livelli che altrimenti non si sarebbero conseguiti per effetto delle sole indicazioni contenute in Costituzione (E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo*, in AA.VV., *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M. Pedrazza Gorlero, Napoli 2010, 152; più di recente, in argomento, v. pure L. VIOLINI, *La dimensione europea dei diritti di libertà: politiche europee e case law nel settore della tutela dei diritti fondamentali. Sviluppi recenti*, in www.federalismi.it, 1/2012).

¹⁴... diversamente dal diritto dell’Unione europea o dalle norme concordatarie e dalle norme internazionali generalmente riconosciute, come si sa tenute alla osservanza dei soli principi di base dell’ordinamento. Il primato della Carta costituzionale su ogni altra fonte, nondimeno, resiste pur sempre, ancorché ristretto ai soli principi suddetti, proprio

chiedersi se, a motivo dell'oggetto delle sue previsioni e del modo della loro formulazione¹⁵, la CEDU possa confrontarsi con norme della Carta costituzionale diverse da quelle espressive di principi o, comunque, direttamente discendenti da questi e da essi pertanto "coperte". Ammette soltanto che possa darsi il caso di sostanziale corrispondenza tra norma convenzionale e norma internazionale generalmente riconosciuta; nel qual caso, l'una partecipa in tutto e per tutto del regime dell'altra, risultando pertanto abilitata a derogare alla stessa Costituzione, fatti pur sempre salvi i principi fondamentali dell'ordinamento¹⁶.

A base della qualifica data alla CEDU di fonte subcostituzionale, idonea a fungere da parametro interposto nei giudizi di costituzionalità in virtù del richiamo ad essa fatto dall'art. 117, I c., sta una prospettiva metodica d'inquadramento sistematico d'ispirazione formale-astratta, che prescinde dai contenuti delle fonti in campo e che ha riguardo appunto alle *fonti* in sé e per sé, come "tipi", secondo uno schema sperimentato in tema di atti interposti in genere. Ciò che s'è detto della CEDU, insomma, avrebbe potuto dirsi per *qualsivoglia* trattato internazionale, tralasciandosi così di considerare il peculiare statuto delle Carte dei diritti in genere (e della CEDU in ispecie)¹⁷.

Tutto ciò posto, è pur vero che la giurisprudenza esibisce sul punto oscillazioni non rimosse, ora più ed ora meno vistose nel passaggio da una pronunzia all'altra¹⁸. Nella prospettiva formale-astratta

perché, dal punto di vista interno, il fondamento della efficacia in ambito nazionale delle fonti suddette è sempre e solo nella Carta stessa.

¹⁵ Gli enunciati convenzionali esibiscono infatti la medesima struttura nomologica della Costituzione, limitandosi a dare, con linguaggio assai stringato, riconoscimento ai diritti.

¹⁶ Ciò che poi, per la sua parte, conferma la tesi, nella quale ormai da molti anni mi riconosco, secondo cui il sistema è *sistema di norme*, non già di *fonti*, uno stesso documento normativo potendo ospitare norme di natura, forza, regime complessivo diversi. Il "posto" non è dunque delle *fonti*, *secondo forma*, bensì delle loro *norme*, *secondo valore*.

¹⁷ Va pur detto, per amore di verità, che una responsabilità non da poco grava al riguardo sulle autorità remittenti che, già con riguardo ai casi decisi nel 2007, hanno impostato le questioni di "convenzionalità" sottoposte alla Corte facendo riferimento al solo art. 117, I c., e, talora, anche agli artt. 10 e 11, tralasciando invece proprio quelli che avrebbero potuto (e dovuto) porsi quali i riferimenti diretti delle questioni medesime, gli artt. 2 e 3. E va detto altresì che, per la sua parte, la Corte avrebbe potuto, laddove avesse voluto, far luogo a siffatta estensione, secondo quanto peraltro ha non poche volte fatto, riformulando i termini complessivi della questione ovvero dandone l'esatta ricostruzione, *in bonam partem*.

¹⁸ Una spiccata propensione per il corno assiologico-sostanziale, in vista della ottimale salvaguardia dei diritti, è in [Corte cost. n. 113 del 2011](#), antepoendosi alla certezza del diritto sottesa al giudicato interno "anticonvenzionale" la certezza (e, perciò, la effettività) dei diritti o, meglio, convertendosi e per intero risolvendosi la prima nella seconda, secondo quanto si è tentato di mostrare nel mio *Il giudicato all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011 ... ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in <http://www.rivistaaic.it/>, 2/2011, nonché in *Legisl. pen.*, 2/2011; cfr. al mio punto di vista quello nella stessa *Rivista* rappresentato da G. CANZIO, *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*; R.E. KOSTORIS, *La revisione del giudicato iniquo e i rapporti tra violazioni convenzionali e regole interne*, e M. CHIAVARIO, *La Corte costituzionale ha svolto il suo compito: ora tocca ad altri*. Inoltre, R. CONTI, *La scala reale della Corte Costituzionale sulla tutela della CEDU nell'ordinamento interno*, in *Corr. giur.*, 9/2011, spec. 1253 ss.; G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2/2011, 1542 ss. e, pure *ivi*, G. REPETTO, *Corte costituzionale e CEDU al tempo dei conflitti sistemici*, 1548 ss. e S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all'obbligo di conformarsi alle condanne europee: l'inserimento delle sentenze della Corte europea tra i casi di revisione*, 1557 ss.; M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, e C. MUSIO, *La riapertura del processo a seguito di condanna della Corte EDU: la Corte costituzionale conia un nuovo caso di revisione*, entrambi in *Cass. pen.*, 10/2011, rispettivamente, 3308 e 3321 ss.; A. DIDI, *La "revisione del giudizio": nuovo mezzo straordinario di impugnazione delle sentenze emesse in violazione della C.e.d.u.*, in *Giust. pen.*, 2011, III, 138 ss.; L. PARLATO, *Revisione del processo iniquo: la Corte costituzionale "getta il cuore oltre l'ostacolo"*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2011, 833 ss. e, pure *ivi*, G. TABASCO, *Decisioni CEDU, processo iniquo e nuovo giudizio*, 11/2011, 1405 ss.; T. GUARNIER, *Un ulteriore passo verso l'integrazione CEDU: il giudice nazionale come giudice comune della Convenzione*, e R. GRECO, *Dialogo tra Corti ed effetti nell'ordinamento interno. Le implicazioni della sentenza della Corte costituzionale del 7 aprile 2011, n. 113*, entrambi in *Consulta OnLine*, 2011 (rispettivamente, 10 novembre e 21 novembre 2011); B. DALIA, *Così la Consulta aggira l'inerzia legislativa in tema di giusto processo e diritti dell'uomo*, in *Guida al dir.*, 17/2011, 43 ss. e, pure *ivi*, P. GAETA, *Al decisore interno la singola valutazione sul grado di "contaminazione" delle prove*, 54 ss. Di quest'ultimo, ora, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Arch. pen.*, 1/2012.

Di contro, in prospettiva formale-astratta è specificamente ambientata la ricostruzione del quadro che la Corte fa della propria giurisprudenza anteriore in [sent. n. 80 del 2011](#).

vengono così ad innestarsi alcuni elementi di ispirazione assiologico-sostanziale, già per vero in germe presenti nella prima delle decisioni del 2007¹⁹ e quindi precisati da altre pronunzie, particolarmente dalla [sent. n. 317 del 2009](#), nella quale si prende in considerazione la eventualità che norme di legge pur incompatibili con la Convenzione possano ugualmente non essere cadute laddove si dimostri che esse siano in grado di offrire una tutela più “intensa” ai diritti di quella che a questi viene dalla Convenzione stessa. Solo che, una volta ambientato il raffronto al piano delle *norme* ed in vista del riconoscimento di quale di esse porti ad una più avanzata tutela, è da mettere in conto – a me pare – che la Convenzione possa affermarsi persino a discapito della Costituzione, portandosi ancora più avanti di quest’ultima lungo la via della salvaguardia dei diritti²⁰.

Così stando le cose, viene però in radice pregiudicata la qualifica della Convenzione quale fonte subcostituzionale, una volta che appunto in tesi si ammetta che le due Carte possano, a conti fatti, giocarsi la partita alla pari, in una sana e leale competizione al rialzo, in vista del migliore appagamento dei diritti.

La stessa Convenzione, peraltro, prefigura la eventualità di poter sia recedere che affermarsi davanti alle previsioni di diritto interno in genere a presidio dei diritti, per il solo fatto di assegnare a se stessa un ruolo “sussidiario”. Uguale riconoscimento, invece, come si è rammentato, la

¹⁹... segnatamente in suo citatissimo passo, di cui al punto 4.7 del *cons. in dir.*, laddove si afferma che la regola dell’osservanza degli obblighi internazionali da parte delle leggi comuni soggiace ad un “ragionevole equilibrio” con la “tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione”.

²⁰ È stato fatto opportunamente notare (E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 7/2010, 955 ss., spec. 961) che, mentre la prospettiva dalla quale alla Consulta si fa luogo al confronto delle tutele rispettivamente offerte dalla Carta costituzionale e dalla CEDU è di tipo “sistemico” (prendendosi in considerazione il singolo diritto in relazione agli altri diritti o beni della vita in campo), di contro l’orizzonte che sta a base dei bilanciamenti operati dalla Corte EDU resta circoscritto al diritto stesso (che il confronto Costituzione-CEDU richieda, al fine di poter essere fatto in modo adeguato, il ricorso alla “logica” sistemica è ora messo in luce, con opportuni rilievi e seppur in un ordine teorico-ricostruttivo non coincidente con quello di qui, anche da G. REPETTO, *Corte costituzionale e CEDU al tempo dei conflitti sistemici*, in *Giur. cost.*, 2/2011, 1548 ss.).

La cosa acquista uno speciale rilievo ove siano in gioco i diritti sociali, nei riguardi dei quali la nostra legge fondamentale mostra invero una sensibilità accresciuta al confronto di quella ad oggi esibita a Strasburgo e, almeno in talune circostanze, anche a Lussemburgo [in argomento, tra i molti altri, AA.VV., *Libertà economiche e diritti sociali nell’Unione europea*, a cura di A. Andreoni e B. Veneziani, Roma 2009; G. BRONZINI, *Tutela dei disoccupati, lotta alla povertà e contrasto dell’esclusione sociale nell’Europa del “dopo Lisbona”*, in <http://www.europeanrights.eu/>, 15 luglio 2010 e, dello stesso, ora, *Le tutele dei diritti fondamentali e la loro effettività dopo il trattato di Lisbona: il ruolo della Carta di Nizza*, in corso di stampa in *Riv. giur. lav.*; i contributi al convegno di Perugia del 25 e 26 marzo 2011 su *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, in www.astrid-online.it; P. ALBI, *Libertà economiche e diritti sociali fondamentali: Viking e Laval rappresentano un paradigma?*, in <http://www.europeanrights.eu/>, 14 ottobre 2011, nonché i contributi al convegno su *I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema*, Reggio Calabria 5 novembre 2011, ed *ivi*, part., A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in www.rivistaaic.it, 4/2011; C. SALAZAR, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?*, in www.gruppodipisa.it, 21 dicembre 2012 e, nella stessa *Rivista*, C. PANZERA, *Per i cinquant’anni della Carta sociale europea*, 28 febbraio 2012; A. RAUTI, *La “giustizia sociale” presa sul serio. Prime riflessioni*, in www.forumcostituzionale.it; A. GUAZZAROTTI, *The European Court of Human Rights as counterbalance: looking for synergies between the ECHR, ILO and ESC case law*, in <http://www.europeanrights.eu/>, 14 novembre 2011; S. GAMBINO, *Constitutionnalismes nationaux et constitutionnalisme européen: les droits fondamentaux sociaux, la Charte des droits de l’Union Européenne et l’identité constitutionnelle nazionale*, in www.federalismi.it, 6/2012; AA.VV., *Politica e diritti sociali nell’Unione europea. Quale modello sociale europeo?*, a cura di P. Gargiulo, Napoli 2011; AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell’ordine pubblico europeo. Nei sessant’anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti e A. Morrone, Torino 2011, ed *ivi* part. G. ROMEO, *Civil rights v. social rights nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: c’è un giudice a Strasburgo per i diritti sociali?*, 487 ss. Della stessa, *amplius*, *La cittadinanza sociale nell’era del cosmopolitismo: uno studio comparato*, Padova 2011; v., inoltre, sempre in prospettiva comparata, AA.VV., *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali*, a cura di F. Facury Scaff-R. Romboli-M. Revenga, Milano 2010 e, più di recente, AA.VV., *Lo sciopero in Europa. Complessità delle fonti ed effettività della tutela*, a cura di C. La Macchia, Roma 2011 ed *ivi*, part., il chiaro quadro di sintesi che è nel saggio della stessa curatrice su *La tutela multilivello dell’azione collettiva. Comparazione tra nove paesi europei*, 33 ss.].

Costituzione non dà, a giudizio della Corte, di se stessa nel suo rapporto con la CEDU, ponendosi sempre (e in ogni sua norma) al di sopra di essa.

In quanto fonte subcostituzionale, la Convenzione non si sottrae al rischio dell'accertamento della sua incompatibilità rispetto alla Costituzione, ora dietro sollecitazione dei giudici comuni ed ora per autonoma iniziativa della Consulta²¹. Ed è chiaro che, nel fatto stesso della sua assunzione a parametro in occasione di un giudizio su legge sospetta di violarla, la CEDU ottiene l'implicito riconoscimento della sua validità. Ciò non toglie che la medesima norma dapprima innalzata a parametro possa in un secondo momento, in via di principio, esser caducata, per la medesima ragione che – come si sa – non osta alla conversione di un'antecedente pronuncia di rigetto in una successiva di accoglimento²². Solo che non è chi non veda la differenza che passa tra un mutamento di giurisprudenza nel senso ora indicato che abbia ad oggetto una qualsivoglia norma di legge comune ed uno che invece investa una norma astrattamente idonea a porsi a parametro, tanto più se espressiva di diritti fondamentali o, comunque, concernente la loro tutela.

L'ipotesi dell'accertamento della incostituzionalità della norma convenzionale è dalla Corte considerata assai remota²³; e, tuttavia, non è appunto in partenza scartata. Comprendo la ragione che induce la Corte a tenersi tutte le porte aperte: in fondo, è quanto ha fatto (e fa) anche sul fronte dei rapporti col diritto dell'Unione, la cui incompatibilità con la Costituzione per violazione dei "controlimiti" può esser in ogni tempo dichiarata. Si tratta poi di vedere se, al pari dell'esperienza maturata sul terreno dei rapporti con l'Unione, anche la CEDU riuscirà a sottrarsi alla sua possibile caducazione (e confido, per le ragioni che si diranno a momenti, che così sarà).

Nella giurisprudenza fin qui maturata, specie nelle sue più recenti espressioni, si predispongono ad ogni buon conto le vie di fuga, che possano dar modo alla Corte di togliersi dalla spiacevole situazione di dover entrare in rotta di collisione con la Corte EDU.

Due principalmente le soluzioni al riguardo già sperimentate²⁴: l'una si avvale della tecnica del *distinguishing*²⁵, l'altra della delimitazione dell'obbligo di osservanza della giurisprudenza EDU unicamente alla sua "sostanza". Non dico – sia chiaro – che le soluzioni stesse siano spendibili per il solo caso dello scontro tra le Carte²⁶ ma che possano comunque prestarsi anche per esso, per prevenirlo appunto.

Sta di fatto che è proprio grazie alle tecniche suddette che la Corte va a fatica ritagliandosi uno spazio in cui autodeterminarsi, senza doversi perciò appiattare in tutto e per tutto sulle posizioni della Corte EDU. Ed è chiaro che ciò che la Corte conquista per sé, lo conquista anche a beneficio dei giudici comuni, essi pure chiamati, con insistenza, a volgersi verso la CEDU nell'intento di riconciliare – fin dove possibile – legge e Convenzione, per via d'interpretazione conforme. Solo che le tecniche in parola non soltanto possono risultare piegate allo scopo "nobile" di evitare la denuncia

²¹ Non è chiaro se l'accertamento che la Consulta riserva a se stessa a riguardo della effettiva idoneità della norma convenzionale ad integrare il parametro costituzionale resti circoscritto ai soli termini della questione specificamente sollevata ovvero se possa spingersi anche oltre di essi. Per questa seconda evenienza, si avrebbe – come si vede – un'ulteriore conferma di quanto si diceva poc'anzi a riguardo della sempre possibile estensione del giudizio.

²² Non torno qui a discutere di questa eventualità, pacificamente ammessa, che ho però fatto oggetto anni addietro di una riflessione critica e sulla quale sono tornato, ancora di recente, ad intrattenermi (*Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi-M. Cavino-J. Luther, Torino 2011, 349 ss.).

²³ È stato detto più volte, quasi a voler esorcizzare l'evento: ad es., in Corte cost. nn. [93 del 2010](#) e [236 del 2011](#).

²⁴ Riferimenti ancora nel mio *La Corte costituzionale "equilibrata"*, cit.

²⁵ Sul *distinguishing* come "tecnica di alleggerimento" della presa di Strasburgo sull'ordinamento italiano", v., ora, A. GUZZAROTTI, *Uso e valore del precedente CEDU nella giurisprudenza costituzionale e comune posteriore alla svolta del 2007*, relaz. al Seminario su *La CEDU tra effettività delle garanzie e integrazione degli ordinamenti*, Perugia 17 novembre 2011, in www.diritti-cedu.unipg.it. Notazioni sul punto, ora, nel mio [Tutela dei diritti fondamentali, squilibri nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corti europee, ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio](#), in *Consulta OnLine*, 2012 (17 marzo 2012), spec. § 7.

²⁶ Sono, anzi, perlopiù praticate allo scopo di preservare la legge dalla eventualità della sua caducazione per violazione della Convenzione.

della incostituzionalità della Convenzione ma possono altresì rivelarsi strumentali alla mancata denuncia della incostituzionalità della legge “anticonvenzionale”, una denuncia che invece – dice la Corte – sempre dovrebbe esser fatta, una volta andato a vuoto il tentativo d’interpretazione conforme.

4. I profili di ordine processuale: in particolare, il passaggio dalla “logica” del conflitto a quella della “gradualità” della tutela offerta ai diritti dalla CEDU da un canto, dalla Costituzione e dalla legge dall’altro, e le implicazioni che possono aversene al piano delle tecniche decisorie (con specifico riguardo alla competenza dei giudici comuni a rilevare l’“intensità” della tutela stessa, facendo quindi applicazione della norma più adeguata al caso, senza dover bussare alle porte della Consulta)

Come si vede, si è così già passati ai profili di ordine processuale, che presentano non minore importanza dei primi e che, anzi, appaiono più ancora di quelli bisognosi di essere fatti oggetto di un’opera complessiva di chiarificazione, a motivo delle immediate, gravi implicazioni che possono aversene nella pratica giuridica.

La Corte somministra ai giudici comuni una doppia direttiva d’azione, nell’intento di spartire equamente tra sé e i giudici stessi il peso e le responsabilità legati ad una retta gestione dei rapporti con la CEDU.

Per un verso, ritaglia per sé un ruolo meramente “sussidiario”, sollecitando i giudici ad un uso “forte”, diffuso, della tecnica dell’interpretazione conforme. Come dire che preferirebbe restare – fin dove possibile – nell’ombra, inerte, cedendo quindi il primo piano sulla scena ai giudici stessi.

Per un altro (ed opposto) verso, dichiara che, in caso di insuccesso nell’esercizio della tecnica stessa, la questione di “convenzionalità” debba esserle comunque sottoposta, senza riserva o eccezione alcuna. Resta, in particolare, inibita – come si sa – la eventualità dell’applicazione diretta della Convenzione al posto della legge²⁷.

In tal modo, però, non si avvede che l’una cosa può, a conti fatti, rifluire nell’altra, confondersi con essa e rendersi rispetto ad essa indistinguibile, l’interpretazione facendo in realtà da veicolo, sia pure per via sotterranea, all’applicazione diretta.

Sono proprio le tecniche decisorie che la Corte utilizza per sé, e che però – come si diceva – si prestano altresì ad utilizzo anche (e in primo luogo) nelle sedi in cui si esercita la giurisdizione comune, ad agevolare quest’esito.

Impuntandosi a riguardo della impossibilità *in ogni caso* dell’applicazione diretta, la Corte provoca talora la non isolata reazione da parte di alcuni giudici “ribelli” nei riguardi di quest’indirizzo, che vengono così a sentirsi incoraggiati a far luogo a torsioni interpretative anche assai gravi, specificamente aventi ad oggetto i testi di legge, riconciliati a forza con la Convenzione, e talora quest’ultima o, addirittura, la Costituzione, innaturalmente piegate davanti ai testi stessi²⁸.

Come mi sono sforzato di mostrare altrove²⁹, si assiste in circostanze siffatte alla sostanziale messa da canto della legge, ridotta a mero “contenitore” entro cui s’immette la Convenzione, che pertanto s’impadronisca del contenuto dell’atto interno e lo riplasmia a propria immagine e somiglianza.

²⁷ Sul punto la Corte è persino martellante, non tralasciando occasione alcuna per ribadire il proprio fermo convincimento al riguardo.

²⁸ D’altronde, è un dato di comune esperienza quello per cui l’interpretazione conforme alle volte si ribalta su se stessa, venendo dunque intesa la Costituzione alla luce della legge, e non viceversa (e così pure con riguardo ai casi in cui il parametro sia dato da fonti diverse dalla Costituzione stessa). Consola poco, poi, la circostanza per cui agli errori interpretativi dei giudici può porsi rimedio coi mezzi usuali di gravame: per un verso, non potendosi escludere la circostanza della ripetizione o del raddoppio dell’errore e, per un altro verso, neppure escludendosi che l’errore stesso sfugga, in un modo o nell’altro, al controllo.

²⁹ Se ne tratta nel mio *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un “modello” internamente composito)*, in www.forumcostituzionale.it. Avverte ora del rischio della indebita conversione dell’interpretazione conforme in una normazione “mascherata” anche P. GAETA, *Dell’interpretazione conforme alla C.E.D.U.*, cit., spec. § 3. In argomento, v. pure V. MANES, *Metodi e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 1/2012, spec. il § 4.

Ove poi si nutra il timore che sia proprio la Convenzione ad urtare con la Costituzione e che l'antinomia possa essere rilevata anche di propria iniziativa dalla Consulta, ai giudici rimarrebbe pur sempre la risorsa costituita dal conformarsi – come s'è veduto – alla sola “sostanza” della giurisprudenza EDU e fatta pur sempre salva l'ulteriore risorsa del *distinguishing*. Solo che il crinale che divide parte “sostanziale” (inderogabile) e parte non “sostanziale” (cedevole) è sottile come la lama di un rasoio ed il rischio pertanto di potersi spingere oltre la soglia davanti alla quale invece ci si deve sempre arrestare è costantemente incombente. Di qui, l'effetto indiretto di una possibile crescita abnorme, incontrollata, del contenzioso davanti alla Corte EDU avverso pronunzie dei giudici ritenute lesive della Convenzione.

Il criterio della “sostanza” – come si vede – se, per un verso, può risparmiare a giudici e Corte il disagio di dover riscontrare il contrasto tra Carta costituzionale e CEDU, per un altro verso spiana la via ad adattamenti interpretativi della seconda alla prima dagli imprevedibili esiti, tali da portare in fin dei conti allo stesso accantonamento dell'interpretazione conforme³⁰.

Ogni cosa ha una misura, dalla quale in buona sostanza dipende l'apprezzamento dell'operazione condotta, vale a dire la sua rispondenza a ragionevolezza, in una delle sue più salienti espressioni, vale a dire come conformità della norma al fatto e, a un tempo, del suo orientamento ai valori.

Qui, i valori sono, a mio modo di vedere, essenzialmente quelli di libertà ed eguaglianza, nei quali poi si specchia e per il tramite dei quali si coglie ed apprezza nell'esperienza la salvaguardia della dignità della persona umana, l'autentico *Grundwert* dell'ordinamento e delle relazioni interordinamentali. Ed è proprio in relazione all'obiettivo finale di preservare, nella misura ottimale alle condizioni complessive di contesto, la coppia assiologica fondamentale di cui agli artt. 2 e 3 della Carta³¹, che vanno poste in essere presso ciascuna sede giudiziale (e, ovviamente, nel rispetto della tipicità delle competenze e dei ruoli) le operazioni di volta in volta più adeguate al servizio dei diritti.

Dalla prospettiva ora adottata, può essere recuperata e portata ad effetto la parte più significativa ed innovativa della giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU, che però è proprio quella “stonata” rispetto alla prospettiva formale-astratta che – come si è rammentato – segna l'indirizzo inaugurato nel 2007, laddove la Corte ammette il bilanciamento tra il principio della rigorosa osservanza degli impegni internazionali (e, perciò, dell'art. 117, I c.) ed altre norme costituzionali che danno copertura a beni o interessi comunque meritevoli di tutela (anzi, di una tutela ancora maggiore).

Come si segnalava poc'anzi, quest'affermazione di cruciale rilievo si è prestata (e si presta) a letture di vario segno, che possono andare nel verso della messa da canto della Convenzione ma anche in quello opposto (in via di principio, anche a scapito della Costituzione).

Il punto però non chiarito è come veicolare dal piano sostanziale a quello processuale quest'indicazione di principio, quale cioè la tecnica o le tecniche processuali a mezzo delle quali darvi seguito e concretezza.

Muoverei, in questa ricerca, da un dato stranamente trascurato dalla giurisprudenza e dai suoi estimatori, tutti presi dall'idea che i rapporti tra diritto interno e CEDU si svolgano sopra un terreno cosperso di mine, nel quale plurime sono le possibili occasioni di conflitto: tra legge e Convenzione, Convenzione e Costituzione, legge e Costituzione, per non dire poi delle complicazioni derivanti da

³⁰Il punto è stato da me toccato più volte [di recente, in *Tutela dei diritti fondamentali*, cit., spec. al § 7; cfr., ora, A. BONOMI, *Brevi note sul rapporto fra l'obbligo di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e l'art. 101, c. 2 Cost. (... prendendo spunto da un certo mutamento di orientamento che sembra manifestarsi nella sentenza n. 303 del 2011 Corte cost.)*, in *Consulta OnLine*, 2012 (5 aprile 2012)]. La stessa Corte, d'altronde, rivendica per sé il titolo di poter “valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano”, secondo una ferma indicazione presente in talune pronunzie del 2011 e, da ultimo, ripresa anche dal Presidente Quaranta nel suo incontro con la stampa del 23 febbraio u.s. in cui è stata illustrata l'attività della Corte relativamente all'anno appena trascorso.

³¹... nelle mutue, inscindibili implicazioni che tra di essi s'intrattengono (su di che, sopra tutti, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009), senza nondimeno escludere l'eventualità del reciproco conflitto, ripianabile con la tecnica usuale del bilanciamento secondo il caso ed alla luce del valore “superconstituzionale” della dignità.

sempre possibili interferenze col diritto dell'Unione, passibile di entrare a sua volta in rotta di collisione con ciascuna delle fonti suddette, con più d'una o con tutte assieme.

Certo, i conflitti possono sempre aversi ed è bene esser vigili a riguardo del modo più idoneo a risolverli col minore costo possibile. Quando però si ragiona del “luogo” in cui si situa la più “intensa” o avanzata tutela, non necessariamente si ha a che fare con conflitti; potrebbe piuttosto assistersi a forme “graduate”, scalari di tutela: non già d'una fonte che la dà e di un'altra che la toglie o la nega³². Della circostanza per cui la Corte non si è prefigurata l'ipotesi in parola può darsi anche una lettura *in bonam partem*, ragionando nel senso che non s'è forse voluto delegittimare la Costituzione al cospetto della CEDU, e però pure questa rispetto a quella, preferendosi pertanto battere le altre strade sopra indicate (specie quella della selezione della “sostanza” della giurisprudenza EDU).

Il punto è, ad ogni buon conto, molto importante; e mostra che la scelta non necessariamente dev'essere penalizzante, caducatoria; ed anzi che, proprio laddove dovesse sfociare in un annullamento, potrebbero aversi effetti ancora più perniciosi di quelli che si avrebbero senza di esso.

Al piano del metodo, la soluzione è, a mia opinione, generalizzabile.

Così, riprendendo, sia pure solo per un momento, l'ipotesi sopra fatta di norma convenzionale giudicata incompatibile rispetto alla Costituzione e riformulandola nei termini qui preferiti, potrebbe dirsi che, ove la più adeguata tutela non stia nella Convenzione stessa ma nella legge e/o nella Costituzione, la “sanzione” giusta sia non già l'annullamento della norma di origine esterna (*rectius*, della legge di esecuzione “*nella parte in cui...*”) bensì, puramente e semplicemente, la “non applicazione” della norma stessa, la sua “irrelevanza” – come ho ritenuto di doverla qualificare altrove³³ – al fine della definizione del caso. D'altro canto, è proprio questa – come pure si rammentava – la soluzione accolta dalla stessa Convenzione, nella parte in cui configura il proprio ruolo come meramente “sussidiario” a fronte di acclarati difetti nei meccanismi interni di garanzia.

Lo stesso può dirsi al piano dei rapporti Convenzione-legge, per il caso che la tutela più intensa sia data dall'una ovvero dall'altra, laddove ugualmente l'ipotesi della caducazione con effetto generale appare ingiustificata, ove si muova dall'assunto che non di vero e proprio contrasto si tratti ma di forme graduate di tutela.

V'è di più. La “misura” della tutela non è un dato immoto, sempre uguale a se stesso; piuttosto, varia in ragione dei casi, della combinazione delle norme in campo, dei valori di riferimento. Una norma che, in un caso, appaia essere in grado di offrire minori prestazioni ai diritti di quelle che possono aversi da altre norme, in altro contesto potrebbe rivelarsi ancora più produttiva di benefici effetti. È ragionevole che di tutti tali casi possa (e debba) farsi carico la Corte costituzionale, dalle cui pronunzie si hanno effetti caducatori irreversibili³⁴? Siamo davvero sicuri che non risponda meglio allo scopo l'opposta soluzione dell'applicazione diretta³⁵?

Questo è il punto.

La domanda cruciale è infatti la seguente: a chi compete far luogo a siffatti accertamenti? Alla sola Corte costituzionale o anche al giudice comune o, magari, unicamente a quest'ultimo?

La risposta è, invero, nient'affatto scontata; anzi, è tutta da studiare e da discutere. Perché è vero che la Corte fa obbligo al giudice comune di denunciarle tutti i casi di antinomia acclarata (o, quanto

³² L'ipotesi è ragionata nei miei *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 1/2011, § 3.2; *La Corte costituzionale “equilibrata”*, cit., § 5 e *Tutela dei diritti fondamentali*, cit., § 4. In argomento, v. anche A. RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il “dialogo” tra le Corti*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, a cura di F. Dal Canto e E. Rossi, Torino 2011, 313 ss.

³³ ... a partire da *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, cit., 149 ss., spec. 168 ss. È significativa la circostanza per cui, a partire da Corte cost. n. 311 del 2009 la Corte si sia astenuta dal dichiarare che, in caso di incompatibilità tra Costituzione e CEDU, la sanzione a carico di quest'ultima debba essere quella usuale dell'annullamento, limitandosi pertanto a rilevarne l'inidoneità ad integrare il parametro costituzionale.

³⁴ In realtà, anche il disposto di cui all'ultimo comma dell'art. 137 della Carta – come si è tentato di mostrare in altre sedi – richiede di essere rivisto entro il quadro ricostruttivo che si va ora delineando.

³⁵ Ha ripetutamente caldeggiato, con appassionato ed ampio argomentare, l'adozione di questa soluzione, part., R. CONTI, negli scritti sopra cit. (e in altri ancora).

meno, fortemente sospetta³⁶); qui, però, l'antinomia in tesi non c'è, c'è solo una scala crescente di tutele, dalla quale a conti fatti dipende la scelta della norma buona per il caso: un problema, questo, la cui soluzione sappiamo esser di specifica competenza del giudice comune, per far fronte al quale questi porta ogni giorno sopra di sé la croce che ha deciso di darsi al momento del suo ingresso in magistratura.

Se, di contro, v'è irriducibile contrasto tra i materiali normativi, la strada che porta alla Corte è, a giudizio di quest'ultima, come sappiamo, obbligata, per quanto qui pure si diano in realtà spazi non poco consistenti per applicazioni dirette della Convenzione in relazione a casi dei quali si è discusso in altre occasioni e su cui dunque ora non indugero³⁷. Mi limito pertanto a fermare solo per un momento specificamente l'attenzione su quello che ai miei occhi appare il più rilevante, seppur non sempre ugualmente appariscente, di tali casi e che ha riguardo alla possibile, sostanziale coincidenza di norma convenzionale e di norma della Carta di Nizza-Strasburgo *self-executing*³⁸. Un'ipotesi nient'affatto infrequente, sol che si pensi alle concordanze rilevate nelle due Carte e, soprattutto, per un verso, all'obbligo che la stessa Carta dell'Unione fa di essere intesa alla luce della CEDU e, per un altro verso, alla crescente convergenza d'indirizzi interpretativi tra le Corti europee che è dato attendersi per effetto della prevista adesione dell'Unione alla CEDU, una volta che dovesse finalmente giungere in porto³⁹. L'integrazione dei materiali normativi nei processi interpretativi ha

³⁶ Si tenga, ad ogni modo, conto di come si sono evolute la "rilevanza" e la "non manifesta infondatezza" per effetto dell'innesto del canone dell'interpretazione conforme, che praticamente sollecita il giudice a rivolgersi alla Corte unicamente quando è certo (e non meramente dubbioso) della incostituzionalità della legge.

³⁷ Si tratta, dunque, dell'ipotesi di ragionare della possibile abrogazione di leggi anteriori ed incompatibili con la Convenzione o, ancora, dell'applicazione diretta della Convenzione stessa, laddove dovesse fare difetto una disciplina legislativa in relazione al caso (non si dimentichi, però, quanto s'è poc'anzi detto a riguardo di sempre possibili manipolazioni di testi legislativi "scomodi", forzatamente adattati in via interpretativa a Convenzione ovvero messi puramente e semplicemente da canto nel presupposto della loro inservibilità per il caso).

³⁸ ... sempre che, ovviamente, si versi in ambiti materiali di competenza dell'Unione, i confini dei quali vanno nondimeno spostandosi sempre più in avanti, con conseguente arretramento degli ambiti rimessi all'esclusivo dominio degli Stati, secondo quanto è peraltro testimoniato da una giurisprudenza crescente. Sta di fatto che, in ragione del limite della competenza, ad una stessa norma della Convenzione sostanzialmente coincidente con norma della Carta dell'Unione potrebbe ora darsi ed ora non darsi applicazione diretta in ragione della estensione dei campi materiali rimessi, del tutto o in parte, alla coltivazione dell'Unione stessa.

³⁹ Il punto è fatto oggetto di varie notazioni: riferimenti in M. BIGNAMI, *Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 1/2011 e, ora, in V. MANES, *Metodi e limiti dell'interpretazione conforme*, cit., spec. il § 5.

Resta nondimeno ad oggi irrisolta la questione concernente il modo o i modi con cui ulteriormente incoraggiare e rendere viepiù fruttuoso il "dialogo" tra le Corti, di quelle europee *inter se* e di queste ultime con le Corti nazionali, al di là degli spontanei, occasionali richiami fatti dall'una all'altra giurisprudenza. È avviso largamente diffuso che un ruolo di centrale rilievo è già al presente esercitato (ed ancora di più dovrà esserlo nel prossimo futuro) dallo strumento del rinvio pregiudiziale (a riguardo del quale, tra i molti altri e di recente, D. BASILI-G.M. DI NIRO, *Corte costituzionale, rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE e dialogo tra le Corti: evoluzione e prospettive*, in www.federalismi.it, 20/2011; S. FOÀ, *Giustizia amministrativa e pregiudizialità costituzionale, comunitaria e internazionale. I confini dell'interpretazione conforme*, Napoli 2011; R. CICCONE, *Il rinvio pregiudiziale e le basi del sistema giuridico comunitario*, Napoli 2011, ed E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino 2012 e, in giurisprudenza, ora, Corte cost. n. 75 del 2012), uno strumento nondimeno bisognoso di non smodate applicazioni, rischiando altrimenti di potersi commutare – a me pare [[Il rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione: risorsa o problema? \(Nota minima su una questione controversa\)](#)], in [Consulta OnLine](#), 2011 (22 novembre 2011)] – da "risorsa" in "problema". Un appunto critico, questo, che può indirizzarsi ad una recente pronuncia del Consiglio di Stato, che muove dalla (inesatta) premessa secondo cui la lettera dell'art. 267 TFUE farebbe obbligo ai giudici nazionali di ultima istanza di adire il giudice dell'Unione ogni qual volta la questione di rinvio sia stata sollevata dalle parti, e per il mero fatto di siffatta iniziativa [su ciò, pertinenti notazioni critiche, ora, in R. CONTI, *I dubbi del Consiglio di Stato sul rinvio pregiudiziale alla Corte UE del giudice di ultima istanza. Ma è davvero tutto così poco "chiaro"?* (Note a prima lettura su *Cons. Stato* 5 marzo 2012, n. 4584), in www.diritticomparati.it; volendo, può altresì vedersi quanto se ne dice, pure *ivi*, nel mio *Il Consiglio di Stato e il "metarinvio" pregiudiziale (a margine di Cons. St. n. 4584 del 2012)*].

Tutto ciò posto, i maggiori problemi li pone, forse, proprio l'evenienza raffigurata nel testo, avuto cioè riguardo ai casi di sostanziale corrispondenza tra norme della Carta dell'Unione e norme della CEDU, che potrebbero portare all'esito di divergenti pronunzie delle Corti europee, foriere quindi di negativi effetti che non è chiaro come possano poi essere

poi un raggio d'azione ancora più esteso, sol che si pensi ai richiami fatti, specie dalla giurisprudenza dell'Unione, alle "tradizioni costituzionali comuni", che danno modo alla stessa Costituzione d'immettersi nel circolo interpretativo che si impianta e senza sosta svolge e rinnova al piano sovranazionale.

La sostanziale coincidenza può dunque aversi tra le norme di tre Carte; ed è chiaro che, anche per questa via, i margini per giudizi accentrati presso la Consulta si assottigliano considerevolmente, sol che si pensi che norme di legge pur contrarie a Costituzione vengono ad essere sanzionate con la loro "non applicazione" da parte del giudice a motivo della loro incompatibilità rispetto a norme dell'Unione *self-executing*, che poi – come s'è veduto – corrispondano a norme della CEDU e/o della stessa Costituzione.

Il vero è che l'elemento di "rottura", che fa breccia sulle mura di cinta dello Stato abbattendo, a un tempo, la sovranità dello Stato stesso (perlomeno nella sua tradizionale accezione⁴⁰) e il sistema accentrato delle garanzie della rigidità della Costituzione, è dato proprio dal diritto dell'Unione, il cui primato si è – come si sa – concretato per il tramite della conversione del meccanismo di sindacato accentrato in uno diffuso di "comunitarietà-costituzionalità"⁴¹.

Non è di questo che tuttavia siamo oggi chiamati nuovamente a discorrere, per quanto risulti palesemente forzato trattare dell'una specie di rapporti senza il doveroso riporto alle altre, il "sistema" CEDU-Costituzione (e, più largamente, diritto interno) facendo tutt'uno col "sistema" Unione-diritto interno per un verso, Unione-CEDU per un altro.

È nel circolo interpretativo in cui tutti i materiali in campo s'immettono, alimentandosi e dandosi sostegno a vicenda, che vanno a mia opinione ricercate le soluzioni tecniche maggiormente adeguate a risolvere i conflitti e – fin dove possibile – a prevenirli: sempre muovendo dal caso ed al caso stesso tornando, per come illuminato dai valori di libertà ed eguaglianza nella loro congiunta considerazione col principio dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale, nonché coi principi fondamentali restanti.

5. Al tirar delle somme: la struttura "plurale" della Costituzione e la pari condizione giuridica rispetto ad essa posseduta dalle Carte, i modi con cui esse fanno "sistema" nell'esperienza processuale, più ancora attraverso il sindacato diffuso che a mezzo di quello accentrato di "convenzionalità"

parati. A mio modo di vedere (v. quanto se ne dice nel mio *Il rinvio pregiudiziale*, cit.), sarebbe consigliabile far luogo, in sede di perfezionamento dell'adesione dell'Unione alla CEDU, alla previsione di un meccanismo di raccordo diretto tra le Corti europee, che veda la Corte dell'Unione, adita in via pregiudiziale dalle autorità nazionali, sollecitata a rivolgersi a sua volta, sempre in via pregiudiziale, alla Corte di Strasburgo, ove risulti che l'atto nazionale possa entrare in rotta di collisione, a un tempo, con la Convenzione e con la Carta dell'Unione. Si avrebbe, infatti, in tal modo, la migliore garanzia che quest'ultima Carta venga intesa, così come peraltro richiede, in conformità alla Convenzione stessa, ferma restando l'autonomia di ciascuna Corte nell'ambito suo proprio (un'autonomia da esse, ancora di recente, gelosamente rivendicata e resa palese dal comunicato congiunto sottoscritto dai loro Presidenti, nel quale nondimeno è, ad ogni buon conto, enunciato, sia pure in termini alquanto vaghi, il proposito di una mutua, intensa cooperazione: lo si può vedere in *Quad. cost.*, 2/2011, con la nota di M.E. GENNUSA e S. NINATTI, *Il comunicato congiunto dei Presidenti Costa e Skouris. La difficile rotta verso una tutela integrata dei diritti*, 469 ss.). Detto altrimenti, il rinvio da parte dei giudici nazionali al giudice di Strasburgo, ad oggi – come si sa – mancante –, potrebbe prender corpo "per interposta Corte", "filtrato" cioè dalla Corte dell'Unione e da questa nondimeno adattato alle peculiari esigenze dell'ordinamento di appartenenza.

⁴⁰ Le vicende della sovranità ricevono, nello Stato costituzionale, il giusto inquadramento in prospettiva assiologico-sostanziale, apprezzandosi essa pertanto quale *sovranità dei valori*, secondo la illuminante indicazione teorica di G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino 2005.

⁴¹ Ovviamente, si danno anche i casi, a tutti noti (e dei quali non dobbiamo ora discutere), di antinomie tra diritto interno e diritto dell'Unione che seguitano ad essere portate alla cognizione della Consulta: a riprova della complessità dei rapporti e della varietà delle tecniche di risoluzione dei conflitti, al pari di quanto si viene qui rilevando per ciò che concerne diritto interno e CEDU.

L'analisi che precede credo che porti naturalmente a ripensare criticamente, *ab ovo*, le premesse stesse dei ragionamenti della Corte sulla CEDU, sollecitando pertanto a far luogo alla rifondazione delle basi portanti della costruzione giurisprudenziale.

Si diceva che ad esser rimessi in discussione sono non soltanto i rapporti interordinamentali ma, ancora prima (e di più), l'idea stessa di Costituzione, la sua struttura e funzione.

Assumendo che la Costituzione detenga, in sovrana solitudine, il "posto" più alto nella scala delle fonti (e, dunque, anche nel sistema delle relazioni interordinamentali), la Corte mostra di farsi portatrice di un sentimento di "patriottismo costituzionale" che non soltanto è fuori luogo rispetto ad alcune tendenze ed esperienze ormai radicate al piano dei rapporti in seno alla Comunità internazionale ed in ambito sovranazionale ma – e questo più importa – che sembra rigettato dalla stessa Costituzione, col fatto stesso di aprirsi, in uno dei suoi principi fondamentali, ad ogni apporto proveniente dall'esterno che sia conducente alla ottimale realizzazione, alle condizioni complessive di contesto, dei valori di libertà, eguaglianza, dignità.

Grazie ad una illuminata e feconda intuizione del Costituente, la Carta esibisce, dunque, una "struttura plurale", accogliente, che fa sì che ogni documento normativo reso efficace con le forme prescritte in ambito interno ed idoneo ad offrire, per la sua parte, un servizio ai valori suddetti possa, a motivo di siffatta sua qualità, vantare "copertura" costituzionale: una "copertura", in via di principio, non differenziata rispetto a quella stessa di cui godono le norme che in seno alla Costituzione danno specificazione-attuazione ai principi suddetti e, a cascata, le altre norme che ai gradi sottostanti vi danno l'ulteriore e necessario svolgimento in ambito interno.

Di qui, come s'è tentato di mostrare in altri luoghi, l'impossibilità di fare alcuna "graduatoria" in partenza, per sistema appunto, tra norme che, quale che ne sia l'origine o la forma, si dimostrino tutte essere strumentali alla valorizzazione dei valori. E, poiché nulla esclude che più norme possano vantare la medesima "copertura" nei valori di libertà ed eguaglianza, nel loro fare "sistema" coi valori restanti, se ne ha che i diritti delle Carte (e, perciò pure, della CEDU) possono partecipare ad armi pari ad operazioni di bilanciamento coi diritti della Costituzione: nel qual caso, poi, se ci si pensa, i bilanciamenti interordinamentali si risolvono per intero in bilanciamenti endocostituzionali, siccome tutti pur sempre riportabili alla comune, non diversa "copertura" degli artt. 2 e 3 della Carta⁴².

Nessuna gerarchia può dunque farsi – come qui pure si è venuti dicendo – tra documenti che danno tutti il mero *riconoscimento* a beni della vita che hanno prima e fuori del diritto il "luogo" della loro emersione e che nondimeno hanno un disperato bisogno, al fine di potersi convertire in esperienza, di farsi veicolare dal diritto con le forme da questo apprestate.

Fissate queste premesse, piane ne discendono alcune conseguenze specificamente apprezzabili al piano delle vicende processuali, alle quali – come s'è veduto – si va qui prestando particolare attenzione.

La prima (e più rilevante) è che il raffronto tra Costituzione e CEDU è confronto tra *sistemi*, più che tra singole *norme*, nell'intento di fissare ogni volta il più in alto possibile il punto di sintesi assiologica in relazione al caso. E, poiché – come s'è veduto – dalla prospettiva di diritto interno il riferimento alla Costituzione è, ad ogni buon conto, obbligato, a quest'ultima agganciandosi le norme di origine esterna al fine di potersi inverare al meglio di sé nell'esperienza, se ne ha che la Costituzione stessa è, *in nuce, sistema di... sistemi*: norma fondante l'ordinamento anche nelle sue relazioni interordinamentali.

Dalla prospettiva ora adottata, ci si avvede del filo sottile ma resistentissimo che lega i profili di ordine sostanziale a quelli di ordine processuale, componendoli in unità significante. È dalla teoria della Costituzione, segnata dalla osservazione della struttura della Costituzione, che vengono le indicazioni maggiormente attendibili per ciò che attiene ai modi di comporre in sistema norme convenzionali e norme interne nel corso delle esperienze processuali.

Nel ricorso al sindacato accentrato, che la Corte – come s'è veduto – rivendica per sé per ogni caso diverso da quello che vada a buon fine l'interpretazione conforme, si specchia ed emblematicamente

⁴² Maggiori ragguagli nel mio *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee*, cit.

rappresenta l'antica idea della Costituzione chiusa e perfetta in se stessa: una sola la Carta di vertice, una sola la Corte competente in ambito interno alla risoluzione delle antinomie.

Di contro, nel sindacato diffuso dei giudici, quale – come pure s'è veduto – può almeno in taluni casi aversi, il carattere “plurale” della struttura costituzionale ha modo di emergere e farsi apprezzare in forma particolarmente espressiva.

In sede di sindacato accentrato, la soluzione delle antinomie ha luogo in modo “tranciante”, portando – se del caso – alla rimozione con effetti generali dell'una norma allo scopo di spianare la via all'applicazione dell'altra. Un evento invero alle volte non evitabile; altre volte però – e questa sembra proprio la soluzione consigliabile in molti casi – le norme non versano in una situazione propriamente di conflitto, tutte mostrandosi in grado di offrire prestazioni a beneficio dei diritti, seppur in forme “graduate” in relazione alle pretese dei casi. Ed allora si tratta di far luogo alla ottimale combinazione delle norme stesse, assumendo che una di esse possa rivelarsi recessiva al confronto con l'altra, in attesa però di potersi rifare in altra operazione di bilanciamento.

Il sindacato diffuso ha il pregio di poter far luogo a siffatte operazioni con esito comunque conservativo; e, più (e prima ancora) che ripianare antinomie, si presta alla selezione della norma in cui si situa la più intensa tutela in ragione del caso.

Il vero è che l'ordine “intercostituzionale” qui vagheggiato richiede lo sforzo congiunto da parte di tutti i giudici (comuni e non), tutti dovendo giocare fino in fondo la propria parte nell'intento di dare risposte persuasive e complessivamente appaganti a coloro che avanzano domande di giustizia. Un ordine che ha, dunque, proprio in relazioni “intergiurisprudenziali” internamente armoniche, al di fuori di ogni schema gerarchico preconstituito, uno dei suoi punti di forza (non il solo naturalmente⁴³) e che al fine di potersi affermare e preservare richiede che siano costantemente tenute ferme due condizioni indispensabili per la sua realizzazione, con la cui enunciazione chiudo questa mia succinta riflessione.

La prima – come si è sopra fatto notare – si riporta al carattere paritario delle relazioni tra le Carte; la seconda, corollario della precedente, è il bisogno vitale di preservare l'equilibrio complessivo del sistema, anche nelle sue proiezioni quale “*sistema di sistemi*”, facendo appello al *principium cooperations* tra i giudici, tutti davvero considerati “orizzontali”, siccome distinti tra di loro unicamente per le funzioni esercitate o, se si preferisce, per la tipicità dei ruoli, comunque bisognosi di essere espressi al massimo rendimento possibile ad ogni livello istituzionale, senza dunque alcuna assiomatica, forzosa “graduatoria” tra di loro: siano giudici comuni e siano pure giudici *materialmente* costituzionali, quali ormai in modo sempre più marcato e vistoso vanno conformandosi le stesse Corti europee, senza per ciò abdicare alla loro originaria, peculiare natura⁴⁴.

⁴³ È chiaro che l'integrazione interordinamentale si fa, in primo luogo, al piano in cui si svolge l'attività dei decisori politico-istituzionali; i giudici però hanno dato (e danno) un concorso di prima grandezza alla realizzazione di questo progetto.

⁴⁴ Su ciò, v., nuovamente, gli studi dietro citt., di O. POLLICINO, del quale v., inoltre, da ultimo, *Unione europea e CEDU: analisi comparata della genesi e dei primi sviluppi della rispettiva azione, con particolare riferimento alla tutela dei diritti fondamentali*, in www.forumcostituzionale.it, 31 gennaio 2012, e, ora, con specifico riguardo al ruolo giocato dalla Corte di giustizia nel processo di “costituzionalizzazione” dell'Unione, G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Quad. n. 5 di *Teoria del diritto e dello Stato*, Roma 2011.

Antonio Ruggeri

La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto dell'Unione e la CEDU e offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di (non) applicazione diretta della Convenzione (a margine di [Corte giust., Grande Sez., 24 aprile 2012](#))

Nel titolo dato a questa succinta riflessione sono descritti i due versanti lungo i quali può dispiegarsi l'indicazione di principio data dal giudice dell'Unione con la decisione ora annotata: quello dei rapporti tra l'Unione stessa e la CEDU e l'altro dei rapporti tra quest'ultima e il diritto interno, due versanti che poi finiscono con l'incontrarsi "a valle", dal momento che è pur sempre nello stesso ordinamento interno che finiscono con lo scaricarsi talune tensioni che dovessero registrarsi "a monte", al piano dei rapporti sovranazionali.

La pronunzia presenta non poco interesse sotto più profili; qui, mi soffermerò su uno solo di essi, quello evocato dal titolo stesso a riguardo della vessata questione concernente l'applicazione diretta della CEDU da parte dei giudici, per il caso che leggi nazionali vi contrastino. Sul punto, su cui a mio modo di vedere le Corti (quelle europee e quelle nazionali, Corte costituzionale in testa) dovranno tornare, specie a seguito della prevista adesione dell'Unione alla CEDU, non indugerò qui né a riassumere il pensiero del giudice delle leggi, a tutti noto, né gli argomenti addotti da quanti in esso, in maggiore o minor misura, non s'identificano: si va, infatti, dalla opinione di coloro che vorrebbero che ogni caso di antinomia sia risolto direttamente ed esclusivamente dai giudici comuni all'opinione di chi si dichiara dell'idea che alcuni casi possano essere trattati ai giudici stessi ed altri invece portati alla cognizione della Consulta (indicazioni in quest'ultimo senso possono, volendo, aversi dal mio *Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in "sistema"*, in [Consulta OnLine \(21.04.2012\)](#). Mi limiterò solo a ragionare sulle possibili implicazioni connesse alla presa di posizione del giudice dell'Unione e, perciò, su taluni scenari che potrebbero anche a breve delinearsi per effetto di essa, specie nella prospettiva dell'adesione dell'Unione stessa alla Convenzione.

Inizio col dire che la sentenza è estremamente avara d'indicazioni a sostegno della tesi preferita, nondimeno risolutamente affermata. La cosa, francamente, si fatica a comprendere, specie se si pensa quanto la questione sia stata (e sia) animatamente discussa, con argomenti plurimi ed ora più ora meno persuasivi addotti a beneficio dell'una e dell'altra tesi.

Il punto, trattato ai parr. 59-62, è assai sbrigativamente (e, a mia opinione, incertamente) fissato, dichiarando il giudice dell'Unione di dover rispondere negativamente alla domanda pervenutagli in sede di rinvio pregiudiziale dal tribunale di Bolzano circa l'obbligo che l'art. 6 TUE imporrebbe ai giudici nazionali di disapplicazione delle norme di diritto interno in conflitto con la CEDU. Il giudice "eurounitario" – come a me piace chiamarlo – muove, infatti, dall'assunto che l'art. ora cit. non disciplini i rapporti tra CEDU e ordinamento interno, non determinando pertanto "le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale" (62). La conclusione è piana: l'art. 6 "non impone" la disapplicazione di tale norma accompagnata dalla contestuale applicazione in sua vece della norma convenzionale (63).

La Corte non dice perché la Convenzione non sarebbe stata "comunitarizzata" in virtù del richiamo ad essa fatto dal disposto suddetto, così come invece si avrebbe secondo una ricostruzione teorica diversamente orientata, né si avventura in ragionamenti, assai complessi, che invero non aveva la convenienza di svolgere, anticipando conclusioni di cui potrebbe un domani pentirsi, a riguardo di ciò che potrebbe aversi una volta giunta a compimento la prevista adesione dell'Unione alla CEDU. Non sappiamo, dunque, se la ipotizzata "comunitarizzazione" resterà ugualmente esclusa malgrado l'adesione stessa o se, di contro, le cose a seguito e per effetto di essa cambieranno.

Dalla prospettiva della Corte, al di qua della sponda v'è dunque il diritto "eurounitario" ed al di là il diritto convenzionale, mentre manca ad oggi il ponte che le unisca, un ponte che – come si diceva – potrebbe non essere edificato pur dopo l'adesione suddetta. E, invero, con ogni probabilità, il giudice dell'Unione non gradisce che esso sia costruito: forse, per il timore di perdere il controllo in via esclusiva esercitato sul modo con cui il diritto dell'Unione è gestito sia in ambito sovranazionale

(e, segnatamente, da parte delle istituzioni dell'Unione stessa) e sia in ambito interno, ad opera degli organi chiamati a far "uso" contemporaneamente del diritto "eurounitario" e del diritto convenzionale.

La Corte, insomma, vuol riservarsi – è questa l'ipotesi interpretativa che sento di dover ora affacciare, forse invero caricando di eccessive valenze le scarse e fin troppo reticenti affermazioni della decisione annotata – il potere di valutare di volta in volta se e come portare ad effetto la Convenzione, quale perciò la "misura" della sua possibile incidenza sulle dinamiche produttive ed applicative del diritto dell'Unione (e, di riflesso, dello stesso diritto nazionale al primo funzionalmente connesso).

D'altro canto, è chiaro che l'indirizzo che verrà ad affermarsi a livello di Unione circa l'applicazione diretta della CEDU da parte dell'Unione stessa non potrà che riprodursi a cascata, in modo diretto ed immediato, in ambito nazionale, obbligando gli operatori di diritto interno a conformarvisi a pena di violare un obbligo "eurounitario". È bensì vero che siffatto indirizzo non può che valere per i soli campi materiali coltivati dal diritto dell'Unione, non pure al di fuori di essi, laddove resta integro il dominio degli Stati. In astratto, dunque, potremmo immaginare persino il caso opposto a quello sopra ragionato: che la Corte possa un domani cambiare idea e dichiararsi favorevole all'applicazione diretta della CEDU e che, ciononostante, questa non sia considerata possibile in ambito interno (per capirci, dalla nostra Corte costituzionale) al di fuori della sfera di competenze di cui l'Unione è dotata. Si tratterebbe, però, di un'ipotesi, sì, astrattamente formulabile ma a triplice titolo remota: una prima volta, perché il verso di marcia è – come si sa – marcato nel portare vieppiù in alto, al piano sovranazionale, competenze ad oggi trattenute, sia pure in parte, in capo allo Stato ed alle sue articolazioni interne; una seconda volta, poi, perché non può negarsi che, in una congiuntura quale quella qui immaginata, si avrebbe una spinta formidabile e pressoché irresistibile nel senso dell'imitazione da parte dei giudici nazionali dell'opzione fatta a Lussemburgo; infine, una terza volta, perché già oggi è questo – come si sa – l'indirizzo accolto proprio dal nostro giudice delle leggi, che pertanto ne risulterebbe ulteriormente rinsaldato dall'opzione fatta dalla Corte dell'Unione.

Come si diceva, tuttavia, nessun segno è ad oggi dato di vedere che avvalori una lettura quale quella ora presa in esame, mentre la stessa decisione qui annotata sembra risolutamente e speditamente incamminarsi nel verso opposto.

La Corte, nondimeno, dà qui testimonianza di estrema cautela. Pronunziandosi nel senso che l'art. 6 TUE "non impone" l'applicazione diretta della CEDU, ovviamente neppure esclude l'opposta evenienza, qualora così dovessero orientarsi i giudici nazionali. Il trattato dell'Unione – fa capire la Corte – è, insomma, "neutrale", silente e, a conti fatti, *pilatesco* circa il modo con cui ciascun ordinamento nazionale si pone davanti alla Convenzione, quale la tecnica processuale bisognosa di esser messa in atto allo scopo di farne valere il rispetto da parte delle leggi, se quella dell'applicazione diretta o l'altra del ricorso al giudizio del tribunale costituzionale. Ovviamente, trattandosi di rinvio pregiudiziale attivato da un giudice italiano, la Corte sapeva bene qual era (ed è) l'orientamento al riguardo patrocinato dal nostro giudice costituzionale, al quale tuttavia opportunamente non è fatto, né doveva farsi, espresso richiamo.

In tal modo, il giudice dell'Unione si mostra rispettoso di tutto ciò che fa l'identità costituzionale degli Stati membri dell'Unione stessa, non solo al piano sostantivo (dei valori e dei principi e canoni di diritto in genere a mezzo dei quali i valori stessi s'inverano nella pratica giuridica) ma anche al piano processuale (delle tecniche che stanno a base delle relazioni interordinamentali al fine di assicurarne il lineare ed armonico svolgimento). Resta, ad ogni buon conto, da stabilire in quanta parte la salvaguardia del "margine di apprezzamento" degli Stati – per adattare al piano delle relazioni con la Corte dell'Unione uno schema, come si sa, forgiato per altri ambiti di esperienza – si debba al bisogno, di sicuro intensamente avvertito dal giudice di Lussemburgo, di mantenere quello "stacco" tra il diritto dell'Unione stessa e il diritto convenzionale, di cui un momento fa si diceva.

La Corte era ben consapevole del fatto che, affermando l'obbligo di applicazione diretta della CEDU da parte dei giudici nazionali, questo avrebbe potuto risolversi in non pochi casi nella implicita disapplicazione diretta dello stesso diritto "eurounitario" anticonvenzionale. D'altro canto, anche

l'opposta soluzione favorevole al riconoscimento dell'obbligo di "non applicazione" diretta, oltre a rivelarsi assai problematicamente praticabile a fronte del tenore letterale del disposto dell'art. 6 TUE che nessun segno contiene a suo sostegno, avrebbe potuto pregiudicare la fluidità e mobilità di svolgimento delle relazioni tra Unione e CEDU; e questo – come si diceva – non appariva conveniente né per il presente né per il prossimo futuro delle relazioni stesse. Lasciando invece impregiudicata la questione, la Corte, da un canto, si è riservata di tornare a decidere sopra di essa in altra occasione e di prendere partito a seconda dell'andamento delle cose; da un altro canto, poi, ha scaricato sullo Stato la responsabilità di una scelta su cui potrebbe comunque aver modo di pronunziarsi, qualora la scelta stessa dovesse interferire sul rispetto del diritto dell'Unione.

Nulla poi esclude l'ipotesi che la Corte abbia inteso mandare un messaggio – per dir così – *quodammodo* "subliminale" ai protagonisti delle trattative volte all'adesione dell'Unione alla CEDU affinché siano essi a decidere delle sorti della CEDU, nei suoi complessi rapporti col diritto dell'Unione stessa. Un'ipotesi che invero la laconicità espressiva del trattato parrebbe avvalorare e che però non è avvalorata dalla decisione qui annotata, che nessuna sicura indicazione dà né in un senso né nell'altro, sicché ogni supposizione al riguardo rischierebbe comunque di forzare il pensiero della Corte.

La partita è, insomma, appena cominciata e non resta che seguirne i possibili, prossimi sviluppi. Per ciò che, in conclusione, se ne può dire, l'impressione è che, una volta di più, i giudici nazionali (anche costituzionali!) corrano il rischio di restare emarginati da un "gioco" che sembra svolgersi sopra le loro teste, prendendo piede al piano delle relazioni tra le Corti europee. E, tuttavia, anche con riguardo alla questione ora rapidamente trattata così come per ogni altra coinvolgente le relazioni interordinamentali, i giudici nazionali (Corti costituzionali in testa) possono (e devono) fare la loro parte, orientando a mezzo di indirizzi chiaramente delineati e fermamente e diffusamente osservati gli svolgimenti della giurisprudenza delle Corti europee. E, invero, viene difficile da pensare che, qualora dagli ambienti nazionali dovesse venire un'indicazione largamente e vigorosamente patrocinata nel senso dell'applicazione diretta della CEDU, la Corte dell'Unione possa efficacemente contrastarla, resistendo alla pressione esercitata "dal basso". Il fatto è che, come si sa, da un canto, siffatta pressione (dal nostro e da altri ordinamenti) non è venuta, mentre, dall'altro, ancora più consistente e in qualche caso praticamente irresistibile è stata (ed è) la pressione esercitata "dall'alto", le Corti europee avendo già in molte occasioni sollecitato mutamenti d'indirizzo dei giudici nazionali, di cui si è quindi avuto puntuale riscontro.

Quello del "dialogo" è, ad ogni buon conto, un metodo delle relazioni intergiurisprudenziali del quale – è ormai provato – non può farsi a meno, al di là delle innegabili carenze ed anche qualche non rimossa ambiguità di cui è avvolto il termine (ed il concetto che esso evoca), delle quali si ha peraltro testimonianza nelle sue concrete e varie manifestazioni. E nel "dialogo" non c'è un *prius* o un *posterius*, il primato piuttosto dovendo essere ricercato e non di rado a fatica (e comunque solo in parte) raggiunto al *piano culturale*, ancora prima (o piuttosto) che a quello *positivo*.

Qui, però, il discorso vorrebbe portarsi oltre l'*hortus conclusus* di questa succinta riflessione e deve pertanto essere subito e senza esitazione troncato. Quel che solo può dirsi, con specifico riguardo alla questione ora nuovamente trattata, è che di essa avremo sicuramente modo di tornare a discutere, dal momento che la stessa Corte con la decisione annotata non chiude a possibili, originali sviluppi della propria giurisprudenza, anche per il modo con cui le altre Corti, a partire da quella di Strasburgo, reagiranno alla pur sfumata e cauta presa di posizione oggi adottata dal giudice dell'Unione.

Antonio Ruggeri

La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell’assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di [Corte cost. n. 150 del 2012](#) e dell’anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)

Palese è l’obiettivo avuto di mira dalla pronunzia qui annotata “a prima lettura”, che è di guadagnare tempo, con la non recondita speranza che le questioni di costituzionalità originariamente proposte sulla legge 40 non siano quindi nuovamente portate al giudizio della Consulta. La tecnica processuale messa in atto allo scopo di centrare l’obiettivo appare essere alquanto originale e – diciamo pure – ardita, ma non per ciò – come si tenterà di mostrare – persuasiva.

La Corte si guarda bene dal dichiarare che la pronunzia della Grande Camera del novembre scorso sia, in tutto e per tutto, da assimilare allo *ius superveniens*; è, però, qualcosa che gli somiglia molto (se non pure nella natura giuridica) al piano degli effetti, tant’è che, al pari di ciò che si ha in presenza di norme sopravvenienti ed idonee ad alterare i termini della questione, esso giustifica appunto la restituzione degli atti alle autorità remittenti. La Corte non chiarisce in cosa propriamente consista il “fatto” nuovo costituito dal mutamento di giurisprudenza: si limita a qualificarlo come “un novum che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta”. Poco prima, d’altronde, aveva rammentato quali sono i fattori determinanti la restituzione in parola, individuati in modifiche della norma costituzionale assunta a parametro ovvero della disposizione che integra il parametro stesso o, ancora, in “considerevoli modifiche” del “quadro normativo”. Insomma, la sopravveniente pronunzia della Corte EDU comporta pur sempre un’alterazione di “situazione normativa” – come a me piace chiamare l’oggetto del giudizio di costituzionalità –, in presenza della quale si giustifica (e, anzi, s’impone) una nuova verifica della rilevanza della questione da parte dei giudici remittenti.

La differenza, sottile ma non insignificante, rispetto allo *ius superveniens* in senso proprio sta qui nel mutato indirizzo giurisprudenziale che obbliga a ripercorrere la via dell’interpretazione conforme a CEDU, originariamente battuta senza successo proprio (o anche) in considerazione dell’originario indirizzo interpretativo adottato a Strasburgo e quindi ribaltato dalla decisione della Grande Camera, cui si è sopra fatto cenno.

Non discuto ora se (e fino a che punto) possa ovvero debba accostarsi una nuova interpretazione del dettato convenzionale al suo mutamento per *ius superveniens*, per quanto si tratti di questione di cruciale rilievo, sia teorico che pratico, a più piani e sotto più profili, a partire da quello al quale l’attività interpretativa e l’attività di produzione giuridica appaiono essere sostanzialmente fungibili, comunque idonee a dar vita ad effetti non dissimili.

Discuto piuttosto della tecnica processuale adoperata, del suo fondamento e del suo svolgimento.

La Corte s’è trovata davanti ad un ostacolo pressoché insormontabile, costituito dal carattere plurimo o complesso delle questioni sollevate, dal momento che, in disparte il tribunale di Firenze che aveva fatto esclusivo riferimento al I c. dell’art. 117, gli altri giudici avevano denunciato la possibile violazione da parte della legge 40 di non poche altre disposizioni costituzionali.

Ora, la tecnica dell’assorbimento dei vizi – com’è chiaro – qui non poteva venire in soccorso, non essendosi fatto luogo alla dichiarazione d’incostituzionalità della legge rispetto ad uno dei parametri evocati in campo. Qual è, allora, il senso della restituzione degli atti in relazione ad uno di tali parametri, quando poi resterebbe in ogni caso aperta la questione con riferimento ai parametri restanti?

Solo in un modo la Corte avrebbe potuto sottrarsi alla critica sottesa a questo interrogativo: dimostrare che i parametri diversi dall’art. 117, I c., sono comunque “conseguenziali” a quest’ultimo, che essi insomma possono essere violati solo in quanto vi sia la violazione dell’enunciato che offre copertura alla CEDU (e al diritto internazionale in genere). Non a caso, la Corte rammenta che i giudici *a quibus* hanno proposto la questione con riguardo all’art. 117 “in linea preliminare rispetto alle altre pure sollevate”.

È vero che i modi con cui più parametri costituzionali (o interposti) si combinano reciprocamente possono essere i più vari; e, tuttavia, l'autonomia concettuale e positiva di ciascuno di essi non si discute, faticandosi pertanto a comprendere come possa aversi incisione di uno o più di essi *unicamente* in "conseguenza" della incisione di un altro. D'altro canto, se le cose stessero davvero così come le rappresenta la Corte, dovrebbe considerarsi ridondante ed, a conti fatti, ininfluyente il richiamo ai parametri "conseguenziali", la questione riducendosi ed interamente risolvendosi nella compatibilità della norma indubbiata rispetto all'art. 117.

Si può pure, con molto sforzo, immaginare il caso che la sopravvenuta riconciliazione della legge 40 con la CEDU comporti a cascata la sua parimenti sopravvenuta, obbligata riconciliazione coi parametri costituzionali restanti: ad una condizione però, ed è che alle decisioni della Corte EDU si riconosca un potere di riconformazione dell'intero dettato costituzionale, apportando deroghe a quest'ultimo (persino, come qui, a principi fondamentali...) giustificate in nome della Convenzione e del suo bisogno di affermarsi a qualunque costo. Come dire che ciò che è rispettoso della Convenzione stessa ha da farsi comunque valere, ancorché sia poi irrispettoso di questa o quella norma costituzionale. Dimostrare l'esattezza di quest'affermazione, che finisce col dotare la CEDU di una forza *per sistema* sovracostituzionale, mi parrebbe tuttavia esser cosa alquanto ardua, persino a stare all'ordine di idee, nel quale da tempo mi riconosco, secondo cui la CEDU stessa può competere alla pari con la Carta costituzionale nel servizio da entrambe offerto ai diritti fondamentali, partecipando dunque ad operazioni di bilanciamento con questa o quella norma della Carta stessa. Altro è però dire questo ed altro ancora riconoscere che la Convenzione abbia sempre, *in ogni caso*, la meglio sulla legge fondamentale della Repubblica. Ad ogni buon conto, non è certo quello appena descritto l'orizzonte teorico-ricostruttivo verso il quale punta decisa lo sguardo la giurisprudenza costituzionale, che anzi – come si sa – qualifica la CEDU quale fonte "subcostituzionale".

Ci si può poi chiedere per quale ragione la Corte non si sia decisa a pronunziarsi in primo luogo proprio sui parametri "conseguenziali"; nel qual caso, qualora avesse acclarato la violazione rispetto anche ad uno solo di essi della legge 40, avrebbe potuto far piana applicazione della tecnica dell'assorbimento dei vizi. È però di tutta evidenza che, una volta passata al merito, non avrebbe potuto, per logica necessità, chiedere ai giudici di verificare la perdurante rilevanza della questione. Se poi fosse stata scartata l'ipotesi del contrasto della legge coi parametri diversi dall'art. 117, la Corte non avrebbe più potuto sollecitare i giudici a riconsiderare la questione alla luce del nuovo indirizzo interpretativo della Corte EDU. In breve, avrebbe dovuto impegnarsi in prima persona, stabilendo quale rilievo assegnare al mutamento di giurisprudenza registratosi a Strasburgo. Questo, però, come si è venuti dicendo, era proprio ciò che non si voleva fare, e non s'è fatto. E così abbiamo assistito all'inaugurazione di una nuova tecnica decisoria, *quodammodo* speculare a quella dell'assorbimento dei vizi, applicata però al caso opposto rispetto a quello dell'annullamento. Una tecnica che – come si è veduto – poggia sull'idea, invero alquanto singolare e francamente stupefacente, secondo cui si danno parametri "conseguenziali" rispetto ad altri, a conti fatti privi – come si è fatto notare – di reale autonomia concettuale e positiva.

La partita resta comunque aperta; ed è facile previsione quella per cui le autorità remittenti, pur laddove si accodino docili al nuovo orientamento della Corte EDU (che, tuttavia, si rammenta alla Consulta, richiede di esser tenuto presente unicamente nella sua "sostanza"...), ugualmente possono riproporre il dubbio originario con riferimento ai parametri restanti. A questo punto, la tattica pilatesca della Corte non soccorrerà più e la Corte stessa dovrà assumersi fino in fondo, ed alla luce del sole, le proprie responsabilità. Nel caso che il verdetto dovesse essere di assoluzione per la legge 40 (e non sarà facile darne la dimostrazione, pur appoggiandosi all'indirizzo della Corte EDU...), ci si potrà chiedere se ed a cosa sia giovato quest'ulteriore passaggio dalle sedi della giustizia comune da cui sono partite le questioni di costituzionalità. Alle volte nel gioco del *ping pong* la tattica di rimandare la palla nel campo avverso senza attaccare e confidando unicamente nel fallo dell'avversario si dimostra vincente; ho qualche dubbio però che così sarà anche nel caso nostro.

Antonio Ruggeri

**Una inammissibilità accertata ma non dichiarata, ovvero sia l'errore processuale
scusabile della parte, in quanto indotto dallo stesso... giudice
(a prima lettura di [Corte cost. n. 142 del 2012](#))**

Dico subito di apprezzare nel merito la svolta giurisprudenziale segnata dalla decisione in commento, che fissa un termine perentorio per la ratifica da parte del Consiglio provinciale di Trento dell'atto di ricorso presentato in via d'urgenza dalla Giunta, termine coincidente con quello (di dieci giorni dall'ultima notificazione) previsto per il deposito del ricorso (e, dunque, per la costituzione della parte ricorrente). Opportunamente la Corte rileva che il deposito stesso costituisce "un momento essenziale del processo costituzionale", specie perché dà modo alla parte resistente di "manifestare la propria volontà di opporsi al ricorso ... dopo che l'atto di impugnazione deliberato dall'organo solo provvisoriamente competente si sia definitivamente consolidato con la ratifica e dopo che questa sia stata prodotta in giudizio entro il termine perentorio fissato al ricorrente per il deposito in cancelleria del ricorso".

Il rigoroso indirizzo oggi inaugurato è ben argomentato e – viene da pensare – possiede generale valenza, non riguardando esclusivamente l'ente autonomo nella circostanza ricorrente, per quanto in passato – come si sa – la Corte abbia sul punto stranamente discriminato lo Stato e la Regione (o la Provincia autonoma), solo con riguardo all'uno e non pure all'altra essendosi riconosciuta la possibilità della sostituzione in via d'urgenza del Presidente rispetto all'organo collegiale competente a decidere il ricorso. Una sostituzione invece ora ammessa a beneficio sia dell'una che dell'altra parte processuale, sia pure in casi eccezionali (non meglio definiti) e con efficacia comunque provvisoria.

Il passaggio maggiormente interessante è quello evocato dal titolo dato a questa nota, riguardante l'inammissibilità del ricorso per tardività del deposito: una inammissibilità che tuttavia, ancorché *accertata*, non può essere *dichiarata*, a motivo della "lunga prassi" di segno opposto tenuta dalla Corte, una prassi – si aggiunge – che ha determinato, "anche per l'obiettivo incertezza interpretativa delle norme processuali in materia, un errore scusabile tale da ingenerare nelle Province autonome l'affidamento circa la non perentorietà del suddetto termine di deposito". Come dire, insomma, che, quando si ha un *revirement* giurisprudenziale, il comportamento della parte incolpevole va *la prima volta* scusato, mentre è ovvio che le volte successive esso sarà sanzionato come si deve.

Confesso di non sapere se pendono altri ricorsi a questo analoghi per l'aspetto ora in rilievo; nel caso che vi siano, mi chiedo se la Corte rinoverà il suo atto d'indulgenza anche ad altri attori ugualmente incolpevoli ovvero se, avviato ormai il nuovo corso, farà senza indugio luogo alla dichiarazione d'inammissibilità del ricorso. La qual cosa tuttavia costituirebbe una palese disuguaglianza originata dal mero ordine temporale di trattazione delle cause.

Non mi sovengono alla memoria altri casi di errori scusabili (e... *scusati*) in quanto indotti dallo stesso... *giudice*. Guardando al futuro, ci si deve interrogare circa la possibilità di estendere la soluzione ora adottata ad ogni caso di mutamento di tecnica decisoria (quanto meno, appunto, di tecnica processuale), vale a dire se anche in casi diversi da questo la Corte intenda rendere quanto più possibile "morbido" il passaggio dalla vecchia alla nuova tecnica decisoria mostrandosi indulgente nei riguardi degli errori incolpevoli o, all'opposto, sanzionandoli in modo fermo, così come peraltro ha sin qui fatto in molti campi di esperienza.

Non saprei dire se sia giusto far luogo ad un'unica soluzione, sempre eguale a se stessa, o se convenga distinguere tecnica da tecnica. In via tendenziale, tuttavia, non esito a schierarmi a favore di soluzioni "morbide", quale quella oggi adottata: a salvaguardia non tanto (o non solo) dell'affidamento della parte processuale di volta in volta in gioco, quanto dell'affidamento della generalità degli operatori istituzionali e – ciò che, forse, più importa – delle aspettative della comunità dei consociati, ovvero sia della certezza del diritto costituzionale, messa comunque in stato di sofferenza da ogni mutamento d'indirizzo giurisprudenziale, una sofferenza particolarmente vistosa laddove il mutamento stesso investa appunto le tecniche decisorie in genere e quelle processuali in

specie, secondo quanto è da tempo segnalato dalla più accorta e sensibile dottrina che, con dovizia di argomenti, richiama la Corte (senza tuttavia molto successo...) ad un utilizzo uniforme e costante delle tecniche stesse.

Una delle questioni cruciali ad oggi rimasta insoluta nelle esperienze della giustizia costituzionale (ma della giustizia *tout court*) riguarda proprio il modo con cui conciliare due esigenze ugualmente meritevoli della massima considerazione e tuttavia apparentemente inconciliabili (quanto meno, in modo pieno): preservare la possibilità del mutamento d'indirizzo giurisprudenziale, specie laddove sollecitato dal bisogno di porre rimedio a passati errori o inconvenienti, e, allo stesso tempo, salvaguardare la *certezza del diritto*, che poi – come si è tentato di mostrare meglio in altri luoghi – ha da convertirsi e risolversi interamente in *certezza dei diritti fondamentali*, restando altrimenti pregiudicata l'essenza stessa della Costituzione (si rammenti l'icastica e ad oggi insuperata definizione di quest'ultima data dall'art. 16 della *Dichiarazione* dell'89). Un'autentica quadratura del cerchio, sol che si pensi che l'appagamento della prima esigenza parrebbe passare (e, almeno fino ad un certo punto, obiettivamente passa) attraverso il pur parziale ma non insignificante sacrificio della seconda.

Ora, la prevedibilità della giurisprudenza è un valore, non si discute. Tanto più, poi, questo è vero con riguardo alla Corte costituzionale, i cui verdetti non soggiacciono, come si sa, ad alcuna impugnazione (per quanto anche il canone in parola – come si è tentato di argomentare altrove – sembri esso pure soggiacere a bilanciamento con altri canoni costituzionali, a partire da quello che dà voce al principio dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale, per effetto del quale le pronunzie della Corte costituzionale potrebbero risultare soggette a ripensamento da parte della stessa Corte in conseguenza dell'adozione di pronunzie di segno opposto delle Corti europee).

V'è, insuperabile, una differenza di ordine strutturale (e, per ciò pure, funzionale) tra l'attività del legislatore (e dei decisori politici in genere) e l'attività dei giudici; ed è che la seconda, diversamente dalla prima, ha da essere appunto “prevedibile”, alla luce degli indirizzi pregressi della stessa giurisprudenza, venendo altrimenti pregiudicata l'essenza stessa dello *jus dicere*, la sua indeclinabile vocazione a dare, a un tempo, *certezza del diritto in senso oggettivo* e *certezze (cioè effettività) dei diritti soggettivi*. I decisori politici, *proprio perché tali*, possono, volendo, dare un colpo di spugna sulla lavagna in cui manifestano e senza sosta rinnovano la propria volontà, sostituendo ciò che era dapprima scritto con certe parole con parole anche di segno opposto. I giudici, di contro, *dovrebbero* (condizionale non casuale...) sempre innovare rispetto a se stessi con gradualità, nel segno della continuità, giustificandosi i bruschi passaggi dai vecchi ai nuovi indirizzi unicamente al ricorrere di mutate condizioni oggettive di contesto, piace a me dire: di “situazione normativa”, nella sua composita conformazione quale risultante da materiali normativi e fattuali, la cui combinazione fa la singola “questione” sottoposta a giudizio.

Tutto questo, come si diceva, ancora di più vale per il giudice costituzionale che, a motivo della peculiare posizione che detiene nel sistema istituzionale e del parimenti peculiare ruolo, di prima grandezza, che è chiamato ad esercitare nel corso delle esperienze di diritto costituzionale, ove non conformasse i propri comportamenti al *principio della coerenza* con se stesso, rischierebbe di commutarsi – come si è in altre sedi tentato di mostrare – in un anomalo, mostruoso *potere costituente permanente*, abilitato ad enunciare “verità” indiscutibili di diritto costituzionale. La qual cosa è tanto più inaccettabile e francamente ripugnante sol che si consideri che colui che ogni giorno “riscrive” lo spartito costituzionale si ammanta delle candide vesti del giudice, di un giudice affatto peculiare e tuttavia pur sempre giudice, garante per antonomasia della legalità costituzionale.

L'argomentare stringente con cui, in non poche occasioni, la Consulta accredita talune soluzioni anche fortemente innovative nelle quali si riconosce, siano esse di merito come pure di ordine processuale, non toglie che l'affermazione delle stesse comparti pur sempre una ferita a carico della certezza, e cioè di quell'“affidamento” la cui salvaguardia è, nella decisione qui succintamente annotata, messa opportunamente in evidenza. Ecco che allora connotare come morbido e graduale il passaggio dal vecchio al nuovo può davvero essere la giusta ricetta, che valga ad attenuare, se non

pure ad eliminare, la frattura rispetto all'indirizzo pregresso, favorendo in tal modo la rapida cicatrizzazione della ferita inferta al corpo dell'ordinamento.

Staremo dunque a vedere se l'indicazione ora data avrà un seguito nel prossimo futuro. La Corte è infatti solita – come si sa – affinare senza sosta gli strumenti processuali di cui è stata dotata dall'ordinamento e che poi, nella gran parte, sono stati (e sono) dalla stessa Corte sottoposti a continue messe a punto, presentandosi nondimeno assai larga la banda di oscillazione segnata dal loro vario, secondo congiunturali esigenze, utilizzo. Il segnale oggi dato a favore di un passaggio non brusco, seppur non del tutto indolore, da una tecnica all'altra merita ad ogni buon conto di essere apprezzato, anche – come si è venuti dicendo – per ciò che parrebbe voler promettere per le esperienze a venire della giustizia costituzionale.

Antonio Ruggeri

**La Corte costituzionale, la “logica” del caso e la motivazione insufficiente
(dialogando con alcuni matematici sulla [sent. n. 310 del 2010](#))**

SOMMARIO: 1. L’antefatto. – 2. Accezione formale *versus* accezione sostanziale di “decisione” della Corte, il doppio volto della certezza del diritto e dei diritti costituzionali, il passaggio dalla logica formale-astratta alla logica concreta, che guarda ai casi secondo i valori. – 3. La coerenza in funzione della certezza e le sue plurime espressioni, gli usi dei precedenti fatti nel corso delle esperienze della giustizia costituzionale, le tecniche decisorie adoperate per somministrare giustizia (con specifico riguardo ai giudizi secondo ragionevolezza). – 4. Il caso definito da [Corte cost. n. 310 del 2010](#), le tecniche decisorie messe in atto, le aporie di costruzione rese manifeste dal loro non in tutto lineare e complessivamente appagante utilizzo. – 5. Una succinta notazione finale (ancora a riguardo del ruolo giocato dal “dialogo” tra le Corti a sostegno della parte motiva delle decisioni dalle stesse adottate).

1. *L’antefatto*

Questo scritto nasce da un inusuale esperimento, concretatosi nel tentativo fatto da cultori di discipline molto lontane l’una dall’altra, la matematica e il diritto (e, segnatamente, il diritto costituzionale), di avviare un confronto tra i rispettivi metodi e strumenti di lavoro e, prima ancora, gli abiti mentali di cui essi sono espressione, verificando se si dia spazio per una fruttuosa, reciproca comunicazione e cooperazione.

Confesso di aver molto esitato prima di accogliere l’invito rivoltomi dai colleghi della scienza esatta per antonomasia a sottoporre ad esame congiunto una pronuncia della Corte costituzionale: non già perché mi ritenessi geloso custode di un ambito materiale di esperienza a fronte di quella che, a prima vista, poteva esser intesa quale una vera e propria invasione di campo, quanto piuttosto perché ho sempre pensato che l’idea di rileggere una decisione della Corte con lenti forgiate al di fuori delle discipline giuridiche (e, ancora più largamente, delle discipline umano-sociali) sia cosa palesemente priva di senso. E, tuttavia, non mi sono voluto sottrarre alla sfida, vuoi per la curiosità che tutto ciò che è nuovo ha sempre in me suscitato e vuoi anche perché, per mio costume, considero scorretta ogni forma di preorientamento metodico. Mi sono dunque detto che, solo dopo averci provato, avrei potuto avere conferma dell’insuccesso dell’iniziativa.

La scelta della decisione è caduta sulla [sent. n. 310 del 2010](#) ed – avverto – non è stata fatta da me; la decisione stessa, poi, non è di sicuro tra quelle che saranno ricordate per aver fatto la storia della Corte e della sua giurisprudenza: molte altre, dunque, avrebbero potuto, forse con ancora maggior giovamento, essere prese in esame. I matematici mi hanno quindi fatto pervenire i loro rilievi che, in buona sostanza, hanno investito praticamente in ogni sua parte la sentenza, rilievi che mi sforzo ora di rappresentare nel modo più fedele possibile (e sia pure con la necessaria sintesi), curando perciò di non deformarne il senso. Si è poi svolto il 21 giugno 2012 un seminario presso l’Università di Salerno, nel corso del quale non mi sono limitato a soffermarmi sui quesiti fattimi, avendo ritenuto opportuno inscrivere in una cornice più larga, facendo precedere e seguire le mie risposte da alcune notazioni di ordine generale, a mia opinione indispensabili per un adeguato inquadramento delle questioni trattate ed un proficuo andamento dell’incontro. Ho, nondimeno, ritenuto opportuno riprodurre – in più punti e almeno *per essentialia* – in questa mia esposizione il taglio “dialogico” che ha caratterizzato lo svolgimento dei nostri lavori, soprattutto allo scopo di rendere ancora più comprensibile il senso di alcune mie osservazioni.

Anticipo subito l’esito dell’incontro, per come mi pare meriti di essere valutato e per ciò che esso ha per me rappresentato, nella consapevolezza che, con ogni probabilità, rimarrà tuttavia un *unicum* nelle mie esperienze di carattere scientifico. Ed è che, *nell’insieme*, resto persuaso che l’apporto che

ciascuno di noi può dare agli altri non è, per vero, particolarmente consistente¹, mentre – com'è chiaro – è di gran lunga maggiore quello che può aversi (e, non di rado, effettivamente si ha) tra cultori di discipline diverse ma dalla comune appartenenza all'ambito delle scienze umano-sociali. Mi corre, ad ogni buon conto, l'obbligo di riconoscere che è proprio grazie a quest'incontro che ho potuto rileggere sotto una luce diversa la decisione della Corte, che ho visto cioè cose che prima mi erano nascoste e che, con ogni verosimiglianza, non avrei visto senza l'incontro stesso. Non so se, a seguito di esso, i matematici decideranno di andare avanti con l'esperimento, facendo oggetto di studio non già singole pronunzie pescate a caso ma interi indirizzi giurisprudenziali relativi a specifici ambiti materiali. Qualora ciò dovesse aversi, consiglieri di non rinunciare *a priori* alla lettura dei loro scritti bensì di tenerne conto, dal momento che accanto a notazioni per noi di non particolare interesse, persino valutabili come approssimative o ingenuie, possono aversene altre invece meritevoli di ogni considerazione.

2. *Accezione formale versus accezione sostanziale di “decisione” della Corte, il doppio volto della certezza del diritto e dei diritti costituzionali, il passaggio dalla logica formale-astratta alla logica concreta, che guarda ai casi secondo i valori*

Una appare essere la nota dominante che sta a base e sorregge l'intero ragionamento fatto dai matematici, testimoniando una loro costante preoccupazione, nella quale peraltro si rispecchia l'*habitus* mentale che è loro proprio: quella di mettere a nudo talune carenze (o presunte tali...) della motivazione della decisione, che a dire di questi studiosi avrebbe dovuto dire di più di ciò che ha detto, allo stesso tempo facendo luogo alla definizione di taluni concetti in modo maggiormente puntuale e rigoroso, specificamente apprezzabile al piano della logica formale. Se è vero, come mi è stato fatto notare, che la motivazione deve dare, a un tempo, certezza del diritto e giustizia (*in senso materiale* o, diciamo pure, costituzionale *tout court*), se ne ha che il servizio reso dalla pronunzia in esame ad entrambi i valori suddetti non appare, agli occhi dei colleghi non giuristi, in tutto appagante.

Di qui, il bisogno, da me avvertito, di far subito alcune notazioni di ordine introduttivo e generale al riguardo.

Due quelle di maggior significato.

La prima è che la logica dei giuristi e, più ancora, la logica di un giudice (in specie di un giudice peculiare, qual è la Corte) non è una *logica astratta* bensì una *concreta*. La decisione deve cioè servire al caso, perché il diritto in generale è “scienza pratica”, per riprendere l'aureo insegnamento di una non dimenticata dottrina². L'orientamento della decisione verso il caso non deve, tuttavia, portare a mettere da canto taluni schemi di ordine generale messi a punto dalla teoria giuridica e via via affinati con l'uso, attraverso loro collaudate, uniformi applicazioni.

La seconda riguarda il modo stesso di essere della motivazione delle decisioni della Corte, il loro simultaneo e congiunto orientamento verso il valore della certezza del diritto (che ha la sua massima rappresentazione nel suo porsi come certezza del diritto costituzionale) e verso il valore della giustizia (essa pure, al massimo grado, costituzionale).

A prima lettura (ma si tratta, come si passa subito a dire, di una lettura parziale e complessivamente deformante), la Costituzione dà l'impressione di voler anteporre – laddove non sia possibile la pari ed integra salvaguardia dei valori suddetti – la certezza alla giustizia; e, tuttavia, di farlo – per strano che possa sembrare – proprio allo scopo di rendere l'ottimale, alle condizioni concretamente date, servizio alla giustizia stessa. Depone in questo senso il principio della non impugnabilità delle

¹ ... soprattutto, tale è quello che noi siamo in grado di dare agli altri. Non credo, infatti, che le nostre riflessioni possano giovare a risolvere problemi matematici, mentre la logica applicata a questi ultimi da chi li studia per professione una qualche utilità – come si vedrà – la dà alle nostre analisi. Oltre tutto, i matematici riescono a leggere il linguaggio giuridico, che è in gran parte (e con adattamenti) anche il linguaggio comune, pur fraintendendone alcuni passaggi ovvero ignorandone il retroterra culturale, mentre il simbolismo matematico resta per noi impenetrabile.

² Il riferimento è – com'è chiaro – a S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1950, 49 ss.

decisioni della Corte, di cui all'ultimo comma dell'art. 137 cost., che nella sua più densa accezione parrebbe acquistare il significato di un "non ritorno" delle decisioni stesse, in nome appunto della certezza.

Il punto, in realtà, richiederebbe tutta una serie di avvertenze e precisazioni, delle quali è nondimeno altra la sede³. Non ci si può, comunque, sottrarre all'onere di affrontare, sia pure in modo assai rapido, la questione di fondo: che cos'è una "decisione" della Corte? Se ne deve dare una definizione *in senso formale* ovvero *in senso sostanziale*?

Per il primo corno dell'alternativa, ogni decisione della Corte, *come che sia fatta*, risulterebbe coperta dal disposto costituzionale in parola; per il secondo, di contro, perché si abbia la copertura stessa occorre che si dia una decisione completa dei suoi elementi costitutivi, tra i quali è appunto la motivazione⁴.

Di qui, la conclusione per cui l'inesistenza della motivazione o – il che è praticamente lo stesso – la sua insufficienza, comportando l'inesistenza della decisione, fa sì che quest'ultima, risultando meramente apparente, non possa giovare dello scudo protettivo eretto dall'art. 137. Per questa ipotesi ricostruttiva, si dovrebbe dunque tenere distinto il caso di decisione (esistente ma) astrattamente *invalida*, che tuttavia si sottrae per disposto costituzionale alla sanzione della sua caducazione, da quello di decisione *inesistente*, come tale priva di copertura costituzionale. Il punto è però che, ammesso pure che le cose stiano come qui sono, in modo assai approssimativo, rappresentate, non si dispone di un criterio sufficientemente sicuro ed attendibile in applicazione del quale tracciare la linea divisoria tra i casi suddetti, al di fuori di talune evenienze, astrattamente ipotizzabili, in cui il dato della inesistenza balza agli occhi con singolare evidenza⁵.

Deve, ad ogni buon conto, aversi consapevolezza del fatto che entrambi i corni dell'alternativa suddetta fanno correre rischi assai gravi. La tesi d'ispirazione formale-astratta, infatti, portata fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni, spiana la via all'autoritarismo esasperato ed incontrollabile della Corte, praticamente lasciata libera di fare ciò che vuole; l'altra tesi, che sollecita a far luogo all'analisi della struttura delle singole decisioni, ambientata ad un piano sostanziale, rischia di vanificare il senso complessivo della copertura dell'art. 137, l'esistenza dell'atto a conti fatti coincidendo con (o, comunque, rendendosi indistinguibile rispetto al)la validità dello stesso, sì da doversi quindi qualificare come tautologico e complessivamente inservibile il precetto costituzionale.

Come che sia di ciò, è certo che le pronunzie della Corte non possono essere portate alla cognizione di qualsivoglia altro giudice, mentre resta aperta la questione, cui si farà cenno a momenti, circa la loro idoneità ad esser causa di ricorso davanti alle Corti europee. Forse, ancora più complessa è, però, la questione riguardante la possibilità di un nuovo giudizio sulla medesima questione da parte della stessa Corte. Al di là dell'esito cui al riguardo dottrina e giurisprudenza corrente pervengono, l'una al piano teorico-ricostruttivo e l'altra con le sue professioni di principio di frequente ripetute, sta di fatto che, ricorrendo ad un uso sapiente della tecnica del *distinguishing* e ad altre tecniche ancora, a

³ Maggiori ragguagli possono, volendo, aversi dal mio *Storia di un "falso". L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano 1990, con le ulteriori precisazioni che sono in *Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi-M. Cavino-J. Luther, Torino 2011, 349 ss.

⁴ Rammento solo di sfuggita che una tesi (F. RIGANO, *L'obbligo di motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Torino 1994, 276 ss.), rimasta tuttavia isolata, ha messo in discussione questa comune credenza, facendosi notare come l'obbligo di motivazione non varrebbe per tutte le decisioni della Corte bensì unicamente per quelle coinvolgenti "questioni di principio", la cui individuazione peraltro si presenta alquanto problematica e incerta. Che però della parte motiva non possa farsi a meno in via generale è avvalorato, a tacer d'altro, da un uso inveterato in tal senso, una vera e propria consuetudine interpretativa o, forse, integrativa della Carta costituzionale.

⁵ Si pensi, ad es., alla irriconoscibilità della "decisione" a motivo della sua forma (un atto che non si autoqualifichi come ordinanza o sentenza...) ovvero della struttura interna (mancando nella sentenza la divisione tra il "ritenuto in fatto" e il "considerato in diritto"): una struttura che è, appunto, obbligata a conformarsi al "modello" per essa stabilito, ancorché esso risulti da metanorme non legislative ma consuetudinarie, dalla stessa Corte prodotte e da essa peraltro sistematicamente osservate.

talune delle quali si accennerà più avanti, la Corte ha modo di tornare, volendo, a pronunziarsi sulla medesima questione, pur laddove poi dichiararsi che la stessa non può essere accolta, proprio perché già... *rigettata*. Altro è però la “manifesta infondatezza” ed altra cosa la “inammissibilità” (o “manifesta inammissibilità”), la quale ultima soltanto si porrebbe in linea con l’indicazione data dall’ultimo comma dell’art. 137.

Il *punctum crucis* della questione ora nuovamente trattata sta però nel fatto che il modo migliore per garantire la certezza del diritto costituzionale parrebbe essere, a stare al disposto dell’art. 137, quello di far della Corte l’organo di chiusura del sistema, l’organo cioè che enuncia “verità” indiscutibili (al piano degli effetti giuridici) di diritto costituzionale.

Che la Corte sia stata pensata ed istituita allo specifico scopo di risolvere – come dice l’art. 134 cost. – “controversie” di diritto costituzionale (e, dunque, di dare certezza) non è da revocare in dubbio. Due avvertenze, tuttavia, subito si impongono prima di precisare meglio qual è il ruolo che la Corte può (e deve) svolgere a presidio, a un tempo, della integrità della Costituzione e della certezza del diritto costituzionale (che, poi, se ci si pensa, sono due modi diversi per dire la stessa cosa, ovverosia due profili diversi dell’unico volto costituzionale).

La prima è che, nel momento stesso in cui un organo (qui, la Corte) è visto come punto di chiusura dell’ordinamento, il rischio micidiale che si corre è quello di fare dell’organo stesso una sorta di anomalo, mostruoso *potere costituente permanente*, una volta che le sue decisioni siano le sole ad essere, per sistema, sottratte al controllo di qualsivoglia altro organo e, persino, a quello del loro stesso autore⁶.

V’è un solo modo – a me sembra – per parare (o, meglio, *tentare* di parare) fin dove possibile, alle condizioni oggettive di contesto, questo rischio; ed è quello di non far luogo ad una raffigurazione piramidale del sistema, con un vertice composto da una sola sede istituzionale, *quale che essa sia* (per la tesi ora fatta nuovamente oggetto di critico ripensamento, la Corte costituzionale). L’immagine più fedele sembra piuttosto essere quella della rete, composta da Corti *tutte* su posizioni di parità – specchio, a sua volta, di una pari condizione delle Carte di cui le Corti stesse sono istituzionalmente garanti –, sollecitate pertanto a darsi mutuo sostegno ed a influenzarsi a vicenda, nel momento stesso in cui ciascuna di esse offre, per la propria parte, tutela – la massima consentita in ragione dei casi – ai diritti e, in genere, ai beni della vita costituzionalmente protetti.

Si tratta, in altri termini, di ammettere in premessa che le pronunzie del giudice delle leggi possano soggiacere a revisione, magari ad opera dello stesso giudice e per effetto di sopravveniente pronunzia di questa o quella Corte europea⁷. Il che vale come dire che lo stesso art. 137 può partecipare ad operazioni di bilanciamento in funzione della ottimale salvaguardia dei diritti, segnatamente col principio dell’apertura dell’ordine interno al diritto internazionale e sovranazionale.

La soluzione, al piano teorico, parrebbe essere di una semplicità disarmante, mentre è estremamente complicata al momento della sua traduzione nella pratica giuridica; ed è appunto quella

⁶ Torna qui a riproporsi l’inquietante dilemma di Giovenale su chi sia il custode dei custodi, a riguardo del quale può, volendo, vedersi quanto se ne dice nel mio *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in *Riv. dir. cost.*, 2009, 125 ss., nonché in *“Itinerari” di una ricerca nel sistema delle fonti*, XIV, *Studi dell’anno 2010*, Torino 2011, 457 ss., spec. l’ult. §.

⁷ Per l’ipotesi ricostruttiva ora ragionata, è poi da discutere se l’effetto stesso resti invariante per le due Corti ovvero se si configuri in termini diversi per ciascuna di esse.

La questione richiederebbe lunghi ed articolati ragionamenti dei quali, una volta di più, è altra la sede; e basti solo tenere a mente che, mentre le decisioni della Corte dell’Unione si considerano produttive di vere e proprie norme giuridiche di rango “paracostituzionale”, le decisioni della Corte di Strasburgo non hanno (o non *avrebbero*...) la medesima natura ed efficacia. Di dubbia lettura è al riguardo la recente pronunzia della Consulta sulla procreazione eterologa ([ord. n. 150 del 2012](#)) che farebbe invero pensare che, dietro la restituzione degli atti alle autorità remittenti motivata con la sopravvenienza della decisione della Grande Camera su *S.H. ed altri c. Austria*, possa intravedersi l’implicita assimilazione della decisione stessa allo *ius superveniens*, quanto meno al piano degli effetti (se non pure a quello della natura giuridica).

di fissare ogni volta il più in alto possibile il punto di sintesi assiologica, ricercando dunque la tutela più adeguata, in ragione delle esigenze complessive del caso, agli interessi in campo⁸.

Si passa qui alla seconda avvertenza, che è nel senso di non perdere mai di vista che la certezza del diritto ha un senso, non meramente nominale o di facciata ma concreto, alla sola condizione che si converta e interamente risolva in *certezza dei diritti costituzionali*⁹. Solo in tal modo si coglie ed apprezza l'essenza stessa della Costituzione che, secondo la magistrale e tuttora insuperata sua definizione, di cui all'art. 16 della Dichiarazione del 1789, si ha unicamente laddove si dia il riconoscimento (e, perciò, la tutela effettiva) dei diritti fondamentali.

La certezza del diritto in senso oggettivo, insomma, è funzione della certezza (e cioè dell'effettività) dei diritti soggettivi; e, solo perciò laddove riesca a tradursi in questa ed in essa per intero esaurirsi, acquista pratico senso e può dunque vantare tutela¹⁰.

3. La coerenza in funzione della certezza e le sue plurime espressioni, gli usi dei precedenti fatti nel corso delle esperienze della giustizia costituzionale, le tecniche decisorie adoperate per somministrare giustizia (con specifico riguardo ai giudizi secondo ragionevolezza)

Tutto ciò posto, non si discute che la Corte costituzionale, proprio a motivo del posto che detiene nel sistema e del ruolo che è chiamata a svolgere, debba offrire le massime prestazioni possibili al servizio della certezza del diritto.

Si tratta dunque di chiedersi come ciò possa e debba aversi.

La certezza ha molti volti e, perciò, molte espressioni; particolare significato è da assegnare al modo con cui essa si rende visibile e si apprezza attraverso la coerenza, una coerenza che non è solo interna alla singola pronunzia, *sincronica*, per cui fissate certe premesse del discorso ne vanno dati i lineari e conseguenti svolgimenti, ma che è anche (e, forse, soprattutto) *diacronica*, ciascuna pronunzia dovendosi legare alle precedenti, sì da comporre un "indirizzo" dotato di una sua propria complessiva connotazione, e, allo stesso tempo, preparare le successive, rendendo pertanto – *fin dove possibile* – prevedibili le future decisioni. *Fin dove possibile*, dal momento che è solo al mutare del contesto o – come a me piace dire – della *situazione normativa*, quale insieme di materiali normativi e fattuali che fa la singola "questione", che può giustificarsi (e, alle volte, imporsi) il mutamento di giurisprudenza. Qualora invece quest'ultimo dovesse aversi ferme le condizioni oggettive di partenza, esso apparirebbe quale espressione di un potere autoritario ripugnante alla natura giurisdizionale (sia pure in un'accezione peculiare, comunque diversa da quella propria dei giudici comuni¹¹) dell'organo

⁸ Al criterio della tutela più "intensa" offerta ai diritti ha più volte fatto riferimento la giurisprudenza costituzionale, con specifico riguardo ai modi con cui possono comporsi i rapporti tra CEDU e diritto interno (v., part., [sent. n. 317 del 2009](#)).

⁹ Maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio *Il giudicato all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011 ... ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, Intervento alla Tavola rotonda su *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano*, in [www.rivistaaic.it](#), 2/2011 e in *Legisl. pen.*, 2/2011, 481 ss.

¹⁰ Assai istruttiva al riguardo la recente vicenda che ha portato alla dichiarazione (con [sent. n. 113 del 2011](#), appena richiamata) della incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p. per la parte in cui non era in esso prevista la revisione del processo penale conseguente a pronunzia della Corte EDU che nel processo stesso abbia riscontrato una violazione della Convenzione. Senza, ovviamente, perdere di vista la peculiarità del caso e tenendo pertanto conto della necessità di pervenire a varie soluzioni con riguardo alla questione del superamento del giudicato interno contrario a CEDU, in ragione della varietà dei tipi di giudicato di volta in volta riguardati dalla pronunzia della Corte europea, non è senza significato che sia qui stata ammessa dal giudice delle leggi l'eventualità della revisione del processo, ancorché ormai definito con sentenza non riformabile, per sua natura servente la certezza del diritto, in nome del bisogno di dare adeguata tutela ai diritti, alla loro certezza appunto. Una coraggiosa indicazione, questa data dalla Corte, che non casualmente ha fatto specifico riferimento ai rapporti tra diritto interno e CEDU ma che, a mia opinione, possiede una più larga valenza al piano della teoria costituzionale.

¹¹ Un confronto tra le esperienze dei giudizi comuni e quelle proprie della giustizia costituzionale volto a verificare se ed in che misura possano trapiantarsi a questa schemi d'inquadramento messi a punto per quelli è in AA.VV., *I principi*

decidente: un potere in cui l'autorità si manifesta al massimo livello proprio grazie alla copertura di cui esso gode dall'ultimo comma dell'art. 137 cost.

Di qui il rilievo di prima grandezza giocato dalle tecniche con le quali la Corte dà forma alle proprie decisioni, il cui significato si fa viepiù complesso man mano che ne cresce col tempo il numero e se ne riscontra la varietà delle applicazioni ai casi.

Volendo semplificare al massimo, è da dire che nelle esperienze della giustizia costituzionale, più ancora che in quelle della giustizia comune, l'accumulo della giurisprudenza assume una duplice valenza: per un verso, è fattore di stabilizzazione della giurisprudenza stessa, chiamata costantemente a dover fare i conti con se stessa, coi propri precedenti; per un altro, però dà modo alla Corte di liberarsi dei precedenti stessi, specie appunto di quelli "scomodi", a mezzo di un uso accorto ed incisivo allo stesso tempo di quella tecnica del *distinguishing*, alla quale si è dietro fatto cenno¹².

Ora, il fatto stesso della uniforme ripetizione nel tempo di una stessa tecnica, applicata in modo coerente ai medesimi casi, dà, senza dubbio, certezza¹³. E però – come si è dietro veduto – la *certezza del diritto in senso oggettivo* ha da convertirsi, nella misura massima consentita dalle circostanze, in *certezza dei diritti soggettivi*. Se ne ha che la riproposizione di pronunzie e, ancora di più, di "indirizzi" inadeguati a realizzare siffatta conversione, anziché esser fattore di certezza (nella sua più densa e genuina accezione), riproduce e perpetua un'iniziale incertezza in senso assiologico-sostanziale o, diciamo pure (e più semplicemente), *in senso costituzionale*.

L'ideale – com'è chiaro – è che si abbia, costantemente e al massimo grado, *certezza in senso oggettivo*, quale direttamente e linearmente discendente dalla fedeltà ai precedenti e dall'uso uniforme ("consuetudinario", appunto) delle tecniche decisorie, e *certezza in senso soggettivo*, quale massima tutela possibile, alle condizioni di contesto, ai diritti e, in genere, ai beni della vita costituzionalmente protetti. Ove però ciò non si dimostri possibile, è il secondo corno dell'alternativa ad attrarre a sé la soluzione giusta, quella appunto conforme all'essenza della Costituzione quale sistema di diritti fondamentali riconosciuti e, di conseguenza, garantiti.

Il mutamento d'indirizzo, dunque, si giustifica (ed anzi s'impone) allo scopo di correggere un precedente indirizzo non orientato in modo fermo verso la Carta e i suoi valori e, perciò, di gettare le basi per la edificazione di un nuovo indirizzo connotato da siffatto orientamento, precostituendosi le condizioni perché nel prossimo futuro possano convergere e tendenzialmente coincidere, immedesimandosi l'una nell'altra, la *certezza in senso oggettivo* e la *certezza in senso soggettivo*.

Fa bene la Corte a presentare i mutamenti d'indirizzo nel segno della sostanziale continuità: la forza delle tecniche decisorie di cui la stessa Corte s'è col tempo dotata sta proprio nella loro attitudine a comporsi in vere e proprie *consuetudini culturali* che, per il solo fatto di ripetersi con costanza (o, meglio, con *tendenziale* costanza) di caratteri, acquistano una *vis* persuasiva innegabile, alle volte per vero formidabile. Talora, però, il giudice è costretto a riconoscere che sta rinnegando se stesso, che ha dapprima "sbagliato" insomma. I ribaltamenti di giurisprudenza, laddove si rendano palesi al piano del merito delle soluzioni, vengono per norma "metabolizzati" senza soverchie difficoltà da parte del

generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale, a cura di E. Bindi-M. Perini-A. Pisaneschi, Torino 2008.

¹² Soccorre al riguardo l'uso sapiente della tecnica dell'autocitazione da parte della Corte, a riguardo della quale, per tutti, A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano 1996, spec. 160 ss.

¹³ Sul cruciale rilievo che è da assegnare al bisogno che sia costantemente preservata l'uniforme applicazione delle tecniche decisorie, con specifico riguardo a quelle di natura processuale, ha da tempo (e con dovizia di argomenti) insistito la migliore dottrina (per tutti, R. ROMBOLI, in molti scritti, tra i quali, *Diritti fondamentali, tecniche di giudizio e valore delle disposizioni processuali*, in AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, a cura dello stesso R., Torino 1994, 151 ss.; *Significati e valore delle disposizioni regolanti il processo davanti alla Corte costituzionale nei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, in *Quad.* dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, 2/2002, 41 ss.; *Il diritto processuale costituzionale dopo la "svolta" degli anni 1987-1989*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, cit., 317 ss. Altre indicazioni in A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Soveria Mannelli 2008, 5 ss.).

Una significativa innovazione ad un canone riguardante il processo in via principale si è ora avuta con [sent. n. 142 del 2012](#).

corpo sociale, così come dell'apparato governante, al di là di talune scomposte reazioni da parte di quest'ultimo che si sono occasionalmente avute e che tuttavia hanno sempre avuto (ed hanno) breve durata. Più duri da digerire, invece, i ribaltamenti al piano delle tecniche, tant'è che essi sono comprensibilmente assai più infrequenti dei primi¹⁴.

Si hanno poi molti casi in cui non si è in presenza di un vero e proprio passaggio da una tecnica all'altra bensì della congiunta, sofferta convivenza di due tecniche reciprocamente alternative, messe in campo a seconda delle circostanze, senza che risulti poi sempre del tutto chiara la ragione che porta a preferire ora l'una ora l'altra.

Si pensi, ad es., all'uso in concreto fatto della tecnica dell'interpretazione conforme (a Costituzione, diritto internazionale, diritto sovranazionale) e del "diritto vivente", quale limite al potere di reinterpretazione dei testi di legge. Alle volte, la Corte dichiara di doversi arrestare davanti a quest'ultimo, preservando in tal modo l'equilibrio che essa stessa ha inteso definire nei suoi rapporti col giudiziario; altre volte, invece, pur convenendo a riguardo della esistenza di un "diritto vivente" incostituzionale, anziché dichiararlo tale, la Corte vi contrappone una sua proposta d'interpretazione conforme, con l'auspicio non taciuto che essa sia quindi raccolta dai giudici e si converta in una vera e propria consuetudine interpretativa, radicandosi ed affermandosi così in modo diffuso nella pratica giuridica.

Sono tutte queste (unitamente ad altre) delle tecniche interpretative che danno conferma del carattere misto – come suol dirsi – del nostro sistema di giustizia costituzionale, in perenne oscillazione tra il polo dell'"accentramento" e quello della "diffusione", con un *mix* di ingredienti interni che, a seconda delle congiunture e appunto delle tecniche di volta in volta adoperate, porta a far attrarre le singole esperienze ora più verso l'uno ed ora verso l'altro corno dell'alternativa, senza nondimeno che essi mai possano dirsi in tutto e definitivamente raggiunti.

Le tecniche – com'è chiaro – non sono mai "neutre" bensì funzionali agli interessi in gioco, al modo della loro composizione giudicata più conveniente a seconda dei casi.

L'espressione maggiormente lampante di questo stato di cose si ha, forse, nei giudizi secondo ragionevolezza, per il modo con cui per il tramite di quest'ultima si fa luogo ad un bilanciamento degli interessi stessi aperto ad imprevedibili esiti.

Il punto in cui al massimo grado si coglie, a seconda dei casi, ora la certezza ora l'incertezza del diritto costituzionale (e dei diritti costituzionali) è proprio quello segnato dalla ragionevolezza.

La ragionevolezza, per una sua felice definizione¹⁵, è "principio architettonico del sistema". Tutto si fa e senza sosta rinnova per il tramite di essa e nulla si sottrae alla sua opera qualificatoria. Così è pure per i "bilanciamenti": tutti bilanciano, infaticabilmente ed a tutto campo, dal legislatore ai giudici, agli amministratori, ai privati. Non v'è scelta o azione che non possa dirsi l'esito di un bilanciamento, pur laddove quest'ultimo, distaccandosi dal suo significato letterale che evoca l'idea della paritaria composizione degli interessi in gioco, porti al pur momentaneo, integrale sacrificio di uno o più di essi al cospetto di altri giudicati meritevoli di prioritaria considerazione.

Ora, la ragionevolezza, in una delle sue molte forme espressive, è, a un tempo, coerenza della norma rispetto al "fatto" e rispetto ai valori. Una volta che di siffatta coerenza si abbia effettivo riscontro in una data esperienza di giustizia costituzionale, conseguendosi un equilibrio complessivamente appagante tra gli interessi costituzionalmente protetti e fissandosi pertanto il più in alto possibile il punto di sintesi tra i valori in campo, la certezza, nella sua duplice accezione

¹⁴ Faccio solo un esempio, peraltro assai noto al riguardo, costituito dalla svolta avutasi nell'84, con la [sent. n. 170](#), a riguardo delle tecniche di composizione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno. Il passaggio dal meccanismo del sindacato accentrato sulle questioni di "comunitarietà" a quello diffuso è accompagnato da queste parole: "La Corte è ora dell'avviso che tale ultima conclusione, e gli argomenti che la sorreggono, debbano essere riveduti. L'assetto della materia va invece lasciato fermo sotto altri profili, che non toccano il rapporto fra la regola comunitaria e quella posteriormente emanata dallo Stato" (punto 3 del *cons. in dir.*). Similmente, sempre in materia di rapporti col diritto dell'Unione, per ciò che attiene alla disponibilità, dichiarata dalla Corte nel 2008, all'uso dello strumento del rinvio pregiudiziale, per quanto circoscritto ai soli giudizi in via principale (e in relazione a questi ultimi, peraltro, più *predicato* che *praticato*...).

¹⁵ L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano 2005.

(oggettiva e soggettiva) sopra detta, può dirsi soddisfacentemente salvaguardata. Il fatto è però che non vi sono, non possono esservi, modi standardizzati per l'uso della tecnica del bilanciamento e perciò, in buona sostanza, per l'apprezzamento della ragionevolezza della soluzione in concreto adottata.

Ancora una volta, la persuasività della singola decisione non dipende dal modo con cui si fa ricorso alla *logica formale-astratta* bensì dal modo con cui si ha riscontro della *logica del caso, secondo valore* (o, meglio, *sistema di valori*, dovendosi ogni volta guardare non già al singolo diritto o interesse in campo ma al complesso dei beni costituzionalmente protetti¹⁶).

Poiché, dunque, l'uso della ragionevolezza è, a conti fatti, imprevedibile, ecco che essa, pur dimostrandosi idonea a dare *in concreto* appagamento ai diritti, dovrebbe qualificarsi come lo "strumento" della giustizia costituzionale – se così vogliamo chiamarlo – foriero delle massime incertezze.

La scelta è, dunque, di campo, di metodo e – se vogliamo – di teoria della Costituzione, dell' "uso" che riteniamo giusto debba farsi di essa nelle pratiche giuridiche in genere (per ciò che qui specificamente importa, in quelle che prendono corpo presso la Consulta). Si tratta, insomma, di scegliere tra una *concezione procedurale* ed una *sostanziale* della giustizia: se, cioè, conti di più (o, addirittura, solo) il *risultato* ovvero il *modo* per raggiungerlo, laddove non si riesca ad averli entrambi nella identica misura, appieno. Resta, nondimeno, fermo che – secondo modello – la ricerca dell' *optimum* di giustizia ottenibile nel singolo caso non può prescindere dall'uso uniforme e coerente delle tecniche decisorie quale presupposto indefettibile del mantenimento della "giurisdizionalità" della funzione, parandosi in tal modo il rischio micidiale della innaturale commutazione della Corte nel massimo dei decisori politici.

È su questo terreno e nella cornice teorica ora sommariamente descritta che – come si avvertiva all'inizio di questa riflessione – si può avere riscontro della possibilità di avviare un proficuo dialogo con cultori di discipline diverse da quelle umano-sociali, in special modo coi matematici: un dialogo che sia davvero tale, non già una somma di monologhi incapaci di scambiarsi a vicenda suggestioni ed indicazioni.

4. Il caso definito da [Corte cost. n. 310 del 2010](#), le tecniche decisorie messe in atto, le aporie di costruzione rese manifeste dal loro non in tutto lineare e complessivamente appagante utilizzo

La pronunzia che ha dato lo spunto per queste notazioni non è, come si diceva, di certo tra quelle maggiormente degne di nota. Avverto subito di esser d'accordo sul verdetto emesso dalla Corte, che è di annullamento del disposto di cui all'art. 14, I c., del decreto legislativo n. 81 del 2008, adottato in attuazione della delega di cui alla legge n. 123 del 2007 (in materia di tutela della salute e di sicurezza nei luoghi di lavoro), disposto modificato una prima volta con decreto-legge n. 112 del 2008 e quindi sostituito dal decreto legislativo n. 106 del 2009. E lo sono per la elementare ragione che l'operazione di giustizia costituzionale ha per scopo quello di salvaguardare una posizione soggettiva gravemente esposta dalla disciplina caducata, senza che peraltro il suo sacrificio si giustificasse in un interesse della collettività preminente in sede di bilanciamento. Mi lasciano invece perplesso alcuni passaggi argomentativi della decisione, che considero alquanto sbrigativi e, in qualche punto, largamente carenti. Si ha quasi l'impressione che la Corte abbia considerato – come dire? – scontato l'esito dell'accoglimento, a motivo della palese incostituzionalità della norma oggetto

¹⁶ È ancora la giurisprudenza (specie nella già cit. [sent. n. 317 del 2009](#)) a dare l'indicazione di riguardare non già al singolo diritto (come, invece, vorrebbe la Corte EDU: E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 7/2010, 955 ss., spec. 961) bensì al sistema dei diritti e, in genere, dei beni costituzionalmente protetti. Per il modo con cui si è fatto utilizzo della logica sistemica nella già cit. [sent. n. 113 del 2011](#), v., part., G. REPETTO, *Corte costituzionale e CEDU al tempo dei conflitti sistemici*, in *Giur. cost.*, 2/2011, 1548 ss.

della questione, sì da non giudicare necessario dotare la pronunzia di una estesa, adeguata motivazione.

La norma è censurata nella parte in cui sottrae i provvedimenti di sospensione dell'attività imprenditoriale all'obbligo di motivazione prescritto, come si sa, in via generale dall'art. 3 della legge n. 241 del 1990 (con le sole eccezioni dalla stessa legge tassativamente stabilite). Sottrazione che – dice la Corte – ridonda in violazione dei principi di pubblicità e di trasparenza dell'attività amministrativa, principi generali – precisa il giudice delle leggi – volti a dare attuazione ai canoni costituzionali di buon andamento ed imparzialità dell'amministrazione, nonché ad assicurare la salvaguardia del diritto di difesa nei riguardi della stessa amministrazione. Ne risulta, inoltre, pregiudicata l'esigenza di conoscibilità dell'azione amministrativa, quale è appunto soddisfatta attraverso la motivazione.

Al piano delle tecniche decisorie, la pronunzia contiene più d'una conferma di taluni usi giurisprudenziali ormai radicati, una conferma che nondimeno prende corpo attraverso talune affermazioni non sorrette – come si diceva – da congrua motivazione.

Nulla da eccepire in merito alla prima tecnica, costituita dal trasferimento del giudizio dalla norma originariamente impugnata ad altra che la riproduce, “addirittura nella stessa formulazione letterale” (punto 3, *cons. in dir.*).

Condivisibile appare altresì essere la scelta di non dar modo alla parte costituitasi in giudizio di estendere i termini della questione rispetto al modo con cui la stessa è stata posta dal giudice *a quo*, in specie evocando in campo il parametro di cui all'art. 3 cost. (punto 4, *cons. in dir.*). La Corte si appella alla propria “giurisprudenza costante” sul punto; e i matematici s'interrogano circa la possibilità di dare una definizione rigorosa del sintagma. La domanda, una volta di più, non può avere risposta ad un piano di considerazioni d'ispirazione formale-astratta, vevoli cioè per ogni caso. Con specifico riferimento alla questione ora discussa, sembra di poter concludere nel senso che l'esperienza in via generale avvalora la giurisprudenza in parola; non fanno tuttavia difetto alcuni casi in cui di siffatta estensione si è avuta traccia, anche per autonoma iniziativa del giudice costituzionale, per quanto essa sia stata alle volte, per vero, abilmente mascherata, avendo la Corte affermato di voler dare l'*esatta* interpretazione dell'ordinanza di remissione; altre volte però (ed è un pratica risalente¹⁷) si è assistito alla pura e semplice aggiunta da parte della Corte di termini originariamente non contemplati nell'atto introduttivo del giudizio.

Carente o, diciamo pure, insussistente appare, invece, essere la motivazione a riguardo delle ragioni che inducono a respingere la richiesta dell'Avvocatura dello Stato tendente ad una dichiarazione d'inammissibilità della questione, l'eccezione apparendo al giudice costituzionale “priva di un adeguato apparato argomentativo” e, pertanto, non fondata (punto 5, *cons. in dir.*). Affermazioni “secche”, quale questa, non sono – come si sa – infrequenti nella giurisprudenza; è però chiaro che la dichiarazione d'infondatezza di una domanda rivolta alla Corte priva della enunciazione dei motivi che la giustificano è essa stessa... *infondata*.

Carente, altresì, la motivazione sul punto relativo alla impossibilità di sottoporre la disposizione impugnata ad interpretazione conforme. La Corte si limita, infatti, a dichiarare essere “non implausibile” la conclusione cui è al riguardo pervenuta l'autorità remittente, che ha reso palese, “in forma implicita ma chiara, di non poter *ricercare* un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma censurata” (semmai, di non averla *trovata*, dopo averla inutilmente cercata...).

A riguardo della dichiarazione del giudice *a quo* di “non manifesta infondatezza” della questione, i matematici si chiedono se possa darsene una “definizione rigorosa”. Ancora una volta, deve però concludersi che una definizione generalmente valida non può esser data. Sia la dichiarazione che proviene dall'autorità remittente e sia pure quella di “manifesta infondatezza” non infrequentemente alla prima contrapposta dal giudice costituzionale, si presentano – come si sa – in forme assai varie e in gradi d'intensità parimenti, reciprocamente differenziati. La mia risposta sul punto è, dunque, nel senso che l'esperienza esprime una sua naturale refrattarietà a farsi ingabbiare dentro schemi troppo

¹⁷ V., ad es., [sent. n. 120 del 1967](#), laddove la questione sollevata in relazione all'art. 3 è stata dalla Corte riconsiderata “in connessione con l'art. 2 e con l'art. 10, II c., della Costituzione”.

rigidi e stringenti, per quanto – qui come altrove – si farebbe forse maggiormente apprezzare lo sforzo che ci si attende possa essere prodotto sia “al basso”, da parte dei giudici comuni, che “all’alto”, presso la Consulta, di mettere ordine in una materia che sembra debordare ad ogni regola. Tutt’al più, parrebbe possibile solo andare alla ricerca delle più marcate linee di tendenza, espressive di vere e proprie *consuetudini culturali* nella maggior parte dei casi rispettate.

Due difficoltà tuttavia si danno a questo riguardo.

La prima, di fondo, è tipica di ogni forma di consuetudine, *culturale o normativa* che sia.

Soggiacendo anche le consuetudini alla regola della loro verifica a mezzo del criterio della media osservanza, si tratta infatti di stabilire come tenere distinto il caso che la consuetudine vi sia, ancorché risulti essere occasionalmente trasgredita, da quello in cui non vi sia o non vi sia ancora, a motivo del difetto dell’*usus*. Quando la consuetudine si articola ed esprime in forme assai varie, la soluzione della questione appare essere estremamente disagiata ed impegnativa, ed insicuro è pertanto l’esito ricostruttivo in concreto raggiunto.

La seconda difficoltà sta poi nel fatto che, mentre le risposte della Corte si conoscono tutte (e, dunque, è possibile, sia pure con non poca fatica, tentare di far luogo alla loro sistemazione in un quadro di larga massima), di contro le risposte dei giudici comuni costituiscono ad oggi un sommerso praticamente inesplorato. Di tali giudici, infatti, si conoscono solo i casi che sono portati alla cognizione della Corte, non pure (se non assai di rado) quelli in cui l’istanza della parte volta ad avviare un nuovo giudizio di costituzionalità è seccamente respinta (appunto, a motivo della sua “manifesta infondatezza”). Si fa pertanto attendere un monitoraggio adeguato, che grazie agli strumenti informatici di cui ormai si dispone non dovrebbe essere particolarmente disagiata porre in essere, allo scopo di fare finalmente al riguardo chiarezza.

Quanto poi al verdetto della Corte, non si dimentichi quanto si è dietro rilevato in merito all’uso raffinato della tecnica dell’autocitazione da parte della stessa Corte, grazie al quale quest’ultima ha modo, volendo, di sottrarsi all’onere di dilungarsi in troppi e troppo articolati ragionamenti, liquidando in poche battute il caso (ad es., in considerazione della “manifesta infondatezza” della questione). Altre volte, invece, i ragionamenti si fanno allo scopo di mettere in evidenza che la questione stessa è, in realtà, nuova, come tale non “coperta” da un precedente imbarazzante¹⁸.

Nel merito, non argomentata – come fanno giustamente notare i matematici – appare poi essere l’asserzione fatta dal giudice costituzionale secondo cui la salvaguardia della salute e della sicurezza dei lavoratori, unitamente al contrasto del fenomeno del lavoro sommerso ed irregolare, “non è in alcun modo compromessa dall’esigenza che l’amministrazione procedente dia conto, con apposita motivazione, dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che ne hanno determinato la decisione, con riferimento alle risultanze dell’istruttoria” (punto 6.2, *cons. in dir.*).

Il punto di centrale rilievo è, ad ogni buon conto, quello relativo al rapporto tra l’obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi e i principi di buon andamento e d’imparzialità dell’amministrazione, elusi dal mancato adempimento del primo. È singolare la circostanza per cui, a riguardo di esso, il giudice delle leggi non prenda in alcuna considerazione l’affermazione dell’autorità remittente (punto 2 del *ritenuto in fatto*), ripresa peraltro anche dalla parte privata (punto 3 del *ritenuto in fatto*), secondo cui l’obbligo in parola enterebbe a comporre il “patrimonio costituzionale comune” dei Paesi membri dell’Unione europea, risultando addirittura esteso – come si sa – agli stessi atti normativi¹⁹.

Siffatta omissione potrebbe, invero, rinvenire giustificazione nella mancata denuncia degli artt. 11 e 117, I c., cost., per quanto sia cosa nota che la stessa Corte abbia non di rado fatto anche *motu proprio* richiamo a norme di origine esterna (e, segnatamente, dell’Unione europea, della CEDU e di altre Carte ancora), sia pure unicamente a rinforzo degli argomenti già adottati a dimostrazione della violazione di precetti costituzionali. Qui, poi, il riferimento al diritto sovranazionale era – come si

¹⁸ Mi rifaccio, ora, ai rilievi dietro svolti a riguardo dell’uso della tecnica del *distinguishing*.

¹⁹ Su *Il patrimonio costituzionale europeo* richiamo qui solo, con questo titolo, la nota opera di A. PIZZORUSSO (Bologna 2002).

diceva – espresso nell’ordinanza di rimessione e, dunque, non si vede francamente la ragione del fatto che se ne sia persa ogni traccia nel *considerato in diritto*.

La dimenticanza appare tanto più priva di ragione se si considera che, a differenza del trattato sull’Unione che fa esplicita menzione dell’obbligo di motivazione, la Carta costituzionale siffatta menzione non fa, pur desumendosene la esistenza dal “sistema” di cui agli artt. 97, 24 e 113. Eppure, proprio il richiamo alla giurisprudenza europea in fatto di motivazione degli atti dell’Unione avrebbe potuto offrire spunti di non secondario rilievo al giudice delle leggi ad ulteriore sostegno della tesi preferita.

5. Una succinta notazione finale (ancora a riguardo del ruolo giocato dal “dialogo” tra le Corti a sostegno della parte motiva delle decisioni dalle stesse adottate)

Si tocca qui con mano quanto si è poc’anzi detto a riguardo del significato posseduto dal dialogo intergiurisprudenziale quale “luogo” e strumento per la salvaguardia dei diritti fondamentali (e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti). Alle volte, il dialogo stesso – come si è fatto notare da alcuni scettici ad oltranza circa la possibilità che esso si instauri e svolga in modo proficuo²⁰ – rischia invero di tradursi in una somma di “monologhi”²¹.

Ora, il “distinguo” della Corte nazionale rispetto a quelle europee si capisce quando v’è appunto l’interesse alla reciproca differenziazione; quando però, come nel caso odierno, non si ha alcun conflitto ma un allineamento di posizioni, francamente si fatica a comprendere la ragione per la quale il giudice costituzionale abbia rinunciato ad avvalersi dell’argomento offertogli dall’autorità remittente, appoggiandosi dunque al convergente punto di vista della Corte dell’Unione, per quanto da questa riferito, com’è ovvio, ai soli atti dell’Unione stessa, non pure degli Stati. Tanto più inspiegabile siffatto atteggiamento se si considera che – come si diceva – nel trattato v’è una prescrizione espressa dell’obbligo di motivazione che fa invece difetto nella Carta costituzionale.

Risulta pertanto avvalorato un esito di cui si hanno molte testimonianze nelle esperienze della giustizia costituzionale, vale a dire che alle volte una causa giusta riceve un cattivo patrocinio o, comunque, è difesa in un modo non del tutto appropriato. Il carattere assai sbrigativo della parte motiva della decisione qui succintamente annotata, con le carenze dalla stessa esibite e i suoi approssimativi e non in tutto lineari svolgimenti, torna a riproporre in modo prepotente la questione di ordine generale inizialmente trattata, in relazione cioè a come debba essere considerata una decisione dotata di motivazione insufficiente.

²⁰ Sul punto, le precisazioni di G.F. FERRARI, *Rapporti tra giudici costituzionali d’Europa e Corti europee: dialogo o duplice monologo?*, in AA.VV., *Corti nazionali e Corti europee*, a cura dello stesso F., Napoli 2006, spec. VII ss., nonché di G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna 2010 e S. TROILO, *(Non) di solo dialogo tra i giudici vivranno i diritti? Considerazioni (controcorrente?) sui rapporti tra le Corti costituzionali e le Corti europee nel presente sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali*, in www.forumcostituzionale.it.

²¹ Se n’è avuta, ancora di recente, testimonianza a riguardo della vicenda delle leggi d’interpretazione autentica, dove al tendenziale sfavore verso la loro adozione manifestato dalla Corte EDU ha fatto da contrappunto il parimenti tendenziale (ma opposto) orientamento del nostro giudice delle leggi, volto ad offrire loro benevola copertura, anche (e, forse, soprattutto) in considerazione del costo per l’erario pubblico che se ne sarebbe avuto a far propria l’opzione contraria al loro mantenimento (e però, allo stesso tempo, col costo di un sostanziale snaturamento, perlomeno in alcuni casi, dei connotati stessi dell’interpretazione, ancorché ad opera di un atto legislativo). Sulla vicenda in parola, tra i molti commenti, M. MASSA, Agrati: *Corte europea vs. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività*, e il mio, *Ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive d’interpretazione autentica, e domani? (a margine di Corte EDU 7 giugno 2011, Agrati ed altri c. Italia)*, entrambi in www.forumcostituzionale.it, e in *Quad. cost.*, 3/2011, rispettivamente, 706 ss. e 709 ss.; V. DE MICHELE, *Le vicende del personale Ata trasferito allo Stato dopo le giurisdizioni superiori tornano al vero giudice: quello comune “europeo” che decide nel merito*, in www.europeanrights.eu, 14 marzo 2012; R. CAPONI, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, in corso di stampa in *Giur. cost.* e, nella stessa *Rivista*, ancora M. MASSA, *Difficoltà di dialogo. Ancora sulle divergenze tra Corte costituzionale e Corte europea in tema di leggi interpretative*.

Al di là dei profili di stretto diritto che ricadono sotto l'ombrello protettivo dell'ultimo comma dell'art. 137, rimane sul tappeto la questione cruciale della legittimazione della Corte. Una questione che si apre, lungo l'asse che collega la nostra Corte alle altre, ad esiti a doppio verso di marcia, potendo le pronunzie dell'una Corte e l'intero indirizzo dalle stesse formato avere ora conferma ed ora invece smentita dal confronto con le pronunzie e gli indirizzi delle Corti restanti. È interesse di tutte tentare di convergere a vicenda, senza per ciò abdicare né alla loro peculiare natura ed istituzionale missione né alle specificità del contesto e dell'ordinamento di appartenenza, perché alla lunga la differenziazione o, diciamo pure, il conflitto si rivelerebbe perdente per ciascuna Corte. È questa, dunque, la via che esse sono chiamate a battere per rendere ancora più salde le proprie decisioni e concorrere all'ulteriore avanzata del processo d'integrazione sovranazionale, ciascuna Carta e ciascuna Corte costituzionale (*in senso materiale*, comprensivo dunque delle Carte dei diritti e delle Corti che ne sono garanti²²) richiedendo di appoggiarsi alle altre e di trarre da esse la linfa vitale per la propria incessante alimentazione e rigenerazione: sempre e soltanto al servizio di taluni bisogni elementari dell'uomo che, nel presente contesto segnato da una crescente interdipendenza degli ordinamenti, solo dallo sforzo congiunto prodotto a plurimi livelli istituzionali possono essere convenientemente e, sia pure alle difficili condizioni oggettive date, sufficientemente appagati.

²² Della tendenza delle Corti europee a conformarsi in modo crescente quali Corti costituzionali, senza con ciò abdicare alla propria originaria, peculiare connotazione, ha trattato con numerose ed approfondite analisi spec. O. POLLICINO, del quale v., di recente, *Unione europea e CEDU: analisi comparata della genesi e dei primi sviluppi della rispettiva azione, con particolare riferimento alla tutela dei diritti fondamentali*, in www.forumcostituzionale.it. V., inoltre, O. POLLICINO-V. SCJARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti-V. Piccone, Roma 2010, 125 ss.

Antonio Ruggeri

Crisi economica e crisi della Costituzione*

SOMMARIO: 1. Lo scarto tra bisogni e risorse, i limiti palesati dagli Stati e dalle organizzazioni di cui essi fanno parte (per ciò che qui specificamente importa, l'Unione europea) nel far fronte alla crisi economica, i quattro piani sui quali si disporrà la riflessione che si passa ora a svolgere. – 2. I segni lasciati dalla crisi sugli equilibri interni alla forma di governo ed al sistema delle fonti, la sempre più vistosa lacerazione della rappresentanza politica e la conseguente accelerazione del processo in corso di “giurisdizionalizzazione” dei conflitti politici e delle domande sociali. – 3. I riflessi della crisi al piano della forma di Stato, tanto sul fronte dei rapporti tra comunità governata ed apparato governante quanto su quello della distribuzione del potere tra apparato centrale ed autonomie territoriali (in specie, i bilanciamenti non... *paritari* tra norme sostantive, espressive di diritti fondamentali, e norme sulla normazione ed organizzative in genere). – 4. Le novità al piano dei rapporti interordinamentali (in particolare, l'accentuarsi dello stato di grave sofferenza in cui versa la sovranità dello Stato e i complessi rapporti tra politica ed economia per un verso, diritto ed etica per un altro). – 5. La cruciale, inquietante questione se, in tempi di crisi, si danno le condizioni perché si preservi, almeno in parte, la “normatività” della Costituzione e il rischio del suo sostanziale impoverimento e persino del suo smarrimento. – 6. Il bisogno di riforme strutturali, tanto al piano nazionale quanto (e più ancora) a quello sovranazionale, e di un complessivo rifacimento del tessuto costituzionale, così come del tessuto politico e sociale, che risulti fermamente orientato al conseguimento dei due obiettivi che, prima di ogni altro, vanno una buona volta e con decisione presi di mira: la *moralizzazione della vita politica* e l'*equa distribuzione della ricchezza*, senza peraltro trascurare il bisogno di *dare una speranza di vita dignitosa alle generazioni future*.

1. *Lo scarto tra bisogni e risorse, i limiti palesati dagli Stati e dalle organizzazioni di cui essi fanno parte (per ciò che qui specificamente importa, l'Unione europea) nel far fronte alla crisi economica, i quattro piani sui quali si disporrà la riflessione che si passa ora a svolgere*

Se v'è un dato su cui v'è concordia di vedute, al di là della diversità dei punti di vista manifestati in merito a cause ed effetti della gravissima crisi economico-finanziaria in atto¹, questo è quello per cui essa ha messo in drammatica evidenza lo scarto esistente tra bisogni e risorse, uno scarto che ha risalenti e ramificate radici ma che oggi appare con tratti sconosciuti rispetto al passato e dagli imprevedibili ulteriori sviluppi nel futuro, anche prossimo.

Parimenti non controverso è che gli Stati e le organizzazioni di cui essi appartengono (sopra tutte, per ciò che specificamente riguarda alcuni Paesi del Vecchio Continente, l'Unione europea) hanno dimostrato limiti altrettanto evidenti nel far fronte alla crisi, lacerati da conflitti interni solo in parte abilmente mascherati e problematicamente superabili, nonché da una complessiva incapacità di progettazione anche a breve termine, di cui hanno dato (e seguitano giornalmente a dare) visibile ed inquietante testimonianza. Una incapacità che, per vero, può invocare a sua attenuante la circostanza per cui si tratta qui di ripensare *ab ovo* le strutture stesse del vivere civile e, di conseguenza, delle istituzioni di cui si compone l'organizzazione dei pubblici poteri, specie di quelli governanti. Un ripensamento che, poi, finisce con l'investire le stesse categorie di base del diritto costituzionale, prima su tutte quella di sovranità e – come tenterò di mostrare – persino quella di Costituzione.

* Relazione conclusiva per l'Italia delle V Giornate italo-ispano-brasiliane di diritto costituzionale su *La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale*, Lecce 14-15 settembre 2012, alla cui data lo scritto è aggiornato. Farà parte degli *Studi in onore di A. D'Atena*.

¹ Fanno il punto sulle ragioni della crisi, G. GUARINO, *L'Europa imperfetta. UE: problemi, analisi, prospettive*, in www.costituzionalismo.it, 3/2011, e G. PITRUZZELLA, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, in *Quad. cost.*, 1/2012, 9 ss. Sull'ambiguità del termine “crisi”, v., ora, le precisazioni fatte da C. PINELLI, nella sua relazione alle nostre Giornate, durante i lavori della prima sessione dedicata a *La dimensione internazionale della crisi finanziaria e i suoi riflessi sulle istituzioni di cooperazione sovranazionale e sui rapporti tra queste e gli ordinamenti nazionali*, § 1 del *paper*, nonché le notazioni svolte da I. CIOLLI, nel suo intervento dal titolo *Crisi economica e pareggio di bilancio*. I contributi alle nostre Giornate possono vedersi in www.gruppodipisa.it.

Articolerò questa mia succinta riflessione su quattro piani, avuto riguardo ai riflessi della crisi sulla *forma di governo*, la *forma di Stato*, i *rapporti interordinamentali* e, infine, la *teoria della Costituzione*. Su ciascuno di essi a me sembra che la crisi proietti la sua lunga ombra, specie – per ciò che qui più mi preme mettere in evidenza – sull’ultimo, fatta attenzione cioè al modo con cui quest’ultima oggi è (o, meglio, ai miei occhi appare) e quale potrebbe essere per il caso che la crisi dovesse perdurare o, peggio, inasprirsi.

2. I segni lasciati dalla crisi sugli equilibri interni alla forma di governo ed al sistema delle fonti, la sempre più vistosa lacerazione della rappresentanza politica e la conseguente accelerazione del processo in corso di “giurisdizionalizzazione” dei conflitti politici e delle domande sociali

Quanto al primo piano, è fuor di dubbio che la crisi segni a fondo gli svolgimenti della forma di governo, nelle loro più salienti movenze.

Qui, il dato che con particolare insistenza viene diffusamente segnalato è quello dello squilibrio, anche in occasione del nostro incontro da più d’uno rilevato, nei rapporti tra gli organi della direzione politica, a tutto svantaggio delle assemblee rappresentative. La qual cosa, tuttavia, se ci si pensa, non è né nuova né è, forse, la più appariscente². Così, si è, ad es., fatto notare³ che la nuova disciplina costituzionale che prescrive il pareggio del bilancio, su cui ci si soffermerà anche più avanti, spingerebbe, per la sua parte, a rafforzare sensibilmente la “posizione del Governo a danno della centralità del Parlamento”⁴.

Se ne ha, poi, l’immediata, naturale proiezione al piano delle fonti; e basti solo considerare quale uso s’è fatto (e si fa) del decreto-legge al fine di introdurre le misure richieste per far fronte alla crisi⁵.

Ora, la normazione per decreti non è – come si sa – cosa nuova; qui però, nel peculiare contesto in cui s’inscrive, assume una connotazione peculiare, restando asservite le assemblee parlamentari, in buona sostanza, alla presa d’atto dei provvedimenti varati dal Governo, provvisti di una formidabile “copertura” proprio dalla congiuntura che ne giustifica l’adozione e che limita fortemente, fino in qualche caso ad azzerare del tutto, il potere delle Camere in sede di conversione.

La questione è tuttavia di fondo; e il vero è che, per un verso, la difficilissima situazione economica in atto ha esasperato una lacerazione interna alla rappresentanza politica che ha cause risalenti ed

² Come si sa, il rafforzamento dell’Esecutivo veniva già segnalato parecchi lustri addietro (ad es., da noi, in un noto saggio di E. CHELI apparso nella *Riv. trim. dir. pubbl.* del ’59, dal titolo *L’ampliamento dei poteri normativi dell’esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*). Di recente, tra i molti altri, i contributi di più autori che sono sotto il titolo *Governare le democrazie. Esecutivi, leader e sfide*, in *Il Filangieri*, Quad. 2010, Jovene, Napoli 2011.

³ Ancora da ultimo, da A. BRANCASI, nella sua relazione alla terza sessione delle nostre Giornate, dedicata a *La nuova regola costituzionale del pareggio di bilancio. Effetti sui rapporti Parlamento-Governo e sugli indirizzi delle politiche sociali*, 7 del *paper*, da cui è tratto il passo fedelmente trascritto nel testo; rilievi (e riferimenti di lett.) sul punto anche nello scritto, sopra cit., di I. CIOLLI. Un accurato studio riguardante la ricaduta della crisi sul nostro Parlamento si deve a G. RIVOCCHI, *Il Parlamento di fronte alla crisi economico-finanziaria*, in www.rivistaaic.it, 3/2012.

⁴ Il quadro è, in realtà, assai più articolato e sfumato; e basti solo pensare al diverso peso che è da riconoscere ai Parlamenti dei Paesi che non versano in gravi difficoltà economiche (per tutti, la Germania) rispetto ai Paesi (e, tra questi, il nostro) che invece tali difficoltà presentano in forme vistose e che pertanto risultano sostanzialmente emarginati dalla gestione politica della crisi (su ciò, i rilievi di P. CARETTI, nella sua *Introduzione generale* ai lavori della prima sessione delle nostre Giornate).

⁵ Di un ritorno prepotente sulla scena del decreto-legge quale fonte centrale della normazione ha discusso G. PITRUZZELLA nella sua *Introduzione generale* ai lavori della seconda sessione delle nostre Giornate, dedicata a *La crisi finanziaria e i suoi riflessi sugli assetti istituzionali nazionali: le Costituzioni economiche tra regole attuali e proposte di modifica*.

Trattazione a sé dovrebbe poi farsi (ma in un luogo a ciò specificamente dedicato) in merito al nuovo tipo di legge inventato al momento della iscrizione nella Carta costituzionale del principio di parità del bilancio, specie per ciò che attiene ai suoi rapporti con le leggi restanti (interessanti notazioni sul punto in N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in www.astrid-online.it, 15/2012, part. al § 4, nonché in *Il Filangieri*, Quad. 2011, Jovene, Napoli 2012).

estesamente ramificate⁶; per un altro verso, essa ha reso eloquente testimonianza di una debolezza complessiva del sistema politico e degli organi che, nel modo più immediato e diretto, se ne fanno interpreti⁷. Dal loro canto, gli stessi Governi hanno palesato incertezze ed oscillazioni non lievi, inquietanti: non a caso, si è assistito alla nascita di Governi c.d. di “unità nazionale” o similmente denominati (ad es., in Grecia, con Samaràs) ovvero di Governi c.d. “tecnici”, come da noi con Monti (una formula questa, come si sa, già più volte sperimentata ma in una congiuntura complessivamente, profondamente diversa e con connotati parimenti diversi), per la cui formazione un ruolo di prima grandezza è stato giocato – come si sa – dal Capo dello Stato, dalla crisi sovraccaricata di poteri e di responsabilità che, in condizioni di fisiologico svolgimento della vita istituzionale, non dovrebbe portare⁸.

Allo stesso tempo, la crisi ha impresso un’ulteriore accelerazione al processo di “giurisdizionalizzazione” dei conflitti politici e delle domande sociali, anch’esso in atto da tempo e che ha plurime ragioni a sua giustificazione ma che oggi si presenta con toni di singolare acutezza e gravità. A fronte delle acclamate carenze esibite dagli organi della direzione politica a far fronte ad una domanda imponente e crescente di giustizia (specie, ma non solo, in ambito economico-sociale), il ricorso alla sponda offerta dai giudici (costituzionali e non) viene diffusamente visto come l’ultimo rimedio per la soluzione di problemi non altrimenti risolvibili e l’appagamento di bisogni altrimenti condannati a restare insoddisfatti. Ed è superfluo qui rilevare, a motivo della sua notorietà, come per effetto di siffatto sovraccarico di compiti, alle volte – come suol dirsi – di vera e propria “supplenza” nei riguardi degli organi della direzione politica, possano non di rado determinarsi torsioni gravi nel ruolo dei giudici dalle plurime implicazioni a più piani di esperienza⁹.

3. I riflessi della crisi al piano della forma di Stato, tanto sul fronte dei rapporti tra comunità governata ed apparato governante quanto su quello della distribuzione del potere tra apparato centrale ed autonomie territoriali (in specie, i bilanciamenti non... paritari tra norme sostantive, espressive di diritti fondamentali, e norme sulla normazione ed organizzative in genere)

⁶ Ad esser in crisi – come opportunamente rammenta una sensibile dottrina (G. AZZARITI, *La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, V, Sez. prima, *Della democrazia e delle sue dinamiche*, Jovene, Napoli 2009, 1777 ss., spec. 1786) – non è solo la rappresentanza o i rappresentanti ma gli stessi rappresentati, che non hanno una immagine nitida di se stessi, di ciò che sono o di ciò che vogliono.

⁷ Spia emblematica di questo stato di cose il carattere recessivo dei partiti politici, obbligati dalla crisi a sostenere, di sovente con larghe ed inusuali maggioranze, il Governo e, in buona sostanza, privati del (o, comunque, fortemente ridimensionati nel) potere d’interdizione, anche nei loro rapporti interni, di cui sono dotati in situazioni di quiete istituzionale.

⁸ Non può qui farsi luogo, come pure sarebbe assai opportuno, per evidenti ragioni di sintesi, ad un’analitica descrizione degli interventi posti in essere dal Capo dello Stato nella presente congiuntura, verificando se possa appropriatamente dirsi che, per il loro tramite, abbia preso corpo la nota ricostruzione teorica che lo vede quale “reggitore” dello stato di crisi (si è fatto il punto, ancora non molto tempo addietro, sulla evoluzione del ruolo del nostro Presidente della Repubblica nei contributi che sono in AA.VV., *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, a mia cura, Giappichelli, Torino 2011, e in AA.VV., *Il Presidente della Repubblica nell’evoluzione della forma di governo*, a cura di A. Baldassarre e G. Scaccia, Aracne, Roma 2012; inoltre, per una inusuale e discussa ricostruzione teorica, O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un’interpretazione della forma di governo italiana*, Jovene, Napoli 2010; infine, F. PASTORE, *Evoluzione della forma di governo parlamentare e ruolo del Capo dello Stato*, Giappichelli, Torino 2012). Conviene, ad ogni buon conto, interrogarsi se ciò che è stato fatto dal Capo dello Stato, così come dagli altri organi supremi, risponda appieno alle “ragioni” della crisi, e cioè se rinvenga, o no, in essa giustificazione e, perciò, valga fintantoché la crisi stessa perduri, dimostrandosi altrimenti *irragionevole*, nella sua duplice accezione di incongruo rispetto al “fatto” e rispetto ai valori, a partire da quell’autentico *Grundwert* che è dato dalla indeclinabile vocazione dell’ordinamento a trasmettersi integro e sempre identico a sé nel tempo.

⁹ Se ne discorre – come si sa – da tempo, da noi come altrove (per tutti, in prospettiva comparatistica, i contributi che sono in AA.VV., *Magistratura, giurisdizione ed equilibri istituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, a cura di R. Toniatti-M. Magrassi, Cedam, Padova 2011).

Ancora più rilevanti e gravidi di implicazioni i riflessi al piano della forma di Stato, nella duplice accezione in cui la formula è usualmente intesa, avuto cioè riguardo sia al versante dei rapporti tra comunità governata ed apparato governante che a quello della articolazione del potere a più livelli istituzionali (e perciò, in buona sostanza, agli equilibri, fortemente precari ed oscillanti, che s'intrattengono tra apparato centrale e autonomie territoriali, regionali in testa).

I canali usuali della partecipazione politica, che danno corpo al valore democratico quale abbiamo conosciuto sin qui, risultano essere ostruiti ovvero deformati, al più concedere fortemente ristretti, nel mentre le assemblee parlamentari appaiono essere l'ombra di se stesse, svilite a meri terminali di un potere che ha altrove la sua fonte e le sue più salienti espressioni e che imperiosamente obbliga alla stretta osservanza dei precetti che di volta in volta indirizza a quelle che un tempo erano considerate le sedi istituzionali per antonomasia "sovrane". Viene così ad allargarsi ulteriormente la forbice, già da tempo pericolosamente divaricata, tra governanti e governati¹⁰, i quali ultimi si trovano obbligati a sopportare il peso di provvedimenti accettati *ob torto collo*, senza che peraltro ne sia appagato il bisogno di conoscere quali siano le cause più remote di questo stato di cose, di cui nessuno a conti fatti porta la responsabilità politica e morale.

Fortemente squilibrati sono, poi, anche i rapporti tra Stato ed enti territoriali¹¹, al punto che l'autonomia appare ormai più essere un'idea meramente astratta, frutto di menti raffinate e cuori generosi, non già – come, invece, sempre dovrebbe essere secondo modello costituzionale – un valore idoneo ad inverarsi nell'esperienza, vivificandola e orientandone gli sviluppi lungo il verso fissato in uno dei principi fondanti della Carta costituzionale. Altra, generale questione, che però non può essere qui convenientemente ripresa, è se, con specifico riguardo al nostro ordinamento, le Regioni possano davvero fregiarsi del titolo di enti *politicamente* autonomi, secondo una loro raffinata rappresentazione teorica¹², ovvero se non si tratti piuttosto di una raffigurazione almeno in parte non rispondente al modello costituzionale, oltre che vistosamente contraddetta dall'esperienza, siccome frutto della enfattizzazione di dati pure *in nuce* presenti nel disegno della Carta. Quest'ultima, infatti, tanto nella sua originaria versione quanto in quella risultante dalla riforma del 2001, grava le Regioni dell'osservanza di limiti non poco penetranti a presidio dell'unità-indivisibilità della Repubblica, limiti che prendono corpo a mezzo di leggi dello Stato e di altri atti ancora. La qual cosa, invero, non toglie che quelle fatte dalle Regioni non siano scelte d'"indirizzo politico"; solo che si tratta di un indirizzo *quodammodo* dimidiato, comunque non "pieno"¹³. Altro è poi che degli atti statali in parola

¹⁰ Riassume efficacemente questo diffuso pensiero A. BALDASSARRE, *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*, in AA.VV., *Il Presidente della Repubblica*, cit., 48, così: "Massimo è il distacco tra essa [scilicet, la società civile] e la classe dirigente del Paese, all'interno della quale c'è una classe politica che coniuga i verbi della propria azione soltanto alla prima persona singolare e, perciò, allunga le sue mani su ogni aspetto della vita socio-economica dal quale può trarre vantaggio". Sull'autoreferenzialità del sistema politico e la viepiù accentuata separatezza dei partiti dalla società, v., nuovamente, G. AZZARITI, *La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa*, cit., 1788 ss.

¹¹ ... da noi come altrove: v., infatti, a riguardo dell'incidenza della crisi sull'autonomia politica delle Regioni e delle Comunità autonome il chiaro quadro di sintesi che è, rispettivamente, nella *Introduzione generale* di G. PITRUZZELLA, cit., e nella relaz. illustrata, nel corso della seconda sessione dei nostri lavori, da E. ALBERTÍ ROVIRA, dal titolo *El impacto de la crisis financiera en la estructura territorial del Estado (en el Estado autonómico)*; v., inoltre, nuovamente, lo scritto, dietro cit., di I. CIOLLI. Opportunamente segnala M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, relaz. al 58° Convegno di studi amministrativi su *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Varenna, 20-22 settembre 2012, che ho avuto modo di leggere in *paper*, come nella presente congiuntura si assista ad "un fatale percorso di accentramento, nel quale i margini disponibili per le autonomie tendono a ridursi progressivamente". Quanto, poi, agli effetti dell'emergenza sulla condizione dei nostri enti locali, v., ora, S. STAIANO, *Le autonomie locali in tempi di recessione: emergenza e lacerazione del sistema*, in www.federalismi.it, 17/2012; nella stessa *Rivista*, 10/2012, può vedersi lo studio di E. JORIO, *Pareggio di bilancio: le ricadute (o le implicazioni) sui Comuni e sul sistema sanitario*.

¹² Mi piace qui nuovamente richiamare la magistrale lezione teorica del mio Maestro, T. MARTINES, rappresentata in molti scritti (e, specialmente, nel suo *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 100 ss.).

¹³ Il quadro, come si vede, è internamente assai articolato e sfumato, dovendosi in realtà distinguere – ciò che, però, richiederebbe analisi complesse ed approfondite, che tardano a venire alla luce – campo da campo materiale di esperienza, verificando quali linee di tendenza si siano per ciascuno di essi affermate e come dunque si atteggi il rapporto tra vincoli

si sia sovente fatto (e seguiti a farsi) un uso improprio. Certo però è che la crisi – come si vedrà a momenti – agevola e rafforza la “copertura” di cui gli atti stessi sono dotati, pur laddove per il loro tramite si operino massicce invasioni di campo a danno dell’autonomia.

Decisivo si è, al riguardo, rivelato l’apporto venuto dalla giurisprudenza costituzionale; e basti solo por mente all’uso non di rado forzato che s’è fatto (e si fa) del principio del coordinamento della finanza statale con quella degli enti territoriali minori; alla innaturale dilatazione degli ambiti materiali di competenza dello Stato a danno di quelli demandati alla cura delle Regioni (o, in altri ordinamenti, di enti a queste *quodammodo* assimilabili); alla parimenti eccessiva, irragionevole, capacità di penetrazione riconosciuta alle norme statali poste a limite dell’autonomia, abilitate a porre vincoli a quest’ultima non sempre né solo giustificati dal bene indisponibile dell’unità-indivisibilità dell’ordinamento bensì tali da comportare, in buona sostanza e non poche volte, gravi deformazioni del senso sia dell’unità stessa che dell’autonomia¹⁴.

Il governo politico dei processi economici richiede decisioni rapide, accentrate, fondate su dati tecnici (la cui conoscenza è resa problematica non solo per la natura intrinseca dei dati stessi ma anche – e, forse, più ancora – per la estrema mutevolezza delle situazioni). La qual cosa porta, per un verso, a quella sostanziale emarginazione delle assemblee elettive, cui si faceva poc’anzi cenno, e, per un altro verso, alla contrazione del ruolo svolto dai “terminali” periferici del potere, viepiù sviliti a mere sedi di attuazione (o, addirittura, di piatta applicazione) di decisioni altrove interamente confezionate, secondo quanto si vedrà meglio a breve ragionando dei più recenti sviluppi al piano dei rapporti interordinamentali.

In questo contesto, qui solo sommariamente descritto e bisognoso di ben altre e più adeguate rappresentazioni, a pagarne le spese sono principalmente i soggetti più deboli, gli emarginati, i nuovi poveri che si aggiungono ai vecchi, componendo una fascia sociale che va facendosi ogni giorno che passa drammaticamente sempre più larga e priva di adeguati strumenti di tutela¹⁵.

Le due proiezioni sopra indicate della “forma di Stato” poi, com’è chiaro, reciprocamente s’intrecciano: l’autonomia, d’altronde, è ormai provato che ha un senso se ed in quanto si traduca in *servizio*, in un servizio ancora migliore di quello che potrebbe esser dato in sovrana solitudine dallo Stato, per i cittadini e, più in genere, per quanti risiedono nei territori governati dagli enti territoriali¹⁶. Il sacrificio dell’autonomia, che si reputa essere imposto dalla crisi, automaticamente ridonda e si

statali ed autonomia o – il che è praticamente lo stesso – quale sia il tasso di “politicità” espresso dagli atti regionali in ragione dei vincoli stessi.

¹⁴ ... con l’effetto della sostanziale relativizzazione del riparto costituzionale delle competenze su basi materiali dietro la pressione d’interessi, di cui si fa specificamente portatore lo Stato, bisognosi di essere, in un modo o nell’altro, protetti (una lucida ricostruzione delle possibili implicazioni discendenti dalla previsione delle materie-“non materie” è negli studi di A. D’ATENA, tra i quali *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. cost.*, 1/2003, 15 ss.).

¹⁵ La povertà richiama imperiosamente le coscienze di tutti (ma specialmente di quanti hanno responsabilità di governo) al dovere di opporvisi al fine di arginarne le manifestazioni, se non pure di debellarla (ciò che è realisticamente impossibile). Su *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un’esistenza dignitosa*, v., con questo titolo, un saggio di M. RUOTOLO, che è ora in ID., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, 205 ss.

¹⁶ Non posso qui indugiare, come pure mi piacerebbe, nella verifica di quanta parte dei rapporti sociali (in larga accezione) possa (e debba) esser fatta oggetto di discipline, quale che ne sia la fonte (statale e non), che non discriminino nel trattamento i cittadini rispetto ai non cittadini. Posso solo enunciare, senza argomentare, la tesi nella quale da tempo mi riconosco [v., volendo, le mie *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, in www.rivistaaic.it, 2/2011; opportuni rilievi anche in A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (Necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, nella stessa *Rivista*, 4/2011] favorevole al riconoscimento di trattamenti non differenziati per ciò che riguarda il godimento dei diritti fondamentali unicamente in base allo *status* posseduto da chi ne vanta protezione, diritti che a mia opinione sono davvero tali se ed in quanto ineriscano all’essenza di ciascun essere umano, quale proiezione diretta e necessaria appunto della loro *humanitas* o – il che è praticamente lo stesso – della loro dignità (ulteriori ragguagli più avanti). Poi, è pur vero che la natura dei diritti attrae a sé la disciplina giusta, che può dunque presentarsi variamente articolata, il riconoscimento di certi diritti essendo legato al rapporto tra individuo e territorio (e, perciò, alla residenza), mentre altri diritti possono (e devono) esser indistintamente dati a tutti (ad es., la cura della salute: ma, su quest’ultima, v. quanto se ne dice subito di seguito nel testo).

converte in un più ridotto servizio (e, in non sporadici casi, in un “non servizio”) nei riguardi dei diritti fondamentali.

Faccio solo un paio di esempi per dare un minimo di concretezza al discorso. E, dunque, si pensi al modo singolare e francamente inaccettabile col quale in giurisprudenza si è ritenuto (spec. [sent. n. 61 del 2011](#)) che il diritto alla salute dello straniero irregolare non possa esser salvaguardato appieno ma unicamente nel suo “nucleo duro” (espressione che – come si sa – ha fatto non poco discutere e che, ad ogni buon conto, evoca una condizione di sostanziale diversità di trattamento in ragione dello *status* posseduto dalle persone che vantano protezione in un loro diritto fondamentale che, peraltro, non si dimentichi è anche interesse della collettività), laddove non sia a rischio la vita dell’individuo o in altri casi parimenti eccezionali. E si pensi ancora all’altra giurisprudenza (ad es., [Corte cost. n. 10 del 2010](#)) che ha giudicato suscettibile di “bilanciamento” il principio del riparto costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni con la salvaguardia dei diritti fondamentali (e, in ultima istanza, della dignità della persona umana), sì da giustificarsi l’intervento dello Stato stesso ancorché invasivo dei campi materiali rimessi alla coltivazione degli enti dotati di autonomia costituzionalmente garantita¹⁷. Stranamente, però, questa “logica”, che – come si vede – antepone le norme sostantive alle norme organizzative, i diritti alle metanorme, non è stata portata alle sue ultime e conseguenti applicazioni nel caso inverso: laddove, cioè, la Regione avesse adottato discipline “anticipatrici” di quelle statali (e, perciò, ritenute invasive della sfera di competenza dello Stato stesso), un’adozione non consentita dal giudice delle leggi malgrado fosse giustificata con riferimento a taluni bisogni elementari altrimenti condannati a restare inappagati (ad es., [sentt. nn. 373 del 2010](#) e [325 del 2011](#)).

Ora, non è naturalmente il caso qui di soffermarsi oltre sul punto, indulgiando nell’illustrare le peculiarità di ciascun caso, le motivazioni addotte a sostegno delle soluzioni per essi adottate, la loro complessiva coerenza e fondatezza, così come non è il caso qui di rilevare che il disavanzo debba riguardare tutti gli enti, comprese le Regioni, una parte cospicua del bilancio delle quali ha – come si sa – per destinazione proprio la sanità, bisognosa di un’incisiva, urgente opera di... *risanamento*¹⁸. Quel che nondimeno si fatica francamente a comprendere è come possa valere l’idea di una dignità – come mi è venuto di dire in altre occasioni – *a scomparsa*, che ora c’è ed ora no. Sta di fatto che – come si vede – l’autonomia è, nei fatti, valore recessivo: in tempo di crisi più ancora di quanto pure non abbia a soffrire in congiunture di una sia pur relativa quiete istituzionale.

4. Le novità al piano dei rapporti interordinamentali (in particolare, l’accentuarsi dello stato di grave sofferenza in cui versa la sovranità dello Stato e i complessi rapporti tra politica ed economia per un verso, diritto ed etica per un altro)

Quello dei rapporti interordinamentali, e segnatamente dello Stato con l’Unione europea e con la Comunità internazionale, è forse il piano al quale si registrano le novità più salienti e meritevoli di attenzione, secondo quanto peraltro ha mostrato anche il dibattito svoltosi in occasione delle nostre Giornate.

Due, a mia opinione, i profili sui quali converrebbe ulteriormente fermare l’attenzione, ove ci si volga – come mi parrebbe opportuno – all’approfondimento delle analisi fin qui portate a compimento.

¹⁷ Come si vede, trattavasi di “bilanciamento” non... *paritario*, siccome idoneo a risolversi interamente a beneficio di uno dei valori in campo, le norme sulla normazione interamente recedendo davanti a diritti che in modo pressante invocavano tutela (di recente, ha fatto il punto sul controverso contemperamento tra le istanze di unità e quelle di autonomia, specificamente in ordine alla salvaguardia dei diritti sociali, E. VIVALDI, *I diritti sociali tra Stato e Regioni: il difficile contemperamento tra il principio unitario e la promozione delle autonomie*, intervento al convegno del Gruppo di Pisa svoltosi l’8 e il 9 giugno 2012 a Trapani su *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, in www.gruppodipisa.it).

¹⁸ Interessanti dati possono aversi, per l’Italia, dal *Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica*, approvato dalle Sezioni riunite in sede di controllo della Corte dei conti, in particolare dalla sua terza parte, dedicata al *Patto per la salute* (in merito al quale, ora, la nota di M. CAMPAGNA, in www.dirittiregionali.org, 11 settembre 2012).

Il primo è dato dal modo con cui vanno svolgendosi i rapporti in parola.

Per un verso, sembra essere ormai acclarato lo stato di crescente sofferenza in cui si trova la sovranità dello Stato a seguito e per effetto della sua, sia pur parziale, cessione ad organismi sovranazionali¹⁹.

Per un altro verso, è tuttavia pur vero che le decisioni di tali organismi (per ciò che a noi maggiormente importa, dell'Unione europea) sono preparate, adottate, attuate da personale attinto dagli Stati, la cui volontà – piaccia o no – seguita a costituire la base politica su cui poggiano le dinamiche politico-istituzionali che prendono corpo in ambito sovranazionale. Sta qui il fondo di verità non rimosso della tesi corrente che vede negli Stati (e, segnatamente, nei loro Governi) i “signori dei trattati”, per quanto la realtà odierna sia alquanto composita, fluida, ad oggi incompiutamente definita. Forse, il modo più adeguato a racchiudere in una formula sintetica la situazione odierna è quello di ragionare di una “sovranità condivisa” tra Stati ed organizzazioni sovranazionali (in specie, l'Unione), dalle movenze non lineari e caratterizzata da punti di equilibrio interno continuamente oscillanti²⁰. Altra cosa, poi, di non secondario interesse, è quale sia il peso specifico del singolo Stato nei processi decisionali, dipendente da plurimi fattori la cui analisi porterebbe troppo oltre lo spazio qui consentito.

Sta di fatto che sul modo di essere dei rapporti in parola pesa la consapevolezza che tener fede agli impegni contratti al piano sovranazionale è condizione per la perdurante appartenenza ad organizzazioni senza le quali gli Stati ritengono di non potere avere praticamente futuro. Come dire che preferiscono un presente caratterizzato da una sovranità “limitata” (se così vogliamo eufemisticamente chiamarla) ad un futuro che potrebbe voler dire... *nessuna sovranità e nessuno Stato*. Allo stesso tempo, le relazioni tra gli Stati e di questi con l'Unione sono talmente intrecciate e interdipendenti che, pure in presenza di acclamate inadempienze rispetto agli impegni suddetti, conviene fare di tutto per fugare lo scenario inquietante di un'uscita dall'Unione che, a conti fatti, comporterebbe una perdita secca per tutti (illuminante al riguardo la vicenda greca, di cui ad oggi si sconosce il possibile esito)²¹. Il tiro alla fune tra gli Stati (e di questi con l'Unione) porta, perciò, ad una situazione di stallo che si regge sul *principio del terrore*, dall'una e dall'altra parte avvertito, che la fune stessa possa spezzarsi facendo cadere a terra tutti gli antagonisti²².

Le relazioni internazionali risultano, poi, fortemente “impressionate” da condizionamenti esercitati da organismi (come il Fondo monetario internazionale o le agenzie di *rating*²³) in capo ai quali si faticerebbe non poco a riconoscere l'attributo della “sovranità”, perlomeno nella sua tradizionale ed ancora oggi largamente diffusa accezione, ma che evidentemente sono provvisti di una innegabile, formidabile capacità di vincolo, la cui opportuna qualificazione tarda a venire a motivo del difetto di termini nuovi e ad essa adeguati che ad oggi non sono stati conati. Una capacità di vincolo che parrebbe avvalorare l'idea secondo cui la sovranità, un tempo – come si sa – ritenuta

¹⁹ Alcuni, volendo restare fedeli ad una indicazione testuale della nostra e di altre Carte costituzionali e muovendo dall'assunto che nessuna “cessione” (in senso ristretto e proprio) di sovranità potrebbe mai aversi, preferiscono discorrere di “limitazione” della stessa, ma – come si è già fatto più volte notare e qui pure si tenterà di precisare – la sostanza a conti fatti non cambia. Ancora una volta, insomma, il rischio è quello di far luogo ad analisi pure teoricamente raffinate ma viziate da palese astrattismo, fermandosi unicamente alla crosta del fenomeno indagato senza coglierne la essenza, nella sua complessa conformazione strutturale.

²⁰ Maggiori ragguagli nel mio *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita*, cap. I dei *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*³, di cui sono autori P. COSTANZO-L. MEZZETTI-A. RUGGERI, Giappichelli, Torino 2010.

²¹ Sui prevedibili costi derivanti dall'uscita dall'euro alcuni dati, estremamente preoccupanti, ci sono stati illustrati da G. PITRUZZELLA, *Introduzione generale*, cit.

²² Di un “gioco da tempo in corso di reciproche convenienze e connivenze fra Unione e Stati membri” discorre C. PINELLI, nella sua *relaz.*, cit., § 6.

²³ Si è specificamente riferita al primo la relazione di M. URREA CORRES, esposta nel corso della prima sessione delle nostre Giornate; quanto alle agenzie, nella ormai copiosa lett., L. PIANESI, *Le agenzie di rating tra privatizzazione di funzioni pubbliche e opinioni private 'geneticamente modificate'*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2011, 179 ss.; G. NORI, *La sovranità degli Stati, il rating e le regole sulla concorrenza*, in www.astrid-online.it, 7/2012; M. MULLARD, *The Credit Rating Agencies and Their Contribution to the Financial Crisis*, in *Political Quarterly*, 1/2012, 77 ss.; C. PINELLI, *L'incontrollato potere delle agenzie di rating*, in www.costituzionalismo.it, 2/2012.

dotata dell'attributo della unicità siccome riferita ad una sola sede istituzionale che potesse farsi vanto di possederla ed esprimerla, sembra invece ora parcellizzata e distribuita, in forme e misure continuamente cangianti e secondo equilibri parimenti altamente instabili, tra molteplici sedi istituzionali, taluna delle quali dalla problematica qualificazione. Di modo che anche la formula suddetta di una "sovranità condivisa" tra Stati ed Unione richiede di essere riconsiderata e fatta oggetto degli opportuni aggiustamenti alla luce della precisazione ora svolta.

Il secondo profilo, al primo strettamente legato, attiene all'incidenza esercitata dalle relazioni al piano sovranazionale ed internazionale sul sempre più sofferto e per molti versi indecifrabile rapporto intercorrente tra politica ed economia per un verso, diritto ed etica per un altro.

Il primato dell'economia sulla politica e sul diritto, l'una e l'altro asserviti ad assecondarne le imprevedibili movenze ed a prestare ossequio alle imperiose indicazioni da essa quotidianamente impartite, può dirsi – qui è il punto – espressione di un nuovo modo di fare politica da parte di attori usualmente considerati non... *politici*? È da chiedersi, cioè, se si possa dire che la politica è venuta a dislocarsi anche (e, forse, soprattutto) presso sedi istituzionali diverse da quelle d'un tempo, rivestendosi di forme parimenti inusuali e dando vita ad effetti originali, che attendono ad oggi di essere compiutamente spiegati.

E ancora. Quali conseguenze da questo stato di cose discendono al piano dei rapporti tra diritto (in specie, diritto costituzionale) ed etica?

La tradizione liberale, di cui ci dichiariamo orgogliosamente eredi, ci porta a dire che la Costituzione è il "luogo" positivo in cui in modo elettivo, emblematico, è sancita un'*etica pubblica repubblicana* nella quale i componenti la comunità politicamente organizzata²⁴ si riconoscono, superando le barriere che pure li dividono, al piano politico così come ad ogni altro piano²⁵. I fini-valori fondamentali dell'ordinamento, quali risultano nel modo più immediato e genuino espressi dai principi costituzionali, non rappresentano unicamente gli obiettivi verso i quali risolutamente e senza sosta tendere allo scopo di edificare il tipo di comunità dai principi stessi descritto; sono anche uno *stile di vita* eretto a *modello* dei singoli e dei gruppi sociali in cui essi si riuniscono al fine del pieno appagamento della loro personalità. Facendo riferimento alla Carta che più mi è familiare, è il modello di uomini laboriosi (artt. 1 e 4), attivamente partecipi della vita delle istituzioni statali (ancora art. 1), che rivendicano a testa alta la salvaguardia dei diritti inviolabili di cui sono dotati e che fanno fronte ai doveri inderogabili di solidarietà al cui adempimento sono parimenti chiamati (art. 2); uomini *tolleranti*, nell'accezione più densa ed espressiva del termine, vale a dire che considerano la diversità degli altri, di *tutti* gli altri, un valore da preservare e difendere con le unghie e coi denti, costi quel che costi, perché da esso dipende la crescita di ciascuno e di tutti assieme, del loro essere appunto una *comunità*; uomini eguali, *effettivamente* eguali ancorché (ed anzi proprio perché) diversi l'uno dall'altro; e via dicendo, con riferimento agli altri principi fondamentali, fin troppo noti perché se ne debba qui nuovamente fare, sia pur sinteticamente, richiamo.

Ora, la crisi obbliga, a mia opinione, a rifondare in senso etico le strutture stesse del vivere sociale, dell'essere cioè *civis* e *socius*, come pure della pubblica organizzazione, a tutti i livelli (dello Stato e degli enti minori per un verso, degli enti sovranazionali per un altro).

5. La cruciale, inquietante questione se, in tempi di crisi, si danno le condizioni perché si preservi, almeno in parte, la "normatività" della Costituzione e il rischio del suo sostanziale impoverimento e persino del suo smarrimento

²⁴ Adopero questa formula in luogo di quella di Stato, essendo persuaso che non a quest'ultimo soltanto possa convenientemente adattarsi il termine di Costituzione, che non si dia cioè una corrispondenza biunivoca tra Costituzione e Stato; la questione, ad ogni modo, richiederebbe uno svolgimento argomentativo particolarmente esteso, qui evidentemente impossibile a darsi.

²⁵ Di una "meta-etica costituzionale" preferisce discorrere A. SPADARO, in molti scritti [e, tra questi, di recente, *Costituzionalismo versus populismo (Sulla cd. deriva populistico-plebiscitaria delle democrazie costituzionali contemporanee*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, V, cit., 2007 ss., spec. 2012 s.]

Si tocca qui il cuore della questione oggi nuovamente discussa. Dobbiamo cioè chiederci di quale *idea di Costituzione* vogliamo farci portatori e se la crisi ne consenta l'affermazione e il radicamento, alle difficili e pressoché proibitive condizioni del tempo presente.

È stato fatto osservare da una sensibile dottrina che, sullo specifico terreno della salvaguardia dei diritti sociali, il rischio è che la Costituzione possa svilirsi a mero "archivio storico-ideale" di ciò che avrebbe dovuto essere e non è stato e che, anche a motivo della crisi, potrebbe mai venire alla luce²⁶. In realtà, la questione coinvolge non i soli diritti sociali ma i diritti e doveri costituzionali nel loro fare "sistema" e, di riflesso, l'intera impalcatura costituzionale.

Al fondo, si tratta di stabilire se si danno le condizioni perché la Costituzione preservi, quanto meno in parte, la sua "normatività", senza perciò ridursi alla mera enunciazione di un modello di società e di Stato mai davvero realizzato e forse mai realizzabile.

Ora, sul tasso di prescrittività della legge fondamentale dell'ordinamento si potrebbe discutere a lungo²⁷. In altri luoghi mi sono dichiarato dell'idea che la Costituzione non esprime una forza normativa sempre uguale a se stessa ma che la forza stessa, forza *sostanzialmente* intesa, è delle sue singole *norme*, rapportandosi alla loro capacità di farsi effettivamente valere, per il modo con cui si volgono al contesto nel quale pure s'inscrivono ed entro il quale sono destinate ad operare e, allo stesso tempo, ai valori di cui si fanno interpreti privilegiate e dei quali puntano alla realizzazione massima possibile alle condizioni oggettivamente date²⁸.

Senza ora far luogo ad analisi particoleggiate delle quali è di necessità altra la sede, a me pare esser forte il rischio che la crisi concorra, in una significativa misura, all'impoverimento della Costituzione, se non pure al suo stesso, complessivo smarrimento. Non fa diventare, insomma, più poveri (sia pure in misura varia da Stato a Stato ed a seconda della condizione sociale dei singoli) solo i cittadini (e, in genere, gli uomini); fa (o, meglio, può fare) diventare più povera anche la Costituzione.

Se mi si chiede quanta parte della Carta costituzionale italiana (faccio, ancora una volta, specifico riferimento a quest'ultima che meglio conosco delle altre) vedo oggi integra in presenza dello stato di crisi, confesso di faticare non poco a rinvenire anche una sola norma che possa uscirne indenne²⁹. C'è un rivolgimento complessivo dei pubblici poteri, che – come si è poc'anzi accennato – riguarda anche gli organi supremi di garanzia; ed è un rivolgimento che va poi a colpire i diritti costituzionali, sottoposti ad uno *stress* quotidiano al quale non si sa quanto tempo ancora potranno resistere.

Il fondamento dei diritti – qui è il punto – è *solo* nella Carta costituzionale o, non piuttosto, nel contesto (per ciò che qui importa, nella crisi) in cui pure essi dovrebbero farsi pienamente valere? E

²⁶ S. GAMBINO-W. NOCITO, *Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto*, relaz. al Seminario su *Crisi dello Stato nazionale, governo dell'economia e tutela dei diritti fondamentali*, Messina 7 maggio 2012, in www.astrid-online.it, 13/2012, 4 del paper.

²⁷ Il confronto tra gli studiosi a riguardo del modo d'intendere la Costituzione è tornato, di recente, a riaccendersi, con esiti ricostruttivi non poco divergenti e, a dirla tutta, assai incerti. Tra gli altri, v. i contributi apparsi a più riprese su *Quad. cost.*, a partire da R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, 1/2007, 11 ss., cui ha fatto seguito il mio *Teorie e "usi" della Costituzione*, 3/2007, 519 ss., e quindi G. BOGNETTI, *Cos'è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin*, e O. CHESSA, *Cos'è la Costituzione? La vita del testo*, entrambi nel fasc. 1/2008, rispettivamente, 5 ss. e 41 ss.; A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, 2/2010, 311 ss.; ancora G. BOGNETTI, *Costantino Mortati e la Scienza del diritto*, 4/2011, 803 ss. e, in quest'ultimo fasc., anche F. DI DONATO, *La Costituzione fuori del suo tempo. Dottrine, testi e pratiche costituzionali nella Longue durée*, 895 ss. Inoltre, F. GALLO, *Che cos'è la Costituzione? Una disputa sulla rifondazione della scienza giuridica*, in www.rivistaaic.it, 1/2011, e F. RIMOLI, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Carocci, Roma 2011.

²⁸ Non si trascuri poi il rilievo assunto dal linguaggio costituzionale, dal modo con cui sono formulati gli enunciati in cui esso si traduce dipendendo, in una non secondaria misura, la forza delle norme da essi espresse, vale a dire in buona sostanza la resistenza opposta dagli enunciati stessi alle loro non infrequenti, corpose manipolazioni (persino – ahimè – da parte degli organi di garanzia). Tardano tuttavia, stranamente, a venire alla luce studi adeguati a spiegare convenientemente il fenomeno (maggiori ragguagli, sotto il peculiare profilo del rapporto tra scrittura costituzionale e diritto costituzionale non scritto, possono, volendo, ora aversi dal mio *Costituzione scritta e diritto costituzionale non scritto*, Napoli 2012).

²⁹ Certo, ci sono molte norme che sembrano esser rimaste eguali a se stesse, alla loro originaria conformazione. Per fare solo un esempio, ieri come oggi la Corte giudica della costituzionalità delle leggi; il punto però è *come* giudica, secondo quanto peraltro avvalorano le pronunzie sopra richiamate. E così via.

ancora (e più in generale) quali argini riuscirà la Carta, con gli istituti da essa previsti, a frapponere ad un'economia debordante, aggressiva, ingovernabile? Dubito che si possa essere ottimisti davanti a sì inquietanti interrogativi.

6. *Il bisogno di riforme strutturali, tanto al piano nazionale quanto (e più ancora) a quello sovranazionale, e di un complessivo rifacimento del tessuto costituzionale, così come del tessuto politico e sociale, che risulti fermamente orientato al conseguimento dei due obiettivi che, prima di ogni altro, vanno una buona volta e con decisione presi di mira: la moralizzazione della vita politica e l'equa distribuzione della ricchezza, senza peraltro trascurare il bisogno di dare una speranza di vita dignitosa alle generazioni future*

Qui, il discorso dovrebbe estendersi al piano delle innovazioni possibili del dettato costituzionale allo scopo di ridarvi nuova linfa vitale, maggiore solidità, certezza.

Senza che se ne possa dire col dovuto svolgimento, mi limito ad enunciare la tesi nella quale da tempo mi riconosco e che proprio dalla crisi mi parrebbe ulteriormente avvalorata; ed è che la Costituzione richiede di essere in non secondaria misura aggiornata, non soltanto nella sua parte organizzativa ma anche (e, come subito dirò, prima ancora) in quella sostantiva e persino nei suoi principi fondamentali che, contrariamente ad una accreditata e diffusa opinione, considero non già intangibili bensì, appunto, suscettibili di revisione, sempre che quest'ultima si volga nel senso della valorizzazione dei valori di cui quei principi sono la prima e più genuina trascrizione positiva, non ovviamente allo scopo di ridurre la capacità di escursione di campo e di porre vincoli adeguati alle norme ed all'esperienza sottostanti.

Come ho già detto in altre occasioni, *la malizia del potere si combatte anche (seppur, ovviamente, non solo) con la malizia della Costituzione*, la quale deve dunque farsi "furba" e, senza scendere in dettagli incongrui rispetto alla sua natura di legge fondamentale dell'ordinamento, dotarsi di precetti idonei a dare un orientamento (se non pure un ordine) ai più salienti svolgimenti della politica.

Le novità, ad ogni buon conto, devono riguardare ogni piano o livello di esperienza, a partire proprio da quelli sovranazionali che hanno da portare le maggiori responsabilità circa il modo con cui la crisi va fronteggiata.

L'Unione europea, per ciò che più da presso ci riguarda, ha dato mostra di non sapersi opporre alla crisi con la dovuta fermezza³⁰, a motivo delle lacerazioni esistenti al proprio interno e della mai sopita

³⁰ Un chiaro quadro di sintesi degli interventi adottati in ambito sovranazionale per far fronte alla crisi è in G. PITRUZZELLA, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, cit., 23 ss. e R. DICKMANN, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in www.federalismi.it, 4/2012, nonché nei contributi, sopra cit., alle nostre Giornate di P. CARETTI e C. PINELLI. Rilievi a riguardo degli ulteriori passi che andrebbero fatti in ambito sovranazionale per far fronte con ancora maggiore efficacia alla crisi sono, poi, nella relazione, già richiamata, di V. URREA CORRES. Con specifico riferimento al *Fiscal Compact* e al trattato di stabilità, per una prima informazione, F. FABBRINI, *Il Fiscal Compact: un primo commento*, in *Quad. cost.*, 2/2012, 434 ss., nonché, *amplius*, ora, G. RIVOSECCHI, *Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e legislatore, anche nei suoi riflessi sulle Regioni: quando la paura prevale sulla ragione*, in www.rivistaaic.it, 3/2012 e L.S. ROSSI, "*Fiscal Compact*" e trattato sul Meccanismo di Stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata dell'UE, in corso di stampa in *Dir. Un. Eur.*, 2/2012.

Giudicato rispettoso della Costituzione francese il trattato di stabilità dal *Conseil constitutionnel* (sent. n. 653 dell'agosto 2012). Molto importante sul "fondo salva-Stati" è, poi, la pronuncia del 12 settembre 2012 del *Bundesverfassungsgericht*, che l'ha fatto salvo sia pure – come non di rado questo tribunale è solito fare – *sub condicione*, richiedendosi comunque l'approvazione da parte del *Bundestag* dell'eventuale innalzamento del contributo fissato in 190 miliardi di euro da parte della Germania (la decisione è illustrata nei suoi più salienti passaggi da A. DE PETRIS, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Meccanismo Europeo di Stabilità e sul Fiscal Compact. Guida alla lettura*, e A. DI MARTINO, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Meccanismo Europeo di Stabilità e sul Fiscal Compact: una lettura alla luce della giurisprudenza precedente*, entrambi in www.federalismi.it, 18/2012). Ancora una testimonianza (specie dopo il *Lissabon Urteil* e la sentenza del settembre dello scorso anno sui meccanismi europei di stabilità, sulla quale R. BIFULCO, *Il custode della democrazia parlamentare. Nota a prima lettura alla sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco del 7 settembre 2011 sui meccanismi europei di stabilità finanziaria*, in www.rivistaaic.it, 3/2011), come si vede, di quella centralità di posto detenuta dal Parlamento (e, segnatamente, dal

vocazione espressa dagli Stati che la compongono (specie da quelli di maggior rilievo) ad anteporre gli interessi nazionali a quelli dell'intera Unione. Una incertezza, questa esibita al piano sovranazionale, che – come ha giustamente fatto rilevare P. Caretti³¹ – fa poi da specchio alla debolezza della forma di governo dell'Unione, ad oggi alla affannosa e sofferta ricerca di una identità e stabilità non ancora raggiunte e – ciò che più importa – di una rispondenza sostanziale, non meramente di facciata, ai canoni elementari del costituzionalismo d'ispirazione liberaldemocratica³².

Confesso tuttavia di non riuscire ad appassionarmi molto al dibattito che stancamente da molti anni ormai si trascina circa il modo con cui porre mano al rifacimento della trama istituzionale, in ambito nazionale così come al piano europeo. Senza sottostimare la capacità d'incidenza delle innovazioni istituzionali nei riguardi del sistema politico e del tessuto sociale, dubito infatti che l'auspicata (da parte di quanti si sono fatti portatori di una proposta per vero ancora confusamente elaborata) “presidenzializzazione” della forma di governo ovvero l'avvento di un originale “neoparlamentarismo” (anch'esso incompiutamente definito nei suoi stessi tratti essenziali)³³ possa rappresentare la panacea di tutti i mali. Mi faccio piuttosto sempre più convinto che non è tanto al piano dell'ingegneria costituzionale che vada ricercata la ricetta giusta a restituire alla Costituzione quella “dignità” di cui è stata resa priva da pratiche (politiche e non) da essa debordanti ed ormai diffuse e dilaganti, bensì ai piani in cui prendono forma ed incessantemente si rinnovano (ma in linea di sostanziale continuità) il sistema politico e il sistema delle relazioni sociali. E ciò, pur nella convinzione, già più volte manifestata, che tra i sistemi ora detti e le norme positive (costituzionali e non, ma soprattutto le prime) si intrattenga un rapporto di mutua condizionalità, tutte immettendosi in un circolo che, a seconda di come gli uni e le altre si atteggino, può essere vizioso ovvero virtuoso, proprio a motivo della incidenza che a vicenda si danno gli elementi che lo compongono.

Non si sta ora a dire se l'influenza sia maggiore nell'uno ovvero nell'altro verso: troppo varie sono le circostanze che possono infatti portare a questo o quell'esito. L'incidenza stessa può nondimeno considerarsi ormai provata; ed è perciò che gli sforzi vanno prodotti a tutti i piani di esperienza nell'intento di porre almeno in parte rimedio ad uno stato di cose che appare essere ormai profondamente alterato e bisognoso pertanto di forti e plurimi interventi a finalità ricostruttiva.

Quanto, comunque, alle modifiche del dettato costituzionale, ancora prima e di più di quelle riguardanti l'organizzazione (in larga accezione), si rendono a mia opinione urgenti e necessarie le altre che attengono alla parte sostantiva della Carta, rendendo ancora più salde quelle sue previsioni che – come tutti sanno – sono state fatte oggetto di continue e gravi torsioni.

Il rifacimento del tessuto costituzionale, così come quello del tessuto politico e sociale, va poi posto in essere mirando in modo fermo al raggiungimento di due obiettivi che, a mia opinione, prima di ogni altro richiedono di essere, una buona volta e con la dovuta decisione, presi di mira: la *moralizzazione della vita politica* e la *realizzazione della giustizia sociale*³⁴, senza peraltro trascurare

Bundestag) nel sistema istituzionale, di cui si diceva poc'anzi, che si giova del puntello offerto dal Tribunale costituzionale.

³¹ *Introduzione generale*, cit.

³² Vistosamente accentuato – secondo un diffuso rilievo (per tutti, G. RIZZONI, *Il “semestre europeo” fra sovranità di bilancio e autovincoli costituzionali: Germania, Francia e Italia a confronto*, in www.rivistaaic.it, 4/2011) – il metodo intergovernativo in occasione dell'adozione al piano sovranazionale dei provvedimenti volti a fronteggiare la crisi; la qual cosa, ove dovesse ricevere ulteriori conferme nel prossimo futuro, riproporrebbe in forme ancora più marcate l'inquietante interrogativo circa il modo (non democratico) di essere del sistema istituzionale dell'Unione.

³³ ... senza, peraltro, trascurare la stessa possibilità di importare dall'ordinamento elvetico il modello direttoriale di governo (ha, non molto tempo addietro, caldeggiato questa soluzione T.E. FROSINI, *La dimensione europea della forma di Stato e di governo*, in www.federalismi.it, 5/2012).

³⁴ È appena il caso qui di avvertire che quanto si viene dicendo nel testo a riguardo delle innovazioni miranti agli obiettivi suddetti non può non valere anche per il piano sovranazionale. Parimenti di tutta evidenza è che il perseguimento degli obiettivi in parola richiede un poderoso sforzo prodotto a mezzi di atti e comportamenti in genere posti in essere con la dovuta determinazione in ambito giuridico così come in ambiti diversi (politico e sociale). Basti solo pensare a quanto è possibile fare sia con leggi (a partire da quelle elettorali) che con provvedimenti dei partiti per ciò che attiene alla selezione del personale politico, la prima delle condizioni necessarie al fine di un efficace risanamento della vita politica e della sua stabile conversione in servizio per la comunità.

la *condizione delle generazioni future*³⁵, condannate ad ereditare un patrimonio gravemente deficitario senza peraltro godere del beneficio dell'inventario.

A che serve – diciamolo con franchezza – predicare l'intangibilità-irrivocabilità dei principi fondamentali (e, tra questi, sopra ogni altro dei principi di libertà ed eguaglianza³⁶) se poi essi non hanno mai avuto modo di farsi valere appieno nell'esperienza?

L'introduzione in Costituzione del principio della parità del bilancio³⁷ ed altre innovazioni ancora che potrebbero lungo lo stesso verso aversi³⁸ – in disparte i dubbi manifestati a riguardo del modo con cui si sono avute o potrebbero ulteriormente aversi³⁹ – potranno, forse, dare il loro concorso al superamento della crisi⁴⁰, ma *con quale costo* e, soprattutto, *da parte di chi?* La parità del bilancio obbligherà – è certo – ad una forte contrazione nel godimento di diritti e, in genere, nell'appagamento di bisogni considerati irrinunciabili⁴¹. È appropriato discorrere in termini di un "bilanciamento"

³⁵ Riferimenti nella relazione di M. VILLONE, cit., e in quella di F. FACURY SCAFF-F.S. SILVA ROCHA, *Balanced Budget and Financial Sustainability*, alla terza sessione delle nostre Giornate. Nella dottrina anteriore, per tutti, AA.VV., *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, a cura di R. Bifulco e A. D'Aloia, Jovene, Napoli 2008 (e, *ivi*, part., M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, 423 ss.) e N. LUPO, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità per le generazioni. Notazioni sparse*, in www.amministrazioneincammino.it.

Della *equità intergenerazionale* si faceva menzione nel disegno di legge volto alla introduzione del principio di parità del bilancio, venuta tuttavia meno nel corso del dibattito parlamentare (sul punto, D. MORGANTE, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio*, in www.federalismi.it, 14/2012, § 1).

³⁶ ... nelle loro mutue, inscindibili implicazioni, a riguardo delle quali, per tutti, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009. In prospettiva giusfilosofica, v., inoltre, utilmente, ora, M. ZANICHELLI, *Il valore dell'uguaglianza nella prospettiva del diritto*, in *La società degli individui*, 3/2011, 33 ss.

³⁷ Se n'è ampiamente discusso nel corso della terza sessione delle nostre Giornate. In prospettiva comparatistica, v. pure F. FABBRINI, *Il pareggio di bilancio nelle costituzioni europee*, in *Quad. cost.*, 4/2011, 933 ss.; R. BIFULCO, *Il pareggio di bilancio in Germania: una riforma costituzionale postnazionale?*, in www.rivistaaic.it, 3/2011 e, nella stessa *Rivista*, 4/2011, A. PIROZZOLI, *Il vincolo costituzionale del pareggio di bilancio*; S. SILEONI, *Pareggio di bilancio. Prospettive per una maggiore credibilità della finanza pubblica*, in www.brunoleoni.it; G. DELLE DONNE, *Le procedure di bilancio tra equilibri delle forme di governo e ricerca della stabilità economica: una ricostruzione comparatistica delle esperienze francese e tedesca*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2011, 469 ss.; F. CORONIDI, *La costituzionalizzazione dei vincoli di bilancio prima e dopo il patto Europlus*, in www.federalismi.it, 5/2012; C. FASONE, *La giustiziabilità della clausola sul pareggio di bilancio in Spagna. Quali indicazioni per il caso italiano?*, in AA.VV., *La "manutenzione" della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, a cura di C. Decaro, N. Lupo e G. Rivosecchi, Giappichelli, Torino 2012, 221 ss.

³⁸ Ma, il vero è che, più ancora del principio di parità, peraltro superabile sia pure in casi (dichiarati...) eccezionali e che, a conti fatti, ha avuto lo scopo di calmare i mercati (v., ora, V. RUIZ ALMENDRAL, *La estabilidad presupuestaria en la Constitución española*, relaz. alla terza sessione delle nostre Giornate, § 3 del *paper*, che riprende una nota critica di F. Balaguer Callejón e di altri), un deciso passo in avanti sia lungo la via della integrazione che per far risolutamente fronte alla crisi potrebbe esser dato dalla creazione di quella *fiscal union* che viene da molti vagheggiata e giudicata idonea a far compiere all'Unione quel salto di qualità di cui ha disperatamente bisogno ma che tarda a venire alla luce a motivo delle note resistenze frapposte dagli Stati.

³⁹ Notazioni critiche, anche con riguardo ad ordinamenti diversi dal nostro, in I. CIOLLI, *I Paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari*, in www.rivistaaic.it, 1/2012, nonché, ora, in M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, cit. In particolare, non tratto qui del vincolo fatto dall'Unione agli Stati di introdurre il principio di parità *preferibilmente* in Costituzione, da alcuni ritenuto invasivo dell'ambito di competenze riservato agli Stati stessi; una censura, questa, tuttavia, a mia opinione, non agevolmente argomentabile.

⁴⁰ ... ma non fanno difetto perplessità e riserve di vario segno (ragguagli in M. MORCIANO, *Pareggio di bilancio, politiche pubbliche e finanziamento dell'evasione fiscale*, in www.astrid-online.it, 4/2012).

⁴¹ ... senza che, peraltro, possano allo scopo essere con successo esercitati, con ogni verosimiglianza, gli usuali strumenti di garanzia, in specie il sindacato di costituzionalità ad opera del giudice delle leggi, pure astrattamente possibile ma, in congiunture siffatte, assai problematicamente idoneo a portare all'accoglimento dei ricorsi, specie di quelli che lamentano la violazione del "combinato disposto" di cui ai principi di libertà ed eguaglianza. Forse, maggiore affidamento potrebbe farsi, quanto meno per i casi di più grave scostamento dai principi costituzionali, sulla *moral suasion* del Capo dello Stato, segnatamente laddove si sia fatto luogo a "Governi del Presidente" ovvero a Governi "tecnici", sorretti da una sorta di *fiducia in tandem*, da parte delle assemblee parlamentari e, appunto, del Capo dello Stato. È tuttavia ancora troppo presto per trarre conclusioni sufficientemente meditate ed attendibili da un'esperienza appena agli inizi.

paritario (e, per ciò stesso, ragionevole) tra la parità in parola e i diritti (specie di quelli “sociali”)? Ne dubito fortemente.

Il vero è che il principio di parità va letto nel suo fare “sistema” col principio del concorso all’erario secondo il canone della progressività e, risalendo, col principio di eguaglianza sostanziale da cui l’uno e l’altro prendono luce. Senza di questo, insomma, la parità rischia di pervenire a distorte, inaccettabili realizzazioni, per la elementare ragione che a sopportarne il peso saranno proprio i soggetti più esposti, quei vecchi e nuovi poveri di cui poc’anzi si diceva.

Si vede così come il *punctum crucis* della questione oggi nuovamente discussa stia nell’annoso, mai centrato obiettivo dell’equa distribuzione della ricchezza: il *prius* assiologico-politico di ogni soluzione che aspiri ad essere considerata complessivamente appagante con riguardo al bilanciamento ormai necessario fra i diritti costituzionali (e, in ultima istanza, quell’autentico “superdiritto” che è la dignità della persona umana⁴²) e le risorse collettive.

La tesi per cui i diritti fondamentali (e, specificamente, quelli aventi natura “economico-sociale”) sono di *tutti*, cittadini e stranieri (regolari e non), cui si è dietro fatto cenno, può dunque avere pratico senso al verificarsi di due condizioni, una a mia opinione suscettibile di essere immediatamente messa in atto, sempre che vi sia la volontà politica di farlo, e l’altra che invece giudico assai problematicamente avverabile, pur schierandomi *toto corde* e senza esitazione alcuna dalla sua parte: la condizione, cioè, che le risorse disponibili, *quale che ne sia la consistenza*, siano spartite tra cittadini e non cittadini senza discriminazione alcuna di trattamento e la condizione, previa, della equa distribuzione della ricchezza, la cui mancata realizzazione sta a base di tutti i problemi e – per ciò che a noi costituzionalisti specificamente importa – rende vana, astratta, l’idea stessa di Costituzione, la sua indeclinabile aspirazione a dare giustizia e, per ciò stesso, a porre le basi per l’appagamento di quell’etica pubblica repubblicana, che un momento fa si diceva esser fin qui stata insistentemente ed a gran voce predicata ma non in apprezzabile misura praticata.

Il futuro della Costituzione e della società, specie (ma non solo) in tempi di crisi, sta tutto qui; e sta a noi costruircelo⁴³.

⁴² ... nei termini in cui se ne discorre in A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in AA.VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Angiolini, Giappichelli, Torino 1992, 221 ss. (e già in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.). Si rifà a questa indicazione, tra gli altri e di recente, C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Mezzetti, Giappichelli, Torino 2011, 239 ss.

⁴³ Viepiù accentuate, nella presente congiuntura, le responsabilità degli uomini di cultura (e segnatamente, per ciò che direttamente ci riguarda, dei costituzionalisti), chiamati a produrre uno sforzo poderoso per progettare quelle riforme strutturali (della società, della politica, dell’ordinamento) cui si faceva poc’anzi cenno.

Antonio Ruggeri

**Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale
("a prima lettura" di [Corte cost. n. 230 del 2012](#))**

Con la decisione fatta qui oggetto di talune scarse notazioni "a prima lettura" la Corte costituzionale, a mo' di novella Penelope, mostra di voler tessere e sfilare, secondo occasionali convenienze, la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU; e lo fa attraverso un articolato ragionamento che contiene spunti plurimi di largo interesse, meritevoli di essere riguardati da angoli visuali parimenti plurimi ed a varie finalità ricostruttive. Riduttiva sarebbe tuttavia una conclusione che veda il *quid proprium* della pronuncia in esame circoscritta al solo piano delle relazioni tra le due Corti (o, se si preferisce, tra CEDU e diritto interno). In realtà, il ragionamento in parola va ben oltre ed affronta – riprendendo, con non secondarie precisazioni, schemi teorici collaudati (e però, temo, almeno in parte invecchiati) – questioni riguardanti la struttura stessa dell'ordinamento, le sue dinamiche interne, gli equilibri che si intrattengono e senza sosta rinnovano tra le istituzioni che lo compongono.

Segnalo solo i profili a mia opinione di maggior interesse emergenti dalla fitta trama argomentativa esibita dalla decisione in commento, riservandomi di farne oggetto in altra sede di più adeguata considerazione.

Il primo è dato dalla distinzione che la Corte fa in modo netto tra il "diritto legislativo" (o, come preferisce chiamarlo altra dottrina, "politico") e il "diritto giurisprudenziale", solo il primo a differenza del secondo costituendo il *verum ius*, siccome idoneo – dice la Corte – a produrre *ius novum*. Si tratta, nondimeno, di un'affermazione che va contestualizzata: vale, insomma, per il nostro ordinamento e non possiede di certo valenza generale, in particolare non vale, sia pure per ragioni diverse, per la giurisprudenza delle Corti europee: né per quella della Corte dell'Unione, le cui decisioni costituiscono fonti del diritto a tutti gli effetti (addirittura dotate di forza "paracostituzionale") né per quella della Corte EDU, alla quale pure si riconosce l'attitudine ad esprimere vincoli *in qualche modo* assimilabili a quelli tipicamente discendenti dagli atti e fatti produttivi di norme (si rammenti il riconoscimento al riguardo datane in Corte cost. nn. [113 del 2011](#) e [150 del 2012](#), specie in quest'ultima, nella quale significativamente si qualifica il mutamento di giurisprudenza della Corte EDU quale "un novum che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta").

Per la verità, la Corte non dice in cosa il "diritto giurisprudenziale" propriamente consista; dice solo che esso non è "diritto legislativo", non avendo di quest'ultimo le proprietà, gli effetti.

L'affermazione, specificamente rilevante al piano della teoria delle fonti, ha la sua immediata ricaduta al piano dei rapporti istituzionali. E così la Corte si fa premura di rammentare ai giudici che le pronunzie della Cassazione non vanno prese per oro colato e che la loro forza è pur sempre meramente "persuasiva", non autenticamente "prescrittiva", rimettendosi in tal modo a punto gli equilibri istituzionali: sia quelli di ordine generale, avuto cioè riguardo ai rapporti tra giudici ed altri poteri dello Stato (fugace, ma significativo, il richiamo al principio della separazione dei poteri) e sia quelli interni all'ordine giudiziario, segnatamente fra giudici di merito e giudice della legittimità. Di particolare interesse, a quest'ultimo riguardo, il passaggio argomentativo in cui si rileva la singolare situazione in cui verserebbero, rispettivamente, il giudice dell'esecuzione e quello della cognizione, ove si facesse luogo alla pronuncia additiva richiesta dall'autorità remittente: venendosi in tal caso ad instaurare un rapporto di gerarchia tra Sezioni unite e giudici dell'esecuzione, invece insussistente nei riguardi degli organi della cognizione.

Che però le pronunzie della Cassazione non siano sempre e solo provviste di una forza "persuasiva" è riconosciuto dalla stessa pronuncia qui annotata, specificamente laddove rammenta che oggetto dei giudizi di costituzionalità è il "diritto vivente", quale viene a formazione attraverso un orientamento giurisprudenziale stabile o – si aggiunge ora, non senza un significativo

temperamento – “comunque ampiamente condiviso”, orientamento al quale dà il suo fattivo concorso appunto il giudice della legittimità (e, per la sua parte, la stessa Corte costituzionale...).

È vero che il “diritto vivente” è, non di rado, messo da canto nel corso delle esperienze della giustizia costituzionale in nome dell’interpretazione conforme, a riprova della fluidità delle esperienze stesse e della varia capacità di vincolo che va assegnata ai verdetti della giurisprudenza, riguardati sia *uti singuli* che nel loro comporsi in “indirizzi”.

Tutto ciò posto, una riflessione nondimeno s’impone a riguardo del fatto che un mutamento di giurisprudenza, una volta consolidatosi, possa porsi a base dei giudizi di costituzionalità, orientandone il verso e sostanzialmente determinandone l’esito, al punto che, in caso di annullamento dell’atto *sub iudice*, il mutamento stesso venga a conti fatti a commutarsi, per il tramite della pronuncia della Corte costituzionale, in *verum ius*, restando invece privo della forza che è di quest’ultimo propria in mancanza del suo riscontro (diciamo pure, della sua “conferma”) da parte della Corte stessa. Ma, a riguardo di ciò deve farsi rimando ad altra sede, in cui la questione possa costituire oggetto di studio ad essa specificamente dedicato.

Il secondo aspetto, peraltro al primo strettamente legato e da esso *quodammodo* discendente, che mi parrebbe degno di nota è dato dallo scudo protettivo che la Consulta mette in piedi davanti al giudicato. È un punto meritevole della massima considerazione, sol che si pensi che, all’indomani della pronuncia, sopra già richiamata, dello scorso anno riguardante le sorti del giudicato “anticonvenzionale”, da più parti si era innalzato il grido di dolore per la ferita profonda che la Consulta stessa avrebbe inferto all’istituto *per tabulas*, in forma eminente, espressivo e garante della certezza del diritto.

La Corte tiene ora a precisare che il giudicato resta un punto fermo, un’autentica pietra d’angolo dell’edificio processuale e dell’intera costruzione ordinamentale. Significativo appare al riguardo essere il richiamo alla giurisprudenza europea, specificamente laddove si fa riferimento al momento in cui viene in luce la legge penale più favorevole, a seconda cioè che essa si abbia prima della pronuncia definitiva ovvero dopo di essa. D’altro canto, precisa la Corte, anche dalla prospettiva del giudice europeo, il diritto di difesa può risultare inciso da contrasti giurisprudenziali di tipo “sincronico”, in corso di processo, non già da contrasti “diacronici”, a processo ormai concluso. E non è inutile rammentare che, al di fuori della materia penale, lo stesso avvicinarsi delle leggi nel tempo, con la diversa disciplina da esse data di situazioni identiche, è foriero di trattamenti discriminanti (e, perciò, di diseguaglianza), che nondimeno devono essere tollerati e restano pertanto assorbiti dall’ordinamento in nome dell’irrefrenabile bisogno da quest’ultimo avvertito di trasmettersi, rinnovato nei suoi contenuti contingenti, nel tempo.

Qui, il passaggio più delicato del ragionamento fatto alla Consulta concerne l’eventualità che il punto di diritto enunciato dalle Sezioni unite possa considerarsi come sostanzialmente coincidente con l’indirizzo giurisprudenziale di cui è portatrice la Corte di Strasburgo. In tal caso, infatti, il giudicato sarebbe stato a rischio, il mutamento giurisprudenziale registratosi presso la Cassazione facendo da specchio ad un analogo (e vincolante) orientamento manifestato dal giudice europeo (naturalmente, è da prendere in considerazione altresì il caso che l’ordine cronologico sia invertito; il prodotto, però, non cambia, dal verdetto del giudice europeo attivandosi oneri di varia natura ed intensità a carico delle autorità di diritto interno, segnatamente giudici e legislatore, di ripristino dell’armonia del diritto nazionale rispetto al diritto convenzionale).

La Corte si trova pertanto obbligata a far luogo ad un’oculata ricostruzione del pensiero della Corte EDU a riguardo della *lex mitior* e dei suoi effetti; e nel fare ciò – è qui un ulteriore profilo degno di nota – non trascura di mettere in evidenza i tratti peculiari del sistema delle garanzie proprio del diritto interno e di quello invece proprio del diritto convenzionale. Non si trattiene dal rilevare che la giurisprudenza europea ha, in una certa misura, forzato la lettera della Convenzione, che si limita (o, dobbiamo ormai dire, *limitava*...) ad enunciare il principio del divieto di applicazione retroattiva della norma penale sfavorevole, ad esso significativamente aggiungendo altresì quello della retroattività della *lex mitior* (una sottolineatura ininfluyente dello scostamento della giurisprudenza dalla Convenzione, dal momento che non scalfisce minimamente l’*auctoritas* della prima). Fa, quindi,

richiamo al pensiero del giudice *a quo*, specificamente nella parte in cui precisa che la nozione di “diritto” (“*law*”) fatta propria dalla CEDU ha carattere “sostanziale” (e non “formale”), siccome riferita tanto al diritto di produzione legislativa quanto a quello di produzione giurisprudenziale, una nozione che – si ammette – è stata giudicata a Strasburgo valevole anche per gli ordinamenti di *civil law*.

Viene così a galla, in tutta la sua corposa consistenza, il divergente punto di vista, dalle profonde radici, tra le Corti: diversa è, infatti, la concezione dei “modelli” giuridici, degli ordinamenti. A Strasburgo si riduce fortemente, fino in qualche caso ad azzerare del tutto, lo scarto tra *civil* e *common law*, perlomeno per come tradizionalmente intesi; a Roma, di contro, lo stacco è mantenuto, per quanto – come si sa – la più avvertita dottrina abbia, da noi come altrove, da tempo e con varietà di argomenti rilevato la improponibilità di taluni schemi qualificatori ormai vetusti a fronte di una esperienza assai fluida ed internamente composita, che offre ripetute ed eloquenti testimonianze di una giurisprudenza *quodammodo* “normativa” (si pensi solo ai casi di applicazione diretta della Costituzione, alle stesse pratiche d’interpretazione conforme, perlomeno in alcune loro incisive realizzazioni, e via dicendo).

La Corte si spende molto a dimostrare la perdurante vigenza ed attualità in ambito interno dell’istituto della riserva di legge, con specifico riguardo alla materia penale, che mostra d’intendere in particolarmente ristretta accezione. Significativa la sottolineatura del valore della rappresentanza politica, quale prende corpo nella sede parlamentare, così come il riferimento alla procedura deliberativa che nella sede stessa si realizza attraverso il libero confronto tra le forze politiche (e di esse con la pubblica opinione). Con ogni probabilità, sarebbe eccessivo prendere alla lettera siffatte affermazioni, escludendo in radice che d’ora innanzi i diritti fondamentali (e, segnatamente, la libertà personale) possano essere fatti oggetto di disciplina a mezzo di strumenti normativi diversi dalla legge, così come – è noto – molte volte si è avuto e seguita ad aversi (la stessa Corte, d’altronde, ha – come si sa – ammesso esser fatta salva la riserva con riguardo ai casi di disciplina da parte dell’Unione, anche dunque a mezzo di atti che di certo non sono riportabili all’istituto della rappresentanza e che, anzi, parrebbero da esso sensibilmente discostarsi). Ad ogni buon conto, anche questa sembra essere una delle molte sfaccettature esibite dalla composita decisione in commento che giova tenere sott’occhio verificando quale seguito possa esser dato, se vi si darà, alle affermazioni suddette nelle pratiche di normazione poste in essere in ambito interno.

La Corte ha tuttavia – come si diceva – necessità di dimostrare che i mutamenti di giurisprudenza registratisi in tale ambito non esprimano un vincolo giuridico insuperabile *dal punto di vista della CEDU*, vale a dire, a conti fatti, della giurisprudenza europea. E la sua conclusione, perentoria, è che *mai* la giurisprudenza stessa ha riferito “in modo specifico, il principio di retroattività della *lex mitior* ai mutamenti di giurisprudenza”.

Il punto non sembra tuttavia esser fissato in modo del tutto fermo e chiaro, al di là del carattere estremamente risoluto dell’argomentazione.

Per un verso, infatti, si richiama il pensiero del giudice *a quo*, nella parte in cui, in via di principio, si riferisce a quella larga accezione di “*law*”, invalsa nella giurisprudenza convenzionale, cui si è poc’anzi fatto cenno; per un altro verso, con specifico riguardo alla vicenda processuale in esame, si tiene a precisare che di siffatta larga accezione non si ha esplicito riscontro (perlomeno, fino ad oggi...) in relazione al principio di retroattività della *lex mitior*. In ogni caso, quasi a voler mettere le mani avanti, la Corte si fa cura di rilevare che la diversa garanzia apprestata ai diritti, rispettivamente in ambito convenzionale ed in ambito nazionale, “preclude una meccanica trasposizione nell’ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale”.

Qui, si fa largo a forza il richiamo ai connotati peculiari, immediatamente caratterizzanti, dei due sistemi di garanzie, a ciò insomma che fa l’identità costituzionale del nostro ordinamento, della quale la Corte riafferma oggi di volersi fare rigoroso custode. Non è più – si faccia caso – in gioco la osservanza dell’indirizzo di cui si fa portatrice la Corte di Strasburgo, circoscritta – come si è molte volte detto e qui pure non si trascura di rilevare – alla sua sola “sostanza”; ciò che equivale a dire

esser sufficiente che resti preservato il tronco dell'albero, senza che debba di necessità aversi cura di alcuni suoi rami, specie di quelli minori. Qui, si rimette in discussione proprio il tronco, la concezione stessa di com'è fatto, nella sua struttura, l'ordinamento, quali ne siano o possano esserne le fonti, idonee a rinnovarlo e però, con ciò stesso, a trasmetterlo integro e sempre identico a sé lungo il corso del tempo.

Su questo terreno, il "dialogo" tra le Corti rischia, dunque, di rivelarsi – come pure ad altro riguardo s'è detto – un "doppio monologo" tra parlanti lingue diverse. Perché – qui è il punto – se la struttura dei sistemi, di quello convenzionale e di quello nazionale, appare esser composta da materiali non coincidenti e riducibili ad unità, come immaginare che per il loro tramite si possa costruire una casa a due piani, omogenei per fattura e stabilmente saldati l'uno all'altro?

Cosa invece avrebbe potuto (e dovuto) fare la Corte volendo tessere (e non sfilare) la sua tela, dando perciò seguito al "dialogo" già con un certo profitto avviato e oggi – a quanto pare – bruscamente interrotto? L'irrigidimento delle posizioni non porta da nessuna parte; il loro ammorbidimento, di contro, agevola la ricerca di un punto d'incontro, pur nella legittimamente diversa connotazione delle prospettive e degli orientamenti. Certo, la Corte non era chiamata a dilungarsi in discorsi che l'avrebbero portata oltre l'*hortus conclusus* in cui si situava il caso; e, però, se avesse affermato che il giudicato non si atteggia allo stesso modo nei varî campi di esperienza in cui si afferma (oltre che nel processo penale, in quello amministrativo, tributario, in materia di lavoro, ecc.), in ciascuno di essi facendo da specchio ad esigenze diverse e, pertanto, dando luogo a movenze parimenti diverse, avrebbe potuto trarne la conseguenza che esso *di norma* resiste al mutamento giurisprudenziale ma, appunto, *non sempre*, per effetto di operazioni di bilanciamento assiologico tra i beni della vita costituzionalmente protetti. D'altro canto, anche in altri casi, in relazione ai quali lo stesso giudice delle leggi ha ammesso il carattere recessivo del giudicato (quale quello fatto oggetto della [sent. n. 113 del 2011](#)), l'esito rinviene giustificazione in una ponderazione di beni o interessi meritevoli di tutela che trae ispirazione dalla Costituzione come sistema di valori positivizzati.

Una conclusione, questa, dai plurimi vantaggi.

In primo luogo, si sarebbe ugualmente salvaguardata la specificità dell'ordinamento interno rispetto a quello convenzionale, senza tuttavia far luogo alla loro sterile ed anzi controproducente contrapposizione.

In secondo luogo, non si sarebbe eretto un muro invalicabile tra *civil* e *common law*, che, da una parte e dall'altra, nessuno ormai vuole più e che – questo è ciò che maggiormente importa – frontalmente si oppone al modo strutturale di essere e di operare delle Corti europee, alla loro composizione, alla cultura *quodammodo* "mista", dalle plurime ascendenze, di cui esse si fanno portatrici, alla loro vocazione a dar vita ad indirizzi concilianti, *duttili* appunto, sì da poter valere per contesti anche profondamente diversi l'uno dall'altro.

In terzo luogo, si sarebbe ugualmente preservata la distinzione tra "diritto legislativo" e "diritto giurisprudenziale", evitando allo stesso tempo la sua degenerazione in una radicale contrapposizione, che fa torto sia all'uno che all'altro "diritto", in specie al secondo, di cui si dà una rappresentazione riduttiva, stantia, inadeguata a coglierne la ricchezza, composità, incisività della manifestazioni.

In quarto luogo, per ciò che qui più da presso importa, la porta del "dialogo" con la Corte di Strasburgo (ma, vorrei dire, con entrambe le Corti europee) sarebbe ugualmente rimasta aperta, tale da consentire il passaggio, da una parte e dall'altra, dei materiali giurisprudenziali più solidi ed adeguati a costruire la casa comune, nella quale possano trovare sicuro rifugio le aspettative di tutela maggiormente pressanti ed avvertite.

La Corte, forse, non si è avveduta dell'opportunità che le veniva offerta e che le avrebbe dato modo di rifare su basi nuove e più salde il ponte attraversando il quale le giurisprudenze, quelle di origine esterna e quelle nazionali, possono incontrarsi, confrontarsi, interagire a vicenda.

Il "dialogo", quando è veramente tale, non è cioè meramente predicato ma praticato, è questo; ed è l'unico mezzo col quale far sì che la giurisprudenza nazionale, specie nelle sue più autorevoli e stabili espressioni, possa alla bisogna fecondare quella sovranazionale, venendo quindi da quest'ultima *quodammodo* "novata", per poi per il suo tramite tornare in ambito interno e in esso

mettere nuove e ancora più consistenti radici, farsi cioè *verum ius*. La qual cosa invero richiede che la giurisprudenza stessa possa attrezzarsi come si conviene *al piano culturale*, offrendosi in forme viepiù adeguate alle pretese crescenti di appagamento avanzate dai diritti, dai vecchi così come dai nuovi. E ciò può rendersi palese e farsi in particolare misura apprezzare nel momento in cui la giurisprudenza nazionale, in tutte le sue articolazioni (quale giurisprudenza di merito, di legittimità, costituzionale), si mostri attenta e sensibile nei riguardi della giurisprudenza delle Corti europee, dando fondo pertanto a tutte le risorse di cui dispone per rigenerarsi senza sosta e piegarsi davanti ai più diffusi ed avvertiti bisogni elementari dell'uomo.

Fuori dal circolo interpretativo, anche (e soprattutto) nella sua proiezione interordinamentale, fuori cioè dal “dialogo” (nella sua densa e pregnante accezione), non v'è né futuro per la giurisprudenza, per la sua vocazione a farsi “vero diritto”, né speranza per le aspettative di salvaguardia dei diritti nutrite da chi, fiducioso, si rivolge al giudice e ne invoca tutela. Dentro il circolo interpretativo, sorretto ed alimentato giorno dopo giorno con somma pazienza ed altrettanto coraggio, quel futuro e quella speranza possono avere pratico senso.

Antonio Ruggeri - Carmela Salazar
Il Governo Monti e la riscrittura del Titolo V: “controriforma” o manovra gattopardesca?*

SOMMARIO: 1. Il carattere assai incerto e, in più punti, traballante della prosa con cui si presentano gli enunciati del disegno in esame, destinato pertanto, qualora dovesse giungere in porto, a sicura e corposa “riscrittura” in sede applicativa (e, segnatamente, nei giudizi davanti alla Corte costituzionale). – 2. Il transito di porzioni consistenti di materie ovvero di intere materie dall’area di spettanza regionale a quella di esclusivo dominio dello Stato, tra mera “razionalizzazione” ed innovazione rispetto all’esistente. – 3. Pescando a caso in seno ai nuovi campi materiali: esempi di formule ambigue ovvero palesemente oscure. – 4. La riformulazione dei tipi di potestà legislativa e dei loro limiti, tra continuo e discontinuo. – 5. Il giro di vite attorno alla potestà regolamentare e la “logica” della separazione delle competenze che traspare dal nuovo dettato costituzionale che vi fa riferimento. – 6. I rapporti tra le leggi di Stato e Regione: l’apparente opzione per la separazione delle competenze e l’occasione sciupata di fare finalmente chiarezza in merito alla “logica” che sta a base dei rapporti stessi, con riguardo ai campi materiali sia di potestà concorrente che di potestà “residuale”. – 7. Il riallineamento del sistema di controllo sulle leggi siciliane al sistema valevole per le altre Regioni.

1. Il carattere assai incerto e, in più punti, traballante della prosa con cui si presentano gli enunciati del disegno in esame, destinato pertanto, qualora dovesse giungere in porto, a sicura e corposa “riscrittura” in sede applicativa (e, segnatamente, nei giudizi davanti alla Corte costituzionale)

Non è facile rispondere a cuor leggero al quesito che dà il titolo a queste brevi notazioni, fatte “a pri

ma lettura” del disegno di legge messo a punto dal Governo Monti e presentato in Parlamento (Sen., n. 3520) il 15 ottobre 2012. Una prima, generale riserva va subito fatta e riguarda il disegno in esame, al pari di molti altri; ed è che la vaghezza degli enunciati ed il carattere assai incerto (e francamente in più punti traballante) della prosa da essi esibita lasciano invero aperto a tutto campo il ventaglio delle ipotesi interpretative e, per ciò pure, dei modi del suo successivo svolgimento nella pratica giuridica a venire, per il caso che il disegno in commento dovesse giungere in porto così com’è. Se poi si tenta di comporre in sistema gli enunciati stessi, ci si avvede come entrambi i corni dell’alternativa evocata dal titolo sembrano trovare da questa o quella disposizione conferma; e, poiché essi si presentano come irriducibili l’uno all’altro, se ne ha che risulta assai problematico, al tirar delle somme, stabilire se sia maggiormente marcato l’uno ovvero l’altro dei termini dell’alternativa.

Il quadro complessivo appare comunque essere assai appannato e, in molte sue parti, invero oscuro; la qual cosa obbliga ad una seria e disincantata riflessione circa gli effetti conseguenti ad un uso non adeguatamente vigilato delle tecniche di *drafting* e, in genere, del linguaggio, tanto più appunto al piano costituzionale. Non si tratta, d’altro canto, come si sa, di cosa nuova; e non occorre ora rammentare quante e quali acrobazie argomentative s’è trovata costretta a fare la giurisprudenza costituzionale, col soccorso di una generosa dottrina, per ricucire con pazienza certosina il tessuto fatto a brandelli da un linguaggio ora sibillino ed ora palesemente contraddittorio col quale sono stati confezionati gli enunciati del Titolo V dall’autore della riforma del 2001, al punto che il Titolo stesso è stato, a conti fatti, “riscritto” – secondo il crudo e franco giudizio di un’avvertita dottrina –

a mezzo di coraggiose (ma, talora, temerarie) interpretazioni “adeguatrici” o, diciamo pure, “sananti”. Ed allora è facile previsions quella per cui, qualora il disegno qui annotato dovesse giungere alla meta, esso pure non si sottrarrebbe ad incisivi interventi chirurgici a finalità ricostruttiva,

* Lo scritto riprende, con ulteriori svolgimenti e precisazioni, una riflessione che è nell’appendice di aggiornamento, dal titolo *Il Governo Monti e la “controriforma” del Titolo V*, a T. MARTINES - A. RUGGERI - C. SALAZAR, *Lineamenti di diritto regionale*⁹, Milano 2012.

forse ancora maggiori – come si mostrerà con esempi – di quelli posti in essere in relazione al dettato ad oggi vigente.

Gli enunciati ora presi in rapido esame possono, a nostra opinione, classificarsi in più tipi.

Vi sono quelli chiari (o, per dir meglio, sufficientemente chiari), quelli poco chiari, quelli infine oscuri; tutti, poi, possono riportarsi ora all'uno ed ora all'altro dei termini dell'alternativa indicata nel titolo. Si tenterà alla fine di stabilire da quale parte penda maggiormente la bilancia.

2. Il transito di porzioni consistenti di materie ovvero di intere materie dall'area di spettanza regionale a quella di esclusivo dominio dello Stato, tra mera "razionalizzazione" ed innovazione rispetto all'esistente

Tra gli enunciati della prima specie sono da annoverare quelli che puntano alla ridefinizione del riparto delle materie; per la verità, non tutti ma la loro gran parte. Chiara è, soprattutto, la linea di tendenza tracciata a mezzo di siffatta ridefinizione, che – come si è fatto da molti notare – è nel senso di riportare al centro materie dapprima demandate in periferia. Non si discute ora se siffatto riaccostamento sia o no fondato, con specifico riguardo ad esigenze di funzionalità ovvero in relazione all'ottimale appagamento di interessi costituzionalmente protetti. Si rammenta solo che già all'indomani del varo della riforma del 2001 erano state segnalate da parte di molti sviste e dimenticanze foriere di gravi inconvenienti, a motivo del fatto che alcune materie (come, ad es., la produzione, il trasporto e la distribuzione nazionale dell'energia) risultavano, perlomeno *secundum verba*, consegnate alla disciplina delle leggi regionali. Non a caso, come pure è assai noto, la giurisprudenza ha fatto luogo alla messa a punto di talune tecniche decisorie per effetto della cui applicazione si sono avuti consistenti ritagli di porzioni di materie ovvero il riporto di intere materie in capo allo Stato (si rammenti, per tutti, il criterio della prevalenza, grazie al quale si è reso, e si rende, possibile far attrarre allo Stato interessi che pure, in modo non "prevalente", potrebbero a buon titolo costituire oggetto di disciplina regionale; e si pensi ancora al modo con cui si è fatto utilizzo del canone della leale cooperazione o del principio di sussidiarietà: un canone ed un principio, sì, ambiversi, potendo giocare a beneficio di questo o quell'ente, ma che in molti casi hanno essi pure fatto da "ascensore" portato ad andare unicamente verso l'alto, con tendenziale, non lieve pregiudizio per l'autonomia).

Ora, la circostanza per cui nel "diritto vivente" il riparto delle materie non sia stato quello che avrebbe potuto risultare dalla lettura del dettato costituzionale avvalorata l'ipotesi che, per quest'aspetto, la revisione in esame si ponga, a seconda degli ambiti materiali, ora come mera razionalizzazione dell'esperienza ed ora invece quale "controriforma": termine che, per questa parte almeno, non s'intende caricare di alcuna valenza, positiva o negativa che sia. Non è di qui, infatti, stabilire se sia, o no, opportuno che si sia avuto il transito (parziale o totale) di materie a beneficio dello Stato; s'intende solo dire che, *perlomeno con riguardo ad alcune di esse*, la menzione che se ne fa nel nuovo II c. dell'art. 117 rispecchia un'esperienza già consolidata, specie per mano della giurisprudenza, mentre per altre materie parrebbe volersi innovare all'esistente.

Una seria, non preorientata, riflessione dovrebbe poi farsi in merito al fondamento di una siffatta ridefinizione del quadro delle materie. Perché solo quelle e non altre? O, all'opposto, perché tutte quelle? E, in generale, perché quelle?

Si è già tentato in altre sedi di mostrare che il vero oggetto delle discipline legislative (non importa di quale ente) è dato non già dalle *materie* bensì dagli *interessi*: è la loro natura ad attrarre la fonte e, dunque, a fissare la competenza. Naturalmente, questa conclusione rimanda al criterio o ai criteri coi quali determinare la natura stessa, la quale peraltro è soggetta a sempre possibile, rapido, mutamento, in ragione del contesto in cui gli interessi stessi s'inscrivono, vengono a maturazione, pretendono di farsi valere. La trama costituzionale è, insomma, attraversata da un moto incessante, che obbliga il linguaggio della Carta a sottostare a parimenti continue sue messe a punto, a conti fatti apprezzabili per il tramite del canone della ragionevolezza, nella sua composita accezione quale congruità delle

norme, a un tempo, al “fatto” (agli interessi, appunto) ed ai valori, in ispecie alla sintesi di unità ed autonomia mirabilmente espressa nell’art. 5.

Qui è il *punctum dolens* della questione ora nuovamente discussa. Perché la gravissima crisi economica in atto sembra portare fatalmente all’esito di ricondurre in massa gli interessi nell’orbita della competenza dello Stato: quanto meno, questa è la tesi – giusta o sbagliata, non importa – di cui sembra volersi fare convinto e vigoroso sostenitore l’autore del disegno qui annotato. Tra le righe dell’intero articolato – è questo il messaggio da esso inviato – si intravede con chiarezza l’idea che la crisi non possa essere affrontata come si conviene se non accentrando, accentrando quanto più si può, a man bassa, l’autonomia venendo dunque vista (se non come un nemico) come un rischio tangibile per la stabilità finanziaria. Lo si dice, d’altronde, apertamente nel nuovo art. 116, laddove con una impropria aggiunta (se non di sostanza, di forma, con riferimento cioè alla *sedes materiae*, che avrebbe dovuto piuttosto essere quella di cui all’art. 119) si impone il vincolo del pareggio di bilancio anche alle Regioni speciali. Siamo però davvero sicuri che l’accentramento sia l’unica via, quella giusta e più direttamente conducente al conseguimento dello scopo? Siamo sicuri che sia questo il modo migliore per riconciliare le misure imposte con stile draconiano per far fronte alla crisi coi principi costituzionali (in ispecie, col principio di cui all’art. 5, nel suo fare “sistema” coi principi di cui agli artt. 2 e 3)? Non si potrebbero piuttosto richiamare le Regioni alla osservanza dei vincoli che ci vengono dall’appartenenza all’Unione europea, dotandole di un patrimonio di risorse pur contenuto ma suscettibile di essere oculatamente speso *in autonomia*, per l’appagamento dei peculiari bisogni emergenti nei territori di cui si compone la Repubblica?

Domande, come si vede, che rimettono in discussione l’intero impianto del disegno Monti e – a dirla tutta – l’intera manovra dal Governo posta in essere, interrogandosi pensosi (e con una certa inquietudine) circa la sua piena rispondenza ai canoni costituzionali, in ispecie a quel principio di eguaglianza sostanziale che avrebbe piuttosto richiesto (e sempre richiederebbe) che il maggior contributo a far fronte alla crisi fosse (e sia) dato non già dai più deboli, esposti, bisognosi, bensì da coloro che più hanno e più pertanto possono e devono dare.

Ad ogni buon conto, sembra ora sterile farsi quelle domande, dal momento che, ove il disegno dovesse giungere in porto, l’ipotesi che la Consulta possa metterlo nel nulla, anche solo in una o più delle sue norme, per quanto astrattamente formulabile, appare però essere concretamente priva di prospettive. Ancora una volta, *historia magistra vitae*: il Titolo V uscito dalla riforma del 2001 avrebbe meritato, per pressoché unanime riconoscimento, di essere in più d’una delle sue disposizioni sanzionato senza appello; nessuno però si è mai illuso che di ciò potesse aversi effettivo riscontro nell’esperienza.

3. Pescando a caso in seno ai nuovi campi materiali: esempi di formule ambigue ovvero palesemente oscure

Un discorso a sé va poi fatto in relazione al transito dell’armonizzazione dei bilanci pubblici e del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario dall’area delle materie di competenza concorrente a quella delle materie di esclusiva spettanza dello Stato.

Si tratta – come si sa – di una novità solo... *a metà*, in parte anticipata dalla legge cost. n. 1 del 2012 (con riguardo alla armonizzazione dei bilanci pubblici). Anche però nella parte in cui essa è davvero nuova, sembra francamente incomprensibile, perlomeno a stare alla lettera dell’espressione costituzionale. Giusta infatti la tesi, come si sa largamente diffusa e risalente, secondo cui il “coordinamento”, nei vari campi di esperienza e nelle parimenti varie forme in cui si realizza, si esprime a mezzo di direttive, vale a dire di atti vincolanti nel fine ma non pure nel mezzo, in relazione alla materia della finanza parrebbe che esso non possa aversi che a mezzo di norme di principio. Stando così le cose, però, che differenza fa che la materia stessa si trovi menzionata nel

III ovvero nel II c. dell’art. 117?

L'intento è tuttavia chiaro, reso palese non soltanto dalla revisione della Carta operata con legge cost. n. 1 del 2012 ma dal modo con cui i rapporti di ordine finanziario tra Stato e Regioni sono venuti col tempo atteggiandosi. Il vero è, infatti, che si vuole che l'assetto del sistema finanziario sia, *praticamente in ogni sua parte*, definito dalla legge statale, ponendosi quindi le Regioni unicamente quali i terminali di decisioni preconfezionate, bisognose di essere puramente e semplicemente eseguite.

Il "coordinamento" viene così a caricarsi di complessive valenze incongrue rispetto alla sua originaria configurazione: un nome, insomma, che non corrisponde più alla cosa da esso evocata.

Al piano delle materie, comunque, la novità che promette di rivelarsi quale la più rilevante, addirittura dirimente rispetto all'attuale riparto, con grave, forse irreparabile, pregiudizio per l'autonomia, svilita nella sua stessa essenza, è data dall'avocazione allo Stato della esclusiva competenza a disciplinare i rapporti internazionali e con l'Unione europea.

La formula è ambigua, prestandosi a letture di vario segno; considerata poi nel suo fare "sistema" con le disposizioni a contorno, appare addirittura oscura, facendo pervenire ad un esito ricostruttivo irragionevole (per non dire, del tutto irrazionale...).

Già nel 2001, all'indomani del rifacimento del Titolo V, si era fatta questione circa la portata del riconoscimento della competenza in parola e della sua attrazione nell'area materiale descritta nel III c. dell'art. 117. Col disegno in commento, è da mettere in conto l'eventualità che si affermi una lettura del nuovo dettato costituzionale secondo cui *tutto quanto* attiene alle relazioni in parola si reputi ricadere entro la sfera di competenze dello Stato (dunque, anche la disciplina posta in ambito interno al fine di dare attuazione agli impegni assunti in seno alla Comunità internazionale ed all'Unione europea). Un'ipotesi interpretativa, questa, che di tutta evidenza comporterebbe sì numerose e corpose sforbiciate in seno agli ambiti materiali astrattamente ricadenti nell'area regionale da svuotarne in buona sostanza la consistenza e, con essa, il senso stesso dell'autonomia (si pensi solo agli effetti che se ne avrebbero a carico della legge n. 11 del 2005, che dovrebbe in alcune delle sue più significative formulazioni considerarsi affetta da invalidità sopravvenuta, se non pure abrogata, sì da non potersene più fare alcun utilizzo).

Se, di contro, ai rapporti in discorso dovesse assegnarsi una mera valenza istituzionale, tale comunque da non riflettersi sulle discipline sostantive ricadenti nelle materie (nominate ed innominate) di cui all'art. 117, l'autonomia, pur soffrendone in una non secondaria misura, vedrebbe tuttavia preservata la sua attitudine ad essere spesa a beneficio della collettività.

Senonché a rendere estremamente confuso (e finanche – come si diceva – oscuro) il quadro è la circostanza per cui l'autore del disegno in commento mantiene in vita l'ultimo comma dell'art. 117, restando pertanto integra la facoltà della Regione di concludere accordi e intese di rilievo internazionale.

V'è, in via di mera ipotesi, un solo modo, a nostra opinione, per fugare la contraddizione ora rilevata e comporre in "sistema" il vecchio col nuovo dettato; ed è di considerare abilitata la Regione alla conclusione dei patti suddetti, senza tuttavia che possa poi darvi seguito al piano legislativo. Non è però chi non veda l'assurdità di una conclusione siffatta. D'altro canto, riportando in capo allo Stato i rapporti in discorso, lo stesso avvio delle trattative con autorità istituzionali di altri ordinamenti dovrebbe ormai giudicarsi precluso alla Regione.

Il punto è che, poiché il disegno dà luogo a modifiche espresse della Carta, neppure potrebbe a rigore affacciarsi l'idea di una modifica tacita dell'ultimo comma dell'art. 117 (e ciò, anche a non aderire alla tesi, come si sa prospettata da una sensibile dottrina, secondo cui le innovazioni apportate alla Carta con le procedure dell'art. 138 non potrebbero che essere comunque espresse).

Insomma, un vero e proprio pasticcio, che si consegna quindi agli operatori (e, in ultima istanza, al giudice delle leggi) perché possano trovare il bandolo della matassa e dare così un senso a ciò che un senso obiettivamente non ha.

Altre disposizioni ancora sono di assai incerta formulazione, senza che tuttavia se ne possa qui fare oggetto di specifico ed adeguato esame. Si pensi solo all'aggiunta fatta alla lett. p) del II c. dell'art. 117, nella parte in cui rimette alla disciplina della legge statale altresì la definizione dei "principi

generali dell'ordinamento" degli enti locali. Una formula di cui si fatica a comprendere la *ratio*, stabilendo in cosa propriamente si distingua dai contenuti restanti dell'enunciato di cui fa parte, segnatamente dalle "funzioni fondamentali" degli enti stessi. Chiaro è solo l'intento volto a circoscrivere l'area ricopribile dalle fonti di autonomia: dalle leggi regionali in primo luogo (non si dimentichi che l'articolato in esame riguarda la spartizione delle materie tra le leggi di Stato e Regione) e, quindi, dalle fonti di autonomia locale, obbligate a conformarsi ai "principi generali" suddetti. Quali proiezioni però l'intento stesso possa avere per effetto della novità in parola non è, come si diceva, chiaro. Il timore è che i principi in discorso possano essere intesi e fatti valere a mo' di "principi fondamentali" relativi a materie di potestà concorrente (per quanto – come si sa – i principi "fondamentali" siano una cosa, quelli "generali" un'altra), vale a dire che finiscano col riguardare le stesse leggi regionali con le quali sono determinate le funzioni "non fondamentali" degli enti locali. Potrebbe cioè assistersi al sostanziale "declassamento" della competenza legislativa in tema di funzioni, le funzioni stesse prestandosi tutte, le "fondamentali" come le "non fondamentali", a costituire oggetto di disciplina statale.

4. La riformulazione dei tipi di potestà legislativa e dei loro limiti, tra continuo e discontinuo

Le notazioni da ultimo svolte sembrano suscettibili di generalizzazione, perlomeno secondo una lettura "pessimistica" (ma realistica...) per l'autonomia, comunque non efficacemente contrastata dalla lettera degli enunciati, a motivo della loro somma vaghezza e palese incertezza di formulazione, una lettura che è poi incoraggiata – e questo maggiormente importa – dal contesto in cui la riforma Monti s'inscrive, che – come si viene dicendo – è di spingere vigorosamente nel senso del ritorno al centro di materie e funzioni dapprima devolute in periferia, quale soluzione giudicata come necessitata dalla crisi e perciò ritenuta la più idonea a farvi fronte.

Già la riforma del 2001 aveva lasciato intendere non esservi campo materiale in tutto e per tutto sottratto all'intervento statale, rimesso cioè alla regolazione in modo autenticamente "pieno" o esclusivo da parte della Regione; e basti solo al riguardo tenere a mente quali opportunità di regolazione siano offerte alle leggi statali espressive di competenza "trasversale", relative a quelle che con felice espressione sono state chiamate le materie-"non materie", leggi abilitate ad esprimere vincoli di varia intensità a carico dell'autonomia. Oggi però, col disegno Monti, si va ancora oltre; e, nel momento in cui si mantengono materie o competenze già facenti capo alla Regione, si prevedono meccanismi che potrebbero tosto riportarle pressoché per intero in capo allo Stato: meccanismi, come si vede, suscettibili di fungere da "ascensore" – così come è solita fare la sussidiarietà – spingendosi fino al punto di svuotare il patrimonio di cui l'autonomia dispone al servizio della collettività.

Poc'anzi si è fatto, al riguardo, l'esempio della materia delle relazioni internazionali e con l'Unione europea, allo stesso tempo riportata nella sfera statale e però, stranamente, mantenuta alle Regioni, sia pure limitatamente alla conclusione degli accordi e delle intese, di cui all'ultimo comma dell'art. 117.

Similmente può ora dirsi al piano dei limiti, specificamente per ciò che attiene alla salvaguardia dei diritti costituzionali. L'art. 117, II c., lett. m) non è innovato dal disegno Monti; e, dunque, resta riservata allo Stato la fissazione dei "livelli essenziali" delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali, allo stesso tempo preservandosi la competenza delle Regioni d'innalzare i livelli stessi oltre la soglia della "essenzialità" (non di cristallina chiarezza, per vero, la giurisprudenza sul punto; l'eventualità di siffatto innalzamento, ad ogni buon conto, è stata ripetutamente ammessa). Così perlomeno parrebbe; solo che l'aggiunta ora fatta al I c., art. cit., secondo cui spetta alle sole leggi statali assicurare "la garanzia dei diritti costituzionali" parrebbe dar modo alle leggi stesse di portarsi oltre i "livelli essenziali" suddetti, quanto meno appunto laddove ciò sia richiesto dal bisogno di dare la "garanzia" ai diritti. Cosa poi quest'ultima sia non è chiaro, sol che si pensi che di solito del termine ora evidenziato si fa uso con riferimento all'attività dei giudici e, in genere, appunto dei "garanti",

l'attività del legislatore al servizio dei diritti essendo usualmente descritta col ricorso al termine "riconoscimento" *et similia*.

Sta di fatto che – come si diceva – facendo leva sulla competenza di cui si fa ora menzione nel nuovo I c. dell'art. 117, unitamente all'altra formula che ha riguardo alla "tutela dell'unità giuridica ed economica della Repubblica", la legge statale può praticamente espandersi per ogni dove, nessun ambito materiale essendole in via di principio sottratto e suscettibile di essere fatto oggetto anche con norme assai incisive e penetranti, al punto da riproporsi con un'autorevole dottrina in modo pressante il quesito in merito alla utilità di mantenere la distinzione tra i tipi di potestà legislativa regionale.

Il riferimento all'unità in parola torna, poi, in coda al III c., art. cit., dove in vece dei "principi fondamentali" quale contenuto tipico delle leggi statali di potestà concorrente si fa menzione di non meglio precisati "profili funzionali" all'unità suddetta.

Lo spostamento del limite dal piano strutturale a quello funzionale, a stare alla lettera del dettato costituzionale, parrebbe essere una delle più significative novità del disegno qui fatto oggetto di un primo commento, una delle sue cifre più immediatamente espressive, identificanti. Sappiamo però che già da tempo la conversione era nei fatti, frutto di una intraprendente giurisprudenza costituzionale che – qui come altrove – ha "riscritto", come si è dietro rammentato, il Titolo V. Per quest'aspetto, dunque, la revisione costituzionale, più che una "controriforma", sembra essere una manovra gattopardesca, razionalizzatrice di un'esperienza di cui si hanno ripetute e significative testimonianze. Con una non secondaria precisazione, però; ed è che, grazie proprio al riferimento fatto nella Carta, qual è ancora oggi vigente, ai "principi fondamentali" quale tratto caratterizzante la struttura nomologica delle leggi statali, si danno esempi di norme statali caducate dal giudice delle leggi appunto in quanto inespressive di "principi". Domani, com'è chiaro, quest'argomento non potrà più essere speso a beneficio dell'autonomia.

Il vero è che il vincolo a carico delle leggi regionali è stato ed è costantemente fatto valere laddove si reputi, in sede di giudizio secondo ragionevolezza, che esso trovi giustificazione nella natura degli interessi in campo: in particolare, trattandosi di interessi nazionali, si ritiene che debba farsene cura lo Stato. D'ora innanzi, però, per effetto del riferimento all'unità giuridica ed economica, viene da pensare che fasci d'interessi viepiù consistenti saranno attratti nell'orbita della disciplina statale. La crisi economica, cui – come si faceva poc'anzi notare – in buona sostanza si deve la riscrittura del Titolo V di cui ritiene di doversi fare ora carico il Governo Monti, promette dunque di far luogo a corpose conversioni della natura degli interessi. Quale spazio possa residuarne a beneficio dell'autonomia non è dato di sapere; di certo, non può stabilirsi *in vitro*, in prospettiva formale- astratta, ma solo *in vivo*, in prospettiva sostanziale (o, meglio, assiologicosostanziale), all'esito di operazioni di bilanciamento secondo valore, che puntino cioè a realizzare sintesi apprezzabili di unità ed autonomia. Staremo dunque a vedere quale assetto degli interessi (e, di conseguenza, tra le fonti) verrà a prendere forma negli sviluppi più immediati del nostro regionalismo. Vorremmo però subito avvertire che – con o senza il disegno Monti – le conversioni in discorso seguiranno ad aversi, praticamente per ogni campo materiale, in modo diffuso ed a ritmi incalzanti. Al tirar delle somme, si tratta solo di chiedersi se giova che se ne abbia traccia nel dettato della Carta, allo scopo opportunamente novellata.

Le notazioni appena svolte sembrano estensibili altresì al tipo astrattamente più forte di autonomia legislativa regionale, la "residuale".

Secondo la formulazione dell'art. 117, IV c., ad oggi vigente, la potestà legislativa in parola parrebbe essere "piena"; e così, infatti, è stata (impropriamente) chiamata dai suoi primi, frettolosi commentatori. Che veramente "piena" non fosse, non *possa* essere, è però dimostrato da una lettura sistematica dell'articolato costituzionale, che tenga conto non soltanto dei limiti indicati nel I c. ma anche (e soprattutto) di quelli risultanti dall'esercizio di quelle competenze "trasversali" cui si è sopra fatto cenno. Cosa cambia, allora, alla luce dell'enunciato costituzionale, per come riformulato dal disegno in esame? In esso si dice che le Regioni legiferano "nel rispetto della legislazione dello Stato relativa ai profili attinenti alle materie del secondo comma".

Ora, in disparte il sibillino riferimento ai “profili”, col quale l’autore del disegno offre ancora una testimonianza di un uso non adeguatamente vigilato delle tecniche di *drafting* e, più in genere, del linguaggio, andando al sodo qui si conferma che le leggi regionali sono tenute a prestare osservanza a quanto sta scritto nel II c. dell’art. 117. Francamente, non sembra una novità sconvolgente...

L’ovvio, insomma, rischia di apparire... *incomprensibile*, proprio perché... *ovvio*.

5. *Il giro di vite attorno alla potestà regolamentare e la “logica” della separazione delle competenze che traspare dal nuovo dettato costituzionale che vi fa riferimento*

Ridimensionata (perlomeno *secundum verba*...) la potestà legislativa, è parso naturale circoscrivere altresì la portata della potestà regolamentare, che docilmente alla prima si accoda e ne condivide il destino.

Viene senza molti rimpianti cancellato l’originale tipo di regolamento “delegato” inventato dal

VI c. dell’art. 117 e abilitato a spingersi persino oltre la soglia alla quale sono invece tenute ad arrestarsi le leggi regionali, fino a mettere piede nei campi materiali di esclusiva spettanza dello

Stato dandone la regolazione (ovviamente, nei soli spazi consentiti dalla legge statale “delegante”). Senza rimpianti, si dice, dal momento che lo strumento di cooperazione in parola è praticamente rimasto sulla carta: ancora una specie di *revisione-bilancio*, come si vede, che innalza a norma costituzionale un’esperienza di certo non esaltante. È un vero peccato, però, che questa vicenda debba finire così, sol che si pensi che, proprio grazie alla duttilità propria dello strumento in parola, avrebbe potuto assecondarsi il moto incessante degli interessi a mezzo di apporti di varia estensione e intensità offerti in *tandem* dalla legge di “delega” e dal regolamento “delegato”.

Il dettato costituzionale però non innova solo su questo punto e, soprattutto, non fa opera unicamente di delimitazione dell’autonomia. Si prefigura, infatti, l’adozione per l’avvenire soltanto di regolamenti di “attuazione”, da parte sia della Regione che – si faccia caso – dello Stato. A stare alla lettera, la novità è grossa, risultandone cancellata l’intera tipologia dei regolamenti, quale venuta affermandosi nel corso di un’esperienza – come si sa – secolare, “razionalizzata” dalla legge 400 dell’88 ed ulteriormente precisata in altre leggi (ad es., non sarebbe più possibile dar subito

“attuazione” con regolamenti alle norme dell’Unione, se non dopo che l’abbia data a prima battuta la legge).

Con ogni verosimiglianza, si tratta però di una lettura che, ancorché fedele alla lettera, risulta poi, negli effetti cui può dar luogo, forzata; lo stesso disegno, col riferimento esplicito ora fatto alla semplificazione amministrativa nella nuova lett. g) del II c. dell’art. 117, lascia intendere che quanto meno i regolamenti di delegificazione seguiranno ad esistere. Se, poi, si considera che, ammessi i regolamenti di “attuazione”, non possono – come nel più sta il meno – non considerarsi ammessi anche i regolamenti di esecuzione e si considera altresì che la distinzione tra l’“attuazione” e l’“integrazione” appare essere sommamente incerta, se ne ha che, al tirar delle somme, i soli regolamenti che parrebbero restare esclusi sono quelli indipendenti. Quanto alla delegificazione, rimane poi aperta la questione se il seguito datovi per via regolamentare possa annoverarsi tra le forme di “attuazione” (in larga accezione) della legge, una volta che si consideri quale l’adempimento di un compito cui il regolamento è da essa chiamato, pur traducendosi quindi in disposizioni di deroga della legislazione preesistente.

L’intento dell’autore del disegno sembra, ad ogni buon conto, essere quello di non dar modo a siffatto strumento di normazione di prendere il posto della legge ovvero di spingersi oltre l’area materiale coperta dalla legge stessa. I regolamenti, insomma, vanno sempre e soltanto a rimorchio della legge, potendo fare oggetto di disciplina solo gli ambiti materiali già regolati in prima battuta dalla legge. Per quest’aspetto, parrebbe potersi cogliere nel disegno qui annotato un risvolto favorevole per l’autonomia, avendosi conferma del fatto che, in nessun caso o modo, possono aversi vincoli per l’autonomia stessa discendenti da atti di forma regolamentare. Risulterebbe, in altri termini, avvalorata la tesi, già – come si sa – fatta propria dalla giurisprudenza, secondo cui i

regolamenti statali non possono porre limiti alle leggi regionali. Una conclusione, per vero, di non poco significato; e, tuttavia, il nodo della questione sta pur sempre attorno al senso o ai sensi di cui può caricarsi l'“attuazione”, di cui è parola nel nuovo VI c. dell'art. 117. Perché, anche ad escludere in partenza l'eventualità che dai regolamenti discendano vincoli per l'autonomia, ugualmente a tali atti è da assegnare non poco rilievo con specifico riguardo al caso di leggi statali fatte a maglie larghe (o larghissime), che pertanto naturalmente rimandino per il loro congruo svolgimento a regolamenti di “attuazione” (o anche di “integrazione”), i cui disposti facciano dunque tutt'uno con quelli contenuti negli atti legislativi che li precedano e determinino. Non si trascuri peraltro il ruolo, nient'affatto di secondo piano, che il “diritto vivente” regolamentare è idoneo a svolgere nel concorrere alla incessante rigenerazione semantica degli enunciati legislativi coi quali fanno “sistema”, specificamente apprezzabile nel corso delle esperienze della giustizia costituzionale.

6. I rapporti tra le leggi di Stato e Regione: l'apparente opzione per la separazione delle competenze e l'occasione sciupata di fare finalmente chiarezza in merito alla “logica” che sta a base dei rapporti stessi, con riguardo ai campi materiali sia di potestà concorrente che di potestà “residuale”

L'intento volto a conformare in linea col principio della separazione delle competenze i rapporti al piano regolamentare parrebbe essere ulteriormente confermato (e, anzi, rafforzato) dalla previsione posta in coda al nuovo III c. dell'art. 117, secondo cui le leggi statali di potestà concorrente, che – come si è veduto – sono abilitate a disciplinare i “profili funzionali” all'unità, possono fissare un termine, comunque non inferiore a centoventi giorni, alle Regioni per l'adeguamento ad esse della legislazione vigente. È un punto su cui si è particolarmente insistito nei primi commenti all'articolato in esame.

L'ipotesi dispone – va riconosciuto – di buoni argomenti a suo sostegno, tuttavia a nostra opinione non risolutivi. E, per avvedersene, basti solo tenere a mente la vicenda venuta a maturazione con riguardo alla legge Scelba, laddove ugualmente il termine di novanta giorni fissato dal II c. dell'art. 10 per l'aggiornamento della legislazione regionale rispetto a sopravvenuti leggicornice non soltanto non è stato considerato perentorio ma – per ciò che più importa – non ha fatto da ostacolo all'ingresso nei campi materiali di spettanza regionale di norme statali anche di dettaglio, sia pure con carattere di cedevolezza. Va pur detto, però, che l'art. ora cit. espressamente ammetteva al I c. la facoltà delle leggi statali di abrogare le norme regionali con esse incompatibili, facoltà di cui non v'è traccia nel disegno in esame.

Se poi si osservano gli sviluppi della più recente giurisprudenza, che nondimeno esibiscono tratti alquanto confusi e alle volte non lineari, si trae conferma di una sofferta “coabitazione” del modello della separazione con quello della integrazione delle competenze, il quale ultimo ha goduto e tuttora gode dei favori di non poca dottrina, di certo non sospetta di voler penalizzare l'autonomia ma, anzi, volta a darvi modo di potersi fare valere al meglio delle sue possibilità, alle condizioni oggettive di contesto. Questa stessa dottrina, in alcune delle sue espressioni, non esclude nondimeno, in forza di un aprioristico convincimento, che possano darsi casi al ricorrere dei quali possa preferirsi il primo modello. Forse, anzi, proprio quella dell'apertura e della duttilità del modello stesso, visto come internamente composito, potrebbe rivelarsi la soluzione più adeguata alla varia conformazione dei rapporti tra le leggi di Stato e Regione, suscettibili di dar vita a plurime loro combinazioni in ragione dei casi, degli interessi in campo. Solo che, così stando le cose, quel che si fatica a comprendere è perché mai non si debba mettere nero su bianco qual è o quali sono le soluzioni consentite, rispondenti a modello appunto, lasciando piuttosto il quadro costituzionale volutamente, vistosamente appannato, afflitto da una annosa, non rimossa ambiguità.

Ancora una volta, l'esperienza maturata nel corso di risalenti e sofferte vicende avrebbe dovuto esser d'insegnamento. Sappiamo tutti come sono andate e seguitano ad andare le cose, vigente l'attuale Titolo V e, prima ancora, il dettato originario della Carta. Le oscillazioni ed aporie di

costruzione della giurisprudenza, cui si è appena fatto cenno, danno tangibile conferma di questo stato di cose e, dunque, pure dell'esigenza di chiarire una buona volta come stanno o possono stare le relazioni tra le leggi di Stato e Regione. E invece il dettato della Carta seguita ad essere stranamente reticente, generosamente prestandosi a strumentali utilizzi da parte degli organi della direzione politica in prima battuta, della giurisprudenza secondariamente. Una preziosa occasione sciupata per fare finalmente chiarezza, dunque.

Si aggiunga che, anche col disegno in commento, nulla si sa in merito alla natura dei rapporti tra le leggi statali e le leggi regionali di potestà "residuale".

Ora, ove si ritenga che nei campi materiali di potestà ripartita debba, dopo l'entrata in vigore della riforma Monti, valere la sola "logica" della separazione delle competenze, a maggior ragione – verrebbe da dire – ciò dovrebbe aversi per le materie innominate, di cui al IV c. dell'art. 117. Nel caso, invece, che per i campi del III c. si acconsenta alla messa in atto della "logica" della integrazione, rimarrebbe da chiarire se ciò possa aversi altresì per i campi del IV.

Tutto questo argomentare però si scontra con un dato elementare, di lampante evidenza, già segnalato, vale a dire con la formidabile attitudine di cui le leggi statali sono dotate (e che nel disegno in esame è ulteriormente rimarcata) di espandersi praticamente fin nei più reconditi angoli degli ambiti materiali di spettanza regionale, esprimendo vincoli di particolare intensità a carico dell'autonomia.

7. Il riallineamento del sistema di controllo sulle leggi siciliane al sistema valevole per le altre Regioni

Una notazione ancora prima di chiudere, solo per segnalare di sfuggita il superamento del sistema di controllo sulle leggi siciliane, così finalmente riallineato a quello delle rimanenti Regioni. Un riallineamento che, dopo essersi portato con profitto avanti in tutte le Regioni speciali, si era appunto arrestato allo stretto di Messina, lasciando anche per l'aspetto ora considerato l'isola... *isolata*.

All'indomani della pronunzia della Corte che aveva fatto salvo l'originario, peculiare regime introdotto dallo statuto siciliano, qualcuno aveva fatto luogo a delle vere e proprie acrobazie argomentative per tentare di dimostrare che, soppesando costi e benefici, esso sembrava essere maggiormente favorevole per l'autonomia rispetto al meccanismo di controllo successivo ormai introdotto dalla riforma costituzionale per le Regioni di diritto comune ed esteso *ope juris prudentiae* alle Regioni a regime differenziato diverse dalla Sicilia, in applicazione della clausola di maggior favore, di cui all'art. 10 delle legge cost. n. 3 del 2001. Pochi dubbi possono nondimeno aversi a riguardo del fatto che sia da considerare maggiormente benigno per l'autonomia un meccanismo che dia modo alle leggi di essere portate subito ad effetto e di non dover pertanto restare sospese in attesa del giudizio di costituzionalità, così come per l'interpretazione ormai invalsa della pur non felicissima disposizione statutaria e dello stesso dettato originario della Carta.

Una omologazione di regime che, dunque, una volta tanto, si realizza a mezzo di una previsione chiara e nel segno della promozione dell'autonomia. Peccato che – come qui si è tentato di mostrare – si tratti appunto della classica eccezione che conferma la regola.

Antonio Ruggeri
Ancora a margine di [Corte cost. n. 230 del 2012](#), *post scriptum*

La messe copiosa di commenti venuti alla luce attorno alla pronunzia indicata nel titolo di questa nota m'induce ad alcuni ulteriori svolgimenti ed a qualche precisazione rispetto alle prime impressioni suggeritemi dalla lettura della decisione⁵⁴².

La questione cruciale è – com'è chiaro – quella del vincolo espresso dalla giurisprudenza, specificamente laddove, come qui, prenda forma attraverso un nuovo indirizzo interpretativo inaugurato dalla Cassazione a sezioni unite, sì da giustificarsene o meno l'assimilazione a quello che propriamente (e, a dire della Consulta, esclusivamente) discende dal “diritto legislativo”. Il giudice delle leggi, al riguardo, coglie la palla al balzo per far luogo ad una pronunzia “dotta”, che si dilunga in un articolato ragionamento nel corso del quale risolutamente nega che possa, in alcun caso o modo, darsi l'assimilazione suddetta. Un ragionamento – si badi – che non resta legato al caso specificamente sottoposto al suo esame ma che piuttosto rivela l'ambizione di contenere affermazioni dotate di generale valenza. La qual cosa appare invero essere sommamente rischiosa, tanto più se si considera che, portando fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti le premesse del discorso, se ne ha che esso dovrebbe valere non soltanto per altre vicende processuali di rilievo penale ma per ogni altra vicenda ancora: quasi che il giudicato possedga uno statuto invariante per i vari tipi di processo e non piuttosto – così com'è – uno peculiare per ciascuna specie di esperienza giudiziaria⁵⁴³.

Questa notazione preliminare, a riguardo della quale a me sembra che non si possa non convenire, consente di rivedere sotto la giusta luce (perlomeno, quella che tale ai miei occhi appare) il caso di oggi: un caso che – tengo subito ad avvertire – non si presta ad indebite o forzate estensioni oltre l'*hortus conclusus* nel quale è giunto a maturazione davanti alla Consulta.

Vorrei ora soffermarmi, con la massima rapidità qui consentita, unicamente su un paio di punti, ad integrazione di quanto ho avuto modo di dire nella mia nota sopra già richiamata, svolgendo alcune notazioni a riguardo delle *condizioni* e del *fondamento* del vincolo riconducibile al mutamento di giurisprudenza, sempre che se ne predichi l'esistenza, ovverosia nel presupposto che il vincolo stesso *possa* esservi (non dico che *sempre* vi sia ma, appunto, che possa *talvolta* esservi).

Il primo punto.

Condizione obbligata perché si possa a buon titolo predicare l'esistenza del vincolo in parola è che esso sia – come dire? – *autoriflessivo*, vale a dire che, ancora prima che verso gli altri giudici, valga per lo stesso giudice da cui promana il verdetto che quel vincolo *vorrebbe* (condizionale non casuale) esprimere. È infatti di tutta evidenza che il suo riconoscimento male riuscirebbe ad accordarsi col difetto in tesi dello stesso per il giudice della legittimità, difetto che subito ridonderebbe con identità di connotati per ogni altro giudice. Proprio sul punto della instabilità, che – a dire della Consulta – sarebbe propria dei verdetti giudiziari in genere al confronto con la stabilità delle leggi, fa infatti leva la [sent. n. 230](#) per tipizzare la natura (e, di conseguenza, gli effetti), rispettivamente, degli atti legislativi e degli atti giudiziari.

Per la verità, anche su questo punto non poco potrebbe dirsi, sol che si acceda all'ordine di idee (come si sa, tuttavia non incontrastato) secondo cui il legislatore presente non può mai porre vincoli al legislatore futuro (in realtà, per una tesi finemente argomentata ma non perciò persuasiva, ciò

⁵⁴² ... e che ho avuto modo di rappresentare nel mio [Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale \(“a prima lettura” di Corte cost. n. 230 del 2012\)](#), in www.diritticomparati.it, 15 ottobre 2012, e [Consulta OnLine](#), 16 ottobre 2012.

⁵⁴³ Più in genere, le difficoltà che ostano al reciproco accostamento, oltre una certa misura, dei varî modelli ed esperienze processuali hanno costituito oggetto, dal peculiare angolo visuale della giurisprudenza costituzionale, di ripetute analisi che vi sono state dedicate dal Gruppo di Pisa (in particolare, v. i contributi di AA.VV. che sono sotto i titoli *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, a cura di E. Bindi - M. Perini - A. Pisaneschi, Torino 2008; *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di E. D'Orlando e L. Montanari, Torino 2009, e *I modelli processuali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Serges, Torino 2010).

varrebbe solo *ordinariamente* o a *certe* condizioni: ad es., i disposti di legge con cui si fa divieto a legge futura della loro abrogazione o modifica se non in modo espresso, per alcuni, dovrebbero essere osservati⁵⁴⁴; si sa però che nella pratica così molte volte non è stato e non è, senza che poi si riesca a sanzionare efficacemente questa “disobbedienza”).

Insomma, la dichiarata stabilità delle leggi è pur sempre tutta da verificare, l’esperienza in molti campi piuttosto avvalorando l’esito opposto. Non è, ad ogni buon conto, su dati meramente statistici che possiamo costruire una solida teoria costituzionale della funzione legislativa o, più largamente, delle fonti.

Ora, si può ragionare di un vincolo espresso dalla Cassazione e autoriflessivo, nel senso sopra precisato?

A questa domanda, una nutrita schiera di autori, affezionati ad antiche e pur sempre solide categorie teoriche, rispondono seccamente di no, facendo poggiare la tesi preferita su strutturali differenze degli ordinamenti di *civil* rispetto a quelli di *common law*, per quanto il muro innalzato in tempi ormai andati tra siffatti modelli presenti lunghe e profonde fenditure⁵⁴⁵, per non dire che sembri pronto a crollare, anche grazie ai colpi infertigli da una coraggiosa ed intraprendente giurisprudenza di matrice europea, verso la quale volge lo sguardo una sensibile giurisprudenza di diritto interno⁵⁴⁶.

È interessante notare come la tesi di questa dottrina sia molte volte argomentata astraendo dal quadro costituzionale. La qual cosa, invero, si capisce (ma, a mia opinione, non si giustifica), sol che si pensi che storicamente la contrapposizione tra i modelli suddetti ha avuto modo di affermarsi in contesti ai quali risultava estranea la rigidità della Costituzione.

Altri autori, di contro, si fanno portatori di un indirizzo (non dico opposto ma) diverso, prefigurandosi dunque un esito assai lontano da quello patrocinato dalla Consulta con la decisione in commento. Una speciale attenzione, in particolare, mi pare debba prestarsi all’opinione⁵⁴⁷, secondo cui il vincolo discenderebbe in modo diretto, obbligato, dal principio di eguaglianza. Con molto buon senso e in modo franco, quest’a. pone un inquietante quesito, che chiama il giudice, *ogni* giudice, a misurarsi con la propria coscienza: chi mai – ci si chiede – si discosterà dal nuovo indirizzo della Cassazione e condannerà coloro che, per quest’ultimo, meriterebbero piuttosto di andare assolto?

Come si vede, qui si scivola dal piano delle *condizioni* a quello del *fondamento*, la questione ambientata all’uno naturalmente e necessariamente convertendosi e risolvendosi nella questione posta all’altro.

Condivido l’esito ma mi pare che si possa dire ancora qualcos’altro a suo sostegno.

Del fondamento, infatti, si può, a mia opinione, ragionare da due angoli visuali diversi e in relazione a due punti parimenti diversi, avuto riguardo alla situazione di fatto ed ai valori da essa implicati.

Facciamo, solo per un momento, un passo indietro, chiedendoci perché mai il vincolo dovrebbe avere carattere autoriflessivo.

⁵⁴⁴ Sopra tutti, P. CARNEVALE, *Il caso delle leggi contenenti clausole di “sola abrogazione espressa” nella più recente prassi legislativa. Per un tentativo di rimeditazione organica anche alla luce della problematica degli autovincoli legislativi*, in AA.VV., *Le trasformazioni della funzione legislativa. I “vincoli” alla funzione legislativa*, a cura di F. Modugno, Milano 1999, 3 ss. e, dello stesso, più di recente, *Dialogando con Franco Modugno sul fondamento dell’abrogazione e ... dintorni*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, I, Napoli 2011, 581 ss., spec. 599 ss.

⁵⁴⁵ La più avvertita dottrina ha da tempo e con stringenti argomenti fatto notare come la linea divisoria tra i due modelli si faccia sempre più sfumata e tolleranti frequenti e rilevanti passaggi da una parte all’altra (per tutti, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*², Bologna-Roma 2011, spec. 710 ss.).

⁵⁴⁶ Leggo in questa prospettiva la pregevole ordinanza del tribunale di Torino, sez. giudici per le indagini preliminari, del 30 gennaio 2012 (a firma S. RECCHIONE), relativa ad un caso del tutto analogo a quello che ha costituito oggetto della pronuncia del giudice delle leggi qui annotata [in argomento, ora, V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 ottobre 2012, ed *ivi*, 5 in nt. 12, ulteriori richiami di lett.]. In essa il mutato indirizzo della Cassazione è subito portato ad effetto, specie facendo leva sull’argomento, attinto dalla giurisprudenza europea, secondo cui il *novum* giurisprudenziale fa tutt’uno con l’enunciato normativo al quale si riferisce, dando pertanto vita ad un *unicum* inscindibile nelle sue parti.

⁵⁴⁷ ... ancora di recente patrocinata da F. VIGANÒ, nella sua *Nota introduttiva* allo scritto sopra cit. di V. Napoleoni.

Qui, il discorso rischia di farsi troppo lungo, rimandando ad antiche e cruciali questioni la cui adeguata considerazione non può essere racchiusa e – vorrei dire – banalizzata nelle poche righe di una scarna riflessione. Mi limito solo a dire che il rispetto del precedente *da parte dello stesso giudice* non è affatto – come invece comunemente si pensa – tratto esclusivo e distintivo delle esperienze processuali di *common law* (ancora una di quelle fenditure cui facevo cenno poc'anzi...). Piuttosto, esso rimanda all'essenza stessa dello *jus dicere*, alla sua caratterizzazione rispetto all'attività di produzione normativa, cui sono tipicamente preposti gli organi della direzione politica. Questi ultimi possono infatti, volendo, cancellare con un colpo di spugna quanto dapprima da loro stessi scritto sulla lavagna in cui sono rappresentati i testi di legge, proprio perché decisori politici e sempre che, ovviamente, si conformino ai parametri ed ai vincoli discendenti da norme superiori indisponibili. Non devono, per la tesi tradizionale⁵⁴⁸, dare alcuna motivazione di ciò che fanno; o, meglio, la motivazione è insita nell'attività svolta e traspare dagli enunciati (l'obbedienza al canone della ragionevolezza, poi, è fuori discussione, per quanto risulti circondato da un alone di intrinseca, non superata e non superabile, vaghezza). Di contro, il giudice è sempre tenuto a rendere conto di ciò che fa e del perché lo fa; e, già solo per ciò, la sua attività è soggetta ad un vincolo, ad un freno, cui – sempre a stare all'opinione tradizionale – non va invece incontro l'attività del legislatore.

Il giudice è obbligato a dare certezza del diritto e certezze ai diritti; e può farlo ad una sola condizione: che renda prevedibile il proprio operato, appunto alla luce dei precedenti.

Quand'è, allora, che il giudice è legittimato a discostarsi da se stesso o, diciamo pure, a contraddirsi? La risposta è semplice, secca: *mai*.

È solo un'apparenza (una sorta di effetto ottico) quella (o quello) che si ha in presenza di un “mutamento” di giurisprudenza. In realtà, il giudice può (ed anzi *deve*) battere strade diverse da quelle precedentemente percorse, ogni qual volta però si sia in presenza di una diversa “situazione normativa”, come a me piace, ormai da quasi un quarto di secolo, chiamarla⁵⁴⁹. Con una corta espressione, può dirsi che il vincolo vale *rebus sic stantibus*. Alle volte, è sufficiente un mutamento non già *di diritto*, di disciplina giuridica, bensì *di mero fatto*, negli elementi o condizioni a contorno, per caricare di significati nuovi un enunciato dapprima diversamente letto; e gli esempi, ovviamente, potrebbero farsi col moltiplicatore⁵⁵⁰.

In congiunture siffatte, non mi parrebbe appropriato discorrere di un “mutamento” di indirizzo giurisprudenziale⁵⁵¹, termine che evoca l'idea della sia pur parziale continuità⁵⁵². Direi, piuttosto, che si è in presenza di un indirizzo *nuovo*, legittimamente e doverosamente *nuovo*, siccome chiamato ad assecondare un'alterazione sostanziale di quadro, conformandosi pertanto ad una “situazione normativa” parimenti *nuova*, nel segno della discontinuità insomma.

L'esito suona quasi paradossale, perlomeno a stare entro la cornice teorica disegnata alla Consulta con la decisione in commento: v'è, o meglio *dovrebbe* esservi⁵⁵³, una maggiore stabilità nella giurisprudenza rispetto alla legislazione, proprio perché l'una ha il vincolo della motivazione, di cui l'altra è invece priva e proprio perché il legislatore dispone del potere, politico nella sua ristretta e

⁵⁴⁸ ... una tesi che pure meriterebbe di essere nuovamente discussa, ma in un luogo a ciò espressamente dedicato.

⁵⁴⁹ Ho iniziato a discorrerne nel mio *Le attività “conseguenziali” nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*, Milano 1988, 55 ss., precisando e mettendo quindi a punto il concetto in più studi successivi.

⁵⁵⁰ Si pensi solo a quanto abbia inciso, e quotidianamente incida, lo sviluppo scientifico e tecnologico nella riconsiderazione di enunciati costituzionali e testi normativi in genere anche molto risalenti, i mutamenti del contesto obbligando a rileggerli in modi inusuali.

⁵⁵¹ Con riguardo al nostro caso, rivisto però da una prospettiva diversa da quella qui adottata ed a finalità ricostruttive parimenti non coincidenti, anche V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem*, cit., § 5, giudica improprio qualificare come “mutamento” l'indirizzo venutosi a formare presso la Cassazione.

⁵⁵² Esattamente, allo stesso modo con cui nel segno della continuità si presentano le revisioni della Carta costituzionale che di quest'ultima lasciano nondimeno integra l'essenza, consentendole appunto di trasmettersi sempre identica a sé nel tempo, pur nella riscrittura dei suoi disposti e nei limiti alla stessa segnati.

⁵⁵³ Non sono infatti così ingenuo da non sapere come vanno non di rado le cose nell'esperienza. La circostanza però che essa si discosti dal modello nulla toglie alla validità di quest'ultimo ove si ammetta – come devesi – che esso risponda a principi di struttura dell'ordinamento.

propria accezione, di sradicare in ogni tempo dal terreno dell'ordinamento, dove – come si vede – non è conficcata con buone e salde radici, la pianta legislativa; un potere di sradicamento di cui sono, come si sa, strutturalmente privi i giudici⁵⁵⁴.

Sta tutta qui – se ci si pensa – l'essenza della separazione dei poteri, la sua perdurante, ineliminabile attualità. Al piano della teoria delle fonti, essa si specchia nella nota distinzione, per la quale la scienza costituzionalistica nutre un debito ancora non del tutto assolto nei riguardi del magistero di Vezio Crisafulli⁵⁵⁵, tra *disposizione* e *norma*. È del legislatore forgiare gli enunciati, le *disposizioni* appunto; del giudice e dei pratici in genere, le *norme*. L'uno non può mai, per suo limite invalicabile, passare dal piano al quale istituzionalmente si muove a quello su cui tipicamente si svolge l'ufficio del giudice, e viceversa. Persino quando dà vita ad una legge d'interpretazione autentica, il legislatore non può infatti prendere il posto del giudice, dal momento che deve limitarsi a confezionare nuovi enunciati, a loro volta comunque soggetti – come si sa – ad interpretazione.

Non è tuttavia unicamente al solo piano del “fatto”, del raffronto tra “situazioni normative”, che possono valutarsi in modo appropriato queste vicende e cogliersene i tratti più immediatamente espressivi. Lo sguardo ha da volgersi, simultaneamente e congiuntamente, oltre che *verso il basso*, l'esperienza, con l'umanità dolente che in essa reclama giustizia per diritti inappagati, anche *verso l'alto*, la Costituzione e i suoi valori, da cui sola può attingersi la luce che consenta di mettere a fuoco in modo adeguato il “fatto” stesso.

La sensibile dottrina cui ho fatto poc'anzi richiamo sollecita – come si diceva – a tener conto dell'eguaglianza⁵⁵⁶. Ma non c'è però solo questa. L'eguaglianza – è stato dimostrato con fini argomenti da altra dottrina⁵⁵⁷ – fa tutt'uno con la libertà, entrambe alimentandosi e rigenerandosi semanticamente a vicenda. I veri principi fondanti l'ordine repubblicano sono quelli espressi, con formule che ad oggi considero mirabili, dagli artt. 2 e 3 della Carta⁵⁵⁸; gli altri principi sono *quodammodo* rispetto a questi serventi o, comunque, da essi implicati, componendo essi la coppia assiologica in cui nel modo più immediato e fedele si specchia la dignità della persona umana: l'unico,

⁵⁵⁴ La sola eccezione a quest'esito teorico-ricostruttivo parrebbe esser data dalle pronunzie del giudice costituzionale, segnatamente – come si sa – da quelle ablative, usualmente assimilate, quanto agli effetti, agli atti legislativi (o, addirittura, “superlegislativi”), secondo un indirizzo teorico dalle nobili e salde ascendenze, che muove dal magistero kelseniano e perviene al nostro Calamandrei (e ad altri). Un'eccezione che è tuttavia, a mia opinione, meramente apparente, sol che si consideri la diversa, peculiare ed irripetibile, natura che è propria del tribunale costituzionale e che non ne consente l'accostamento a quella del giudice comune. È pur vero che, per prassi consolidata (diciamo pure, per consuetudine), si reputa cadere, con la *norma* specificamente fatta oggetto di sentenza di accoglimento, anche la *disposizione* che quella norma sostiene ed esprime: né più né meno, come si vede, di ciò che è proprio dell'abrogazione nominata. In altri luoghi (e, tra questi, nel mio *Storia di un “falso”. L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano 1990, spec. 77 ss., ma *passim*), tuttavia, mi sono dichiarato fermamente avverso a quest'esito che: 1) fa della Corte costituzionale un organo d'interpretazione autentica (ma – si faccia caso – solo... *a metà*, non pure stranamente con riguardo alle pronunzie di rigetto) sia della Costituzione che, appunto, delle leggi, quasi che la norma desunta in sede di giudizio di costituzionalità sia l'*unica* sempre e comunque estraibile dalla disposizione; 2) opera una indebita assimilazione tra l'effetto di annullamento e l'effetto di abrogazione; 3) incide senza riparo sulla separazione dei poteri, assegnandosi ad un giudice, sia pure peculiare ma appunto “giudice”, un compito che dovrebbe considerarsi esclusivamente proprio del legislatore; 4) indebitamente converte la decisione su un oggetto puntualmente determinato (la *norma*, quale prospettata dal giudice *a quo* ovvero, in caso di sentenza interpretativa, per come riformulata dal giudice *ad quem*) in una estesa ad *ogni* altro possibile oggetto astrattamente riferibile alla disposizione data.

Come che sia di ciò, *proprio perché* la Corte è organo – come suol dirsi – di “chiusura” del sistema (tale essendo comunemente considerato in forza del disposto di cui all'art. 137, ult. c., secondo una sua lettura che però non tiene oggi conto dei vincoli ai quali la stessa Corte può andare incontro per effetto di non coincidenti pronunzie delle Corti europee), ancora di più avvalorata risulta la tesi che vuole le decisioni della Consulta sempre sorrette da un congruo apparato di motivazione ed esse per prime, dunque, obbligate a prestare ossequio ai propri precedenti, ferma la “situazione normativa” di partenza. Senza di ciò, non può esservi né certezza del diritto costituzionale né certezza dei diritti costituzionali.

⁵⁵⁵ ... del quale mi limito qui a rammentare la nota voce *Disposizione (e norma)*, per l'*Enc. dir.*, XIII (1964), 195 ss.

⁵⁵⁶ V., nuovamente, lo scritto dietro cit. di F. VIGANÒ.

⁵⁵⁷ V., part., G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009.

⁵⁵⁸ ... nel loro fare “sistema” coi principi restanti (e, segnatamente, per ciò che ha specifico riguardo alla tutela dei diritti, col principio dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale, di cui agli artt. 10 e 11, seguiti dal I c. dell'art. 117).

vero *Grundwert* (o, in termini kelseniani, la *Grundnorm*) dell'ordinamento, anche nelle sue proiezioni esterne, vale a dire nei rapporti con altri ordinamenti o sistemi di norme, quali quelli che fanno capo alle Carte dei diritti⁵⁵⁹.

Dove va a parare questo discorso, che potrebbe apparire meramente astratto e, forse, pure banale?

Riferito al caso nostro, esso porta a riconoscere una peculiare capacità di vincolo ai “mutamenti” – se vogliamo seguire a chiamarli così – di giurisprudenza della Cassazione, avuto specifico riguardo a quelli che attengono alla libertà della persona nel suo fare tutt'uno con l'eguaglianza. Forse, si dirà, non appare corretto che il vincolo stesso sia accostato in tutto e per tutto a quello che tipicamente discende dagli atti legislativi. E sia. Resta nondimeno il fatto che la Cassazione, al pari per questo verso di ogni altro giudice, se vuol dare – come deve – certezze (di diritto in senso oggettivo e di diritti soggettivi), è obbligata a restare coerente con se stessa, *rebus sic stantibus*, restando cioè immutata la “situazione normativa” in presenza della quale emette i propri verdetti.

E gli altri giudici?

Libertà ed eguaglianza, a mia opinione, non lasciano loro scampo. Perché sono il solo terreno su cui possono in modo appropriato svolgersi i bilanciamenti di ordine assiologico, il punto fermo da cui essi si tengono, pur nella strutturale, incessante mobilità delle combinazioni di valore e dei relativi esiti. Ancora la dottrina poc'anzi richiamata ha fatto, in altra occasione⁵⁶⁰, efficacemente notare che la dignità non è un diritto o un valore “bilanciabile” al pari di ogni altro bensì la “bilancia” su cui si dispongono i beni bisognosi di ponderazione. Una conclusione, questa, che è, a mia opinione e malgrado il diverso orientamento manifestato da altri studiosi⁵⁶¹, da tenere ferma, sempre.

Dunque, non qualunque giudicato può “saltare” per effetto di un sopravveniente indirizzo interpretativo del giudice della legittimità; la stella polare che consente di discernere caso da caso è la dignità, al cui ottimale appagamento si volge la ricerca, non di rado affannosa e sofferta, che porta a fissare ogni volta il più in alto possibile, alle condizioni oggettivamente date (in relazione cioè alla singola “situazione normativa”), il punto di sintesi dei valori in campo.

Chi patrocina una soluzione diversa è obbligato – a me pare – ad interrogarsi su cosa vuol fare della dignità della persona, qual è l'ordine assiologico in cui si riconosce, quale l'idea di Costituzione di cui vuol farsi portatore ed alla quale comunque restare fedele.

⁵⁵⁹ Della dignità come valore “superconstituzionale” si discorre già in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in AA.VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Angiolini, Torino 1992, 221 ss. (e in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.). Ha di recente ripreso questa indicazione C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Mezzetti, Torino 2011, 239 ss. Sulla dignità, da ultimo, A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli 2012.

⁵⁶⁰ G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁵⁶¹ ... e, tra questi, M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Napoli 2009, 1060 ss.

Antonio Ruggeri
Sistema di fonti o sistema di norme?
Le altalenanti risposte della giurisprudenza costituzionale*

SOMMARIO: 1. I riflessi della questione fatta qui oggetto di esame al piano della teoria della Costituzione e a quello dei rapporti istituzionali (in ispecie, la comune opinione secondo cui il mantenimento delle forme a finalità sistematica risponderebbe allo scopo di preservare lo stacco tra *civil* e *common law* e la sua critica). – 2. La ricostruzione corrente del sistema, *secondo forma*, e la descrizione più diffusamente accolta della operatività dei criteri ordinatori. – 3. La teoria dei limiti alla revisione costituzionale, l’abbandono delle forme in ordine alla sistemazione delle norme costituzionali che il suo accoglimento comporta, il mancato ricorso alla “logica” delle “coperture” *secondo valore*, dichiaratamente ammessa dal giudice costituzionale per il solo campo di esperienza in cui si svolgono i rapporti tra diritto interno e diritto dell’Unione europea. – 3.1. Il percorso non lineare della giurisprudenza, ovvero le “schieghe” di una sistemazione secondo le *norme*, non già secondo le *fonti*, con specifico riguardo alle discipline statali che danno i “livelli essenziali” delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali. – 3.2. I limiti all’abrogazione popolare segnati dalle norme di legge che danno una “tutela minima” a beni costituzionalmente protetti. – 3.3. Il “bilanciamento” tra norme sulla normazione e norme sostantive (a proposito di alcune esperienze riguardanti le discipline legislative di Stato e Regione a presidio dei diritti, dello sperequato trattamento loro riservato, della singolare dottrina di una dignità della persona umana... *a scomparsa*, di cui si fa portatrice la giurisprudenza costituzionale). – 3.4. La deformalizzazione delle dinamiche della normazione, al piano delle relazioni interordinamentali e per effetto della crescente espansione del diritto di origine esterna, e la internamente composita giurisprudenza avente ad oggetto la CEDU e le forme del suo giuridico rilievo in ambito interno, oscillante tra il corno formale-astratto e quello assiologico-sostanziale in ordine alla ricostruzione e incessante rinnovo delle dinamiche costitutive del sistema. – 3.5. (*Segue*) Raffronti tra norme, commutazione del parametro in oggetto, e viceversa, tecniche di ripianamento delle antinomie (in particolare, applicazioni e disapplicazioni dirette della Convenzione da parte dei giudici comuni, alla luce del criterio della tutela più “intensa” offerta ai diritti fondamentali). – 3.6. (*Segue*) L’insegnamento che viene dall’ultima giurisprudenza sulla CEDU: la Costituzione come “*intercostituzione*”, i materiali offerti da altre Carte immettendosi nella struttura della Carta costituzionale e concorrendo senza sosta alla sua rigenerazione semantica, e il carattere “condizionato” di ogni fonte (Costituzione inclusa!), idonea a valere ed essere portata ad effetto unicamente in quanto ne sia provata l’attitudine a dare, in relazione al caso, la tutela più “intensa” ai diritti, vale a dire ad assicurare, a un tempo, *certezza del diritto costituzionale* e *certezza dei diritti costituzionali*. – 4. Il sistema è, a conti fatti, *ricerca del... sistema*, dell’armonica congiunzione di norme, “fatti” e valori, secondo una teoria della Costituzione assiologicamente orientata: una teoria che, proprio nella presente congiuntura segnata da una crisi economica lacerante, ha da esser tenuta ferma e portata alle massime realizzazioni consentite dal contesto, al servizio della Costituzione stessa, dei suoi valori, dell’uomo.

1. I riflessi della questione fatta qui oggetto di esame al piano della teoria della Costituzione e a quello dei rapporti istituzionali (in ispecie, la comune opinione secondo cui il mantenimento delle forme a finalità sistematica risponderebbe allo scopo di preservare lo stacco tra civil e common law e la sua critica)

Parto dalla coda, enunciando subito la conclusione alla quale credo di poter pervenire a seguito di un monitoraggio costante che vado facendo della giurisprudenza; ed è che sembra essere confermato il giudizio evocato dal secondo frammento del titolo dato a questa mia riflessione, vale a dire che la Corte non sappia o non voglia optare né per l’uno né per l’altro corno dell’alternativa, che non abbia insomma una sola idea di sistema, *di fonti o di norme che sia*, che fedelmente e linearmente applica ai casi su cui è di volta in volta chiamata a pronunciarsi.

* Testo rielaborato (e corredato di un essenziale apparato di note e di richiami bibliografici) di una lezione tenuta all’Università Bocconi di Milano il 22 novembre 2012, dietro invito affettuoso rivoltomi da Oreste Pollicino, giovane e valoroso collega, al quale rinnovo qui il mio grazie di cuore per quella che sta ormai per divenire una tradizione a me particolarmente cara.

L'esito, se – come credo – avvalorato dall'esperienza (anche di quella che verrà...), è inquietante, dal momento che – come tenterò di mostrare – l'indecisione circa la conformazione strutturale del sistema ridonda ed interamente si risolve in una sostanziale indecisione circa ciò che è la Costituzione: in gioco è, insomma, la teoria della Costituzione, il modo con cui la legge fondamentale della Repubblica s'invera nell'esperienza e, per ciò stesso, dà senso sia al sistema che a... *se stessa*, confermandosi quale *fons fontium*, fondamento dell'ordinamento, nel suo essere ed incessante rigenerarsi nei suoi contenuti contingenti, tuttavia trasmettendosi sempre identico a sé.

Il quadro non è però tutto in penombra; s'intravedono, di tanto in tanto, sprazzi di luce, particolarmente frequenti proprio negli ultimi tempi e tali da indurre ad un cauto, se si vuole: molto cauto, ottimismo. Vistosi e duri a morire sono, nondimeno, i condizionamenti che vengono da una tradizione risalente, che ha nella forma il perno attorno al quale si fanno ruotare e dal quale stabilmente tenere le dinamiche della normazione: una tradizione – riconosco – che pure aveva, nel contesto in cui è maturata, una sua innegabile giustificazione, venuta tuttavia a mia opinione meno nel momento in cui quel contesto è stato soppiantato da altro, dal primo profondamente diverso¹. La Corte in breve – è questa la tesi che mi propongo di argomentare – deve finalmente liberarsi da un vero e proprio crampo mentale che le impedisce di applicare e far valere schemi ricostruttivi originali, adeguati alla presente congiuntura e, a un tempo, idonei ad iscriversi armonicamente nel quadro costituzionale, non solo senza far luogo ad alcuna forzatura dello stesso ma anzi rendendone ancora più nitidi ed espressivi i lineamenti. Vi sono in una certa giurisprudenza, come si vedrà a breve con esempi, i semi che, opportunamente coltivati, alimentano questa speranza e che spingono decisamente per il secondo corno dell'alternativa evocata dal titolo dato a questa mia riflessione. A fronte di tale giurisprudenza sta però un'altra, diversamente orientata al piano metodico ancora prima che a quello teorico-ricostruttivo, che accusa forti ritardi culturali, siccome legata a filo doppio ad un formalismo esasperato, radicato in quel dogmatismo imperante che – come si sa – si è affermato a cavallo tra fine Ottocento e primo Novecento e che sta tuttora a base della più accreditata rappresentazione teorica dell'ordine delle fonti. Le resistenze opposte da una parte assai consistente della nostra cultura giuridica ad abbandonare taluni schemi d'inquadramento sistematico di connotazione formale- astratta, pure finemente elaborati ma ormai vetusti, è comunemente spiegata col bisogno di preservare lo stacco esistente tra *civil* e *common law*, che tuttavia – com'è da molti, e sia pure con varietà di prospettive e di svolgimenti teorici, rilevato – appare ormai essere assai ridotto, proprio per effetto di una coraggiosa ed innovativa giurisprudenza², che ha infaticabilmente concorso (e concorre) a far

¹ La tesi, alla quale qui pure mi rifaccio con ulteriori svolgimenti, secondo cui il sistema è sistema di *norme*, non già di *fonti*, trovasi argomentata da vari punti di vista e per esigenze ricostruttive parimenti diverse in molti miei scritti: per tutti, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, nonché nei miei *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XII, *Studi dell'anno 2008*, Torino 2009, 433 ss.

² ... per la verità, più comune ed europea che costituzionale, secondo quanto è, ancora di recente, testimoniato da [Corte cost. n. 230 del 2012](http://www.corteconstituzionale.it), nella quale si tiene a precisare esser diverso il regime, rispettivamente, proprio del "diritto legislativo" e del "diritto giurisprudenziale": in particolare, si nega risolutamente che il mutamento giurisprudenziale, ancorché registratosi presso la Cassazione a Sezioni Unite, possa considerarsi *ius novum*, qual è appunto quello di produzione legislativa. Diverso l'orientamento al riguardo manifestato non solo dalla Corte di Strasburgo (peraltro, ben noto al giudice costituzionale, che vi fa espresso richiamo) ma anche dalle punte più avanzate della giurisprudenza ordinaria: v., ad es., Trib. Torino, Sez. giudici per le indagini preliminari, ord. 30 gennaio 2012, dove si riprende con originali svolgimenti l'indicazione della Corte EDU secondo cui l'interpretazione giudiziaria fa tutt'uno col dato positivo su cui si svolge, venendo pertanto a comporre un *unicum* inscindibile nelle sue parti; tanto più, appunto, laddove si tratti di interpretazione fatta propria dal giudice di legittimità nella sua più ampia composizione. A commento della pronuncia del giudice delle leggi sopra richiamata, v. V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 ottobre 2012, preceduto da una *Nota introduttiva* di F. VIGANÒ, nonché, volendo, i miei [Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale \("a prima lettura" di Corte cost. n. 230 del 2012\)](http://www.diritticomparati.it), in www.diritticomparati.it, 15 ottobre 2012, [Consulta OnLine](http://www.consultaonline.it), 2012, 16 ottobre 2012, e, pure [ivi](http://www.diritticomparati.it), *Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012*, post scriptum; rilievi a quest'ultimo scritto sono mossi da R. CONTI, *Pensieri sparsi dopo il post scriptum di Antonio Ruggeri su Corte cost. n. 230/2012*, in www.diritticomparati.it, 29 ottobre 2012. Sulla questione che ha costituito oggetto della pronuncia stessa,

mutare volto al sistema e, a un tempo, a... *se stessa*, incarnando il proprio ruolo in modi assai diversi rispetto al passato³.

Rivista questa vicenda dal peculiare angolo visuale degli equilibri istituzionali, nella ricostruzione delle fonti comunemente accolta è da vedere lo sforzo di mettere al riparo la rappresentanza politica e le sue più emblematiche espressioni dalla sua “occupazione” e dal vero e proprio svilimento cui si reputa esser andata soggetta ad opera di un indirizzo scientemente e vigorosamente perseguito da parte dei giudici (sia comuni che costituzionali) e volto a debordare dagli argini agli stessi fissati per il fisiologico esercizio del ruolo ad essi assegnato⁴.

Non è a mezzo di questi argomenti, tuttavia, che la questione può essere convenientemente posta e risolta, altro essendo il superamento dei limiti stabiliti per l’esercizio dell’attività di questo o quell’organo ed altro ancora il *modo* con cui l’attività stessa può (e deve) essere legittimamente svolta. E la circostanza per cui si assiste, anche assai di frequente, a torsioni vistose dei ruoli (ma, da parte di tutti: organi della direzione politica e preposti alla produzione giuridica, così come da parte dei garanti, persino dei massimi garanti dell’ordinamento) nulla di per sé dice a riguardo dei canoni o criteri che presiedono allo svolgimento delle funzioni assegnate agli organi stessi.

Ad ogni buon conto, anche l’indirizzo metodico-teorico che fa leva sulle forme a finalità ricostruttiva dell’ordine positivo (quale ordine di *fonti*, appunto) ammette che, *secondo modello*, i

da una peculiare prospettiva, D. SAVY, *La tutela dei diritti fondamentali ed il rispetto dei principi generali del diritto dell’Unione nella disciplina del mandato di arresto europeo*, in www.penalecontemporaneo.it, 22 ottobre 2012.

³ Uno degli argomenti maggiormente ricorrenti a sostegno della perdurante attualità della distinzione è nel vincolo del precedente giudiziario che varrebbe per gli ordinamenti di *common law* e sarebbe invece insussistente nei Paesi di *civil law*; si tratta però di un argomento non irresistibile, non soltanto per le ragioni ancora di recente enunciate da studiosi di varia estrazione (tra gli altri, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*², Bologna-Roma 2011, spec. 710 ss., e V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012, 839 ss.) ma anche, e soprattutto, a motivo del fatto che è nel DNA della funzione giurisdizionale il suo doversi comporre in “indirizzi” connotati da linearità di svolgimento e tendenziale conformità ai precedenti, rese palesi in ispecie dalla parte motiva dei verdetti dei giudici. La qual cosa, ovviamente, nulla toglie né al carattere “creativo” (o, diciamo pure, “normativo”) della giurisprudenza, sul quale tornerò a momenti, né alla facoltà, di cui la giurisprudenza stessa è dotata, di far luogo al rinnovo degli orientamenti dapprima espressi. E, tuttavia, come ancora da ultimo si rammenta nel mio scritto per ultimo cit., mentre ai decisori politici (e, segnatamente, al legislatore) è dato in ogni tempo di innovare profondamente a decisioni dapprima adottate, proprio in ragione del loro carattere politico, al giudice è precluso di poter risolvere due questioni identiche in modi radicalmente diversi, salvo il caso di mutamento di contesto (o, come a me piace dire, di “situazione normativa”), altrimenti rinnegherebbe se stesso, vale a dire il carattere propriamente “giurisdizionale” dell’attività svolta. Come si vede, creatività e continuità sono tratti costanti della giurisprudenza, del suo modo di essere e di affermarsi, in ordinamenti sia di *civil* che di *common law*. Con ciò, resta fermo che una piena omologazione dei due sistemi sarebbe comunque forzata, non consentita né da una tradizione culturale risalente né dalla conformazione complessiva della struttura degli ordinamenti qui sottoposti ad un rapido ed approssimativo confronto.

⁴ Sintetizza questo stato di cose la formula, come si sa largamente diffusa e però caricata di sì varie valenze da rendersi a conti fatti inservibile a finalità teorico-ricostruttiva, dello “Stato giurisdizionale”: dove v’è pure – chi può negarlo? – un fondo di verità, fatto tuttavia oggetto di esasperate, deformanti rappresentazioni.

Il discorso sarebbe al riguardo assai lungo e deve perciò rimandarsi ad altro luogo di riflessione scientifica ad esso specificamente dedicato. Per ciò che se ne può ora dire, ciascuna sede istituzionale ha da fare, fino in fondo, la propria parte, concorrendo all’inveramento dei fini-valori costituzionali e, a un tempo, al mantenimento dell’equilibrio del sistema [sta in ciò la perdurante vitalità del principio della separazione dei poteri, a riguardo del quale, per tutti, la corposa indagine di G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Milano, I (1979) e II (1984)]. Le carenze, in modo particolarmente vistoso evidenziate, nello svolgimento dell’attività di direzione politica non possono poi essere colmate a mezzo di indebite supplenze da parte degli organi di garanzia, quanto meno in situazioni di quiete istituzionale, vale a dire per un fisiologico svolgimento delle dinamiche ordinamentali; in stati di crisi, è invece giocoforza che gli stessi organi di garanzia si addossino responsabilità che non dovrebbero loro competere, in linea peraltro con una nota teorizzazione di siffatte esperienze (mi riferisco ora, come si sarà capito, in particolare al ruolo del Capo dello Stato quale gestore dell’emergenza). Anche in situazioni di pur relativa “normalità” istituzionale, gli organi di garanzia sono nondimeno sollecitati ad usi particolarmente incisivi e coraggiosi degli strumenti di cui dispongono; e basti, al riguardo, solo rammentare l’applicazione diretta della Costituzione (e, però, anche delle altre Carte...) da parte dei giudici, nei limiti in cui può aversi con riguardo ai casi di mancanza di leggi comuni a salvaguardia dei diritti (su ciò, di recente e per tutti, F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Napoli 2011; A. GUAZZAROTTI, *L’autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Napoli 2011, e L. AZZENA, *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità dalle origini alla dimensione europea*, Napoli 2012, 114 ss.).

giudici non possano ormai più essere (se mai sono stati...) una mera *bouche de la loi*, secondo una fortunata loro immagine che tuttavia stancamente si ripete. Piuttosto, è da dire che vicende varie, a taluna delle quali si farà qui pure cenno, hanno col tempo sempre più messo in evidenza il ruolo attivo (alle volte, singolarmente attivo) dei giudici, specificamente sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali; la qual cosa, per la sua parte, ulteriormente avvalora l'idea, nella quale da tempo mi riconosco e che qui pure tenterò di argomentare, secondo cui il sistema o è *sistema di norme* oppure semplicemente non è.

2. La ricostruzione corrente del sistema, secondo forma, e la descrizione più diffusamente accolta della operatività dei criteri ordinatori

L'impianto del sistema, nelle sue ricostruzioni ad oggi più diffuse e largamente fatte proprie dalla giurisprudenza, appare essere – come s'è accennato – d'ispirazione formale-astratta.

Molti sono i segni che potrebbero essere adottati a sostegno di quest'affermazione. E basti solo porre mente al fatto che il criterio posto dalla Corte costituzionale a base del riconoscimento della propria competenza a giudicare della validità delle leggi e degli atti a queste equiparati fa appunto leva sulla forma degli atti, unicamente alcuni di essi essendo riconosciuti come dotati di "valore di legge" e, pertanto, esclusivamente soggetti al sindacato del giudice costituzionale. Nessun rilievo, come si sa, è assegnato alla *forza sostanziale* espressa dalle norme contenute negli atti stessi: i regolamenti delegati, ad es., pur essendo provvisti della capacità di statuire in contrasto di leggi vigenti, restano esclusi, per il solo fatto di portare il nome di regolamenti, dal novero degli atti impugnabili in sede di giudizio sulle leggi (non ha, infatti, come si sa, avuto fortuna la contraria e argomentata proposta di un'autorevole dottrina volta a dar modo anche a tali regolamenti di essere portati alla cognizione della Corte⁵).

Non risolutivo, a giustificazione della tesi ormai invalsa, appare tuttavia essere il rilievo per cui l'effetto abrogativo sarebbe da far risalire – secondo l'opinione fatta propria sia dall'art. 17 della legge n. 400 del 1988 che dalla giurisprudenza – alla legge "delegante", sicché, non producendolo il regolamento, non si capirebbe la ragione della sua sindacabilità da parte della Corte costituzionale. Un argomento, questo, a mia opinione privo di pregio; piuttosto, l'errore è, in realtà, a monte, proprio nella esclusiva imputazione dell'effetto abrogativo in capo alla legge di delegificazione che – come ho avuto modo di dire altrove – porta diritto a fare del regolamento delegato una fonte senza effetto, così dunque in buona sostanza degradata a mero "fatto". Se, tuttavia, non si vuol fare della legge di delegificazione una mera fonte sulla normazione, dando pertanto il giusto peso alle sue "norme generali regolatrici della materia", non può che concludersi – a me pare⁶ – nel senso che ciascuna delle fonti in campo, la legge di delegificazione e il regolamento delegato, appare esser artefice di una quota dell'effetto da esse unitariamente ed inscindibilmente prodotto, con apporti vari a seconda della estensione delle norme in ciascun atto contenute.

Non si sta, ad ogni buon conto, ora a discutere dell'esattezza o dell'inesattezza né della tesi fatta propria dalla Corte né della tesi patrocinata dalla dottrina minoritaria appena evocata in ordine alla sindacabilità degli atti normativi in parola. Ciò che solo qui importa è che è così; e col diritto vivente – piaccia o no – occorre pur sempre fare i conti, dal momento che è in esso che si converte e interamente risolve il diritto vigente. Ormai si è dunque affermata una *metanorma consuetudinaria*, interpretativa del disposto di cui all'art. 134 cost., che ha determinato l'esito della estraneazione dei regolamenti (e di altri atti ancora) dalla cerchia degli oggetti possibili dei giudizi sulle leggi.

Una sola cosa tuttavia preme adesso mettere in evidenza a riguardo dell'indirizzo giurisprudenziale ora indicato e dell'orientamento dottrinale che lo sostiene; ed è che a poco giova addurre a sua

⁵ Il riferimento è, ovviamente, a C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano 1964.

⁶ V., infatti, il mio "Fluidità" dei rapporti tra le fonti e duttilità degli schemi d'inquadramento sistematico (a proposito della delegificazione), in AA.VV., *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Coccozza e S. Staiano, Torino 2001, 777 ss., spec. 792 ss.

giustificazione la circostanza per cui, altrimenti opinando, verrebbe senza riparo pregiudicata la certezza del diritto, nel presupposto (assiomaticamente accolto) che *la forma dia certezze, la sostanza incertezze*, risultando pertanto opportunamente contenuto, se non pure azzerato, il margine di discrezionalità degli operatori (e, tra questi, della stessa Corte) in ordine alla selezione degli oggetti possibili del sindacato di costituzionalità.

Un ragionamento siffatto, pure assai ricorrente, va infatti incontro, a mia opinione, ad alcuni ostacoli in ordine al suo possibile accoglimento, mostrandosi espressivo di un'idea mitica e quasi sacrale della certezza, che pure – non si discute – è valore fondamentale dell'ordinamento, secondo quanto peraltro è stato più volte riconosciuto anche in giurisprudenza, e però, al pari di qualsivoglia altro valore, passibile di bilanciamento. In disparte questa generale riserva, il vero è che è la stessa giurisprudenza, in talune sue recenti, particolarmente significative espressioni, a mostrare di intendere la certezza in un'accezione non formale bensì sostanziale (o, meglio, assiologico-sostanziale) o, per dir meglio, ad oscillare tra l'una e l'altra accezione. Ciò che, ad ogni buon conto, fa venire meno proprio la base metodica sulla quale far stabilmente reggere la costruzione teorica di cui ora si discorre. Ma di ciò, a tempo debito.

Tornando ora alla tesi di fondo fatta propria dalla giurisprudenza, il carattere formale-astratto della ricostruzione del sistema balza subito agli occhi per il modo con cui sono intesi i criteri ordinatori. La giurisprudenza (e, con essa, la comune dottrina) si dichiara dell'avviso che ogni fonte abbia un suo "posto" nel sistema, che stabilmente detenga, un "posto" appunto riportabile alla forma della fonte stessa. Si può dire, con una corta espressione che ho più volte utilizzato per sintetizzare questo stato di cose, che *la forma fa la forza*. Sta tutta qui, *in nuce*, la visione piramidale del sistema, dalle fin troppo note ascendenze teoriche perché vi si debba fare ora richiamo⁷, che, partendo dall'alto, ha nelle leggi di revisione costituzionale e nelle "altre" leggi costituzionali⁸ le fonti apicali del sistema⁹ e da queste via via discende ai gradi ulteriori della scala gerarchica (passando attraverso la legge e gli atti a questa equiparati, rigorosamente individuati secondo criteri appunto formali, fino a pervenire ai regolamenti, alle fonti terziarie, ecc.).

Anche laddove poi si rileva l'operatività di criteri ordinatori diversi dalla gerarchia (e, segnatamente, di quello della separazione delle competenze o, più semplicemente, della competenza), le cui movenze sono state magistralmente rappresentate da una insuperata dottrina¹⁰, ugualmente non

⁷ Evidente il riferimento al magistero di H. Kelsen e della Scuola da lui fondata, che anche da noi ha fatto – come si sa – non pochi proseliti.

⁸ Non è di qui tornare a ragionare della distinzione tra tali specie di leggi, da taluno negata e da altri invece ammessa [indicazioni in C. ESPOSITO, *Costituzione, leggi di revisione della costituzione e "altre" leggi costituzionali*, in *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, III, Milano 1962, 199 ss.; R. TARCHI, *Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1948-1993)*, in *Comm. Cost.*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma 1995, 271 ss.; M. CECCHETTI, *Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1996-2006)*, in AA.VV., *Osservatorio sulle fonti 2006, Le fonti statali: gli sviluppi di un decennio*, a cura di P. Caretti, Torino 2007, 1 ss., spec. 5 ss.; F. BERTOLINI, *Leggi di revisione costituzionale e altre leggi costituzionali*, in *Il Diritto, Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, V (2007), 1 ss., spec. 7 s.; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*², cit., 392 ss.]; non è, nondimeno, privo d'interesse rammentare che l'opinione favorevole alla reciproca differenziazione rinviene il terreno sul quale essa può essere colta al piano delle norme (e, specificamente, della loro funzione), non già degli atti, identici per forma.

⁹ Parimenti non è di qui riprendere la vessata questione se l'unico, vero vertice del sistema sia dato dalla Costituzione, nell'assunto che essa pure sia una... *fonte*. Resta, nondimeno, il fatto che le leggi provviste di forma costituzionale sono dalla stessa Costituzione abilitate a derogare a quest'ultima, sia pure entro taluni limiti cui si farà subito appresso cenno.

¹⁰ Faccio qui solo i nomi di C. ESPOSITO, V. CRISAFULLI, F. MODUGNO e G.U. RESCIGNO: nell'ordine, v., del primo, *La validità delle leggi* (1934), rist. inalt., Milano 1964; del secondo, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 775 ss. e *Lezioni di diritto costituzionale*⁶, II,1, *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Padova 1993; il terzo ha, poi, ripetutamente affinato e precisato la sua posizione teorica il cui impianto, nondimeno, resta quello fissato ne *L'invalidità della legge*, I e II, Milano 1970; del quarto, v., infine, *Gerarchia e competenza, tra atti normativi, tra norme*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Napoli 2011, 2821 ss. Tra le più accurate descrizioni della operatività del criterio della competenza, segnalo qui solo quelle di L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano 1998; F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova 2009; R. BIN-G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*², Torino 2012 e, soprattutto, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*², cit. Infine, volendo, anche il mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle*

se n'è rinnegata la conformazione secondo forma. Basti solo al riguardo pensare al modo con cui sono stati intesi (specie sul finire degli anni cinquanta e primi anni sessanta del secolo appena trascorso) i rapporti tra leggi statali e leggi regionali o quelli tra legge e regolamento parlamentare: laddove, nuovamente, è il *nomen* dell'atto a decidere del "posto" dell'atto stesso, della sua idoneità ad esprimere certi vincoli a carico di altri atti ovvero di resistere ai tentativi d'invasione della propria sfera di competenze posti in essere da atti aventi nome diverso.

D'ispirazione formale-astratta è, infine, anche il canone, di antichissima fattura, della *lex posterior*¹¹: l'abrogazione e la modifica in genere è consentita a beneficio di una fonte nei riguardi di altra fonte (perlopiù – come si diceva – tutte di pari grado), ancora una volta in nome del... *nome*, non già di certe "qualità" possedute dalle norme degli atti in campo. Le norme rilevano, sì, al fine di stabilire se v'è contrasto o, all'inverso, se è possibile riconciliare in via interpretativa gli atti in campo; ma l'attitudine, appunto quale *astratta* capacità, a produrre l'effetto abrogativo (in larga accezione, comprensiva di qualsivoglia innovazione normativa) si fa riportare pur sempre alla forma: nessun dubbio, infatti, può, per la tesi ora succintamente riferita, aversi a riguardo del fatto che un atto posteriormente adottato non possa innovare ad uno anteriore nel caso che il primo sia gerarchicamente sovraordinato al secondo (e lo sia, come s'è veduto, in ragione della forma di cui si riveste).

Si vedrà tuttavia tra non molto che quest'affermazione non è sempre vera; e il fatto che non lo sia *in qualche caso* (non saprei dire in quanti casi, ma qui non è luogo per statistiche costituzionali...) toglie validità all'affermazione stessa, perlomeno nella sua ambiziosa proiezione a carattere generale.

Questo è, dunque, il tronco della costruzione corrente del sistema, la sua struttura portante. Ma è in grado di resistere ai colpi infertigli dalla stessa giurisprudenza trattando di alcune cruciali questioni riguardanti la composizione delle fonti in sistema e il modo con cui esse si riportano alla Costituzione?

3. *La teoria dei limiti alla revisione costituzionale, l'abbandono delle forme in ordine alla sistemazione delle norme costituzionali che il suo accoglimento comporta, il mancato ricorso alla "logica" delle "coperture" secondo valore, dichiaratamente ammessa dal giudice costituzionale per il solo campo di esperienza in cui si svolgono i rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione europea*

Non è agevole, come dicevo all'inizio di questa mia riflessione, rispondere a cuor leggero alla domanda da ultimo posta. Viste le cose da una certa angolazione alle volte verrebbe di dire di sì, che l'impianto secondo forma tenga a fronte di soluzioni, diversamente orientate al piano metodico e svolte al piano dogmatico, apprestate per talune questioni definite dal giudice delle leggi; altre volte, di contro, verrebbe di dire di no, la prospettiva d'ispirazione formale-astratta sembrando essere messa risolutamente da canto per far posto ad una prospettiva d'ispirazione assiologico-sostanziale. Si tratta, dunque, al tirar delle somme, di stabilire se le risposte date dalla giurisprudenza alla luce di questa seconda prospettiva siano idonee non soltanto ad incrinare la costruzione eretta alla luce della prima prospettiva ma, addirittura, a determinarne il crollo.

Lascio al lettore di queste mie scarse e succinte notazioni il verdetto finale; ciò che solo chiedo è di fare lo sforzo di non leggerle in modo preorientato, con le lenti forgiate da una pur nobile tradizione

fonti normative, Milano 1977, con gli ulteriori svolgimenti e le precisazioni che sono in *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*⁵, Torino 2009.

¹¹ Invece la sua limitazione in nome del carattere "speciale" dell'atto anteriore fa riferimento a certi attributi strutturali ovvero sostanziali dell'atto resistente, indipendentemente dalla forma di cui esso si riveste. Quest'affermazione non è messa in discussione laddove gli atti in campo siano del medesimo grado e, perciò, astrattamente provvisti della medesima forza. L'abrogazione, tuttavia, si considera possibile anche in relazione al caso che l'atto posteriore sia gerarchicamente sovraordinato a quello inferiore, sempre che, a motivo della sua struttura nomologica, si dimostri idoneo a prenderne subito il posto e ad essere portato ad applicazione invece di quello. Nel qual caso, il canone della specialità – a quanto pare – non può più trovare il modo di farsi valere (il punto, ad ogni buon conto, richiede un supplemento di riflessione, con specifico riguardo alla conformità al canone della ragionevolezza della rimozione della *lex specialis*).

culturale ma, a mia opinione, ormai inadeguate a penetrare la struttura dell'oggetto riguardato ed a coglierne l'essenza, le incessanti movenze degli elementi che la compongono e senza sosta rinnovano.

La prima e più rilevante espressione di un indirizzo non formalista è da vedere nella dottrina, fatta propria senza esitazione e riserve dal giudice costituzionale¹², dei limiti sostanziali alla revisione costituzionale. Qualcuno dice non esser corretto al riguardo ragionare – come invece molti fanno – di una vera e propria *gerarchia di norme* in seno alla Carta costituzionale; sta di fatto, tuttavia, che alcune di esse esibiscono una formidabile capacità di resistenza a qualsivoglia innovazione per via legale, potendo – in via di mera ipotesi – essere travolte unicamente dall'avvento, *per tabulas forzosus*¹³, di un nuovo potere costituente. Poi, è tutto da vedere come far luogo, in modo adeguato, al riconoscimento delle norme che, sole, possono fregiarsi del titolo estremamente selettivo di esprimere i principi fondamentali dell'ordinamento ovvero di porsi al servizio dei principi stessi in guise tali che la loro incisione o venuta meno *ipso facto* (e... *iure*) ridonderebbe in incisione o caduta dei principi medesimi¹⁴.

Non è qui possibile indugiare a riguardo delle tecniche interpretative dei principi o, ad esser più precisi, delle tecniche che consentano di stabilire se le norme di volta in volta desunte per via d'interpretazione siano o no principi (è evidente, infatti, che questi ultimi non sono un *prius* bensì un *posterius* dei fatti interpretativi). Ciò che solo importa, come si diceva, è che si distingua in seno al corpo costituzionale elemento da elemento, norma da norma, secondo un criterio certamente non formale (tutte le norme stesse appartenendo al medesimo documento) bensì assiologico-sostanziale, dovendosi riguardare ai valori in nome dei quali si è svolta la lotta vittoriosa che ha portato all'avvento

¹² V., part., [Corte cost. n. 1146 del 1988](#).

¹³ Una sensibile dottrina (sopra tutti, M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1995, 7 ss., ma anche M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Roma 1991, 8 s. e *passim*, e *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss., spec. 136 ss., e U. ALLEGRETTI, *Il problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale*, in AA.VV., *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, a cura di E. Rippepe e R. Romboli, Torino 1995, 29) si è dichiarata dell'idea che, con specifico riguardo alle liberaldemocrazie, non potrebbe immaginarsi l'avvento di un nuovo potere costituente che non sia *quodammodo* "limitato", siccome obbligato a far comunque salva la garanzia dei diritti fondamentali. Una tesi, questa, che nondimeno attende le sue opportune (ed auspicabili...) verifiche dalla storia, la quale piuttosto, per com'è venuta fin qui maturando, esibisce non poche testimonianze di fatti di discontinuità costituzionale; proprio, anzi, quando la guardia si abbassa, maggiore si fa il rischio che essi possano aversi, ancorchè abilmente mascherati dietro le candide vesti di una continuità di facciata. Giova pertanto rifuggire dall'innalzare a teoria giuridica (in ispecie a teoria generale) un desiderio o una speranza che credo ciascuno di noi non possa non coltivare ma che potrebbero ugualmente restare inappagati.

Resta poi da chiedersi (ma in altra sede) in applicazione di quali criteri si renda possibile riconoscere senza soverchie incertezze quando si sia in presenza di un fatto di discontinuità e quando invece di uno di continuità costituzionale (con specifico riguardo ai controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali e con attenzione anche alle esperienze di altri ordinamenti, v. S. RAGONE, *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*, Bologna 2011). Domanda, questa, da far tremare le vene e i polsi, sol che si consideri che ogni criterio di formale fattura mostra limiti evidenti di rendimento, di modo che deve, ancora una volta, farsi ricorso a criteri di ordine sostanziale. Per un verso, infatti, la discontinuità potrebbe non aversi a mezzo di legge di revisione costituzionale che si porti oltre la soglia per essa fissata; e ciò, anche in ragione del fatto che, salvo casi clamorosi di enunciati che fanno a pugni coi principi, non di rado le stesse leggi dotate di forma costituzionale esibiscono una struttura nomologica fatta a maglie larghe o larghissime, sicché solo al momento della loro successiva specificazione-attuazione con leggi o altri atti ancora si può tentare di stabilire se si sia avuto, o no, il superamento della soglia suddetta. Per un altro verso, la discontinuità potrebbe porsi quale l'effetto di un disegno eversivo realizzato, oltre che per via legislativa (costituzionale od ordinaria che sia), tramite pratiche politiche e comportamenti in genere non formalizzati. Insomma, solo lo storico o il politologo, ancora prima o invece del giurista, può, riguardando *ex post* a certe vicende, accertare se vi sia stata, o no, discontinuità e quando essa abbia preso corpo.

¹⁴ Anche il riscontro di siffatto rapporto di strumentalità necessaria intercorrente tra principi fondamentali ed altre norme, costituzionali e non, che vi diano la prima, necessaria attuazione rimanda a criteri di ordine sostanziale (o, meglio, assiologico-sostanziale) ad oggi non puntualmente definiti e piuttosto apprezzabili con l'intuito ancor prima che col ragionamento. Ciò che solo importa è che, una volta ammessa in tesi l'esistenza di siffatto rapporto, se ne ha che anche norme di legge comune volte a dare "a prima battuta" svolgimento ai principi non potrebbero essere puramente e semplicemente rimosse neppure con legge costituzionale, il loro venir meno ridondando immediatamente in irreparabile incisione dei principi. Ancora una conferma, come si vede, del sempre possibile ribaltamento della *gerarchia secondo forma* a fronte di una *gerarchia secondo valore* o – il che è praticamente lo stesso – del fatto che il sistema è di *norme*, più (o anzi) che di *fonti*.

dell'ordine costituzionale vigente e da essi appunto muovere nella ricerca delle norme che nel modo più diretto, immediato, genuino li esprimano, ponendo le basi per il loro più saldo radicamento nell'ordinamento¹⁵.

Sulla dottrina dei limiti all'innovazione costituzionale, ad ogni buon conto, si registra ormai, salvo – come si sa – un isolato dissenso¹⁶, una unanimità di vedute, in tale dottrina riconoscendosi – e la cosa non cessa ai miei occhi di apparire misteriosa – persino quanti si dichiarano dell'idea che il sistema risulti composto – come si diceva – da *fonti*, ciascuna provvista di una forza sua propria in ragione della forma di cui si riveste. Seguito, infatti, a considerare¹⁷ afflitta da una contraddizione insanabile la comune opinione che, in premessa, individua il *quid proprium* della Costituzione nel suo “nucleo duro”, quale costituito dai principi fondamentali che ne danno appunto la essenza¹⁸, ricostruendo quindi le dinamiche interne al sistema in applicazione di criteri di formale fattura. In tal modo, viene però meno la ragion d'essere delle “coperture” costituzionali *secondo valore*; viene, cioè, scavato un solco incolmabile tra i principi fondamentali, che dei valori danno la prima e più genuina rappresentazione positiva, e tutte le norme restanti (e sottostanti) i cui rapporti si reputano essere governati da canoni (criteri ordinatori, appunto) d'ispirazione formale-astratta. Senza avvedersene, si spiana così la via al fraudolento aggiramento dei principi stessi (e, risalendo, dunque, dei valori), una volta che si recida il filo che li lega alle *norme* (non già, si badi, alle *fonti*) che vi danno il primo, diretto e necessario svolgimento, ammettendosi che le norme stesse soggiacciono in tutto e per tutto al regime valevole per gli atti cui esse appartengono. Si nega pertanto un dato di tutta evidenza, fedelmente rappresentato dall'immagine circolare che vede, sì, i principi offrire protezione (“copertura”, come si suol dire) alle norme che vi danno attuazione ma, allo stesso tempo, ricevere un servizio da queste, grazie al quale i principi possono radicarsi nel terreno dell'ordinamento e in esso inverarsi, nel migliore dei modi alle condizioni oggettive di contesto.

A conti fatti, solo in un campo di esperienza, quello dei rapporti tra Stato e Unione europea, al quale fanno capo interessi peculiari e bisognosi di una speciale salvaguardia, la “logica” delle “coperture” secondo valore ha avuto modo di affermarsi in modo esplicito, portando persino al ribaltamento della gerarchia secondo forma, regolamenti adottati al fine di dare attuazione alle norme dell'Unione mostrandosi idonei a resistere a tentativi di deroga da parte di leggi (e fonti sovraordinate in genere) che, ad essi innovando, per ciò stesso vengano ad urtare con la norma costituzionale di “copertura”, di cui all'art. 11 della Carta.

Se ne dirà meglio a momenti. Resta, ad ogni buon conto, singolare la circostanza che la “logica” in parola si consideri sprovvista di generale valenza: quasi che solo una tra le norme di cui si compone la Carta costituzionale possa essere in grado di attivare meccanismi di protezione di natura assiologica ovvero che essi possano aversi solo in un campo materiale di esperienza, quello dei rapporti con l'Unione.

Eppure, malgrado alla Consulta le “coperture” secondo valore si predichino unicamente per il campo suddetto, *di fatto* sono poi riconosciute e fatte valere – è questo il punto su cui vorrei qui fermare specificamente l'attenzione – in molti altri casi, venendosi così a formare, goccia dopo goccia, un vero e proprio fiume sotterraneo dall'andamento carsico, che solo a tratti affiora in

¹⁵ Maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, 4/2006, 531 ss.

¹⁶ Il riferimento è ad una nota tesi di P. BISCARETTI DI RUFFIA, espressa per la prima volta nel suo *Sui limiti della revisione costituzionale*, in *Ann. Sem. Giur. Univ. Catania*, III, 1948-49, e in seguito più volte ribadita. È ancora di recente tornato a discuterla, in prospettiva giusfilosofica, S. COLLOCA, *Revisione costituzionale. Due contributi analitici*, in *Studi in onore di F. Modugno*, cit., II, 994 ss.

¹⁷ Notazioni anticipatrici sul punto già nel mio *Metodi e dottrine dei costituzionalisti ed orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di fonti e della loro composizione in sistema*, in *Dir. soc.*, 1/2000, 141 ss., e quindi in altri scritti.

¹⁸ Assai controverso non tanto se il nucleo in parola esista quanto quale possa essere il modo appropriato per individuarlo e riconoscerne i confini (su ciò, tra gli altri, A. SPADARO, in molti scritti e, spec., nel suo *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano 1994, nonché AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e principî fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Staiano, Torino 2006 e Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano 2007).

superficie e che però va giorno dopo giorno a corrodere le fondamenta di quella costruzione del sistema su basi formali- astratte i cui tratti di fondo sono stati poc' anzi succintamente rappresentati.

Le tracce più vistose di questo percorso non lineare ed anche, a dire il vero, non poco sofferto si hanno nel campo della tutela dei diritti fondamentali.

Torno ora a riguardare a questa tutela da quattro angoli visuali diversi, con riferimento a talune note esperienze della giustizia costituzionale, che qui richiamo, corredandole di brevi notazioni, unicamente per le specifiche esigenze ricostruttive di questo studio. Si tratta di “schegge” – come le si sono altrove chiamate – di una sistemazione di ordine assiologico-sostanziale, che si innestano nel tronco della ricostruzione d'ispirazione formale- astratta ed alle quali è a mia opinione da riconoscere uno speciale rilievo, oltre che la capacità di irradiarsi e beneficamente contagiare altresì le parti restanti della costruzione stessa.

Di esse dobbiamo dunque ora dire, sia pure con la sintesi imposta a questa riflessione.

3.1. Il percorso non lineare della giurisprudenza, ovvero sia le “schegge” di una sistemazione secondo le norme, non già secondo le fonti, con specifico riguardo alle discipline statali che danno i “livelli essenziali” delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali

Dal primo angolo visuale si colgono le vicende riguardanti la definizione normativa dei c.d. “livelli essenziali” delle prestazioni relative ai diritti¹⁹. Cosa siano tali livelli non s'è mai ben capito; è certo, peraltro, che la loro definizione normativa rimanda al contesto nel quale s'inscrive, mutando pertanto col mutare di questo. Se ne ha palmare riprova proprio nella presente congiuntura segnata da una crisi economico-finanziaria senza precedenti²⁰, da essa discendendo un forte ridimensionamento di taluni diritti (specie di quelli c.d. “sociali”) e, in genere, di bisogni elementari dell'uomo. Eppure, v'è una soglia al di sotto della quale non è possibile, in alcun caso o modo, scendere, venendo altrimenti pregiudicata la dignità della persona umana (un valore, questo, su cui tornerò ad insistere anche più avanti, giocando un ruolo di centrale rilievo nella ricostruzione qui prospettata).

Dei “livelli” in parola si discorre animatamente, come si sa, con specifico riguardo al nuovo riparto costituzionale delle competenze operato dalla riforma del 2001 del Titolo V della Carta. Dalla prospettiva qui accolta, però, il riferimento ad essi fatto nell'art. 117, II c., lett. m) assume un'ancora maggiore valenza, apprezzabile in prospettiva assiologicamente orientata. Le leggi statali cui è riservata la fissazione dei livelli in parola possono, dunque, spostare, per i singoli ambiti materiali, ora più in alto ed ora più in basso la linea di confine tra ciò che è “essenziale” e ciò che “essenziale” non è, ove si convenga a riguardo del carattere storicamente determinato sia dell'uno che dell'altro, ma pur sempre – come si è venuti dicendo – entro margini di escursione di campo circoscritti e soggetti a vaglio *secondo ragionevolezza*, nella sua conformazione internamente complessa, siccome riferita alla congruità delle norme, a un tempo, rispetto all'assetto degli interessi e rispetto ai valori, in special modo alla coppia assiologica di libertà ed eguaglianza, nelle mutue implicazioni che tra di esse s'intrattengono²¹. Le leggi statali sui “livelli” sono, perciò, sì, modificabili ma pur sempre a

¹⁹ In argomento si è assistito ad una messe di scritti ormai imponente e di vario segno: riferimenti, per tutti, negli studi di C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni tra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza amministrativa*, in *Fed. fisc.*, 2/2009, 133 ss.; *I livelli essenziali delle prestazioni tra sussidiarietà e collaborazione*, in *Le Regioni*, 4/2010, 941 ss., e *I livelli essenziali delle prestazioni secondo i giudici comuni*, in *Giur. cost.*, 4/2011, 3371 ss., nonché, più di recente, in L. TRUCCO, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, relaz. al convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Trapani l'8 e 9 giugno 2012 su *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, in www.gruppodipisa.it.

²⁰ ... e che induce ad una preoccupata riflessione circa l'idoneità della legge fondamentale della Repubblica a resistere ai colpi che, pressoché quotidianamente, le sono inferti (su ciò, il mio *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in www.giurcost.org, 21 settembre 2012; adde l'Editoriale di G. FALCON, *La crisi e l'ordinamento costituzionale*, a *Le Regioni*, 1-2/2012, 9 ss., e, con specifico riguardo all'art. 41 ed alle sue possibili innovazioni, F. ANGELINI, *Costituzione ed economia al tempo della crisi...*, in www.rivistaaic.it, 4/2012).

²¹ Su di che la densa riflessione teorica di G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009.

condizione che ne risulti integra la dignità della persona umana. È una importante testimonianza (altre si vedranno a breve) del fatto che l'operatività dei criteri ordinatori (qui, di quello della *lex posterior*) può cogliersi nella giusta luce non già dalla prospettiva formale-astratta, che guarda unicamente alle *fonti*, bensì da una storico-concreta, d'ispirazione assiologico-sostanziale, che fa capo alle *norme*, per il modo con cui si riportano le une alle altre e tutte assieme, a un tempo, a “fatti” e valori.

Si vedrà, nondimeno, a momenti che la giurisprudenza non si presenta sempre ferma e lineare nei suoi svolgimenti, a presidio dei diritti fondamentali (e, in ultima istanza, della dignità), esibendo incertezze non lievi ed anche vistose incoerenze (o, quanto meno, come lascia intendere il titolo dato a questa mia riflessione, oscillazioni), al punto da doversi faticare non poco a rinvenire un “nucleo duro” di una teoria giurisprudenziale delle fonti che rimanga sempre identico a sé, pur nel variare dei casi e delle rispettive soluzioni.

3.2. I limiti all'abrogazione popolare segnati dalle norme di legge che danno una “tutela minima” a beni costituzionalmente protetti

Non dissimile è la “logica” che sta a base dell'indirizzo giurisprudenziale in materia di referendum, specificamente nella parte in cui sono messe al riparo dalle iniziative di abrogazione popolare quelle leggi (o, meglio, quelle loro *norme*) che danno una “tutela minima” – come la Consulta è solita chiamarla – di beni costituzionalmente protetti²².

Qui, non sono in gioco soltanto, seppur principalmente, i diritti; il riferimento è, infatti, in via di principio esteso a tutto campo, ad ogni bene che risulti essere provvisto di riconoscimento costituzionale e che potrebbe risultare irreparabilmente pregiudicato dall'effetto abrogativo avente ad oggetto norme di legge poste a salvaguardia di quei beni.

Nuovamente, non si tratta ora di stabilire (o, con doverosa cautela, *tentare* di stabilire) in cosa tale “tutela minima” si risolva né se essa sia, in tutto o in parte, sovrapponibile a quei “livelli essenziali”, di cui si è appena discusso. Una sola cosa è tuttavia certa; ed è che se le norme che danno la tutela in parola resistono alla loro rimozione mediante referendum, non possono che resistere altresì alla loro abrogazione “secca” con legge.

Come si vede, le vicende della normazione, laddove incrocino i diritti (e, in genere, i beni costituzionalmente protetti), non possono essere convenientemente spiegate col mero riferimento alle *fonti*; è solo nel momento in cui si trapassa la corazza della forma e si punta alla sostanza in essa racchiusa (alle *norme*, appunto) che può stabilirsi se l'innovazione è, o no, lecita. È, dunque, solo riguardando le relazioni tra le *norme* in seno al contesto nel quale esse s'inscrivono ed alla luce dei valori che può dirsi se v'è, o no, *vera parità* tra le norme stesse, potendosi pertanto dar spazio al canone della *lex posterior* che ne governa la successione nel tempo, o non piuttosto *gerarchia*, *malgrado la identità di forma e l'astrattamente non diversa collocazione nel sistema*.

Ci si avvede così che nulla può dirsi *a priori* circa il modo con cui una fonte si pone davanti ad altre fonti e viene pertanto a trovare ricetta nel sistema; tutto, piuttosto, può dirsi solo *a posteriori*, per il modo con cui le norme dalle fonti prodotte si riportano le une alle altre e tutte assieme a “fatti” e valori. La gerarchia, insomma, in ultima istanza si fa e senza sosta rinnova, fissandosi per le esigenze di un'esperienza data, davanti al giudice (e, segnatamente, avuto riguardo alle vicende delle fonti di primo grado, davanti al giudice costituzionale), la *certezza del diritto* convertendosi ed interamente risolvendosi in *certezza dei diritti*, vale a dire, a conti fatti, nella effettività della loro tutela, la massima possibile alle condizioni oggettive di contesto (ma sul punto, di cruciale rilievo, anche più avanti).

²² Ad es., [Corte cost. n. 45 del 2005](#); in dottrina, per tutti, A. PERTICI, *Il Giudice delle leggi e il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino 2010, spec. 153 ss.

3.3. *Il “bilanciamento” tra norme sulla normazione e norme sostantive (a proposito di alcune esperienze riguardanti le discipline legislative di Stato e Regione a presidio dei diritti, dello sperequato trattamento loro riservato, della singolare dottrina di una dignità della persona umana... a scomparsa, di cui si fa portatrice la giurisprudenza costituzionale)*

Non è solo il canone della *lex posterior* a trovarsi non di rado in crisi, fino al punto di essere messo interamente da canto; anche il canone della competenza e persino quello della gerarchia secondo forma possono – come si diceva – sottostare a grave *stress* ed a forte ridimensionamento della loro *vis ordinativa*.

A fronte del bisogno di dare appagamento ai diritti possono, dunque, alle volte “saltare” (ed effettivamente “saltano”) le quiete sistemazioni d’ispirazione formale-astratta.

A riguardo del riparto costituzionale delle competenze Stato-Regioni, la giurisprudenza ci dice che le stesse norme sulla normazione, usualmente considerate categoricamente inderogabili, da esse discendendo la integra trasmissione dell’ordinamento nel tempo, possono soggiacere a “bilanciamento” con norme sostantive della Carta: un “bilanciamento” che, tuttavia, appare essere... *squilibrato*, portando al loro stesso risoluto accantonamento.

Si pensi, ad es., alla “invenzione” della *social card* da parte dello Stato, espressamente riconosciuta come invasiva della sfera materiale di competenze delle Regioni e tuttavia ugualmente giustificata, in nome della salvaguardia della dignità di persone particolarmente bisognose²³. È singolare la circostanza per cui la medesima “logica” non si giudica idonea a valere in modo speculare, a “copertura” di leggi regionali “anticipatrici” di leggi statali carenti²⁴: laddove la invasione di campo non avrebbe comunque impedito allo Stato di riappropriarsi in ogni tempo della competenza che ad esso spetta, in applicazione – come si vede – di quell’accezione *concreta* del canone della competenza di cui la stessa giurisprudenza già da tempo si è fatta portatrice²⁵.

Rivista la vicenda dal punto di vista della salvaguardia della dignità, se ne ha che quest’ultima non appare più essere, quale invece è, un valore indisponibile, la “bilancia” – è stato detto da una sensibile dottrina²⁶ – su cui si dispongono i beni bisognosi di “bilanciamento”²⁷; come mi è venuto di dire in altre occasioni, è piuttosto un valore *a scomparsa*, che ora c’è ed ora no, prestandosi a strumentali utilizzi ad esclusivo beneficio del soggetto più forte, lo Stato.

Al tirar delle somme, come si è veduto, le esperienze di giustizia costituzionale ora riguardate, con il loro non lineare, confuso svolgimento, danno l’idea di un andamento altalenante della giurisprudenza, che ora si fa attrarre dalle suggestioni del corno assiologico-sostanziale ed ora però resiste visceralmente legata al corno formale-astratto, non riuscendo pertanto a liberarsi del condizionamento esercitato dalla tradizione culturale che a quest’ultimo fa capo.

3.4. *La deformalizzazione delle dinamiche della normazione, al piano delle relazioni interordinamentali e per effetto della crescente espansione del diritto di origine esterna, e la internamente composita giurisprudenza avente ad oggetto la CEDU e le forme del suo giuridico rilievo in ambito interno, oscillante tra il corno formale-astratto e quello assiologico-sostanziale in ordine alla ricostruzione e incessante rinnovo delle dinamiche costitutive del sistema*

²³ V. [sent. n. 10 del 2010](#); in un non dissimile ordine d’idee sono altre pronunzie della Consulta, tra le quali la [sent. n. 121 del 2010](#).

²⁴ Part., [sentt. nn. 373 del 2010](#) e [325 del 2011](#).

²⁵ [Sent. n. 214 del 1985](#).

²⁶ Il riferimento è, ovviamente, a G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

²⁷ Altra dottrina, di contro, giudica la dignità passibile di bilanciamento (tra gli altri, M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell’eguaglianza*, Napoli 2009, 1060 ss.).

Il campo di esperienza nel quale questa lotta tra un “vecchio” che mostra sorprendenti capacità di resistenza e un “nuovo” che incalza per prenderne il posto si rende particolarmente visibile è quello delle relazioni interordinamentali.

Se n'è detto, sia pure con la sintesi imposta a questa riflessione, per alcuni aspetti poc'anzi. Qui, deve ora aggiungersi che la crescita esponenziale del rilievo delle fonti di origine esterna porta ad una parimenti crescente, marcata deformalizzazione delle dinamiche della normazione.

Si pensi, ancora solo per un momento, alle ricadute in ambito interno del primato del diritto dell'Unione. A seguito dell'adozione delle norme sovranazionali e del loro ingresso in ambito interno, viene non di rado in quest'ultimo ad accendersi un motore di produzione giuridica che porta alla formazione di vere e proprie *catene di atti*, gli uni agli altri funzionalmente connessi e assai di frequente disposti a plurimi livelli istituzionali (statali, regionali, locali, senza peraltro escludere la normazione frutto di autonomia privata, posta in essere in esercizio di poteri espressivi di sussidiarietà “orizzontale”).

In congiunture siffatte, l'effetto giuridico appare essere la risultante di più atti: si può pertanto, volendo, seguitare tralaticciamente a ragionare di una pluralità di effetti, dal momento che più d'uno sono appunto gli atti in campo; forse, però, la rappresentazione più fedele di questo stato di cose è quella di una *congiunta imputazione di un unico ed unitario effetto a più atti*, con una distribuzione che varia in ragione del contributo da ciascuno di essi offerto alla sua produzione²⁸. Si assiste, insomma, ad una catena seriale di atti, volti al fine di dar modo alla disciplina normativa di origine esterna di radicarsi nel migliore dei modi nell'ordine interno. È questa la ragione per cui, a mia opinione, anche negli studi di diritto costituzionale (e, segnatamente, in quelli aventi ad oggetto catene siffatte di fonti), giova fare il passo che già da molti anni s'è fatto in diritto amministrativo, sotto la spinta vigorosa di una illuminata dottrina: ragionando, dunque, di una *normazione per risultati*, piuttosto che *per atti*, e volgendosi perciò alla percezione di ciò che tutti assieme possono fare, *con le loro norme*, al servizio del diritto dell'Unione.

Le indicazioni di maggior significato, nel quadro della ricostruzione che si viene facendo, si hanno però dalla giurisprudenza sulla CEDU, con specifico riguardo alle forme del suo giuridico rilievo in ambito interno.

Ancora una volta, è la giurisprudenza a confessare (per vero, in assai dubbia coerenza con se stessa...) non essere sempre vero che *la forma fa la forza*, per riprendere la formula cui s'è fatto poc'anzi ricorso. La Corte ripetutamente ammette la eventualità che la CEDU, al pari di altre Carte e fonti pattizie, possa contenere enunciati espressivi di norme materialmente consuetudinarie della Comunità internazionale²⁹. La qual cosa equivale a dire che uno stesso documento può ospitare norme “graduate” o, come che sia, reciprocamente distinte per natura e, di conseguenza, per forza: a conferma, appunto, che la forza stessa è delle *norme*, non delle *fonti*.

La giurisprudenza sulla CEDU ha, nondimeno, molte facce, ora orientate verso il corno formale- astratto ed ora verso quello assiologico-sostanziale, richiedendosi pertanto per la sua compiuta comprensione e fedele rappresentazione la congiunta osservazione da plurimi angoli visuali³⁰.

L'impianto è, ancora una volta, di formale fattura: la Convenzione è seccamente definita come fonte “subcostituzionale”³¹, soggetta in tutto e per tutto all'osservanza della Costituzione

²⁸ Di un “*effetto dell'intero processo produttivo*” si discorre nel mio *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un'Europa unita*, in *Dir. Un. Eur.*, 4/2010, 885.

²⁹ *Ex plurimis*, [Corte cost. nn. 311 del 2009](#); [93 del 2010](#); [80, 113 e 236 del 2011](#).

³⁰ Dal 2007, data di nascita del nuovo corso inaugurato dalle sentenze “gemelle” [nn. 348 e 349](#) (“gemelle”, sì, ma “non... siamesi”: A. RAUTI, *La “cerchia dei custodi” delle “Carte” nelle sentenze costituzionali nn. 348 e 349 del 2007: considerazioni problematiche*, in AA.VV., *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, a cura di C. Salazar e A. Spadaro, Milano 2009, 265), ad oggi l'indirizzo messo a punto dalla Corte in ordine al rilievo in ambito interno della CEDU ha avuto non pochi né poco significativi aggiustamenti, risultandone un quadro complessivo che appare per molti versi incompiuto, bisognoso di ulteriore affinamento. Di tutto ciò, nondimeno, non può ora dirsi, dovendo restare circoscritto il riferimento unicamente ai tratti maggiormente salienti ed espressivi dell'indirizzo stesso, specificamente rilevanti al fine della ricostruzione che si va qui facendo.

³¹ Questa qualifica ha, ancora di recente, trovato conferma nella già cit. [sent. n. 230 del 2012](#).

(diversamente dal diritto dell'Unione, come si sa obbligato a prestare rispetto ai soli principi fondamentali dell'ordine costituzionale) e, allo stesso tempo, idonea a condizionare la validità delle leggi di Stato e Regioni (e, ovviamente, delle fonti ancora discendenti).

Ci si può chiedere come stiano le cose al piano dei rapporti tra CEDU e leggi costituzionali.

A seguire la “logica” formale-astratta, il carattere della Convenzione di fonte “interposta” dovrebbe qui venire meno: vuoi per il fatto che la giurisprudenza – come si è appena rammentato – è ferma nel dichiarare soggetta la CEDU all'osservanza di qualsiasi norma costituzionale e vuoi per il fatto che le leggi in parola sono abilitate a derogare al primo comma dell'art. 117, a suo tempo iscritto nella Carta con legge parimenti costituzionale, a meno che non si reputi che tale disposto costituisca la mera esplicitazione di un principio fondamentale dell'ordinamento. In disparte però la circostanza per cui, anche per l'ipotesi da ultimo formulata, il vincolo resterebbe pur sempre ristretto alle sole leggi ordinarie, alle quali soltanto il dettato costituzionale si riferisce³², va tenuto presente che la stessa giurisprudenza ha qualificato l'innovazione in discorso quale “integrazione” dell'originario dettato costituzionale, di cui avrebbe colmato una grave lacuna di costruzione lasciata aperta al momento della confezione della Carta. Dal mio canto, mi sono già altrove dichiarato dell'avviso che trattasi piuttosto di una “deroga” (e, perciò, di una violazione) a carico dei principi di cui agli artt. 10 e 11 cost.³³, nei quali è in modo esclusivo definito l'assetto dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale. La qual cosa, peraltro, è stata dalla stessa giurisprudenza, unitamente alla dottrina corrente, riconosciuta prima della “novella” costituzionale del 2001, essendosi dato modo alle leggi comuni di statuire in deroga delle leggi di esecuzione dei trattati internazionali, eccezion fatta per quelli di essi, come i concordati con la Chiesa, che risultano provvisti di specifica “copertura” costituzionale. Ad ogni buon conto, “integrazione” o “deroga” che sia, ormai il disposto di cui al primo comma dell'art. 117 è stato ripetutamente fatto valere quale parametro nei giudizi di costituzionalità (dalla giurisprudenza sulla CEDU così come con riferimento ad altri documenti internazionali). Si è, insomma, avuto *ope juris prudentiae* l'avvento di un'autentica *metanorma consuetudinaria* di riconoscimento della validità del disposto suddetto.

A seguire, di contro, la “logica” assiologico-sostanziale, la deroga di norma convenzionale ad opera di norma costituzionale può considerarsi esclusa, ove in tesi si ammetta che essa ridondi in una (inammissibile) incisione della “copertura” di cui la prima norma gode da parte degli artt. 2 e 3 della Carta, nel loro fare “sistema” coi principi fondamentali restanti. Se, poi, anche la norma interna dovesse invocare a propria giustificazione la “copertura” della coppia di libertà ed eguaglianza, si tratterebbe di stabilire, all'esito di un'operazione di bilanciamento³⁴, quale delle due norme in campo, la esterna e la interna, si dimostri in grado di servire meglio la *Costituzione come “sistema”*, secondo quanto si vedrà meglio a momenti.

³² È vero che il dettato stesso fa riferimento in modo generico alle leggi dello Stato (e delle Regioni), potendosi pertanto astrattamente prestare ad una lettura comprensiva di ogni specie di legge; è tuttavia evidente che il riparto delle materie di cui all'art. 117 riguarda le sole leggi comuni.

³³ Le uniche “deroghe” consentite ai principi fondamentali, giusta la tesi corrente, dietro richiamata, favorevole alla esistenza di limiti, apprezzabili al piano assiologico-sostanziale, alla revisione costituzionale, sono quelle stabilite dal Costituente e che danno vita alle c.d. “rotture della Costituzione”; le “deroghe” poste in essere con legge di revisione costituzionale si risolvono, dunque, immediatamente ed interamente in violazioni della Costituzione stessa. E così è per qualsivoglia altra manifestazione di potere costituito, il superamento dei principi – a stare alla tesi più accreditata al piano teorico-generale – potendo aver luogo unicamente con fatto espressivo di potere costituente (una notazione, questa, gravida di implicazioni con specifico riguardo alle norme consuetudinarie, in capo alle quali una dottrina ha riconosciuto l'attitudine alla “deroga” costituzionale). In realtà, le cose non stanno, a mia opinione, sempre e del tutto così, gli stessi principi fondamentali soggiacendo a modifica per via legale, unico limite all'innovazione costituzionale risultando – come si è dietro fatto notare – dai valori, in funzione servente dei quali i principi si pongono, valori che ancora meglio potrebbero essere appunto serviti da modifiche oculte dei principi stessi.

³⁴ ... un bilanciamento – come si vede – a carattere interordinamentale, nelle forme e con gli esiti possibili che si è altrove tentato di descrivere meglio (ragguagli nel mio *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 1/2011).

Ancora una testimonianza, come si vede, del fatto che, in nome dei valori costituzionali, lo stesso canone della *gerarchia secondo forma* può trovarsi a recedere davanti ad una *gerarchia secondo valore*, che imperiosamente reclama di esser fatta valere.

L'ipotesi che la norma interna possa risultare vincente all'esito di un'operazione di bilanciamento assiologico è stata espressamente presa in considerazione dalla giurisprudenza, con specifico riguardo al caso di contrasto tra legge comune e Convenzione. La giurisprudenza ammette, infatti, in modo esplicito l'eventualità che leggi idonee a dare ai diritti una tutela ancora più "intensa" di quella che è ad essi offerta dalla Convenzione possano essere ugualmente applicate, ancorché incompatibili rispetto alla Convenzione stessa³⁵. Ancora una volta – dice la Corte³⁶ – le norme costituzionali sulla normazione possono soggiacere a "bilanciamento" con le norme sostantive, giustificandosi pertanto la "deroga" (o, meglio, la violazione) del primo comma dell'art. 117 da parte delle leggi più avanzate della Convenzione al piano della salvaguardia dei diritti.

In realtà, in congiunture siffatte, non di vera "deroga" o violazione è appropriato discorrere, dal momento che è la stessa Convenzione a dichiarare di voler valere unicamente in modo "sussidiario",

³⁵ Attorno al canone della "intensità" della tutela è venuta formandosi una tela assai fitta di riflessioni dottrinali di vario segno ed orientamento [indicazioni in O. POLLICINO, *Margini di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it; C. SALAZAR, *Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici: "affinità elettive" o "relazioni pericolose"*, in AA.VV., *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, cit., 49 ss.; AA.VV., *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M. Pedrazza Gorlero, Napoli 2010; AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti-V. Piccone, Roma 2010; AA.VV., *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, a cura di G. Martinico e O. Pollicino, Groningen 2010; AA.VV., *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti. Scritti degli allievi di Roberto Romboli*, a cura di G. Campanelli-F. Dal Canto-E. Malfatti-S. Panizza-P. Passaglia-A. Pertici, Torino 2010; R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma 2011; G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli 2011; AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti e A. Morrone, Torino 2011; T. GIOVANNETTI-P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2008-2010)*, a cura di R. Romboli, Torino 2011, 322 ss.; A. RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il "dialogo" tra le Corti*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, a cura di F. Dal Canto-E. Rossi, Torino 2011, 313 ss.; L. CAPPUCCIO, *Differenti orientamenti giurisprudenziali tra Corte EDU e Corte costituzionale nella tutela dei diritti*, in AA.VV., *La "manutenzione" della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, a cura di C. Decaro-N. Lupo-G. Rivosecchi, Torino 2012, 65 ss.; G. MARTINICO-O. POLLICINO, *The Interaction between Europe's Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham (Gran Bretagna) - Northampton (Stati Uniti d'America) 2012; AA.VV., *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, a cura di L. Casseti, Napoli 2012 (ed *ivi*, part., della stessa curatrice, *La «ricerca dell'effettività»: dalla lotta per l'attuazione dei principi costituzionali all'obiettivo della «massima espansione delle tutele»*, 3 ss.); M. MEZZANOTTE, *Legalità costituzionale e diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rass. parl.*, 2/2012, 379 ss.; A. SCHILLACI, *La cooperazione nelle relazioni tra Corte di giustizia dell'Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.rivistaaic.it, 4/2012; G. GERBASI, *Il contesto comunicativo euro-nazionale: alla ricerca di un ruolo (cooperativo) delle Corti costituzionali nella rete giudiziaria europea*, in www.federalismi.it, 20/2012; V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello*, cit., spec. 866 ss.; L. CAPPUCCIO, *Luces y sombras en la relación entre la Corte Constitucional italiana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in www.federalismi.it, 22/2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano 2012; AA.VV., *I diritti dei lavoratori nelle Carte europee dei diritti fondamentali*, a cura di S. Borelli-A. Guazzarotti-S. Lorenzon, Napoli 2012; A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano 2012; A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza CEDU*, in corso di stampa in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2013; P. CARETTI, *I diritti e le garanzie*, relaz. al Convegno dell'AIC su *Costituzionalismo e globalizzazione*, Salerno 23-24 novembre 2012, in www.rivistaaic.it. V., infine, dall'interno della stessa Corte, il punto di vista manifestato da F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU*, relaz. all'incontro su *Applicazione della Convenzione Europea dei Diritti Umani come diritto comunitario*, Bruxelles 24-26 maggio 2012, in www.cortecostituzionale.it, spec. al § 4].

³⁶ Spec. [sent. n. 317 del 2009](http://www.cortecostituzionale.it).

con riguardo cioè ai soli casi in cui la tutela offerta ai diritti in ambito interno non risulti adeguata rispetto allo *standard* fissato nella Convenzione stessa³⁷.

3.5. (Segue) *Raffronti tra norme, commutazione del parametro in oggetto, e viceversa, tecniche di ripianamento delle antinomie (in particolare, applicazioni e disapplicazioni dirette della Convenzione da parte dei giudici comuni, alla luce del criterio della tutela più “intensa” offerta ai diritti fondamentali)*

Ora, è di tutta evidenza che la ricerca della tutela più intensa, quale che sia il criterio in applicazione del quale può essere determinata, obbliga al raffronto tra le *norme*, un raffronto – ed il punto è di cruciale rilievo – che non lascia indenni le stesse norme costituzionali, suscettibili di disporsi, all’esito di un siffatto raffronto, ad un “grado” inferiore rispetto a quello in cui si situa la disciplina convenzionale³⁸.

Solo così può invero spiegarsi la circostanza per cui, *in sede di giudizio di costituzionalità, l’oggetto può commutarsi in parametro, e viceversa*: una legge impugnata davanti alla Corte per supposta incompatibilità rispetto alla Convenzione (e, perciò, per violazione indiretta dell’art. 117, I c.) riuscendo – come si è appena veduto – a farla franca, ove dimostri di apprestare una più “intensa” tutela ai diritti, così come una norma convenzionale invocata a parametro potendo convertirsi in oggetto laddove appaia essere non rispettosa della Costituzione ovvero inidonea a dare quella tutela più “intensa”, di cui un momento fa si diceva.

In realtà, per un verso, la prima evenienza (della caducazione della legge di esecuzione della Convenzione “*nella parte in cui...*”) a me sembra estremamente remota, non riuscendo ad immaginarmi la dichiarazione d’incostituzionalità di norma convenzionale³⁹ (forse, qui si ha qualcosa di analogo a ciò che ricorre al piano dei rapporti col diritto dell’Unione, l’osservanza dei “controlimiti” essendo, sì, predicata ma non praticata⁴⁰); per un altro verso, poi, quando pure si accerti

³⁷ Stessa cosa, *mutatis mutandis*, dovrebbe dirsi con riguardo all’art. 53 della Carta dei diritti dell’Unione, laddove parimenti si enuncia il principio – autentica *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali, al piano della salvaguardia dei diritti – secondo cui l’interpretazione della Carta stessa non può risolversi in una limitazione nel godimento dei diritti per come assicurato, oltre che dallo stesso diritto dell’Unione, da norme di diritto internazionale (e, segnatamente, dalla CEDU), nonché dalle Costituzioni degli Stati membri. Molto di recente, il disposto in parola è stato fatto oggetto di una questione d’interpretazione dietro rinvio pregiudiziale da parte del tribunale costituzionale spagnolo. Al riguardo, si segnala il contrario avviso manifestato nelle sue *Conclusioni* dall’avvocato generale Y. BOT, presentate il 2 ottobre 2012, in causa C-399/11, a cui opinione il livello di protezione assicurato ai diritti in ambito interno non potrebbe in alcun caso comportare una violazione del diritto dell’Unione, non ostando pertanto all’applicazione di quest’ultimo pur laddove dovesse tradursi in una riduzione delle garanzie costituzionali dei diritti. Una opinione, questa, a parer mio, sorretta da argomenti alquanto gracili ed approssimativi [ragguagli nel mio *Alla ricerca del retto significato dell’art. 53 della Carta dei diritti dell’Unione (noterelle a margine delle Conclusioni dell’avv. gen. Y. Bot su una questione d’interpretazione sollevata dal tribunale costituzionale spagnolo)*, in www.diritticomparati.it, 5 ottobre 2012; pure *ivi*, 9 ottobre 2012, un commento di G. REPETTO].

³⁸ Ancora una volta, al pari di ciò che si è dietro veduto ragionando dei limiti alla revisione costituzionale, potrebbe considerarsi improprio discorrere di una “graduatoria” (qui, tra Convenzione e Costituzione); nei fatti, però, il risultato non cambia, una volta che la nostra legge fondamentale dovesse essere messa da canto per far posto alla fonte convenzionale. Si vedrà, tuttavia, a momenti che la soluzione maggiormente appagante è quella che riconcilia le fonti a mezzo di un uso sapiente e coraggioso delle tecniche interpretative.

³⁹ ... che, poi, nei fatti porterebbe alla caducazione della *disposizione*, che quella norma esprime, in ogni suo possibile significato, dal momento che nella pratica giuridica ormai invalsa e considerata irreversibile (ancora un caso di *metanorma consuetudinaria* interpretativa del “sistema” di cui agli artt. 134 e 136 cost.) l’effetto di annullamento colpisce una *norma* data per quindi stranamente (e, a mia opinione, inammissibilmente) irradiarsi alla *disposizione*, facendo venir meno ogni altra norma astrattamente da essa desumibile. Una soluzione, questa, che, a tacer d’altro, fa del giudice delle leggi un organo d’interpretazione autentica, appiattisce l’effetto di annullamento rispetto all’effetto di abrogazione (segnatamente di abrogazione nominata) e, perciò, incide senza riparo sul principio della separazione dei poteri, che vuole nettamente distinguere il ruolo del giudice (sia pure peculiare, qual è il giudice costituzionale) e quello del legislatore.

⁴⁰ Ancora di recente, una sensibile dottrina ha fatto notare che “la riserva di far valere i principi fondamentali o l’intera costituzione nazionale come barriera per non permettere l’ingresso di principi estranei si sta rivelando, con il passare del tempo e lo scarso o nullo ricorso ad essi, come una forma di ‘placebo’, per mettere tranquilli i residui sostenitori della sovranità statale” (S. CASSESE, *La giustizia costituzionale in Italia: lo stato presente*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2012,

essere maggiormente “intensa” la tutela offerta da norma di diritto interno rispetto a norma convenzionale, ho seri dubbi che possa, nuovamente, aversi la dichiarazione d’incostituzionalità di quest’ultima, ove si ammetta in tesi che non sussista alcuna violazione dell’art. 117, la stessa Convenzione – come si è poc’anzi osservato – richiedendo di non potere, in congiunture siffatte, essere portata ad effetto.

Resta, tuttavia, aperta la questione se l’accertamento del “grado” di tutela dato da questa o quella norma ai diritti sia affare esclusivo del giudice delle leggi ovvero possa, come a me parrebbe e sia pure unicamente per taluni casi, considerarsi rimesso ai giudici comuni. Una tesi, quest’ultima, che sembra avvalorata dalla circostanza per cui, non ricorrendo qui alcuna violazione della Convenzione, viene in radice meno la giustificazione della chiamata in campo della Corte costituzionale⁴¹.

Come si è venuti dicendo, Costituzione e Convenzione (e altre Carte ancora, a partire da quella di Nizza-Strasburgo) sono, insomma, chiamate a giocare la partita alla pari, in una sana competizione al rialzo, potendo farsi valere unicamente laddove ciascuna di esse sia in grado di dimostrare di essere in grado di offrire ai diritti la maggior tutela in ragione del caso⁴². Una competizione che si svolge al piano *culturale*, ancora prima che a quello *positivo*, e che si fa apprezzare nelle sue incessanti movenze e negli esiti concretamente conseguibili specificamente in sede d’interpretazione (e per le esigenze dell’applicazione). Nel corso di queste vicende, peraltro, dandosi fondo alle formidabili risorse argomentative di cui non di rado gli operatori dispongono (e il rilievo vale per i giudici comuni non meno di quelli costituzionali)⁴³, si ha modo di riconciliare i materiali normativi in campo, fatti

613). Sulle ragioni che hanno portato a quest’esito, da ultimo, M. BIGNAMI, *I controlimiti nelle mani dei giudici comuni*, in www.forumcostituzionale.it, 16 ottobre 2012, pur in un ordine concettuale non coincidente con quello da me in altri luoghi patrocinato. Sulle prospettive che, specie col trattato di Lisbona, potrebbero aprirsi per usi originali della dottrina dei “controlimiti”, v., ora, S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.

⁴¹ Maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio *Prospettiva prescrittiva e prospettiva descrittiva nello studio dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU (oscillazioni e aporie di una costruzione giurisprudenziale e modi del suo possibile rifacimento, al servizio dei diritti fondamentali)*, in www.rivistaaic.it, 3/2012, spec. al § 3; ivi pure la presa in considerazione di altri casi al ricorrere dei quali il giudice comune possa considerarsi legittimato a fare applicazione ovvero disapplicazione diretta della Convenzione.

⁴² Su ciò ho molto insistito nelle mie più recenti riflessioni in tema di rapporti tra Carte e tra Corti (indicazioni, ancora nel mio scritto per ultimo cit.). V., inoltre, utilmente, A. GUAZZAROTTI, *Precedente CEDU e mutamenti culturali nella prassi giurisprudenziale italiana*, in *Giur. cost.*, 5/2011, 3779 ss., spec. 3799 ss.

⁴³ Particolarmente, opportunamente sottolineato il ruolo dei giudici comuni da una sensibile dottrina (sopra tutti, R. CONTI, nello scritto appena richiamato e in molti altri; diversamente, ora, A. CIANCIO, *A margine dell’evoluzione della tutela dei diritti fondamentali in ambito europeo, tra luci ed ombre*, in www.federalismi.it, 21/2012), peraltro in linea con la generale tendenza alla valorizzazione degli elementi di “diffusione” nell’ambito del nostro sistema di giustizia costituzionale (su di che, da ultimo e per tutti, L. AZZENA, *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità*, cit., spec. il cap. V). Non si trascuri, tuttavia, l’influenza culturale esercitata dalla giurisprudenza costituzionale su quella comune, persino laddove, come con riguardo alle pratiche d’interpretazione conforme, il ruolo dei giudici sembri essere singolarmente attivo e dalla stessa Consulta incoraggiato ad estese ed incisive applicazioni [ma v., su ciò, le avvertenze che sono nel mio *La giustizia costituzionale italiana tra finzione e realtà, ovvero sia tra esibizione della “diffusione” e vocazione all’“accentramento”*, in *Riv. dir. cost.*, 2007, 69 ss. Cfr. al mio punto di vista quello al riguardo di recente manifestato, oltre che da L. Azzena, nello scritto appena richiamato, da G. LANEVE, *L’interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all’interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in www.federalismi.it, 17/2011; G. PISTORIO, *I “limiti” all’interpretazione conforme: cenni su un problema aperto*, in www.rivistaaic.it, 2/2011, e, dello stesso, ora, *Interpretazione e giudici. Il caso dell’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea*, Napoli 2012; G. GERBASI, *La Corte costituzionale tra giudici comuni nazionali e Corti europee alla ricerca di una più efficace tutela dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Diritti fondamentali e giustizia costituzionale. Esperienze europee e nord-americana*, a cura di S. Gambino, Milano 2012, 110 ss., spec. 126 ss., ed E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana*, Roma-Bari 2012, part. 109 ss.; di quest’ultima, già, *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in AA.VV., *La fabbrica delle interpretazioni*, a cura di B. Biscotti-P. Borsellino-V. Pocar-D. Pulitanò, Milano 2012, 43 ss. e, ora, *The Italian Courts and interpretation in conformity with the Constitution, EU law and the ECHR*, in www.rivistaaic.it, 4/2012. Lo studio più organico della nostra dottrina resta, nondimeno, quello di G. SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006, con le ulteriori precisazioni che sono in *La Costituzione “sottintesa”*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Milano 2010, 3 ss. V., inoltre, utilmente, A. CIERVO, *Saggio sull’interpretazione adeguatrice*, Roma 2011, nonché, ora, A. LONGO, *Spunti di riflessione sul problema teorico*

oggetto di raffinate ed incisive operazioni di mutua alimentazione semantica. È ancora una volta la stessa Corte costituzionale, in una delle sue più ispirate e ormai risalenti pronunzie (pur se non linearmente svolta dalle decisioni successive), a mettere in chiaro il principio secondo cui Costituzione e Carte internazionali dei diritti “si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione”⁴⁴: laddove, come si vede, nel circolo interpretativo viene a smarrirsi la diversità delle forme o la supposta ordinazione gerarchica degli atti che ne sono provvisti, gli atti stessi unicamente rilevando ed affermandosi per la sostanza che è in essi racchiusa e l’attitudine di cui sono dotati a servire i diritti.

La ricerca del primato si fa dunque apprezzare specificamente *al piano culturale*; ed è interessante notare che, laddove il primato stesso si risolve a beneficio della Convenzione, *dal punto di vista del diritto interno* esso avrebbe pur sempre fondamento nella... *Costituzione*, nei principi-valori di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, come si è già fatto osservare, di dignità). La Costituzione, insomma, recede per far posto ad altra Carta, ancora più adeguata, in relazione alle esigenze di un caso, a servire la coppia assiologica di cui agli artt. 2 e 3, nel loro fare “sistema” coi principi-valori restanti. Il più delle volte, però, come si è appena veduto, non è luogo per dar spazio alla “logica” dell’*aut-aut*: facendo leva sulla formidabile apertura strutturale degli enunciati costituzionali, si rende infatti possibile prevenire il conflitto, riconciliando in sede interpretativa le norme dell’una e dell’altra Carta, fatte oggetto di un’opera accurata, pur se alle volte non poco sofferta, di progressivo affinamento semantico che rinviene nelle punte più avanzate della giurisprudenza, sia nazionale che europea, l’indirizzo per il suo congruo svolgimento.

Ad agevolare questo compito è, poi, per un verso, l’uso non infrequente della tecnica del *distinguishing* a mezzo della quale le Corti hanno modo non soltanto di liberarsi di propri precedenti scomodi o, diciamo pure, imbarazzanti ma anche di “smarcarsi” dal *pressing* esercitato da altre Corti⁴⁵, e, per un altro, il cauto indirizzo manifestato dalla giurisprudenza costituzionale nella parte in cui considera obbligatoria la osservanza della giurisprudenza di Strasburgo non già in ogni sua parte bensì unicamente nella sua “sostanza”⁴⁶: formula che, nuovamente, ambienta a un piano non formale-astratto la dinamiche sia della normazione che dell’applicazione; formula ambigua, se si vuole: sommamente ambigua, che rimette, di tutta evidenza, margini non poco consistenti di apprezzamento discrezionale in capo ai giudici, sia costituzionali che comuni, e che tuttavia dà modo – come si diceva – di far convergere Carte e Corti, nelle loro più espressive affermazioni al servizio dei diritti.

dell’interpretazione conforme, in www.giurcost.org, 24 gennaio 2012; I. CIOLLI, *Brevi note in tema d’interpretazione conforme a Costituzione*, in www.rivistaaic.it, 1/2012, e, con specifico riguardo alla materia penale, V. MANES, *Metodi e limiti dell’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 1/2012, e, nella stessa *Rivista*, P. GAETA, *Dell’interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, ed *ivi* altra bibl.].

⁴⁴ [Sent. n. 388 del 1999](#).

⁴⁵ Maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio *Tutela dei diritti fondamentali, squilibri nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corti europee, ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio*, in www.giurcost.org, 17 marzo 2012, spec. § 7. V., inoltre, A. GUAZZAROTTI, *Precedente CEDU e mutamenti culturali nella prassi giurisprudenziale italiana*, cit.

⁴⁶ Assai di recente, [Corte cost. n. 230 del 2012](#), cit. Riferimenti di giurisprudenza risalente in R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, cit., 214 ss. e 235 ss. e, ora, F. VARI, *A (ben) cinque anni dalle sentenze gemelle, (appunti su) due problemi ancora irrisolti*, in www.federalismi.it, 18/2012, 7 del paper.

La circostanza per cui la giurisprudenza EDU dev’esser tenuta *tendenzialmente* presente porta, ad ogni buon conto, al riconoscimento – si è fatto notare da una sensibile dottrina (C. SALAZAR, *Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell’uomo, giudici*, cit., 67) – della “inevitabilità del dialogo” tra le Corti (testuale il corsivo). Una “inevitabilità” – vorrei aggiungere – che non va vista al pari di una sorta di male incurabile bensì, all’opposto, quale risorsa che, una volta spesa in modo adeguato, può condurre alla ottimale salvaguardia dei diritti [riserve e perplessità, invece, a riguardo del “dialogo” in parola sono in G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna 2010, e S. TROILO, *(Non) di solo dialogo tra i giudici vivranno i diritti? Considerazioni (controcorrente?) sui rapporti tra le Corti costituzionali e le Corti europee nel presente sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali*, in www.forumcostituzionale.it].

3.6. (Segue) *L'insegnamento che viene dall'ultima giurisprudenza sulla CEDU: la Costituzione come "intercostituzione", i materiali offerti da altre Carte immettendosi nella struttura della Carta costituzionale e concorrendo senza sosta alla sua rigenerazione semantica, e il carattere "condizionato" di ogni fonte (Costituzione inclusa!), idonea a valere ed essere portata ad effetto unicamente in quanto ne sia provata l'attitudine a dare, in relazione al caso, la tutela più "intensa" ai diritti, vale a dire ad assicurare, a un tempo, certezza del diritto costituzionale e certezza dei diritti costituzionali*

Si tocca qui con mano quanto si diceva all'inizio di questa riflessione, laddove si avvertiva che la questione ora discussa coinvolge, a conti fatti, la Costituzione, il modo d'intenderla e di farla valere nell'esperienza. Come si è appena veduto (e in linea con un'indicazione già altrove data e qui ripresa con ulteriori argomenti⁴⁷), ogni Costituzione⁴⁸ appare essere una sorta di "intercostituzione", una volta che si assuma che della sua stessa struttura entrino a far parte materiali offerti da altre Carte, idonei a concorrere alla sua incessante rigenerazione semantica. È vero, naturalmente, pure l'inverso; e le Carte stesse si dispongono parimenti a farsi in varia misura "impressionare" dalle tradizioni costituzionali degli Stati che le sottoscrivono e le recepiscono, specie laddove fortemente convergenti, se non pure *stricto sensu* "comuni" (per riprendere una nota loro definizione maturata in seno all'Unione), nelle loro statuizioni al servizio dei diritti.

Se ci si pensa, nessuna fonte (Costituzione inclusa!) può dunque dire di poter incondizionatamente valere ovvero di valere *di per sè*; piuttosto, ciascuna fonte vale *sub condicione*, sempre che appunto si dimostri idonea a fissare più in alto di altre fonti (*rectius, norme*) il punto di sintesi assiologica in ragione del caso⁴⁹. Di contro, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale inaugurata nel 2007, il moto non è bidirezionale, così come parziale è la prospettiva da cui esso è riguardato, il principio dell'apertura al diritto di origine esterna (e, segnatamente, a quello convenzionale) essendo subordinato alla condizione che il diritto stesso si dimostri in tutto e per tutto compatibile col dettato costituzionale⁵⁰.

⁴⁷ Da ultimo, v. il mio *Corti e diritti, in tempi di crisi*, in www.gruppodipisa.it, 26 settembre 2012, spec. al § 3, e già in altri scritti.

⁴⁸ ... o, per dir meglio, ogni Costituzione di stampo liberaldemocratico, non escludendosi che possano darsi (così come, invero, si danno in ordinamenti espressivi di culture dalla nostra profondamente discoste) Costituzioni chiuse in modo autoreferenziale in se stesse, indisponibili a farsi permeare e rigenerare senza sosta alla luce di materiali offerti *ab extra* (e, segnatamente, dalle Carte dei diritti). Molto discussa, come si sa, da tempo la questione se, anche a riguardo di tali ordinamenti, possa appropriatamente ragionarsi del loro essere fondati su una "Costituzione" (su ciò, richiamo qui solo gli approfonditi studi di A. SPADARO, a partire dal suo *Contributo per una teoria della Costituzione*, cit., nonché da *L'idea di Costituzione fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni "geometriche" dell'"albero" della Costituzione e un'unica, identica "clausola d'Ulisse"*, in AA.VV., *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism Context*, a cura di F. Fernández Segado, Madrid 2003, 169 ss.; un fitto ed animato confronto su ciò che è ed a cosa serve la Costituzione si è, poi, svolto per iniziativa di *Quad. cost.*, con contributi di R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, 1/2007, 11 ss., seguito dal mio *Teorie e "usi" della Costituzione*, 3/2007, 519 ss. e, quindi, da G. BOGNETTI, *Cos'è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin*, e O. CHESSA, *Cos'è la Costituzione? La vita del testo*, entrambi nel fasc. 1/2008, rispettivamente, 5 ss. e 41 ss.; A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, 2/2010, 311 ss.; ancora G. BOGNETTI, *Costantino Mortati e la Scienza del diritto*, 4/2011, 803 ss. e, in quest'ultimo fasc., anche F. DI DONATO, *La Costituzione fuori del suo tempo. Dottrine, testi e pratiche costituzionali nella Longue durée*, 895 ss. Inoltre, G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna 2008; F. GALLO, *Che cos'è la Costituzione? Una disputa sulla rifondazione della scienza giuridica*, in www.rivistaaic.it, 1/2011; F. RIMOLI, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Roma 2011, e, ora, I. MASSA PINTO, *L'istituzione di una Costituzione: una chiarificazione dei concetti*, in www.rivistaaic.it, 4/2012).

⁴⁹ Quest'affermazione è gravida di implicazioni al piano della teoria delle norme, con specifico riguardo appunto alla loro prescrittività (bisognosa di essere avvalorata caso per caso), per la cui indagine deve tuttavia farsi rimando ad altri luoghi.

⁵⁰ Cfr. al mio il diverso punto di vista al riguardo espresso da C. PANZERA, *Il bello dell'essere diversi. Corte costituzionale e Corti europee ad una svolta*, in AA.VV., *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, cit., spec. 232 ss.

L'obiezione più grave (ed intensamente avvertita) mossa da quanti faticano a riconoscersi nell'ordine concettuale ora succintamente esposto sta – come si diceva poc'anzi – nella incidenza che se ne avrebbe a carico della certezza del diritto, un valore che sarebbe messo definitivamente in crisi per il solo fatto che la ricostruzione del sistema risulti ambientata ad un piano assiologico-sostanziale. Il carattere recessivo della forma a finalità sistematica obbligherebbe, insomma, la certezza a restare confinata ai margini del sistema stesso o, addirittura, di esserne del tutto estromessa.

L'obiezione è seria ma, a conti fatti, non risolutiva ed appare, anzi, a mia opinione, quale il frutto di una visione distorta sia della certezza che del sistema; e a darne conferma è nuovamente la stessa giurisprudenza.

Ammettendo (in [sent. n. 113 del 2011](#)) che lo stesso giudicato penale, *per tabulas* espressivo di certezza, possa esser rivisto laddove irrispettoso della Convenzione (e, perciò, in buona sostanza, in presenza di pronunzie della Corte EDU con esso incompatibili)⁵¹, la Consulta parrebbe dare ad intendere di voler anteporre la *certezza dei diritti* alla *certezza del diritto*, la sostanza alle forme. Eppure anche una rappresentazione in termini siffatti, se ci si pensa, non coglie l'essenza delle cose e, piuttosto, finisce col dare un'immagine deformata delle vicende della normazione, al piano delle relazioni tra diritto interno e diritto convenzionale. Piuttosto, la Corte ancora una volta opera una sintesi ricostruttiva del sistema su basi assiologiche e restituisce alla Costituzione la sua vera natura, la sua identità, pregiudicata dal giudicato anticonvenzionale. Perché – come si sa – la Costituzione è, *in nuce*, riconoscimento, un riconoscimento bisognoso di convertirsi costantemente in effettiva tutela (la massima alle condizioni oggettive di contesto) dei diritti fondamentali, secondo l'aureo insegnamento consegnatoci dai rivoluzionari francesi (si rammenti il disposto di cui all'art. 16 della *Dichiarazione* del 1789). Non v'è, non può esservi, dunque, alcuna *certezza del diritto* che non si risolva in *certezza dei diritti*: quella senza questa è niente, solo con questa è tutto.

4. *Il sistema è, a conti fatti, ricerca del... sistema, dell'armonica congiunzione di norme, "fatti" e valori, secondo una teoria della Costituzione assiologicamente orientata: una teoria che, proprio nella presente congiuntura segnata da una crisi economica lacerante, ha da esser tenuta ferma e portata alle massime realizzazioni consentite dal contesto, al servizio della Costituzione stessa, dei suoi valori, dell'uomo*

Ci si avvede così che il sistema – come mi sono sforzato di mostrare altrove – è *ricerca del... sistema*, una ricerca che non può farsi in modo adeguato *in vitro* (in prospettiva formale-astratta, appunto) e che, piuttosto, può in fin dei conti maturare con fecondità di esiti davanti ai giudici e per le esigenze dell'applicazione. Si tratta, infatti, ogni volta di rinvenire il modo ottimale di far convergere e – fin dove possibile – sostanzialmente ricongiungere norme, "fatti", valori. Le fonti sono solo strumenti e tali pur sempre restano: strumenti al servizio dei bisogni elementari dell'uomo, in rispondenza ai valori. La giurisprudenza – come si è veduto – ripetutamente ci dice non esser decisiva la conformità delle fonti alle norme sulla normazione che presiedono alla loro adozione ed abilita anzi le prime a discostarsi dalle seconde ogni qual volta ciò si giustifichi allo scopo di apprestare un'appagante tutela ai diritti.

Il vizio di fondo delle dottrine correnti in tema di fonti – fa capire la Corte, nelle più lungimiranti espressioni della sua giurisprudenza – sta nel corto orizzonte culturale che esse si danno al momento in cui si accingono alla ricostruzione del sistema, considerando salvaguardato quest'ultimo col mero fatto del riscontro della osservanza delle norme sulla normazione da parte degli atti in campo. L'essenza del sistema però – si è qui pure tentato di mostrare – si coglie andando oltre la crosta

⁵¹ Una ferma difesa del giudicato, ma con specifico riguardo alla eventualità che ad esso si opponga un sopravveniente mutamento d'indirizzo giurisprudenziale maturato in ambito interno, è nella più volte cit. [sent. n. 230 del 2012](#), dove è patrocinata una soluzione che invero, *di norma*, merita accoglienza ma che pure non è *generalmente* valida (in particolare, non lo è proprio con riferimento al caso che risulti sacrificata la libertà del soggetto).

avvolgente le fonti e correggendo perciò l'immagine deformante che se ne ha per effetto della sua osservazione in prospettiva formale-astratta.

Le norme sulla normazione valgono – come s'è veduto – alla sola condizione che per il loro tramite si dia appagamento alle norme costituzionali sostantive (segnatamente, a quelle espressive di diritti) e, appagando queste ultime, si dia modo ai valori di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, di dignità) di realizzarsi al meglio di sé, alle condizioni oggettivamente date.

Il *sistema delle fonti* si coglie nella sua essenza, come si è venuti dicendo, solo nella sua naturale, obbligata conversione in *sistema di norme, secondo valore*. Viene così a trovare conferma la tesi, patrocinata da una sensibile dottrina⁵², secondo cui non è in alcun caso o modo possibile tenere innaturalmente separata la *Costituzione dei diritti* dalla *Costituzione dei poteri* ed entrambe dai principi espressivi dei valori fondanti dell'ordine repubblicano, in cui hanno la loro giustificazione e il fine.

Quella qui nuovamente patrocinata è, dunque, una teoria assiologicamente orientata della Costituzione, una teoria – si è detto in altri luoghi – *esigente*, a fronte della quale stanno tuttavia pratiche assai deludenti (e, in qualche caso, invero sconcertanti) della normazione subcostituzionale, nelle sue più salienti e diffuse manifestazioni. Perché esigenti (ed anzi, com'è stato detto da un'autorevole dottrina, “tiranni”⁵³) sono i valori, obbligati tuttavia, specie nella presente congiuntura segnata da una crisi economica lacerante, a fare i conti con la esiguità delle risorse disponibili, alla cui considerazione non restano (non possono restare) insensibili gli stessi organi di garanzia (a partire, appunto, dalla Corte costituzionale). Il rischio, micidiale, è che all'impoverimento di fasce sempre più larghe della popolazione si accompagni altresì – mi è venuto di dire in altre occasioni⁵⁴ – *l'impoverimento della Costituzione*, lo smarrimento della sua *vis* prescrittiva a fronte di misure normative varate dagli organi della direzione politica e segnate dallo stato d'emergenza, con grave pregiudizio dei diritti fondamentali (e, in ultima istanza, della dignità). Il rischio è, insomma, che il vero fondamento dei diritti non stia più in Costituzione (o in altre Carte, come la CEDU o la Carta di Nizza-Strasburgo) bensì unicamente nel contesto: un contesto fortemente alterato e profondamente discosto dai valori che stanno a base sia dell'ordinamento che delle relazioni interordinamentali.

Non saprei ora dire se questo rischio possa essere davvero e fino in fondo parato; sono tuttavia certo del fatto che ciascuno di noi, uomini di cultura ed operatori, deve fare tutta quanta la propria parte per fugarlo: al servizio della Costituzione, dei suoi valori, dell'uomo.

⁵² Per tutti, M. LUCIANI, *La “Costituzione dei diritti” e la “Costituzione dei poteri”*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Padova 1985, 497 ss. (va, tuttavia, avvertito che anche quest'a. si fa portatore di un'idea di “sistema” assai distante da quella in cui io mi riconosco).

⁵³ Ovvio il riferimento all'insegnamento di C. SCHMITT, *Die Tyrannei der Werte*, Stuttgart-Berlin 1967, tr. it. *La tirannia dei valori. Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, Milano 2008, in merito al quale, di recente, T. GAZZOLO, «Valore» e «limite» in *Carl Schmitt. Per una lettura della «Tirannia dei valori»*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2/2010, 417 ss. Fuor di dubbio, come si sa, il fatto che negli ordinamenti, quale il nostro, di tradizioni liberaldemocratiche valga il “metaprincipio” – autentica *Grundnorm* che sta a base della composizione dei principi in sistema – secondo cui i principi stessi sono tenuti a mostrarsi “tolleranti” gli uni verso gli altri (per tutti, G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., spec. 281 ss.) ed a conformarsi, nelle loro applicazioni ai casi (e perciò, in buona sostanza, nei modi della loro concreta vigenza), alla ragionevolezza, che viene così a confermarsi – secondo la felice definizione datane da L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano 2005 – quale autentico “principio architettonico del sistema”.

⁵⁴ Di recente, in *Crisi economica e crisi della Costituzione*, cit., spec. al § 5.

Antonio Ruggeri

La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la *maschera* della consonanza, cela il *volto* di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale (“a prima lettura” di [Corte cost. n. 264 del 2012](#))*

SOMMARIO: 1. Delimitazione dell’oggetto della riflessione ora svolta e cenni all’orientamento della Corte EDU in merito alle leggi d’interpretazione autentica ed alla reazione nei suoi riguardi manifestata dalla prima giurisprudenza costituzionale. – 2. Il mutamento di linea strategica reso palese dalla pronuncia in commento: l’abbandono del riferimento alla certezza del diritto quale “imperioso motivo d’interesse pubblico” e la sottolineatura della diversa prospettiva da cui le Corti guardano alla tutela dei diritti, quella europea facendosi cura del *singolo* diritto in gioco, diversamente da quella costituzionale che si fa cura dell’intero *sistema* dei diritti (e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti). – 3. Il bilanciamento tra pretese soggettive e interessi della collettività, con particolare riguardo alla osservanza dei vincoli di stabilità e di parità del bilancio, e l’uso singolare che la Corte fa del principio secondo cui il rispetto della giurisprudenza EDU resta circoscritto alla sua sola “sostanza”, coi vantaggi e però pure gli inconvenienti che possono aversi nella pratica giuridica per effetto delle selezioni operate in seno alla giurisprudenza suddetta. – 4. La *maschera* e il *volto*: l’una ci mostra una Corte sensibile interprete dell’esigenza di far sempre valere il *sistema*, l’altro è quello di una Corte preoccupata dell’esigenza di far comunque quadrare i conti, ovverosia quando il fondamento dei diritti non è più nella Costituzione (o in altre Carte) bensì unicamente nel *contesto*, specie per come segnato dalla gravissima congiuntura economica in atto.

1. Delimitazione dell’oggetto della riflessione ora svolta e cenni all’orientamento della Corte EDU in merito alle leggi d’interpretazione autentica ed alla reazione nei suoi riguardi manifestata dalla prima giurisprudenza costituzionale

Nulla ora dirò di ciò che si dice nella decisione cui si dirige questo breve commento a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno e, dunque, del modo complessivo di essere dei suoi rapporti con le leggi da un canto, la Costituzione dall’altro. In particolare, non indugèrò su quelli che lo stesso giudice costituzionale considera i punti fermi del proprio indirizzo in merito ai rapporti in discorso, richiamati in sunto anche dalla decisione ora annotata¹: ad es., per ciò che attiene al carattere comunque “subcostituzionale” che è proprio della Convenzione, all’obbligo fatto ai giudici di esperire il tentativo di interpretare le leggi in modo conforme a Convenzione, nel significato datovi dalla Corte di Strasburgo, nonché all’obbligo, conseguente all’esito infruttuoso del tentativo stesso, di adire la Consulta, ritenendosi loro precluso di far luogo in ogni caso all’applicazione diretta della Convenzione².

* La nota riproduce i contenuti salienti di una lezione svolta presso il dottorato in Scienze Giuridiche dell’Università di Pisa il 13 dicembre 2012.

¹ V., in particolare, il punto 4 del *cons. in dir.*

² Quest’ultimo punto, in special modo, ha – come si sa – animato un fitto dibattito, ad oggi in corso, alcuni ritenendo che l’applicazione diretta dovrebbe esser sempre consentita ai giudici, altri invece dichiarandosi ad essa favorevoli unicamente al ricorrere di talune circostanze. Di tutto ciò, nondimeno, non tocca ora dire; mi limito solo a far notare, facendo richiamo ad un rilievo altrove svolto, come per una singolare eterogeneità dei fini per effetto dell’indirizzo accolto dal giudice costituzionale non poche volte i giudici facciano luogo ad adattamenti interpretativi dei testi di legge forzatamente orientati verso la Convenzione, in buona sostanza facendo applicazione diretta di quest’ultima (e, dunque, della sua giurisprudenza). Altre volte, poi, la sospetta incompatibilità della legge a Convenzione non viene denunciata davanti alla Consulta, nel timore che presso quest’ultima possa aversi non già la dichiarazione della invalidità della fonte interna bensì quella della incompatibilità della fonte convenzionale a Costituzione. Ed è così che norme legislative dalla assai dubbia conformità a CEDU seguitano imperterrite ad essere portate ad applicazione... (su ciò, di recente, E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana*, Roma-Bari 2012, 138 s.).

Mi limito, dunque, solo a trarre spunto dall'annosa vicenda delle leggi d'interpretazione autentica, che qui non ripercorro passo passo a motivo della sua notorietà³, per ricavarne qualche indicazione di ordine generale, idonea cioè a portarsi oltre il *thema decidendum*, nel tentativo di stabilire quale sia la strategia di fondo che il giudice delle leggi va definendo al piano dei suoi rapporti con la Corte EDU, ponendo le basi su cui i rapporti stessi possano saldamente reggersi e dalle quali muovere nei loro prossimi svolgimenti.

Rammento in due parole qual è il percorso giurisprudenziale tracciato dalla Corte EDU con *Agrati* e *Maggio*, a riguardo delle leggi d'interpretazione autentica: da un canto, è palese la preoccupata attenzione per i diritti soggettivi (anche sociali o, meglio, "economico-sociali")⁴, la cui salvaguardia, rivendicata in sede giudiziaria, potrebbe risultare vanificata da interventi del legislatore interferenti con l'amministrazione della giustizia e, come tali, lesivi dell'art. 6 della Convenzione; dall'altro, non si dichiara la violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1, conseguente alla riduzione della pensione per effetto della interpretazione "autentica" operata dal legislatore stesso.

³ Tra i molti commenti, M. MASSA, *Agrati: Corte europea vs. Corte costituzionale sui limiti alla retroattività*, e il mio, *Ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive d'interpretazione autentica, e domani? (a margine di Corte EDU 7 giugno 2011, Agrati ed altri c. Italia)*, entrambi in www.forumcostituzionale.it, e in *Quad. cost.*, 3/2011, rispettivamente, 706 ss. e 709 ss.; S. FOÀ, *Un conflitto di interpretazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo: leggi di interpretazione autentica e ragioni imperative di interesse generale*, in www.federalismi.it, 15/2011; ancora M. MASSA, *Dopo il caso Agrati il caso Scattolon: le leggi interpretative tra disapplicazione e prevalenza sulla CEDU*, in *Quad. cost.*, 4/2011, 957 ss. e, dello stesso, *Difficoltà di dialogo. Ancora sulle divergenze tra Corte costituzionale e Corte europea in tema di leggi interpretative*, in corso di stampa in *Giur. cost.*; G. REPETTO, *Il triangolo andrà considerato. In margine al caso Scattolon*, in www.diritticomparati.it, 27 dicembre 2011; G. RICCI, *Il passaggio del personale Ata dagli enti locali allo Stato: per la Corte di giustizia è un caso di trasferimento d'azienda (Osservaz. a Corte giust. 6 settembre 2011, causa C-108/10)*, in *Foro it.*, 11/2011, IV, 503 ss.; V. DE MICHELE, *Le vicende del personale Ata trasferito allo Stato dopo le giurisdizioni superiori tornano al vero giudice: quello comune "europeo" che decide nel merito*, in www.europeanrights.eu, 14 marzo 2012; R. CAPONI, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, in *Giur. cost.*, 5/2011, 3753 ss., e, nella stessa *Rivista*, A. GUAZZAROTTI, *Precedente CEDU e mutamenti culturali nella prassi giurisprudenziale italiana*, 3779 ss.

⁴ Contrariamente a ciò che un nutrito drappello di studiosi ritiene [indicazioni nei contributi al convegno su *I diritti sociali dopo il trattato di Lisbona*, in ricordo di Massimo Roccella, Roma 14 giugno 2011 (e, tra questi, R. CAPONI, *Diritti sociali e giustizia civile: eredità storica e prospettive di tutela collettiva*, e G. BRONZINI, *La tutela dei diritti fondamentali e la loro effettività: il ruolo della Carta di Nizza*, entrambi in www.europeanrights.eu, rispettivamente, 18 marzo 2012 e 5 maggio 2012) e, ancora, nei contributi al convegno su *I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema*, Reggio Calabria 5 novembre 2011, i cui *Atti* sono in corso di stampa, ma alcuni di essi sono già disponibili: v., dunque, A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in www.rivistaaic.it, 4/2011; C. SALAZAR, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente?*, in www.gruppodipisa.it, 21 dicembre 2012 e, nella stessa *Rivista*, C. PANZERA, *Per i cinquant'anni della Carta sociale europea*, 28 febbraio 2012; A. RAUTI, *La "giustizia sociale" presa sul serio. Prime riflessioni*, in www.forumcostituzionale.it; inoltre, AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti e A. Morrone, Torino 2011, ed *ivi part.* G. ROMEO, *Civil rights v. social rights nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: c'è un giudice a Strasburgo per i diritti sociali?*, 487 ss., della quale v., inoltre, *amplius*, *La cittadinanza sociale nell'era del cosmopolitismo: uno studio comparato*, Padova 2011, nonché, ora, *La garanzia dei diritti sociali tra "autosufficienza nazionale" e tutela sopranazionale*, in *paper*; S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna 2012; S. GAMBINO, *Constitutionnalismes nationaux et constitutionnalisme européen: les droits fondamentaux sociaux, la Charte des droits de l'Union Européenne et l'identité constitutionnelle nationale*, in www.federalismi.it, 6/2012, e, dello stesso, *I diritti sociali fra costituzioni nazionali e costituzionalismo europeo*, pure *ivi*, 24/2012; A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano 2012; altri riferimenti ancora possono aversi dai contributi al convegno di Trapani dell'8 e 9 giugno 2012 su *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, in www.gruppodipisa.it, agosto 2012, tra cui, D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e politiche e crisi economica*, e A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto: infine*, AA.VV., *I diritti dei lavoratori nelle Carte europee dei diritti fondamentali*, a cura di S. Borelli-A. Guazzarotti-S. Lorenzon, Napoli 2012], non poche sono le occasioni – e la vicenda che ha dato lo spunto a queste notazioni ne dà palmare conferma – in cui in ambito sovranazionale si presta un'ancora maggiore attenzione alle sorti dei diritti "economico-sociali" di quella che è invece loro data in ambito interno.

La reazione della Corte italiana si presenta in forme differenziate nel corso del tempo ed a mezzo di tecniche decisorie parimenti diverse.

Dapprima, viene adottata una strategia processuale che non cela il contrasto di vedute rispetto alla Corte europea a riguardo delle condizioni di azionabilità e dei limiti di svolgimento delle operazioni di interpretazione autentica. L'indirizzo adottato a Strasburgo appare infatti essere tendenzialmente restrittivo: per norma, le leggi stesse non possono aversi, siccome appunto interferenti col fisiologico esercizio della funzione giurisdizionale, salvo comunque il caso, di tutta evidenza ritenuto eccezionale, che soccorrano (non meglio definiti) "imperiosi motivi d'interesse pubblico". Tendenzialmente di favore è, di contro, l'indirizzo patrocinato dalla Consulta, che annovera tra tali motivi proprio quello della certezza del diritto⁵: un'affermazione praticamente tautologica⁶, che potrebbe in fin dei conti portare a mettere al riparo dalla sua caducazione pressoché ogni legge che si autoqualifichi d'interpretazione autentica⁷, i ripetuti appelli ai giudici fatti dai ricorrenti e le resistenze opposte dall'amministrazione statale evidenziando *per tabulas* l'esistenza di contrasti interpretativi tali appunto da giustificare l'intervento del legislatore.

2. Il mutamento di linea strategica reso palese dalla pronuncia in commento: l'abbandono del riferimento alla certezza del diritto quale "imperioso motivo d'interesse pubblico" e la sottolineatura della diversa prospettiva da cui le Corti guardano alla tutela dei diritti, quella europea facendosi cura del singolo diritto in gioco, diversamente da quella costituzionale che si fa cura dell'intero sistema dei diritti (e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti)

Ora, con la decisione qui annotata si rende palese un significativo mutamento di strategia processuale.

Il debole argomento teorico che si rifà alla certezza, offrendo "copertura" alle leggi in discorso, non è qui più riproposto, così come si abbandona il terreno del confronto (e del possibile, temuto scontro) con la giurisprudenza EDU costituito dall'art. 6. La Corte, in fondo (e tra le righe), sembra ammettere la violazione del principio del giusto processo; e, d'altro canto, una volta che essa sia ormai stata riconosciuta dal giudice europeo, sarebbe vano contestarla. Sposta, dunque, il tiro e dà al discorso un tono più elevato, dotandolo di un respiro teorico che non appare presente nei ragionamenti fatti a Strasburgo, maggiormente segnati dalla concretezza del caso e dalle pretese soggettive in esso avanzate.

Riprendendo un'indicazione affacciata da una sensibile dottrina⁸, la Corte rileva in premessa la diversità delle prospettive, rispettivamente adottate da se stessa e dalla Corte europea, dalle quali si guarda alle questioni di giustizia portate alla cognizione di ciascuna Corte: a Strasburgo, preme stabilire se v'è stata, o no, la violazione del *singolo* diritto in gioco; a Roma, non ci si può fermare a questo soltanto e devesi piuttosto verificare che ne è dell'intero *sistema* dei diritti e, più largamente, dei beni o interessi costituzionalmente protetti⁹.

Non è chiaro, per vero, se, marcando la diversità delle prospettive, la Corte punti allo stesso tempo ad evidenziare lo "stacco" esistente tra se stessa, quale giudice *stricto sensu* ed *optimo iure*

⁵ Si dice, ad es., in [Corte cost. n. 257 del 2011](#) che "la finalità di superare un conclamato contrasto di giurisprudenza, essendo diretta a perseguire un obiettivo d'indubbio interesse generale qual è la certezza del diritto, è configurabile come ragione idonea a giustificare l'intervento interpretativo del legislatore" (punto 5.1 del *cons. in dir.*).

⁶ ... le leggi d'interpretazione autentica essendo *sempre* adottate in presenza di incertezze e divergenze d'indirizzo manifestate dalla pratica giuridica, specie processuale.

⁷ ... salvo appunto che non lo sia, vale a dire che agli occhi della Corte non appaia esser tale e, dunque, irragionevolmente retroattiva (da tempo predicata, come si sa, l'astratta assoggettabilità delle leggi in discorso a scrutinio stretto di costituzionalità, senza che però si sia sempre rimasti fedeli a questa direttiva d'azione. Un caso recente di annullamento è quello avutosi con [sent. n. 78 del 2012](#)).

⁸ Tra gli altri, E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 7/2010, 955 ss., spec. 961.

⁹ V. spec. al punto 4.1 del *cons. in dir.*

costituzionale, e la Corte europea, giudice pur sempre internazionale, malgrado ormai molti segni si abbiano della vocazione di tale giudice (al pari, peraltro, della Corte dell'Unione europea¹⁰) alla propria “costituzionalizzazione”, senza nondimeno che ne risulti per ciò rinnegata l'origine e la peculiare connotazione; ovvero se punti, puramente e semplicemente, a fare del “sistema” il grimaldello che apra al giudice delle leggi la porta per sfuggire alla “presa” del giudice convenzionale, sgravandolo dell'obbligo di conformarsi a pronunzie da quest'ultimo emesse che risultino alla Consulta sgradite¹¹.

Sta di fatto che è al piano del “sistema” che – ci dice la pronunzia qui annotata – va, dunque, raffrontata la tutela, rispettivamente apprestata dalle norme convenzionali e da quelle di diritto interno, onde stabilire quale di esse risulti essere maggiormente intensa¹².

La Corte riprende sul punto un'indicazione più volte data (spec. in [sent. n. 317 del 2009](#)¹³), ammettendo espressamente l'eventualità che dalla disciplina convenzionale possa venire una garanzia ancora più avanzata ai diritti¹⁴. Altra cosa ancora, qui come altrove non chiarita, è quale sia il parametro o il criterio che consenta di “misurare” il grado o la intensità della tutela, fermo restando

¹⁰ La questione, come si sa assai discussa, relativa alla “costituzionalizzazione” della Corte dell'Unione fa tutt'uno con quella della “costituzionalizzazione” dell'ordinamento di appartenenza: si tratta, infatti, di due facce di una stessa medaglia o, se si preferisce, di due processi, tuttora in corso, che confluiscono l'uno nell'altro ricaricandosi senza sosta a vicenda (su ciò, nella ormai nutrita lett., v., ora, G. MARTINICO, *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process*, London 2012).

¹¹ Ho discusso questo passaggio argomentativo con O. Pollicino, che ringrazio per avermi sollecitato a riflettere sul punto. Lo stesso P. si è in molti luoghi intrattenuto sulla vocazione di cui è parola nel testo (ad es., in *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano 2010, spec. 451 ss.; O. POLLICINO-V. SCIARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti-V. Piccone, Roma 2010, 125 ss., nonché in altri scritti subito appresso cit.; v., inoltre, utilmente, E. MALFATTI, *L'“influenza” delle decisioni delle Corti europee sullo sviluppo dei diritti fondamentali (e dei rapporti tra giurisdizioni)*, in AA.VV., *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti. Scritti degli allievi di Roberto Romboli*, a cura di G. Campanelli-F. Dal Canto-E. Malfatti-S. Panizza-P. Passaglia-A. Pertici, Torino 2010, 165 ss.).

¹² Attorno al criterio della “intensità” della tutela si è tessuta una tela assai fitta di elaborazioni teoriche di vario segno ed orientamento: tra i molti altri, v. O. POLLICINO, *Margini di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in www.forumcostituzionale.it; AA.VV., *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M. Pedrazza Gorlero, Napoli 2010; AA.VV., *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, a cura di G. Martinico e O. Pollicino, Groningen 2010; AA.VV., *Le garanzie giurisdizionali*, cit.; R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma 2011; G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli 2011; AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, cit.; A. RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il “dialogo” tra le Corti*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Giornate di studio in ricordo di A. Concaro, a cura di F. Dal Canto ed E. Rossi, Torino 2011, 313 ss.; L. CAPPUCIO, *Differenti orientamenti giurisprudenziali tra Corte EDU e Corte costituzionale nella tutela dei diritti*, in AA.VV., *La “manutenzione” della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, a cura di C. Decaro-N. Lupo-G. Rivosecchi, Torino 2012, 65 ss.; G. MARTINICO-O. POLLICINO, *The Interaction between Europe's Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham (Gran Bretagna) - Northampton (Stati Uniti d'America) 2012; AA.VV., *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, a cura di L. Cassetti, Napoli 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano 2012; A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, cit.; A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza CEDU*, cit.; P. CARETTI, *I diritti e le garanzie*, relaz. al Convegno dell'AIC su *Costituzionalismo e globalizzazione*, Salerno 23-24 novembre 2012, in www.rivistaaic.it.

¹³ ... una delle due “gemelle cresciute”, secondo l'azzeccata qualifica che ne dà E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, cit., 165 in nt. 104; forse, però, non è inopportuno aggiungere che, crescendo, alle volte si cambia...

¹⁴ Per vero, nella decisione appena richiamata, che si rifà ad un sibillino passaggio della [sent. n. 348 del 2007](#), l'intento è esattamente rovesciato, prefigurandosi il caso che, nel contrasto tra legge e Convenzione, possa esser la prima ad avere la meglio, siccome idonea a portare ancora più in alto la tutela. È però chiaro (ed è stato fatto notare in altri luoghi) che trattasi di un'affermazione perfettamente rovesciabile su se stessa, a doppio verso di marcia insomma, non potendosi ovviamente escludere l'ipotesi opposta di una tutela maggiore apprestata dalla Convenzione, ipotesi che – come si viene dicendo – è espressamente presa in considerazione dalla decisione in commento.

che la soluzione ottimale è quella che risulta non già in applicazione della “logica” dell’*aut-aut*, espressiva del primato di questa o quella norma (o, meglio, di questo o quel *sistema* di norme), bensì l’altra che porta alla “integrazione delle tutele”¹⁵; ma, è chiaro che la nostra Corte si riserva pur sempre, *dal proprio punto di vista (vale a dire, dal punto di vista dell’ordinamento di appartenenza)*, di poter dire la parola definitiva al riguardo. Non sappiamo, tuttavia, cosa possa accadere nel caso che tale parola risulti quindi incompatibile rispetto ad una (anteriore ovvero sopravveniente) pronuncia della Corte EDU¹⁶; al giudice delle leggi non fanno, ad ogni buon conto, difetto le risorse argomentative che consentano di “smarcarsi” dal *pressing* esercitato dalla Corte europea, secondo quanto già ampiamente dimostrato in passato e di cui qui pure si è avuta ulteriore conferma.

Sappiamo da risalenti pronunzie che la Corte orgogliosamente rivendica esser la tutela apprestata ai diritti dalla Costituzione non inferiore a quella data da qualsivoglia altra Carta (CEDU compresa)¹⁷. Quando pure tuttavia dovesse aversi riscontro dell’ipotesi formulata nell’art. 53 della Convenzione, laddove si configura come “sussidiario” il ruolo esercitato dalla Convenzione stessa (e dalla sua Corte), ugualmente potrebbe darsi – è questo il punto che sta oggi a cuore alla Consulta di fissare in modo fermo – che, seppur la salvaguardia di un diritto dato risulti maggiormente avanzata secondo la disciplina posta dalla CEDU¹⁸, l’intero *sistema* di beni riceva dalla Costituzione una protezione tale da consentire di pervenire a sintesi assiologiche maggiormente apprezzabili in relazione alle esigenze del caso rispetto a quelle raggiungibili in base alle previsioni convenzionali. Detto altrimenti: la Corte rilegge ed adatta, *al fine dell’affermazione della Costituzione come “sistema”*, l’art. 53 della Convenzione, discostandosi nettamente dal modo con cui esso è inteso e praticato a Strasburgo¹⁹.

¹⁵ Così, espressamente, nella chiusa del punto 4.2 del *cons. in dir.* della pronuncia qui annotata, laddove la Corte mostra di rifarsi, pur senza farvi esplicito richiamo, ad una sua ispirata pronuncia, la [n. 388 del 1999](#), nella quale è l’efficace rilievo secondo cui la Costituzione e le altre Carte (CEDU inclusa) “si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione”. Quanto, poi, siffatta affermazione armonicamente s’inscrive nel quadro teorico-ricostruttivo ormai marcatamente delineato secondo cui la Convenzione è seccamente, stancamente qualificata quale fonte “subcostituzionale”, come tale obbligata a prestare rispetto ad ogni norma della Carta costituzionale, seguita ad apparire ai miei occhi misterioso.

¹⁶ Ad oggi bisognosa di ulteriore, approfondito studio è la questione cruciale relativa agli eventuali conflitti tra giudicato costituzionale e giudicato europeo (sempre che il termine risulti appropriato all’uno o all’altro o, ancora, ad entrambi; ma di ciò qui non discorro). Per quanto se ne può ora dire, per un verso, conviene a mia opinione distinguere a seconda dei “tipi” di giudicato, in relazione alle funzioni di volta in volta esercitate, ciascuno di essi presentando connotati non riscontrabili in capo agli altri. Per un altro verso, conviene riguardare a siffatte vicende senza alcun pregiudizio di ordine ideologico o teorico, in particolare senza muovere dall’assunto, giudicato indiscutibile, della irreversibilità del giudicato costituzionale, *ex art. 137*, ultimo comma, cost. Si commetterebbe altrimenti l’errore che la stessa Corte ci dice oggi esser assai grave e, perciò, da evitare a tutti i costi, di far luogo ad una considerazione – come dire? – “atomistica” del disposto suddetto, al di fuori della sua doverosa riconduzione al *sistema* di cui è parte; e il sistema vuole che ogni volta, nel corso di un’esperienza processuale data, si ricerchi il punto di sintesi assiologica maggiormente elevato, a mezzo delle opportune operazioni di bilanciamento: un bilanciamento che, come sempre, appare essere imprevedibile nei suoi possibili esiti, ora giocando a beneficio della norma interna ed ora però premiando quella sovranazionale, siccome appunto maggiormente idonea a farsi cura dei diritti, nel loro fare – come opportunamente si segnala alla Consulta – “sistema” (maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi da miei studi anteriori, a partire da *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, cit., 178 ss., spec. 185 ss.).

¹⁷ Senza nulla togliere agli incommensurabili meriti della nostra Carta, che seguito a giudicare un’ottima Carta ancorché bisognosa ormai di non pochi aggiustamenti (nella seconda così come nella prima parte e, persino, nei principi fondamentali), considero però l’*animus* del giudice delle leggi, cui si accenna nel testo, espressivo di un nazionalismo o patriottismo costituzionale sterile e, anzi, alla prova dei fatti, dannoso.

¹⁸ Una evenienza, questa, alla quale – come si è fatto poc’anzi notare – espressamente si riferisce il punto 4.1 del *cons. in dir.* della decisione in commento.

¹⁹ Ci si può chiedere, ma in luogo diverso da questo, se la medesima “logica” può valere altresì nei rapporti con la Carta dei diritti dell’Unione (e la sua Corte). Posso qui solo dire che, malgrado la diversità dei rapporti stessi, la “logica” sistematica, con lo strumentario di cui si avvale allo scopo di potersi affermare (sopra ogni altra, la tecnica dei bilanciamenti secondo valore), a me pare dotata di generale valenza. Gli esiti possono, poi, ovviamente essere varî da caso a caso, in ragione della specificità degli interessi in campo e delle norme da essi evocate a loro tutela; e, tuttavia, non si trascuri la spinta formidabile verso la convergenza degli esiti stessi che viene già dal sol fatto che la Carta dell’Unione

3. *Il bilanciamento tra pretese soggettive e interessi della collettività, con particolare riguardo alla osservanza dei vincoli di stabilità e di parità del bilancio, e l'uso singolare che la Corte fa del principio secondo cui il rispetto della giurisprudenza EDU resta circoscritto alla sua sola "sostanza", coi vantaggi e però pure gli inconvenienti che possono aversi nella pratica giuridica per effetto delle selezioni operate in seno alla giurisprudenza suddetta*

A sostegno dell'operazione condotta, la Corte fa abilmente appello *anche* ad interessi che sono, sì, dell'intera collettività ma che nondimeno fanno altresì capo ai soggetti riguardati dalle norme *sub iudice*: interessi di prima grandezza, in cui si specchiano valori fondamentali, quali quello della uguaglianza e della solidarietà²⁰; è, però, chiaro che il bilanciamento che può dar modo di mettere in secondo piano (o, diciamo pure, da canto) la pretesa economica del ricorrente, pur laddove costituzionalmente fondata, va operato con interessi che, specie nella presente congiuntura caratterizzata da una crisi economica senza precedenti, non possono in alcun caso o modo essere posposti, in particolare quello alla osservanza dei vincoli di stabilità e di parità del bilancio imposti, a un tempo, dall'Unione europea e dall'art. 81 della Carta costituzionale, così come riscritto dalla legge cost. n. 1 del 2012.

Il punto è di estremo rilievo, per più aspetti ed a più piani di riflessione teorica.

La Corte è accorta nel rilevare che l'interesse a far quadrare i conti, "al fine di garantire un sistema previdenziale sostenibile e bilanciato"²¹, è uno di quegli interessi pubblici "imperiosi" che, secondo la giurisprudenza EDU, può giustificare il sacrificio delle posizioni soggettive. Ed è altresì accorta nel rammentare, nella chiusa del suo articolato ragionamento, quanto ha più volte dichiarato²², vale a dire che la giurisprudenza stessa richiede di esser osservata non già in ogni sua parte bensì unicamente nella sua "sostanza": una "sostanza" che, a suo dire, autorizzerebbe ad avere riguardo, se del caso, anche ad un solo frammento di un indirizzo internamente composito delineato a Strasburgo, nella sua parte cioè in cui è stata esclusa la violazione del Protocollo n. 1, chiudendo un occhio (o, meglio, tutti e due...) davanti alla pur acclarata violazione dell'art. 6 della CEDU.

Qui è, a mio modo di vedere, una palese debolezza di passaggio argomentativo, ove si convenga che, riferita ad una pronunzia data, la sua "sostanza" non possa che risultare dall'*insieme* della pronunzia stessa, non già da una sola delle decisioni in essa incorporate, quella sfavorevole alla pretesa del ricorrente, tralasciando invece per intero l'altra di segno opposto (la dichiarazione della violazione dell'art. 6, cit.). Ed è del tutto chiaro che, orba la pronunzia della Corte EDU di una sua parte costitutiva essenziale, il significato dell'*insieme* subisce una profonda, irreparabile alterazione²³.

dichiara di volersi rifare alla CEDU, salva comunque la maggior tutela offerta ai diritti in ambito "eurounitario", e tutte, poi, alle "tradizioni costituzionali comuni" (sul punto, ulteriori rilievi a breve).

²⁰ V., part., il punto 5.3 del *cons. in dir.* Trovo particolarmente opportuno il richiamo ai valori in parola, specie al secondo, stranamente molte volte dimenticato e forse più di ogni altro oggi afflitto da una crisi lacerante (in argomento, ora, A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano 2012).

²¹ Punto 5.4 del *cons. in dir.*

²² Con particolare vigore, in [sent. n. 236 del 2011](#), a commento della quale, per tutti, R. CONTI, *La scala reale della Corte Costituzionale sulla tutela della CEDU nell'ordinamento interno*, in *Corr. giur.*, 9/2011, 1259 ss., ed E. CACACE, *Fra deroghe alla retroattività della lex mitior e collocazione delle norme Cedu: ribadendo principi consolidati, aperture non irrilevanti della Corte Costituzionale. Nota a margine della sentenza 236/2011*, in [www.forumcostituzionale.it](#), nonché, volendo, il mio *La Corte costituzionale "equilibrata", tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, in [Consulta OnLine, 2011](#) (7 novembre 2011).

²³ Altra cosa è che la "sostanza" si reputi apprezzabile unicamente *in senso diacronico*, vale a dire con riferimento non già ad una singola decisione bensì ad un "indirizzo" giurisprudenziale composto da plurime e convergenti decisioni e, perciò, a conti fatti, al "diritto vivente". Ciò che autorizzerebbe gli operatori di diritto interno a discostarsi da un isolato verdetto del giudice europeo, non ancora appunto commutatosi in "indirizzo". Dalla giurisprudenza EDU, tuttavia, non abbiamo indicazioni univoche, che consentano di prendere partito su questa intricata questione teorica, peraltro gravida

Il riferimento alla “sostanza” è, ad ogni buon conto, l’espressione di una tecnica decisoria raffinata, che offre il destro alla Corte per far luogo a vistose selezioni e manipolazioni della giurisprudenza europea²⁴. La qual cosa, per vero, qualche vantaggio pure lo dà, quale quello di rendere estremamente remota l’eventualità, in astratto dalla Consulta non scartata, che sia prima o poi dichiarata l’incompatibilità di questa o quella norma convenzionale rispetto alla Costituzione²⁵ o, ancora, l’altro di far risaltare le specificità culturali e positive della tutela data ai diritti in ambito interno rispetto a quella apprestata dalla Convenzione. La salvaguardia dell’identità costituzionale, tuttavia, non può (e non deve) far da ostacolo alla diffusione di quel “patrimonio costituzionale comune” – per riprender una fortunata espressione di un’autorevole dottrina²⁶ – che ha proprio presso le Corti europee il luogo elettivo della sua custodia ed emersione²⁷.

di implicazioni pratiche a largo raggio e suscettibile di lasciare un segno marcato, a seconda che sia risolta nell’uno ovvero nell’altro modo, sugli equilibri istituzionali (dei giudici *inter se* e nei loro rapporti con gli organi della direzione politica).

²⁴ È qui appena il caso di far notare che le selezioni in parola possono, ancora prima, aversi ad opera dei giudici comuni, la delimitazione dell’obbligo di osservanza della giurisprudenza EDU alla sua sola “sostanza” valendo – com’è chiaro – per tutti i giudici, non per il solo giudice costituzionale. La qual cosa, poi, potrebbe avere una significativa ricaduta su ciascuno dei “paletti” fissati dalla Consulta, a partire dalle sentenze “gemelle” del 2007: sull’interpretazione conforme così come, nel caso del suo infruttuoso esperimento, sull’obbligo del ricorso al giudizio di costituzionalità per ogni sospetta incompatibilità tra norme legislative e norme convenzionali.

Ora, poiché la “sostanza” può essere, in prima battuta, apprezzata dai giudici comuni e, solo in seconda (ed eventualmente), dalla Corte costituzionale, nulla esclude che la stessa Corte EDU possa, se adita avverso la pronunzia di un giudice nazionale, far sentire la propria voce, emettendo un verdetto che, a sua volta, immesso in ambito interno, si presta a costituire oggetto di ulteriore vaglio in applicazione del canone della “sostanza”. Come si vede, la opportuna messa a punto di quest’ultima, resta naturalmente rimessa al mai finito “dialogo” intergiurisprudenziale, non già alla esclusiva determinazione di un’autorità nazionale, foss’anche il giudice delle leggi.

²⁵ Si è, poi, in altri luoghi discusso se tale dichiarazione debba aversi nelle forme ordinarie, vale a dire con la caducazione della legge di esecuzione della CEDU “*nella parte in cui...*”, secondo quanto il giudice delle leggi ha tenuto a ribadire fino alla [sent. n. 311 del 2009](#), ovvero se possa aversi – come a me parrebbe – senza il passaggio obbligato dell’annullamento della norma convenzionale, il quale poi ridonderebbe nella espunzione della *disposizione* che quella norma racchiude ed esprime, *in ogni suo possibile significato*, secondo quanto usualmente (e però, a mia opinione, assai discutibilmente) si ha ogni qual volta venga appunto meno per mano del giudice costituzionale una statuizione di legge. Per questo secondo corno dell’alternativa, dunque, il giudice costituzionale dovrebbe limitarsi a dichiarare la “irrelevanza” della Convenzione al fine della risoluzione del caso, siccome inidonea ad integrare il parametro di cui al I c. dell’art. 117 (così, già nel mio *Corte costituzionale e Corti europee*, cit., 168 ss.). Si è poi avuto modo di far notare (nel mio *Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in “sistema”*, in *Consulta OnLine*, 2012 -21 aprile 2012-, spec. al § 4) che, in molti casi e verosimilmente, più che di un vero e proprio contrasto tra le due Carte, si avrebbe una varietà di “gradi” di tutele, disponendosi le norme delle Carte stesse ad una diversa “altezza” senza nondimeno dar vita ad un’antinomia strettamente intesa, dovendosi pertanto scegliere quale di esse offra appunto la più “intensa” salvaguardia ai beni della vita in gioco. Per quest’ultimo ordine di idee, non dandosi un’antinomia, non ci si dovrebbe comunque rivolgere al giudice delle leggi, restando pertanto demandata la scelta della norma più adeguata al caso al giudice comune.

²⁶ Ovvio il riferimento al noto saggio monografico di A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna 2002.

²⁷ Tra “tradizioni europee” e “tradizioni nazionali” si dà un rapporto complesso, di mutuo soccorso, vale a dire di circolare alimentazione semantica: quelle attingendo da queste al fine della loro conformazione e del loro incessante rinnovo e queste, a loro volta, da quelle ricevendo suggestioni ed indicazioni per il cui tramite esse pure si rigenerano, caricandosi di inusuali valenze espressive. Perlomeno, così *dovrebbe* essere secondo modello, ove delle une e delle altre si faccia buon uso; ed è superfluo qui nuovamente precisare che ciò può aversi alla sola condizione che nessuna Carta (e Corte) si arrochi, rinchiudendosi in modo autoreferenziale in se stessa, in nome di una supposta *primauté* che, a mia opinione, non si dà *per sistema* ma che va conquistata sul campo, in relazione alle specifiche esigenze del caso, e che piuttosto ciascuna Carta (e Corte) si renda con molta umiltà disponibile a farsi beneficamente fecondare dalle altre, con ciò stesso esaltandosi e realizzandosi al massimo grado, alle condizioni oggettive di contesto. Tengo molto, infatti, qui a far richiamo ad un pensiero che ho in molti luoghi enunciato, vale a dire che, quando pure la Costituzione dovesse piegarsi davanti ad un’altra Carta per cederle il posto in una spinosa vicenda processuale, ciò pur sempre farebbe in nome dei suoi valori fondamentali, al fine della loro ottimale realizzazione e salvaguardia: primi su tutti i valori di libertà ed eguaglianza, nelle loro mutue implicazioni (a riguardo delle quali, sopra tutti, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009), le due gambe su cui si regge e muove l’intero ordinamento, anche nelle sue proiezioni verso l’esterno.

Per altro verso, il richiamo alla “sostanza” fa correre il rischio di uno scostamento (*sostanziale*, appunto) dalla CEDU, vanificandosi pertanto il raggiungimento di quell’obiettivo dell’impianto di pratiche interpretative diffuse convenzionalmente orientate che la Consulta considera quale l’autentica stella polare che guida il quotidiano e non di rado sofferto cammino di tutti gli operatori di diritto interno (Corte inclusa...)²⁸.

Sta di fatto che quello alla “sostanza” è un riferimento prezioso, perché è proprio il frutto delle selezioni effettuate nel suo nome che entra a comporre quel bilanciamento che la Corte riserva a se stessa, orientandone il verso, fino appunto a determinarne l’esito.

4. *La maschera e il volto: l’una ci mostra una Corte sensibile interprete dell’esigenza di far sempre valere il sistema, l’altro è quello di una Corte preoccupata dell’esigenza di far comunque quadrare i conti, ovverosia quando il fondamento dei diritti non è più nella Costituzione (o in altre Carte) bensì unicamente nel contesto, specie per come segnato dalla gravissima congiuntura economica in atto*

Da una prospettiva di più ampio respiro, poi, la soluzione oggi accolta dal giudice costituzionale offre un’ulteriore, eloquente testimonianza del fatto che il fondamento dei diritti fondamentali non sta oggi tanto nella Costituzione o in altre Carte, che pure ne danno l’astratto riconoscimento, bensì nel *contesto*: un contesto, di certo, al presente non benigno per i diritti stessi (specie per alcuni diritti e di alcuni soggetti²⁹), obbligati a forti riduzioni di senso ed a pressoché sistematico sacrificio davanti al pressante e prioritario bisogno di far salvi i vincoli di ordine economico-finanziario imposti dall’Unione (e – come si diceva – ora anche dall’art. 81 cost.).

C’è, come si suol dire, la *maschera* e il *volto*: l’una ci mostra una Consulta sensibile interprete dell’esigenza di far sempre valere il *sistema*, a mezzo degli opportuni bilanciamenti tra gli interessi costituzionalmente protetti; l’altro è quello di una Corte preoccupata di anteporre le esigenze dell’erario ad ogni cosa, persino appunto ai diritti fondamentali (e, in ultima istanza, alla dignità della persona umana³⁰), esigenze alla luce delle quali si verifica di volta in volta fin dove sia possibile

²⁸ Il punto è già stato toccato in altri miei scritti, ai quali faccio dunque rimando: v., ad es., [Tutela dei diritti fondamentali, squilibri nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corti europee, ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio](#), in [Consulta OnLine, 2012](#) (17 marzo 2012), spec. § 7, e, nella stessa *Rivista, Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in “sistema”*, 21 aprile 2012, § 4; pure *ivi*, inoltre, A. BONOMI, *Brevi note sul rapporto fra l’obbligo di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e l’art. 101, c. 2 Cost. (... prendendo spunto da un certo mutamento di orientamento che sembra manifestarsi nella sentenza n. 303 del 2011 Corte cost.)*, 5 aprile 2012.

²⁹ Si pensi solo al diritto alla salute, forse il più esposto assieme al (o dopo il) diritto al lavoro al soffio impetuoso del vento della crisi (su di esso, ora, E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli 2012). Non a caso, d’altronde, la giurisprudenza costituzionale lo ha, come si sa, stranamente riconosciuto agli stranieri irregolari unicamente nel suo “nucleo duro” ([sent. n. 61 del 2011](#) ed altre ancora), diversamente da altri diritti, come quello al matrimonio ([sent. n. 245 del 2011](#)). Quanta coerenza, poi, ci sia in tutto ciò non saprei dire (si pensi solo alla circostanza che dal matrimonio discendono anche diritti che “costano”, in campo economico-sociale); soprattutto, non saprei dire come tutto ciò possa conciliarsi coi principi-valori costituzionale nel loro fare “sistema”, primo su tutti quello della dignità, di cui si fa parola subito appresso, che vigorosamente sollecita all’adozione di soluzioni a finalità “inclusiva”, in ordine al godimento dei diritti inviolabili, quale appunto quello alla salute, non già “esclusiva”, odiosamente discriminatoria (su quest’ultimo punto, di cruciale rilievo, v., part., A. MORELLI, [Il carattere inclusivo dei diritti sociali e i paradossi della solidarietà orizzontale](#), intervento al convegno di Trapani su *I diritti sociali*, cit.).

³⁰ Valore che si è definito “supercostituzionale” [A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss., e, più di recente, C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Mezzetti, Torino 2011, 239 ss.], la vera e propria “bilancia” – è stato detto, nel medesimo ordine di idee della dottrina sopra richiamata, da un autorevole studioso (G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](#)) – su cui si dispongono i beni della vita bisognosi di bilanciamento: un valore a riguardo del quale, nondimeno, la giurisprudenza costituzionale esibisce perduranti incertezze ed oscillazioni, ora nel suo nome antepoendo le norme sui diritti ad ogni altra norma, persino a quelle sulla normazione (ad es., [sent. n. 10 del 2010](#)), ora invece giudicandole recessive ([sentt. n. 373 del 2010](#) e [325 del 2011](#)). Tra gli autori che considerano la dignità passibile di bilanciamento, v. M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di*

restare in asse rispetto agli indirizzi delineati dalla Corte EDU, costi quel che costi: persino, dunque, laddove si tratti di far passare per “interpretativa” una legge che tale, a conti fatti, non è³¹.

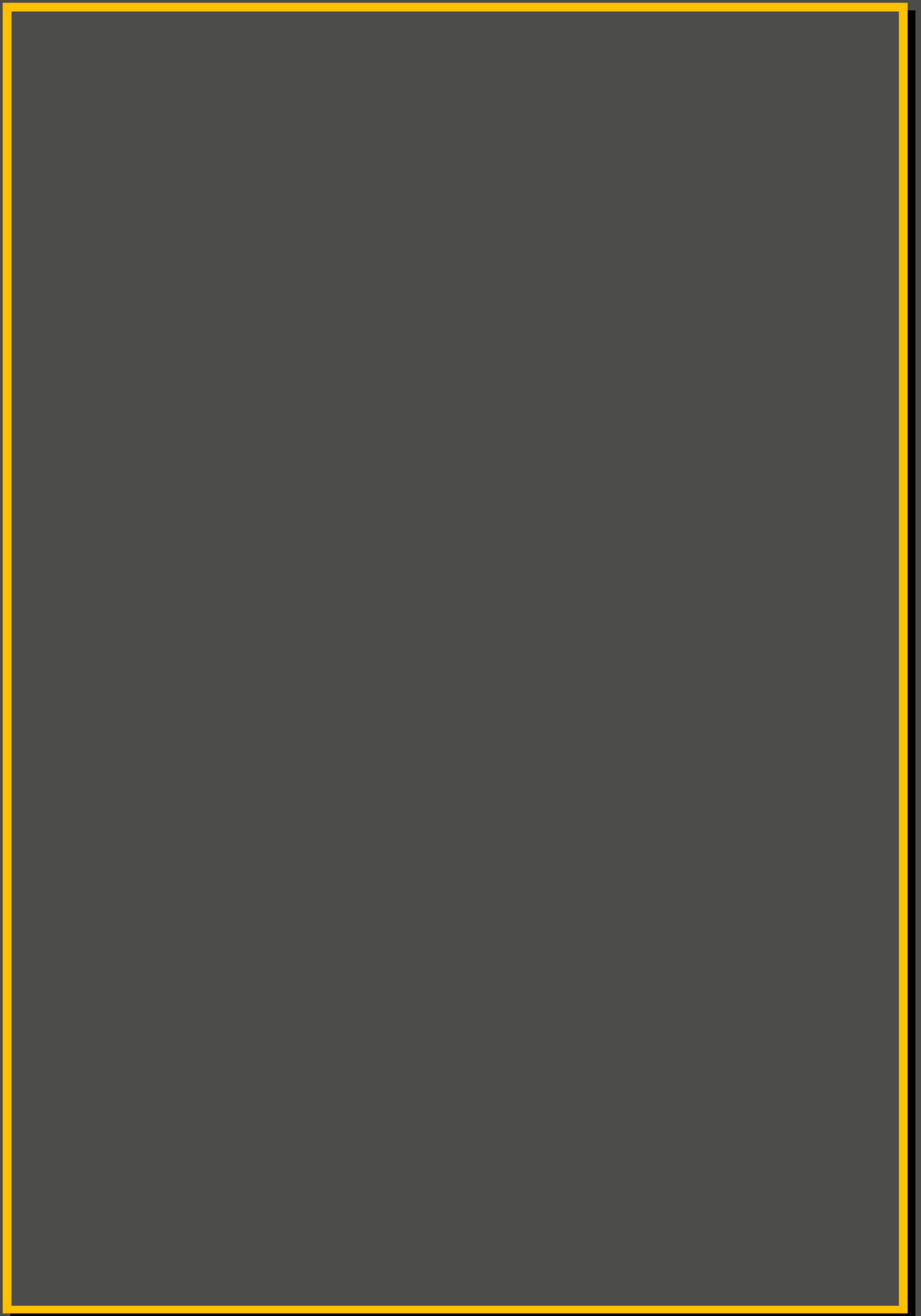
È col metro che dà modo di apprezzare la consistenza di tali esigenze che si misura e verifica la possibilità di mantenere aperto (ed anzi di ravvivare senza sosta) il “dialogo” tra le Corti: un “dialogo” vero, non già quel doppio monologo tra parlanti lingue diverse che ha fin qui, non poche volte, segnato lo svolgimento dei rapporti tra le Corti stesse in talune delle sue più rilevanti espressioni.

L. Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere, III, Dei diritti e dell'eguaglianza, a cura di G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, Napoli 2009, 1060 ss., e G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 1/2011, 45 ss., spec. 69 ss. Ulteriori ragguagli e riferimenti di lett. in un senso e nell'altro, ora, in A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli 2012, spec. 26 ss.

³¹ Con riguardo al caso che ha dato lo spunto a queste notazioni, la genuinità della legge quale atto d'interpretazione autentica e la sua congruità rispetto al fine, già rilevate da Corte cost. n. 172 del 2008, hanno avuto ulteriore conferma nella decisione qui annotata, dov'è un espresso riferimento alla decisione ora richiamata.

Resta tuttavia il fatto, su cui la stessa Corte ha ripetutamente sollecitato a fermare l'attenzione, che il linguaggio delle leggi delimita pur sempre l'area dei significati da essi astrattamente desumibili: spacciare per “interpretativo” un atto che rovescia il senso di un enunciato anteriore, facendo pertanto luogo ad una forte manipolazione della sua sostanza normativa, costituisce un palese superamento dei confini di quell'area.

2013



Antonio Ruggeri
L'“intensità” del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali,
con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista
dell'affermazione della *Costituzione come “sistema”*^{*}

SOMMARIO: 1. Carattere dogmatico dell'analisi ora svolta, che fa esclusivo riferimento ad un ordinamento dato (e, segnatamente, al nostro) ed all'esperienza sulla sua base formatasi, rifuggendo dalla tentazione di far luogo ad indebite teorizzazioni di ordine generale. – 2. Carattere “plurale” del vincolo espresso dai precedenti, tanto secondo modello quanto secondo esperienza, e conferma della eccessiva semplificazione insita nella usuale contrapposizione tra *civil* e *common law*, messa in crisi, tra l'altro, dalla comune appartenenza degli ordinamenti componenti l'una ovvero l'altra “famiglia”, oltre che alla Comunità internazionale, ad organizzazioni sovranazionali (e, tra queste, particolarmente l'Unione europea) da cui discendono vincoli viepiù penetranti ed incisivi. – 3. La tipologia dei precedenti, a seconda che siano costituzionalmente “coperti” ovvero “scoperti” o “neutri” o, infine, espressivi di disvalore costituzionale, e la “graduata” capacità di vincolo da essi espressa in ragione della varietà dei casi e delle mobili combinazioni di valore da essi sollecitate a formarsi (con specifico riguardo al piano delle relazioni interordinamentali, e segnatamente con la CEDU). – 4. La causa endogena di vincolo dei precedenti, ovverosia la conformità a quelli *propri* quale testimonianza della “giurisdizionalità” della funzione esercitata, conforme a ragionevolezza. – 5. Lo speciale significato assunto dal vincolo del precedente per i giudici costituzionali (in accezione materiale) e la naturale, obbligata conversione della certezza del diritto in senso oggettivo in certezza, vale a dire effettività, dei diritti soggettivi, in vista dell'affermazione della *Costituzione come “sistema”*. – 6. Una succinta notazione critica nei riguardi di [Corte cost. sent. n. 230 del 2012](#) e l'esigenza che sia, ad ogni buon conto, preservata la tipizzazione dei ruoli istituzionali (dei giudici *inter se*, come pure nei loro rapporti con gli organi della direzione politica). – 7. La stabilizzazione dei precedenti quale fattore di rafforzamento della *vis* prescrittiva delle leggi e una misurata attività di normazione (specificamente per ciò che attiene al riconoscimento dei diritti fondamentali) quale fattore di stabilizzazione degli indirizzi giurisprudenziali, ovverosia il bisogno di ripensare alla questione del vincolo dei precedenti dal punto di vista della teoria della Costituzione.

1. *Carattere dogmatico dell'analisi ora svolta, che fa esclusivo riferimento ad un ordinamento dato (e, segnatamente, al nostro) ed all'esperienza sulla sua base formatasi, rifuggendo dalla tentazione di far luogo ad indebite teorizzazioni di ordine generale*

Convertendo in forma interrogativa il titolo dato a questa riflessione, tentando cioè di stabilire se si dia un vincolo dei precedenti nelle pratiche giurisprudenziali e, se sì, quale ne sia l'“intensità” o la misura, occorre subito affrontare di petto un'antica e tuttavia ricorrente questione che investe l'ambito tematico ora fatto oggetto di studio così come ogni altro avente giuridico rilievo, vale a dire se l'interrogativo stesso riguardi il modello ovvero l'esperienza o ancora l'uno e l'altra assieme. Qual è, dunque, il piano al quale va ambientata l'indagine e quale la chiave metodica a mezzo della quale la stessa può essere con profitto svolta e portata a compimento?

Ora, senza riprendere *ab ovo* la questione adesso accennata, che ha nei suoi termini essenziali segnato l'intero percorso della teoria giuridica, nelle sue articolate, plurime espressioni, posso qui solo dire, rifacendomi ad un esito ricostruttivo cui sono in altri luoghi pervenuto¹, che tra *essere* e *dover essere* non c'è, come invece ancora oggi da molti si pensa, né separazione netta (o, peggio, contrapposizione) né piena integrazione e persino immedesimazione, il secondo termine riducendosi al (e interamente convertendosi nel) primo. C'è piuttosto il bisogno di un continuo, fermo riporto

* Intervento al Seminario su *Il valore del precedente giurisprudenziale sul confine mobile tra potere legislativo e potere giudiziario*, organizzato dalla Scuola Superiore di Studi Giuridici e dalla Scuola di specializzazione in studi sull'amministrazione pubblica, Bologna 5 febbraio 2013. Farà parte degli *Scritti in onore di G. de Vergottini*.

¹ Da ultimo, nel mio *Costituzione scritta e diritto costituzionale non scritto*, Napoli 2012 (ed *ivi* altri riferimenti di lett.). Interessanti rilievi sul punto, di recente, in L. D'ANDREA, *Identità culturali e governance europea*, in www.dirittifondamentali.it, 1/2012.

dell'esperienza al modello, da cui la prima prende luce e riceve verifica della sua validità, così come però il modello stesso circolarmente attinge all'esperienza stessa, facendosi da essa variamente "impressionare" e persino riconformare nei suoi tratti maggiormente identificanti ed espressivi. Astrarre dai "fatti" in sede di ricostruzione dei significati degli enunciati positivi, equivale a distorcere la struttura stessa delle norme, in seno alla quale i fatti stessi (specie, come si dirà, alcuni) si dispongono e radicano, divenendone dunque parte costitutiva; allo stesso modo, però, i fatti richiedono di essere rivisti e colti nella loro "vera" natura e complessiva connotazione in base alle norme ed alla luce della qualificazione di queste.

È stato fatto notare che "una teoria che non sorga dai fatti fu detta l'opera di un pazzo; ma una pratica che non attinga alla teoria è l'opera di un cieco"². Si è poi avvertito del rischio micidiale che si corre di incappare "nel vizio del solipsismo giuridico, proprio di certi giuristi troppo orgogliosi e personalistici"³, ogni qual volta si dia forma a teorie che parrebbero essere mosse da un vero e proprio impulso irresistibile a contrapporsi frontalmente a filoni giurisprudenziali ormai consolidati, espressivi di "consuetudini" interpretative saldamente radicate nel terreno dell'esperienza costituzionale.

Ora, è di tutta evidenza che non qualsivoglia espressione dell'esperienza stessa (persino ciò che è congiunturale ed effimero) può farsi modello ma unicamente le più marcate *regolarità*: le sole idonee a concorrere, in maggiore o minore misura, alla incessante rigenerazione semantica delle *regole*⁴. Ed allora, passando senza altri indugi al tema che oggi ci occupa, si tratta di chiedersi se, dove e fino a che punto i precedenti riescano a lasciare un segno della loro presenza sulle pratiche giurisprudenziali a venire, al punto di potersi predicare la loro giuridica vincolatività, sia pure a certe condizioni ed entro certi limiti, restando essa altrimenti esclusa, comunque inidonea ad essere in consistente misura colta ed apprezzata.

Un'ulteriore precisazione va subito fatta, prima di passare oltre; ed è che la questione oggi nuovamente posta ad oggetto di studio richiede di essere ambientata entro la cornice di un ordinamento dato (per ciò che qui solo importa, del nostro) e, per uno stesso ordinamento, rivista alla luce del contesto quale si presenta al momento in cui l'indagine è svolta. Un'indagine che, dunque, appare essere di tipo dogmatico e che naturalmente rifugge da ogni tentazione che la vorrebbe portata a far luogo a forzate generalizzazioni, suscettibili di dar vita ad esiti ricostruttivi deformanti nei riguardi di realtà comunque diverse, peculiari dei singoli contesti nei quali si manifestano e perciò bisognose di trattamento differenziato. Anche in seno ad ordinamenti usualmente considerati quali componenti una stessa "famiglia" (ad es., di *civil law*), in relazione ai quali il vincolo della osservanza del precedente è da una risalente tradizione considerato insussistente, si riscontrano differenze notevoli, persino radicali, come si vedrà a momenti trattando dei "tipi" di precedente in ragione della "copertura" costituzionale di cui si reputino dotati ovvero degli organi nei cui riguardi assumano di volersi far valere⁵.

Il vero è che un'analisi che aspiri a conseguire un minimo di organicità, se non pure di compiutezza, e di aderenza ai principi fondanti un ordine positivo dato è obbligata a far luogo a tutta una serie di precisazioni e distinzioni, ad alcune soltanto delle quali peraltro si farà ora cenno, nei limiti di spazio e di approfondimento qui consentiti.

² I. BRUNELLI, *Avvertenza* a F. RACIOPPI-I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, I, Torino 1909, XXIII.

³ L. PALADIN, *Saluto ai partecipanti al convegno di Trieste del 26-28 maggio 1986 su Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, 5.

⁴ Ho fatto utilizzo di questa indicazione metodica più volte e con riguardo agli ambiti tematici più vari (ad es., di recente, nella mia *op. sopra cit.*).

⁵ Da una prospettiva diversa da quella qui adottata, un'attenta dottrina non ha trascurato di rilevare come anche negli ordinamenti continentali si diano casi, ancorchè ritenuti eccezionali, di vincolo del precedente [V. MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *Enc. dir.*, Agg., VI (2002), 871 ss., spec. 879 s.], così come, *ex adverso*, eccezioni alla regola dello *stare decisis* si hanno in ordinamenti di *common law* (A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi. L'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime del Richterrecht*, Milano 1995, 32 ss.). Su tutto ciò, di recente, M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in AA.VV., *Diritto processuale costituzionale. Omaggio italiano a Héctor Fix-Zamudio per i suoi 50 anni di ricercatore di diritto*, a cura di L. Mezzetti e E. Ferrer Mac-Gregor, Padova 2010, 497 ss.

2. Carattere “plurale” del vincolo espresso dai precedenti, tanto secondo modello quanto secondo esperienza, e conferma della eccessiva semplificazione insita nella usuale contrapposizione tra *civil* e *common law*, messa in crisi, tra l’altro, dalla comune appartenenza degli ordinamenti componenti l’una ovvero l’altra “famiglia”, oltre che alla Comunità internazionale, ad organizzazioni sovranazionali (e, tra queste, particolarmente l’Unione europea) da cui discendono vincoli viepiù penetranti ed incisivi

Una prima distinzione riguarda la natura degli organi giudicanti di volta in volta presi in esame; per uno stesso organo, poi, vanno tenuti presenti il “tipo” di funzione esercitata, la specie dei rapporti che l’organo stesso intrattiene con altri organi ed altro ancora di cui si dirà subito appresso.

L’esperienza si presenta, in realtà, in forme assai varie. Si danno ambiti materiali nei quali il rilievo del precedente c’è ed è significativo, altri invece in cui il vincolo, sia pure di mero fatto, da esso espresso è più lasso. Quel che è certo è che in *nessun* ambito esso è insussistente: in una qualche misura ha modo infatti di farsi pur sempre apprezzare, per quanto non di rado il richiamo ai precedenti si accompagna a più o meno significativi aggiustamenti⁶. E, d’altronde, sarebbe ben strano che, in relazione a vicende processuali che si ripetano con costanza di caratteri o anche con lievi varianti, gli organi di giustizia si conformino a canoni di comportamenti continuamente, radicalmente cangianti. La qual cosa, oltre che esser segno di eccentricità, alla fin fine equivarrebbe – come si dirà meglio subito appresso – a rinnegare la stessa “giurisdizionalità” della funzione esercitata.

Il modello, insomma, sembra essere internamente “plurale” e parimenti “plurale” è l’esperienza, che esibisce forme e gradi differenziati di vincolo espresso dai precedenti. La qual cosa, poi, per la sua parte dimostra come a poco (o, forse, a nulla) giovi tener ferma la *summa divisio*, ancora oggi ricorrente, tra *civil* e *common law*, laddove in seno a ciascuno di essi possono darsi ed effettivamente si danno rilevanti *distinguo* che rendono testimonianza della complessità del quadro. Una complessità che spinge a rifuggire da fin troppo facili suggestioni che indurrebbero a banali, eccessive semplificazioni teoriche, frutto del condizionamento esercitato da antichi schemi che, per quanto collaudati, richiedono nondimeno di essere sottoposti a critico ripensamento. E ciò, ove si consideri che gli schemi stessi rispecchiano fedelmente una tradizione culturale ormai mutata perché mutato è il contesto, segnato dall’infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale e da ordinamenti sovranazionali (part. dall’Unione europea).

Il punto è, a mia opinione, di cruciale rilievo; e dimostra come la questione ora nuovamente discussa, ancorché bisognosa – come si diceva – di essere ambientata in un ordinamento dato, richieda tuttavia di essere rivista non già da una prospettiva – come dire? – “curtense”, dell’ordinamento stesso quale chiuso in se stesso, bensì per il modo con cui esso si pone davanti ad altri ordinamenti, soggiacendo a vincoli di varia natura ed intensità, tali da condizionare l’esercizio delle pubbliche funzioni in genere (e, per ciò pure, della funzione giurisdizionale). Sta proprio qui, infatti, uno dei fattori di maggior rilievo dell’avvicinamento da tempo in corso tra *civil* e *common law*⁷, a motivo della comune appartenenza di ordinamenti usualmente considerati componenti l’una ovvero l’altra “famiglia”, oltre che alla Comunità internazionale, ad organizzazioni sovranazionali (e, tra queste,

⁶ Sembra invece sottostimare questo dato una sensibile dottrina, portata a mettere in ombra gli elementi di continuità e ad enfatizzare quelli di discontinuità nel passaggio da una pronuncia all’altra in seno ad uno stesso “indirizzo” giurisprudenziale, segnatamente delle Corti costituzionali (così, ora, R. BIN, *Ordine e disordine. L’applicazione del diritto alla luce dell’epistemologia quantistica*, in corso di stampa per i tipi della F. Angeli di Milano, spec. il § 9, ma *passim*).

⁷ ... rilevato ormai da numerosa dottrina di varia estrazione, sia pure in una cornice teorico-ricostruttiva dai lineamenti sensibilmente diversi rispetto a quelli qui sommariamente tracciati (per tutti, M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna 2000, 132 ss. e, della stessa, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari 2006; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*², Bologna-Roma 2011, spec. 710 ss., e V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012, 839 ss.).

particolarmente l'Unione europea) dalle quali discendono vincoli alle volte stringenti per la sovranità dello Stato.

3. *La tipologia dei precedenti, a seconda che siano costituzionalmente “coperti” ovvero “scoperti” o “neutri” o, infine, espressivi di disvalore costituzionale, e la “graduata” capacità di vincolo da essi espressa in ragione della varietà dei casi e delle mobili combinazioni di valore da essi sollecitate a formarsi (con specifico riguardo al piano delle relazioni interordinamentali, e segnatamente con la CEDU)*

Dalla prospettiva ora adottata, giova distinguere i precedenti giurisprudenziali in tre tipi, a seconda che siano costituzionalmente “coperti” ovvero risultino “scoperti” o “neutri” o, infine, espressivi di disvalore costituzionale.

I primi rispondono ad obblighi direttamente o indirettamente riportabili a precetti costituzionali, quali appunto sono quelli discendenti dall'ordinamento dell'Unione europea o dall'ordinamento internazionale (e, in special modo, per ciò che attiene alla salvaguardia dei diritti fondamentali, dalla CEDU).

Così, ad es., un precedente conforme a pronunzia della Corte di Lussemburgo o della Corte di Strasburgo rispetto ad esso anteriore ovvero avvalorato da successiva pronunzia di una di tali Corti (o, magari, di entrambe) risulta provvisto di “copertura” costituzionale, ogni qual volta il suo scostamento possa ridondare (ed effettivamente ridondi) in violazione dell'ordinamento “eurounitario” ovvero del sistema convenzionale⁸.

Ovviamente, non è di qui riprendere *funditus* la vessata questione circa la natura e gli effetti delle decisioni delle Corti europee, il peculiare trattamento ad esse riservato in ambito interno, e via dicendo⁹. È certo, ad ogni buon conto, che esse debbano essere osservate, e tuttavia non incondizionatamente.

Per ciò che qui può dirsi, è sufficiente rammentare che le pronunzie della Corte di giustizia sono qualificate in ambito interno quali delle vere e proprie fonti del diritto, nondimeno esse pure soggette – secondo la comune opinione¹⁰ – al limite dei... *controlimiti*. Alle fonti stesse, peraltro, risultano *quodammodo* assimilate altresì le pronunzie della Corte EDU dalla più recente giurisprudenza costituzionale, tant'è che è in ragione del “*novum*” – come pure, con una studiata ambiguità, lo definisce [Corte cost. ord. n. 150 del 2012](#) –, costituito da una sopravveniente decisione del giudice europeo rispetto alla proposizione di dubbi di costituzionalità aventi ad oggetto una disciplina legislativa riguardante una questione particolarmente spinosa, in relazione al divieto da noi fatto di procreazione eterologa, che vengono restituiti gli atti ai giudici *a quibus*: né più né meno di ciò che, come si sa, ordinariamente si ha in presenza di *ius superveniens*¹¹. Non si trascuri tuttavia che la stessa

⁸ Non è detto infatti che ogni scostamento dal precedente comporti di necessità il compimento di un illecito, potendosi immaginare altresì il caso che il nuovo verdetto giudiziale diverso dal vecchio offra un servizio ancora più adeguato al diritto di origine esterna. Si tratta, dunque, di verificare ogni volta se e quando ciò si abbia, o no.

⁹ Su ciò, di recente, con specifico riguardo alla Corte EDU, B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano 2012, e D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano 2012.

¹⁰ ... avverso la quale mi sono tuttavia più volte già dichiarato: ad es., in *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 1/2011, laddove si rileva come l'attivazione dei “controlimiti” possa aversi, come pure però non aversi, all'esito di operazioni di bilanciamento secondo valore cui partecipano norme sovranazionali e norme interne idonee ad ordinarsi variamente secondo i casi ed al fine dell'affermazione della Costituzione *magis ut valeat*. A questa indicazione di metodo, come può subito vedersi, mi rifaccio anche nello studio adesso svolto.

¹¹ Critica sul punto una mia nota, dal titolo [La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata \(a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita\)](#), in [Consulta Online](#), 12 giugno 2012, non già però per l'aspetto che il “*novum*” non avrebbe determinato un'alterazione del quadro, a riguardo della quale si conviene, bensì per ragioni di ordine meramente processuale, che avrebbero dovuto

giurisprudenza costituzionale ammette – come si vedrà meglio a momenti – la possibilità che gli indirizzi interpretativi invasi a Strasburgo possano essere variamente “filtrati” ed adattati al peculiare contesto nazionale nel quale si applicano; ciò che, ovviamente, non sarebbe possibile nei riguardi della giurisprudenza dell’Unione¹².

Come che sia di ciò, le decisioni della Corte EDU, in alcune delle loro più salienti espressioni, manifestano una vigorosa tendenza a portarsi oltre il caso¹³; e, d’altro canto, espressivo della tendenza di cui si fa ora parola è già il fatto¹⁴ secondo cui, nel trattare le questioni che le sono man mano sottoposte la Corte EDU non fa richiamo unicamente alla giurisprudenza riguardante lo Stato specificamente interessato ma anche a quella già manifestata in relazione ad altri ordinamenti, ogni qual volta appunto lo giustifichi il caso, guardato negli elementi (normativi e fattuali) che oggettivamente lo connotano.

Nella più recente giurisprudenza costituzionale troviamo poi fissate le coordinate che danno modo di apprezzare condizioni e limiti dell’obbligo di osservanza delle decisioni della Corte EDU (e, a mia opinione, delle stesse pronunzie della Corte dell’Unione)¹⁵.

piuttosto consigliare il giudice delle leggi a prendere in esame le restanti questioni sollevate dalle autorità remittenti, in relazione a parametri diversi dall’art. 117, I c., cost. Cfr. al mio punto di vista quelli sulla vicenda espressi da G. REPETTO, *Ancora sull’ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale: alcune ragioni per fare di necessità virtù*, in www.diritticomparati.it, 25 giugno 2012; E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino “convenzionale” della Corte*, in www.forumcostituzionale.it, 29 giugno 2012; pure *ivi*, A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell’ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, 19 luglio 2012; V. MAGRINI, *La scelta della restituzione degli atti nell’ordinanza della Corte costituzionale n. 150/2012*, in www.rivistaaic.it, 3/2012; pure *ivi*, I. PELLIZZONE, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell’ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale*, e B. LIBERALI, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo*. Infine, R. ROMBOLI, *Lo strumento della restituzione degli atti e l’ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza sulla riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in *paper*]

¹² ... la quale, tuttavia, al pari di qualunque “fonte del diritto” soggiace pur sempre ad interpretazione; e le risorse di quest’ultima sono, come si sa, formidabili.

La maggiore rigidità dei rapporti del diritto interno col diritto dell’Unione rispetto a quelli con la CEDU, con specifico riguardo alle vicende interpretative, è, ancora di recente, segnalata da E. LAMARQUE, *L’interpretazione conforme alla CEDU da parte dei giudici comuni*, relaz. all’incontro di studio svoltosi a cura del Consiglio Superiore della Magistratura, Formazione Decentrata del Distretto di Milano, l’11 gennaio 2013 su *La Corte europea dei diritti dell’uomo: il meccanismo di decisione della CEDU e i criteri d’interpretazione conforme*, in *paper*. Non si trascurino, tuttavia, le sollecitazioni cui vanno soggetti gli operatori di diritto interno per effetto della convergenza degli indirizzi interpretativi delineati dalle Corti europee, che può finire col dotare le pronunzie emesse a Strasburgo di una forza *quodammodo* normativa, una volta che ricevano favorevole accoglienza e supporto dalla Corte dell’Unione.

¹³ Mi riferisco, in particolare, alle c.d. *sentenze-pilota*, delle quali si fa ora espressa menzione nell’art. 61 del regolamento della Corte (in argomento, di recente, M. FYRNY, *Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, in *German Law Journal*, 2011, 1231 ss.; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 123 ss., e D. TEGA, *I diritti in crisi*, cit., 105 ss.; altri riferimenti in V. MANES, *op. ult. cit.*, 864). Un caso, doloroso ed inquietante, che ha fatto molto discutere è quello dell’inumano trattamento riservato ai detenuti per effetto del sovraffollamento delle carceri, deciso da Corte EDU, II Sez., 8 gennaio 2013, ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 et 37818/10 (*Torreggiani ed altri c. Italia*), cui ha prontamente fatto seguito una sollecitazione rivolta dal Procuratore della Repubblica presso il tribunale di Milano, E. Bruti Liberati, indirizzata il 15 gennaio 2013 ai magistrati della procura stessa affinché tengano “nel massimo conto, sia in tema di misure cautelari che in fase di esecuzione, gli *auspici* della Corte europea dei diritti dell’uomo” (mia la sottolineatura).

¹⁴ ... sul quale opportunamente invita a fermare l’attenzione ora anche D. TEGA, *op. ult. cit.*, 146.

¹⁵ L’idea della *Costituzione come “sistema”*, predicata dalla Corte nella pronunzia che è subito di seguito richiamata nel testo e della quale si passa ora a discorrere, non può infatti che valere per ogni specie di relazione interordinamentale. Diversi, dal punto di vista fatto proprio dalla Corte costituzionale (nei riguardi del quale si sono altrove avanzate non poche riserve), sono – come si sa – i limiti ai quali vanno soggette, rispettivamente, le norme della Carta di Nizza-Strasburgo (e, in genere, le norme “eurolunitarie”) e le norme della CEDU (e delle Carte dei diritti in genere); e diverse sono, dunque, le forme che assume la Costituzione come “sistema” a seconda del tipo di relazione interordinamentale di volta in volta in rilievo. E, tuttavia, non si trascuri la forte convergenza tra le relazioni stesse, di cui già al presente si hanno molte testimonianze, e che si fa riportare al vincolo che l’Unione pone a se stessa dichiarando di voler prestare ossequio, per un verso, alla CEDU (in sede di ricognizione dei significati della Carta di Nizza-Strasburgo) e, per un altro,

Il punto è molto importante, soprattutto per il fatto che attraverso l'analisi di carattere teorico si ha modo di ascendere al piano metodico e di apprezzare, dunque, le indicazioni che ad esso si danno circa la prospettiva più adeguata a cogliere l'essenza delle relazioni interordinamentali: una prospettiva che – come mi affanno a dire ormai da molti anni – è, a mia opinione, di ordine assiologico-sostanziale.

Si legge, infatti, ancora da ultimo in [Corte cost. sent. n. 264 del 2012](#) che lo scostamento dalla CEDU (e, perciò, in buona sostanza, dalla giurisprudenza della sua Corte) si giustifica non soltanto nel caso che la tutela di un diritto risulti ancora più avanzata in ambito interno (nel qual caso, come si sa, la Convenzione da se medesima si ritrae: art. 53) ma persino – a quanto pare¹⁶ – nel caso opposto, laddove si dimostri che, malgrado la disciplina convenzionale offra al singolo diritto in gioco una tutela rafforzata rispetto a quella datavi in ambito interno, si renda indispensabile all'esito di un'operazione di bilanciamento di dare priorità a norma nazionale che si faccia cura di altri interessi in campo ancora più bisognosi di tutela¹⁷. È l'idea della *Costituzione come "sistema"* – precisa il giudice delle leggi – che obbliga ad uno spostamento di prospettiva rispetto a quello, a dire della Corte, fatto invece proprio dal giudice europeo, che ha riguardo al solo diritto in gioco, in relazione al quale a giudizio della Corte EDU andrebbe ristretto il raffronto tra tutela convenzionale e tutela nazionale¹⁸.

Se ne ha che i verdetti del giudice di Strasburgo potrebbero – a quanto pare – restare legittimamente privi di effetto in ambito interno, ogni qual volta “imperiosi motivi d'interesse pubblico” impongano una diversa soluzione rispetto a quella patrocinata dal giudice stesso. Una evenienza, questa, per vero, da quest'ultimo astrattamente presa in considerazione. Il punto è però che i motivi in parola possono essere diversamente vagliati, rispettivamente, a Strasburgo e in ambito nazionale; e la Consulta oggi orgogliosamente rivendica per sé il titolo di darne il finale apprezzamento.

D'altro canto, ad ulteriore rinforzo della tesi enunciata dalla pronunzia sopra richiamata, la Corte costituzionale, rifacendosi ad un'indicazione già molte volte data (ad es., in [sent. n. 236 del 2011](#)¹⁹),

alle “tradizioni costituzionali comuni”: una convergenza che poi – è superfluo qui rammentare – potrà avere un'ulteriore, vigorosa spinta dall'auspicata adesione dell'Unione alla CEDU, qualora riesca a concretarsi in tempi brevi, e che già al presente appare invero agevolata da indirizzi interpretativi delle due Corti volti a prestarsi sensibile attenzione a vicenda.

¹⁶ V., infatti, quanto se ne dice nella mia nota dal titolo [La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale \(“a prima lettura” di Corte cost. n. 264 del 2012\)](#), in [www.diritticomparati.it](#), 14 dicembre 2012, e [Consulta OnLine](#), 17 dicembre 2012.

¹⁷ A riguardo del modo con cui si misura ed apprezza l'“intensità” della tutela, ulteriori notazioni si faranno, in aggiunta a quelle ora svolte, più avanti.

¹⁸ La Corte fa qui implicito richiamo ad una sensibile dottrina (sopra tutti, E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 7/2010, 955 ss., spec. 961) che ha già da tempo invitato a fermare l'attenzione sulla diversità di prospettive adottate, rispettivamente, dallo stesso giudice costituzionale e dalla Corte di Strasburgo.

Segnalo di passaggio come un fermo richiamo alla *Costituzione come "sistema"* si abbia ora anche nella pronunzia, [la n. 1 del 2013](#), con cui è stato risolto il discusso conflitto di attribuzione tra il Presidente della Repubblica e la Procura di Palermo in merito alle intercettazioni telefoniche del primo, con specifico riguardo al modo giusto con cui far luogo alla interpretazione degli enunciati costituzionali. Si dice infatti che “la valutazione di conformità alla Costituzione stessa deve essere operata con riferimento al *sistema*, e non a singole norme, isolatamente considerate. Un'interpretazione frammentaria delle disposizioni normative, sia costituzionali che ordinarie, rischia di condurre, in molti casi, ad esiti paradossali, che finirebbero per contraddire le stesse loro finalità di tutela” (punto 8.1 del *cons. in dir.*). E subito appresso (punto 10, *cons. in dir.*) si precisa che “l'interpretazione meramente letterale delle disposizioni normative, metodo primitivo sempre, lo è ancor più se oggetto della ricostruzione ermeneutica sono le disposizioni costituzionali, che contengono norme basate su principi fondamentali indispensabili per il regolare funzionamento delle istituzioni della Repubblica democratica”.

¹⁹ ... e, su di essa, i commenti, tra gli altri, di R. CONTI, *La scala reale della Corte Costituzionale sulla tutela della CEDU nell'ordinamento interno*, in *Corr. giur.*, 9/2011, 1259 ss., ed E. CACACE, *Fra deroghe alla retroattività della lex mitior e collocazione delle norme Cedu: ribadendo principi consolidati, aperture non irrilevanti della Corte Costituzionale. Nota a margine della sentenza 236/2011*, in [www.forumcostituzionale.it](#), nonché il mio [La Corte costituzionale “equilibrata”, tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU](#), in [Consulta OnLine](#), 7 novembre 2011.

rammenta che la giurisprudenza EDU, per sua stessa ammissione, non richiede di essere accolta per filo e per segno bensì unicamente nella sua “sostanza”: formula magica che, a mo’ del *deus ex machina* delle antiche tragedie, si offre, con la sua strutturale duttilità (e, diciamo pure, ambiguità...), allo scopo di mettere ogni cosa al posto giusto, specie con riguardo ai casi maggiormente ingarbugliati e spinosi, nei quali possono aversi laceranti conflitti tra diritto convenzionale e diritto interno, tali persino da coinvolgere la stessa Costituzione (un’eventualità, quest’ultima, giudicata per vero assai remota e tuttavia ugualmente da prendere in conto, al cui ricorrere non è ad oggi chiaro a quale esito possa pervenirsi in sede di giudizio di costituzionalità²⁰).

Ora, il punto qui specificamente interessante è dato dal fatto che l’apprezzamento della “sostanza” della giurisprudenza convenzionale, pur potendosi avere in ultima istanza davanti al giudice delle leggi, è tuttavia demandato “in prima battuta” ai giudici comuni. A dire il vero, non si ha certezza dalla giurisprudenza costituzionale se il giudice che sospetti la violazione della CEDU da parte di norma di legge nazionale e sia però persuaso del fatto che la violazione stessa non coinvolga la “sostanza” della giurisprudenza europea possa da solo chiudere la partita facendo ugualmente applicazione della norma stessa ovvero se debba comunque rivolgersi alla Consulta, cui sarebbe perciò esclusivamente riservato l’accertamento in via definitiva della “sostanza” in parola. A favore del primo corno dell’alternativa parrebbe, tuttavia, deporre la circostanza per cui il riferimento alla giurisprudenza europea, opportunamente selezionata (con riguardo appunto al canone della “sostanza”), s’impone sin dal momento in cui il giudice s’interroga circa l’esatto significato del disposto legislativo, bisognoso – come si sa – di essere fatto oggetto d’interpretazione convenzionalmente orientata (oltre che orientata a diritto “eurounitario” e, naturalmente, a Costituzione). Insomma, il giudice è chiamato a prevenire, fin dove possibile, l’antinomia, piuttosto (o prima ancora) che ad attivarsi per la sua soluzione davanti alla Consulta, dopo che si sia senza riparo manifestata; e può (e deve) farlo prestando attenzione, se del caso, alla *sola* “sostanza” della giurisprudenza convenzionale. Il che poi – se ci si pensa – vale come dire che il giudice, nel momento in cui si pone davanti alla Convenzione, non è tenuto a far capo alla giurisprudenza EDU in tutto e per tutto, potendone dare una lettura, ancorché solo in parte, originale, facendone uso allo scopo di fissare ancora più in alto della Costituzione e dell’intero ordinamento interno il punto di sintesi assiologica tra gli interessi evocati in campo dal caso, secondo però un apprezzamento effettuato *dal punto di vista dello stesso ordine interno* (a conti fatti, rispettando le indicazioni date ai giudici dalla Corte costituzionale coi suoi bilanciamenti volti alla realizzazione della *Costituzione come “sistema”*).

Ora, non intendo qui nuovamente discutere circa la interna coerenza di siffatto argomentare del nostro giudice costituzionale, la solidità delle basi metodico-teoriche sulle quali esso è fatto poggiare, la sua piena rispondenza all’*intera* tavola dei fini-valori costituzionali, tra i quali – non si dimentichi – è da annoverare altresì quello dell’apertura al diritto internazionale e sovranazionale che, al pari dei principi fondamentali restanti, concorre esso pure a fare la *nostra* identità costituzionale, specie nel suo fare “sistema” coi principi di libertà ed eguaglianza²¹ e, in ultima istanza, dignità della persona umana, dov’è l’essenza dell’ordine repubblicano, una sorta – se vogliamo dire così – di *nucleo duro del... nucleo duro*²². Mi limito, dunque, a constatare a quale sponda faccia approdare il ragionamento

²⁰ ... se, cioè, alla caducazione della norma convenzionale attraverso l’accertamento della incostituzionalità della legge di esecuzione “*nella parte in cui...*” ovvero – come, a mia opinione, è da preferire – alla mera dichiarazione della inidoneità della norma stessa ad integrare il parametro costituzionale, siccome “irrelevante” al fine della definizione del caso.

²¹ Delle mutue implicazioni che si danno tra i valori suddetti ha, ancora non molto tempo addietro, finemente discusso G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009.

²² Della dignità come valore “supercostituzionale” ho ripetutamente discusso, a partire da A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss. Ha di recente fatto richiamo a questa indicazione C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Mezzetti, Torino 2011, 239 ss. Ulteriori ragguagli e riferimenti in M. DI CIOMMO, *Dignità umana e Stato costituzionale. La dignità umana nel costituzionalismo europeo, nella Costituzione italiana e nelle giurisprudenze europee*, Firenze 2010; A. OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad de la persona*, Madrid 2010; M. RUOTOLO, *Appunti sulla dignità umana*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Napoli 2011, 3123 ss.; A. PIROZZOLI, *La dignità*

della Corte, una volta linearmente svolto e portato alle sue ultime, consequenziali applicazioni. Stabilire, alla luce del quadro teorico-ricostruttivo delineato dalla Consulta, quali siano i precedenti convenzionalmente “coperti” e bisognosi di osservanza e quali, di contro, quelli che, ancorché *astrattamente* “coperti”, possano essere disattesi è – come si vede – questione assai disagiata, foriera di soluzioni incerte e di possibili, reiterati e gravi conflitti²³. Quel che, nondimeno, è certo è che si danno precedenti ai quali debbesi prestare ossequio. Il loro numero – è mia impressione, bisognosa nondimeno di conferme che solo a mezzo di analisi a ciò specificamente mirate possono aversi – è destinato tendenzialmente a crescere, se non altro a motivo della crescita esponenziale della giurisprudenza europea.

Sul punto, ad ogni buon conto, non conviene affrettare conclusioni che, oltre ad essere teoricamente incerte, potrebbero risultare smentite dai più consistenti indirizzi giurisprudenziali, dal “diritto vivente” appunto.

In realtà, l’aumento della giurisprudenza europea può giocare a doppio verso, ora agevolando quelle selezioni (e, diciamo pure, manipolazioni) in nome del criterio della “sostanza”, di cui si è appena venuti dicendo, ed ora, di contro, ponendovi un freno, con specifico riguardo ai casi in cui vengano a formarsi a Strasburgo indirizzi interpretativi della Convenzione fortemente radicati e dotati di univocità di senso complessivo: tanto più – vorrei aggiungere – laddove tali indirizzi dovessero invocare a loro sostegno ed a garanzia della loro osservanza in ambito interno il largo credito di cui godano per effetto del consenso prestato da un numero crescente di Stati aderenti alla Convenzione²⁴, oltre che a motivo di quella convergenza con gli indirizzi della Corte dell’Unione, cui si faceva poc’anzi cenno. Un consenso che può dar fiato alla voce della Corte EDU, a discapito non di rado – al di là delle solenni dichiarazioni d’intenti – del margine di apprezzamento nazionale e che può pertanto concorrere alla incessante ridefinizione dei tratti distintivi delle identità culturali di ciascun ordinamento²⁵. La diffusione, in ambito sia nazionale che sopranazionale, di consuetudini

dell’uomo. Geometrie costituzionali, Napoli 2012; D. MESSINEO, *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino 2012; F.G. PIZZETTI, *Neuroscienze forensi e diritti fondamentali: spunti costituzionali*, Torino 2012, 97 ss., nonché, volendo, nel mio *Appunti per uno studio sulla dignità dell’uomo, secondo diritto costituzionale*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di V. Onida*, Milano 2011, 1755 ss. e in www.rivistaiaic.it, 1/2011; pure *ivi*, è l’altro mio scritto *Dignità versus vita?*

Una densa riflessione sull’*homo dignus* è poi, di recente, in S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari 2012, spec. ai capp. VI e VII, dove si dà mostra di accedere ad una visione meramente soggettivistica della dignità, rimettendosene in ultima istanza la definizione e la costruzione nelle esperienze di vita vissuta all’esclusiva autodeterminazione di ciascuna persona (rilevi a questo modo di impostare la questione possono tuttavia vedersi, volendo, nel mio scritto da ultimo cit., nel quale è il tentativo di conciliare il punto di vista del soggetto con quello oggettivo, dell’ordinamento, ricercando una sintesi idonea a rifuggire dagli eccessi cui entrambi possono dar vita).

²³ Si pensi solo a ciò che potrebbe aversi per il caso che la selezione operata dal giudice interno alla luce del criterio della “sostanza” venga quindi contraddetta da una sopravveniente pronuncia del giudice europeo, la quale pure nondimeno parrebbe voler richiedere rispetto unicamente nella sua “sostanza”... E ciò, senza peraltro escludere i conflitti col giudice costituzionale, dei quali si hanno – come si sa – non poche testimonianze (per tutte, la nota e ad oggi non conclusa vicenda delle leggi d’interpretazione autentica, sulla quale si è altresì avuta la [sent. n. 264 del 2012](#), sopra cit.).

²⁴ Ha su ciò opportunamente invitato a fermare l’attenzione la più sensibile dottrina, con riguardo ai più vari campi di esperienza [per tutti, R. CONTI, *Convergenze (inconsapevoli o... naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, in *Corr. giur.*, 4/2011, 579 ss. e, dello stesso, *Il diritto alla vita nella giurisprudenza delle Alte Corti*, in www.europeanrights.eu. Infine, G. RAIMONDI, *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8-11 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, relaz. all’incontro di studio su *La Corte europea dei diritti dell’uomo: il meccanismo di decisione della CEDU e i criteri d’interpretazione conforme*, cit.].

²⁵ Allo stesso tempo, viene ad esser naturalmente sottolineato il rilievo crescente della comparazione tra modelli ed esperienze invalsi in ambito nazionale, che per la sua parte gioca a favore della pur graduale e non di rado sofferta costruzione di una comune cultura autenticamente sopranazionale (su ciò, tra i molti altri che ne hanno variamente discusso, G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna 2010; AA.VV., *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, a cura di G. Martinico-O. Pollicino, Groningen 2010; AA.VV., *Human Rights Protection in the European Legal Order: the Interaction between the European and the National Courts*, a cura di P. Popelier-C. Van De Heyning-P. Van Nuffel, Cambridge 2011; G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell’interpretazione e*

interpretative convergenti per orientamento produce, infatti, innegabilmente una forza persuasiva alla cui influenza anche operatori istituzionali inizialmente verso di essa resistenti alla lunga faticano a sottrarsi.

D'altro canto, è pur vero che sopravvenienti pronunzie del giudice europeo potrebbero sgravare il giudice nazionale dell'obbligo di conformarsi ad un proprio precedente avvalorato da un'antecedente decisione della stessa Corte europea, tuttavia corretta appunto da quella successiva²⁶. La partita, insomma, resta aperta ad esiti di vario segno, persino opposti nel corso del tempo. Le variabili da tenere in conto sono infatti talmente numerose da non consentire sempre univocità di sbocchi operativi.

Non si trascuri, al riguardo, che mutamenti di quadro (o, come a me piace dire, di "situazione normativa") possono aversi, in primo luogo, a causa di mutate condizioni di fatto e, quindi, per continui mutamenti dei parametri che, pur laddove rimasti integri nella loro testuale formulazione, vanno soggetti a continuo rinnovo di sensi, anche per il tramite del "dialogo" intergiurisprudenziale.

Dopo i rilievi fin qui svolti, sono sufficienti poche notazioni in merito al secondo ed al terzo "tipo" di precedente, cui si è sopra fatto cenno. In particolare, i precedenti espressivi di disvalore costituzionale potrebbero ora essere ostacolati nelle loro ulteriori applicazioni da pronunzie della Corte europea con essi incompatibili ed ora, però, ugualmente trovare spazio per farsi valere all'esito di operazioni di bilanciamento volte all'affermazione della *Costituzione come "sistema"*, nel senso ed alle condizioni sopra indicati²⁷. Il "sistema" può, insomma, giocare – com'è chiaro – tanto a "copertura" quanto a "scopertura" di precedenti, portando ad esiti di vario segno in ragione dei casi.

Parrebbero sottrarsi a questo modo di vedere le cose i soli precedenti che si presentano come "neutri", siccome né "coperti" né vietati dalla giurisprudenza europea, precedenti davanti ai quali il giudicante parrebbe disporre di un margine di libertà, pure vario in ragione dei casi. Si tratta, tuttavia, di una evenienza che va facendosi sempre più rara man mano che la giurisprudenza si distende sopra campi materiali dapprima rimasti scoperti; la incontenibile varietà dei casi, nondimeno, ritaglia pur sempre ambiti (o loro porzioni) in cui l'ipotesi adesso presa in esame può avere ugualmente riscontro.

Non si trascuri, poi, il rilievo di talune tecniche decisorie, di cui la giurisprudenza ha dato col tempo ripetute prove di saper fare un uso raffinato, tecniche che potrebbero alle volte determinare lo scivolamento di un caso dall'una all'altra delle categorie fin qui prese in considerazione. Specie la tecnica del *distinguishing* può dar modo di qualificare come "nuovo" un caso in realtà riportabile sotto la "copertura" di un indirizzo giurisprudenziale anteriore, quale che ne sia il segno; naturalmente, è vero anche l'inverso, un caso davvero nuovo facendosi attrarre da un indirizzo già formato, magari dandosene una qualificazione in via analogica.

I casi qui fatti oggetto di rapido esame non sono, dunque, nettamente separabili l'uno dall'altro; piuttosto, si prestano al loro continuo rifacimento, rifluendo e convertendosi l'uno nell'altro, secondo combinazioni mobili e dipendenti dal contesto in cui s'inscrivono e fanno valere, combinazioni nelle quali si specchiano e traducono le parimenti mobili composizioni dei valori, nella loro storicizzazione complessiva.

4. La causa endogena di vincolo dei precedenti, ovvero sia la conformità a quelli propri quale testimonianza della "giurisdizionalità" della funzione esercitata, conforme a ragionevolezza

giurisprudenza sovranazionale, Napoli 2011; A.M. LECIS COCCO ORTU, *La comparaison en tant que méthode de détermination du standard de protection des droits dans le système CEDH*, in www.rivistaaic.it, 4/2011; P. GORI, *La rilevanza del diritto comparato nelle decisioni della CEDU*, relaz. all'incontro di studio su *La Corte europea dei diritti dell'uomo: il meccanismo di decisione della CEDU e i criteri d'interpretazione conforme*, cit.).

²⁶ La formulazione in termini dubitativi di questa evenienza si deve, come al solito, al fatto che in nome del criterio della "sostanza" la vicenda processuale è suscettibile di plurimi sviluppi (v., infatti, quanto se ne dice subito di seguito nel testo).

²⁷ Nel qual ultimo caso – se ci si pensa – essi non potrebbero, a conti fatti, dirsi espressivi di disvalore costituzionale, malgrado lo stato di conflitto in cui verrebbero a versare nei riguardi della Convenzione.

Il vincolo della osservanza del precedente non ha tuttavia cause solo “esterne”, quali si hanno per effetto di pronunzie delle Corti europee alle quali va prestato ossequio o delle quali occorre comunque tener conto in occasione di quelle operazioni di bilanciamento di cui si è sopra discorso.

V'è anche una causa endogena, che ha riguardo al modo con cui la giurisprudenza è chiamata a misurarsi con se stessa e che è apprezzabile, in ultima istanza, secondo ragionevolezza.

Rileva a questo proposito la distinzione tra precedenti *propri* e precedenti *altrui*.

I maggiori problemi ai quali va incontro il giudice che punti ad una soluzione originale di una controversia si hanno laddove ci si voglia discostare dai *propri* precedenti, nel qual caso – come si è già accennato e si tenterà ora di mostrare meglio – è assai incombente il rischio che venga messo sotto *stress* lo stesso carattere giurisdizionale (in ristretta accezione) della funzione esercitata²⁸.

Malgrado la rilevata tendenza alla “osmosi” delle forme delle pubbliche funzioni²⁹, si dà una differenza di fondo tra l'attività posta in essere dai decisori politici (e, tra questi, sopra tutti, il legislatore) e l'attività dei giudici: gli uni possono essere “imprevedibili” quanto ai tempi, ai modi ed ai contenuti dei loro atti; i giudici devono, di contro, essere “prevedibili”. Gli uni possono cancellare dalla lavagna tutto quanto era già stato da loro stessi scritto, sostituendo una disciplina con un'altra, abolendola del tutto ovvero dandola per la prima volta, senza altri limiti che non siano quelli di sistema, ai quali si è in precedenza fatto riferimento, o di altri ancora. Gli altri, di contro, non possono risolvere in termini diversi uno stesso caso dapprima deciso in un certo modo, addirittura rovesciando un verdetto anteriore nel suo opposto, salvo appunto che non vi siano obbligati da quelle ragioni di sistema di cui si è detto. *Rebus sic stantibus*, tuttavia, ferma cioè la “situazione normativa” di partenza, nella sua struttura internamente composita siccome risultante da materiali tanto fattuali quanto normativi, il giudice che si pronunzi due volte sul medesimo caso in modi radicalmente diversi viene meno al compito di dare quelle certezze di diritto cui è chiamato dalla funzione esercitata e che hanno la loro più genuina e fedele rappresentazione nel porsi ciascuna pronunzia quale segmento espressivo di un “indirizzo” giurisprudenziale in senso proprio, siccome connotato da linearità e consequenzialità di svolgimenti: tratti, questi, che devono potersi apprezzare tanto *sincronicamente*, per il modo con cui il giudice pone le basi del proprio ragionamento e da queste perviene quindi alla decisione, quanto appunto *diacronicamente*, ciascuna decisione saldandosi a quelle che la precedono e che, prevedibilmente, la seguiranno (sempre che non si dia mutamento di “situazione normativa”).

Attorno alla certezza del diritto si rendono indispensabili alcune precisazioni che si faranno di qui a breve, specie avverso alcune sue letture mitiche, comunque eccessive e complessivamente deformanti. Resta, tuttavia, il fatto che il rovesciamento della giurisprudenza in un quadro rimasto sostanzialmente immutato comporta – come si viene dicendo – uno snaturamento della funzione. Il punto è però cosa s'intende per “quadro” o “situazione normativa”³⁰: sta qui – se ci si pensa – il cuore della questione ora nuovamente discussa, nei termini oggettivi (fattuali e normativi) di cui si compone.

Si rifletta, ad es., a riguardo della considerazione che sia da dare alle pronunzie del giudice della legittimità, specie nella sua più ampia composizione. Il giudice che si discosti da un proprio precedente verdetto, correggendo dunque l'indirizzo di cui esso è espressione, al fine di conformarsi ad un divergente verdetto della Cassazione, a conti fatti non entra in contraddizione con se stesso né perciò tradisce la funzione che esercita ma, all'inverso, ne dà un'ancora più marcata ed indicativa testimonianza, dal momento che per effetto dell'intervento del giudice della nomofilachia il quadro ha da considerarsi mutato.

In disparte, tuttavia, questa o similari evenienze, il giudice che dia risposte divergenti o, addirittura, diametralmente opposte in due casi identicamente connotati, rischia – come si diceva – di confondersi

²⁸ Riprendo ora una notazione che ho, ancora da ultimo, svolto nel mio [Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum](#), in [www.diritticomparati.it](#), 26 ottobre 2012, e [Consulta OnLine](#), 29 ottobre 2012, e già in altri scritti.

²⁹ ... a riguardo della quale, ora, l'approfondito studio di L. BUFFONI, *Processo e pluralismo nell'ordinamento costituzionale italiano. Apologia e limiti dell'universalismo procedurale*, Napoli 2012, spec. 367 ss.

³⁰ Su ciò, raggugli in A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁴, Torino 2009, 86 ss.

coi decisori politici, facendo appunto venire meno uno dei tratti più genuinamente espressivi della “giurisdizionalità”.

Come si vede, la partita si gioca tutta quanta sul terreno in cui si raffrontano i casi al fine di stabilirne la oggettiva identità ovvero la reciproca distinzione. Di qui, il ruolo di cruciale rilievo giocato dalla parte motiva delle decisioni, secondo quanto si è molte volte e in relazione alle più varie esperienze processuali fatto notare.

Ci si avvede così che il principio che vuole il giudice soggetto soltanto alla legge, fin troppo di sovente richiamato a giustificazione della insussistenza del vincolo del precedente³¹, richiede di essere riletto in termini tali da far comunque salva la “giurisdizionalità” della funzione dal giudice stesso esercitata, rispettando dunque i limiti sia interni che esterni cui l’interpretazione rimane per sua natura soggetta laddove prenda appunto corpo in sede giudiziaria.

D’altro canto, che la soggezione non vada riferita alla *nuda* legge bensì alla stessa per come già interpretata e contestualizzata è confermato dai limiti di cui si fa qui parola, tra i quali – come si è già avuto modo di rammentare – quello della obbligatoria conformità, alle condizioni sue proprie, a Costituzione, nonché a diritto internazionale ed a diritto “eurounitario”.

La ragionevolezza, in una delle sue più dense ed espressive accezioni, quale si rende cioè apprezzabile in prospettiva assiologicamente orientata, esige il costante adeguamento della interpretazione, a un tempo, al “fatto” ed ai valori, nel loro fare “sistema”; ed è proprio in ciò che essa si rende manifesta – è stato felicemente detto – quale “principio architettonico del sistema” stesso³². Il mutare delle condizioni oggettive rimette in moto i processi interpretativi e ne dà, legittimamente, un diverso orientamento rispetto ad anteriori percorsi, così come però il perdurare delle condizioni medesime sempre uguali a se stesse obbliga a proseguire lungo un processo già sulla loro base avviato.

È solo così che si danno certezze del diritto e si fa uguale trattamento dei cittadini e, in genere, dei soggetti riguardati dalle decisioni dei giudici³³.

5. *Lo speciale significato assunto dal vincolo del precedente per i giudici costituzionali (in accezione materiale) e la naturale, obbligata conversione della certezza del diritto in senso oggettivo in certezza, vale a dire effettività, dei diritti soggettivi, in vista dell’affermazione della Costituzione come “sistema”*

³¹ In argomento, per tutti, D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al diritto. Contributo allo studio dell’art. 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Napoli 2008.

³² La definizione è di L. D’ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano 2005.

³³ Al principio di eguaglianza è fatto – come si sa – frequente richiamo al fine di giustificare, in nome della sua salvaguardia, il vincolo del precedente (indicazioni in A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, cit., 95 ss.; più di recente, F. VIGANÒ, nella sua *Nota introduttiva* ad uno scritto di V. Napoleoni, più avanti cit., in www.penalecontemporaneo.it, 19 ottobre 2012). L’eguaglianza, nondimeno, partecipa – come pure è assai noto –, al pari di ogni altro principio, ad operazioni di bilanciamento secondo valore; ed è palesemente irragionevole appellarsi ad essa per reclamare l’adesione ad un precedente che sia quindi stato superato da una nuova pronuncia idonea a far valere ancora meglio la *Costituzione come “sistema”*. La ragionevolezza – come si è venuti dicendo – rimane dunque il metro che solo può dar modo di pervenire ad una lineare, complessivamente appagante, soluzione del caso; la “bilancia”, poi, su cui si dispongono i beni della vita soggetti a reciproca ponderazione è la dignità della persona umana, quale valore – come si è sopra rammentato – “supercostituzionale” (la felice immagine della dignità quale “bilancia” è di G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; di contro, considerano la dignità soggetta essa pure a bilanciamento, tra gli altri, M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carllassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell’eguaglianza*, a cura di G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, Napoli 2009, 1060 ss., e G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 1/2011, 45 ss., spec. 69 ss. Fa ora il punto sulla questione A. PIROZZOLI, *La dignità dell’uomo*, cit., 26 ss.).

L'osservanza dei precedenti, in specie di quelli *propri*, acquista poi uno speciale significato con riguardo alle Corti costituzionali³⁴, espressione che, qui come altrove, intendo *in senso materiale*, siccome riferita altresì alle Corti europee, che vanno in crescente misura proponendosi appunto quali giudici "costituzionali"³⁵.

Il vincolo del precedente si fa qui stringente proprio perché si è in presenza di giudici *unici e costituzionali*³⁶, chiamati a somministrare certezze di diritto costituzionale, a carattere generale o, meglio, *tendenzialmente generale*³⁷; certezze che possono essere date nel modo migliore proprio col rendere prevedibili gli svolgimenti giurisprudenziali alla luce dei precedenti³⁸.

È vero che, avuto specifico riguardo alla nostra Corte costituzionale, l'affermazione ora fatta parrebbe contraddetta dal mancato riconoscimento di efficacia generale alle pronunzie di rigetto; ciò

³⁴ Avverto di non trattare qui del vincolo, la cui sussistenza è peraltro – come si sa – riconosciuta dallo stesso giudice costituzionale, costituito dal c.d. "diritto vivente" quale oggetto del giudizio di costituzionalità (su ciò, sopra tutti, A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*. *Genesi, uso, implicazioni*, Milano 1994; più di recente, G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna 2012, 371 ss.). La qual cosa costituisce un'ulteriore, particolarmente significativa, testimonianza del rilievo dei precedenti (e, segnatamente, delle regolarità giurisprudenziali) nelle esperienze processuali. Un rilievo che, nondimeno, per un verso, resta affidato al riconoscimento, in ultima istanza operato dalla stessa Corte, della sussistenza del "diritto vivente", mentre, per un altro verso, non esclude l'allentamento del vincolo da esso espresso e persino lo scostamento dal precedente, in vista del conseguimento delle sintesi assiologiche idonee a portare a quell'affermazione della *Costituzione come "sistema"*, di cui si è venuti dicendo, dandosi perciò priorità all'interpretazione conforme rispetto all'adesione ad un consolidato uso interpretativo dei giudici comuni.

³⁵ Su questa tendenza rimando qui solo agli studi di O. POLLICINO, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano 2010, spec. 451 ss., e O. POLLICINO-V. SCIARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti-V. Piccone, Roma 2010, 125 ss. Precisazioni sul punto, ora, in B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., e in D. TEGA, *I diritti in crisi*, cit. Assai indicativa è poi la circostanza per cui, nel presentare il suo *Corso di giustizia costituzionale plurale* (Milano 2012) A. CERRI s'interroghi se esso costituisca la sesta edizione dell'opera vecchia ovvero la prima di una nuova, proprio a motivo dello studio che in essa è fatto della giustizia costituzionale sopranazionale.

³⁶ Le notazioni ora svolte possono in parte valere anche per quei giudici (e, segnatamente, la Corte di Cassazione) che sono per tradizione chiamati ad assicurare l'uniforme applicazione del diritto oggettivo, secondo quanto si preciserà tra non molto. Sul rilievo assunto dalla opzione a suo tempo fatta a favore della Cassazione unica, v. la relazione n. 87 del 20 ottobre 2011 a riguardo de *Il ruolo della Cassazione: tradizione e mutamenti*, a cura della stessa Corte, Ufficio del massimario e del ruolo (red. M. ACIERNO-G. DE AMICIS-E. VINCENTI, dir. M.R. MORELLI). A *L'unificazione della Corte di Cassazione* è dedicato lo studio recente di N. PICARDI, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3/2012, 721 ss.

³⁷ ... nel senso che si è tentato di precisare *retro*, col riferimento fatto al "novum" costituito dalle pronunzie della Corte EDU ed alla loro incidenza nelle pratiche giudiziarie di diritto interno, nonché al complessivo significato assunto dalle sentenze-pilota della Corte stessa.

³⁸ Il terreno sul quale il vincolo stesso si apprezza (o *dovrebbe* apprezzarsi...) in considerevole misura è quello delle tecniche processuali, laddove le regolarità cui dà vita la stessa Corte nell'utilizzo degli strumenti di cui dispone (e che peraltro – come si sa – in larga misura la stessa si è forgiata) si pongono quale stabile punto di riferimento per le pratiche di giudizio. La qual cosa, nondimeno, non toglie – come pure è noto – che si diano casi, non esigui, di correzione di regole processuali dapprima apparse incrollabili (ad es., di recente, quello di cui a [Corte cost. sent. n. 142 del 2012](#)). Trattasi, ad ogni buon conto, di fatti pur sempre eccezionali rispetto all'*id quod plerumque accidit*. E non è inopportuno qui rammentare che la più avveduta dottrina ha, con varietà di argomenti e di accenti, deplorato l'uso incostante ed incontrollato degli strumenti processuali, per gli effetti negativi che possono aversene a carico della certezza del diritto e, per ciò stesso, della "giurisdizionalità" della funzione di garanzia costituzionale esercitata dalla Corte (su ciò, per tutti, R. ROMBOLI, che vi ha dedicato numerose ed argomentate riflessioni: tra gli altri suoi scritti, *Diritti fondamentali, tecniche di giudizio e valore delle disposizioni processuali*, in AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, a cura dello stesso R., Torino 1994, 151 ss.; *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro it.*, 1995, I, 1090 ss.; *Significati e valore delle disposizioni regolanti il processo davanti alla Corte costituzionale nei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 2/2002, 41 ss.; *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, a cura di E. Bindi-M. Perini-A. Pisaneschi, Torino 2008, 503 ss.; *Il diritto processuale costituzionale dopo la "svolta" degli anni 1987-1989*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi-M. Cavino-J. Luther, Torino 2011, 317 ss. Altre indicazioni in A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Soveria Mannelli 2008, 5 ss.).

che dà modo al giudice delle leggi di ribaltare in ogni tempo un precedente verdetto d'infondatezza (manifesta e non) in uno di accoglimento, restando invece preclusa l'ipotesi inversa.

Non torno ora ad intrattenermi sulle aporie di costruzione teorica a mia opinione insite in un siffatto modo di vedere le cose, delle quali ho detto in altri luoghi. Mi limito solo a fermare l'attenzione su un paio di punti, rimandando per maggiori ragguagli a riflessioni precedentemente svolte³⁹.

Il primo è che la stessa giurisprudenza costituzionale si dichiara essere tendenzialmente obbligata a conformarsi ai propri precedenti, salvo nondimeno il caso che siano adottati – come si suol ripetere – “motivi nuovi”, tali da indurre la Corte a ripensare ad un anteriore suo indirizzo e, se del caso, a correggerlo. In realtà, non già dovrebbe aversi riguardo a nuovi e più persuasivi argomenti adottati dalle parti o dall'autorità remittente (per quanto, invero, proprio così vadano – come si sa – molte volte le cose), bensì al carattere autenticamente nuovo della “situazione normativa” presente rispetto a quella passata, sul quale possa oggettivamente fondarsi il cambio di giurisprudenza⁴⁰.

Il secondo punto è costituito dal fatto che dar modo alla Corte di differenziarsi rispetto a... *se stessa*, senza limiti o condizioni di sorta, rischia di farne una sorta di “*potere costituente permanente*”, che da se medesimo si abilita a riscrivere ogni giorno a piacimento la Carta enunciando verità indiscutibili di diritto costituzionale (art. 137, ult. c.). Un rischio micidiale, che tuttavia può, a mia opinione, essere convenientemente (e fin dove possibile...) parato proprio grazie, per un verso, alla effettiva osservanza di quel vincolo di “doppia coerenza”, sincronica e diacronica, cui si è dietro fatto cenno⁴¹, e, per un altro verso, al “dialogo”, assiduo e costruttivo, con le Corti europee, per effetto del quale il giudice costituzionale può ora radicarsi ulteriormente nel proprio indirizzo ed ora pure rinnovarsi, rigenerandosi senza sosta al servizio dei diritti fondamentali, nell'intento – come si è dietro veduto – di fissare ogni volta sempre più in alto il punto di sintesi tra i valori in gioco e di vedere perciò realizzata al meglio di sé la *Costituzione come “sistema”*.

Vincolo al precedente e orientamento verso la giurisprudenza delle Corti europee sono i due corni tra i quali perennemente oscillano le vicende della giurisprudenza costituzionale, in una misura ancora più stringente di quanto pure si abbia nelle esperienze della giustizia comune.

All'uno parrebbe fissarsi il valore della *certezza del diritto in senso oggettivo*, nella sua massima espressione, vale a dire quale *certezza di diritto costituzionale*; l'altro è poi il corno in cui prendono corpo le *certezze dei diritti costituzionali*, nella loro indeclinabile aspirazione al massimo appagamento possibile alle condizioni oggettive di contesto.

Questo modo di porre la questione non sembra tuttavia del tutto appropriato al fine della sua lineare risoluzione.

Come si è in altri luoghi tentato di mostrare, non ha senso alcuno immaginare che si dia una certezza del diritto in senso oggettivo in uno stato di perenne conflitto con la certezza (cioè la effettività) dei diritti soggettivi, ove si convenga a riguardo del fatto che l'una ha significato unicamente nel suo naturale convertirsi ed interamente risolversi nell'altra, al servizio appunto dei diritti fondamentali (e, in genere, dei beni costituzionalmente protetti). È questo l'insegnamento che ci viene impartito dai rivoluzionari francesi circa ciò che è o che fa, *in nuce*, una Costituzione (nell'accezione liberale del termine⁴²), seconda la lapidaria, efficacissima indicazione data dall'art. 16 della *Dichiarazione* del 1789.

³⁹ ... e, part., ai miei *Storia di un “falso”*. *L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano 1990, e *Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi-M. Cavino-J. Luther, Torino 2011, 349 ss.

⁴⁰ Si rammenti, tuttavia, quanto si è dietro osservato in merito all'uso concretamente fatto di talune tecniche decisorie (e, segnatamente, di quella del *distinguishing*), idonee a far qualificare come “nuova” ovvero “non nuova”, secondo congiunturali convenienze, la situazione in atto al confronto di quella passata.

⁴¹ Di siffatta “doppia coerenza” della giurisprudenza costituzionale ho iniziato a discorrere nelle mie *Note introduttive allo studio della motivazione delle decisioni della Corte costituzionale (ordini tematici e profili problematici)*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Torino 1994, spec. 23 s., dandovi quindi vario svolgimento in altri studi.

⁴² Che poi possano darsene altre accezioni, al piano teorico-generale così come secondo le esperienze maturate presso ordinamenti assai lontani dal nostro per formazione culturale e tradizioni storico-positive, qui non si nega; trattasi,

Discende piana, obbligata, da qui la conclusione secondo cui lo stesso art. 137, ult. c., può (e, anzi, deve) soggiacere ad adattamenti o a riduzioni di senso (o, per dir meglio, della sua portata qualificatoria, apparentemente non reversibile), partecipando ad operazioni di bilanciamento secondo valore, all’impatto con norme della stessa Carta in cui trovi fondamento la tutela di altri beni costituzionalmente protetti, tra le quali norme sono quelle che danno l’apertura dell’ordine interno al diritto internazionale e sovranazionale. Norme che, poi, in tanto possono spianare la via all’ingresso di norme e sentenze provenienti *ab extra*, in quanto – come si è sopra veduto – da esse venga un’ancora più intensa salvaguardia di taluni bisogni elementari dell’uomo, concorrendo perciò esse, per la loro parte, a dare pratico senso a quell’idea di *Costituzione come “sistema”*, cui si è più volte fatto richiamo, in ispecie ad appagare ancora meglio le pretese della coppia assiologica fondamentale costituita da libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità).

Sul punto, di cruciale rilievo, si richiedono alcune precisazioni.

Ammettere che il disposto costituzionale sopra richiamato (ed usualmente inteso come espressivo dell’autentica norma di “chiusura” del sistema) non si sottragga al suo possibile bilanciamento con altre norme della stessa Carta, come pure di altre Carte cui essa faccia rinvio ed offra “copertura”, non equivale a dire che possa considerarsi come mai prodottosi un effetto istantaneo discendente dal giudizio di costituzionalità e consumatosi con la conclusione di esso, qual è ad es. quello che determina la caducazione di norma di legge dichiarata costituzionalmente illegittima. Per quest’aspetto, dunque, l’irreversibilità del giudicato costituzionale – come si è tentato altrove di mostrare – non viene toccata dal sopravvenire di pronuncia della Corte europea che si reputi fissare ancora più in alto il punto di sintesi dei valori in gioco facendo realizzare al meglio di sé la Costituzione come “sistema”. E ciò, anche nella considerazione che siffatto riconoscimento non potrebbe che aversi in ultima istanza, *dal punto di vista dell’ordinamento interno*, ad opera dello stesso giudice delle leggi, che di necessità – allo stato attuale della disciplina che ne regola il funzionamento – ha bisogno, come si sa, di essere adito per potersi esprimere⁴³. Il verdetto del giudice europeo, tuttavia, potrebbe giustificare l’eventuale ripristino da parte del legislatore nazionale della norma a suo tempo caducata dalla Consulta⁴⁴, norma che, se nuovamente sottoposta a giudizio di

nondimeno, di questione assai complessa, il cui esame non può esser in questa sede neppure avviato e per la quale si rimanda, ora, per tutti, agli studi di A. SPADARO, che ne ha fatto molte volte oggetto di ampia ed argomentata trattazione, part. in *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano 1994, nonché in *L’idea di Costituzione fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni “geometriche” dell’“albero” della Costituzione e un’unica, identica “clausola d’Ulisse”*, in AA.VV., *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism Context*, a cura di F. Fernández Segado, Madrid 2003, 169 ss.

⁴³ Cosa diversa è che, in prospettiva *de iure condendo*, si reputi opportuno dotare il giudice costituzionale del potere di tornare a pronunciarsi *ex officio* (ed entro un termine ristrettissimo) su questioni dapprima decise che si reputino meritevoli di essere riconsiderate per effetto di un sopravveniente verdetto del giudice europeo. Consiglierei tuttavia somma cautela prima di accedere ad un siffatto ordine di idee, che potrebbe comportare notevoli disagi negli accertamenti allo scopo richiesti e dar vita ad effetti dirompenti nell’assetto ormai raggiunto dall’ordine normativo in vigore.

⁴⁴ La qual cosa, ad opinione mia e di altri, non dovrebbe, in via di principio, considerarsi consentita (appunto, in ragione del divieto di cui all’art. 137, ult. c., cit.), comportando un fraudolento aggiramento del giudicato costituzionale, mentre secondo una diversa opinione l’incisione a carico di quest’ultimo si produrrebbe unicamente nel caso di reiterazione con effetti *ex tunc* della norma dichiarata costituzionalmente illegittima; per un’altra tesi ancora, poi, neppure in una evenienza siffatta il giudicato costituzionale risulterebbe alterato, restando demandata ogni valutazione circa gli effetti del fatto riproduttivo al mero piano della opportunità [riferimenti su questa annosa questione, per tutti, in F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino 2002, e, dello stesso, *sub art. 137*, in *Comm. Cost.*, a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, III, Torino, 2006, 2674 ss., nonché, pure *ivi*, in G. PARODI, *sub art. 136*, 2660 ss. Inoltre, P. COSTANZO, *Il dibattito sul giudicato costituzionale nelle pagine di «Giurisprudenza costituzionale» (note sparse su un tema di perdurante attualità)*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processo costituzionale nell’esperienza della Rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantenario*, a cura di A. Pace, Milano, 2006, 214 ss.; R. MANFRELLOTTI, *Giustizia della funzione normativa e sindacato diffuso di legittimità*, Napoli, 2008, 320 ss. e i contributi su *Giudicato e funzione legislativa* che sono in *Giur. it.*, 12/2009, spec. quelli di F. MODUGNO, *Introduzione*, 2815 ss., e A. CERRI, *Appunti sul c.d. “giudicato costituzionale”*, 2831 ss. Con specifico riguardo alla violazione del giudicato costituzionale per mano del legislatore, v. inoltre C. DI SERI, *Il “vizio da riproduzione”. Spunti ricostruttivi in tema di illegittimità costituzionale per indebita riproposizione di norme*, in *Dir. soc.*, 3/2007, 421 ss. e, da ultimo, G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 414 ss. In giurisprudenza, v. [Corte cost. sent. n. 350 del 2010](#)

costituzionalità, potrebbe esser fatta salva, proprio perché è nel frattempo mutata la “situazione normativa” in conseguenza della decisione adottata dalla Corte europea⁴⁵.

A mio modo di vedere, l’esito ora sommariamente descritto può essere ulteriormente incoraggiato a formarsi a seguito dell’affermazione di un nuovo “diritto vivente” in linea con l’indirizzo manifestato dal giudice europeo⁴⁶, che solleciti pertanto il radicamento di un’interpretazione convenzionalmente conforme della legge “riproduttiva”, tanto più – è appena il caso di rammentare – se a ciò offra il suo fattivo, decisivo concorso il giudice della legittimità: un “diritto vivente” della cui scrupolosa osservanza, specie in ragione del suo essere espressivo di una interpretazione conforme, il giudice delle leggi non potrebbe fare a meno⁴⁷.

Quel che importa, ad ogni buon conto, tener fermo è che sono pur sempre i singoli casi a stabilire se, in nome della coppia assiologica fondamentale costituita da libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità), per come complessivamente servita sia dal diritto interno (norme costituzionali incluse) che dal diritto avente origine esterna, i precedenti debbano essere fedelmente rispettati ovvero riveduti. Il crinale tra continuità ed innovazione scorre lungo un piano la cui opportuna messa a fuoco può aversi – come si è venuti dicendo – unicamente in prospettiva assiologicamente orientata.

(e, su di essa, A. ANZON DEMMIG, *Il rispetto del “giudicato costituzionale”: un richiamo severo della Corte al legislatore*, in *Giur. cost.*, 2010, 4913 ss. e A. LOLLO-A. MORELLI, *Vincolo del giudicato costituzionale e ruolo della Corte*, in www.rivistaaic.it, 3/2011) e [sent. n. 245 del 2012](#); dello stesso A. LOLLO, per un’analisi della giurisprudenza pregressa, v. *Il giudicato costituzionale nella giurisprudenza della Corte. I giudizi sulle leggi in via incidentale*, in www.rivistaaic.it, 2/2011, e, pure *ivi*, *Il giudicato costituzionale nella giurisprudenza della Corte. I giudizi sulle leggi in via principale*, 1/2012].

È poi appena il caso di accennare che della “riproduzione” in parola non si sarebbe avuta (e non si avrebbe) la necessità, allo scopo di dar seguito al verdetto del giudice europeo, ove fosse stata accolta la proposta ricostruttiva che ho ritenuto, ormai molti anni addietro, di affacciare (nel mio *Storia di un “falso”*, cit.), secondo cui per effetto della dichiarazione d’incostituzionalità cadrebbe unicamente la *norma* specificamente assunta ad oggetto del sindacato della Corte, non pure – come invece comunemente si pensa e si mette in pratica – la *disposizione* che quella norma esprime, anche in ogni suo altro, possibile significato. Con il che si fa, per vero in modo assai singolare e francamente inspiegabile, del giudice costituzionale un organo d’interpretazione autentica (sia della Costituzione che delle leggi), si confonde l’effetto di annullamento con quello di abrogazione (segnatamente, di abrogazione nominata) e, per ciò stesso, si appiattisce il ruolo del giudice (sia pure peculiare, qual è la Corte) rispetto a quello del legislatore, con palese incisione del principio della separazione dei poteri. Tengo poi a precisare che il senso complessivo della proposta suddetta si coglieva non tanto con riguardo alle pronunzie di rigetto, in relazione alle quali essa è stata formulata, quanto proprio alle decisioni di accoglimento, la disposizione ponendosi quale una risorsa in ogni tempo spendibile, una volta fatta oggetto della sua opportuna rigenerazione semantica, a beneficio di quanti fanno ad essa richiamo a salvaguardia di propri interessi costituzionalmente protetti. E quale migliore occasione – se ci si pensa – per una siffatta rigenerazione di quella che può esser offerta dal sopravvenire di una pronunzia di questa o quella Corte europea che porti ad un avanzamento della tutela dei diritti!

⁴⁵ A rigore, il mutamento di “situazione normativa” fa sì che la “riproduzione” in parola debba considerarsi meramente apparente, la nuova “situazione” non essendo dunque *pleno iure* confrontabile con la vecchia. Occorre, come si vede, tenere distinti gli effetti conseguenti all’adozione del verdetto del giudice europeo, rispettivamente, per il passato e per il futuro, così come occorre distinguere tra verdetti idonei a commutarsi in “diritto vivente” e verdetti che, in quanto privi di siffatta attitudine, siano dalle stesse autorità che li emettono quindi abbandonati ovvero non ripresi da altri giudici in quanto non caratterizzanti la “sostanza” dell’indirizzo interpretativo adottato dal giudice da cui essi provengono.

⁴⁶ Un nuovo orientamento interpretativo di leggi “riproduttive” potrebbe invero affermarsi anche indipendentemente dal sopraggiungere di una pronunzia di questa o quella Corte europea che ne incoraggi la formazione; e basti solo tenere a mente quante sollecitazioni potrebbero in tal senso aversi per effetto di nuove condizioni di fatto (o di contesto), di modifiche della normativa a contorno, e via dicendo. Mutando la “situazione normativa”, nella sua struttura composita risultante da materiali sia normativi che fattuali, bene potrebbe aversi un “conseguenziale” mutamento di giurisprudenza, del giudice costituzionale così come di altro giudice.

⁴⁷ È di tutta evidenza che il quadro sarebbe assai diverso nel caso che il verdetto del giudice europeo non riuscisse a farsi dare ascolto dalla giurisprudenza comune, a conferma del ruolo di prima grandezza che è da quest’ultima giocato, seppure in modo discreto, comunque assai meno appariscente (ma non per ciò meno significativa) di quello che è proprio delle decisioni dei tribunali costituzionali e delle stesse Corti europee (su ciò, da diversi angoli visuali, tra gli altri, R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Il ruolo del giudice*, Roma 2011; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana*, Roma-Bari 2012 e, ora, con specifico riguardo alla materia penale, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale*, Roma 2012).

Ce ne dà, una volta di più, conferma la stessa giurisprudenza costituzionale, con l'insistito richiamo fatto in alcune tra le sue più espressive pronunzie alla tutela più "intensa" quale criterio posto a base della soluzione di alcune tra le più complesse e spinose questioni di diritto costituzionale⁴⁸.

Le elenco senza approfondirne qui l'esame, già in molti luoghi fatto: [sentt. nn. 388 del 1999](#); [317 del 2009](#); [113 del 2011](#) e [264 del 2012](#).

La prima è, forse, proprio quella di maggior significato, alle sue indicazioni attingendo le successive pronunzie, pur se all'interno di un percorso ad oggi frammentato, non in tutto linearmente svolto. Il passaggio più significativo della decisione *de qua* è quello in cui si riconosce il bisogno della stessa Costituzione di attingere alle Carte internazionali dei diritti al fine della sua incessante rigenerazione semantica⁴⁹: volendone dare una lettura *in bonam partem*⁵⁰, si tratta di un'ammissione di finitezza espressiva della legge fondamentale della Repubblica che costituisce, al piano metodico-teorico, la base più solida sulla quale far poggiare l'idea di un confronto paritario, culturale ancor prima che positivo, tra documenti tutti *materialmente costituzionali* (anzi, costituzionali per antonomasia) e, da questa derivata, l'idea dei bilanciamenti essi pure paritari tra norme di origine esterna (e, segnatamente, appunto delle Carte in parola, tra le quali la CEDU) e norme interne, in queste includendosi quelle della stessa Costituzione⁵¹.

L'affermazione è, per vero, contraddetta dal riconoscimento della CEDU quale fonte "subcostituzionale", secondo un'indicazione data dalla [prima delle sentenze "gemelle" del 2007](#) e quindi sistematicamente, stancamente ripetuta. Le decisioni sopra richiamate, tuttavia, danno conferma della necessità, avvertita dallo stesso giudice delle leggi, di andare ogni volta alla ricerca del luogo positivo nel quale si situa la più "intensa" tutela ai diritti in gioco. Nella pronunzia del 2009 l'argomento della maggior tutela è speso al fine di dimostrare che anche norme di legge incompatibili

⁴⁸ Del criterio in parola hanno, tra i molti altri, discorso A. RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il "dialogo" tra le Corti*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Giornate di studio in ricordo di A. Concaro, a cura di F. Dal Canto ed E. Rossi, Torino 2011, 313 ss.; L. CAPPUCCIO, *Differenti orientamenti giurisprudenziali tra Corte EDU e Corte costituzionale nella tutela dei diritti*, in AA.VV., *La "manutenzione" della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, a cura di C. Decaro-N. Lupo-G. Rivosecchi, Torino 2012, 65 ss.; G. MARTINICO-O. POLLICINO, *The Interaction between Europe's Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham (Gran Bretagna) - Northampton (Stati Uniti d'America) 2012; AA.VV., *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, a cura di L. Casseti, Napoli 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi*, cit.; A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano 2012; V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello*, cit., 839 ss., spec. 866 ss.; A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza CEDU*, in corso di stampa in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2013; P. CARETTI, *I diritti e le garanzie*, relaz. al Convegno dell'AIC su *Costituzionalismo e globalizzazione*, Salerno 23-24 novembre 2012, in www.rivistaaic.it.

⁴⁹ Si dice infatti, con molta efficacia espressiva, che Costituzione e Carte internazionali dei diritti "si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione".

⁵⁰ ... che, però, con ogni verosimiglianza, forza la reale intenzione della Corte, la quale, di contro, appare piuttosto orientata verso il riconoscimento di quello che ho altrove chiamato il modello di una "Costituzione-totale", perlomeno al piano dei suoi rapporti con le altre Carte, rivendicando orgogliosamente la pienezza di tutela sempre e comunque offerta dalla legge fondamentale della Repubblica ai diritti. Ancora nella pronunzia del '99, da ultimo cit., poco prima del passo sopra fedelmente trascritto, significativamente si afferma che "i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione" (segue un richiamo a [Corte cost. sent. n. 399 del 1998](#)).

Il vero è che il riferimento alle Carte internazionali dei diritti appare, ad esser franchi, non poche volte fatto *ad pompam* o, tutt'al più, a conferma di una tutela che la nostra Carta si reputa essere, ad ogni buon conto, in grado di apprestare con le sue sole forze (sottolinea, ancora di recente, il sussidio a finalità interpretativa venuto *ab extra* nei riguardi della Costituzione D. TEGA, nella sua *op. ult. cit.*, spec. 69 ss.); altre volte poi – ed è il caso della recentissima [sent. n. 7 del 2013](#) [e, su di essa, la nota di V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.)*, in www.penalecontemporaneo.it] – il richiamo alle Carte gioca a rinforzo di una pronunzia caducatoria che rinviene comunque in altri precetti della Costituzione un autonomo motivo di giustificazione.

⁵¹ A favore dei bilanciamenti in parola mi sono dichiarato più volte (ad es., in *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee*, cit., dove si tenta di confutare la contraria opinione che, muovendo dall'assunto del carattere "subcostituzionale" della CEDU e del diritto internazionale pattizio in genere, coerentemente esclude che tra le norme convenzionali e quelle costituzionali possa intrattenersi un confronto alla pari).

con la Convenzione possono ugualmente trovare applicazione, sottraendosi così alla loro caducazione per (supposta) violazione dell'art. 117, I c., ogni qual volta, poste a raffronto con le norme convenzionali, risultino appunto dotate dell'attitudine a dare la tutela in parola⁵².

L'argomento – come pure si è accennato – è quindi ripreso ed ulteriormente svolto dalla [sent. n. 264 del 2012](#), giocando ancora una volta a “copertura” di leggi sospette di violare la Convenzione. Un argomento che tuttavia – come si è tentato di mostrare altrove – appare idoneo ad essere speso a beneficio della Convenzione stessa persino nei suoi rapporti con la Costituzione, ammettendosi dunque la eventualità che sia la prima, piuttosto che la seconda, a dare la maggior tutela, sia pure in quella accezione non “atomistica” bensì “sistemica”, di cui si è dietro detto.

Anche dalla [sent. n. 113 del 2011](#), opportunamente riconsiderata e portata fino alle sue ultime, lineari conseguenze di ordine sia teorico-ricostruttivo che pratico-applicativo, viene poi un'indicazione preziosa di metodo, in vista di una corretta e complessivamente appagante risoluzione della questione qui discussa.

Ammettendo il carattere recessivo del giudicato penale di condanna a fronte di sopravveniente pronuncia della Corte EDU che abbia accertato la violazione della Convenzione, il giudice delle leggi offre la più emblematica conferma di come la certezza del diritto, sottesa al giudicato, in tanto possa farsi valere, in quanto si risolva nel migliore servizio reso, alle condizioni oggettive di contesto, ai diritti fondamentali e debba di contro recedere laddove il servizio stesso venga da norma convenzionale violata nel corso di un'esperienza processuale. Un canone, questo, che costituisce un'autentica metanorma posta a base delle relazioni interordinamentali e che, a mia opinione, non lascia indenne la stessa Costituzione, che pure si offre coi suoi valori fondanti (a partire da quello dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale, nel suo fare “sistema” coi principi di libertà ed eguaglianza) quale punto di riferimento per l'inquadramento dei rapporti interordinamentali e la soluzione dei bilanciamenti da essi sollecitati a formarsi. Ancora una volta, come si vede, nel momento stesso in cui la Costituzione sembra recedere in una singola norma, chinandosi davanti ad altra norma proveniente *ab extra*, in realtà essa si realizza al meglio di sé, come “sistema” appunto⁵³, a motivo del fatto che la norma prevalente in sede di bilanciamento interordinamentale appare ancora più conducente di quella recessiva a dare pratico senso ai valori di libertà ed eguaglianza, quali serviti dal principio di apertura al diritto di origine esterna.

6. Una succinta notazione critica nei riguardi di [Corte cost. sent. n. 230 del 2012](#) e l'esigenza che sia, ad ogni buon conto, preservata la tipizzazione dei ruoli istituzionali (dei giudici inter se, come pure nei loro rapporti con gli organi della direzione politica)

Si dispone ora degli elementi necessari per una riconsiderazione critica, sotto una luce diversa da quella comunemente adottata, del punto di diritto fissato da una recente pronuncia della Consulta, [la n. 230 del 2012](#), che stancamente si affida a taluni argomenti ormai vetusti a sostegno della tesi

⁵² La violazione è, in realtà, insussistente, sol che si pensi che la stessa Convenzione – come si è rammentato – dichiara di poter valere unicamente in via “sussidiaria”, per i soli casi in cui si riveli in grado di portare ancora più in alto la tutela in discorso. La violazione comunque c'è ogni qual volta la Corte EDU giudichi, dal proprio punto di vista, maggiormente avanzata la tutela apprestata dalla Convenzione e, al contempo, la Corte costituzionale, da altro punto di vista, si dichiara di contrario avviso: un avviso che, in ambito interno, dovrebbe considerarsi prevalente, sempre che – come si è venuti dicendo – riesca ad attrarre su di sé i più larghi consensi della giurisprudenza comune, commutandosi pertanto in “diritto vivente”. Laddove, di contro, tale giurisprudenza dovesse, nella sua gran parte, schierarsi a fianco di quella europea, non credo che sarebbe saggio per la Consulta di contrapporvisi frontalmente, nell'insano proposito di abbattere a testate il muro solidamente eretto e viepiù puntellato nelle pratiche quotidiane in cui si somministra giustizia. E, d'altro canto, come qui pure si è rammentato, è lo stesso giudice delle leggi a dichiarare – ormai consuetudinariamente – di voler prestare scrupolosa osservanza nei riguardi del “diritto vivente” (salvo il caso, esso pure già richiamato, che una diversa soluzione s'imponga in nome dell'interpretazione conforme).

⁵³ A riguardo del modo con cui si fa utilizzo della “logica” sistemica nella pronuncia ora in esame, v., part., G. REPETTO, *Corte costituzionale e CEDU al tempo dei conflitti sistemici*, in *Giur. cost.*, 2/2011, 1548 ss., seppur in una diversa cornice teorica rispetto a quella qui sommariamente disegnata.

secondo cui i precedenti giurisdizionali sarebbero *sempre*, strutturalmente, incapaci di produrre alcun vincolo per l'esercizio ulteriore della giurisdizione⁵⁴. Una pronunzia che, poi, appare espressiva di un certo modo d'intendere i rapporti tra istituzioni governanti e istituzioni giudicanti e, per ciò pure, *in nuce*, struttura e complessive movenze dell'ordinamento cui esse appartengono.

Vecchia e – come si è qui pure tentato di mostrare – eccessivamente schematica e semplificante è la contrapposizione tra *civil* e *common law*, così come forzato è il ritenere che il vincolo del rispetto del precedente non varrebbe in seno agli ordinamenti della prima specie (fra cui il nostro), mentre se ne avrebbe riscontro unicamente in quelli della seconda.

Assai discutibile è, poi, la contrapposizione “secca” tra “diritto politico” e “diritto giurisprudenziale” fondata sul carattere della stabilità che sarebbe proprio dei prodotti legislativi, non pure di quelli giurisprudenziali, appunto per effetto dell'assenza di vincolo espresso da questi ultimi nei riguardi di quelli della medesima specie a venire. Un'affermazione, questa, che, oltre a risultare smentita per molti campi di esperienza, laddove si assiste a frequenti, persino convulsi, ricambi dei prodotti legislativi ed a non pochi casi in cui essi si rivelano forieri di rilevanti incertezze⁵⁵, non tiene conto, per un verso, del diverso orientamento al riguardo patrocinato dalla Corte di Strasburgo (che pure la pronunzia *de qua* mostra di conoscere, senza tuttavia trarne le dovute conseguenze) e, per un altro verso (e in via generale), della tendenziale stabilità che – come si è venuti dicendo – è tratto identificativo proprio della funzione giurisdizionale, col vincolo ad essa fatto di conformarsi ai precedenti, sia pure in via tendenziale ed alle condizioni e nei limiti sopra indicati. Una stabilità che ha poi – come pure si è tentato di mostrare – la sua più saliente espressione presso le Corti costituzionali e, ancorché forse in più ridotta misura, presso le Corti le cui pronunzie sono comunemente ritenute sottratte ad alcuna impugnazione, pur restando in realtà esse pure soggette al loro sempre possibile rifacimento all'esito di operazioni di bilanciamento assiologicamente orientate.

La conclusione della riflessione ora svolta è che, in un contesto segnato da un'accentuata mobilità degli elementi che lo compongono, oltre che da fluidità dei concetti utilizzati per descriverli sia singolarmente che nel loro insieme, ancora più urgente si rivela essere lo sforzo volto alla tipizzazione dei ruoli degli organi giudicanti, tanto nei loro reciproci rapporti quanto (e soprattutto) in quelli con gli organi della direzione politica⁵⁶. Una tipizzazione che tuttavia non si rifaccia a schemi ormai vetusti, dei veri e propri ferri arrugginiti, espressivi di una realtà ormai superata, e che tenga piuttosto conto degli sviluppi avutisi nei rapporti fra gli ordinamenti (e, in seno a questi ultimi, tra i loro organi) e del bisogno da essi manifestato a che siano salvaguardati gli equilibri di ordine istituzionale venutisi nel frattempo a formare, anche (e soprattutto) in ragione delle pretese crescenti di appagamento vantate dai diritti e, in genere, da interessi un tempo inavvertiti.

⁵⁴ Sulla decisione ora in esame, oltre al mio commento dietro già richiamato (e, su di esso, R. CONTI, *Pensieri sparsi dopo il post scriptum di Antonio Ruggeri a margine di Corte cost. n. 230/2012*, in www.diritticomparati.it, 29 ottobre 2012), v. l'altro mio scritto dal titolo *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale (“a prima lettura” di Corte cost. n. 230 del 2012)*, in www.diritticomparati.it, 15 ottobre 2012 e *Consulta OnLine*, 16 ottobre 2012. Inoltre, V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 ottobre 2012, preceduto dalla *Nota introduttiva* di F. VIGANÒ, cit., e A. SALERNO, *Il principio di retroattività delle norme penali di favore e la relativa evoluzione giurisprudenziale nazionale ed internazionale*, in www.forumcostituzionale.it.

⁵⁵ ... sì da aver bisogno di esser sorretti da ulteriori attività in funzione di stabilizzazione semantica (perlopiù, appunto, ad opera della giurisprudenza ma anche dello stesso legislatore, a mezzo degli atti c.d. d'interpretazione autentica).

⁵⁶ In ciò – va riconosciuto – la pronunzia della Consulta da ultimo richiamata coglie un'esigenza diffusamente ed intensamente avvertita, quella appunto di preservare i tratti distintivi delle pubbliche funzioni, malgrado assai ricorrenti e marcate siano le esperienze che testimoniano la loro frequente confusione. Solo che di questa esigenza la pronunzia stessa si fa carico – come si tenta qui di mostrare – in termini complessivamente inadeguati ad appagarla.

7. *La stabilizzazione dei precedenti quale fattore di rafforzamento della vis prescrittiva delle leggi e una misurata attività di normazione (specificamente per ciò che attiene al riconoscimento dei diritti fondamentali) quale fattore di stabilizzazione degli indirizzi giurisprudenziali, ovvero sia il bisogno di ripensare alla questione del vincolo dei precedenti dal punto di vista della teoria della Costituzione*

Forse, non si è riflettuto abbastanza a riguardo del fatto che la stabilizzazione degli esiti interpretativi conseguiti in sede giurisdizionale e resa palese dalla conformità al precedente, nelle forme e nei limiti qui indicati, rinsalda la vis prescrittiva delle leggi e degli atti di normazione in genere, invece esposta a grave pregiudizio da un incontrollato rinnovo di sensi degli enunciati contenuti negli atti stessi, specie (ma non solo) ad opera dei giudici.

Allo stesso tempo, una misurata, congrua, attività di normazione, per ciò che specificamente attiene al riconoscimento dei diritti fondamentali ed alla disciplina delle modalità indispensabili al fine di darvi attuazione, può, per la sua parte, concorrere alla stabilizzazione degli indirizzi giurisprudenziali, ponendosi allo stesso tempo quale condizione necessaria, ancorché non sufficiente, per il mantenimento dell'equilibrio complessivo del sistema.

Nuovamente, è la ragionevolezza il metro col quale siffatte esperienze possono in modo adeguato, in primo luogo, affermarsi e, quindi, essere vagliate. Perché una disciplina legislativa eccessivamente contenuta e complessivamente carente e persino del tutto assente, con riferimento a taluni diritti privi di adeguato supporto normativo o lasciati del tutto “scoperti”, obbliga di fatto la giurisdizione in ciascuna delle sue articolazioni (quale giurisdizione comune ovvero costituzionale) ad un innaturale ruolo di supplenza, di cui si ha diffuso riscontro sul terreno nel quale emergono i diritti nuovi o nuovissimi (specie quelli più direttamente riguardati dallo sviluppo scientifico e tecnologico); un ruolo che, poi, assai di sovente si traduce in rapidi mutamenti d'indirizzo agevolati, da un canto, dalla “novità” stessa dei diritti in parola e, dall'altro, proprio dalle carenze della disciplina positiva, foriera di un elevato tasso d'instabilità giurisprudenziale⁵⁷.

Dal lato opposto, la ipertrofia della regolazione positiva, di cui nondimeno non si ha ad oggi traccia sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali (risultando invece, come si sa, assai vistosa in altri ambiti di esperienza), rischia di soffocare la naturale, incomprimibile vocazione della giurisprudenza ad autodeterminarsi in ragione della incontenibile varietà dei casi, obbligandola a contenersi entro uno spazio assai ristretto, una vera e propria gabbia che ne irrigidisce ed innaturalmente frena le movenze, portando in fin dei conti a guasti forse ancora maggiori di quelli di cui si ha riscontro nei campi dai quali la disciplina positiva si ritrae ovvero nei quali, pur non ritraendosi, esibisce comunque complessive, gravi carenze.

Il vero è che di un pugno di indicazioni essenziali offerte dal legislatore non può farsi in alcun caso o modo a meno⁵⁸, demandandosi quindi i loro opportuni svolgimenti alle sedi giurisdizionali, laddove

⁵⁷ Se n'è avuta, ancora di recente, conferma in taluni casi nei quali s'è dovuta fare applicazione diretta della Costituzione, proprio a motivo della mancanza di una regolazione legislativa di taluni bisogni elementari dell'uomo diffusamente ed intensamente avvertiti. Un'applicazione, nondimeno, in merito alla quale la cultura giuridica, unitamente alla pubblica opinione, si è – come si sa – profondamente divisa (il caso Englaro *docet!*).

⁵⁸ Altra questione, che si è altrove fatta oggetto di studio e che però qui non può essere ripresa, è se sia necessario ovvero conveniente che il riconoscimento dei nuovi diritti abbia esso pure luogo, al pari di quello dei vecchi, con disciplina di forma costituzionale, demandandosi quindi l'opportuna sua specificazione-attuazione alla legge comune, ovvero se debba o possa aversi *omisso medio* ad opera di quest'ultima. Non mi trattengo qui dal rinnovare la mia preferenza a favore del primo corno dell'alternativa, a favore del quale, a tacer d'altro, depone la circostanza per cui, mentre le leggi comuni possono essere (e non di rado effettivamente sono), per un fisiologico svolgimento della vita democratica dell'ordinamento, fattore di divisione politica, di contro le leggi costituzionali sono (o *dovrebbero* essere...) fattore di unificazione attorno ai valori omnicondivisi della Carta. Che, poi, si sia talora fatto un uso indebito dello strumento costituzionale, innaturalmente piegato a congiunturali interessi di parte, è altra cosa ancora, che rende tangibile ed inquietante testimonianza di un sensibile scostamento dell'esperienza rispetto al modello.

i bilanciamenti in concreto possono aversi nel modo più adeguato ai casi e secondo i valori, nel loro incessante comporsi in “sistema”⁵⁹.

La stabilità dei precedenti, che nondimeno non fa da ostacolo al loro rinnovo, assecondando il moto degli interessi e conformandosi alle sintesi di ordine assiologico maggiormente congrue al loro equilibrio, giova alla funzione giurisdizionale, appagando il bisogno della sua continua (ri)legittimazione, e giova allo stesso tempo alla funzione legislativa, evitandone quello scadimento che fatalmente si avrebbe a motivo del fatto che troppi e troppo varî significati assegnati ad un testo di legge equivalgono, al tirar delle somme, a nessun significato. Ed è appena il caso qui di precisare che, riferite le considerazioni ora svolte alla Costituzione ed alle altre Carte dei diritti, lo svilimento delle stesse conseguente ad un non vigilato proliferare dei sensi loro assegnati nelle esperienze processuali (segnatamente in quelle che prendono corpo presso i giudici europei e costituzionali) può alla lunga portare allo smarrimento stesso della normatività di tali documenti normativi.

Forse, non sarebbe male rivedere la questione del vincolo all’osservanza dei precedenti non già nel chiuso dei rapporti tra i giudici, come comunemente si fa, bensì nella più ampia cornice di ordine istituzionale qui sommariamente delineata (e degli equilibri che al suo interno si stabiliscono) e di rivederla – ciò che ancora di più importa – alla luce dell’idea di Costituzione nella quale ci si riconosce: una *Costituzione come “sistema”* di valori positivizzati, al servizio dell’uomo, dei suoi più avvertiti bisogni, della sua dignità.

⁵⁹ È questo, d’altronde, l’insegnamento che, ancora da ultimo, ci viene dalla [sent. n. 7 del 2013](#), dietro cit., e già da molte altre, nelle quali la Corte ha dato mostra di preferire un’azione in *tandem*, in spirito di “leale collaborazione”, di legislazione e giurisdizione a presidio dei diritti.

Antonio Ruggeri

**La singolare trovata del Presidente Napolitano per uscire dalla crisi di governo
(a proposito della istituzione di due gruppi di esperti col compito di formulare
“proposte programmatiche”)**

Del tutto inusuale, perlomeno nella nostra esperienza costituzionale, l’“invenzione” del Presidente Napolitano con la quale, a seguito dell’esito (ancorché, come si dirà, forse, non definitivo) non incoraggiante dell’“esplorazione” compiuta dal segretario del PD Bersani, si è dato vita a due gruppi di “personalità” – così ne sono chiamati i componenti da una dichiarazione dello stesso Presidente della vigilia di Pasqua – cui è affidato il compito di formulare “proposte programmatiche” su “essenziali temi di carattere istituzionale e di carattere economico-sociale ed europeo”, proposte sulle quali si auspica che possa, “in varie forme”, registrarsi la “condivisione da parte delle forze politiche”.

Prima di approfondire, sia pure nei limiti propri di un commento “a prima lettura” del comunicato del Quirinale ed in attesa degli imprevedibili svolgimenti degli eventi, l’esame di siffatta “invenzione”, che certamente farà non poco discutere, merita subito fermare l’attenzione su due cose, l’una con riguardo al presente e l’altra al futuro che è già alle porte.

Per l’un verso, lascia perplessi l’affermazione fatta dal Presidente, chiaramente volta a tranquillizzare i *partners* europei e soprattutto i mercati (anche se il messaggio parrebbe indirizzato “agli italiani e all’opinione internazionale”), secondo cui, in attesa dello svolgimento del compito affidato ai gruppi in parola, il Paese non risulta privo di un Governo “operativo”, quello in carica, ancorché “dimissionario e peraltro non sfiduciato dal Parlamento”. La qual cosa è invero indubbia; e però è a tutti noto che il Governo in stato di crisi non è nella pienezza dei suoi poteri, così come in fondo non lo è lo stesso Parlamento, privo del suo interlocutore naturale e *partner* necessario per un fisiologico svolgimento dell’attività di direzione politica. È pure assai noto che la c.d. “ordinaria amministrazione”, alla quale soltanto, per una teoria da noi come altrove assai accreditata, il Governo si trova, in una congiuntura siffatta, obbligato ad arrestarsi, appare essere nella teoria stessa e, più ancora, nella pratica un concetto impalpabile, rimesso alla sua opportuna messa a punto secondo occasione ed in forza delle più pressanti esigenze. D’altro canto, francamente non si vede a quale sanzione mai possa andare incontro un Governo già dimissionario, se non alla bocciatura in Parlamento dei provvedimenti che dovessero essere giudicati negativamente (diciamo pure, in quanto inopportuni, non già perché esorbitanti l’“ordinarietà”). Che poi, in una situazione, quale quella attuale, particolarmente sofferta, segnata da una crisi internazionale senza precedenti, il Governo Monti possa (e debba) adottare quei “provvedimenti urgenti per l’economia”, cui allude la dichiarazione del Presidente Napolitano, è fuor di dubbio.

Tutto ciò posto, mi parrebbe incombente il rischio che, per effetto della soluzione adottata dal Presidente, possa assistersi all’esercizio prolungato di poteri di direzione politica da parte di un Governo dimissionario, non sfiduciato dal Parlamento e tuttavia comunque privo – per ciò che qui maggiormente importa – della fiducia da parte delle Camere neo-elette. Un esercizio che potrebbe appunto aversi ben oltre la scadenza del settennato di Napolitano e forse per diversi mesi ancora (nel caso, non improbabile, che il nuovo Presidente dovesse far luogo allo scioglimento delle Camere).

Per l’altro verso, lo scenario che il Capo dello Stato si è chiaramente prefigurato, al momento in cui ha deciso di dar vita ai gruppi suddetti, è quello di una crisi che, a motivo dello stallo creato dalla reciproca indisponibilità delle tre minoranze presenti in Parlamento a dar vita a qualsivoglia accordo idoneo ad esprimere una maggioranza, potrebbe trascinarsi sempre più stancamente (e pericolosamente per la tenuta finanziaria dello Stato) anche oltre la scadenza del mandato dello stesso Capo dello Stato. La sensazione, chiara, che si ha è che quest’ultimo si sia trovato costretto ad alzare le mani in segno di resa, passando il testimone al suo successore, per quanto forse non abbia del tutto perso la speranza che, grazie alla mediazione politica dei gruppi, si possa rapidamente pervenire ad una positiva soluzione della crisi (magari, rimettendo in pista lo stesso Bersani...). La qual cosa, nondimeno, giudico assai improbabile (un pessimismo con ogni verosimiglianza condiviso dallo stesso Presidente...): chi mai, infatti, può garantire che i veti incrociati che hanno fin qui impedito

alle forze politiche di accordarsi sulla riforma della legge elettorale e su altre questioni di ordine sia istituzionale che politico-economico non abbiano comunque a rispecchiarsi in seno ai gruppi suddetti?

Pesa, ad ogni buon conto, come un macigno la precisazione presente nella chiusa della dichiarazione qui annotata, secondo cui il lavoro compiuto dai gruppi ora istituiti potrà comunque tornare utile, “anche per i compiti che spetteranno al nuovo Presidente della Repubblica nella pienezza dei suoi poteri”.

Appare qui evidente il richiamo alla circostanza per cui se altre strade non si sono rivelate praticabili a seguito del tentativo posto in essere da Bersani è anche a motivo della preclusione fatta al Presidente in carica in ordine al possibile (e, nella presente congiuntura, pressoché inevitabile) scioglimento delle Camere neoelette. Un divieto, questo di cui all’art. 88, di cui è ormai acclarata (e da più parti denunciata) l’irragionevolezza, nella sua duplice espressione di inadeguatezza rispetto al “fatto” (qui, al quadro politico) e di inadeguatezza rispetto ai valori, primo su tutti quello democratico nel suo fare “sistema” coi valori costituzionali restanti, in considerazione cioè delle complessive esigenze di funzionalità dell’ordinamento, il pregiudizio delle quali naturalmente ridonda e senza riparo si converte in un *vulnus* grave ai principi che stanno a base sia degli equilibri della forma di governo e sia pure, e ancora più a fondo, a quelli propri della forma di Stato.

D’altro canto, le ragioni a suo tempo addotte, dalla Costituente in avanti, a giustificazione del divieto in parola, pur nella sua forma temperata risultante dalla “novella” del ’91, si sono rivelate palesemente prive di fondamento, con la conseguenza che nessun vantaggio si è avuto a compenso della perdita “secca”, in termini di funzionalità del sistema, causata dal divieto stesso.

Tutto ciò posto, resta ugualmente da chiedersi, per un verso, se davvero nessuna altra soluzione avrebbe potuto immaginarsi per uscire dal tunnel della crisi e, per un altro verso, se quella prescelta, in disparte ogni riserva circa la sua effettiva utilità, possa sotto ogni riguardo armonicamente iscriversi entro la cornice costituzionale.

Lo [scopo](#), dichiarato, della istituzione dei gruppi in discorso è quello di realizzare quell’incontro tra le forze politiche attorno ad un programma circoscritto a pochi punti essenziali risultato a Bersani impossibile. È da chiedersi perché mai il Capo dello Stato non abbia giudicato opportuno affidare questo stesso compito di mediazione politica ad una personalità particolarmente qualificata al piano istituzionale, quale avrebbe potuto essere uno dei Presidenti delle Camere (magari proprio il Presidente del Senato, espressivo della stessa area politica di appartenenza del segretario del PD) ovvero il Governatore della Banca d’Italia o altri ancora (si è persino ventilata l’ipotesi di chiamare a questo compito lo stesso Presidente della Corte costituzionale, ovviamente in tal caso obbligato ad immediatamente dimettersi dalla Consulta: un’ipotesi, a mia opinione, sommamente inopportuna, per l’inusuale passaggio che avrebbe comportato al piano dell’esercizio delle attività di direzione politica da parte di chi fino al giorno prima svolgeva attività di controllo sulla stessa).

Pronta è comunque la risposta al quesito sopra posto: il Presidente ha temuto l’insuccesso anche di quest’ulteriore tentativo (coi prevedibili, disastrosi effetti alla riapertura dei mercati all’indomani delle festività pasquali), preferendo dunque il mantenimento in carica di un Governo legittimato dalla fiducia delle vecchie Camere e non bocciato dalle nuove rispetto a quello di un Governo al quale queste ultime avrebbero potuto dichiararsi avverse. In disparte, però, il rilievo, dietro fatto, a riguardo del mancato godimento della fiducia da parte del Parlamento in carica a beneficio del Governo Monti, resta pur sempre il dubbio a riguardo di quale avrebbe potuto essere la reazione delle forze politiche presenti in Parlamento davanti ad un Governo presieduto da una figura istituzionale e composto – perché no? – dagli stessi “saggi” chiamati a far parte dei gruppi o, comunque, da personalità al pari di questi di varia estrazione culturale e (*lato sensu*) politica.

Per altro verso, non è chiaro quale rapporto potrà intrattenersi tra l’operato dei gruppi e quello che dovrà porre in essere, nell’esercizio delle funzioni che gli sono proprie, il futuro Governo. È ovvio che nessun vincolo giuridico potrà considerarsi discendente dalle “proposte programmatiche” messe a punto dai gruppi (sempre che riescano davvero a venire alla luce...) a carico del programma del nuovo Governo, sia che quest’ultimo possa formarsi senza il passaggio ad un’ulteriore tornata

elettorale e sia che invece il ricorso a quest'ultima si dimostri inevitabile. Parimenti chiaro è però che un qualche vincolo politico potrà comunque aversi, con specifico riguardo al caso che si riesca ad evitare l'immediato appello al corpo elettorale, dal momento che la stessa nascita del Governo si dovrebbe proprio all'esito della mediazione politica posta in essere dai gruppi.

Insomma, invece della "esplorazione" affidata ad una personalità istituzionale (e senza comunque escludere che a ciò possa un domani farsi luogo) si è preferito tentare di raggiungere una sintesi o una mediazione politica a mezzo di due originali colleghi che potrebbero quindi spingere il nuovo Governo (e lo stesso Parlamento) a muoversi lungo un binario obbligato tracciato, dietro impulso del Capo dello Stato, dai dieci componenti i gruppi in parola, inusuali "consulenti" del futuro Governo o, forse (e di più), sostanziali redattori in vece di questo del suo programma.

Antonio Ruggeri
CEDU, diritto “eurounitario” e diritto interno:
alla ricerca del “sistema dei sistemi”*

SOMMARIO: 1. I “sistemi di sistemi” e la varietà dei punti di vista da cui possono essere riguardati, rispettivamente, in ambito interno ed in ambito sovranazionale. – 2. La riduzione ad unità dei “sistemi di sistemi”, per effetto della convergenza dei punti di vista. – 3. La composizione delle norme in sistema, il criterio della tutela più “intensa” apprestata ai diritti, in modi tuttavia non coincidenti in ambito europeo ed in ambito nazionale, gli slittamenti dal piano della *teoria delle fonti* a quello della *teoria dell’interpretazione* riscontrabili nella giurisprudenza costituzionale in ordine alla messa a punto delle relazioni intersistemiche. – 4. Il raffronto su basi paritarie tra Costituzione e Carte dei diritti e la vocazione *inclusiva* del circolo interpretativo, in vista della congiunta applicazione di tutti i materiali normativi riguardanti i diritti, all’insegna di una *teoria della “Costituzione-parziale”*. – 5. I semi presenti nella giurisprudenza costituzionale di un possibile inquadramento delle relazioni intersistemiche in prospettiva assiologico-sostanziale e le tecniche raffinate messe in atto dalla giurisprudenza stessa al fine di smarcarsi dal *pressing* della giurisprudenza europea. – 6. La ricerca di un equilibrio, ancorché instabile ma complessivamente appagante, tra uniformità e differenziazione nella salvaguardia dei diritti, e le prospettive che possono aprirsi ad una autentica, solida *“federalizzazione dei diritti”*, anche grazie all’avvicinamento dei rapporti che il diritto interno intrattiene, rispettivamente, col diritto “eurounitario” e col diritto convenzionale.

1. I “sistemi di sistemi” e la varietà dei punti di vista da cui possono essere riguardati, rispettivamente, in ambito interno ed in ambito sovranazionale

CEDU, diritto dell’Unione europea (o, come a me piace chiamarlo, diritto “eurounitario”) e diritto interno sono *sistemi di norme*¹; interrogarsi a riguardo dei loro rapporti equivale, in buona sostanza, a verificare se se ne possa operare la riconduzione a “sistema”, dar vita cioè ad un “sistema di sistemi”.

Due avvertenze, prima di passare oltre.

La prima è che, a rigore, “sistema di sistemi” è anche quello statale, con specifico riguardo agli ordinamenti informati ad un largo pluralismo normativo e istituzionale, quali sono appunto quelli degli Stati c.d. “composti”². Qui, tuttavia, considero l’ordinamento statale quale una unità “semplice” nelle sue proiezioni al piano sovranazionale e avuto riguardo ai rapporti che esso intrattiene con altri sistemi.

La seconda è che non necessariamente la composizione in sistema equivale a riduzione ad unità degli elementi che costituiscono il sistema stesso, vale a dire alla loro *piena* integrazione. I sistemi possono infatti restare ugualmente distinti, se non pure *pleno iure* separati, e, ciononostante, farsi

* Relazione al secondo convegno “V. Aymone” su *Sistema penale e fonti sovranazionali: la giurisprudenza delle Corti europee ed il ruolo dell’interprete*, Lecce 19-20 aprile 2013, alla cui data lo scritto è aggiornato.

¹ Non adopero qui il termine “ordinamento”, che possiede una valenza più ampia di quella di “sistema”, comprensiva degli elementi istituzionali che lo connotano, non già perché persuaso della improprietà di siffatta qualifica in relazione a ciascuno dei termini della relazione qui fatta oggetto di studio bensì al solo fine di non distaccarmi dal punto di vista adottato dalla giurisprudenza costituzionale, cui – come dirò a momenti – si fa qui specifico riferimento: un punto di vista che, in merito alla CEDU, ha portato – come si sa – a negare, già a partire dalle pronunzie “gemelle” del 2007, la “copertura” a suo beneficio dell’art. 11, difettando in essa – a dire della Consulta – il carattere di “organizzazione” dalla norma costituzionale richiesto, malgrado la seconda di tali pronunzie avesse, in un passaggio del suo articolato ragionamento, per vero esplicitamente ammesso il carattere “istituzionale” della Convenzione (si definisce, infatti, al punto 6.1 del *cons. in dir.*, la CEDU quale “realtà giuridica, funzionale e *istituzionale*”; e, perciò, viene da dire, sulla scia dell’insegnamento romaniano, un “ordinamento giuridico”). Ammettere poi la proprietà istituzionale della Convenzione – come ad opinione mia e di altri sarebbe giusto, se non altro in considerazione del fatto che essa fa capo al Consiglio d’Europa – non equivale, ovviamente, ad escludere né i tratti peculiari della istituzione in parola né, dunque, la parimenti peculiare natura dei suoi rapporti col diritto interno, secondo quanto qui pure si tenterà per taluni aspetti di mostrare.

² Su ciò, per tutti, R. BIFULCO, *La cooperazione nello Stato unitario composto. Le relazioni intergovernative di Belgio, Italia, Repubblica federale di Germania e Spagna nell’Unione Europea*, Padova 1995.

appunto “sistema”, laddove si dia un certo grado di mutua integrazione, reso palese dalle norme di collegamento che dei sistemi stessi regolano i rapporti.

Mi corre, poi, subito l’obbligo di precisare che affronto la questione ora posta muovendo da un assunto che ho altrove argomentato e che non torno però qui a discutere, vale a dire che muovo da un’idea di Costituzione quale, *in nuce*, costituita da un fascio di valori fondamentali positivizzati, cui si aggiungono altre norme che già nella stessa Carta vi danno la prima e necessaria specificazione-attuazione, le quali compongono un tutto armonico risultante da parti, sì, distinte *quoad obiectum* ma non separabili né concettualmente né positivamente, ciascuna rimandando all’altra e tutte dando appunto vita ad un “sistema” unitariamente significante³. Le norme organizzatorie, in ispecie, richiedono di essere costantemente riportate alle norme sostantive, dalle quali prendono luce e giustificazione, e, ulteriormente specificando, alle norme sui diritti fondamentali rispetto alle quali stanno in funzione servente. Il che vale come dire che le norme sulla normazione (e, di conseguenza, gli atti ed i fatti di produzione giuridica da queste riguardati) valgono fintantoché si dimostrino idonee (e lo siano effettivamente, nel “diritto vivente”) a prestare l’ottimale servizio, alle condizioni oggettivamente date, ai valori fondamentali dell’ordinamento (e, per ciò che qui specificamente interessa, ai diritti)⁴. Solo così è appropriato discorrere della *Costituzione come “sistema”*⁵, un sistema nel... *sistema*, vale a dire quale “nucleo duro” del sistema⁶, anche nelle sue proiezioni

³ A riguardo della separazione tra una “*Costituzione dei diritti*” ed una “*Costituzione dei poteri*”, pertinenti notazioni critiche in M. LUCIANI, *La “Costituzione dei diritti” e la “Costituzione dei poteri”. Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Padova 1985, 497 ss.

⁴ La giurisprudenza offre numerose testimonianze in tal senso, sia pure non celando non rimosse, vistose incertezze ed oscillazioni. Si pensi, ad es., ai casi in cui si è ammesso il superamento del riparto costituzionale di competenze tra Stato e Regioni in funzione della ottimale salvaguardia dei diritti (per tutte, [Corte cost. n. 10 del 2010](#), relativamente alla istituzione della *social card* con atto dello Stato, malgrado ne fosse riconosciuta l’afferenza alla materia, di esclusiva spettanza delle Regioni, dei servizi sociali); un superamento che, tuttavia, non è stato consentito in senso inverso, a beneficio cioè di leggi regionali “anticipatrici” di discipline statali carenti ([sent. n. 373 del 2010](#)) ovverosia laddove l’intervento regionale, ancorché invasivo di ambiti statali, potesse comunque tradursi in una più “intensa” tutela di un diritto fondamentale (nella specie, la salute) e, in ultima istanza, della dignità della persona umana ([sent. n. 325 del 2011](#)): valore, quest’ultimo, al quale qui si assegna uno speciale rilievo anche per ciò che concerne le relazioni intersistemiche fatte oggetto di studio. Per altro verso, la Corte ha decisamente affermato il carattere indisponibile del riparto costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni, non superabile neppure in considerazione dell’emergenza economica ([sent. n. 39 del 2013](#), ed *ivi* richiamo a [sentt. nn. 148 e 151 del 2012](#); ma v., ora, [sent. n. 62 del 2013](#), che riprende e conferma il verdetto espresso nella cit. [sent. n. 10 del 2010](#)).

Per restare, poi, al campo di esperienza qui specificamente rilevante, un “bilanciamento” (non paritario...) tra norme sulla normazione e norme sostantive, suscettibile di portare alla messa da canto delle prime, si è ammesso – come si avrà modo di dir meglio più avanti – con specifico riguardo a norme legislative incompatibili con la CEDU, fatte ciononostante salve appunto in quanto idonee ad apprestare un’ancora più “intensa” tutela ai diritti.

⁵ In questi termini ne ho, ancora da ultimo, discorso nel mio [L’“intensità” del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell’affermazione della Costituzione come “sistema”](#), in [Consulta OnLine](#), 30 gennaio 2013.

Un riferimento alla *Costituzione come “sistema”* si è di recente avuto in [Corte cost. n. 1 del 2013](#) (relativa al noto caso di conflitto tra il Presidente della Repubblica e la Procura di Palermo), specificamente al piano dell’interpretazione costituzionale (coi suoi immediati riflessi nei giudizi di costituzionalità). Si dice infatti che “la valutazione di conformità alla Costituzione stessa deve essere operata con riferimento al *sistema*, e non a singole norme, isolatamente considerate. Un’interpretazione frammentaria delle disposizioni normative, sia costituzionali che ordinarie, rischia di condurre, in molti casi, ad esiti paradossali, che finirebbero per contraddire le stesse loro finalità di tutela” (punto 8.1 del *cons. in dir.*). Poco più avanti (punto 10, *cons. in dir.*) si fa poi notare che “l’interpretazione meramente letterale delle disposizioni normative, metodo primitivo sempre, lo è ancor più se oggetto della ricostruzione ermeneutica sono le disposizioni costituzionali, che contengono norme basate su principi fondamentali indispensabili per il regolare funzionamento delle istituzioni della Repubblica democratica” (in argomento, per tutti, A. MORELLI, *La riservatezza del Presidente. Idealità dei principi e realtà dei contesti nella sentenza n. 1 del 2013 della Corte costituzionale*, in [www.penalecontemporaneo.it](#), 27 marzo 2013, ed *ivi* altri riferimenti).

⁶ Poiché – come si viene dicendo – i sistemi si strutturano al proprio interno in “subsistemi”, non considero fuor di luogo ragionare qui della Costituzione nella sua interezza quale “nucleo duro” del sistema statale, fermo restando che in seno alla stessa Costituzione da tempo la più avveduta dottrina individua l’esistenza di un “nucleo duro”, costituito dai principi fondamentali che ne danno l’essenza e che, pertanto, sono usualmente considerati intangibili (su ciò, per tutti, A. SPADARO, in molti scritti e, part., in *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e*

interordinamentali, nel suo farsi cioè “sistema di sistemi”.

Quando poi ci si interroga circa il modo o i modi con cui quest’ultimo può prendere forma, è giocoforza stabilire qual è l’angolo visuale dal quale ci si pone nel tentativo di portare a frutto lo studio. La questione è, infatti, di *metodo*, prima ancora che di *teoria*; ed è chiaro che, col fatto stesso di muovere dall’uno piuttosto che dall’altro sistema (o dall’altro ancora), possono risultare variamente fissate le coordinate sulle quali si dispongono e svolgono le relazioni fra di essi⁷.

Ora, plurimi essendo i sistemi, plurimi non possono che essere (ed effettivamente sono) i punti di vista e, perciò, i “sistemi di sistemi” in base ad essi composti. Il fatto stesso, poi, che ciascun sistema veda le cose dal proprio punto di vista comporta il primato del sistema stesso rispetto ai sistemi restanti. Persino laddove l’uno dichiara esser le proprie norme recessive, sia pure a certe condizioni ed entro certi limiti, all’impatto con le norme dell’altro o degli altri, resta il fatto che il ripiegamento in parola si deve alla volontà del sistema che lo stabilisce, a mezzo di proprie norme sulla normazione sulla cui base le relazioni intersistemiche ricevono il loro assetto: metanorme di necessità indisponibili, proprio a motivo del loro porsi a fondamento delle relazioni stesse. Non di rado, poi, le metanorme in parola qualificano del pari indisponibili altre norme ancora, di ordine sia sostantivo che procedimentale, che vanno dunque ad aggiungersi a quelle che stanno a base delle relazioni in discorso e, a conti fatti, a darne la connotazione complessiva.

Questo è ciò che si ha anche con riguardo al “sistema di sistemi” i cui lineamenti saranno ora fatti oggetto di rapido esame, quale appare assumendo a punto di osservazione il nostro ordinamento e, in particolare, facendo capo a quell’osservatorio privilegiato che è dato dalla giurisprudenza costituzionale.

Riserverò solo un cenno fugace ad altri, divergenti, punti di vista pure riscontrabili in ambito interno e dei quali si ha traccia in alcune espressioni della giurisprudenza comune; e ciò, per una triplice ragione: per un verso, infatti, tale giurisprudenza non di rado si disperde in mille rivoli, sottraendosi da se medesima in molte delle sue manifestazioni alla vista, ed è perciò di assai arduo reperimento e sistemazione; per un altro verso, è fuor di dubbio che la giurisprudenza stessa abbia in cospicua misura risentito (e quotidianamente risenta) dell’influenza culturale esercitata dagli indirizzi della Consulta, la quale per vero non di rado non si sottrae essa pure alle suggestioni provenienti dai non coincidenti indirizzi della giurisprudenza comune e, specie davanti alle sue più vigorose espressioni, fa talora luogo a sensibili aggiustamenti dei propri orientamenti, fermo restando tuttavia che è maggiore il condizionamento esercitato dalla giurisprudenza costituzionale nei riguardi di quella comune rispetto a quello che si ha in senso inverso⁸. La terza ragione è poi data dal fatto che è proprio la giurisprudenza costituzionale, se non altro a motivo della sua maggiore visibilità (se non pure, di necessità, della maggiore autorevolezza), ad esser tenuta specificamente presente dalla giurisprudenza delle Corti europee, concorrendo alla incessante messa a punto di quest’ultima. E di

assolutismo etico, Milano 1994; AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Staiano, Torino 2006, e Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano 2007). A quest’ultimo riguardo, dovrebbero tuttavia, a mia opinione, farsi talune precisazioni, all’esito delle quali gli stessi principi potrebbero trovarsi soggetti a modifiche, sempre che rimanga però integro (e, anzi, viepiù valorizzato) il patrimonio dei valori che ha nei principi la sua prima e più genuina trascrizione positiva (ma di ciò, in altra sede).

⁷ Sulla varietà delle qualificazioni delle relazioni interordinamentali e il loro carattere dogmatico, in ragione della scelta dell’ordinamento positivo dal quale ad esse si guarda, v., di recente, A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Napoli 2012.

⁸ Un esempio per tutti, che riprenderò anche più avanti, può vedersi nella “resistenza” che è, sì, opposta da un’agguerrita giurisprudenza comune all’indicazione data dalla giurisprudenza costituzionale a riguardo del divieto di applicazione diretta della CEDU al posto di leggi con essa contrastanti; come tuttavia ci viene, ancora da ultimo, rammentato da una sensibile studiosa (E. LAMARQUE, *L’interpretazione conforme alla CEDU da parte dei giudici comuni*, relaz. all’incontro di studio svoltosi a cura del Consiglio Superiore della Magistratura, Formazione Decentrata del Distretto di Milano, l’11 gennaio 2013 su *La Corte europea dei diritti dell’uomo: il meccanismo di decisione della CEDU e i criteri d’interpretazione conforme*, in *paper*, che si rifà ad uno studio di I. Carlotto), si tratta di una giurisprudenza assolutamente minoritaria, la gran parte dei giudici piuttosto essendosi prontamente piegata davanti all’indicazione stessa.

ciò, in particolare, occorre tener conto, laddove – come qui – si abbia riguardo alle relazioni intersistemiche.

Tengo poi subito a rilevare, con riserva delle opportune precisazioni più avanti, che i punti di vista adottati presso i sistemi qui presi in considerazione, pur essendo non coincidenti, sono nondimeno convergenti; la qual cosa si deve proprio al “dialogo” che è senza sosta alimentato dalle Corti “costituzionali”: termine che qui pure, come altrove, intendo *in senso materiale*, facendolo valere per le stesse Corti europee, in conformità ad una marcata linea di tendenza da esse tracciata e sempre più di frequente percorsa, secondo quanto segnalato dalla più avveduta dottrina⁹.

La convergenza in discorso, in particolare, si apprezza proprio al piano di quelle metanorme, di cui un momento fa si diceva; in particolare, si rende visibile nella disponibilità che – perlomeno *secundum verba* – ciascun sistema manifesta agli altri di dar loro spazio al proprio interno laddove da essi venga una più adeguata tutela ai diritti: una sorta di ruolo “sussidiario”, dunque, quello che ciascun sistema ritaglia per sé in rapporto agli altri, riservandosi di scendere in campo unicamente laddove risulti essere maggiormente attrezzato a dar appagamento ai diritti stessi¹⁰.

Assai più articolato e composito è, invece, il quadro al piano delle norme sostantive, vale a dire con riguardo al modo con cui sono intesi e fatti valere i beni della vita salvaguardati dalle norme stesse, laddove accanto a convergenze di non secondario significato perdurano divergenze non da poco, con riferimento alle quali si ha modo di cogliere le specificità culturali e positive del singolo sistema¹¹.

2. La riduzione ad unità dei “sistemi di sistemi”, per effetto della convergenza dei punti di vista

La prima notazione che va fatta volendo dare consistenza all’affermazione secondo cui è possibile ragionare di un “sistema di sistemi”, nel senso qui precisato, riguarda la giustificazione della stessa, dal momento che le relazioni che il diritto interno intrattiene, rispettivamente, col diritto dell’Unione europea e con la CEDU appaiono essere talmente diverse da far dubitare della legittimità della loro *reductio ad unum*. Basti solo, per avvedersene, tener presente che il diritto interno e il diritto “eurounitario” sono – come si diceva –, ad avviso della Consulta, “ordinamenti” in senso proprio, siccome dotati di una componente istituzionale di cui sarebbe invece privo il sistema CEDU. Si aggiunga, poi, che anche con riguardo alla sola componente normativa, il sistema “eurounitario” risulta composto non da sole norme che danno il riconoscimento di diritti fondamentali, al pari, per questo verso, dello stesso ordine interno e diversamente – come si sa – dal sistema CEDU.

Il punto è molto importante, specie per chi si ponga, come da me ormai da tempo consigliato, in prospettiva assiologicamente orientata al fine di dare il giusto inquadramento alle norme ed ai loro rapporti, secondo quanto qui pure si avrà modo di rilevare per alcuni aspetti e per le specifiche finalità teorico-ricostruttive di questo studio. Contrariamente, infatti, a quanto comunemente si pensa (e si dice esser da parte della giurisprudenza costituzionale), alcune norme dell’Unione, appunto in quanto non riferite ai diritti, possono godere di una “copertura” assai meno consistente di quella di cui

⁹ Tra i più pronti a rilevare e compiutamente descrivere questa tendenza, v. O. POLLICINO, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano 2010, spec. 451 ss., e O. POLLICINO-V. SCIARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L’integrazione attraverso i diritti. L’Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti-V. Piccone, Roma 2010, 125 ss. Più di recente, v. B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell’uomo*, Milano 2012, e D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano 2012.

¹⁰ Esplicita dichiarazione in tal senso è nell’art. 53 sia della CEDU che della Carta di Nizza-Strasburgo; quanto poi alla nostra Carta costituzionale, allo stesso esito essa sembra voler pervenire, perlomeno a stare ad una certa ricostruzione del punto di vista adottato dalla stessa (su di che, a breve).

¹¹ Si daranno più avanti alcuni esempi al fine di dare un minimo di concretezza al discorso che si viene ora sommariamente facendo, ricercando in essi quelle conferme di cui la ricostruzione teorica ha comunque bisogno.

possono invece farsi vanto le norme della CEDU (o di altre Carte ancora), riportabili dietro il formidabile scudo protettivo degli artt. 2 e 3 della Carta costituzionale¹².

Se ne dirà meglio a momenti. Qui, è nondimeno importante precisare subito che resta estraneo all'orizzonte teorico avuto di mira da questo studio la considerazione delle norme, sia interne che sovranazionali, non riguardanti i diritti. D'altro canto, è noto che l'appartenenza ad uno stesso "insieme" richiede la omogeneità dei materiali che in esso si dispongono; e, dunque, perché possa discorrersi di un "sistema di sistemi" è necessario circoscrivere il riferimento alle sole norme accomunate dal loro porsi al servizio dei diritti.

Anche, poi, restringendo l'ambito qui fatto oggetto di studio unicamente a tali norme, si notano differenze non da poco tra di esse e, perciò, tra l'una e l'altra specie di rapporti cui le norme stesse danno vita, accanto però a taluni tratti comuni, le une e gli altri specificamente rilevanti proprio dall'angolo visuale adottato dalla giurisprudenza costituzionale.

Mi limito solo a rammentare tra questi ultimi l'attitudine di tutte tali norme aventi origine esterna a porsi a punto di riferimento in sede di interpretazione ad esse "conforme"¹³ delle disposizioni legislative nazionali; tra le prime, richiamo poi il diverso posto assegnato alle norme dell'Unione (dotate di forza "paracostituzionale" o costituzionale *tout court*) ed alle norme convenzionali (invece qualificate come "subcostituzionali"), come pure la diversa tecnica utilizzabile per ripianare le loro eventuali antinomie con norme interne¹⁴.

Cose ampiamente note, delle quali non è ora possibile nuovamente dire, se non sotto taluni aspetti specificamente rilevanti in ordine alla salvaguardia dei diritti, in relazione alla quale la costruzione giurisprudenziale appare, a mia opinione, meritevole di un profondo, critico ripensamento.

M'importa solo adesso fermare specificamente l'attenzione, sia pure nei limiti di spazio assai ristretti qui consentiti, su quella convergenza dei punti di vista di cui poc'anzi si diceva. Credo che si debba da parte di tutti convenire a riguardo dello sforzo poderoso col tempo prodotto da ciascun sistema per avvicinarsi agli altri, se non pure per raggiungerli e con essi integrarsi appieno, componendo un unico ed unitario sistema, sempre uguale a se stesso quale che sia il punto di vista dal quale ad esso si guardi. Una convergenza che ha preso corpo sia a mezzo di interventi legislativi e sia (e soprattutto) per effetto di una copiosa e intraprendente giurisprudenza, cui in gran parte si deve l'avvicinamento tra i sistemi e, con esso, l'avanzata del processo d'integrazione sovranazionale.

¹² Per altro verso, la comune opinione, condivisa – come si sa – dalla giurisprudenza, secondo cui il diritto convenzionale sarebbe maggiormente gravato rispetto al diritto dell'Unione in relazione al parametro costituzionale, in quanto soggetto all'osservanza di ogni norma e non dei soli principi fondamentali della Carta, appare essa pure viziata da palese astrattismo, trascurando il dato elementare, di tutta evidenza, per cui la CEDU, a motivo dei suoi contenuti e del linguaggio a maglie larghe o larghissime con cui essi sono espressi, sembra potersi naturalmente confrontare unicamente con gli enunciati costituzionali ad essa omologhi e perciò, in buona sostanza, coi soli principi. Come si vede, la prospettiva assiologico-sostanziale porta, in molti casi e sotto più aspetti, a rovesciare l'esito teorico-ricostruttivo cui invece fa pervenire la prospettiva formale-astratta d'inquadramento sistematico.

¹³ ... o, per dir meglio, verso di esse "orientata": come ci rammenta opportunamente, ancora da ultimo, E. LAMARQUE, nel suo scritto sopra cit., è prescritto infatti unicamente il verso del percorso interpretativo, mentre – com'è chiaro – non può esserne garantito l'esito.

¹⁴ ... le norme *self-executing* dell'Unione potendo comportare l'immediata "non applicazione" delle norme interne con esse incompatibili, diversamente – ci dice la giurisprudenza costituzionale – delle norme convenzionali, dal contrasto con esse discendendo l'obbligatorio ricorso alla Consulta avverso le statuizioni di legge che se ne rendano responsabili perché siano sanzionate con la tecnica usuale dell'annullamento. È pure da prendere astrattamente in conto l'eventualità che ad esser portate alla cognizione della Corte siano proprio le norme convenzionali, ove si dubiti della loro conformità a Costituzione, come pure è possibile che l'incompatibilità in parola sia *motu proprio* rilevata dal giudice delle leggi. In ogni caso, come si accennava poc'anzi, sarebbe preclusa al giudice comune la "non applicazione" delle leggi anticonvenzionali, accompagnata dalla contestuale applicazione di queste ultime, a favore della quale si è invece dichiarata certa giurisprudenza comune, col benevolo apprezzamento di alcuni studiosi.

Con riserva di ulteriori precisazioni sul punto che si faranno più avanti, segnalo al momento quanto sia singolare il fatto che la Corte non si sia finora mai interrogata a riguardo della sostanziale coincidenza di norme CEDU e di norme della Carta di Nizza-Strasburgo, le quali ultime, una volta qualificate come *self-executing*, potrebbero richiedere di essere portate subito ad applicazione (sempre che, ovviamente, il caso ricada in ambito materiale dell'Unione), portando seco dunque anche le corrispondenti norme convenzionali.

La vicenda è nota ed è sufficiente qui riservare ad essa appena un cenno, evidenziandone i passaggi maggiormente rilevanti al fine dell'analisi che si viene facendo.

Muovo dai rapporti col diritto dell'Unione, ricordando le tappe più salienti del “cammino comunitario”, come l'ha chiamato una non dimenticata dottrina¹⁵, compiuto dal nostro giudice delle leggi. Dapprima ([sent. n. 14 del 1964](#)), il diritto comunitario e il diritto interno apparivano disposti su un piano di assoluta parità. In un secondo momento, si è coraggiosamente (o, forse, temerariamente...) ammesso ([sent. n. 183 del 1973](#)) il principio del primato del diritto sovranazionale, rinvenendone il fondamento interno in una norma di valore – l'art. 11 – convertita in norma sulla produzione giuridica e, tuttavia, dichiarandolo soggetto al limite dei... “controlimiti”, come sono chiamati con formula ormai in uso: un primato al tempo garantito attraverso la tecnica del sindacato accentrato di costituzionalità¹⁶. Infine ([sent. n. 170 del 1984](#)), accedendo al punto di vista della Corte di giustizia, la Consulta ha spianato la via per la risoluzione delle antinomie in parola a mezzo della tecnica della “non applicazione” delle norme interne contrarie a norme sovranazionali *self-executing*, senza peraltro escludere (con la giurisprudenza successiva) che alcuni casi di conflitto siano risolti attraverso il sindacato accentrato (segnatamente in sede di giudizi in via d'azione).

La più emblematica espressione della convergenza in discorso è, nondimeno, costituita dal fatto che dell'unico limite opposto all'avanzata in ambito interno delle norme (ieri comunitarie ed oggi) “eurounitarie”, risultante dai “controlimiti” suddetti, sia fin qui stata predicata l'esistenza, senza che però esso sia mai stato fatto valere: quasi che le norme dell'Unione siano tutte immacolate, non urtando mai, in alcun caso o modo, coi principi di struttura dell'ordinamento interno, di cui peraltro è nota la formidabile *vis* espansiva e qualificatoria¹⁷.

Dal suo canto, il diritto sovranazionale è passato dall'affermazione del principio del primato incondizionato sul diritto interno a quello del riconoscimento della intangibilità, da parte dell'Unione, dei principi di struttura dell'ordinamento di ciascuno Stato membro (v., ora, art. 4 TUE). Anche da parte dell'Unione, però, del limite, solennemente dichiarato, non si è fin qui avuto pratico riscontro: tangibile, particolarmente espressiva, testimonianza, questa, dell'esistenza di un tacito patto (o, dovremmo forse ormai dire, di una vera e propria *consuetudine interordinamentale*) volta, per un verso, a riconoscere nei principi fondamentali di diritto interno (e – si badi – di *ciascuno* Stato) il *punctum unionis* delle relazioni interordinamentali, il “luogo” in cui si situa e da se medesimo senza sosta rinnova il sistema, quale “sistema di sistemi” appunto, e però, per un altro verso, della precisa scelta strategica condivisa dall'Unione e dallo Stato nel senso di non frapporre ostacolo alcuno all'avanzata nel territorio nazionale degli atti dell'Unione¹⁸.

¹⁵ Ovvio il riferimento allo scritto di P. BARILE apparso su *Giur. cost.* del 1973, 2406 ss.

¹⁶ ... specificamente valevole per risolvere le antinomie tra leggi nazionali sopravvenienti ed incompatibili col diritto sovranazionale; nel caso inverso, di sopravvenienza del secondo rispetto alle prime, si è – come si sa – ammessa l'abrogazione di queste da parte di quello, sempre che materialmente possibile, il sindacato accentrato restando comunque riservato alle antinomie con norme sovranazionali prive dell'attitudine all'immediata applicazione.

¹⁷ Si pensi solo a quante norme di legge sono invece ogni anno cadute per violazione di questo o quel principio, a partire da quello di eguaglianza.

Un'applicazione della dottrina dei “controlimiti” – ma nei rapporti con la CEDU, non già nei riguardi del diritto dell'Unione – si è vista (G. SCACCIA, “*Rottamare*” la teoria dei controlimiti?, in *Quad. cost.*, 1/2013, 145) in [Corte cost. n. 264 del 2012](#) (su cui *infra*). Come si è tentato di mostrare in altri luoghi e qui pure si viene dicendo, ciò che non persuade della dottrina in discorso è la configurazione teorica dei “controlimiti” quali... *limiti per sistema* valevoli all'affermazione in ambito interno del diritto eurounitario, la quale può, invece, ora ugualmente aversi, *malgrado la violazione dei limiti in parola*, ed ora invece non aversi, all'esito pur sempre di operazioni di ponderazione assiologica volte alla ricerca dell'ottimale salvaguardia, alle condizioni oggettive di contesto, dei diritti (e, più in genere, dei beni) costituzionali in gioco.

¹⁸ Per questo verso, l'Italia si è, nei fatti, dimostrata tra i più “europeisti” Stati dell'Unione, diversamente da altri che ora hanno posto condizioni gravose all'ingresso in ambito interno degli atti dell'Unione stessa ed ora l'hanno talora impedito, non facendosi cura degli effetti di sistema, di ordine istituzionale e normativo assieme, derivanti da siffatta opzione.

Come che sia di ciò, assoggettandosi l'Unione al limite dei "controlimiti", ormai *pleno iure quodammodo* "europeizzati"¹⁹, se ne che, *dal punto di vista dell'Unione stessa*, il sistema viene a moltiplicarsi ed a riprodursi in forme cangianti, tante per quanti sono gli Stati membri, esibendo pertanto, in base al disposto normativo sopra richiamato, una struttura "plurale", conseguente al rimando ad un tempo fatto a tutti gli ordinamenti nazionali²⁰.

Al di là della professione di ossequio fatta nei riguardi dei principi di struttura di ciascuno Stato membro dell'Unione, che in punto di astratto diritto potrebbe portare ad un'affermazione del primato del diritto sovranazionale a fisarmonica, contraendosi ovvero espandendosi esso a seconda che incontri lungo la propria via questo o quel principio che vi si opponga, resta il fatto che è l'*insieme* dei principi che connotano le liberaldemocrazie ad offrirsi quale fonte culturale cui l'ordinamento dell'Unione costantemente attinge, dotandosi di un patrimonio di valori sostantivi che entra a comporre, alimentare, rinnovare il patrimonio assiologico dell'Europa in costruzione. Sono, insomma, le c.d. "tradizioni costituzionali comuni" a fare le basi su cui l'Europa vuole edificarsi e portarsi sempre più in avanti lungo la via della integrazione sovranazionale²¹.

Ora, non è il caso di riprendere qui le vessate questioni che ruotano attorno a siffatta nozione dai tratti oggettivamente sfuggenti. Quel che è certo è che i valori fondanti le liberaldemocrazie (e, sopra tutti, quelli di libertà, eguaglianza, giustizia sociale e, ancora più in alto o più a fondo, il valore "superconstituzionale" della dignità della persona umana nei cui riguardi i valori restanti si pongono in funzione servente²²) hanno costituito il più saldo punto dal quale l'ordinamento sovranazionale si è tenuto e costantemente si tiene nello sforzo poderoso prodotto al fine di rilegittimarsi senza sosta e dare così la più persuasiva giustificazione di quel primato di cui si è sopra detto: in breve, di dare un senso e un verso all'esercizio di poteri sovrani concorrenti (e però, nei fatti, anche sovrastanti²³) rispetto a quelli tipicamente propri degli Stati, i quali ultimi in misura crescente ed in relazione a campi materiali viepiù estesi si trovano obbligati a recedere davanti agli atti di produzione sovranazionale²⁴.

Più in genere, se è innegabile che le tradizioni cui ha attinto la scrittura delle Carte internazionali dei diritti (e, tra queste, della Carta di Nizza-Strasburgo) sono quelle nazionali, non può del pari

¹⁹ In questi termini se ne discorre nel mio *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali*, cit., 827 ss.

²⁰ Resta nondimeno non chiarito se, in caso di denuncia della violazione dell'art. 4, cit., il riconoscimento della supposta violazione dei principi di struttura degli Stati membri resti sostanzialmente riservato agli Stati stessi (e, in tal caso, a quale dei suoi organi) ovvero se il finale apprezzamento competa alla Corte dell'Unione. Non è, ad ogni buon conto, senza significato che non si dia alcun meccanismo formale di collegamento tra Corti attivabile in ambito sovranazionale, una sorta – per dir così – di rinvio pregiudiziale discendente. Tutto ciò posto, è fuor di dubbio che la Corte di giustizia non possa comunque non tenere nel dovuto conto gli orientamenti della giurisprudenza nazionale, pur potendone variamente operare le selezioni più opportune in ragione dei casi (in argomento, ora l'ampio saggio di B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1/2012, 263 ss.).

²¹ Su *Il patrimonio costituzionale europeo*, ricordo qui solo, con questo titolo, il noto saggio monografico di A. PIZZORUSSO (Bologna 2002).

²² Mi sono più volte dichiarato (di recente, ne *Il futuro dei diritti fondamentali: viaggio avventuroso nell'ignoto o ritorno al passato?*, in www.federalismi.it, 4/2013) nel senso appena indicato nel testo, ritenendo essere la dignità l'autentico valore fondante l'intero ordinamento, anche nelle sue proiezioni interordinamentali, il punto fermo dal quale tutti i valori si tengono ed al quale fa pertanto capo ogni operazione di ponderazione assiologica.

²³ Si pensi solo ai *diktat* imposti dall'Unione agli Stati (specie ad alcuni, in stato di palese sofferenza ed a rischio *default*) e volti a mettere finalmente ordine nei conti pubblici.

²⁴ Da tempo si discorre al riguardo di una "sovranità condivisa" tra Unione e Stati (così, di recente, F. PATERNITI, *Legislatori regionali e legislazione europea. Le prospettive delle Regioni italiane nella fase ascendente di formazione del diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano 2012, 241 ss.), sulla base di un riparto materiale di competenze che ha nei trattati la sua prima e sia pur approssimativa definizione ma che poi riceve ogni giorno nell'esperienza (e per le sue più salienti esigenze) la sua concreta messa a punto. La qual cosa mostra quanto sia arduo stabilire, ancorché in modo largamente approssimativo, la consistenza effettiva del riparto in parola, soggetto ad un'accentuata fluidità nella quale si specchia e risolve la mobile combinazione degli interessi nazionali e sovranazionali nella loro storicizzazione complessiva.

negarsi che in ambito sovranazionale la pianta dei diritti è cresciuta assumendo forme sue proprie, non coincidenti e, alle volte, persino divergenti rispetto a quelle familiari alle esperienze nazionali, le quali ultime dunque hanno dalle prime ricevuto (e seguitano senza sosta a ricevere) suggestioni ed indicazioni per il loro incessante rinnovamento, fermo restando che gli Stati possono dar spazio all'ingresso dentro le loro mura di norme e decisioni giurisprudenziali di origine esterna alla sola condizione che da esse non venga alcun pregiudizio per le "tradizioni costituzionali" (e, segnatamente per i valori di libertà, eguaglianza e giustizia). Sta qui il senso profondo, il più genuino ed espressivo, della qualifica corrente secondo cui la tutela costituzionale dei diritti tende ad "internazionalizzarsi" e ad "europeizzarsi", nel mentre la tutela internazionale ed europea tende a "costituzionalizzarsi". Le più emblematiche realizzazioni di questa duplice tendenza si hanno poi, per diffuso riconoscimento, per il tramite della giurisprudenza. Uno dei segni più evidenti e significativi di questo duplice processo è, infatti, dato dalla vocazione delle Corti nazionali ad "europeizzarsi" e ad "internazionalizzarsi", come pure delle Corti sovranazionali a "costituzionalizzarsi".

3. La composizione delle norme in sistema, il criterio della tutela più "intensa" apprestata ai diritti, in modi tuttavia non coincidenti in ambito europeo ed in ambito nazionale, gli slittamenti dal piano della teoria delle fonti a quello della teoria dell'interpretazione riscontrabili nella giurisprudenza costituzionale in ordine alla messa a punto delle relazioni intersistemiche

Sta proprio qui quella convergenza dei *punti di vista*, cui si faceva cenno, come pure la base comune delle relazioni intersistemiche, tanto di quelle che si svolgono lungo l'asse che collega l'ordine interno al diritto "eurounitario" quanto delle altre che portano alla CEDU.

Al di là, infatti, delle perduranti, sensibili differenze riscontrabili sotto più aspetti tra le relazioni stesse, a taluna delle quali non si è mancato poco sopra di fare richiamo così come vi si farà anche più avanti, resta il fatto, l'autentico tratto accomunante i sistemi posti rapidamente a confronto, per cui in presenza di plurime discipline normative riguardanti uno stesso diritto la norma buona per il caso è da considerare quella – ci dice la giurisprudenza (spec. [Corte cost. n. 317 del 2009](#) e successive) – che si rivela esser in grado di offrire la più "intensa" tutela, indipendentemente dalla sua provenienza, la sua forma, il suo stesso grado (in prospettiva formale-astratta)²⁵.

²⁵ Il punto ha animato un fitto e ad oggi non finito dibattito; poco approfondita, tuttavia, appare la questione relativa al criterio in applicazione del quale si possa, ancorché in modo approssimativo, misurare il grado (l'"intensità", appunto) della tutela data da questa o quella norma (o da questo o quel sistema di norme) ai diritti [indicazioni in O. POLLICINO, *Margini di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in [www.forumcostituzionale.it](#); AA.VV., *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di M. Pedrazza Gorlero, Napoli 2010; AA.VV., *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, a cura di G. Martinico e O. Pollicino, Groningen 2010; AA.VV., *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti. Scritti degli allievi di Roberto Romboli*, a cura di G. Campanelli-F. Dal Canto-E. Malfatti-S. Panizza-P. Passaglia-A. Pertici, Torino 2010; R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma 2011, e, dello stesso, da ultimo, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei "confini" fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åkragaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617-10)*, in [www.diritticomparati.it](#), 5 marzo 2013; G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Napoli 2011; AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti e A. Morrone, Torino 2011; A. RANDAZZO, *Alla ricerca della tutela più intensa dei diritti fondamentali, attraverso il "dialogo" tra le Corti*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, a cura di F. Dal Canto-E. Rossi, Torino 2011, 313 ss.; L. CAPPuccio, *Differenti orientamenti giurisprudenziali tra Corte EDU e Corte costituzionale nella tutela dei diritti*, in AA.VV., *La "manutenzione" della giustizia costituzionale. Il giudizio sulle leggi in Italia, Spagna e Francia*, a cura di C. Decaro-N. Lupo-G. Rivosecchi, Torino 2012, 65 ss.; G. MARTINICO-O. POLLICINO, *The Interaction between Europe's Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Cheltenham (Gran Bretagna) - Northampton (Stati Uniti d'America) 2012; V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012, 839 ss., spec. 866 ss.; AA.VV., *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, a cura di L. Cassetti, Napoli 2012; D. TEGA, *I diritti*

Così ragionando, ci si avvede subito che la giustificazione più salda del primato del diritto di origine esterna, sia esso “eurounitario” che convenzionale, non sta, non può stare unicamente o esclusivamente in una norma sulla produzione giuridica (seppur di rango costituzionale) che, in sé e per sé considerata, resterebbe muta, inespressiva o, diciamo pure, autoreferenziale²⁶. Non è né il primo comma dell’art. 117 né lo stesso art. 11²⁷ o altra metanorma ancora²⁸ a dare la giustificazione in parola bensì sono i valori sostantivi e, sopra ogni altro, quelli componenti la coppia assiologica fondamentale di cui agli artt. 2 e 3 della nostra Carta, nei cui riguardi le metanorme si pongono in funzione servente. Allo stesso modo (e di rovescio), sono sempre i valori suddetti ad opporsi all’ingresso di norme aventi origine esterna che, in relazione alle peculiari esigenze del caso, si rivelino essere meno attrezzate di quelle interne a dare la più “intensa” tutela ai diritti in gioco; e non è inopportuno qui precisare che apprestare una tutela meno “intensa” non equivale necessariamente a disporre in contrasto con la norma o l’insieme di norme che invece portano ancora più in alto la tutela stessa. Come mi sono sforzato di mostrare in altri luoghi, alle volte si è infatti in presenza di norme che si dispongono in modo scalare lungo la stessa retta e lungo lo stesso verso, non già che si rivoltano frontalmente l’una contro l’altra²⁹.

in crisi, cit.; A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano 2012; A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2013, 9 ss.; P. CARETTI, *I diritti e le garanzie*, relaz. al Convegno dell’AIC su *Costituzionalismo e globalizzazione*, Salerno 23-24 novembre 2012, in www.rivistaaic.it e, pure *ivi*, 2/2013, V. BALDINI, *Tutela interna e tutela internazionale dei diritti umani tra sovranità democratica e Jurisdiktionstaat (i limiti della Völkerrechtsfreundlichkeit nell’ordinamento costituzionale italiano)*; N. PARISI, *Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo. In tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e di armonizzazione delle garanzie procedurali*, in *Studi sull’integrazione europea*, 1/2012, 33 ss., spec. 53 ss.].

²⁶ Altrimenti lo stesso art. 117, I c., non avrebbe potuto essere considerato passibile di bilanciamento con norme costituzionali sostantive e, se del caso, qualificato come recessivo in una data esperienza processuale, così come invece risolutamente affermato da [Corte cost. n. 317 del 2009](#). In realtà, come si è tentato di mostrare altrove, nessuna violazione in tesi può aversi del disposto costituzionale ora richiamato per il caso che si dia la preminenza ad una norma di legge incompatibile con la Convenzione che tuttavia faccia rispetto a questa progredire la tutela dei diritti, dal momento che è proprio la Convenzione stessa a dichiarare di non voler valere ogni qual volta in ambito interno sia offerta una più “intensa” salvaguardia ai diritti. La qual cosa tuttavia non esclude che la valutazione circa la fonte idonea ad apprestare la miglior tutela possa divergere, rispettivamente, in ambito nazionale ed in ambito sovranazionale, dal momento che in quest’ultimo l’applicazione di legge contraria a Convenzione potrebbe essere poi sanzionata, giudicandosi essere maggiormente avanzata la tutela apprestata ai diritti dalla Convenzione stessa. I punti di vista, insomma, possono, come sappiamo, essere non coincidenti. Si tratta poi di vedere quale “seguito” potrebbe avere in ambito interno una pronuncia della Corte EDU che sostanzialmente si discosti, per contenuti ed orientamento, da precedente pronuncia di Corte nazionale: una sorta di *ping pong* – come si vede – che potrebbe non avere mai fine, ciascuno dei giocatori in campo ribattendo colpo su colpo e rimandando dunque, senza mai sbagliare (o *ritenendo* di non sbagliare...), la palla nel campo avverso.

²⁷ ... a giudizio della Consulta spendibile, come si è rammentato, a beneficio del solo diritto dell’Unione, non pure del diritto convenzionale.

²⁸ ... quale, per espresso riconoscimento della giurisprudenza costituzionale, l’art. 10, I c., con specifico riguardo a norme convenzionali “razionalizzatrici” di norme generalmente riconosciute della Comunità internazionale; nel qual caso, le une norme verrebbero naturalmente ad innalzarsi dalla loro condizione “subcostituzionale” per assumere rango “paracostituzionale” (o costituzionale *tout court*). La qual cosa è poi la più lampante riprova del fatto, sul quale non mi stancherò di richiamare l’attenzione, per cui la forza non è già delle fonti *ut sic* bensì delle loro *norme*, variando in ragione del rapporto che esse intrattengono coi fini-valori fondamentali dell’ordinamento, vale a dire della “qualità” assiologica – mi piace qui nuovamente dire, rifacendomi al mio primo studio monografico in tema di fonti – di cui le norme stesse sono dotate, indipendentemente appunto dalla forma di cui si rivestono o dal grado assegnato agli atti che le contengono. Di modo che il sistema, nelle mobili combinazioni degli elementi di cui si compone, appare essere appunto *sistema di norme*, non già di *fonti* (su ciò, ancora di recente, il mio [Sistema di fonti o sistema di norme? Le altalenanti risposte della giurisprudenza costituzionale](#), in [Consulta OnLine](#), 22 novembre 2012 e www.diritticomparati.it, 22 novembre 2012, e).

²⁹ Non entrando, poi, le norme tra di loro in conflitto, la individuazione di quella di esse che appaia buona per il caso può, a mia opinione, considerarsi esser di spettanza del giudice comune, il giudice costituzionale dovendo, per sua stessa ammissione, essere chiamato in campo unicamente laddove si assuma esservi conflitto (ragguagli sul punto, nel mio [Costituzione e CEDU, alla sofferta ricerca dei modi con cui comporsi in “sistema”](#), in www.europeanrights.eu, 20 aprile 2012 e in [Consulta OnLine](#) 21 aprile 2012, spec. al § 4).

Su ciò la convergenza dei punti di vista manifestati in ambito europeo parrebbe esser piena, senza riserve: vanno infatti letti così i disposti di cui all'art. 53 della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo che – come si è accennato – ritagliano per le Carte stesse un ruolo meramente “sussidiario” rispetto a quello che può essere giocato dalle norme di diritto interno (costituzionali incluse!) in funzione della salvaguardia di taluni bisogni elementari dell'uomo³⁰. Allo stesso modo vanno altresì letti, a mia opinione, le norme costituzionali espressive del principio dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale nel loro fare “sistema” coi principi sostantivi, segnatamente con quelli di cui agli artt. 2 e 3.

Invero, la posizione della giurisprudenza costituzionale sul punto è alquanto complessa, non lineare, in qualche passaggio persino indecifrabile; altalenante, per ciò che qui più importa, appare ad ogni buon conto essere *al piano metodico* l'indirizzo della Consulta, caratterizzato da continui slittamenti di piano.

E infatti.

Per un verso, le relazioni intersistemiche sono, in premessa, ambientate al piano della *teoria delle fonti*, riconoscendosi – come si è sopra rammentato – in capo alle norme dell'Unione forza “paracostituzionale” e qualificandosi invece la CEDU, seccamente, quale fonte “subcostituzionale”.

Per un altro verso, però, col fatto stesso di orientare i giudici (e gli operatori in genere) verso la ricerca della norma idonea ad apprestare la più “intensa” tutela, la Consulta mostra di voler ambientare le relazioni stesse al piano della *teoria dell'interpretazione*, abbandonando risolutamente (e, apparentemente, senza rimpianto) ogni schema qualificatorio d'ispirazione formale-astratta, rimpiazzato da uno d'ispirazione assiologico-sostanziale. Non si spiegherebbe altrimenti come possa una norma di legge avere ugualmente la meglio, in caso di contrasto con norma convenzionale, malgrado l'accertata, indiretta (ma, in realtà, come si è veduto, insussistente) violazione nei riguardi dell'art. 117, I c., cost.

La Corte è pronta nel far notare che a fronte di tale violazione si dà tuttavia (e può esser considerato preminente in ragione del caso) un servizio che la norma legislativa offra ad altra norma costituzionale o, meglio, alla *Costituzione come “sistema”*³¹. Come sempre, insomma, la risposta finale la si ha

³⁰ Non del tutto in asse con questa indicazione teorica appare tuttavia essere la recente pronuncia della Corte di giustizia sul caso *Melloni* (Grande Sezione, 25 febbraio 2013, spec. ai punti 57 ss.) che, in nome del principio del primato del diritto dell'Unione (e, perciò, della sua uniforme applicazione), si è dichiarata contraria alla mancata attuazione del diritto stesso pur laddove ciò parrebbe giustificarsi con la maggiore salvaguardia dei diritti riconosciuti dalla Carta. Resta nondimeno in facoltà degli organi statali preposti all'attuazione del diritto dell'Unione – precisa la decisione *de qua* (60) – “applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione”. Si tratta, nondimeno, di chiedersi se (e fino a che punto) siffatta presa di posizione si concili con la previsione di cui all'art. 4 del trattato di Lisbona, che vuole scrupolosamente osservati i principi di struttura degli Stati membri dell'Unione, con specifico riguardo alla salvaguardia (la più “intensa” possibile, appunto) dei diritti inviolabili dell'uomo, nel suo fare “sistema” col principio di eguaglianza e coi principi restanti [ulteriori precisazioni sul punto nel mio *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare “sistema”* (nota minima a Corte giust., Grande Sez., 26 febbraio 2013, in causa C-399/11, Melloni c. Ministero Fiscal), in www.diritticomparati.it, 2 aprile 2013; pure *ivi*, A. DI MARTINO, *Mandato d'arresto europeo e primo rinvio pregiudiziale del TCE: la via solitaria della Corte di giustizia*; J. MORIJN, *Akeberg and Melloni: what the ECJ said, did and may have left open*, tratto da *eutopialaw.com*, 14 marzo 2013, e R. CONTI, *Da giudice (nazionale) a giudice (eurounitario). A cuore aperto dopo il caso Melloni*, 5 aprile 2013]. Non ci si meravigli, dunque, se alcune reazioni, anche particolarmente vistose, quale quella delle Corti polacca e ceca (e, su di esse, l'accurato studio di O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis-à-vis il processo di integrazione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 4/2012, 765 ss.), registratesi avverso talune prese di posizione della Corte dell'Unione, dovessero prima o poi contagiare anche le più caute Corti dell'Ovest.

³¹ Molto chiara in tal senso è soprattutto [Corte cost. n. 264 del 2012](#) [e, su di essa, se si vuole, la mia nota [La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale \(“a prima lettura” di Corte cost. n. 264 del 2012\)](#), in www.diritticomparati.it, 14 dicembre 2012, e [Consulta OnLine](#), 17 dicembre 2012, nonché, ora, M. MASSA, *La sentenza n. 264 del 2012 della Corte costituzionale: dissonanze tra le corti sul tema della retroattività*, in *Quad. cost.*, 1/2013, 137 ss.].

all'esito di operazioni di ponderazione assiologica, che orientano la scelta a favore di questa o quella norma: operazioni – è appena il caso qui di rammentare – che, svolgendosi in applicazione di criteri di ordine assiologico-sostanziale, rifuggono dall'essere convenientemente spiegate a mezzo di schemi qualificatori di formale fattura.

4. *Il raffronto su basi paritarie tra Costituzione e Carte dei diritti e la vocazione inclusiva del circolo interpretativo, in vista della congiunta applicazione di tutti i materiali normativi riguardanti i diritti, all'insegna di una teoria della "Costituzione-parziale"*

Due sole notazioni ulteriori sul punto, con riserva di approfondimenti altrove.

La prima è che, una volta che ci si disponga alla ricerca della norma che dà la tutela più "intensa", la stessa Costituzione – come si è già fatto in altri luoghi osservare – non può sottrarsi ad un siffatto confronto, che è *culturale* prima ancora che *positivo*, con esiti ovviamente astrattamente imprevedibili; dunque, anche la legge fondamentale della Repubblica potrebbe trovarsi obbligata a ripiegare davanti ad altra norma di origine esterna che fissi ancora più in alto il livello della tutela³².

La seconda ed ai nostri fini ancora più rilevante notazione attiene specificamente al modo (o, diciamo pure, al *metodo*) con cui ha da porsi l'operatore che si accinga a siffatto raffronto. E il vero è che le norme, quale che sia il sistema di appartenenza, non sono un dato bell'e fatto che si offre all'operatore, cui non rimarrebbe altro da fare che metterlo su una bilancia di precisione allo scopo di verificare quale pesa di più perché di più è in grado di spendersi a beneficio dei diritti.

Di contro, già nel momento in cui si avvia il processo interpretativo e quindi lungo tutto il suo percorso l'operatore non può trattenersi dal far capo altresì a materiali normativi di origine esterna, che s'immettono nel processo stesso, lasciandovi un segno ora più ed ora meno marcato, orientando variamente il percorso stesso e, in fin dei conti, determinandone l'esito.

Le norme, insomma, non sono il *prius* del raffronto, ne sono piuttosto il *posterius*: l'operatore, muovendo da una prima, ancora confusa loro configurazione, mette quindi gradatamente a fuoco l'oggetto ripreso nel circolo interpretativo attraverso un'attività di interpretazione che – come ho avuto modo di precisare altrove – è *doppiamente* o, meglio, *circolarmente conforme* e che porta senza sosta dall'ordine interno a quello sovranazionale, per quindi tornare da quest'ultimo al primo ed aver in esso il suo finale ricetto³³.

È questa la ragione per cui l'esito naturale ed ottimale di una siffatta, internamente articolata e composita, operazione ermeneutica è dato non già dalla scelta "secca" ed esclusivizzante a beneficio di questa o quella norma, interna o esterna che sia, bensì dalla loro congiunta applicazione, conseguente alla loro mutua compenetrazione ed immedesimazione nel fatto interpretativo³⁴. Non la

³² Ovviamente, può anche darsi il caso che, persino nel raffronto tra norma costituzionale e norma legislativa, si riscontri che sia proprio la seconda ad essere ancora più avanzata della prima al piano della tutela. La Corte costituzionale, per ragioni che pure è agevole comprendere, è invero restia ad ammettere che una legge comune possa rendere un servizio ancora più adeguato di quello della stessa Costituzione ai diritti. Ogni evenienza è, nondimeno, possibile; semmai, ci si può chiedere (ma in sede diversa da questa) se il riconoscimento di nuovi diritti ovvero l'allestimento di garanzie ulteriori e più efficaci di quelle apprestate dalla Carta per come oggi vigente richieda l'obbligatorio ricorso alla legge costituzionale ovvero se possa aversi *omisso medio* con atto comune di normazione: è l'annosa questione della disciplina a prima battuta della c.d. "materia costituzionale", la cui nozione è ad oggi oggetto di non finite discussioni (pochi dubbi nondimeno dovrebbero, a mia opinione, aversi a riguardo del fatto che la disciplina dei diritti fondamentali, specificamente per ciò che concerne il loro riconoscimento, attenga alla materia stessa, della quale anzi costituisce il cuore pulsante, secondo la magistrale, attualissima indicazione contenuta nell'art. 16 della *Dichiarazione* del 1789).

³³ Analogamente, il giudice sovranazionale muove dall'ordinamento (o dal sistema) di appartenenza per quindi volgersi agli ordinamenti nazionali (specie al fine della ricognizione delle loro "tradizioni costituzionali comuni") e finalmente tornare all'ordinamento (o sistema) stesso, laddove il materiale attinto *ab extra* viene fatto oggetto di originale rielaborazione e combinazione coi materiali di tipica fattura sovranazionale.

³⁴ Un buon riscontro di questa indicazione metodica si è di recente avuto con [la sent. n. 7 del 2013](#), annotata da V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.)*, in www.penalecontemporaneo.it.

“logica” dell’*aut-aut*, che appare essere comunque perdente, bensì quella dello *stare assieme*, del fare tutt’uno (“sistema”, appunto), è quella metodicamente consigliata agli operatori, senza nondimeno escludere in partenza l’eventualità che siffatto esito ottimale possa talora non essere raggiunto, imponendosi dunque quella scelta “secca” di cui si è appena detto³⁵.

La circolarità poi, per sua natura, tende al recupero di tutti i materiali in campo, ha cioè una *vocazione inclusiva*, siccome orientata alla congiunta valorizzazione dei materiali stessi nei fatti interpretativi.

Il limite dell’interpretazione conforme, per come usualmente intesa, è proprio quello di essere “verticale”, gerarchizzata, risentendo del condizionamento di una teoria delle fonti d’ispirazione formale-astratta che è, a conti fatti, inadeguata ad esser fatta valere nelle esperienze e per le esigenze dei diritti. Una teoria, insomma, che – come si viene dicendo – è respinta dall’oggetto cui pretende di essere applicata, siccome inidonea a coglierne l’essenza, a rappresentarla fedelmente, a servirla come si conviene.

V’è, a mio modo di vedere, una contraddizione insanabile tra l’orizzonte metodico-teorico entro cui si muove la teoria corrente delle fonti e le pretese naturalmente vantate da una teoria circolare dell’interpretazione.

L’uno è espressivo di una concezione “chiusa”, autoreferenziale, in sé perfetta, armonica nelle sue parti, dell’ordinamento di appartenenza e della sua fonte apicale (per ciò che riguarda l’ordinamento interno, la Costituzione³⁶); le altre invece si spiegano ed hanno modo di farsi valere nel quadro di una visione “aperta” dell’ordinamento di appartenenza, che si dispone appunto a recepire e fare proprio ogni materiale normativo avente origine esterna che possa servire a dare il massimo appagamento possibile, alle condizioni oggettive di contesto, alla coppia assiologica fondamentale di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità).

L’uno è figlio di un’idea di “*Costituzione-totale*”, che ha in sé le risorse per dare appagamento ad ogni istanza di libertà, di eguaglianza, di giustizia sociale; le altre sono espressive di una idea di “*Costituzione-parziale*”, che al fine di vedere colmate le proprie lacune di costruzione si dispone a farsi fecondare dalle altre Carte, laddove si dimostrino ancora più attrezzate a venire incontro alle istanze suddette. E, poiché ad esse fanno espresso, vigoroso richiamo alcuni principi della nostra Carta (e, segnatamente, quelli di cui agli artt. 2 e 3, nel loro fare “sistema” con quelli di cui agli artt. 10 e 11), se ne ha che, pur laddove la nostra Carta dovesse piegarsi *all’alto* ed *all’altro* (e, anzi, proprio in ciò), essa realizzerebbe comunque e al meglio... *se stessa*.

Il punto di vista esterno e quello interno fanno (o, meglio, *dovrebbero*, secondo modello, fare) insomma tutt’uno, perché al primo rimanda il secondo, facendolo proprio.

La stessa Corte costituzionale, in una sua risalente, ispirata pronunzia prefigura l’esito del paritario raffronto e della mutua compenetrazione dei materiali normativi relativi ai diritti, dichiarando ([sent. n. 388 del 1999](#)) che la Costituzione e le Carte dei diritti “si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione”; il passo è però preceduto da un significativo inciso nel quale la Consulta tiene a dichiarare che “i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall’Italia, trovano espressione, *e non meno intensa garanzia*, nella Costituzione” (segue un richiamo a [Corte cost. n. 399 del 1998](#)). Uno stato d’animo – come si vede – incerto, per non dire turbato, oscillante tra il corno dell’apertura sovranazionale e quello della chiusura in un nazionalismo o patriottismo costituzionale ingenuo ed infecondo.

³⁵ Una eventualità, questa, tuttavia per vero assai rara (perlomeno, così dovrebbe essere secondo modello), a motivo del linguaggio a maglie larghe (o larghissime) di cui sono fatte le Carte, che le rende estremamente malleabili e disponibili alla loro reciproca, incessante alimentazione e rigenerazione.

³⁶ Non importa poi se la Costituzione stessa si dichiara esser, pressoché in ogni sua parte o norma (eccezion fatta dei soli principi), “cedevole” all’impatto con talune norme di origine esterna (norme internazionali consuetudinarie, concordatarie, “eurounitarie”), riducendosi il parametro che ha da essere rispettato da tali norme unicamente al “nucleo duro” della legge fondamentale della Repubblica, ovvero se il parametro stesso si espande e distende per l’intera Carta all’incontro con altre norme ancora (e, segnatamente, con quelle internazionali pattizie). Ciò che solo conta – come si faceva poc’anzi notare – è che nella Costituzione, e solo in essa, è, *dal nostro punto di vista*, il fondamento delle relazioni intersistemiche e, dunque, in buona sostanza, il “luogo” in cui si fa e senza sosta rinnova il “sistema dei sistemi”.

Il primo frammento del discorso sembra espressivo di quel modello di “*Costituzione-parziale*”, imperfetta, bisognosa appunto di appoggiarsi e di alimentarsi alle altre Carte, di cui si è appena detto; il secondo, di contro, rivela un’idea di “*Costituzione-totale*”, che ha in se stessa il principio e la fine della propria esistenza, che è appunto in grado di dire *tutto su tutto* e che non ha perciò bisogno di punti esterni di sostegno.

I limiti delle costruzioni erette dalla teoria delle fonti (o, per dir meglio, da una *certa* teoria, d’ispirazione formale-astratta) sono, tuttavia, strutturali, insuperabili, gli esiti cui essa consente di pervenire avvolgendosi in se stessi ed esibendo irrisolte ed irrisolvibili aporie e contraddizioni.

Fatico invero a comprendere come si possa far luogo ad ordinazioni gerarchiche, *secondo forma e per sistema*, tra norme che danno, tutte, in tesi, il *riconoscimento* di diritti fondamentali; la qual cosa, poi, fatalmente si tradurrebbe in una inammissibile gerarchia tra i diritti stessi. L’ordinazione, in realtà, la fanno i casi e la si coglie ed apprezza unicamente in prospettiva assiologicamente orientata, al piano cioè della teoria dell’interpretazione, laddove ha modo di farsi valere quel criterio della tutela più “intensa” al quale qui è fatto diffuso richiamo. Il sistema così si scompone e ricompone in forme continuamente cangianti, alla ricerca dei punti di equilibrio, risultanti da sintesi di valore aventi carattere interordinamentale, tra gli interessi in gioco.

Che il confronto tra le Carte (Costituzione inclusa) non possa che essere paritario è, d’altronde, avvalorato dalla circostanza per cui le stesse norme di origine esterna astrattamente più forti in prospettiva formale-astratta, dal punto di vista cioè della teoria delle fonti, quelle dell’Unione, da se stesse si obbligano a prestare ossequio a norme meno forti, quelle della CEDU, laddove ciò risulti sollecitato dal bisogno di apprestare la maggior tutela ai diritti.

5. I semi presenti nella giurisprudenza costituzionale di un possibile inquadramento delle relazioni intersistemiche in prospettiva assiologico-sostanziale e le tecniche raffinate messe in atto dalla giurisprudenza stessa al fine di smarcarsi dal pressing della giurisprudenza europea

Malgrado le irrisolte aporie di costruzione denunciate dalla giurisprudenza costituzionale (specie con riguardo alla CEDU ed ai suoi rapporti col diritto interno), si deve convenire che la giurisprudenza stessa racchiude in sé i semi che, opportunamente coltivati e portati a frutto, possono dare un orientamento alla ricerca volta alla ottimale salvaguardia dei diritti.

Mi riferisco ora allo scivolamento registratosi specie nella più recente giurisprudenza dal piano formale-astratto, al quale tipicamente si svolgono i ragionamenti ispirati dalla teoria tradizionale delle fonti, al piano assiologico-sostanziale, nel quale si ambienta ed esprime la teoria della interpretazione.

Tra le pronunzie in cui è più nitidamente visibile il punto di vista d’ispirazione assiologico-sostanziale, richiamo qui, oltre alla già cit. [sent. n. 317 del 2009](#), le [sentt. nn. 113 e 245 del 2011](#).

Al di là della soluzione di merito apprestata nei singoli casi, la si condivida o no, resta la bontà della prospettiva stessa, che è quella di dare effettività ai diritti, nella misura maggiore possibile alle condizioni complessive di contesto. Chi di noi, ancora fino a poco tempo addietro, avrebbe scommesso anche solo un soldo sulla possibile revisione dei processi penali passati in giudicato per effetto di sopravveniente pronunzia della Corte EDU che avesse constatato la violazione della Convenzione nel corso del loro svolgimento? O, ancora, chi avrebbe giudicato possibile l’abbandono delle forme per dar modo agli stranieri irregolari di poter accedere alle nozze?

La *certezza del diritto in senso oggettivo* è, sì, valore fondamentale bisognoso di essere come si conviene protetto ma alla sola condizione – fa capire ora la Corte – che si converta e risolva in *certezza dei diritti*, nella loro ottimale tutela appunto, attingendo alle norme di questo o quel sistema (e, meglio ancora, di tutte assieme), a ciò che esse hanno da offrire al servizio dei diritti stessi³⁷.

³⁷ Riprendo qui, in tema di rapporti tra certezza del diritto in senso oggettivo e certezza dei diritti soggettivi, una riflessione che ho svolto a commento di [Corte cost. n. 113](#), cit.: v., dunque, il mio *Il giudicato all’impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011 ... ovverosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in www.rivistaaic.it, 2/2011, e in *Legisl. pen.*, 2/2011, 481 ss. La decisione ha – come si sa – animato

Il “sistema di sistemi” si fa e senza sosta rinnova proprio così, nel fatto stesso di riuscire a dare una risposta persuasiva a quanti fiduciosi chiedono appagamento per i loro diritti. La teoria tradizionale delle fonti, nella sua connotazione formale-astratta, tutto questo non è in grado di coglierlo e rappresentarlo come si deve; può invece farlo la teoria della interpretazione, una volta portata alle sue conseguenti, attese applicazioni.

Ora, per quanto la Corte insista nel voler fissare il punto di unione dei sistemi laddove può aversi la più avanzata tutela dei diritti, resta il fatto che non coincidenti sono, al piano sovranazionale ed a quello dello Stato, i modi d’intendere e di pesare in concreto l’“intensità” della tutela, non di rado assistendosi a *punti di vista sostanziali* divaricati, tali da portare a veri e propri conflitti, seppur il più delle volte almeno in parte abilmente mascherati o, diciamo così, attutiti.

Nella giurisprudenza costituzionale si hanno plurime e probanti testimonianze delle tecniche più di frequente utilizzate allo scopo di marcare la distanza dalla giurisprudenza europea (specie da quella di Strasburgo)³⁸, la quale peraltro, dal suo canto, appare connotata da vistosa agilità di movenze e non lievi oscillazioni di orientamento, forse ancora in maggior grado esibite dalla giurisprudenza convenzionale a motivo del suo carattere casistico, per quanto essa pure non nasconda l’ambizione di portarsi oltre il caso, secondo quanto ad es. avvalorato dalle pronunzie-pilota³⁹.

Non è di qui, ovviamente, far luogo a quelle verifiche sul campo che pure sarebbero necessarie e che però richiederebbero svolgimenti estesi ai singoli ambiti materiali di esperienza ed approfondimenti comunque esorbitanti lo spazio ristretto di cui ora si dispone ed anche – ad esser franchi – le forze di chi dovrebbe farvi luogo. È nondimeno importante fermare, sia pure solo per un momento, l’attenzione sul fatto che il margine di apprezzamento, astrattamente riconosciuto a beneficio degli operatori di diritto interno, subisce continui adattamenti anche in ragione degli indirizzi interpretativi nel frattempo delineatisi negli ordinamenti degli Stati aderenti alla Convenzione. Non è senza significato che la Corte di Strasburgo si appoggi non poche volte al “consenso” degli Stati per far sentire forte e chiaro il timbro della propria voce, restringendo significativamente l’ambito rimesso all’apprezzamento nazionale fino in qualche caso ad azzerarlo del tutto⁴⁰.

Ancora una volta, è sulla base delle “tradizioni costituzionali comuni” (o, quanto meno, largamente convergenti) che vengono fatte poggiare talune decisioni del giudice europeo particolarmente incisive, talora persino “aggressive”, per riprender ancora una volta una loro azzecata qualifica datane da una dottrina sempre attenta agli sviluppi dei rapporti tra le Corti⁴¹.

Davanti a siffatto atteggiamento della Corte europea, la giurisprudenza costituzionale ha dato fondo alle non poche risorse argomentative di cui è dotata, nell’intento di preservare la specifica connotazione culturale dell’ordinamento di appartenenza.

un fitto dibattito, i cui termini essenziali possono ora vedersi nell’ampia e documentata trattazione di V. SCARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Padova 2012.

³⁸ Ad es., in [Corte cost. n. 236 del 2011](#) e [264 del 2012](#), cit.

³⁹ Su di che, di recente, M. FYRNYS, *Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, in *German Law Journal*, 2011, 1231 ss.; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 123 ss.; D. TEGA, *I diritti in crisi*, cit., 105 ss.; F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU. Bruxelles 24 maggio 2012*, in www.rivistaaic.it, 1/2013, spec. § 3.

⁴⁰ Su ciò, per tutti, R. CONTI, *Convergenze (inconsapevoli o... naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, in *Corr. giur.*, 4/2011, 579 ss. e, dello stesso, *Il diritto alla vita nella giurisprudenza delle Alte Corti*, in www.europeanrights.eu. Infine, G. RAIMONDI, *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8-11 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, relaz. all’incontro su *La Corte europea dei diritti dell’uomo: il meccanismo di decisione della CEDU e i criteri d’interpretazione conforme*, cit.

⁴¹ Mi rifaccio qui ad una nota indicazione di O. POLLICINO, che ne ha ripetutamente discusso (ad es., in *Corti europee e allargamento dell’Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 1 ss., e spec. in *La Corte europea dei diritti dell’uomo dopo l’allargamento del Consiglio D’Europa ad Est: forse più di qualcosa è cambiato*, in AA.VV., *Le scommesse dell’Europa. Diritti, Istituzioni, Politiche*, a cura di G. Bronzini-F. Guarriello-V. Piccone, Roma 2009, 101 ss., e quindi, diffusamente, in *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee*, cit.).

Due le tecniche al riguardo poste in essere e maggiormente conducenti al fine, riportabili, l'una, al principio, insistentemente professato, secondo cui la giurisprudenza EDU non va di necessità osservata in ogni sua parte bensì unicamente nella sua "sostanza" o – il che è praticamente lo stesso – va adattata alle peculiari esigenze dell'ordine interno⁴²; l'altra al principio per cui non rileva tanto o solo la protezione assicurata dalla Convenzione al singolo diritto in campo bensì quella che risulta dalla considerazione dell'*insieme* dei beni costituzionalmente protetti, nel loro fare "sistema" appunto⁴³. Soprattutto grazie a quest'ultima indicazione, alla quale la Consulta mostra ora di voler assegnare uno speciale significato⁴⁴, la Consulta stessa ha buon gioco nel far valere la preminenza di quegli "imperiosi motivi d'interesse pubblico" che la giurisprudenza europea considera idonei ad affermarsi a discapito di posizioni soggettive pure garantite dalla Convenzione.

Il fatto è che ciascuna Corte non intende rinunciare a far valere il proprio punto di vista circa ciò che sono i "motivi" in parola, le condizioni della loro azionabilità, il modo del loro porsi davanti ai diritti.

Sono soprattutto i diritti che "costano" (o, diciamo meglio, che costano più di altri⁴⁵) a trovarsi maggiormente esposti nella presente congiuntura afflitta da una crisi economica senza precedenti, che rischia di portare al collasso le strutture portanti degli ordinamenti non solo europei⁴⁶. La recente, nota vicenda delle leggi d'interpretazione autentica, in relazione alla quale si è assistito ad una non ricomposta divergenza di orientamenti tra Corte EDU e Corte costituzionale, è indicativa del fatto che, davanti al bisogno di far quadrare i conti pubblici, i diritti soggettivi sono assai di frequente obbligati a farsi da parte o, come che sia, a sottostare a considerevoli sacrifici. Il vero è che il carattere viepiù esiguo delle risorse economiche disponibili s'irradia con effetti a raggiera pervadendo l'intero ordinamento e comportando una profonda alterazione del quadro costituzionale, toccato pressoché in ogni sua parte; e basti solo al riguardo rammentare la forte compressione dell'autonomia regionale registratasi con l'acuirsi della crisi economica⁴⁷. La qual cosa, poi, ha pure, per la sua parte, una immediata, rilevante ricaduta al piano della salvaguardia dei diritti, ove si convenga che il senso complessivo dell'autonomia è proprio nel suo porsi al servizio dei diritti, concorrendo in corposa misura a darvi il congruo appagamento⁴⁸.

Non a caso, d'altronde, laddove gli effetti della crisi non sembrano avvertirsi, perlomeno in modo particolarmente accentuato, i diritti ritrovano uno spazio adeguato per farsi valere; della qual cosa si hanno numerose testimonianze specialmente con riferimento ai diritti "etico-sociali", giusto quelli per la cui salvaguardia la giurisprudenza europea, pur se in modo alquanto altalenante, tende complessivamente a rimettersi alle soluzioni frutto di apprezzamento nazionale, pur non facendo difetto talune importanti e coraggiose pronunzie espressive di un indirizzo della Corte EDU volto a farsi carico del bisogno di tutela dei diritti in parola.

⁴² Lo stesso Presidente della Corte Quaranta ha tenuto a rammentare nel corso della sua conferenza di fine anno relativa al 2011 che alla Corte spetta di "valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano".

⁴³ Ha invitato a fermare l'attenzione sul punto, part., E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 7/2010, 955 ss., spec. 961.

⁴⁴ V., spec., la già più volte cit. [sent. n. 264 del 2012](#).

⁴⁵ ... posto che è ormai provato che costano tutti [arg. ex art. 117, II c., lett. m)].

⁴⁶ Il dato è di comune acquisizione: di recente e per tutti, I. CIOLLI, *I diritti sociali*, in AA.VV., *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. Angelini e M. Benvenuti, Napoli 2012, 83 ss., e lett. *ivi*.

⁴⁷ Il punto è diffusamente toccato nelle analisi più recenti: indicazioni di vario segno, tra gli altri, in F. GIUFFRÈ, *Unità della Repubblica e distribuzione delle competenze nell'evoluzione del regionalismo italiano*, Torino 2012, nonché negli studi di S. MANGIAMELI ora riuniti in *Le Regioni italiane tra crisi globale e neocentralismo*, Milano 2013, e in F. COVINO, *Le autonomie territoriali*, in AA.VV., *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, cit., 333 ss.; nell'op. coll appena cit., per una riflessione di sintesi a riguardo del modo con cui la giurisprudenza costituzionale si è posta (e si pone) davanti alla crisi, v. M. BENVENUTI, *La Corte costituzionale*, 375 ss.

⁴⁸ Maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio [Unità-indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali](#), in [Consulta OnLine](#), 26 aprile 2011, nonché in *Nuove aut.*, 1/2011, 25 ss.

Assai istruttive delle oscillazioni in parola le vicende della fecondazione medicalmente assistita⁴⁹, della esibizione di simboli religiosi in luoghi pubblici⁵⁰, del matrimonio degli omosessuali⁵¹ ed altre ancora, in relazione alle quali ad un iniziale orientamento della Corte EDU particolarmente “aggressivo”, nel senso sopra detto, la stessa Corte, riunita in Grande Camera, ha *sia pure in parte* temperato l’orientamento stesso, salvaguardando il margine d’apprezzamento degli Stati.

Quest’esito insegna molte cose e consente di affacciare qualche previsione anche sui possibili sviluppi delle relazioni intersistemiche.

6. La ricerca di un equilibrio, ancorché instabile ma complessivamente appagante, tra uniformità e differenziazione nella salvaguardia dei diritti, e le prospettive che possono aprirsi ad una autentica, solida “federalizzazione dei diritti”, anche grazie all’avvicinamento dei rapporti che il diritto interno intrattiene, rispettivamente, col diritto “eurounitario” e col diritto convenzionale

Vedo nella giurisprudenza della Corte EDU lo sforzo di conciliare il “nucleo duro” dei diritti riconosciuti al piano europeo con la salvaguardia delle specificità culturali, ancora prima che positive, proprie dei singoli ordinamenti nazionali. La qual cosa, peraltro, si spiega anche nella varietà dei contesti riscontrabili in ambito nazionale, in ragione, oltre che del loro numero⁵², della loro storia e di quant’altro ne dà la cifra identificativa complessiva. Il modello che va proponendosi come vincente è quello – a me pare⁵³ – di una sorta di “*federalizzazione dei diritti*”, nel quale peraltro si specchia e riproduce un modello generale di organizzazione, che coinvolge la struttura degli Stati sia al proprio interno (al piano, cioè, dei rapporti che in ciascuno di essi si intrattengono tra centro e periferia) che nelle sue proiezioni esterne (al piano delle relazioni sovranazionali, appunto).

In questo quadro, ad oggi per vero assai mobile e per molti tratti persino sfuggente, marcata appare essere la tendenza alla omologazione delle discipline positive ed alla convergenza degli orientamenti giurisprudenziali⁵⁴, una tendenza che accompagna e segna i più salienti sviluppi della integrazione

⁴⁹ ... a riguardo della quale si segnala la pronunzia dell’11 febbraio di quest’anno con cui è stata respinta la richiesta di deferimento alla Grande Camera avverso la [sentenza della Seconda Sezione del 28 agosto 2012 \(Costa e Pavan c. Italia, n. 54270/10\)](#), che è pertanto divenuta definitiva, sentenza che ha dato modo alle coppie fertili portatrici di patologie trasmissibili ai figli di accedere alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita, in spregio del divieto al riguardo posto dalla legge 40 del 2004 (per un primo commento, A. VALLINI, *Diagnosi preimpianto: respinta la richiesta di rinvio alla Gran Camera CEDU avanzata dal Governo italiano nel caso Costa e Pavan contro Italia*, in [www.penalecontemporaneo.it](#), 18 febbraio 2013; sulla pronunzia della Seconda Sezione, tra i molti commenti, F. VARI, *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II Sezione della Corte EDU*, in [www.rivistaaic.it](#), 1/2013; pure *ivi*, infine, C. NARDOCCI, *La Corte di Strasburgo riporta a coerenza l’ordinamento italiano, fra procreazione artificiale e interruzione volontaria di gravidanza. Riflessioni a margine di Costa e Pavan c. Italia*).

⁵⁰ Su di che, ora, la pronunzia della IV Sez. della Corte EDU (*Eweida ed altri c. Regno Unito*) del 15 gennaio 2013 (ricorsi nn. 48420/10, 59842/10, 51671/10 e 36516/10), relativamente all’uso dei simboli in parola nei luoghi di lavoro (e su di essa la nota di E. SORDA, *Eweida and others v. The United Kingdom, ovvero quando fede e lavoro non vanno d’accordo e il “margine di apprezzamento” non aiuta a chiarire le cose*, in [www.diritticomparati.it](#), 4 marzo 2012).

⁵¹ Una particolarmente espressiva conferma di quanto si viene dicendo nel testo ci è stata di recente offerta dalla pronunzia della Grande Camera del 19 febbraio scorso (*X ed altri c. Austria*, n. 19010/07, e su di essa l’accurato commento di R. CONTI, *Pensieri sparsi, a prima lettura, su una sentenza della Corte dei diritti umani in tema di adozione di coppie dello stesso sesso e sull’efficacia delle sentenze di Strasburgo–GC, 19 febbraio 2013, X e altri c. Austria*, in corso di stampa in *Quest. giust.*, nonché la nota di A.M. LECIS COCCO-ORTU, *La Corte europea pone un altro mattone nella costruzione dello statuto delle unioni omosessuali: le coppie di persone dello stesso sesso non possono essere ritenute inidonee a crescere un figlio*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 15 marzo 2013) con la quale, per un verso, è stato riconosciuta la contrarietà a Convenzione del divieto di adozione fatto a persona omosessuale nei riguardi dei figli del partner, mentre, per un altro verso, è stato confermato il principio, già enunciato in *Gas e Dubois c. Francia*, secondo cui non è imposto alle legislazioni nazionali di prevedere espressamente la facoltà di adozione per le coppie non coniugate.

⁵² Maggiore, come si sa, quello degli Stati aderenti alla Convenzione rispetto a quello degli Stati membri dell’Unione. Sulle implicazioni che possono aversene, anche – per ciò che qui più da presso importa – in ordine agli sviluppi giurisprudenziali, mi parrebbe opportuno un supplemento di riflessione.

⁵³ Maggiori ragguagli su ciò nel mio *Il futuro dei diritti fondamentali*, cit., spec. al § 6.

⁵⁴ ... tanto al piano delle relazioni delle Corti europee *inter se*, quanto a quello dei rapporti con le Corti nazionali.

europea. Allo stesso tempo, tuttavia, i modelli costituzionali nazionali non smarriscono la propria identità culturale ma la vedono confermata, rigenerata a fondo proprio grazie al reciproco confronto⁵⁵, oltre che al confronto (e talora allo scontro) con un'identità europea ormai in avanzata maturazione.

Al riguardo, su due cose vorrei, in chiusura, sollecitare a fermare particolarmente l'attenzione.

La prima è che quest'equilibrio, per sua natura perennemente instabile, tra uniformità e differenziazione richiede uno sforzo costante e poderoso per essere salvaguardato come si conviene, perché è proprio in esso e grazie ad esso che i diritti possono esser fatti valere al massimo delle loro potenzialità espressive, sia pure alle condizioni oggettive di contesto: uno sforzo prodotto a ciascun livello istituzionale e da parte di tutti, giudici "costituzionali" (nella larga accezione qui accolta) e giudici comuni, il cui ruolo, di cruciale rilievo, merita di essere qui ancora una volta, come si conviene, sottolineato⁵⁶.

Il perfezionamento del "sistema di sistemi" si coglie proprio in ciò: nel suo essere ed interamente risolversi, nel corso delle vicende riguardanti i diritti, in una ricerca (non di rado sofferta, comunque assai impegnativa) del... *sistema*, vale a dire del modo con cui si renda possibile fissare, in un processo che non ha mai fine, i punti di equilibrio degli interessi in campo, di quell'equilibrio – come s'è veduto – dei *punti di vista*, portando all'emersione in primo piano di ciò che di meglio ciascuno di essi possiede ed esprime ed a lasciare in ombra ciò che invece fa da ostacolo all'affermazione della più "intensa" tutela dei diritti.

La seconda riguarda uno stato di fatto che non saprei ora dire quanto ancora possa durare.

Mi riferisco alla circostanza per cui, mentre nei riguardi dell'Unione (e, per ciò pure, della sua giurisprudenza) la Consulta tiene un atteggiamento assai cauto e persino deferente, assumendo che davanti ai suoi atti l'ordine interno sia tenuto *per sistema* a piegarsi, dandovi pronta e puntuale osservanza, di contro assai più flessibile è l'atteggiamento manifestato al piano dei rapporti con la CEDU (e la sua vestale, la Corte di Strasburgo), secondo quanto si è dietro mostrato accennando al carattere circoscritto dell'obbligo gravante sulla stessa Corte costituzionale (e, dunque, anche sui giudici comuni) di prestare ossequio alla sola "sostanza" della giurisprudenza europea⁵⁷.

Ora, in disparte lo scenario, ad oggi imprevedibile, che potrebbe aversi per effetto della prevista, auspicata adesione dell'Unione alla CEDU, già al presente – giusta l'impostazione qui data alle relazioni intersistemiche e la prospettiva assiologico-sostanziale da cui se ne consiglia l'osservazione – una siffatta, rigida distinzione di regimi appare meritevole di critico ripensamento, ove appunto si

⁵⁵ Di qui il cruciale rilievo della comparazione in ordine alla incessante messa a punto delle relazioni intersistemiche (su ciò, tra gli altri, G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna 2010; AA.VV., *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws*, cit.; AA.VV., *Human Rights Protection in the European Legal Order: the Interaction between the European and the National Courts*, a cura di P. Popelier-C. Van De Heyning-P. Van Nuffel, Cambridge 2011; G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, cit.; A.M. LECIS COCCO ORTU, *La comparaison en tant que méthode de détermination du standard de protection des droits dans le système CEDH*, in www.rivistaaic.it, 4/2011; P. GORI, *La rilevanza del diritto comparato nelle decisioni della CEDU*, relaz. all'incontro di studio su *La Corte europea dei diritti dell'uomo: il meccanismo di decisione della CEDU e i criteri d'interpretazione conforme*, cit. Altri riferimenti in S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Torino 2012).

⁵⁶ Su ciò, con varietà di toni e di orientamento, tra gli altri, R. CONTI, che vi ha insistito a più riprese (e, part., ne *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit.); E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Roma-Bari 2012 e, ora, con specifico riguardo alla materia penale, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale*, Roma 2012.

⁵⁷ Anche per quest'aspetto, si coglie la diversa natura riconosciuta in ambito interno alle pronunzie delle due Corti europee: quelle del giudice dell'Unione ponendosi quali vere e proprie fonti del diritto (come s'è veduto, di rango "paracostituzionale"), natura di cui sono invece prive quelle della Corte di Strasburgo; eppure, non si dimentichi che anche di queste ultime s'è di recente discusso come di un "novum" *quodammodo* assimilabile a quello che è proprio degli atti di normazione *stricto sensu* ([sent. n. 150 del 2012](#), e, su di essa, tra i molti commenti, G. REPETTO, *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU "supervenienti": i rischi dell'iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 3/2012, 2069 ss., e R. ROMBOLI, [Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa](#), in [Consulta OnLine](#), 26 febbraio 2013, e lett. *ivi*).

convenga a riguardo del mutuo, incessante processo di rigenerazione semantica che si intrattiene tra le Carte (e le Corti); tanto più se si considera che lo stesso giudice dell'Unione dichiara di voler cospicuamente attingere al giudice di Strasburgo riversando quindi nei propri atti il frutto dell'influenza culturale da quest'ultimo in considerevole misura esercitata; il quale giudice, peraltro, dal suo canto, si fa cura assai di frequente di appoggiarsi alla giurisprudenza della Corte dell'Unione, in tal modo arricchendo e rinnovando il circolo interpretativo, nel quale ovviamente s'immettono anche le suggestioni che vengono dagli ambienti nazionali (specie, ma non solo, ad opera dei tribunali costituzionali), componendosi in forme varie, in ragione degli interessi in campo e delle congiunture, con le indicazioni provenienti *ab extra*.

La vicenda è in corso e non è dunque agevole prevederne i prossimi, probabili sviluppi. Non rari sono, invero, gli irrigidimenti, da una parte e dall'altra, alle volte – vorrei dire – i veri e propri crampi mentali che non consentono di disporsi ad un ascolto non preorientato nei riguardi delle ragioni dell'altro, del diverso punto di vista di cui esse sono espressione. Il “dialogo” – è stato da più d'uno fatto notare⁵⁸ – è non di rado apparente, traducendosi piuttosto in un doppio o plurimo monologo tra parlanti lingue diverse, non reciprocamente comunicanti.

Vi sono alcuni indici esteriori che ad un occhio vigile e sensibile consentono di percepire la pervicace refrattarietà a far luogo ad un vaglio del punto di vista altrui non viziato in partenza da remore non taciute: un punto di vista che può, poi, anche non essere accolto ma solo a seguito della sua accurata e serena considerazione.

Così, i richiami non sempre fino in fondo fedeli bensì alle volte “filtrati”, selezionati, alla giurisprudenza altrui rendono testimonianza di resistenze legate a tradizioni culturali sottratte in partenza alla loro possibile revisione. O, ancora, l'orgogliosa (ma, a mio avviso, sterile e francamente insensata) rivendica di un primato culturale e positivo, che si ritiene assiomaticamente spettare all'ordinamento di appartenenza, cela a fatica, malamente, quell'*animus* volto alla improduttiva chiusura in se stessi da cui forse nascono i maggiore pregiudizi per i diritti. E duole constatare che siffatta chiusura si ha non poche volte proprio ad opera delle Corti nazionali, e segnatamente, per ciò che qui più importa, del nostro giudice delle leggi, che pure è assai abile nel mascherarla (o *tentare* di mascherarla...).

Non infrequenti sono, poi, i richiami fatti *ad pompam* (specie da parte della giurisprudenza nazionale alla giurisprudenza europea), a supporto di una soluzione che si ritiene nondimeno avere tutta quanta già nella Carta costituzionale la sua giustificazione. Insomma, una giurisprudenza costituzionale che dichiara, sì, di volersi aprire *all'alto* ed *all'altro* ma che, allo stesso tempo, conferma la compiutezza, la perfezione, della tutela apprestata dalla Carta di cui è garante, rifacendosi all'indicazione contenuta in uno dei frammenti sopra riportati e tratti dalla composita pronunzia del '99.

Il vero è che la giurisprudenza costituzionale, allo stato attuale del suo sofferto processo di maturazione, appare – come si è veduto – altalenante, alla ricerca di una identità e stabilità ancora non raggiunte e forse invero problematicamente raggiungibili anche nel prossimo futuro: perlomeno, fintantoché non saprà decidersi a riguardo del piano (se quello della teoria delle fonti ovvero l'altro della teoria dell'interpretazione) al quale ambientare le relazioni intersistemiche e del metodo (se d'ispirazione formale-astratta ovvero assiologico-sostanziale) in applicazione del quale far luogo alla loro opportuna messa a punto.

Lo studioso, per suo statuto metodologico, non può sottrarsi all'onere di portare alla luce sia i tratti chiari che quelli scuri dell'oggetto della sua critica osservazione. Vorrei però chiudere questa succinta ed approssimativa analisi con una nota ottimistica, dando dunque particolare risalto soprattutto ai primi, pur non nascondendomi i secondi. Può darsi, infatti, che con l'ulteriore avanzata del processo

⁵⁸ Tra gli altri, G.F. FERRARI, *Rapporti tra giudici costituzionali d'Europa e Corti europee: dialogo o duplice monologo?*, in AA.VV., *Corti nazionali e Corti europee*, a cura dello stesso F., Napoli 2006, VII ss.; G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit.; S. TROILO, *(Non) di solo dialogo tra i giudici vivranno i diritti? Considerazioni (controcorrente?) sui rapporti tra le Corti costituzionali e le Corti europee nel presente sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali*, in www.forumcostituzionale.it; D. TEGA, *I diritti in crisi*, cit.

d'integrazione europea, gli Stati (specie quelli che si considerano "forti", in grado di aver ancora oggi una missione da compiere al di fuori delle loro mura domestiche)⁵⁹ possano essere sollecitati ad attivare gli strumenti di difesa di cui dispongono⁶⁰, chiudendosi a riccio ed innalzando una barriera invalicabile da parte delle norme europee (e delle decisioni delle Corti che se ne sono garanti). Non credo però che, alla lunga, si riveli essere questa una strategia vincente; sono piuttosto propenso a credere che verrà sempre di più a prendere piede quella sana competizione al rialzo, a chi è in grado di offrire di più e di meglio al servizio dei diritti, tra Carte e tra Corti, di cui peraltro si hanno molti segni nella giurisprudenza, specie in quella degli anni a noi più vicini. Una competizione che – come si è venuti dicendo – è *culturale*, ancora prima (o piuttosto che) *positiva*, e che, nel lungo periodo, può portare all'avvicinamento dei regimi giuridici che stanno a base delle relazioni intersistemiche e delle giurisprudenze, se non pure alla piena omologazione degli uni e ad una piatta, incolore ed inespressiva uniformità degli indirizzi delle seconde, rendendosi in tal modo palese quella "federalizzazione dei diritti" che – come pure si faceva notare – appare essere la prospettiva sempre più concreta, adeguata, del "sistema di sistemi" nell'Europa in formazione.

⁵⁹ Si pensi, ad es., ai paletti eretti dalla giurisprudenza di Karlsruhe all'avanzata del processo d'integrazione europea, ben diversi dai "controlimiti" astrattamente enunciati ma – come s'è veduto – mai fatti valere da parte del nostro giudice delle leggi.

⁶⁰ Armi che, tuttavia, giudico arcaiche, per non dire che sono dei veri e propri ferri arrugginiti, a fronte di una interdipendenza economica (e non solo...) che va persino oltre le pur larghe barriere dell'Europa in costruzione. La qual cosa dovrebbe obbligare ad estendere l'analisi al senso stesso di categorie quali sovranità, Stato e, in ultima istanza, Costituzione; ciò che, tuttavia, non è evidentemente qui possibile (nella ormai nutrita lett. sul punto richiamo qui solo A. MORRONE, *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e "diritto costituzionale globale"*, in *Quad. cost.*, 4/2012, 829 ss., e riferimenti *ivi*). Mi limito solo a far notare di sfuggita che il modello, già altrove patrocinato, di un *ordine costituzionale "intercostituzionale"* – come mi è parso giusto chiamarlo –, qui pure ripreso, con specifico riguardo alle vicende del circolo interpretativo anche nelle sue proiezioni intersistemiche, può caricare di nuovi significati l'idea di Costituzione, rigenerarla, darvi modo di affermarsi proprio grazie al suo aprirsi alle Carte dei diritti, attingendo da esse quanto di più e di meglio sono in grado di offrire al servizio dei bisogni elementari dell'uomo.

Antonio Ruggeri

Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo

(a margine di una [pronunzia del Trib. di Roma, I Sez. Civ.](#), che dà “seguito” a [Corte EDU Costa e Pavan](#))

SOMMARIO: 1. Il caso e la questione cruciale in esso riproposta, relativa alla possibile (e, però, per ciò stesso, doverosa) applicazione diretta della Convenzione. – 2. Critica della singolare argomentazione addotta dal tribunale romano a sostegno del doppio regime valevole in presenza di antinomie tra leggi nazionali e Convenzione, dovendosi – a suo dire – far luogo ora all’applicazione immediata della seconda, laddove contenga una disciplina puntuale, ed ora all’esperimento di una questione di legittimità costituzionale nel caso che, pur essendo la Convenzione stessa autoapplicativa, si ponga in contrasto coi principi supremi dell’ordinamento costituzionale. – 3. La soluzione qui patrocinata: il giudice comune, che non sospetti la violazione della Costituzione da parte di norma CEDU, non può *in alcun caso* rivolgersi al giudice delle leggi, sia che la norma convenzionale cui è chiamato a dare esecuzione gli appaia autoapplicativa e sia pure che tale non sia, nel qual ultimo caso dovendosi comportare così come è solito fare in presenza di pronunzie della Corte costituzionale additive di principio. – 4. Se la soluzione qui accolta possa (e debba) valere in ogni altra sede giudiziaria in cui si ritrovi con identità di caratteri oggettivi il medesimo caso demandato al giudice dell’esecuzione: argomenti a favore di siffatta estensione, in prospettiva assiologicamente orientata (e, segnatamente, alla luce del principio di eguaglianza). – 5. Concretezza dei giudizi e vocazione dei casi, nella loro oggettiva connotazione, alla loro “*universalizzazione*”: i verdetti dei giudici comuni “conseguenziali” a pronunzie della Corte EDU e il bisogno che in essi sia fatto integralmente salvo il principio di eguaglianza. – 6. Conferme della estensione del vincolo discendente dalle pronunzie della Corte EDU che si hanno per effetto della tendenza crescente del giudice europeo alla propria “*costituzionalizzazione*”, in un contesto segnato da un’integrazione sovranazionale ormai avanzata e dal bisogno, viepiù avvertito, di una costante, mutua alimentazione semantica delle Carte e di un parimenti costante “dialogo” tra le Corti, che per la sua parte, lungi dallo svilire, ancora di più sottolinea il ruolo di centrale rilievo svolto dai giudici comuni in vista di un’ottimale salvaguardia dei diritti. – 7. Una previsione ed un auspicio finali.

1. Il caso e la questione cruciale in esso riproposta, relativa alla possibile (e, però, per ciò stesso, doverosa) applicazione diretta della Convenzione

La pronunzia cui si dirigono queste annotazioni, fatte a prima lettura, è stata emessa il [23 settembre 2013](#) dietro ricorso *ex art. 700 c.p.c.* presentato dai coniugi Costa e Pavan avverso l’ASL di Roma A e il centro di Tutela della Salute della Donna e del Bambino S. Anna, rifiutatisi di dar modo alla sig.ra Costa di accedere al trattamento di procreazione assistita con diagnosi genetica pre-impianto, a motivo del fatto che la coppia non risulta affetta da sterilità e ricade pertanto nel divieto al riguardo stabilito dalla legge n. 40 del 2004. In particolare, l’ASL ha eccepito che, in difetto dell’intervento riparatore posto in essere dal legislatore al fine di rendere in tutto conforme il dettato legislativo ai precetti della Convenzione, così come intesi e fatti valere dalla [Corte di Strasburgo nella sua pronunzia dell’agosto 2013 \(divenuta definitiva nel febbraio 2013\)](#), resta precluso alle coppie fertili ancorché portatrici di malattie genetiche trasmissibili di accedere alle tecniche di PMA, restando consentiti i soli interventi sull’embrione a finalità diagnostica e terapeutica¹.

La decisione qui annotata esibisce un’argomentazione assai articolata, che meriterebbe di essere presa in considerazione in modo parimenti articolato e approfondito. Qui tuttavia si fermerà l’attenzione unicamente su un punto, peraltro di cruciale rilievo, avuto riguardo alle forme del rilievo interno delle pronunzie della Corte EDU, laddove specificamente investano – come nel caso odierno

¹ Si faccia sin d’ora caso al fatto che, a differenza di una sensibile giurisprudenza preoccupata di dare pronto e fedele “seguito” alle pronunzie della Corte EDU, l’amministrazione è restia ad attivarsi in tal senso, dando così testimonianza di talune pastoie che ad oggi l’avvolgono e ne impediscono l’agile e sollecito svolgimento al servizio dei diritti riconosciuti nella Convenzione.

– norme legislative non conformi a Convenzione e non ancora rimosse dal suo autore né fatte oggetto di intervento caducatorio da parte del giudice costituzionale².

Il Tribunale di Roma pone la questione nei giusti termini e, sotto un certo profilo che subito si dirà, la risolve, a mia opinione, correttamente nel merito; lascia, di contro, perplessi la motivazione addotta, anche (e soprattutto) in vista di ulteriori applicazioni del “giudicato” convenzionale a casi analoghi.

Si tratta, infatti, di stabilire – dice il giudice romano – se l’efficacia immediata e diretta della pronuncia emessa a Strasburgo resti circoscritta all’aspetto risarcitorio a carico dello Stato, a motivo della violazione patita dalle parti del diritto riconosciuto dalla Convenzione, ovvero se l’accertamento della violazione stessa “sia destinato a ripercuotersi sul diritto interno”.

Il Tribunale non esita a schierarsi per il secondo corno dell’alternativa, giudicando possibile (e, anzi, doverosa) la disapplicazione della legge “anticonvenzionale” con riferimento alle parti vittoriose a Strasburgo, dal momento che al verdetto della Corte EDU è da assegnare “valore assimilabile al giudicato formale” per il procedimento in corso, mentre riconosce essere “di più incerta soluzione” la questione della immediata applicazione della norma convenzionale a casi analoghi³. E si appoggia al riguardo a precedenti indicazioni in tal senso date dalle Sezioni Unite della Cassazione (in una pronuncia, però, la n. 28507 del 23 dicembre 2005, anteriore alle [sentenze “gemelle” del 2007 della Consulta](#)).

2. Critica della singolare argomentazione addotta dal tribunale romano a sostegno del doppio regime valevole in presenza di antinomie tra leggi nazionali e Convenzione, dovendosi – a suo dire – far luogo ora all’applicazione immediata della seconda, laddove contenga una disciplina puntuale, ed ora all’esperienza di una questione di legittimità costituzionale nel caso che, pur essendo la Convenzione stessa autoapplicativa, si ponga in contrasto coi principi supremi dell’ordinamento costituzionale

L’argomento “forte” addotto dal [giudice romano](#) fa riferimento alla struttura della sentenza del giudice europeo: una volta, infatti, che da essa si ricavi – come nella specie – una regola “sufficientemente precisa ed incondizionata”, che si dimostri idonea a prendere subito il posto della disciplina legislativa incompatibile con la Convenzione, se ne ha che della prima può (e deve) farsi immediata applicazione in vece della seconda. Di contro, aggiunge il Tribunale, la rimessione degli atti alla Consulta si giustificherebbe, “pur in presenza di una regola CEDU autoapplicativa”, laddove si evidenzi un contrasto tra quest’ultima e i principi supremi dell’ordinamento costituzionale.

Qui, si rende subito palese, a mia opinione, uno slittamento di piano dell’argomentazione. Il doppio regime, che vede una questione di “convenzionalità” ora definita dal giudice comune con la immediata disapplicazione della fonte interna incompatibile con la CEDU (accompagnata dall’applicazione di quest’ultima) ed ora sottoposta alla cognizione del giudice costituzionale, richiama subito alla mente il parimenti doppio regime, come si sa, valevole per i casi di antinomia tra leggi e diritto dell’Unione. Solo che con riguardo a questi ultimi, esso si giustifica non tanto in ragione del diverso parametro costituzionale di volta in volta evocato in campo, siccome passibile di violazione da parte delle norme ad esso subordinate, bensì (ed esclusivamente) in considerazione della struttura nomologica degli atti “eurounitari” – come a me piace chiamarli – cui non sia prestato ossequio da parte delle fonti di diritto interno, a seconda cioè che essi siano o no *self-executing*. Poi, è pur vero che – per l’indirizzo giurisprudenziale ormai invalso alla Consulta⁴ – le norme dell’Unione in genere (siano, o no, autoapplicative) vanno incontro, al momento del loro ingresso in ambito

² Come si sa, sulla legge 40 sono ad oggi pendenti alla Consulta talune questioni di costituzionalità che riguardano proprio la sua conformità alla Convenzione; e sarà da vedere quale considerazione sarà data all’orientamento nel frattempo manifestato dal giudice europeo.

³ Di ciò, d’altronde, il giudice non doveva farsi carico, restando per sua natura circoscritta la pronuncia che era chiamato ad emettere alle sole parti ricorrenti. Il di più avrebbe, dunque, avuto un rilievo meramente culturale, da cui nondimeno avrebbero potuto trarre profitto altri giudici.

⁴ ... nel quale, nondimeno, come preciserò più avanti, non mi riconosco.

interno, al solo limite dei principi di base dell'ordinamento (i c.d. "controlimiti"); ma questo vale appunto *sempre*, sia che si faccia questione della loro eventuale, immediata applicazione nelle sedi della giustizia comune e sia pure che, a motivo della loro struttura, si debba invece andare al giudizio della Corte costituzionale.

Nel caso nostro, non si capisce perché mai la Corte stessa debba essere chiamata in campo unicamente nel caso che si dubiti della osservanza dei principi suddetti da parte delle norme convenzionali, ove si ammetta – in forza della direttiva d'azione al riguardo impartita dalla Consulta ai giudici comuni a partire dal 2007 – che la CEDU è fonte "subcostituzionale", come tale in tutto e per tutto soggetta all'osservanza di qualsivoglia norma costituzionale⁵. Su siffatta qualifica, per ragioni che sono state enunciate altrove, personalmente non convengo; ma non è di ciò che dobbiamo ora nuovamente trattare. Il punto è che, sospettando la incompatibilità tra la Convenzione e la Carta costituzionale – *siano, o no, in ballo norme di questa espressive di principi fondamentali* –, il giudice non potrebbe, a stare all'orientamento della Consulta ormai affermatosi, sottrarsi all'obbligo di rimettere gli atti alla Consulta stessa. Se, di contro, si reputa – come, appunto, ha reputato il Tribunale nella circostanza odierna, sia pure in un quadro concettuale non nitido in ogni sua parte e linearmente rappresentato – che un problema di incompatibilità tra le Carte suddette non si ponga, l'unico accertamento cui parrebbe doversi far luogo è quello relativo all'attitudine della norma convenzionale ad essere portata ad immediata applicazione. Così, perlomeno, è da dire a stare all'ordine di idee, fatto proprio dal giudice romano, della possibile applicazione diretta della Convenzione.

Siamo sicuri, però, che le cose stanno davvero così?

3. La soluzione qui patrocinata: il giudice comune, che non sospetti la violazione della Costituzione da parte di norma CEDU, non può in alcun caso rivolgersi al giudice delle leggi, sia che la norma convenzionale cui è chiamato a dare esecuzione gli appaia autoapplicativa e sia pure che tale non sia, nel qual ultimo caso dovendosi comportare così come è solito fare in presenza di pronunzie della Corte costituzionale additive di principio

In realtà, l'accostamento tra il doppio regime che governa le antinomie tra diritto interno e diritto "eurolunitario" in dipendenza del carattere strutturale delle norme di quest'ultimo e il parimenti doppio regime che starebbe a base delle antinomie con la Convenzione non regge per una ragione di fondo, che va oltre le previsioni che al riguardo sono contenute nel trattato di Lisbona, con la "copertura" ad esse offerta dall'art. 11 Cost. Ed è che, in casi come quello che ha dato lo spunto per queste notazioni, si tratta di dare esecuzione in ambito interno ad un verdetto della Corte di Strasburgo, a norma dell'art. 46 della CEDU⁶. Il giudice nazionale è, dunque, il terminale di una vicenda processuale che parte dall'ordine interno, dove si è consumata una violazione della Convenzione, e, dopo il passaggio da Strasburgo, a quest'ultimo torna, per quindi in esso trovare finalmente ricetto.

Ora, se il giudice comune, al quale si fa richiesta di portare ad effetto il giudicato convenzionale, dovesse a questo fine rivolgersi ad altro giudice (foss'anche quello costituzionale...), non sarebbe più appropriato discorrere di una "esecuzione" del giudicato stesso e la vicenda tornerebbe innaturalmente a riaprirsi, contraddicendo lo stesso giudizio emesso a Strasburgo che, per il solo fatto di essersi avuto, attesta l'esaurimento dei rimedi processuali di diritto interno. Resta ovviamente salvo il caso che il giudice sospetti la violazione da parte della Convenzione, per come fattasi "diritto vivente", nei riguardi della Costituzione; ciò che potrebbe portare a sollevare una questione di

⁵ Così, perlomeno, si suol dire, in linea con l'orientamento della Corte costituzionale ormai invalso. In altra sede, mi sono tuttavia chiesto se, a motivo dei suoi contenuti, per il fatto cioè di "parlare" di diritti fondamentali, la CEDU non possa che confrontarsi, in modo diretto ed esclusivo, con enunciati della Carta costituzionale espressivi di principi fondamentali.

⁶ Sulle non poche, gravi questioni che al riguardo si pongono, fatte oggetto – come si sa – di un nutrito e ad oggi non sopito dibattito, v., di recente, L. MARRONE, *Esecuzione ed efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti umani in Italia: ancora sul caso Sud Fondi ed altri*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 6/2012, 183 ss.

costituzionalità della norma convenzionale, per il tramite della legge che vi dà esecuzione⁷, non già però della norma interna che si assuma incompatibile con la disciplina convenzionale⁸. Questo non era però il caso che ha portato alla pronuncia del tribunale romano.

Insomma, il giudice cui la parte si rivolge affinché sia data esecuzione alla decisione del giudice europeo non può, a sua volta, rivolgersi alla Consulta, neppure dunque laddove la norma convenzionale gli appaia priva dell'attitudine ad essere portata ad immediata applicazione. In realtà, molte volte si tratta appunto di una mera apparenza; ammettiamo pure, però, che, in una circostanza data, la Convenzione gli sembri non autoapplicativa. Cosa potrebbe fare per dare, com'è giusto che sia, finalmente appagamento alla domanda di giustizia postagli dalle parti offese da legge "anticonvenzionale"?

Mi pare che il caso possa assimilarsi a quello che – come si sa – si ha in presenza di pronuncia additiva di principio della Corte costituzionale. Il fatto che quest'ultima non sia *self-executing*, mentre per un verso attiva l'obbligo del legislatore di darvi l'opportuno svolgimento normativo (a valenza *erga omnes*), per un altro non esclude (ed anzi implica) nel frattempo il doveroso intervento del giudice, chiamato ad estrarre dal principio aggiunto dalla Corte la regola buona per il caso⁹.

Non torno ora a discutere della linearità della costruzione giurisprudenziale ormai invalsa, che solleva plurimi e – a me pare – ad oggi irrisolti interrogativi. Sta di fatto che il giudice comune è qui sollecitato a porre in essere un'attività – va detto con chiarezza – che è, *in nuce*, di produzione normativa, trattandosi non di una mera *applicazione* bensì di una vera e propria *attuazione* del principio, ancorché la regola desunta dal principio stesso risulti – com'è ovvio – priva dell'attitudine a portarsi oltre il caso (e le parti). Ed è un'attività che lo stesso giudice costituzionale ha riconosciuto essergli preclusa, ad essa opponendosi il rispetto della discrezionalità del legislatore (limite, questo, non valevole per il giudice comune, sia per il fatto che quest'ultimo non dà vita ad atti aventi efficacia generale e sia perché, ove non facesse luogo alla produzione della regola buona per il caso, si renderebbe responsabile di denegata giustizia). Un'attività, infine, che è essa pure di "giustizia costituzionale", offrendo il giudice comune il proprio concorso al perfezionamento di un'operazione di bonifica costituzionale dimostratasi impossibile ad aversi in modo pieno nella sede sua propria.

⁷⁷ È poi da vedere se, in una circostanza siffatta (peraltro, dallo stesso giudice delle leggi ritenuta assai remota), possa assistersi alla caducazione nelle forme usuali della legge di esecuzione della Convenzione "nella parte in cui..." ovvero alla mera sua dichiarazione d'"irrelevanza" ai fini del caso, vale a dire al riconoscimento della sua inidoneità ad integrare il parametro costituzionale (soluzione da me patrocinata in *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, a cura di F. Dal Canto - E. Rossi, Torino 2011, 149 ss., spec. 168 ss., e in altri scritti). E non è al riguardo senza significato che il giudice delle leggi, a partire dalla [sent. n. 311 del 2009](#), si sia fatto cura di non dichiarare più che le norme convenzionali (per il tramite della legge che vi dà esecuzione) siano passibili di annullamento.

⁸ Non è tuttavia da escludere che, in una congiuntura siffatta, il giudice costituzionale possa *motu proprio* porre a se stesso una questione di costituzionalità in relazione a norma di legge a sua volta sospetta di violare la Convenzione. L'ipotesi, nondimeno, non è di agevole configurazione. La caducazione della fonte nazionale in via consequenziale parrebbe presupporre la previa adozione di una pronuncia di accoglimento sulla Convenzione e il conseguente annullamento di norme interne a questa funzionalmente legate e volte a darvi fedele svolgimento, non già – come per l'ipotesi ora ragionata – norme contrarie a Convenzione. È pur vero, tuttavia, che in passato si è discusso circa la eventuale ammissione di dichiarazioni d'illegittimità consequenziale contenute in pronunzie di rigetto (segnatamente, in decisioni interpretative di rigetto), ma la soluzione al riguardo prospettata "non parrebbe del tutto razionale" (così, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2009, 217 e, più di recente, R. PERRONE, *Sentenze interpretative di rigetto e illegittimità consequenziale*, in *Giur. cost.*, 2010, 939 ss.). L'ipotesi, ad ogni buon conto, in disparte ogni obiezione di ordine teorico riconducibile alla lettera dell'art. 27, l. n. 87 del 1953, non sembra ad oggi aver trovato riscontro (sull'istituto dell'illegittimità consequenziale, v., per tutti, l'approfondito studio monografico di A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Soveria Mannelli 2008, e in quest'ultimo, per l'ipotesi sopra ragionata, 37 s.; dello stesso, ora, *Le conseguenze dell'invalidità: l'incerto ambito di applicazione dell'art. 27, secondo periodo, della legge n. 87 del 1953*, in *Giur. cost.*, 1/2012, 439 ss., spec. 440).

⁹ A sostegno della soluzione qui patrocinata a me pare che possa richiamarsi un passaggio, contenuto nel punto 7.2 del *cons. in dir.*, della [sent. n. 210 del 2013](#) nel quale si rileva che "le modalità attraverso le quali lo Stato membro si adegua con misure strutturali alle sentenze della Corte di Strasburgo non sempre sono puntualmente determinate nel loro contenuto da tali pronunce, ma ben possono essere individuate con un ragionevole margine di apprezzamento".

Al pari, poi, di ciò che si ha in presenza delle pronunzie della Corte costituzionale cui è ora fatto riferimento, resta fermo, anche sul versante dei rapporti con la Convenzione (nel suo farsi “diritto vivente”), l’obbligo del legislatore di rimuovere con effetti generali la causa della violazione della Convenzione, abrogando o variamente modificando la disciplina interna con essa incompatibile.

4. *Se la soluzione qui accolta possa (e debba) valere in ogni altra sede giudiziaria in cui si ritrovi con identità di caratteri oggettivi il medesimo caso demandato al giudice dell’esecuzione: argomenti a favore di siffatta estensione, in prospettiva assiologicamente orientata (e, segnatamente, alla luce del principio di eguaglianza)*

Rimane da chiedersi se la soluzione qui patrocinata valga per il solo giudice cui si siano rivolte le parti vittoriose a Strasburgo ovvero possa (o debba) estendersi altresì ad ogni altro giudizio attivato in ambito interno e che si presenti in tutto e per tutto identico a quello in cui è data esecuzione al verdetto della Corte EDU.

La questione è – come si sa – agitata da tempo ed ha avuto modo di riproporsi specie col caso [Scoppola](#). *In nuce*, si tratta di stabilire se l’accostamento tra le pronunzie del giudice europeo e quelle del giudice costituzionale possa spingersi fino al punto di considerare anche le prime provviste di quella efficacia “normativa” che è ormai riconosciuta alle seconde (con specifico riguardo a quelle “manipolative”)¹⁰.

La risposta che usualmente si dà è – com’è noto – negativa; e tale è stata, ancora di recente, quella data dalla Consulta con [sent. n. 210 del 2013](#), sopra già richiamata, con riguardo ad un caso in tutto identico a quello di [Scoppola](#). Eppure, lo stesso giudice delle leggi, in una sua parimenti recente e nota decisione, essa pure in materia di accesso alla procreazione medicalmente assistita, la [n. 150 del 2012](#)¹¹, ha trattato una novità giurisprudenziale venuta alla luce a Strasburgo al pari di ciò che si ha in presenza di uno *ius superveniens* per effetto del quale si giustifichi una nuova valutazione, da parte dei giudici remittenti, della rilevanza di questioni di costituzionalità dapprima sollevate. È vero che lo stesso giudice costituzionale dà, in via generale, mostra di voler tenere nettamente distinto il diritto giurisprudenziale dal c.d. “diritto politico” (o, per dir meglio, dal “diritto legislativo”¹²), secondo

¹⁰ Riprendo qui una etichetta presente in un noto scritto di G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Padova 1985, 755 ss.

¹¹ Fra i suoi molti commenti, E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino “convenzionale” della Corte*, e A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell’ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, entrambi in [www.forumcostituzionale.it](#), rispettivamente, 29 giugno e 19 luglio 2012; G. REPETTO, *Corte costituzionale, fecondazione eterologa e precedente CEDU “superveniens”: i rischi dell’iperconcretezza della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost.*, 3/2012, 2069 ss.; V. MAGRINI, *La scelta della restituzione degli atti nell’ordinanza della Corte costituzionale n. 150/2012*; B. LIBERALI, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo*; I. PELLIZZONE, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell’ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale*, tutti in [www.rivistaaic.it](#), 3/2012; U. SALANITRO, *Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 636 ss.; R. ROMBOLI, [Lo strumento della restituzione degli atti e l’ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa](#), in [Consulta Online](#), 26 febbraio 2013, e pure *ivi*, S. AGOSTA, *La Consulta nel gioco di specchi riflessi tra Corti sopranazionali e giudici comuni (in tema di protezione giuridica della vita nascente)*, 23 luglio 2012, nonché, volendo, anche il mio *La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell’assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell’anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, 12 giugno 2012; R. CONTI, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in AA.VV., *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di R. Cosio e R. Foglia, Giuffrè, Milano 2013, 253 ss.

¹² Consiglio questo diverso sintagma, che a me pare più preciso del primo, pure ormai d’uso comune, dal momento che il termine “politico” potrebbe far pensare a forme di produzione normativa di specifica connotazione politica, quali sono quelle che si hanno per il tramite di convenzioni costituzionali o di *regolarità*, non già di *regole*, di esclusivo rilievo presso gli operatori politici.

quanto si precisa in [Corte cost. n. 230 del 2012](#), laddove si esclude che il mutamento giurisprudenziale (segnatamente, della Cassazione) possa, in alcun caso o modo, produrre i medesimi effetti di vincolo che sono propri delle norme di legge. Non è chi non veda, però, come ciò che si reputa valere per i verdetti dei giudici comuni¹³ non è detto che valga altresì per il giudice europeo, così come, per altro verso, di sicuro non vale per il giudice costituzionale, alle cui decisioni (quanto meno a quelle caducatorie, specie se manipolative) usualmente – come si diceva – si assegna valore “normativo”.

Il profilo della eguaglianza, poi, come più d’uno ha fatto notare in relazione al caso [Scoppola](#) e ad altre vicende che hanno fatto particolarmente discutere, obbliga a riconsiderare, senza alcun preorientamento ideologico o di dottrina, la questione relativa alla estensione oltre la cerchia delle parti degli effetti prodotti dal *decisum* convenzionale, affinché non abbiano ad aversi più – com’è stato felicemente detto¹⁴ – “figli di un Dio minore”.

Il punto non può essere ora convenientemente trattato, evocando in campo talune generali questioni di particolare impegno teorico, come tali bisognose di uno spazio qui non disponibile. Riservandomi di tornare a dirne in altra e più acconcia sede, mi limito al momento unicamente ad osservare che al fondo della questione ora accennata sta una scelta di campo, che è a un tempo di teoria della Costituzione e di metodo nello studio del diritto costituzionale. Perché, a conti fatti, si tratta di stabilire se la prospettiva dalla quale vanno riguardate le esperienze costituzionalmente rilevanti (e, segnatamente, per ciò che ora interessa, quelle che maturano al piano delle relazioni interordinamentali) debba connotarsi come formale-astratta ovvero se – come a me pare – debba piuttosto essere d’ispirazione assiologico-sostanziale, avendo come suo primario ed indeclinabile obiettivo la valorizzazione dei valori fondamentali (e, in ispecie, della coppia di libertà ed eguaglianza, nelle loro mutue ed inscindibili implicazioni¹⁵), la integrale ed effettiva salvaguardia della loro congenita vocazione a permeare l’intero ordinamento, lasciando in ogni sua parte un segno marcato della loro perdurante vigenza.

Numerose testimonianze si hanno nella giurisprudenza costituzionale, specie la più recente, dell’orientamento a riconsiderare le relazioni interordinamentali¹⁶, specie nelle loro proiezioni processuali, dalla prospettiva che ha nei valori fondamentali la stella polare che illumina il cammino degli operatori fino alla meta in cui la giustizia può rivelarsi, conformemente alla propria indeclinabile vocazione, autenticamente *giusta*, siccome effettivamente idonea, alle condizioni complessive di contesto, ad offrire un servizio ai bisogni elementari e più intensamente avvertiti dell’uomo.

Mi limito solo ad enunciare i principali di essi, senza alcun commento.

E così – tralasciando ora di battere il versante dei rapporti tra diritto interno e diritto “eurounitario”, il cui assetto poggia sui valori di pace e giustizia tra le Nazioni, alla cui luce si è, come si sa, riconosciuta dignità “paracostituzionale” al secondo nelle sue espressioni positive rilevanti in ambito

¹³ Pure per essi, però, si dovrebbero a mia opinione fare al riguardo non poche precisazioni che qui non possono trovare spazio (per qualche spunto, v., peraltro, *infra*).

¹⁴ Riprendo qui il titolo di un noto commento alla [Scoppola](#) di F. VIGANÒ, *Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all’ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia. Riflessioni in attesa della decisione delle Sezioni Unite*, in www.penalecontemporaneo.it, 10 aprile 2012.

¹⁵ Su di che, part., la densa riflessione teorica di G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari 2009 e, più di recente, di C. SALAZAR, *I principi in materia di libertà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura, in corso di stampa, spec. ai §§ 10 e 11. In prospettiva giusfilosofica, acuti rilievi possono vedersi in M. ZANICHELLI, *Il valore dell’uguaglianza nella prospettiva del diritto*, in *La società degli individui*, 3/2011, 33 ss.

¹⁶ ... e le relazioni internormative in genere, anche nelle loro espressioni di esclusivo rilievo interno. Si pensi, per fare solo i primi esempi che vengono in mente, al limite all’abrogazione popolare costituito dall’attitudine (che va, nondimeno, provata...) della disposizione oggetto della domanda referendaria ad offrire la “tutela minima” a beni costituzionalmente protetti, laddove cioè la composizione in sistema di fonti (che, a dire della Corte, sono pariorinate) si fa e senza sosta rinnova non già in ragione della veste formale delle fonti stesse o della forza da essa discendente bensì, ed esclusivamente, in ragione delle *norme* da esse prodotte, per il modo con cui si rapportano ai valori e li servono. E così pure per ciò che concerne l’avvicendamento delle leggi nel tempo, con specifico riguardo al caso che leggi anteriori fissino i c.d. “livelli essenziali” delle prestazioni concernenti i diritti, come tali non soltanto idonee a porre limiti all’autonomia regionale ma – a me pare – anche a leggi statali future che assumano di abbassare i livelli stessi oltre il costituzionalmente tollerabile, con grave pregiudizio dei diritti stessi e, in ultima istanza, della dignità della persona umana. E via dicendo.

interno – si pensi solo al canone della tutela più “intensa” (part., [sent. n. 317 del 2009](#) e succ.)¹⁷, in nome della quale può farsi ugualmente applicazione di leggi ancorché incompatibili con la Convenzione, allo stesso modo con cui però, a mia opinione, può darsi la precedenza a quest’ultima pur se contraria a singole norme costituzionali, sempre che idonea a servire al meglio la Costituzione medesima come “sistema” (spec. [sentt. nn. 236 del 2011](#) e [264 del 2012](#) e, più di recente, [170](#) e [202 del 2013](#)), quale risultante cioè all’esito di operazioni di bilanciamento (appunto, *secondo valore*) tra gli interessi in campo¹⁸. Un bilanciamento che – a dire della Consulta – può persino comportare la messa da canto di norme costituzionali sulla normazione (ad es., dell’art. 117, I c.) per far posto a norme sostantive bisognose di prioritaria considerazione, proprio alla luce dei valori in gioco e delle loro mobili combinazioni in ragione dei casi¹⁹.

Ancora, è in nome dei valori (e, segnatamente, del valore personalista quale perno dell’intero sistema costituzionale, anche nel suo porsi in rapporto con altri sistemi²⁰) che lo stesso giudicato interno può trovarsi a recedere davanti al giudicato convenzionale, laddove il secondo si dimostri idoneo ad offrire una salvaguardia ai diritti fondamentali della persona maggiormente accresciuta di quella offerta dal primo ([sent. n. 113 del 2011](#))²¹.

In fondo, poi, se ci si pensa, è sempre in nome dei valori (e, segnatamente della coppia costituita da libertà ed eguaglianza) che, nell’ultima giurisprudenza costituzionale²², si è dato particolare risalto

¹⁷ ... il quale peraltro – fa ora giustamente notare E. LAMARQUE, *Las relaciones entre los órdenes nacional, supranacional e internacional en la tutela de los derechos*, relazione alle Giornate italo-spagnolo-brasiliane su *La protección de los derechos en un ordenamiento plural*, Barcellona 17-18 ottobre 2013, in *paper*, § 3 – rileva parimenti al piano dei rapporti col diritto dell’Unione. Dal mio canto, ho già avuto modo di osservare in più luoghi (tra cui *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in [www.rivistaaic.it](#), 1/2011) che i “controlimiti”, usualmente considerati per sistema opponibili all’ingresso del diritto stesso in ambito interno, in realtà vanno di volta in volta sottoposti a verifica, nessuna norma – interna o esterna che sia – potendo vantare una presunzione assoluta di preminenza su altre e tutte invece dovendosi giocare la partita alla pari, per il modo con cui, in base ai contenuti dalle stesse esibiti, possano vantare “copertura” nella coppia assiologica di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità), siccome idonee a darne l’ottimale servizio alle condizioni oggettive di contesto.

¹⁸ La contraria opinione, che invece vorrebbe sempre e comunque assicurata la precedenza alla Costituzione sulla CEDU, comporterebbe, se accolta, un inevitabile slittamento di piano e conversione di metodo, alla prospettiva di stampo assiologico-sostanziale, che ha riguardo alle *norme* ed alla loro mobile composizione in sistema per il modo con cui servono i valori, subentrando la prospettiva d’ispirazione formale-astratta, che guarda alle *fonti* ed assume che esse detengano sempre il medesimo posto nel sistema. Solo che, ove ci si interroghi sul “luogo” positivo in cui si situi, in relazione ad un dato caso, la tutela più “intensa”, è evidente che la prospettiva si è già portata oltre lo schermo della *forma* (e delle *fonti*) per puntare diritto alle *norme*, onde stabilire quale di esse sia la più idonea ad offrire la tutela stessa.

¹⁹ In realtà, come si è tentato di mostrare altrove, le cose, nel caso nostro, non stanno affatto così, dal momento che è la stessa Convenzione a voler ritagliare per sé un ruolo meramente “sussidiario” rispetto alle garanzie offerte in ambito interno, dichiarando di poter valere alla sola condizione che la tutela assicurata in quest’ultimo risulti inadeguata o, come che sia, meno “intensa” di quella che essa è in grado di apprestare. Di modo che nessuna violazione dell’art. 117, I c., in tesi, può dirsi sussistere ogni qual volta norme legislative contrarie a Convenzione si dimostrino idonee a garantire ancora meglio di quest’ultima i diritti fondamentali.

È tuttavia interessante notare, sia pure di sfuggita, che in altri campi di esperienza, qui non rilevanti, la giurisprudenza costituzionale ha più volte ammesso la “cedevolezza” delle norme sulla normazione rispetto alle norme sostantive della Carta, in funzione della ottimale salvaguardia dei diritti fondamentali (e, in definitiva, della dignità della persona umana): ad es., al piano dei rapporti tra le leggi di Stato e Regione, considerandosi (tra le altre, [sentt. nn. 10 del 2010](#) e [62 del 2013](#)) quelle dell’uno, diversamente (e stranamente) però rispetto a quelle dell’altra ([sentt. nn. 373 del 2010](#) e [325 del 2011](#)), abilitate ad immettersi negli ambiti materiali che non sono loro propri ove ciò si giustifichi (ed anzi imponga) in nome dei valori fondamentali dell’ordinamento. La qual cosa è, poi, uno dei molti indici di una complessiva tendenza del giudice costituzionale a farsi cura più delle ragioni dell’unità che di quelle dell’autonomia (a riguardo delle più salienti “regolarità” in tal senso riscontrabili nella più recente giurisprudenza, v., tra gli altri, S. CALZOLAIO, *Di alcune “regolarità” nella giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del Titolo V*, in *Ist. Fed.*, 2/2013, 453 ss.).

²⁰ Su di che, può, volendo, vedersi ora il mio *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, cit, nonché in [www.federalismi.it](#), 17/2013.

²¹ Sull’annosa questione, ora, la documentata (anche con riferimenti ad esperienze straniere) trattazione di V. SCJARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Padova 2013.

²² V., spec., [sent. n. 210](#), cit., e [ord. n. 235 del 2013](#) (e, su di esse, per un primo commento, F. VIGANÒ, *La Corte costituzionale sulle ricadute interne della sentenza Scoppola della Corte EDU, e Prosegue la ‘saga Scoppola’: una*

alle c.d. *sentenze-pilota* del giudice europeo, con ciò naturalmente portando all'esito della estensione degli effetti da esse prodotte oltre l'*hortus conclusus* delle singole vicende processuali che ne determina la emanazione. Certo, si potrà pur fare al riguardo richiamo al bisogno di una maggiore economicità ed efficienza nell'esercizio della giurisdizione; in disparte tuttavia la circostanza per cui anche siffatti connotati sono pur sempre pensati al servizio, oltre che della collettività, di quanti specificamente avanzano domande di giustizia²³, il vero è che a base del rilievo oggi dato alle pronunzie in parola c'è il bisogno, ancora più intensamente avvertito e meritevole di considerazione, di apprestare una *giustizia giusta*, eguale per tutti coloro che versano nella identica situazione di fatto e di diritto.

5. *Concretezza dei giudizi e vocazione dei casi, nella loro oggettiva connotazione, alla loro "universalizzazione": i verdetti dei giudici comuni "conseguenziali" a pronunzie della Corte EDU e il bisogno che in essi sia fatto integralmente salvo il principio di eguaglianza*

Qui è il cuore della questione ora sommariamente discussa.

Commettono un grave errore di prospettiva (e, di conseguenza, di ricostruzione) quanti – e, come si sa, sono tanti – ritengono che gli effetti delle pronunzie della Corte EDU non possano che restare circoscritti al caso, poiché al caso stesso rimane strettamente ed inscindibilmente legato il verdetto emesso a Strasburgo, nel dispositivo così come (e soprattutto) nella parte motiva. Il punto è, però, che il caso va pur sempre visto nella sua complessiva *connotazione oggettiva*, quale risulta dai materiali normativi e fattuali assieme che compongono l'oggetto del giudizio. Al di là dei soggetti, ciò che rileva è il caso in sé, la singola vicenda processuale vista però nella sua capacità di "*universalizzarsi*", di tornare a ripetersi coi medesimi caratteri oggettivi in vicende processuali a parti diverse²⁴.

La concretezza del giudizio non si discute; è – come si sa – una risorsa preziosa che dà modo al giudice, che sappia coglierla e sfruttarla appieno, di pervenire a quella giustizia giusta, di cui un momento fa si diceva, che resterebbe altrimenti non realizzata qualora il giudice, tradendo la funzione (ed anzi la vera e propria missione) al cui esercizio è chiamato, non si piegasse sull'umana vicenda portata alla sua cognizione, sui bisogni delle persone che fiduciose gli si rivolgono, vagliandoli alla luce, sì, delle norme in vigore ma riguardate per ciò che esse hanno da dare al servizio dei valori e dell'uomo²⁵. Tutto ciò non soltanto non si avrebbe ma, verosimilmente, si avrebbe in modo distorto (con le prevedibili conseguenze a discapito della giustizia e di coloro che ad essa si affidano) ove il giudice si rinchiudesse in se stesso ed assumesse di poter giudicare *in vitro* (ed in prospettiva formale- astratta), anziché – come, a mia opinione, deve – *in vivo* (ed in prospettiva assiologico-sostanziale).

discutibile ordinanza di manifesta inammissibilità della Corte costituzionale, entrambe in www.penalecontemporaneo.it, rispettivamente 19 e 26 luglio 2013). Alla [sent. n. 210](#) ha, peraltro, fatto esplicito richiamo la decisione del giudice romano qui annotata.

²³ Da una prospettiva di ordine teorico-generale, è stato, assai di recente, finemente osservato che anche la cura di interessi che fanno capo all'intera collettività (quali la sicurezza o la difesa da attacchi del nemico) ha pur sempre la sua ragion d'essere nella salvaguardia di diritti fondamentali di ciascun individuo (G. SILVESTRI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana: bilanciamenti, conflitti e integrazioni delle tutele*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, cit.).

²⁴ Maggiori ragguagli sul punto, con specifico riguardo all'oggetto nei giudizi di costituzionalità e, in relazione a questo, agli effetti delle pronunzie della Corte che li definiscono, possono – se si vuole – aversi dal mio *Storia di un "falso". L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano 1990, spec. 95 ss., con le ulteriori precisazioni che sono in *Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - J. Luther, Torino 2011, 349 ss.

²⁵ Ho trovato di straordinario spessore, civico e scientifico a un tempo, le riflessioni al riguardo svolte da R. CONTI, ancora da ultimo nel suo *Le scelte morali e i diritti delle persone: il ruolo del giudice e del legislatore*, relaz. all'incontro su *La giustizia davanti ai temi eticamente sensibili*, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, Roma 25-27 settembre, in *paper*.

Lo stesso giudice costituzionale, che pure parrebbe *per tabulas* abilitato ad emettere verdetti connotati da generalità e, almeno in alcuni casi, da astrattezza²⁶, al pari delle leggi che essi assumono ad oggetto²⁷, formula – è ormai provato – giudizi dotati di un “tasso” assai elevato di concretezza²⁸, segnatamente nei giudizi in via incidentale (ma, a mia opinione, anche al di fuori di questi²⁹).

La concretezza del giudizio è, dunque, una cosa; l’attitudine del giudizio stesso a portarsi oltre la singola vicenda giudiziaria un’altra. Perché, al tirar delle somme, è il caso stesso, nella sua oggettiva conformazione, ad esprimere una irresistibile vocazione in tal senso, ad “*universalizzarsi*” appunto, dal momento che è insita nell’idea stessa di giustizia, per il modo con cui è venuta a maturazione a seguito di una sofferta e lunga vicenda storica di carattere istituzionale, la sua aspirazione ad essere somministrata in modo eguale a quanti versano in situazioni parimenti eguali, così come in modo diverso per situazioni diverse.

Ora, non è di qui stabilire come tutto ciò si concili con la (supposta) mancanza di vincolo della osservanza del precedente, che si reputa essere propria dei sistemi di *civil law*, e, prima, ancora con l’autonomia ed indipendenza riconosciuta al singolo giudice ed all’intero ordine cui esso appartiene³⁰. Ciò che solo qui importa è se del vincolo in parola si abbia (e *debba* aversi³¹) traccia nelle pratiche di giustizia comune “conseguenziali” – per dir così – a pronunzie della Corte EDU e, prima ancora, nelle stesse pronunzie della Corte medesima, esse pure chiamate a comporsi in “indirizzi”, nel senso appena chiarito.

²⁶ Così, per una risalente opinione che sempre più stancamente si trascina, si suol dire con specifico riferimento ai giudizi in via principale, in relazione ai quali la mancanza del “caso” comporterebbe automaticamente siffatta caratterizzazione del giudizio di costituzionalità (spunti di vario segno possono al riguardo cogliersi da AA.VV., *I ricorsi in via principale*, Milano 2011). In disparte, però, la circostanza per cui anche il più “astratto” di tali giudizi, quale prima della riscrittura del Titolo V si aveva nei riguardi delle leggi regionali a motivo della natura preventiva del controllo, ormai ha visto mutati i connotati complessivi del sindacato, che può svolgersi su leggi nel frattempo entrate in vigore, sta di fatto che il passaggio dalla disposizione alla norma operato in sede interpretativa si consuma pur sempre in un contesto segnato da esperienze di vario genere, da un *mix* insomma di materiali positivi e fattuali che fanno la singola questione e ne danno la cifra identificante complessiva. Ciò posto, è tuttavia da riconoscere che è ben diverso – se così può dirsi – il “tasso” di concretezza espresso dai giudizi che hanno la loro *occasio* in una vicenda processuale che prende corpo nelle aule in cui si somministra la giustizia comune rispetto a quello che è proprio dei giudizi di costituzionalità aventi origine diversa.

²⁷ L’attributo della generalità, com’è noto, non sempre ricorre in ogni legge; qui, nondimeno, importa fermare specificamente l’attenzione su ciò che il più delle volte accade ed ha maggior rilievo.

²⁸ Si sente assai spesso dire: ... e, *per ciò stesso*, di *politicità*. A prescindere però dal carattere fumoso di siffatta qualifica, l’automatismo suddetto non mi pare, però, provato e, comunque, sistematicamente ricorrente.

²⁹ Se “concretezza” vuol dire *anche* sensibile attenzione alle circostanze di fatto, alla posta in palio, al contesto in cui il giudizio si svolge e giunge a compimento, è fuori discussione che essa – come si accennava poc’anzi – si ha *sempre*, ed in assai rilevante misura, nei giudizi che prendono corpo alla Consulta.

³⁰ In altri luoghi (v., ad es., nel mio [Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012](#), post scriptum, in [Consulta Online](#), 29 ottobre 2012, nonché, con specifica attenzione al processo costituzionale, ne *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in *Riv. dir. cost.*, 2009, 125 ss. e in [www.gruppodipisa.it](#), 28 dicembre 2010), mi sono già sforzato di argomentare la tesi secondo cui è nell’essenza stessa della giurisdizione il suo comporsi in “indirizzi” (nella ristretta e propria accezione del termine) connotati da uniformità e linearità di svolgimenti, restando altrimenti pregiudicato il valore della *certezza del diritto* e, con esso e per ciò stesso, quello della *certezza dei diritti*.

³¹ In realtà, le notazioni che si vanno ora svolgendo attengono – come può vedersi – più al modello, nella sua teorica configurazione, che all’esperienza, laddove vengono tracciate e continuamente rifatte plurime ed anche reciprocamente non poco divaricate linee di sviluppo giurisprudenziale. Difettano, purtroppo, ad oggi studi organici che facciano il punto sulle tendenze al riguardo presenti nelle pratiche giudiziarie, anche per la messe estremamente copiosa di materiali bisognosi di adeguato monitoraggio e sistemazione. Resto, ad ogni buon conto, persuaso del fatto che, grazie alla sensibilità che va in modo crescente maturando presso gli operatori di giustizia nei riguardi della giurisprudenza delle Corti europee, alle indicazioni di quest’ultima anche la giurisprudenza di diritto interno perlopiù si conformi, specie laddove proprio da essa vengano gli spunti idonei a dare il maggior appagamento alle domande di giustizia in modo pressante rivolte da una umanità dolente agli operatori stessi.

6. Conferme della estensione del vincolo discendente dalle pronunzie della Corte EDU che si hanno per effetto della tendenza crescente del giudice europeo alla propria “costituzionalizzazione”, in un contesto segnato da un’integrazione sovranazionale ormai avanzata e dal bisogno, viepiù avvertito, di una costante, mutua alimentazione semantica delle Carte e di un parimenti costante “dialogo” tra le Corti, che per la sua parte, lungi dallo svilire, ancora di più sottolinea il ruolo di centrale rilievo svolto dai giudici comuni in vista di un’ottimale salvaguardia dei diritti

Dopo le cose dette, credo che la risposta al quesito dianzi posto a riguardo della estensione del vincolo discendente dalle pronunzie della Corte EDU, ancorché bisognosa – come avvertivo – di precisazioni che non possono in questa sede trovare posto, debba essere affermativa. E ciò, per plurime ragioni, la principale delle quali è che il giudice di Strasburgo, al pari peraltro di quello di Lussemburgo³², manifesta una tendenza crescente e sempre più vistosa, prontamente rilevata da un’accorta e sensibile dottrina³³, alla propria “costituzionalizzazione”, così come, dal canto loro, i tribunali costituzionali (specie invero alcuni, maggiormente attenti alle suggestioni provenienti dalle Corti europee) tendono ad “internazionalizzarsi” e ad “europeizzarsi”. Una tendenza che, di necessità, ha da accompagnarsi alla (e ad appoggiarsi sulla) attitudine delle pronunzie emesse da tutti questi giudici, specificamente laddove riguardanti i diritti fondamentali, a dare, a un tempo, *certezza del diritto* e *certezza dei diritti* (e, per ciò stesso, effettività della loro tutela).

È vero – va riconosciuto – che quelle appena indicate sono appunto delle tendenze, come tali bisognose di stabilizzarsi e di dotarsi delle opportune conferme. Già però, come si faceva poc’anzi notare a riguardo delle *sentenze-pilota*, si hanno molti segni che le avvalorano e che rendono testimonianza del loro progressivo radicamento nell’esperienza.

Non credo di spingermi troppo oltre nel considerare questo processo irreversibile, anche (ma non solo) a motivo dell’infittirsi delle relazioni interordinamentali e – ciò che maggiormente importa – della mutua interdipendenza tra Carte (e tra Corti), sempre più bisognose di sorreggersi e di alimentarsi a vicenda nei fatti interpretativi: specchio fedele di una integrazione sovranazionale in atto ormai avanzata, pur se – come si sa – non poco sofferta ed a tratti altalenante.

In questo quadro, qui appena accennato, di non poco momento si dimostra essere il ruolo che i giudici comuni sono chiamati ad esercitare, in spirito di “leale cooperazione” coi giudici europei e coi tribunali costituzionali³⁴.

L’applicazione diretta della Convenzione, pur laddove si reputi ammissibile unicamente al ricorrere di talune circostanze e non pure in via generale³⁵, s’inscrive in questo contesto e può dar

³² Quanto a quest’ultimo, andrebbero fatte ulteriori precisazioni, in ragione della varietà delle competenze che gli sono assegnate e delle circostanze in relazione alle quali esse sono esercitate, a ciascuna delle quali dovrebbe risersarsi un separato corredo di argomenti; ed è di tutta evidenza, ad es., che altro è un giudizio emesso a Lussemburgo in cui si faccia richiamo alla Carta di Nizza-Strasburgo ed altra cosa un giudizio al quale resti estranea l’esigenza di dare tutela ai diritti fondamentali. E via dicendo.

³³ Sopra tutti, O. POLLICINO, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano 2010, e O. POLLICINO - V. SCIARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L’integrazione attraverso i diritti. L’Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti - V. Piccone, Roma 2010, 125 ss.

³⁴ A *L’integrazione fra ordinamenti e il ruolo del giudice* si volge, ora, la riflessione di E. CECCHERINI, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, II/2013, 467 ss. (ma, in argomento, come si sa, la letteratura è ormai copiosa). Quanto poi al ruolo dei giudici al fine dell’inveramento della Convenzione in ambito nazionale, una sua vigorosa ed appassionata sottolineatura si deve a R. CONTI, che ne ha fatto oggetto di studi numerosi ed approfonditi (nella forma più organica, in *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Il ruolo del giudice*, Roma 2011, ma v. pure, più di recente, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali*, cit., 166 ss., e *Le scelte morali e i diritti delle persone*, cit.). Assai interessanti, da ultimo i contributi su *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Cambridge-Antwerp-Portland 2013.

³⁵ È questo l’ordine di idee nel quale mi riconosco e che ho più volte avuto modo di rappresentare [ad es., in *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un “modello” internamente composito)*, in www.forumcostituzionale.it, 28 febbraio 2011]: l’applicazione diretta, in particolare, può aversi, oltre che in casi, come quello odierno, in cui debba darsi esecuzione al giudicato convenzionale, ogni qual volta si abbia sostanziale coincidenza tra norma CEDU e norma della Carta di Nizza-Strasburgo *self-executing*; e, ancora, laddove la norma CEDU sia posteriore

modo ai giudici di rafforzare i rapporti che li legano alla Corte europea, al pari di quelli che già da tempo essi intrattengono con la Corte di giustizia (e – naturalmente – con la Corte costituzionale)³⁶, rapporti che promettono di infittirsi ulteriormente per effetto, per un verso, della prevista adesione dell'Unione alla CEDU³⁷ e, per un altro verso, delle richieste di “consulenza” che potranno essere rivolte alla Corte di Strasburgo a seguito dell'entrata in vigore del protocollo 16 che promette di non tardare a lungo³⁸.

7. Una previsione ed un auspicio finali

Vorrei chiudere con una previsione ed un auspicio.

La prima. Riflettendo, con una certa costanza, sulle più salienti espressioni della giurisprudenza (sia interna che sovranazionale) specificamente riguardante i diritti fondamentali, vado radicandomi sempre di più nel convincimento che tanto l'applicazione diretta della Convenzione quanto l'estensione della cerchia degli effetti prodotti dalle decisioni della Corte che ne è istituzionalmente garante prenderanno sempre di più piede nelle pratiche giudiziali di diritto interno. Sarà, verosimilmente, un processo lungo ed anche non poco travagliato, ma che la tendenza sia appunto questa personalmente non ho dubbi.

Il secondo. Sono altresì persuaso che lo stesso giudice delle leggi, il cui orientamento di “chiusura” nei riguardi dell'applicazione diretta parrebbe restare fermo e saldo sulle basi concettuali edificate con le sentenze “gemelle” del 2007, andrà col tempo a ritagliare spazi di una certa consistenza a beneficio dell'applicazione stessa³⁹, dopo che finalmente si sarà avveduto che nulla ha da perdere né la centralità del suo posto nel sistema istituzionale né il primato della Costituzione nel sistema degli atti produttivi di norme e che, piuttosto, proprio grazie a siffatta tecnica di risoluzione delle antinomie, si potrà sensibilmente allentare la tensione che, in casi non sporadici, ha segnato lo svolgimento delle relazioni della nostra Corte con quella europea. D'altro canto, proprio allargando la cerchia delle sedi istituzionali in cui si somministra giustizia, sia costituzionale che comune, si possono evitare talune esasperazioni o personalizzazioni dei conflitti che noccono ad una sana e vigilata “leale cooperazione” tra i giudici, allo stesso tempo ricercando, attraverso un “dialogo” il più ampio e fitto possibile, le soluzioni ottimali per l'appagamento dei bisogni elementari dell'uomo. Il concorso

a norma legislativa e si dimostri idonea a prendere subito il posto di questa per *ius superveniens*, e, infine, in presenza di vuoti di disciplina legislativa che possano essere colmati dalle norme convenzionali.

³⁶ ... grazie allo strumento del rinvio pregiudiziale, quanto alle relazioni con l'una Corte, ed alla facoltà loro concessa di sollevare questioni di legittimità costituzionale, quanto a quelle con l'altra Corte.

³⁷ Non si trascuri la ricaduta che, sia pure in via riflessa, potrebbe aversi nelle pratiche quotidiane di somministrazione della giustizia comune da un esercizio della giurisdizione da parte della Corte dell'Unione ancora più attento e sensibile agli svolgimenti della giurisprudenza EDU, in conseguenza dell'adesione alla Convenzione, la Corte stessa essendo consapevole di dover fare – le piaccia o no – i conti col giudice di Strasburgo. Futuri adattamenti degli indirizzi giurisprudenziali formati a Lussemburgo (e, a rimorchio, presso i tribunali di diritto interno) sono dunque da prendere in considerazione. È poi pur vero che la stessa Corte di Strasburgo non rimane – come si sa – insensibile agli svolgimenti concreti della giurisprudenza “eurounitaria”, la quale, facendo a sua volta riferimento alle “tradizioni costituzionali comuni”, tiene in cale i più salienti indirizzi interpretativi di cui si fanno portatori i tribunali nazionali (specie quelli costituzionali e, ancora più specificamente, alcuni di essi). Il circolo interpretativo risulta così, una volta di più, provato. Altra cosa, cui però non può qui riservarsi neppure un cenno, è se – al di là dei vincoli positivi – possa considerarsi maggiormente marcata l'influenza culturale esercitata dall'una sull'altra Corte. Una questione, per ciò che qui solo può dirsi, alla quale a mia opinione non può essere data una sola risposta, *allgemeingültig*, la risposta stessa variando in relazione ai campi materiali di esperienza e nel tempo.

³⁸ È dei primi di ottobre la firma posta in calce al protocollo in parola da parte del nostro Paese assieme ad altri sei (sui possibili sviluppi delle relazioni tra Carte e tra Corti per effetto dell'entrata in vigore di siffatto, importante documento normativo si sono, tra gli altri, intrattenuti R. CONTI, *Le scelte morali e i diritti delle persone*, cit., § 5.1, e F. VECCHIO, *Le prospettive di riforma della Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra limiti tecnici e 'cortocircuiti' ideologici*, in *paper*).

³⁹ Non dico – si badi – che si avrà una indiscriminata apertura, che francamente neppure io mi auguro, ma che con gli opportuni *distinguo*, a certe condizioni ed entro certi limiti, si trovi il modo per la sua realizzazione.

corale, non già la sua chiusura unicamente a due o tre voci, è, a mio modo di vedere, la prospettiva giusta e feconda, da coltivare con passione e coraggio, se si ha a cuore di rendere un buon servizio, *in pari misura*, a *tutte* le Carte ed ai diritti in esse riconosciuti.

Antonio Ruggeri

A proposito dell'ordine giusto col quale vanno esaminate le questioni di costituzionalità e le questioni di "comunitarietà" congiuntamente proposte in via d'azione (a prima lettura di Corte cost. [n. 245 del 2013](#))

SOMMARIO: 1. La soluzione fatta propria dal giudice delle leggi, il carattere perentorio dell'affermazione che la sostiene, il suo non tener conto dell'attitudine delle norme dell'Unione a derogare allo stesso riparto costituzionale delle competenze tra le leggi di Stato e Regione. – 2. La distinzione tra i ricorsi presentati dallo Stato e quelli delle Regioni e i riflessi che possono aversene in merito all'esame delle questioni "complesse". – 3. Certezza del diritto, a salvaguardia della *primauté* del diritto sovranazionale, ed opportunità che si faccia comunque luogo all'esame delle questioni di "comunitarietà". – 4. Una duplice notazione finale, con riguardo alle peculiari movenze della tecnica dell'assorbimento dei vizi nelle sue possibili applicazioni alle questioni "complesse" ed all'uso discontinuo e scarsamente motivato degli strumenti processuali.

1. La soluzione fatta propria dal giudice delle leggi, il carattere perentorio dell'affermazione che la sostiene, il suo non tener conto dell'attitudine delle norme dell'Unione a derogare allo stesso riparto costituzionale delle competenze tra le leggi di Stato e Regione

Non nuova l'affermazione di sfuggita fatta nella decisione che ora rapidamente si annota, ripresa da anteriori decisioni espressamente richiamate (e, segnatamente, dalle sentt. nn. [120](#) e [127](#) del 2010), secondo cui in caso di questioni di costituzionalità "complesse", nelle quali sia a un tempo denunciata la violazione del riparto costituzionale delle competenze tra le leggi di Stato e Regione e quella del diritto "comunitario" (o, piace a me dire, "eurounitario"), alla prima lagnanza debba essere comunque data la precedenza rispetto alla seconda. Trattasi di un indirizzo relativamente recente, che ha la sua prima e più decisa affermazione nella [sent. n. 368 del 2008](#)¹, in rottura rispetto a precedenti pronunzie (tra le quali, la [n. 406 del 2005](#)²) nelle quali siffatto ordine di priorità non era rigidamente fissato e si era piuttosto fatto più volte luogo all'esame della questione di "comunitarietà" con precedenza rispetto a quella concernente l'osservanza dell'ordine interno delle competenze³.

Colpisce il carattere perentorio dell'affermazione fatta dalla Corte nella sentenza cui si dirige questo breve commento, tanto più se la si pone a raffronto con quanto è detto in altre pronunzie, relative ai campi più varî di esperienza, nelle quali il giudice delle leggi ha lasciato chiaramente ad intendere di volersi tenere le mani libere circa l'ordine con cui far luogo all'esame delle plurime questioni presentate in uno stesso atto di ricorso.

Ma, qual è la *ratio* del nuovo indirizzo e cosa esso non dice e però potrebbe far capire di voler dire?

Comincio da quest'ultimo punto. Si potrebbe invero pensare che il presupposto non esplicitato dell'ordine di priorità sopra indicato sia dato dalla inidoneità del diritto sovranazionale ad alterare l'assetto costituzionale delle competenze, al punto che la verifica circa la effettiva osservanza di quest'ultimo richieda comunque di esser fatta, e di esser fatta appunto con precedenza su ogni altra. Se, di contro, si ammette – così come, invero, usualmente si ammette (anche da parte della

¹ In *Giur. cost.*, 6/2008, con nota di M.P. IADICICCO, *Violazione del riparto costituzionale delle competenze e rispetto degli obblighi comunitari: questioni processuali e possibile contrasto tra parametri del giudizio di legittimità costituzionale in via principale*, 4397 ss.

² In *Giur. cost.*, 6/2005, con nota di R. CALVANO, *La Corte costituzionale "fa i conti" per la prima volta con il nuovo art. 117 comma 1 Cost. Una svista o svolta monista della giurisprudenza costituzionale sulle "questioni comunitarie"?*, 4436 ss., nonché A. CELOTTO, *La Corte costituzionale finalmente applica il 1° comma dell'art. 117 Cost. (in margine alla [sent. n. 406 del 2005](#))*, in *Giur. it.*, 2006, 1123 ss., e C. NAPOLI, *La Corte dinanzi ai "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario": tra applicazione dell'art. 117, primo comma e rispetto dei poteri interpretativi della Corte di Giustizia*, in *Le Regioni*, 2-3/2006, 483 ss.

³ Riferimenti in A.O. COZZI, *La legge "salva Tocai" davanti alla Corte costituzionale: "i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario" non scattano, ma i parametri si integrano*, in *Le Regioni*, 1/2009, 149 ss.

Consulta...) – che il diritto “eurounitario” sia in grado di esprimere una forza normativa “paracostituzionale” (o costituzionale *tout court*), tale da potersi, se del caso, dirigere avverso lo stesso riparto costituzionale delle competenze⁴, la conclusione parrebbe dover essere esattamente rovesciata rispetto a quella cui la Corte oggi perviene, il riscontro della osservanza del diritto dell’Unione dovendo precedere quello della osservanza del riparto medesimo.

Ora, quanto al presupposto sopra indicato, ammesso pure (ma non concesso) che esso si abbia, ugualmente non si vede perché mai debba in ogni caso tenersi fermo l’ordine di priorità voluto dalla Corte. Il rispetto della Costituzione (in ogni norma diversa da quelle degli artt. 11 e 117, I c.) sarebbe infatti da tenere separato dal rispetto del diritto “eurounitario”, così come – ma il punto ora non è di specifico interesse per questo studio – dal rispetto del diritto internazionale in genere⁵. E, trattandosi in tesi di parametri – per dir così – “indipendenti” l’uno dall’altro, non si vede perché mai debba comunque darsi per sistema la precedenza all’uno in rapporto agli altri.

Se ci si pensa, poi, anche poi a stare al secondo ordine di idee, quello ormai affermatosi, secondo cui il diritto sovranazionale può far luogo a legittime alterazioni del quadro costituzionale, ugualmente l’esame delle questioni riguardanti l’osservanza del diritto stesso non dovrebbe *in ogni caso* precedere quello della osservanza del riparto costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni. E ciò, per la ovvia considerazione che le alterazioni suddette restano pur sempre un fatto assolutamente eccezionale, di cui si ha – come si sa – riscontro unicamente laddove la disciplina dell’Unione individui il livello istituzionale al quale deve aver luogo l’attuazione della disciplina stessa. Una evenienza, come si sa, già verificatasi ma, appunto, in via eccezionale⁶.

Sta, insomma, al giudice delle leggi decidere di volta in volta quale sia il modo più conveniente di risolvere questioni “complesse”, nel senso qui indicato. Avendo sentore della possibile deroga al quadro costituzionale delle competenze da parte del diritto “eurounitario”, gli converrà far subito luogo all’esame della questione di “comunitarietà” con precedenza rispetto ad ogni altra; in caso contrario, potrà, volendo, ugualmente far luogo all’esame di tale questione in via prioritaria, così come, però, regolarsi diversamente.

2. La distinzione tra i ricorsi presentati dallo Stato e quelli delle Regioni e i riflessi che possono aversene in merito all’esame delle questioni “complesse”

A ben vedere, tuttavia, non è che il giudice delle leggi abbia davvero sempre – come a prima impressione parrebbe – le mani totalmente libere circa la scelta dell’ordine giusto col quale far luogo allo scrutinio della costituzionalità (in senso largo, comprensivo della “comunitarietà”) delle norme oggetto di ricorso.

⁴ ... sempre che – secondo dottrina e giurisprudenza corrente – non risultino incisi i principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale (i c.d. “controlimiti”). La qual cosa, in relazione all’ambito materiale qui rilevante, dovrebbe richiedere accertamenti assai disagevoli e problematici negli esiti, ove si assuma in partenza che il riparto in parola realizza *per tabulas* la sintesi ottimale tra i valori fondamentali di unità-indivisibilità e di autonomia o, ad essere ancora più precisi, una sintesi interna ad un solo valore nelle sue varie proiezioni nell’esperienza, quello della promozione dell’autonomia – la massima possibile alle condizioni oggettive di contesto – *nella* unità ovvero, rovesciando i termini della relazione (ma lasciando immutato l’esito dell’operazione condotta), quello della salvaguardia dell’unità *attraverso* la promozione dell’autonomia.

⁵ Possono tuttavia darsi, come si sa, casi di reciproca interferenza tra gli obblighi “comunitari” – se vogliamo seguirli a chiamarli (impropriamente) così – e gli obblighi internazionali, avuto specifico riguardo alla non remota eventualità di sostanziale coincidenza delle norme da cui gli uni e gli altri discendono; la qual cosa è di speciale interesse al piano della salvaguardia dei diritti fondamentali (ma, di ciò, in altra sede).

⁶ Indicazioni nello scritto di M.P. IADICICCO dietro cit., 4404.

Va infatti distinto il caso di ricorso presentato dallo Stato da quello presentato dalla Regione⁷. Dal momento che quest'ultima, a stare alla giurisprudenza ormai invalsa⁸, è abilitata a rivolgersi alla Corte unicamente a presidio della propria sfera di competenze e può dunque far riferimento a parametri costituzionali diversi da quelli relativi al riparto delle competenze stesse alla sola condizione che se ne abbia comunque l'incidenza a carico di quest'ultimo⁹, se ne ha che, in caso di questioni "complesse" (nel senso sopra detto) proposte dalla Regione, l'esame non può che riguardare, a un tempo, la questione di "comunitarietà" e quella di costituzionalità (*stricto sensu*).

Quanto poi ai ricorsi presentati dallo Stato, possono darsi due evenienze. La prima è sostanzialmente coincidente rispetto a quella da ultimo presa in considerazione (e coincidente è dunque la relativa soluzione), l'invasione della competenza statale risultando per il fatto stesso della violazione del diritto dell'Unione. La seconda è che la violazione dell'un parametro costituzionale sia un fatto del tutto indipendente da quella dell'altro¹⁰; ed allora, come si faceva poc'anzi osservare, il giudice potrebbe scegliere a quale delle due questioni dare la precedenza rispetto all'altra, segnatamente in applicazione del criterio della maggiore aspettativa di possibile caducazione¹¹.

Questa, in via di principio, parrebbe essere la soluzione giuridicamente più lineare; ma, è anche la più conveniente?

3. *Certezza del diritto, a salvaguardia della primauté del diritto sovranazionale, ed opportunità che si faccia comunque luogo all'esame delle questioni di "comunitarietà"*

E, invero, se si riconsidera la vicenda ora fatta oggetto di rapido studio in prospettiva assiologicamente orientata, parrebbero aversi ulteriori argomenti a sostegno dell'idea che giovi comunque prendere in esame le questioni di "comunitarietà", non importa se con precedenza rispetto a quelle di costituzionalità (in ristretta accezione) ovvero congiuntamente e persino posteriormente ad esse.

Mi riferisco, in particolare, al rilievo assegnato dalla stessa giurisprudenza al valore della certezza del diritto, nelle sue peculiari espressioni al piano dei rapporti tra diritto sovranazionale e diritto interno.

Come si sa, è proprio in ragione del valore suddetto che il giudice delle leggi ha ritenuto, ormai quasi vent'anni addietro, di spianare la via ai ricorsi in via principale avverso leggi sospette di contraddire norme (ieri comunitarie ed oggi) "eurounitarie", persino laddove queste ultime dovessero apparire suscettibili d'immediata applicazione. E l'ha fatto espressamente rammentando l'impegno assunto in sede "comunitaria" a rimuovere alla radice e con effetti *erga omnes* ogni norma interna lesiva del diritto sovranazionale. Il giudice costituzionale ha, insomma, mostrato di condividere la preoccupazione nutrita in ambiente "eurounitario" circa possibili, ancorché circoscritte, violazioni del diritto sovranazionale, suscettibili di sfuggire al pur oculato controllo svolto dagli operatori nazionali (e, segnatamente, dai giudici comuni).

Ora, non è di qui ragionare dell'interna coerenza di un siffatto modo di vedere le cose che – come si vede – parrebbe portare diritto ad ammettere che il meccanismo di ripianamento delle antinomie

⁷ È interessante notare che in tutti i casi decisi con le pronunzie sopra richiamate, compreso dunque quello definito dalla pronunzia che si va annotando, ricorrente era lo Stato.

⁸ ... per discussa (e discutibile) che sia (riferimenti su questa annosa questione, di recente, in AA.VV., *I ricorsi in via principale*, Giuffrè, Milano 2011).

⁹ Fa storia a sé il riconoscimento della facoltà di ricorso, operato a beneficio delle Regioni, in vista della salvaguardia dell'autonomia degli enti infraregionali, laddove il filo che lega l'autonomia stessa a quella della Regione parrebbe ormai essersi fatto talmente sottile da potersi dubitare della sua capacità di tenuta (ma di ciò in altri luoghi).

¹⁰ Ovviamente, potrebbe darsi altresì il caso che si abbia la sola violazione del diritto sovranazionale. Si sarebbe, perciò, in presenza di una questione "semplice" (non "complessa"), come tale ai nostri fini irrilevante.

¹¹ Come si accennava poc'anzi, non si ha tuttavia al riguardo una regola fissa, sistematicamente osservata. Molti sono, infatti, come si sa, i casi in cui dopo aver rilevato l'infondatezza di una questione, passando ad altra, la Corte decide per l'accoglimento, e viceversa.

tra diritto interno e diritto sovranazionale imperniato sulla “non applicazione” del primo accompagnata dalla contestuale applicazione del secondo risulti essere pur sempre carente o, diciamo pure, “rischioso” e – a ragionare in quest’ordine di idee – presenti, a quanto pare, minori vantaggi del sindacato accentrato svolto dal giudice costituzionale, il solo abilitato ad estirpare le norme interne “malate” sin dalle radici, una volta per tutte e con effetti generali¹².

Sta di fatto che – come si diceva – la sola giustificazione possibile a sostegno della impugnazione in via principale delle leggi sospette d’incompatibilità con norme sovranazionali *self-executing* è quella che fa appunto appello al valore della certezza, nel suo porsi al servizio della *primauté* del diritto dell’Unione.

Così stando le cose, a me pare che della verifica della compatibilità delle leggi rispetto ai parametri “comunitari” convenga non fare comunque a meno; e ciò persino nel caso che l’esame della questione di “costituzionalità” (nella ristretta accezione sopra indicata) dovesse essere accolta e si possa perciò – volendo – far luogo alla tecnica di assorbimento dei vizi, della quale nondimeno – come si sa – non si ha sempre utilizzo, pur in presenza di vizi già accertati in capo alla norma oggetto di sindacato¹³.

La ragione è presto spiegata; ed è che non può escludersi in partenza l’eventualità che la medesima norma risulti prodotta tanto da una legge statale quanto da una regionale e – ciò che, forse, ancora più importa – da più leggi regionali, alle quali il Governo non di rado (e sia pure discutibilmente) riserva un diverso trattamento in sede di controllo; ed allora se – com’è ovvio – non è indifferente il fatto che la produzione stessa avvenga nel rispetto del riparto costituzionale delle competenze (da parte, cioè, della sola legge a ciò abilitata), resta pur sempre di cruciale rilievo accertare che la *norma* stessa (non la *fonte*¹⁴) sia appieno rispettosa del diritto sovranazionale¹⁵. La Corte, in tal modo, renderebbe un servizio prezioso agli operatori (e, segnatamente, ai giudici comuni), in sede di eventuale, ulteriore vaglio della medesima questione di “comunitarietà” che, a seguito del giudizio conclusosi presso la Consulta, dovesse essere posta agli operatori stessi¹⁶.

4. Una duplice notazione finale, con riguardo alle peculiari movenze della tecnica dell’assorbimento dei vizi nelle sue possibili applicazioni alle questioni “complesse” ed all’uso discontinuo e scarsamente motivato degli strumenti processuali

¹² Ho più volte (e sotto diversi angoli visuali) ragionato attorno a talune aporie di costruzione a mia opinione riscontrabili nel complessivo modo d’intendere e risolvere le antinomie tra diritto sovranazionale e diritto interno [con specifica attenzione ai profili ora in rilievo, v., volendo, il mio *Le leggi regionali contrarie a norme comunitarie autoapplicative al bivio fra “non applicazione” e “incostituzionalità” (a margine di Corte cost. n. 384/1994)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1995, 469 ss.].

¹³ In merito alle applicazioni, assai varie (e non sempre concordanti), fatte della tecnica in parola, v., ora, lo studio monografico di A. BONOMI, *L’assorbimento dei vizi nei giudizi di legittimità costituzionale in via incidentale*, Jovene, Napoli 2013.

¹⁴ ... salvo il caso, cui si è fatto dietro cenno, che lo stesso diritto dell’Unione indichi qual è il livello istituzionale congruo alla sua attuazione in ambito interno.

¹⁵ È appena il caso di rilevare che, in presenza di norme che si ripetano con identità di tratti complessivi in più atti, la Corte potrebbe far luogo alla dichiarazione d’illegittimità “conseguenziale”, per quanto anche di siffatto strumento si sia fatto (e si seguiti a fare) un uso alquanto discontinuo ed oscillante (riferimenti, per tutti, in A. MORELLI, *L’illegittimità conseguenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2008).

¹⁶ La qual cosa non equivale a dire che l’eventuale verdetto di rigetto della questione di “comunitarietà” esprima un vincolo insuperabile per gli operatori (perlomeno a stare alla tesi ormai invalsa, nella quale nondimeno non mi riconosco, secondo cui le sentenze della specie in parola sarebbero inidonee a produrre effetti generali). Nulla, pertanto, osta a che i giudici comuni (e gli operatori in genere) possano determinarsi diversamente rispetto alla Corte, assumendo essere la norma interna incompatibile rispetto al diritto sovranazionale. È nondimeno indubbia l’efficacia (quanto meno...) *persuasiva* di cui sono dotati i verdetto in parola. Dal mio canto, consiglierei ad un giudice che ritenga di doversi discostare dall’avviso manifestato dal giudice costituzionale (nel caso, ovviamente, che sia ospitato da una decisione di rigetto), prima di sollevare nuovamente la medesima questione di “comunitarietà” dapprima respinta (per violazione di norme sovranazionali non *self-executing*) ovvero di far luogo alla “non applicazione” della norma nazionale, di adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale. Tanto più giustificata appare questa soluzione sol che appunto si consideri che qui si tratta, in tesi, di non tener conto dell’autorevole orientamento manifestato in ordine all’antinomia dal giudice delle leggi.

Una duplice, succinta notazione finale.

La prima. Le questioni di costituzionalità (in larga accezione) sono pur sempre – come si sa “tagliate” in un certo modo, in ragione del parametro evocato in campo, dell’oggetto del giudizio, dei vizi denunciati e di quant’altro ne dà la conformazione complessiva. Se viene lamentata la mera invasione della sfera di competenze del ricorrente, nulla – com’è chiaro – è richiesto alla Corte di dire sulla medesima norma di legge in relazione a parametri diversi da quello che ha riguardo al riparto costituzionale delle competenze stesse. Se però viene contemporaneamente denunciata anche la violazione del diritto sovranazionale è quanto meno opportuno, laddove pure non si reputi giuridicamente imposto, estendere il sindacato alla questione di “comunitarietà”. È vero che – come si è venuti dicendo – la tecnica dell’assorbimento dei vizi ha qui pure modo di spiegarsi con ampiezza di raggio ed incisività d’intervento; forse, però, nello specifico ambito di esperienza al quale prendono corpo le relazioni interordinamentali (e, segnatamente, col diritto dell’Unione), è doveroso ammettere che essa si esprima con peculiarità di movenze e risulti pertanto sollecitata a non trascurare in ogni caso l’esame delle questioni di “comunitarietà”. È così, infatti, che il giudice delle leggi può, a un tempo, offrire al meglio un servizio agli operatori di diritto interno e prestare il suo fattivo concorso all’integrazione sovranazionale ormai avanzata, tanto più nella presente stagione in cui, recependo una sollecitazione vigorosamente avanzata da numerosa dottrina, ha finalmente dato mostra di voler “dialogare” in prima persona col giudice dell’Unione avvalendosi dello strumento del rinvio pregiudiziale anche in giudizi diversi da quelli promossi in via d’azione¹⁷.

Il secondo rilievo, che riguarda anche (ma non solo) questo caso, si riferisce alla sensazione di disagio che, ad esser franco, avverto ogni volta che assisto a bruschi cambiamenti di rotta nella giurisprudenza costituzionale su questioni relative a norme sulla normazione e a strumenti processuali.

Nel caso, appena richiamato, del ricorso in via pregiudiziale al giudice dell’Unione bene ha fatto, ad opinione mia e di molti altri studiosi, il giudice costituzionale ad innovare al proprio precedente orientamento; proprio però perché si era al riguardo in precedenza manifestata una secca chiusura al “dialogo” con la Corte dell’Unione, perlomeno un supplemento di ulteriore argomentazione a sostegno del nuovo ed opposto avviso sarebbe stato assolutamente necessario¹⁸.

Così pure nel caso che ha dato lo spunto per questa succinta riflessione, laddove il mutamento d’indirizzo registratosi nel 2008 e qui risolutamente confermato non appare sorretto da un adeguato apparato di argomenti che ne diano la giustificazione.

Non si sta ora a dire a quali condizioni ed entro quali limiti possa aversi un mutamento d’indirizzo giurisprudenziale; è tuttavia fin troppo evidente e in modo insistito fatto notare dalla più sensibile dottrina che la Corte non può farvi luogo senza enunciare le ragioni che la inducano ad innovare rispetto a se stessa. Come potrà altrimenti sottrarsi alla critica di fare un uso autoritativo dei poteri di cui dispone al servizio della legalità costituzionale?

¹⁷ ... e, segnatamente, in quelli in via incidentale, come s’è fatto con Corte cost. [n. 207 del 2013](#) (e, su di essa, tra gli altri, i commenti di U. ADAMO, *Nel dialogo con la Corte di giustizia la Corte costituzionale è un organo giurisdizionale nazionale anche nel giudizio in via incidentale. Note a caldo sull’ord. n. 207/2013*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 24 luglio 2013, pure *ivi*, B. GUASTAFERRO, *La Corte costituzionale ed il primo rinvio pregiudiziale in un giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale: riflessioni sull’ordinanza n. 207 del 2013*, 21 ottobre 2013, nonché V. DE MICHELE, *L’ordinanza “Napolitano” di rinvio pregiudiziale Ue della Corte costituzionale sui precari della scuola: la rivoluzione copernicana del dialogo diretto tra i Giudici delle leggi nazionali ed europee*, in [www.europeanrights.eu](#), e G. REPETTO, *La Corte costituzionale effettua il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE anche in sede di giudizio incidentale: non c’è mai fine ai nuovi inizi*, in [www.diritticomparati.it](#), 28 ottobre 2013).

Resta, poi, da chiarire se l’apertura possa considerarsi estesa a tutto campo, in relazione cioè ad ogni competenza della Corte, ovvero se possano darsi casi in cui lo strumento del rinvio si riveli inutilizzabile (ma, di ciò in altro luogo).

¹⁸ Torna qui in rilievo la somma questione concernente la sufficienza della motivazione delle decisioni della Corte, quale condizione della loro stessa esistenza e, perciò, della possibile attivazione della “copertura” di cui all’art. 137, ult. c., cost. Anche di ciò, tuttavia, non è possibile dir nulla in questa sede.

Antonio Ruggeri
Riforma costituzionale ed autonomia regionale,
dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali (profili problematici)*

SOMMARIO: 1. Quale il fine e quale il criterio alla cui luce può essere vagliata la progettazione in corso delle riforme della Costituzione? Il valore di *unità-autonomia*, nel suo fare “sistema” coi valori fondamentali restanti, quale parametro delle proposte di riforma e la verifica della rispondenza delle seconde al primo col metro della ragionevolezza. – 2. La doppia “anima” della progettazione in cantiere, l’una volta al riaccentramento di materie e funzioni e l’altra alla pur parziale promozione dell’autonomia. – 2.1. Le (non rosee) prospettive che si prefigurano per la specialità e la (inopinata) rimozione del modulo di “specializzazione” dell’autonomia previsto dall’art. 116, ult. c., con la conseguente, negativa incidenza che potrebbe aversene a carico dei diritti fondamentali. – 2.2. L’endemico disordine delle fonti, con specifico riguardo ai rapporti tra le leggi di Stato e Regione, oscillanti tra il modello della separazione e quello della integrazione delle competenze, e il bisogno di fare finalmente chiarezza nella Carta novellata per ciò che attiene alla operatività dei criteri che presiedono alla composizione delle fonti in sistema. – 2.3. Il bisogno di taluni corposi aggiustamenti nei meccanismi di garanzia, segnatamente per ciò che attiene ai controlli sulle leggi di Stato e Regione, all’insegna del principio della “parità delle armi”, e i riflessi che potrebbero aversene nei riguardi del sistema di sindacato in via incidentale (e, perciò, sui diritti fondamentali). – 2.4. La mancata ricerca di soluzioni organizzative originali in ambito regionale, in vista di un adeguato servizio da apprestare ai diritti fondamentali. – 3. Il ritorno al centro di alcune materie, dapprima demandate alla disciplina regionale, e la previsione, in termini sommamente ambigui e preoccupanti, della clausola di supremazia, che potrebbe dar modo di attrarre, in buona sostanza, all’area di competenza dello Stato tutto quanto attiene alla cura dei diritti fondamentali. – 4. Le novità riguardanti la seconda Camera, tanto per ciò che concerne la sua struttura quanto in merito alle funzioni ad essa spettanti ed alla sua relazione (non... *fiduciaria*) col Governo, e la possibile ricaduta che può aversene al piano della salvaguardia dei diritti fondamentali. – 5. I (mancati) rapporti delle Regioni con l’Unione europea ed in seno alla Comunità internazionale e il bisogno, di cruciale rilievo, di far luogo ad una loro nuova e *temporis ratione* aggiornata disciplina nella Carta costituzionale, al servizio dei diritti fondamentali.

1. Quale il fine e quale il criterio alla cui luce può essere vagliata la progettazione in corso delle riforme della Costituzione? Il valore di unità-autonomia, nel suo fare “sistema” coi valori fondamentali restanti, quale parametro delle proposte di riforma e la verifica della rispondenza delle seconde al primo col metro della ragionevolezza

È diffuso il convincimento che sia urgente riformare il Titolo V e, più in genere, la seconda parte della Carta costituzionale, tant’è che – come si sa – all’indomani della formazione del Governo Letta si è fatto luogo ad un’anomala (e fortemente discussa) procedura che dovrebbe concludersi col complessivo rifacimento della parte suddetta.

Ci si deve tuttavia chiedere per quale ragione i fautori della riforma se ne facciano a spada tratta difensori. Quale ne è, cioè, lo scopo? Ridare alle istituzioni della Repubblica quella funzionalità che hanno in gran parte smarrito? È solo questo l’obiettivo, o quanto meno il vero e principale obiettivo, dell’auspicata riscrittura della Carta?

Sono domande alle quali non ci si può sottrarre e che andrebbero poste per ciascuna delle porzioni del tessuto costituzionale interessato dal processo riformatore, per ciò che qui specificamente interessa: per il Titolo V e, ulteriormente specificando, per le sue disposizioni più direttamente riguardanti l’autonomia regionale.

* Testò rielaborato di una lezione tenuta all’Università Bocconi di Milano il 14 novembre 2013, alla cui data lo scritto è aggiornato.

Sono molto grato ad Oreste Pollicino per l’invito affettuosamente rivoltomi, che rinnova una consuetudine a me particolarmente cara, e per avermi offerto l’opportunità di un confronto con i suoi studenti del corso di Diritto regionale grazie al quale ho avuto modo di tornare a riflettere su questioni ad oggi assai discusse e invero meritevoli di ulteriore ed approfondito ripensamento.

È chiaro che le domande suddette rimandano ad un parametro o ad un criterio alla cui luce i progetti di riforma possono essere in modo congruo vagliati: se non è infatti chiaro il fine non può neppure apprezzarsi il mezzo.

Ora, la scelta del parametro o del criterio rimanda pur sempre, a conti fatti, all'idea di Costituzione ed al metodo nello studio delle questioni di diritto costituzionale.

Muovo qui da un'idea che non posso in questa sede nuovamente discutere ma che so essere largamente condivisa; ed è quella che vede l'essenza della Costituzione quale composta da un *fascio di valori fondamentali positivizzati*, al servizio dei quali si dispone l'intera trama del tessuto costituzionale e, discendendo, l'ordinamento giuridico sulla Costituzione stessa fondato.

I valori specificamente evocati in campo quando si ragiona dell'autonomia regionale (e, più largamente, delle autonomie territoriali) sono quelli di unità-indivisibilità dell'ordinamento e di autonomia, di cui all'art. 5. In realtà, come si è tentato di mostrare in altri luoghi di riflessione scientifica, lungi dal porsi quali valori distinti e, anzi, potenzialmente confliggenti, unità ed autonomia sono i due profili di un solo, internamente composito, valore, che è quello di unità *attraverso* la promozione – la massima possibile alle condizioni oggettive di contesto – dell'autonomia, ovverosia – se si preferisce rovesciare i termini della relazione lasciando immutato l'esito della loro mutua composizione – il valore è quello dell'autonomia *nella* unità. L'autonomia, d'altronde, presuppone l'unità, la sua piena ed integra salvaguardia, non già ammette il suo superamento, nel qual ultimo caso l'ente autonomo non sarebbe più tale bensì si porrebbe come sovrano, rivendicando il riconoscimento di siffatta sua qualità da parte degli enti restanti (segnatamente, in seno alla Comunità internazionale).

L'unità, di contro, potrebbe astrattamente immaginarsi senza l'autonomia, secondo quanto – come si sa – si è storicamente realizzato anche nel nostro ordinamento, al tempo in cui l'autonomia regionale non aveva avuto modo di affermarsi. A stare però all'ordine costituzionale fondato dalla Carta repubblicana, una unità orfana dell'autonomia non sarebbe concepibile.

Si tratta – è appena il caso qui di rammentare – non già di un *dato* bensì di un *processo* e di una *tendenza*: non di qualcosa di bell'è fatto, che richiede unicamente di essere custodito e trasmesso anche alle generazioni che verranno, non di un *essere* ma di un *divenire*, di un *quid* che è in continua evoluzione e che tende appunto alla sua realizzazione, in forme continuamente rinnovate ed adeguate alle pretese crescenti della loro affermazione, siccome coesenziali all'idea stessa di “valore” costituzionalmente riconosciuto.

Si vedrà meglio più avanti che il valore – possiamo ora dire – di *unità-autonomia* esprime anche il verso della propria ottimale realizzazione o, meglio, *riceve* dai valori restanti, coi quali fa “sistema”, l'indicazione del verso stesso, specie dai valori di libertà ed eguaglianza, nelle loro mutue ed inscindibili implicazioni: la coppia assiologica fondamentale che dà un senso all'intero ordine positivo venuto ad esistenza con l'avvento della Repubblica e, per ciò pure, ai restanti valori fondamentali enunciati nella Carta.

Il principio di cui all'art. 5, insomma, si capisce ed apprezza nella sua stessa essenza solo attraverso il suo riporto ai principi di cui agli artt. 2 e 3, al punto che ciascun principio resta incomprensibile, siccome privo di reale autonomia concettuale ed operativa, se atomisticamente considerato. L'integrazione, non già la separazione, è, insomma, la “logica” dei principi, ciò che ne fa la *ratio* immanente e che ne governa le movenze e i complessivi svolgimenti storico-concreti.

La Repubblica, dunque, è (e resta) “una ed indivisibile” non già per il mero fatto della integrità del territorio nazionale e della sovranità che in esso si esercita bensì anche (e soprattutto) per il fatto che il patrimonio dei diritti fondamentali e dei doveri inderogabili dei cittadini che compongono la Repubblica stessa si presenta identico a sé ovunque questi abbiano deciso di stabilirsi e di vivere le loro umane esperienze e non vengano pertanto discriminati in relazione alle opportunità loro offerte di godimento del patrimonio stesso.

Così stando le cose, la riforma costituzionale si giustifica unicamente al ricorrere di una duplice condizione: che risulti ormai provata l'inadeguatezza delle disposizioni organizzative del Titolo V (e di altri Titoli ancora) a servire al meglio, per effetto di sopravvenute condizioni di contesto non più

confrontabili con quelle presenti al tempo della vicenda costituente, il valore di unità-autonomia, nel suo fare “sistema” coi valori fondamentali restanti, e che, allo stesso tempo, si dimostri (o, meglio, vi sia la fondata aspettativa) che le nuove disposizioni proposte possano offrire un ancora più adeguato servizio al valore stesso. Cautela infatti impone che si discorra di un’aspettativa di miglior servizio, per il fatto che gli enunciati costituzionali, a motivo della loro naturale stringatezza ed (ora maggiore ora minore) ambiguità concettuale, si aprono a forme plurime e non di rado imprevedibili di svolgimento positivo e radicamento nell’esperienza, dimostrandosi non di rado inidonei ad opporre un’adeguata resistenza alle loro manipolazioni e complessive torsioni nell’esperienza stessa. Le quali, poi, possono aversi praticamente per mano di tutti: dei decisori politico-istituzionali così come degli stessi massimi garanti della legalità costituzionale (e, segnatamente, della Corte costituzionale) che – secondo un diffuso rilievo – si trovano alle volte costretti a “riscrivere” il dettato della Carta (un’esperienza, questa, di cui si sono avute ripetute e lampanti testimonianze proprio con riguardo al Titolo V), nel tentativo di porre riparo almeno ad alcune delle sue più vistose carenze e contraddizioni.

Non basta, dunque, che appaia non più adeguata l’originaria formulazione della legge fondamentale della Repubblica; di più, occorre che sembrino ancora meglio fatte le disposizioni volte a prendere il posto delle vecchie. Insomma, ha sempre da farsi una ponderazione tra vecchio e nuovo e vedere dove maggiormente pende la bilancia. Ciò che è assai più complicato e problematico di quanto a tutta prima non sembri, ove si convenga – come, a mia opinione, deve convenire – a riguardo della vistosa esiguità di idee costituzionali ovvero della imperante confusione esistente circa il modo con cui armonicamente legare in un quadro organico le varie soluzioni organizzative proposte per questo o quel punto della trama costituzionale.

Se ne ha che il parametro alla cui luce può essere apprezzata la bontà dei progetti di riforma è duplice, normativo e fattuale assieme: un parametro che discende *dall’alto* (dai valori fondamentali) e ascende *dal basso* (dall’esperienza, per come fin qui maturata e consente di misurare il “tasso” d’inveramento dei valori stessi). O, per dir meglio, il parametro è pur sempre *uno*: per ciò che qui specificamente importa, è dato dal principio di unità-autonomia (in rapporto ai principi restanti coi quali fa “sistema”), nella cui struttura costitutiva tuttavia s’immettono elementi attinti dall’esperienza, nelle sue più salienti espressioni.

Un parametro, dunque, bisognoso di essere riguardato col metro della ragionevolezza: la tecnica o lo strumento che dà modo di filtrare i progetti di riforma, nell’intento di stabilire se (e fino a che punto) essi effettivamente si volgono verso il fine costituzionale (il valore di unità-autonomia), in considerazione del contesto entro cui sono destinati ad operare.

Ora, ciò che subito balza agli occhi, riconsiderando dall’angolo visuale qui adottato le proposte di riforma in circolazione (e, tra queste, da ultimo e principalmente la relazione della Commissione per le riforme costituzionali ed elettorali licenziata nel settembre scorso), è che non sembra che si sia fatto appieno tesoro del complessivo andamento della vicenda regionale, al fine di porre rimedio almeno ad alcuni tra i più vistosi e pressoché universalmente riconosciuti guasti nel corso del suo svolgimento riscontratisi.

La domanda cruciale che ci si deve porre è la seguente: quale è la cifra identificante che connota le proposte in parola, in vista del complessivo riequilibrio interno ad unità ed autonomia? Il che vale come dire: sono davvero adeguate tali proposte allo scopo che ne giustifica l’adozione?

2. La doppia “anima” della progettazione in cantiere, l’una volta al riaccentramento di materie e funzioni e l’altra alla pur parziale promozione dell’autonomia

Una doppia “anima” sembra esservi nella progettazione in corso, avuto specifico riguardo agli esiti del lavoro svolto dalla Commissione dei “saggi” istituita dal Governo Letta: l’una vorrebbe orientata la vicenda regionale, nei suoi prossimi e più salienti sviluppi, verso un marcato riaccentramento di materie e funzioni in capo allo Stato; l’altra, invece, promossa l’autonomia, specie in alcune delle sue manifestazioni riportabili al c.d. “regionalismo cooperativo”, come usa (sia pure con una certa

approssimazione ed ambiguità) chiamarlo. Una promozione, tuttavia, come si vedrà, solo parziale, bisognosa di essere comunque opportunamente precisata e corretta in talune delle sue forme maggiormente espressive.

Tendenza al riaccentramento e tendenza alla valorizzazione dell'autonomia non necessariamente si escludono o entrano in reciproca contraddizione. Nulla infatti esclude in partenza che, per segmenti diversi del nuovo articolato costituzionale, possa aversi bisogno sia dell'una che dell'altra cosa, se realizzate nel modo ed al posto giusto.

Ciò che, a mio modo di vedere, più colpisce, ad una prima lettura della relazione licenziata dalla Commissione suddetta, non è tanto ciò che c'è di nuovo, quanto ciò che non c'è e che invece avrebbe dovuto esservi.

Elenco con la massima rapidità le più rilevanti di siffatte mancanze.

2.1. Le (non rosee) prospettive che si prefigurano per la specialità e la (inopinata) rimozione del modulo di "specializzazione" dell'autonomia previsto dall'art. 116, ult. c., con la conseguente, negativa incidenza che potrebbe aversene a carico dei diritti fondamentali

Innanzitutto, è da chiedersi se abbia senso mantenere così com'è l'articolazione dell'autonomia nelle due specie della specialità e della ordinarietà.

Volgendo lo sguardo verso l'esperienza, balza subito agli occhi la divaricazione esistente tra quest'ultima e il modello costituzionale, a motivo delle numerose ed inequivoche testimonianze da essa offerte a riguardo dell'appiattimento tra le specie suddette e persino del capovolgimento del modello su se stesso, le Regioni ad autonomia differenziata essendosi – come si sa – trovate obbligate a rincorrere le Regioni di diritto comune nell'intento di acquisire per sé, in applicazione della clausola di maggior favore di cui all'art. 10 della legge costituzionale di riforma del 2001, le più favorevoli condizioni di autonomia riconosciute dal Titolo V novellato. Un esito, questo della omologazione tra le due specie di autonomia, alla cui affermazione ha – come si sa – dato un fattivo concorso la giurisprudenza costituzionale: quasi che – verrebbe da dire – l'articolazione dell'autonomia nelle specie stesse fosse *ab initio* "sbagliata" (o, comunque, lo sia divenuta col tempo), siccome inadeguata a realizzare la sintesi ottimale, alle condizioni oggettive di contesto, tra le istanze di unità e quelle di autonomia, sì da essere appunto bisognosa di essere fin dove possibile "corretta".

Qui è il cuore della questione. Occorre infatti chiedersi se abbia senso (e, se sì, in che misura) tener fermo il regime duale e, ancora, nel caso che esso si reputi bisognoso di correttivi, se meriti di essere revisionato, a mezzo di una nuova e più adeguata razionalizzazione costituzionale, il dettato positivo ovvero se non si debbano piuttosto raddrizzare le pratiche (normative e giurisprudenziali) da esso discoste.

Ora, senza escludere che a tutt'oggi perdurino peculiari esigenze che giustificano un parimenti peculiare trattamento positivo (e mi riferisco, in particolare, alle Regioni bilingui di confine e ad alcuni aspetti della loro autonomia), è assai arduo argomentare la tesi che la specialità così com'è seguiti a costituire la risposta giusta (se mai l'ha costituita...) in relazione a taluni bisogni emergenti da un contesto oggi assai diverso da quello esistente ai tempi della Costituente. Forse, le maggiori novità al riguardo si registrano proprio nella Regione nella quale sono nato ed opero, la Sicilia, nella quale la spinta separatista, cui – come si sa – si è dovuta la nascita dello statuto, si è praticamente esaurita, mentre – come si sa – ha preso piede, in forme peraltro alquanto confuse ed improvvisate, in alcune Regioni del Nord del Paese (e, segnatamente, in Lombardia e Veneto), soggette al regime comune.

Ciò che maggiormente importa è che, nelle sue componenti di ordine economico-sociale, il contesto non autorizza di certo a distinguere in modo netto le cinque Regioni (e le due Province autonome) da tutte le Regioni restanti. Regioni confinanti (ad es., la Sicilia e la Calabria, unite nella c.d. "area dello Stretto") dalle omogenee condizioni di sviluppo economico-sociale sono, di contro, *irragionevolmente*, tenute distinte (e distanti) siccome soggette, l'una, ad un regime speciale (ed anzi

specialissimo...), e, l'altra, al regime di cui al Titolo V della Carta. Allo stesso modo, all'uguale regime da quest'ultimo previsto vanno soggette Regioni assai diverse per il sostrato economico-sociale sul quale poggia (o, meglio, *dovrebbe* poggiare) la loro autonomia (fin troppo facile, persino banale, al riguardo l'esempio delle Regioni meridionali e di quelle settentrionali).

Insomma, c'è una complessiva irragionevolezza del "sistema" (se così vogliamo, con molta generosità e improprietà, chiamarlo), assimilandosi il trattamento di ciò che piuttosto richiederebbe una differenziazione e distinguendosi quello di ciò che meriterebbe una disciplina uniforme.

Qui, il discorso dovrebbe allungarsi fino a comprendere la stessa revisione dei confini territoriali delle Regioni (e del loro numero, verosimilmente nel segno della riduzione); non ne dirò, tuttavia, per senso pratico, siccome persuaso del fatto che non si danno oggi, così come non v'erano in passato, le condizioni per realizzare un sì ambizioso disegno. Mi limito, dunque, solo a rinnovare qui pure il mio convincimento, da tempo già manifestato, per un *modello di specialità diffusa*, quale il più adeguato all'appagamento dei peculiari bisogni emergenti nei vari territori di cui si compone la Repubblica.

Si può tuttavia obiettare che il discorso che si va ora facendo pecca di evidente astrattismo, non dandosi nel nostro ordinamento le condizioni per la realizzazione del modello al quale va la mia convinta preferenza. Non a caso, la sua pallida e parzialissima rappresentazione risultante dall'ultimo comma dell'art. 116 non ha avuto alcun riscontro nell'esperienza, dal momento che solo poche Regioni hanno pensato di avvalersi dello strumento previsto dal disposto costituzionale suddetto, abbandonando tuttavia ben presto l'iniziativa al riguardo adottata, non ricevendo una congrua ed appagante risposta da parte dello Stato. Sta di fatto che non è stata sfruttata l'opportunità offerta dal dettato costituzionale, così come novellato nel 2001, al fine di far crescere l'autonomia, portandola oltre la soglia fissata in Costituzione in modo eguale per tutte le Regioni di diritto comune. La qual cosa induce ad una seria e disincantata riflessione circa la condizione complessiva dell'autonomia stessa e le sue concrete prospettive di affermazione, al servizio dei bisogni più diffusamente avvertiti (e, dunque, dei diritti fondamentali).

Qual è la reazione dei "saggi" davanti a questo stato di cose? Non già quella di predisporre le soluzioni più congrue allo scopo di recuperare il senso genuino dell'art. 116 ovvero di correggerne il dettato in vista della crescita dell'autonomia bensì l'altra, opposta, di cancellarlo puramente e semplicemente dalla lavagna costituzionale, assecondando in tal modo la tendenza ormai radicata nel segno di un incolore, inespressivo ed infecondo appiattimento dell'autonomia.

Non ha pregio alcuno, a mio modo di vedere, la soluzione alternativa proposta a compenso di siffatta perdita e volta alla previsione di un potere di delega da parte dello Stato alle Regioni (a tutte ovvero solo ad alcune) dell'esercizio della funzione legislativa nelle materie di spettanza dello Stato stesso.

In disparte ogni riserva che dovesse aversi a riguardo della possibilità del ricorso alla delega unicamente a beneficio di alcune Regioni (specie per l'aspetto della eguaglianza del trattamento, una eguaglianza tuttavia che non si esclude possa talvolta richiedere proprio siffatto carattere particolare della delega), ciò che giova qui mettere in chiaro è che la delega non comporta la traslazione della titolarità della disciplina, mentre la "specializzazione", nelle forme previste dal vigente art. 116, si traduce in una deroga al quadro costituzionale delle competenze, vale a dire in una "regionalizzazione" *optimo iure* delle (troppo poche) materie che ne sono oggetto.

La perdita secca per i diritti fondamentali – per ciò che ora maggiormente importa, dall'angolo visuale dal quale qui si riguarda alla vicenda regionale ed alle riforme che dovrebbero diversamente orientarne i prossimi sviluppi all'insegna del valore di unità-autonomia – che ci si attende, già per il sol fatto della rimozione dello strumento previsto dall'art. 116, mi parrebbe innegabile. Appiattare l'autonomia, nelle sue possibili, più salienti manifestazioni, equivale – come si viene dicendo – a spegnerne le aspettative in vista dell'ottimale, differenziato appagamento dei peculiari bisogni emergenti dai territori di cui si compone la Repubblica. Appiattare l'autonomia, insomma, equivale a farne contrarre gli spazi e, per ciò stesso, a svilirne le capacità di espressione.

2.2. *L'endemico disordine delle fonti, con specifico riguardo ai rapporti tra le leggi di Stato e Regione, oscillanti tra il modello della separazione e quello della integrazione delle competenze, e il bisogno di fare finalmente chiarezza nella Carta novellata per ciò che attiene alla operatività dei criteri che presiedono alla composizione delle fonti in sistema*

Numerose e vistose carenze si registrano poi nella progettazione in corso a riguardo del modo cui le fonti si compongono in sistema, a tutti i livelli istituzionali in cui prende corpo la produzione giuridica e in ciascuna delle sue forme espressive.

Particolarmente grave appare essere questo stato di cose al piano dei rapporti con l'Unione europea e la Comunità internazionale; ma di ciò preferisco dire in conclusione di questa riflessione, dove saranno meglio chiare le ragioni che consigliano siffatta posposizione.

Stupisce che non si sia pensato, dopo le infinite discussioni avutesi tra gli studiosi e le numerose e tuttora parimenti non finite oscillazioni esibite dalla giurisprudenza, di stabilire una buona volta nella Carta novellata quale sia la natura dei rapporti tra le fonti di Stato e Regione, per un verso, e tra le fonti regionali e quelle di autonomia infraregionale, per un altro verso. Una questione che – come si sa – si è posta con particolare gravità con riguardo alle leggi dei due enti, i cui rapporti non si è mai ben capito se vadano spiegati alla luce del criterio di separazione ovvero di quello d'integrazione (e, perciò, se possa tra di esse aversi, e se sì a quali condizioni ed entro quali limiti, abrogazione). Ho già più volte fatto notare come davanti a questo stato di cose, che è motivo di sensibile disorientamento e di non poca preoccupazione, mi parrebbe opportuno che si faccia finalmente chiarezza; e il luogo giusto per farlo è proprio la Carta opportunamente novellata, ricongiungendosi così la forma alla materia costituzionale per effetto di una disciplina della seconda a mezzo di atti adottati con le procedure stabilite nell'art. 138, in linea peraltro con una preziosa indicazione di una recente giurisprudenza, tuttavia ad oggi rimasta senza seguito.

Il sistema delle fonti – si è da tempo fatto notare – ha assai poco di... *sistematico* e richiede urgenti e corposi interventi, praticamente in ogni sua parte. Limitatamente al campo di esperienza ai nostri fini rilevante, quella dei rapporti tra le leggi non è la sola questione bisognosa di chiarificazione, pur essendo con ogni probabilità la più rilevante. Si tratta altresì di stabilire quale sia la vera natura delle relazioni tra statuto regionale e leggi, sia statali che regionali (ed è appena il caso qui di rammentare quanto rilevante sia il significato che la messa a punto dei rapporti in parola riveste al fine della salvaguardia dell'autonomia nelle sue proiezioni al piano organizzativo, segnatamente della definizione della forma di governo e della stessa "forma di Regione", siccome riferita ai rapporti tra comunità governata ed apparato governante); e poi ancora è da decidere come si vuole che si atteggiino le relazioni tra le leggi (statali e regionali) e i regolamenti, se sia, o no, opportuno far luogo alla "invenzione" di nuovi tipi di fonti (ad es., di atti regionali con forza di legge), e via dicendo.

Al fondo, si tratta – come sempre – di stabilire quale idea si abbia della Costituzione e quale "uso" dunque se ne voglia fare. E, invero, forse non si è riflettuto abbastanza a riguardo del fatto che rimettere la definizione dei criteri ordinatori (specie nella loro operatività al piano primario della scala delle fonti) a mutevoli, continuamente cangianti, operazioni di ordine ricostruttivo, in buona sostanza, si traduce nel primato della politica sul diritto costituzionale, non già – come invece dovrebbe essere – del secondo sulla prima, restituendosi alla Costituzione la sua vera e genuina funzione di limite al potere, al servizio dei valori fondamentali dell'ordinamento, a partire da quello che vuole riconosciuti, e perciò effettivamente salvaguardati, i diritti inviolabili dell'uomo.

Non dà consolazione alcuna il sapere che siffatta definizione è, in ultima istanza, rimessa al massimo garante della legalità costituzionale, quale "arbitro" dei conflitti legislativi (e non) tra Stato e Regioni (e, in via di principio, tra Regioni). Non consola, dal momento che, una volta che la Carta costituzionale sia, a conti fatti, vista come "muta" o, come che sia, scarsamente espressiva, per il solo fatto che le relazioni internormative si considerano governate ora dal canone della separazione ed ora da quello della integrazione, il rischio che quotidianamente si corre è che alla decisione politico-normativa oggetto di sindacato si sovrapponga un'altra decisione, essa pure politica, frutto

d'insindacabile scelta del giudice costituzionale. Ecco perché dietro lo squilibrio tra le leggi di Stato e Regione, ad oggi bisognoso di una corposa opera di correzione, va visto l'ancora più grave e generale squilibrio esistente al piano dei rapporti tra politica e Costituzione. È chiaro che gli interventi volti a porre riparo a questo stato di cose hanno da essere plurimi ed incisivi e riguardare tanto il piano della politica (delle sue dinamiche e dei canoni che ne governano lo svolgimento) quanto quello delle garanzie; prima di ogni cosa, però, come si è venuti dicendo, è urgente far luogo all'opportuno rinvigorimento del dettato costituzionale, ad oggi afflitto da timidezza espressiva, se non pure da vera e propria reticenza: un rinvigorimento che richiede un pur contenuto (conformemente al carattere proprio della trama costituzionale) riempimento del quadro disegnato sulla Carta.

Historia magistra vitae. L'esperienza insegna che il silenzio serbato dalla Costituzione a riguardo del modo con cui le leggi di Stato e Regione si compongono in sistema si è tradotto in una forte penalizzazione dell'autonomia. Forse, quest'esito si sarebbe avuto in ogni caso, anche cioè in presenza di un linguaggio costituzionale maggiormente esplicito, dal momento che davanti alla vigorosa pressione esercitata da un indirizzo politico fermamente orientato nel senso dello schiacciamento dell'autonomia è assai problematico far valere gli strumenti di garanzia, tanto più se l'indirizzo stesso è incoraggiato da sollecitazioni che vengono dall'Unione europea e da impegni di natura internazionale, alle quali non resta per vero insensibile lo stesso giudice delle leggi (e ciò, perlomeno da un certo punto di vista e fino ad un certo punto, si capisce).

Come vado dicendo da tempo, in relazione alle più varie questioni ed esperienze di rilievo costituzionale, *la malizia del potere si combatte (anche) con la malizia della Costituzione.* Seguito infatti ad essere convinto che almeno alcuni dei guasti diffusamente registratisi nella pratica giuridica, che hanno avuto modo di proiettare la loro immagine anche in seno alla Consulta lasciando un segno non effimero in non poca giurisprudenza, avrebbero potuto essere riparati per il caso che la Carta costituzionale si fosse dotata di una maggiore chiarezza di disposti: se non altro, le forze politico-istituzionali sarebbero state messe con le spalle al muro ed obbligate pertanto ad uscire allo scoperto, volendo puntare all'obiettivo di schiacciare l'autonomia e di contenerne vistosamente gli spazi di espressione.

2.3. Il bisogno di taluni corposi aggiustamenti nei meccanismi di garanzia, segnatamente per ciò che attiene ai controlli sulle leggi di Stato e Regione, all'insegna del principio della "parità delle armi", e i riflessi che potrebbero aversene nei riguardi del sistema di sindacato in via incidentale (e, perciò, sui diritti fondamentali)

Singolare è poi il silenzio tenuto dalla Commissione per le riforme per ciò che attiene alle garanzie processuali, con specifico riguardo alle impugnazioni delle leggi di Stato e Regione. Nulla infatti si dice in merito al nuovo art. 127; ciò che può far pensare che lo si voglia lasciare così com'è. Con ogni probabilità, non si è voluto metter piede nel campo su cui la Corte costituzionale esercita le competenze ad essa spettanti, campo espressamente sottratto alla cognizione dei "saggi". Eppure, l'art. in parola fa – come si sa – parte del Titolo V e, dunque, avrebbe potuto costituire oggetto di attenzione da parte dei commissari, così come potrebbe essere riguardato dal processo riformatore.

Ora, l'art. 127, quale uscito dalla revisione fatta nel 2001, pur esibendo alcune sostanziali novità rispetto al dettato originario della Carta maggiormente attente alle esigenze dell'autonomia, si presenta in termini tali da non portare ad un apprezzabile riequilibrio della posizione processuale di Stato e Regione, specificamente per ciò che attiene ai vizi denunziabili, ponendo in tal modo le basi per quella effettiva "parità delle armi" – come l'ha definita una sensibile dottrina – che è finora sostanzialmente mancata. Sennonché, malgrado le nuove formule potessero ugualmente agevolare quest'esito rispettoso dell'autonomia, l'orientamento della giurisprudenza – come pure è noto – è stato di altro segno.

Così stando le cose, non rimane altro da fare, se si ha davvero a cuore di far luogo al riequilibrio in parola, che mettere nero su bianco che nessun discriminato trattamento può aversi tra gli atti

legislativi di Stato e Regione per l'aspetto ora considerato. Poi, si può discutere se il livellamento lo si vuole *all'alto*, abilitandosi le Regioni ad impugnare le leggi statali anche al di fuori del caso che ne sia incisa la sfera di competenze (e già, invero, si ha qualche timido segno in questa direzione, segnatamente per ciò che concerne i ricorsi regionali a tutela dell'autonomia infraregionale), ovvero *al basso*, dandosi modo allo Stato di adire la Corte unicamente a presidio della propria sfera di competenze invasa dalle leggi regionali.

La prima soluzione parrebbe essere ancora più "garantista" e, dunque, maggiormente idonea a mettere i diritti fondamentali al riparo da loro eventuali incisioni; la seconda soluzione, di contro, sembra consigliata anche alla luce del bisogno di allargare gli spazi, fattisi col tempo sempre più ridotti e praticamente asfittici, entro cui può spiegarsi il sindacato sulle leggi in via incidentale. D'altro canto, seppure non sia da escludere in partenza che i diritti possano essere (perlomeno in talune circostanze ed in relazione ad alcune specie di leggi) ancora meglio preservati da ricorsi in via diretta, a ridosso dell'adozione degli atti legislativi ed allo scopo di prevenire la produzione ed il radicamento di effetti incostituzionali da essi discendenti, è ugualmente da tener ferma l'idea per cui è solo in occasione dell'applicazione delle leggi ai casi (e, perciò, alla luce delle esigenze che in essi si manifestano in modi continuamente cangianti ed assai di frequente imprevedibili al momento della confezione delle leggi) che può adeguatamente valutarsi l'impatto degli atti di normazione sui diritti fondamentali (e, in genere, sulle posizioni soggettive).

Ciò che solo conta è che lo stato di cose ormai invalso non può essere ulteriormente tollerato; e la nuova razionalizzazione costituzionale non può, dunque, sgravarsi dell'onere di dare il suo contributo ad un esito volto a ridurre la forbice che tiene innaturalmente distante la parte organizzativa della Carta dai valori fondamentali (e, segnatamente, dal valore di cui all'art. 5).

2.4. *La mancata ricerca di soluzioni organizzative originali in ambito regionale, in vista di un adeguato servizio da apprestare ai diritti fondamentali*

Nessuna novità, poi, si prefigura al piano dell'organizzazione in ambito regionale, in particolare nulla si dice a riguardo della possibile riscrittura dell'art. 123, come pure degli altri enunciati relativi alla forma di governo regionale. Un solo, estremamente labile e palesemente insufficiente, cenno figura nella relazione dei "saggi" circa la possibilità di emendare il *simul simul*, temperandone talune asprezze attraverso la previsione secondo cui dovrebbero restare esclusi dalle cause di scioglimento automatico del Consiglio regionale la morte e l'impedimento permanente del Presidente della Giunta.

Tra i molti punti sui quali gioverebbe fermare l'attenzione, mi limito a segnalarne solo un paio, ai quali – come di consueto – riservo adesso unicamente alcune rapide notazioni.

Il primo rimanda ad una questione che si prenderà in esame a breve, con specifico riferimento alla ristrutturazione della seconda Camera. La mia preferenza, già in altri luoghi manifestata, è per una graduale integrazione tra i livelli istituzionali: alle sole Regioni dovrebbe infatti essere offerta l'opportunità d'immettersi nella struttura del Senato (con esclusione, dunque, della rappresentanza degli enti infraregionali e, segnatamente, dei Comuni), mentre ai Comuni ed agli altri enti territoriali minori dovrebbe esser dato di partecipare unicamente alla struttura delle assemblee legislative regionali, allo scopo trasformate in organi bicamerali.

Non è inopportuno osservare che, anche per il caso che nella seconda Camera dello Stato dovesse essere assicurata la rappresentanza delle minori autonomie territoriali (ciò che, ad ogni buon conto, non vedo di buon occhio, temendo che possano aversene spinte corporativistiche laceranti e pregiudizievoli per il fisiologico svolgimento delle attività parlamentari), la soluzione sopra patrocinata per il livello regionale non dovrebbe ad ogni buon conto considerarsi assorbita da quella prefigurata per il livello statale, trattandosi di piani istituzionali diversi, ai quali rilevano interessi parimenti diversi e, come tali, bisognosi di essere presi in cura da soggetti ancora diversi.

Il secondo punto è, forse, ancora più del primo meritevole di considerazione, specie dalla prospettiva dalla quale qui si prende in esame la progettazione delle future riforme.

Mi riferisco in specie alla “forma di Regione”, nell’accezione sopra succintamente richiamata che la vuole caratterizzata dai rapporti tra comunità governata ed apparato governante.

Ora, è fin troppo noto che, al di là delle altisonanti affermazioni contenute negli statuti (nei nuovi così come già nei vecchi) a riguardo della partecipazione della comunità regionale all’esercizio dei poteri di governo, assai esigue (e, in qualche caso, francamente sconfortanti) sono state le realizzazioni avutesi, con grave pregiudizio, a un tempo, per il valore democratico, in alcune delle sue più salienti espressioni, e per i diritti fondamentali in genere, specie in campo economico-sociale. Un pregiudizio che è comprovato dal fatto che i diritti stessi avrebbero potuto avere ben altro trattamento qualora gli atti adottati che li riguardano fossero venuti alla luce col fattivo concorso degli stessi soggetti che ne sono titolari, specie per il tramite delle organizzazioni sociali in cui essi si riuniscono, organizzazioni cui fin qui non è stata offerta, se non in assai ridotta misura, l’opportunità di raccordarsi con l’apparato, rappresentando in modo diretto le istanze di cui sono portatrici.

A mia opinione, la Carta opportunamente novellata può, ancora prima degli atti di autonomia (a partire dagli statuti), fare molto a questo scopo. Si tratta solo di stabilire se v’è una effettiva volontà in tal senso (della qual cosa invero è lecito dubitare, sol che si consideri la refrattarietà delle forze politiche – al di là dei buoni propositi dichiarati – a condividere poteri e responsabilità con altre formazioni sociali) e, ammesso che la volontà vi sia, se si ha sufficiente chiarezza di idee circa le soluzioni organizzative più acconce alla realizzazione dell’obiettivo.

Il discorso dovrebbe a questo punto distendersi sopra campi materiali in questa sede non coltivabili, prefigurandosi talune soluzioni che, oltre che nella Carta e negli statuti, richiedono di trovare posto in altri atti ancora (e, tra questi, principalmente i regolamenti consiliari); e dovrebbe aprirsi alla considerazione non soltanto dei profili strutturali, quale quello sopra accennato riguardante la composizione delle assemblee elettive, ma anche di quelli funzionali, con specifica attenzione ai procedimenti di produzione giuridica, bisognosi di essere complessivamente rimessi a punto. Si tratta, infatti, di pensare alle soluzioni organizzative più adeguate allo scopo di assicurare, per un verso, una fattiva, “leale” cooperazione tra gli organi di governo della Regione, rendendo ancora più intense ed equilibrate le relazioni che tra di essi s’intrattengono, nonché tra gli organi stessi e quelli esponenziali degli enti infraregionali (specie per il caso che dovesse restare senza seguito la proposta qui affacciata volta a fare delle assemblee regionali degli organi bicamerali). Per un altro (e, forse, ancora più importante) verso, si tratta di aprire i procedimenti di produzione giuridica alla società civile, colmando così il solco che tiene ad oggi innaturalmente distante la società stessa dall’apparato di governo della Regione, fra i quali non c’è ormai più (se mai v’è stata...) “comunicazione”, siccome parlanti lingue diverse.

Non si tratta – sia chiaro – di appesantire oltre misura procedimenti che già al presente appaiono fortemente inceppati, per cause nondimeno che si fanno più riportare al sistema politico che a carenze o torsioni dei meccanismi normativamente previsti. Va piuttosto assicurata, perlomeno in una certa misura, una “democratizzazione” degli ordinamenti regionali che, seppur pomposamente enunciata nelle carte statutarie, è tuttavia fin qui rimasta scarsamente tangibile (in realtà, la notazione possiede una generale valenza e può dunque, con le dovute precisazioni, estendersi ad ogni livello istituzionale, da quello statale a quelli infraregionali, senza che nondimeno se ne possa ora dire al di là del fugace cenno appena fatto). E così, per fare solo un esempio, potrebbe prevedersi che i disegni di legge d’iniziativa giuntale si trovino obbligati – perlomeno con riguardo a talune materie – a passare prima della loro presentazione da sedi idonee a dar voce ai soggetti esponenziali della comunità organizzata, quanto meno per una consultazione, la quale poi dovrebbe, ad ogni buon conto, essere assicurata anche presso le assemblee elettive (ma molte altre possono, com’è chiaro, essere le soluzioni allo scopo prefigurabili). In tal modo, potrebbero rendersi, in un sol colpo, più salde le relazioni sia tra gli organi della direzione politica che (e soprattutto) tra l’apparato in genere e la comunità organizzata.

Per l’aspetto ora considerato, la Carta novellata potrebbe – per dir così – mettere in mora i legislatori regionali (già per ciò che concerne la disciplina degli statuti e, quindi, la disciplina degli atti adottati in svolgimento di questi, a partire dai regolamenti consiliari), sollecitandoli ad uno sforzo di progettazione normativa idoneo alle pretese crescenti di una partecipazione rimasta

sostanzialmente inappagata, quali che ne siano poi le forme e le sedi istituzionali nelle quali essa può aver modo di affermarsi.

3. Il ritorno al centro di alcune materie, dapprima demandate alla disciplina regionale, e la previsione, in termini sommamente ambigui e preoccupanti, della clausola di supremazia, che potrebbe dar modo di attrarre, in buona sostanza, all'area di competenza dello Stato tutto quanto attiene alla cura dei diritti fondamentali

Si diceva che nella progettazione in corso si hanno tanto proposte volte al riaccentramento quanto proposte nel segno della promozione dell'autonomia.

Una delle più visibili testimonianze della prima tendenza è data dal ritorno di alcune materie allo Stato dopo la loro (in qualche caso, a dire il vero, inopinata) devoluzione alle Regioni ad opera della legge di revisione del 2001 (note ed ampiamente segnalate alcune sviste commesse in sede di redazione degli elenchi contenuti nell'art. 117).

Ora, è fuor di dubbio che la scrittura costituzionale ha pur sempre un suo innegabile rilievo, che non merita di essere comunque sottovalutato; e, tuttavia, gli argini eretti dalle etichette sono – come si sa – assai bassi, agevolmente scavalcabili da parte tanto dei decisori politici quanto del garante ultimo della legalità costituzionale. Vi sono – è ormai acclarato – limiti intrinseci cui va soggetto il sistema del riparto *per nomina*, di cui l'esperienza ha dato sì numerose e convergenti testimonianze da non richiedersi che si faccia altra parola a conferma di quest'assunto. Il vero riparto – come pure è noto – è secondo la cangiante natura degli interessi, la loro mobile qualificazione sotto la spinta di vari fattori, tutti – quale più quale meno – riferibili al contesto. La qual cosa poi, a conti fatti, conduce ancora una volta all'esito per cui la politica (sia quella in senso stretto di cui si fanno portatori i partiti e le altre forze sociali organizzate e sia pure la “politica” di bonifica costituzionale, quale prende corpo per mano dei garanti) può trovare il modo per affermarsi a discapito del diritto costituzionale, tanto più laddove quest'ultimo esibisca vistose carenze di linguaggio, rese palesi dalla vaghezza concettuale degli enunciati iscritti nella Carta.

Tutto ciò posto, è ugualmente vero che del sistema delle etichette non si riesce – a quanto pare – a fare a meno: si sa che non è un buon sistema ma non si è riusciti ad inventarne uno diverso e migliore. Ed è appena il caso qui di segnalare di passaggio che rischia di peggiorare uno stato di cose già di per sé precario l'accoglimento di una proposta, che nondimeno non sembra goda da noi particolari favori, secondo cui la indicazione dei campi materiali rimessi alla coltivazione di questo o quell'ente (o congiuntamente di entrambi) dovrebbe aversi a mezzo di formule assai estese e minute, persino di estremo dettaglio, così come peraltro si ha (ma assai di rado) presso altri ordinamenti, allo scopo appunto di contenere fin dove possibile, se non pure di eliminare del tutto, quelle manipolazioni di dettato di cui – come si rammentava – si sono avute (e si hanno) continue testimonianze. È evidente infatti – così perlomeno a me pare – che se ne avrebbe un irrigidimento assai difficilmente tollerabile e conciliabile con quella mutevole natura degli interessi che – piaccia o no – costituisce il punto costante di riferimento sia della produzione normativa che dell'attività di controllo sulla stessa.

Ora, è risaputo che il riparto per etichette finisce il più delle volte col risolversi a vantaggio del soggetto forte del rapporto, lo Stato. La sofferenza della Costituzione e la sua scarsa capacità di resistere agli assalti di una politica smalzata ed incalzante ha un indice privilegiato che ne attesta e – per dir così – ne misura la consistenza; ed è appunto quello che dà modo di vedere quante quote di potere siano, in un modo o nell'altro, riportate dalla periferia al centro. Per l'aspetto adesso considerato, dunque, la progettazione in corso non fa altro che mettere nero su bianco ciò che è già “diritto vivente”; anzi, forse presenta carattere riduttivo rispetto a quest'ultimo, nel senso che non ne dà una compiuta e in tutto fedele rappresentazione.

La riforma in cantiere non va, perciò, per l'aspetto in parola, oltre misura sovraccaricata di valenze ovvero drammatizzata. D'altronde, qualunque cosa nella futura legge di revisione dovesse sul punto dirsi, avrebbe pur sempre valore relativo e *quodammodo* condizionato, dal momento che – come si

diceva – è al piano degli interessi che si gioca poi la partita, seppur col costo assai elevato di riscrivere secondo occasionali convenienze le stesse regole del gioco.

Ad aggravare, poi, questo già di per sé precario stato di cose è la circostanza per cui al previsto ritorno al centro di materie (o porzioni di materie) dapprima demandate alle Regioni si aggiunge l'ulteriore previsione della clausola di supremazia a beneficio dello Stato, in termini peraltro talmente laconici ed ambigui da far pensare che possa aversene un utilizzo di certo assai poco confortante per le aspettative dell'autonomia.

Secondo la proposta avanzata dai “saggi”, la clausola in parola potrebbe, infatti, essere attivata ogni qual volta “lo richiedano la tutela dell'unità giuridica o economica, la realizzazione di programmi di interesse nazionale e le grandi riforme economico-sociali”. Non v'è chi non veda la somma vaghezza concettuale della formula in discorso, in seno alla quale è assai arduo e problematico stabilire in cosa effettivamente si distinguano tra di loro i fattori giustificativi dell'attivazione della clausola, uno dei quali presenta una evidente (in altro scritto, mi è venuto di dire: *malinconica*) assonanza con uno dei limiti della vecchia potestà legislativa primaria delle Regioni a regime differenziato. Una formula – per ciò che più da vicino riguarda questo studio – che fa poi correre il rischio concreto, ove dovesse aversene appunto un uso non vigilato, che tutto quanto attiene alla salvaguardia dei diritti fondamentali possa, in buona sostanza, essere ritagliato dalla sfera dell'autonomia ed attratto alla esclusiva ed onnipervasiva disciplina dello Stato (non più, dunque, come invece dovrebbe essere, circoscritta alla mera fissazione dei “livelli essenziali” delle prestazioni relative ai diritti). Tanto più che – ahimè – non è dato sapere a mezzo di quali procedure la clausola suddetta sarà attivata: un silenzio, questo, assordante e palesemente stonato – si è fatto notare da un'autorevole dottrina, in relazione ad analoga previsione presente nel disegno Monti – rispetto alla indicazione data da [Corte cost. n. 303 del 2003](#) a riguardo delle condizioni e dei modi con cui possono essere esercitate, in spirito di “leale cooperazione”, la attività “sussidiarie” poste in essere dallo Stato.

Così stando le cose, è però da chiedersi cosa mai possa restare a dare significato all'autonomia stessa.

Qui è il cuore della questione oggi nuovamente discussa, sulla quale non mi stancherò di invitare a fermare l'attenzione. Perché – come si viene dicendo – o l'autonomia è messa in grado di farsi servizio nei riguardi di taluni dei più avvertiti bisogni elementari dell'uomo (e, perciò, dei diritti fondamentali che vi danno voce) oppure semplicemente non è.

È riduttivo (ed anzi fuorviante) guardare alle vicende dell'autonomia, ai rapporti tra le loro più salienti manifestazioni (al piano della normazione, della legislazione, della finanza) e le corrispondenti espressioni della sovranità dello Stato, esclusivamente dalla prospettiva dell'equilibrio di ordine istituzionale che può intrattenersi (ed effettivamente si intrattiene) tra lo Stato stesso e la Regione. Non si tratta solo di ricercare soluzioni mediane e complessivamente appaganti tra le due “anime” del valore riconosciuto nell'art. 5, quella di unità e quella di autonomia; si tratta di stabilire qual è il sostrato assiologico-sostanziale su cui esso si regge. Si tratta cioè di verificare quale possa essere il modo migliore, alle condizioni oggettive di contesto, per appagare, attraverso l'equilibrio suddetto, i diritti fondamentali nel loro fare “sistema” coi valori fondamentali restanti.

Si coglie così quel rapporto di strumentalità necessaria che, come si diceva, viene a stabilirsi tra il principio enunciato nell'art. 5 e i principi che compongono la coppia assiologica fondamentale di cui agli artt. 2 e 3.

Questo è il punto primo al quale occorre far capo in sede di valutazione dei progetti di riforma, allo scopo di verificare qual è il loro senso complessivo, l'aspettativa che per il loro tramite si può nutrire circa l'innalzamento delle condizioni di salvaguardia dei bisogni più diffusamente ed intensamente avvertiti in seno alla comunità.

Detto più semplicemente, l'autonomia è effettivamente, in tangibile misura, promossa non per il mero fatto che assai estesi risultano essere gli ambiti materiali su cui essa è in grado di spiegarsi con le leggi e gli altri atti che vi danno voce, ma lo è se è messa davvero in grado di offrire il proprio fattivo concorso alla salvaguardia dei diritti fondamentali, portandosi oltre i “livelli essenziali” delle prestazioni cui si riferisce l'art. 117, II c., lett. *m*).

Il parametro alla cui luce l'autonomia si apprezza è, dunque, quello *ex parte societatis*, non l'altro *ex parte Status*; e ciò, in quanto, nella sua intima essenza e più genuina espressione, essa – non mi stancherò di ripetere – è *servizio* offerto ai bisogni elementari della gente, non già *potere* (o somma di poteri) che un apparato di governo stanziato su una porzione del territorio nazionale rivendica per la propria affermazione nei riguardi dell'apparato centrale dello Stato.

L'estensione degli ambiti materiali, certo, non è di poco conto ma da sola non basta: è al piano della *qualità*, non a quello della mera *quantità*, che si misura l'autonomia, nella sua capacità di distensione sul tessuto sociale e di radicamento nel terreno dal quale affiorano i bisogni più diffusamente avvertiti. Il piano è, dunque, quello dei *limiti* ai quali essa è obbligata a sottostare, specie per il modo con cui hanno preso corpo nella giurisprudenza costituzionale, in seno alla quale si è – come si sa – fatto un uso massiccio del criterio, oggettivamente ambiguo e potenzialmente foriero di imprevedibili effetti, della prevalenza (al fine di far attrarre una data disciplina alla sfera di competenze di questo o quell'ente), delle materie-“non materie” [e, segnatamente, di quella di cui alla lett. m)] e di quant'altro ha consentito il riporto di quote consistenti di potere dalla periferia al centro.

Ora, siffatta tendenza promette di essere viepiù agevolata dalla progettazione in cantiere, con esiti francamente non in tutto prevedibili ma che, anche in considerazione della crisi economico-finanziaria in corso, sembrano ad ogni buon conto penalizzanti per l'autonomia.

4. Le novità riguardanti la seconda Camera, tanto per ciò che concerne la sua struttura quanto in merito alle funzioni ad essa spettanti ed alla sua relazione (non... fiduciaria) col Governo, e la possibile ricaduta che può aversene al piano della salvaguardia dei diritti fondamentali

Dalla prospettiva qui adottata possono essere riviste sotto la giusta luce le proposte di riforma volte alla riconformazione della struttura e delle funzioni della seconda Camera.

Questo è comunemente considerato il “luogo” adatto per riedificare su basi nuove e più solide la costruzione dell'autonomia.

Dal mio canto, mi sono già da tempo espresso a riguardo del fatto che il modo migliore per rilanciare l'autonomia non è tanto quello di devolvere (o, meglio, di promettere – e poi non mantenere... – future devoluzioni di) crescenti funzioni e materie dal centro alla periferia, quanto quello di portare la periferia nel centro, di *farla* centro.

Si tratta però di sapere quali soluzioni organizzative meglio di altre si prestino a questo scopo.

Quanto ai profili strutturali, è opportuno – come si diceva – fare del Senato la sede rappresentativa delle sole Regioni, al fine di evitare che possano in esso aversi tensioni continue tra i soggetti portatori delle istanze di autonomia infraregionale e quelli chiamati a farsi carico delle istanze di autonomia regionale (le prime, d'altro canto, come pure si accennava, potrebbero risultare salvaguardate dalla ristrutturazione dei Consigli quali organi bicamerali). Tensioni che potrebbero pesare gravemente sulla funzionalità dell'organo e, perciò, incidere negativamente sul concorso che l'organo è chiamato a dare alla cura del pubblico interesse (e, per ciò che qui specificamente rileva, alla salvaguardia dei diritti fondamentali).

Altra questione, su cui non si può ora indugiare, è come vadano scelti i membri del nuovo Senato, se convenga che siano espressione degli esecutivi regionali (secondo il modello *Bundesrat*) ovvero se sia meglio farne dei portavoce dei Consigli (e, in tal caso, se vadano scelti esclusivamente all'interno di questi oppure se possano essere anche esterni). Chiaramente, nel caso che dovesse essere al riguardo valorizzato il ruolo delle assemblee, se ne avrebbero immediati riflessi sulla forma di governo regionale, per ciò stesso ridisegnata nei suoi tratti maggiormente espressivi ed identificanti.

Di ciò, non mi pare che invero si abbia la dovuta consapevolezza nella progettazione in cantiere. Si tratta infatti di stabilire se, per il caso che si demandi ai Consigli la scelta dei rappresentanti regionali in Senato, convenga apportare modifiche al dettato dell'art. 123 e, soprattutto, a quelli degli

artt. 122 e 126. Se, ad es., dovesse lasciarsi così com'è il meccanismo del *simul simul*, che ne sarà dei rappresentanti regionali una volta che il Consiglio dovesse (auto)sciogliersi in conseguenza di un voto di sfiducia al Presidente della Regione eletto a suffragio diretto? È ragionevole che si abbia un tale effetto domino? E prima ancora: come va valutata questa operazione di riequilibrio della forma di governo regionale con la quale la centralità di ruolo del Presidente è compensata dal potere consiliare di scelta dei rappresentanti in Senato? È cosa buona o, di contro, è cosa sconveniente, proprio alla luce della posizione detenuta dal Presidente in seno alla trama istituzionale della Regione? E infine. In uno scenario, quale quello ora sommariamente delineato, siamo certi che giovi mantenere il *simul simul* in Costituzione? O, non piuttosto, sarebbe meglio demandarne l'eventuale adozione alla disciplina statutaria (e, dunque, all'autodeterminazione della Regione)?

A me pare che un supplemento di riflessione su tutte queste questioni sia assolutamente necessario, una volta che si ammetta – come devesi – che la funzionalità ed interna coerenza dei meccanismi istituzionali è condizione dell'appagamento dei bisogni più diffusi ed avvertiti in seno alla comunità.

Ciò che però, forse, ancora di più conta è cosa sarà chiamato a fare il nuovo Senato.

Al riguardo, largamente condivisa è, come si sa, l'idea della differenziazione delle funzioni delle due Camere, che dovrebbe tradursi in una vistosa contrazione del ruolo del Senato quale organo di legislazione, così come nella sua estromissione dal circuito della relazione fiduciaria.

Sul primo punto, le opinioni fin qui espresse non sono tutte tra di loro coincidenti; sul secondo, invece, non mi pare che vi siano voci fuori del coro.

Consiglierei però un approfondimento dello studio, preliminare alla messa a punto dell'articolato di riforma, su entrambe le questioni, alla luce del parametro dietro indicato che induce a ripensare all'equilibrio tra unità ed autonomia dal punto di vista del servizio che per effetto di esso può aversi nei riguardi dei valori di libertà ed eguaglianza, nel loro fare “sistema” coi valori fondamentali restanti.

Sviste e dimenticanze in merito al ruolo che la seconda Camera può esercitare al piano della legislazione possono avere, di tutta evidenza, la loro immediata, negativa ricaduta sull'autonomia e, per ciò pure, sui diritti fondamentali che ad essa si affidano in vista del loro ottimale appagamento.

Quanto poi alla estromissione del Senato dal circuito fiduciario, per un verso parrebbe essere la naturale conseguenza della nuova composizione dell'organo, specie per il caso che esso non dovesse essere più eletto a suffragio universale e diretto (una opzione, questa avversa alla elezione diretta, che a me parrebbe da tener ferma ma che vedo essere oggetto di animata discussione, anche tra i “saggi”). D'altro canto, è da mettere in conto l'incidenza negativa per la stabilità politica che potrebbe aversi per effetto dell'eventuale mantenimento della relazione fiduciaria tra il Governo ed entrambe le Camere.

Per un altro verso, però, la soluzione comunemente accolta mal si concilia, a mia opinione, col principio fondamentale secondo cui la Repubblica si costruisce e incessantemente rinnova – come suol dirsi – *dal basso* (artt. 5 e 114). Non si trascuri, peraltro, la circostanza per cui il nuovo Senato è pur sempre chiamato a concorrere, in varia misura, alla formazione delle leggi, molte delle quali d'iniziativa governativa; ed è chiaro che, nel momento stesso in cui esso dovesse ora bocciare i disegni del Governo ed ora invece approvarli (sia pure emendandoli), farebbe pur sempre luogo ad un vaglio politico dell'operato del Governo stesso che male, forse, si accorda con la opzione di fondo della esclusione dell'organo parlamentare dal circuito fiduciario.

In generale, è poi da chiedersi quanto possano effettivamente pesare i poteri di controllo del nuovo Senato, una volta che dal loro raggio d'azione dovesse restare escluso tutto quanto attiene alla relazione fiduciaria. È un punto questo – a me pare – non sufficientemente valutato da quanti (e, come si sa, sono davvero tanti) da tempo auspicano il deciso superamento del bicameralismo perfetto. D'accordo sul fare del Senato la sede privilegiata, se non pure la esclusiva, del controllo. Ma se quest'ultimo ha da essere, come dev'essere, *politico* (nella sua più densa e pregnante accezione), come escludere il Senato stesso dal circuito fiduciario?

5. *I (mancati) rapporti delle Regioni con l'Unione europea ed in seno alla Comunità internazionale e il bisogno, di cruciale rilievo, di far luogo ad una loro nuova e temporis ratione aggiornata disciplina nella Carta costituzionale, al servizio dei diritti fondamentali*

Rimane solo un punto ancora da toccare, sia pure con la rapidità imposta a questa riflessione, un punto che deliberatamente è stato lasciato in sospeso in sede di notazioni iniziali, proprio a motivo del suo particolare rilievo e della opportunità che fosse preso in esame unicamente a conclusione dell'analisi già condotta e in considerazione dei suoi più salienti svolgimenti. E, invero, gli esiti dapprima raggiunti, per ciò che attiene agli effetti che potrebbero discendere dalla progettazione in corso a beneficio ovvero (e – temo – soprattutto) a carico dell'autonomia, rischiano di essere fortemente condizionati dal modo con cui si attingeranno i rapporti delle Regioni al piano delle relazioni interordinamentali (e, segnatamente, con l'Unione europea e in seno alla Comunità internazionale).

Forse, proprio qui sono le maggiori carenze della progettazione in cantiere. La relazione dei "saggi" nulla fa, a mia opinione, per nascondere un *animus* – vorrei dire – di scetticismo circa la possibilità di assicurare un apprezzabile livello di relazioni esterne delle Regioni. Non a caso, nulla in essa si dice a riguardo dei rapporti internazionali delle Regioni e quasi nulla quanto a quelli con l'Unione, al di fuori di un labile e palesemente insufficiente riferimento a talune possibili applicazioni dell'art. 6 del protocollo sui principi di sussidiarietà e proporzionalità.

È di tutta evidenza come, proprio nella presente congiuntura segnata da una crisi economico-finanziaria soffocante (alla quale, non casualmente, è fatto esplicito richiamo nella premessa della relazione suddetta), che ha portato ad ulteriormente sottolineare i vincoli di origine esterna gravanti sull'ordinamento della Repubblica in ciascuna delle sue articolazioni, il destino dell'autonomia largamente dipenda dal modo con cui dovesse essere offerta alle Regioni (ed agli enti territoriali in genere) l'opportunità di concorrere alla confezione degli atti sovranazionali ed internazionali, quanto meno nelle sedi di diritto interno in cui si mette a punto l'indirizzo che i rappresentanti del nostro Stato saranno chiamati a rappresentare ai *partners* europei ed agli organismi internazionali, se non pure direttamente in sedi istituzionali allocate fuori dei confini della Repubblica.

Ora, non è di qui mettere nuovamente in chiaro le non poche carenze denunciate dai meccanismi al riguardo previsti dalla legge La Loggia e da altre leggi; importa piuttosto rilevare che alcune essenziali indicazioni nella Carta novellata non possono fare ad ogni buon conto difetto, in attesa del loro opportuno svolgimento a mezzo di atti legislativi (ed altri atti ancora). Senza di che sarebbe un vero miraggio immaginare che le Regioni possano recuperare, almeno in parte, un'autonomia di cui sono già state largamente private e di poterla quindi spendere al servizio dei diritti fondamentali (e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti). Ed è singolare, francamente stupefacente, che si tardi a prendere consapevolezza di questo bisogno, dopo che è ormai provato il carattere penetrante della normativa "eurounitaria" – come a me piace chiamarla – e della stessa disciplina internazionale (si pensi, a quest'ultimo riguardo, solo al rilievo assunto dalla CEDU nella definizione delle controversie giudiziali di diritto interno).

D'altro canto, non si dimentichi che le norme dell'Unione (formula bisognosa di essere intesa in larga accezione, comprensiva delle pronunzie del giudice di Lussemburgo) sono in grado, al pari delle norme di diritto internazionale non scritto e dei Patti con la Chiesa, di esprimere una forza "paracostituzionale" (o costituzionale *tout court*), siccome abilitata a portare, se del caso, alla deroga dell'ordine costituzionale delle competenze, sempre che non ne risultino incisi i principi fondamentali di diritto interno (i c.d. "controlimiti"), che nondimeno hanno fin qui costituito una risorsa non sfruttata a presidio dell'identità costituzionale, laddove minacciata da atti sovranazionali che puntino a mancarvi di rispetto.

Così stando le cose, la Costituzione è, in buona sostanza (e piaccia o no), una *fonte condizionata*, e condizionato è l'intero ordinamento giuridico, idonei a valere fintantoché non facciano da intralcio alla realizzazione del programma d'azione dell'Unione. Ecco perché mi pare che sia assolutamente urgente predisporre un quadro per quanto possibile chiaro ed incisivo, le cui linee portanti richiedono

di essere fissate nella Carta novellata, che dia modo alla Repubblica *nella sua interezza*, in ciascuna cioè delle sue articolazioni strutturali, di far sentire la propria voce nelle sedi in cui si adottano atti dalla formidabile capacità di penetrazione e di vincolo in ambito interno.

Sovranità ed autonomia rischiano di restare vecchie etichette, stancamente ripetute a mo' di *slogan* ed appiccicate a ferri arrugginiti ed ormai inservibili o, se più piace, a contenitori ormai largamente svuotati (se non pure ancora del tutto vuoti), il cui contenuto sia cioè ormai travasato presso altri ed ancora più capienti contenitori dislocati fuori delle nostre mura domestiche. Possono di contro essere recuperate, ma dotandosi di inusuali significati non comprensibili alla luce degli antichi e tuttavia ormai obsoleti schemi teorici di qualificazione, solo se si produce uno sforzo poderoso e a questo scopo adeguato.

Noi, per ciò che è in nostro potere dentro i confini nazionali, siamo chiamati a fare fino in fondo la nostra parte per ridare senso a parole che ci richiamano alle radici della nostra vicenda storico-politica, alle non poche sofferenze patite da chi ci ha preceduto e si è battuto per la causa sia dell'indipendenza e dell'unità che dell'autonomia. E dobbiamo farlo se abbiamo a cuore la perdurante salvaguardia dei nostri diritti fondamentali e di quant'altro fa l'essenza della identità costituzionale della Repubblica.

Se ci si pensa, è proprio il dovere di fedeltà, nella sua più densa accezione che lo vuole riferito ai valori fondanti la Repubblica, ad essere chiamato a stare a base e ad illuminare il processo riformatore, ad indicargli il verso e la meta da raggiungere, a consentirne infine il conseguimento e, con esso, l'appagamento dei bisogni più intensamente avvertiti dell'uomo.

Antonio Ruggeri

Ancora una decisione d'incostituzionalità *accertata* ma non *dichiarata* (nota minima a [Corte cost. n. 279 del 2013](#), in tema di sovraffollamento carcerario)

Una limpida testimonianza di fecondo “dialogo” tra Corte EDU e Corte costituzionale appare essere la pronunzia cui si dirigono queste succinte notazioni. Nessuna divergenza sostanziale di punti di vista è dato registrare tra i due giudici, a riprova del fatto che Convenzione e Costituzione possono andare a braccetto e di pari passo offrire tutela ad alcuni tra i più pressanti bisogni elementari degli esseri umani (qui, soggetti particolarmente esposti, quali appunto sono i detenuti). Peccato che l'ammissione del torto subito, in un bene indisponibile qual è la dignità, non si accompagni al giusto, doveroso ristoro; e questo per la ragione – ci viene detto oggi dalla Consulta – che molti possono essere i modi coi quali ripristinare il rispetto della legalità costituzionale violata e, con esso, delle persone sottoposte a restrizione della libertà personale, un rispetto sistematicamente venuto meno per effetto di una situazione di sovraffollamento carcerario non oltre modo tollerabile. La Corte, nondimeno, non si limita a dichiarare l'inammissibilità della questione, così come – volendo – avrebbe potuto fare, ma si fa premura di elencare, sia pure in via meramente esemplificativa, quali rimedi potrebbero essere introdotti al fine di porre termine ad un fenomeno universalmente deprecato (o, quanto meno – dovrebbe forse, con maggiore cautela, dirsi – di arginarlo in una certa, non disprezzabile misura). Tra i quali rimedi va invero annoverato anche quello della sospensione della esecuzione della pena auspicato dalle autorità remittenti, visto però quale *extrema ratio*; e ciò, per la ragione che l'obiettivo di non imporre ai detenuti trattamenti disumani e degradanti va raggiunto congiuntamente all'altro di non pregiudicare la finalità rieducativa della pena. Solo che, stante la pluralità delle soluzioni praticabili, si rivelano per ciò solo non fattibili le classiche, di crisafulliana memoria, “rime obbligate”. Di qui l'impossibilità di dare il “seguito” auspicato alle istanze rappresentate negli atti di rimessione. Insomma, come si segnala nel titolo posto in testa a queste note, una illegittimità costituzionale che è, sì, *accertata* ma che non può esser *dichiarata*.

Al piano tecnico, la decisione non è – a me pare – censurabile, per quanto, qui come altrove, il conseguimento dell'obiettivo avuto di mira dal giudice costituzionale avrebbe potuto aversi anche a mezzo di altre e maggiormente incisive tecniche decisorie, alternative e però, allo stesso tempo, convergenti con quella prescelta, e segnatamente a mezzo di un'additiva di principio che, al pari della pronunzia d'inammissibilità (specie se accompagnata da un monito severo, quale quello sibillamente enunciato nella chiusa della decisione qui annotata), si consegna essa pure al legislatore perché vi dia l'opportuno, necessario svolgimento (così come, ancora da ultimo, s'è fatto proprio con la [decisione immediatamente precedente a quella ora in esame](#), con la quale è stato ribaltato un precedente orientamento di segno opposto). Certo, non eguali – come si sa – sono gli effetti rispettivamente discendenti da una sentenza caducatoria e da una che, di contro, è (e resta) di rigetto. Al fondo, per il giudice costituzionale si tratta di scegliere fino a che punto intenda spingere il piede sull'acceleratore della macchina preposta alla produzione delle leggi; ma, si tratta, appunto, di una mera “graduazione” di interventi tutti volti alla ricucitura di un tessuto legislativo ormai a brandelli, al fine della sua complessiva armonizzazione rispetto al quadro costituzionale (e... *convenzionale*).

Qui, però, c'è un fatto nuovo rispetto all'*id quod plerumque accidit*, al piano delle esperienze delle addizioni normative per mano della Consulta. Ed è che l'aggiunta, ancora prima che essere *giuridicamente* preclusa (per rispetto – come suole, sia pure con una certa approssimazione teorica, dirsi – della “discrezionalità” del legislatore), lo era (ed è) *materialmente*; e, a conti fatti, temo che possa rivelarsi tale per lo stesso... *legislatore*. Intendo dire che, mentre di solito basta una nuova disciplina positiva (nel senso patrocinato dalla Corte) per porre finalmente riparo ad una riscontrata violazione della Carta (così, infatti, nel caso deciso con la [sent. n. 278](#), sopra richiamata), qui l'intervento del legislatore, comunque necessario, non sarebbe ad ogni buon conto sufficiente, dal momento che l'intervento stesso ha da appuntarsi anche (e, forse, soprattutto) sulle *strutture*, traducendosi in primo luogo nella costruzione di nuovi istituti carcerari fatti a misura d'uomo, idonei

ad ospitare persone che – quali che siano le colpe di cui si sono macchiate – sono pur sempre titolari del primo e più importante dei diritti fondamentali, quello alla piena salvaguardia della propria dignità. Un intervento, quello di quest'ultima specie, che vedo francamente come assai problematico in tempi di *spending review*, quanto meno entro il termine (un anno) oggettivamente ristretto fissato dalla Corte EDU in [Torreggiani](#). Eppure, proprio perché è in gioco la dignità di esseri umani, che già di per sé soffrono per la privazione della libertà, è fuori discussione che a siffatti interventi debba urgentemente farsi luogo con precedenza rispetto ad altri obiettivi pur meritevoli di ogni considerazione.

Al di là dei profili tecnici, ad ogni buon conto, i tratti maggiormente salienti della decisione in esame sono, a mia opinione, quattro.

Il primo è dato dagli estesi, continui, riferimenti fatti alla pronunzia sopra richiamata della Corte EDU. Credo che in nessun'altra dell'ormai nutrito drappello di pronunzie relative alla CEDU emesse dalla Consulta si attinga, così come in questa, a piene mani all'indirizzo della giurisprudenza europea, fatto oggetto di analitica, puntuale descrizione e sostanziale ricezione da parte della giurisprudenza nazionale che da esso trae alimento e giustificazione. Praticamente – potrebbe dirsi – una sorta di “novazione della fonte”. A conti fatti, l'intera parte motiva è assorbita dai riferimenti suddetti, con ciò il giudice costituzionale dando mostra di trovarsi perfettamente in asse rispetto all'altro giudice, esso pure “costituzionale” (ancorché solo *in senso materiale*), avente sede a Strasburgo. Nessuna “copertura” è qui offerta – come invece non di rado si ha – al legislatore e nessun “alibi” può, perciò, far uscire quest'ultimo assolto dal severo giudizio a suo carico emesso dal giudice costituzionale (e, prima ancora, con uguale durezza, da quello convenzionale). Ne dà inequivoca, tangibile testimonianza proprio la già rammentata, minacciosa chiusura della decisione.

Quanto a quest'ultima – ed è qui il secondo tratto –, essa sta tutta qui sotto i nostri occhi a confermare ancora una volta, *per tabulas*, per un verso, quella fungibilità delle tecniche decisorie (e, segnatamente, delle dichiarazioni d'inammissibilità con monito e delle additive di principio), di cui un momento fa si diceva, e, per un altro verso, il “tasso” di politicità in rilevante misura riscontrabile nella pronunzia qui annotata, particolarmente sensibile ed attenta allo stato delle cose qual è, invero di arduo superamento nella presente congiuntura politico-economica e, nondimeno, appunto bisognoso di essere, in un modo o nell'altro, urgentemente rimosso.

Il terzo tratto, che poi – se ci si pensa – è null'altro che il naturale complemento del primo, è dato dalla sicura dimostrazione qui data della possibilità di caricare di sempre nuovi significati gli enunciati costituzionali (persino laddove espressivi di principi fondamentali), per effetto delle suggestioni semantiche provenienti *ab extra* (e, segnatamente, appunto dalla Convenzione e dal suo giudice “naturale”). E, invero, le formidabili potenzialità racchiuse nei disposti di cui agli artt. 2 e 3, specie nel loro fare “sistema” con l'art. 27, sono qui sollecitate a dare il meglio di sé rifacendosi alle indicazioni date dalla CEDU, per il modo con cui vive grazie alla giurisprudenza della Corte che ne è istituzionalmente garante.

Quale migliore riprova di questa potrebbe aversi della capacità dell'un indirizzo giurisprudenziale di poter fecondare gli altri, assicurandone l'ottimale, complessiva rigenerazione?

È proprio per ciò che, per il tramite del “diritto vivente”, la Costituzione si pone – a me pare – quale un'autentica “intercostituzione”, che in sé accoglie i frutti generosamente offerti da altre Carte, fatte oggetto di originale rielaborazione, dalle quali dunque la legge fondamentale della Repubblica si tiene nei suoi non di rado sofferti svolgimenti ed alle quali pure però dà il proprio solido appoggio, in un caso e nell'altro senza mai abdicare alla propria identità culturale e positiva.

Il quarto ed ultimo tratto è dato dalla conferma che, ancora una volta, oggi ci viene data di come le norme costituzionali sulla normazione facciano (e *debbano* fare), nel vivo dell'esperienza, tutt'uno con le norme di valore della Carta, disponendosi docili al loro servizio. L'art. 117, I c., si dimostra – qui come altrove – un mero strumento in vista della salvaguardia, la massima possibile alle condizioni oggettive di contesto, dei valori di libertà ed eguaglianza: la *coppia assiologica fondamentale* dell'ordinamento nella quale si specchia ed a mezzo della quale si realizza e tutela la dignità della persona umana, l'autentico valore – si è tentato in altri luoghi di mostrare – “supercostituzionale”

dell'ordinamento, la cui essenza si coglie e compiutamente apprezza anche al piano delle relazioni interordinamentali.

Peccato – si diceva – che l'esito del giudizio non si spinga oltre la mera, pur vigorosa, dichiarazione del bisogno vitale di dare, in un modo o nell'altro, comunque pronto ed adeguato appagamento a siffatto valore, senza tuttavia riuscire a darlo in concreto. Ma di questo, in tutta franchezza, non credo che stavolta se ne possa proprio fare una colpa al giudice delle leggi.

Antonio Ruggeri

La riscrittura, in un paio di punti di cruciale rilievo, della disciplina elettorale da parte dei giudici costituzionali e il suo probabile “seguito”
(a margine del comunicato emesso dalla Consulta a riguardo della dichiarazione d’incostituzionalità della legge n. 270 del 2005)

La succinta riflessione che segue costituisce una confessione ad alta voce e segue ad un autentico tormento interiore che sento di dover portare fuori di me e – forse – condividere anche con altri.

Non conosco ancora, così come nessuno conosce, le ragioni che saranno addotte a sostegno della decisione caducatoria del “*porcellum*” e, dunque, non escludo di dover rivedere *ab ovo*, dopo l’uscita della sentenza, il convincimento fattomi a seguito della lettura del [comunicato della Consulta del 4 dicembre scorso](#).

Da dove ha origine e trae alimento il conflitto di coscienza che ho subito avvertito dentro di me?

Come cittadino, ho gioito per la decisione presa e provato immensa ammirazione per il coraggio dimostrato dai giudici, nonché sincera gratitudine per l’enorme responsabilità che si sono assunti davanti a tutti: pubblica opinione, forze politiche ed operatori istituzionali, uomini di cultura. Una gioia, tuttavia, condita di amarezza per le condizioni di degrado politico e morale in cui versa il nostro Paese, a fronte di un’acclarata, atavica e tuttavia drammaticamente attuale incapacità delle forze politiche e delle istituzioni in cui esse s’incarnano ad esercitare i compiti ai quali sono chiamate, il servizio che dovrebbero rendere alla collettività, alla Costituzione, alla Repubblica.

Mai più che nella odierna vicenda, la Corte potrebbe a buon diritto ripetere quanto ha già detto in altra occasione, di essersi cioè trovata costretta ad esercitare una “supplenza non richiesta e non gradita”. E, però, pur sempre di “supplenza” si tratta... Perché se v’è disciplina positiva che per antonomasia richiede di essere messa a punto dagli organi della rappresentanza politica, questa è proprio quella elettorale, quale asse portante della forma di governo e, ancora più a fondo, della stessa forma di Stato.

Qui, entra in gioco l’altra mia veste o – vorrei dire, senza alcuna retorica – l’altra mia “anima”, di modesto studioso di diritto costituzionale: una veste o un’“anima” che – come dicevo – mi hanno molto fatto esitare prima di decidermi a rendere pubblici questi miei pensieri. Ho tuttavia ritenuto giusto tenere ferma la mia convinta adesione al magistero impartitomi sin dagli esordi del mio ormai ultraquarantennale impegno di ricerca, nel senso di trascrivere fedelmente sulla carta, *sempre e soltanto*, gli esiti teorico-ricostruttivi raggiunti al termine degli itinerari di studio, quali che essi fossero e persino nel caso che non dovessero rispondere alle mie personali aspettative di cittadino.

Uno sdoppiamento della personalità? Non saprei; e, comunque, non saprei dire chi, nella circostanza, è il dottor *Jekyll* e chi il sig. *Hyde*...

In disparte il non lieve ostacolo costituito dall’assai problematica rilevanza della questione sottoposta alla Corte (e sarà interessante vedere con quali argomenti lo si è superato, recuperando al giudizio di costituzionalità un’area materiale dapprima da esso ritenuta esente), due sono i problemi di cruciale rilievo che, più di ogni altro, meritano di essere presi in considerazione, l’uno relativo al riscontro delle “rime obbligate” di crisafulliana memoria (specificamente – come si vedrà a momenti – sul punto del voto di preferenza), che – come si sa – devono pur sempre stare a base delle addizioni normative *ope juris prudentiae*, e l’altro relativo al “seguito”, possibile ovvero doveroso, discendente dalla pronuncia della Corte e conseguente – come subito si dirà – alla sua “autoapplicatività”. Due questioni, queste, peraltro, tra di loro strettamente ed indissolubilmente intrecciate, sì da fare tutt’uno e rendersi, nei fatti, indistinguibili.

La prima.

Dalla lettura del comunicato emesso dalla Corte ho ricavato il convincimento che si sia fatto luogo ad una caducatoria “secca”, nella parte in cui la legge prevedeva il premio di maggioranza, e ad un’additiva di regola, nella parte in cui la legge non dava modo agli elettori di esprimere le proprie preferenze (quanto meno, appunto, *una*...) a riguardo di coloro che saranno chiamati a rappresentarli

(dà una diversa lettura del comunicato su quest'ultimo punto A. D'Aloia, in www.confrontocostituzionali.eu, 6 dicembre 2013).

Se, di contro, si fosse fatto luogo ad un'additiva di principio anche sul primo punto, dichiarandosi l'incostituzionalità della legge nella parte in cui non fissa una soglia *ragionevole* (ma, appunto, indeterminata), raggiunta la quale soltanto potrebbe scattare il premio di maggioranza a beneficio di una lista o coalizione di liste, la norma aggiunta sarebbe stata priva dell'attitudine ad essere portata ad immediata applicazione, in assenza dell'intervento del legislatore chiamato a porre le regole necessarie all'implementazione del principio. Un'ipotesi palesemente inaccettabile e gravida di conseguenze gravissime, per il caso che ci si trovasse costretti ad andare a nuove elezioni senza che tuttavia le Camere abbiano nel frattempo posto le regole suddette. Ed allora si sarebbe venuta a determinare una "situazione normativa" – come a me piace chiamarla – caratterizzata da un vuoto (di regole costituzionalmente necessarie) intollerabile e, *per ciò stesso*, incostituzionale: il rimedio alla incostituzionalità della legge sarebbe, dunque, stato dato da una incostituzionalità, forse, ancora maggiore, per mano del giudice delle leggi, dal momento che non si sarebbe potuto più andare al voto con la legge la cui invalidità fosse ormai stata acclarata e non rimpiazzata da altra (e costituzionalmente conforme) legge.

Ora, la giurisprudenza in materia referendaria c'insegna che le domande di abrogazione popolare sono inammissibili laddove sono causa di vuoti incostituzionali, la normativa di risulta non essendo suscettibile d'immediata applicazione. È chiaro che l'effetto abrogativo nulla ha a che fare con l'effetto ablativo proprio delle decisioni della Corte. Nella specie, tuttavia, il risultato praticamente non sarebbe mutato.

D'altronde, se la Corte avesse ritenuto di non potersi spingere oltre la mera posizione del principio, nella sua astratta e tuttavia non immediatamente operativa formulazione, con ogni probabilità avrebbe fatto luogo ad una pronunzia di rigetto (magari, una d'inammissibilità con monito), così come ha, ancora da ultimo, fatto con [la sentenza di pochi giorni addietro, la n. 279](#), sul sovraffollamento delle carceri; ed esattamente così come in quest'ultima, avrebbe potuto chiudere il suo articolato ragionamento indirizzando un vigoroso monito al legislatore perché provvedesse a rimediare senza ulteriori indugi ad una "situazione normativa" di sostanziale, grave incostituzionalità. Altro discorso, che si è già in altre sedi fatto (ancora da ultimo, in una mia nota alla decisione ora richiamata, che può, volendo, vedersi in questa [Rivista](#)), è come possa un domani convertirsi un precedente verdetto di rigetto (addirittura, d'inammissibilità...) in uno di accoglimento per il mero fatto della perdurante inerzia del legislatore e restando dunque invariata la "situazione normativa" di partenza. La qual cosa dà ulteriore, particolarmente istruttiva, conferma del carattere reciprocamente fungibile delle tecniche decisorie, persino laddove appaiano essere alternative e, ciò nondimeno, idonee a convergere verso il medesimo esito.

Se quanto si è detto sin qui dovesse trovare riscontro nell'attesa motivazione della pronunzia sul "*porcellum*", se ne ha che la Corte, non nutrendo (come molti...) fiducia circa la buona volontà e il senso di responsabilità (o, diciamo pure, di fedeltà alla Repubblica) delle forze politiche, ha fatto in modo di rendere, *in un modo o nell'altro, self-executing* la propria sentenza "normativa", in buona sostanza facendo tornare al proporzionale puro.

Non poco delicata è poi la questione riguardante i voti di preferenza, che ha il suo *punctum crucis* nella individuazione della norma o delle norme indebitamente mancanti. Quali, dunque, le "rime obbligate" inventate dal "poeta" costituzionale?

Di sicuro – lo fa capire con esemplare chiarezza il comunicato – almeno una preferenza dovrà pur sempre essere riconosciuta dalla futura disciplina legislativa, ferma restando l'opportunità concessa al legislatore di dare una diversa regolazione della materia.

Il ragionamento – ammesso che si sia svolto così – ha, indubbiamente, una sua logica; ma è certo esser questa l'*unica* addizione possibile discendente dalla Carta?

Qui, nuovamente, la soluzione astrattamente migliore sarebbe forse stata quella di aggiungere un principio, non già una regola, dichiarandosi l'incostituzionalità della legge nella parte in cui non ritaglia un margine ragionevole di libera scelta agli elettori, in fatto di preferenze, congruo in ragione

del contesto politico in cui la disciplina legislativa, complessivamente considerata, è destinata a calarsi e ad operare. E però, una volta di più, il verdetto non si sarebbe presentato come “autoapplicativo”...

Salus rei publicae suprema lex esto, ci ha rammentato un fine annotatore del comunicato della Corte (A. Morrone, in www.confronticostituzionali.eu, 6 dicembre 2013). L’evocazione dello spettro di una Corte-potere costituente ovvero di una Corte schmittianamente “reggitore” degli stati di crisi sarà, forse, pure impropria; e, però, mi pare indubitabile che i giudici abbiano sentito sopra di sé la pressione dei tempi, di una pubblica opinione ormai stanca di promesse ripetute a mo’ di litanie e tuttavia sistematicamente, spudoratamente non mantenute, e perciò abbiano convenuto non potersi attendere ormai più oltre, essere cioè finalmente giunto il tempo della decisione, pur se col costo di una sovraesposizione politica quale mai s’era avuta prima.

Al di là dell’uso sapiente e raffinato delle tecniche decisorie poste a supporto della decisione, resta dunque quest’ultima nella sua oggettiva crudezza e pregnanza. E, invero, si è oggi, con ogni probabilità, raggiunta la punta più elevata del potere espansivo, “suppletivo”, del giudice costituzionale; e non è senza significato che esso si situi in cima ad un lungo e sofferto percorso nel quale il giudice delle leggi ha visto al proprio fianco l’altro massimo garante della Costituzione, il Capo dello Stato, che, al pari (e, forse, più ancora) della stessa Corte, s’è trovato costretto da una crisi gravissima (istituzionale, politica, economica e, soprattutto, morale) ad addossarsi l’onere, assai gravoso, di assumere decisioni che, pure per una larga e fin troppo benevola ricognizione dei confini costituzionali, non gli competerebbero. Un Presidente, insomma, che non si è limitato a sollecitare – come pure, secondo la migliore dottrina, può (e deve) fare – altri (e, segnatamente, gli organi della direzione politica) a decidere, ma che ha appunto deciso egli stesso in loro vece. E così, in buona sostanza, ha fatto pure la Corte.

Ai posteri – come suol dirsi – l’ardua sentenza. Solo lo storico del futuro, più che (o in vece del) giurista di oggi potrà dire se tutto quanto è stato fatto (e seguita ad esser fatto) è stato, ed è, un bene o no, per la salvezza appunto delle istituzioni repubblicane minacciate nella loro sopravvivenza da un cancro devastante, nonché per il mantenimento del vigore della stessa Carta costituzionale quotidianamente lacerata da comportamenti irresponsabili degli operatori politico-istituzionali. Un bene, tuttavia, la cui custodia ha, con ogni probabilità, richiesto il superamento degli argini costituzionali da parte dei suoi stessi massimi garanti.

La giurisprudenza ci offre – come si sa – numerose testimonianze, nei campi più vari di esperienza, a riguardo del possibile (e, anzi, necessario) sacrificio di singole norme costituzionali e dei valori di cui esse sono portatrici, laddove imposto dal bisogno di mantenere intatto il rispetto di altre norme (e valori) cui va prestata, in ragione del caso, prioritaria considerazione. Qui, però, è la Costituzione, in una delle sue strutture portanti, avuto riguardo alla definizione nelle sedi della rappresentanza politica di alcuni dei tratti maggiormente marcati ed espressivi della forma di governo (e della forma di Stato), ad essere messa da canto, allo scopo tuttavia di assicurarne la salvezza, l’integra trasmissione nel tempo e, con essa, dell’ordinamento sulla Costituzione stessa fondato.

Una rappresentazione, quella appena succintamente data, esasperata, drammatizzata, forzosa della realtà? Mi si creda: voglio augurarmi di tutto cuore che sia davvero così, che nemmeno una delle parole che ho fin qui scritto risulti avvalorata dai fatti. Perché sarebbe la prova che non siamo davvero giunti a un punto di “non ritorno”, che la rappresentanza politica ha ancora una speranza di farsi, sia pure in modi nuovi, valere e che la crisi, innegabile e tuttora incombente, non ha richiesto alcuno “sbrego” costituzionale né ne richiederà in futuro.

Solo dopo l’uscita della motivazione della sentenza, potremo sforzarci di tirare le somme.

Chiudo con alcune notazioni, esse pure estremamente contenute (anzi, ancora di più di quelle fin qui svolte), con riferimento ad uno dei possibili “seguiti” della decisione, quello che la gravità della congiuntura in atto porta a considerare il più probabile (e, forse, anzi, l’unico praticabile).

Dico subito di non nutrire molta fiducia circa un eventuale “colpo di reni” delle forze politiche presenti in Parlamento, circa cioè un risveglio di una dignità che temo essere ormai definitivamente smarrita.

I parlamentari – ha tenuto a precisare il Presidente della Repubblica – non sono “illegittimi”.

Non occorre attingere alle nostre nozioni elementari di diritto costituzionale per rammentare che il verdetto della Corte produrrà effetti solo a partire dalle prossime elezioni e che i parlamentari in carica possono dunque seguire a svolgere il mandato ricevuto. Ho, tuttavia, qualche dubbio che la sentenza non spieghi effetti anche sulle convalide delle elezioni ancora da fare, trattandosi indubbiamente di rapporti pendenti al momento della pubblicazione della sentenza stessa; e questo porrebbe un problema enorme d'integrazione dei collegi parlamentari (a meno che la decisione non precisi, con ulteriore e rilevante intervento normativo, che le convalide stesse sono da considerare al di fuori della traiettoria del giudicato...). E dubito ancora che un Parlamento così composto possa porre mano a quella riforma organica della Costituzione che è stata con insistito vigore sollecitata dal Capo dello Stato e sulla cui impellente necessità tutte (o quasi tutte...) le forze politiche a parole convergono, senza che però diano una convincente dimostrazione di buona volontà orientata alla sua realizzazione.

Allo stesso tempo, però, non occorre neppure attingere alle nozioni suddette per avere conferma della sostanziale delegittimazione delle Camere e dei loro componenti. L'effetto “domino”, ove dovesse verificarsi, sarebbe devastante e, praticamente, non lascerebbe immune nessuno degli organi di vertice dello Stato: con le Camere, infatti, dovrebbero cadere, in cordata alpinistica, il Governo, il Presidente della Repubblica (eletto e rieletto da parlamentari a loro volta eletti in applicazione di legge incostituzionale, addirittura lesiva del valore democratico...) e persino la... *Corte costituzionale*, i cui membri sarebbero parimenti privi di sostanziale legittimazione (quella stessa Corte – si faccia caso – che ha dichiarato l'illegittimità del “porcellum”...).

Forse, se non fossimo nello stato in cui siamo, con una crisi soffocante, il terremoto si sarebbe ugualmente avuto ma senza radere al suolo le fondamenta delle istituzioni repubblicane. In presenza di una nuova legge elettorale, frutto di un *mix* originale di disciplina normativa varata dai rappresentanti del popolo e di un'altra iscritta nel corpo della prima dal giudice delle leggi, il Capo dello Stato avrebbe, con ogni verosimiglianza, sciolto anzitempo le Camere (le più dirette espressioni della legge incostituzionale), indirizzando alle nuove Camere il fermo invito a varare senza ulteriori indugi una diversa e più adeguata legge elettorale, la cui approvazione la stessa Corte non solo non ha escluso ma ha, anzi, ulteriormente, vigorosamente sollecitato; e, una volta insediatesi le Camere stesse, si sarebbe quindi dimesso, lasciando il posto al supplente in attesa della elezione del suo successore.

È chiaro che la crisi porta naturalmente a scartare l'ipotesi di dar forma a questo scenario. Sarà perciò l'ulteriore corso delle vicende politiche e, soprattutto, economiche in atto, prima di ogni altra vicenda di diversa natura, a determinare i prossimi sviluppi di ordine politico-istituzionale.

Una volta di più – come si vede – *il fine giustifica il mezzo*. Non potendosi tollerare un vuoto di governo nella presente congiuntura, gli organi che stanno al vertice dello Stato non solo *possono* ma, di più, *devono* restare al loro posto e fare tutta quanta la loro parte per assicurare la continuità della vita delle istituzioni, malgrado il diverso indirizzo al riguardo consigliato da una rigorosa (ma, nella presente congiuntura, troppo rigida e perciò irragionevole) lettura del dettato della Carta costituzionale, specificamente nella parte in cui richiede l'attivazione di meccanismi di responsabilità politica al servizio del valore democratico, nel suo fare “sistema” coi restanti valori che stanno a fondamento della Repubblica.

Antonio Ruggeri
Noterelle in tema di affido di minori a coppie di omosessuali

SOMMARIO: 1. Le strutturali carenze della legislazione a riguardo di molte delle questioni eticamente sensibili, l'innaturale "supplenza" alla quale sono di conseguenza assai spesso chiamati i giudici e il bisogno di uno sforzo congiunto da tutti gli operatori prodotto, in spirito di "leale cooperazione", in vista dell'appagamento di alcuni tra i diritti più diffusamente ed intensamente avvertiti. – 2. L'esclusione, in base ad un'interpretazione meramente letterale del dato legislativo, delle coppie omosessuali quali possibili destinatarie dell'affido e la riconsiderazione di quest'esito in prospettiva assiologicamente orientata (e, segnatamente, alla luce del principio del preminente interesse del minore), dovendosi nondimeno previamente stabilire se l'interesse stesso possa precedere e determinare la cerchia dei soggetti potenzialmente idonei all'affido ovvero se debba seguire a siffatta definizione entrando in campo unicamente *dopo* che si sia stabilito quali siano tali soggetti. – 3. La connotazione complessivamente tipica dell'affido, l'adattamento interpretativo da essa sollecitata della nozione costituzionale di "famiglia", il possibile affidamento del minore anche a coppie del medesimo orientamento sessuale, laddove ciò sia consigliato in vista dell'ottimale appagamento del suo preminente interesse. – 4. Il cerchio si chiude (una succinta notazione finale).

1. Le strutturali carenze della legislazione a riguardo di molte delle questioni eticamente sensibili, l'innaturale "supplenza" alla quale sono di conseguenza assai spesso chiamati i giudici e il bisogno di uno sforzo congiunto da tutti gli operatori prodotto, in spirito di "leale cooperazione", in vista dell'appagamento di alcuni tra i diritti più diffusamente ed intensamente avvertiti

Mi è capitato più volte, in relazione alle più varie questioni di diritto costituzionale, di dichiarare di aver provato la stessa impressione che si ha a guardare dal buco della serratura, dal quale si ha modo di scoprire un "mondo" dapprima nascosto e bisognoso di essere ancora esplorato.

Questa è una di quelle volte. E, invero, non di rado, questioni dall'oggetto circoscritto, seppur non prive di spessore e significato, costituiscono un banco di prova per la verifica della tenuta di idee di respiro teorico-generale e, come tali, suscettibili di applicazioni a largo raggio, fino a coinvolgere le radici stesse della pianta costituzionale, vale a dire di rimettere in discussione la stessa idea di Costituzione, l'"uso" che riteniamo se ne possa (e debba) fare, il metodo nello studio dei problemi costituzionali e giuridici in genere.

In fondo, a me pare che di ogni soluzione patrocinata con riguardo ad un dato problema ci si possa chiedere di quale idea di Costituzione è figlia e quali implicazioni se ne possano avere per effetto della sua applicazione, anche oltre l'*hortus conclusus* al quale essa si riferisce e sul quale aspira ad impiantarsi.

Mi sforzerò di argomentare a breve, sia pure con la sintesi imposta a questa riflessione che dispone di uno spazio molto ristretto per potersi svolgere, quali ragioni possano addursi a sostegno di quanto si viene ora dicendo.

Un punto – entrando ora *in medias res* – mi sembra nondimeno che possa considerarsi in modo fermo fissato; ed è che perlopiù, ogni qual volta si ha a che fare con temi eticamente sensibili, vengono messe a nudo, in modo vistoso, le strutturali carenze della legislazione e la sua ormai provata incapacità di dare una risposta credibile, complessivamente appagante, a bisogni elementari dell'uomo largamente diffusi ed intensamente avvertiti¹. Nessuno, ovviamente, avanza l'insana

¹ Il punto è diffusamente toccato dalla ormai nutrita letteratura venutasi a formare in argomento: di recente e per tutti, ampia e documentata trattazione in S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, e II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012, ed *ivi* numerosi riferimenti, cui *adde* P. VERONESI, *Costituzione e bioetica*, in AA.VV., *Per una consapevole cultura costituzionale. Lezioni magistrali*, a cura di A. Pugiotto, Jovene, Napoli 2013, 67 ss., e AA.VV., *La fecondazione vietata. Sul divieto legislativo di fecondazione eterologa*, a cura di A. Cossiri e G. Di Cosimo, Aracne, Roma 2013. Infine, R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, in corso di stampa per i tipi della Aracne.

pretesa di discipline normative in grado di dire *tutto su tutto* e di dirlo nel migliore dei modi². Davanti ad una esperienza connotata da estrema fluidità e confusione, in seno alla quale si colgono forti tensioni e contraddizioni, accompagnate da non poca approssimazione ed improvvisazione degli interventi volti a farvi fronte, riuscire a mettere ordine in modo tale da conciliare istanze spesso oggettivamente inconciliabili sarebbe, a dir poco, ingenuo e, persino, alla prova dei fatti, controproducente. Eppure, tra discipline positive estremamente puntuali e dettagliate (e, però, per ciò stesso, ingessate ed inadeguate a star dietro alla varietà degli interessi ed alla mobilità delle loro combinazioni in ragione dei casi) e l'assordante silenzio o la vera e propria latitanza del legislatore in relazione a questioni in modo prepotente e vistoso emergenti in seno al corpo sociale, può (e deve) disporsi il giusto mezzo: che – come si va dicendo da tempo dalla più sensibile dottrina³ – è quello di non lasciare il giudice solo con se stesso, obbligato ad una innaturale supplenza nei riguardi dei decisori politico-normativi ed a fare perciò fronte con provvedimenti-tampone a bisogni soggettivi che, per il tramite di tali misure, non possono essere sufficientemente appagati. La soluzione maggiormente adeguata è insomma – a me pare⁴ – quella che prende forma per effetto di una sana, “leale cooperazione” del legislatore da un canto, dei giudici dall'altro: all'uno spettando di far luogo al primo intervento, tracciando con statuizioni di principio, connotate da strutturale duttilità e capacità di adeguatezza al mutare dell'esperienza, il solco e fissando gli argini entro i quali possono svolgersi gli interventi degli altri, ai quali le discipline legislative dovranno pur sempre rimettersi conferendo le “deleghe” di volta in volta più congrue ai bilanciamenti in concreto che solo nelle sedi in cui si amministra giustizia possono convenientemente farsi.

Non a caso, la giurisprudenza costituzionale si è assai spesso trovata a dover correggere e temperare, appunto nel senso qui indicato, soluzioni normative in modo troppo rigido consegnate dal legislatore⁵. Il giudice delle leggi, in altri termini, iscrive in un tessuto normativo connotato da eccessiva rigidezza un principio e sollecita quindi il legislatore a darvi l'opportuno svolgimento, restando nondimeno entro il solco dallo stesso legislatore tracciato.

Anche quando, poi, la Corte fa ricorso a tecniche decisorie diverse dall'additiva di principio, l'orientamento teleologico nel senso appena indicato molte volte non muta⁶, trattandosi pur sempre di colmare strutturali carenze della legislazione e di farlo – come si è venuti dicendo – a mezzo di

² Da tempo, come si sa, si ragiona, con esiti tuttavia ad oggi teoricamente incerti e – ciò che più importa – praticamente in assai ridotta misura apprezzabili, in merito alle tecniche di *better regulation*. Se n'è, di recente, discusso in occasione del Seminario del “Gruppo di Pisa” su *La tecnica normativa tra legislazione e giudici*, svoltosi a Novara il 15 e 16 novembre 2013 (alcuni dei contributi possono vedersi in www.gruppodipisa.it); inoltre, E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, e, da ultimo, A. MORELLI, *Qualità della normazione regionale e tutela dei diritti sociali*, intervento al Convegno su *Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali*, Firenze 12-13 dicembre 2013, *paper*.

³ V., ad es., quanto ha in tema, a più riprese e con dovizia di argomenti, detto R. CONTI, del quale v., part., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2011, e, ora, con specifico riguardo alle questioni eticamente sensibili, *I giudici ed il biodiritto*, cit.

⁴ Maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, ora aversi dal mio *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, in www.diritticomparati.it, 22 ottobre 2013, e in www.rivistaaic.it, 4/2013.

⁵ Lo si è, ancora di recente, fatto con la [sent. n. 278 del 2013](#), con la quale si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, VII c., l. n. 184 del 1983, così come sostituito dall'art. 177, II c., d.l.vo n. 196 del 2003, “nella parte in cui non prevede – attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza – la possibilità per il giudice di interpellare la madre – che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, a norma dell'articolo 2, comma 12, della legge 15 maggio 1997, n. 127) – su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione”.

⁶ Si pensi, per fare subito un esempio a riprova di quanto si viene dicendo nel testo, alla pronunzia sul sovraffollamento carcerario, la [n. 279 del 2013](#): una decisione – come si sa – d'inammissibilità, che però promette di commutarsi, alla prima occasione utile, proprio in quell'additiva che la Corte ha oggi giudicato esserle preclusa (persino nella forma *soft* della aggiunta del mero principio), in nome della salvaguardia della discrezionalità del legislatore. Si rammenti, infatti, la minacciosa chiusa della decisione stessa, sulla quale ho invitato a fermare l'attenzione nella mia nota, dal titolo [Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata \(nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario\)](#), in [Consulta OnLine](#), 27 novembre 2013, e in www.diritticomparati.it, 26 novembre 2013.

discipline idonee a resistere alle pressioni dei casi, nella loro congiunta (e solo ad una prima, ma erronea, impressione contraddittoria) vocazione alla diversificazione e però pure alla loro “universalizzazione”, vale a dire a reciprocamente distinguersi ma anche non di rado a ripetersi nel tempo, nella loro complessiva e complessa, oggettiva connotazione⁷.

Si pensi, per fare ora un esempio che ci tocca da vicino, al monito indirizzato dalla ormai “classica” pronuncia sui “matrimoni” tra persone dello stesso sesso, la [sent. n. 138 del 2010](#), dal giudice delle leggi – com’è assai noto – giudicati non consentiti dall’art. 29 della Carta, una pronuncia nella quale nondimeno si deplora il difetto di una disciplina normativa volta a farsi finalmente carico della condizione, bisognosa di urgente ed adeguata regolazione, delle coppie di fatto in genere (sia eteroche omosessuali, dunque). Un difetto che si rende purtroppo negativamente visibile proprio con riguardo alla questione da noi oggi discussa, sulla quale la legge n. 184 del 1983, così come modificata dalla legge n. 149 del 2001, nulla di esplicito stabilisce, alimentando dunque non pochi dubbi circa il suo retto significato; e si tratta quindi di chiarire se, e fin dove, possano a siffatta mancanza supplire le pur rilevanti risorse di cui gli operatori (e, segnatamente, i giudici) dispongono al piano interpretativo e dove invece essi si trovino costretti ad arrestarsi per cedere il passo all’autore delle leggi, sia ordinarie che costituzionali⁸, ovvero – nei limiti del consentito – al giudice costituzionale, sollecitato ad una disagiata e sofferta opera di ricucitura di un tessuto legislativo nato lacero, comunque divenuto “stretto” rispetto alla prorompente consistenza dell’esperienza.

2. L’esclusione, in base ad un’interpretazione meramente letterale del dato legislativo, delle coppie omosessuali quali possibili destinatarie dell’affido e la riconsiderazione di quest’esito in prospettiva assiologicamente orientata (e, segnatamente, alla luce del principio del preminente interesse del minore), dovendosi nondimeno previamente stabilire se l’interesse stesso possa precedere e determinare la cerchia dei soggetti potenzialmente idonei all’affido ovvero se debba seguire a siffatta definizione entrando in campo unicamente dopo che si sia stabilito quali siano tali soggetti

⁷ Su siffatto duplice carattere dei casi ho avuto modo d’intrattenermi più volte: da ultimo, in [Spunti di riflessione in tema di applicazione diretta della CEDU e di efficacia delle decisioni della Corte di Strasburgo \(a margine di una pronuncia del Trib. di Roma, I Sez. Civ., che dà “seguito” a Corte EDU Costa e Pavan\)](#), in [Consulta OnLine](#), 9 ottobre 2013, e in [www.diritticomparati.it](#), 8 ottobre 2013.

⁸ Non si riprende ora la vessata questione, già in altre sedi fatta oggetto di studio, circa l’opportunità ovvero la doverosità di far ricorso allo strumento della legge costituzionale al fine di dare il primo riconoscimento di “nuovi” diritti fondamentali, sia pure quale forma di mera esplicitazione delle formidabili potenzialità espressive racchiuse nell’art. 2, nel suo fare “sistema” con l’art. 3, della Carta (sulle mutue implicazioni dei principi fondamentali in parola v., sopra tutti, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009).

Con specifico riguardo alla necessità di innovare alla Carta costituzionale al fine di far luogo al riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso, v., ora, tra gli altri, A. SPADARO, *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, Comunicaz. al convegno del “Gruppo di Pisa” su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Catania 7-8 giugno 2013, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, i cui *Atti* sono in corso di stampa, in [www.gruppodipisa.it](#), settembre 2013, e già, sia pure problematicamente, i miei *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 4/2007, 751 ss., spec. 757, e *“Strane” idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale*, in [www.gruppodipisa.it](#), settembre 2013; pure *ivi*, G. RAZZANO, *Matrimonio, famiglia, omosessualità. Brevi considerazioni e qualche spunto dal diritto romano*, e S. TROILO, *La nozione di famiglia tra regole costituzionali e status personali*, novembre 2013. Diversamente, tra gli altri, A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in AA.VV., *Studi in onore di F. Modugno*, III, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 2719 ss.; R. ROMBOLI, *Il diritto “consentito” al matrimonio ed il diritto “garantito” alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice “troppo” e “troppo poco”*, in *Giur. cost.*, 2/2010, 1629 ss., e, dello stesso, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali nell’esperienza italiana*, in AA.VV., *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, a cura di G. Vidal Marcílio Pompeu e F. Facury Scaff, Conceito Ed., Florianópolis 2012, 103 ss., e, ora, A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Plus, Pisa 2013, spec. 145 ss.

Proprio qui è il punto, il silenzio del legislatore essendo non di rado sovraccaricato di indebite valenze, in un senso o nell'altro. Per ciò che ora specificamente importa, il ragionamento compiuto dai giudici che hanno, ancora di recente, ritenuto la coppia di persone dello stesso sesso idonea ad essere destinataria dell'affido⁹ verte principalmente sull'argomento per cui, potendo l'affido stesso essere fatto a beneficio del *single*, similmente ovvero a maggior ragione esso deve poter esser fatto alla coppia. Un argomentare che porrebbe, invero, a prima impressione esser giudicato singolare, sol che si pensi che nessuna somiglianza v'è tra la condizione di chi vive da solo e quella di chi convive con altri, condizioni dunque incomparabili e tali da far perciò apparire forzata anche l'applicazione ad esse del canone *a fortiori*. E, invero, alla luce del superiore interesse del minore – l'autentica *Grundnorm* o, forse meglio, il *Grundwert* che sta a base delle relazioni familiari e presiede dunque alla risoluzione delle più spinose questioni da esse poste¹⁰ – si potrebbe obiettare che, mentre la legge annovera anche i soggetti *uti singuli* tra i potenziali destinatari dell'affido, la mancata, esplicita menzione delle coppie di fatto porti a far presumere (e sarebbe, evidentemente, una presunzione *iuris et de iure*) che, ad avviso dell'autore della legge, tali coppie non sarebbero idonee all'assolvimento dei compiti legati all'affido stesso. Altra questione è se non lo siano le sole coppie di omosessuali ovvero anche quelle di diverso sesso; il silenzio della legge, nondimeno, parrebbe non autorizzare alcuna differenziazione al riguardo¹¹. Ed altra questione ancora è, poi, quella di stabilire se siffatta esclusione comporti una irragionevole discriminazione o la violazione di altri precetti costituzionali: un accertamento, questo, che – come di consueto – non potrebbe che esser demandato al giudice delle leggi. In altri termini, a stare all'ordine di idee ora sommariamente enunciato, dovrebbe farsi qui applicazione del vecchio adagio secondo cui *ubi lex voluit dixit, ubi non dixit noluit*.

Ben altro esito, invece, si avrebbe qualora, rinunciando a battere la via dell'accostamento tra la coppia di fatto e il *single* e l'applicazione (forzata) a quest'ultimo dei canoni *a simili* o *a fortiori*, la coppia stessa venisse inclusa nella "famiglia" (... "preferibilmente con figli minori") ovvero in quella "comunità di tipo familiare", di cui pure si fa parola nella legge n. 184 del 1983, così come novellata nel 2001. Un'operazione che, nondimeno, parrebbe essa pure essere alquanto problematica, specie a seguito dell'indirizzo manifestato dal giudice delle leggi con la [sent. n. 138 del 2010](#), nella quale – come si sa – la nozione costituzione di "famiglia" risulta esclusivamente riferita alle formazioni sociali cui danno vita le coppie coniugate.

Quanto, poi, alle "comunità di tipo familiare", in disparte la circostanza per cui esse sono menzionate in coda all'elenco e dalla stessa legge perciò considerate idonee all'affido unicamente in subordine agli altri soggetti menzionati¹², ancora una volta assai ardua si presenta la dimostrazione della possibile inclusione in siffatto *genus* delle coppie omosessuali.

Per un verso, le "comunità" in discorso, in base alla disciplina positiva (statale e regionale) che le riguarda, sembrano riferirsi a formazioni sociali comunque diverse da quelle cui danno vita le coppie di fatto. Per un altro verso, poi, ammesso pure che – con larga interpretazione – in tali formazioni possano includersi le coppie non coniugate, alquanto problematico sarebbe, ad ogni buon conto, farvi rientrare le coppie composte da persone dello stesso sesso: il tipo-"famiglia" al quale esse sono tenute

⁹ Mi riferisco, in particolare, a due pronunzie, rispettivamente, del giudice tutelare di Parma, 3 luglio 2013, e del tribunale dei minorenni di Bologna, 31 ottobre 2013, annotate da R. CONTI, *Sull'affidamento di minore ad una coppia dello stesso sesso. Prime note a margine delle decisioni del G.T.Parma, 3 luglio 2013 e del Trib. Min. Bologna, 31 ottobre 2013*, in www.magistraturademocratica.it, *Quest. giust.*, 27 novembre 2013.

¹⁰ Riferimenti, in prospettiva comparatistica, possono al riguardo ora aversi da A. SPERTI, *Omosessualità e diritti*, cit., spec. 121 ss., ma *passim*. V., però, su ciò, la diversa ed articolatamente argomentata valutazione che ne ha, ancora di recente, dato E. LAMARQUE, nella sua relazione di sintesi relativa al gruppo di lavoro su *Famiglia e filiazione*, in occasione del convegno su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit.

¹¹ In realtà, non manca in dottrina chi si è dichiarato favorevole all'affido a coppia di conviventi *more uxorio* di diverso sesso, assimilata a tal fine alla coppia coniugata (riferimenti in J. LONG, *L'affidamento familiare*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, VI, *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia*, a cura di L. Lenti, Giuffrè, Milano 2012, 316 ss.).

¹² La qual cosa dovrebbe aggravare l'onere della motivazione dei provvedimenti giudiziari che demandano la cura dei minori alle comunità stesse, dovendo risultare provata la impercorribilità delle altre e più piane strade indicate dalla legge.

ad ispirarsi parrebbe non poter essere altro che quello risultante dal modello costituzionale, il quale ha – come si sa –, secondo diritto costituzionale “vivente”, nel paradigma eterosessuale uno dei suoi tratti identificanti ed indisponibili¹³.

Nuovamente, poi, dovrebbe qui pure ripetersi che, ove la preclusione che, per la lettura che si va ora prospettando, deriverebbe a danno delle coppie di omosessuali dovesse considerarsi lesiva del principio di eguaglianza nel suo fare “sistema” coi principi costituzionali restanti, il rimedio non potrebbe che aversi ad opera del giudice costituzionale.

Il punto è però proprio quello di stabilire se si sia qui davvero in presenza di un indebito silenzio tenuto dal legislatore, col fatto stesso di non aver espressamente previsto anche le coppie di fatto (specie se omosessuali) quali possibili destinatarie dell’affido.

La questione – come si avvertiva nelle notazioni iniziali di questo scritto – non è di mera teoria dell’interpretazione, pure nella sua più larga accezione, ma, ancora più a fondo, appare essere di metodo nello studio delle questioni giuridiche e, a un tempo, di teoria della Costituzione (e, segnatamente, di una teoria costituzionale assiologicamente orientata). Si tratta, in altri termini, di verificare se, avuto riguardo ai valori fondamentali evocati in campo dalle vicende di affido, vi siano margini per far luogo ad una interpretazione adeguatrice della lettera del disposto legislativo, tale da non richiedere l’obbligatorio passaggio attraverso una pronunzia additiva del giudice costituzionale che metta la legge stessa in grado di conseguire una sintesi assiologica accettabile in relazione alle peculiari esigenze dei casi (specie, come subito si dirà, di alcuni).

Al fondo, si tratta di stabilire se il *best interest of the child* preceda e determini la stessa individuazione della cerchia dei soggetti astrattamente idonei a porsi quali destinatari dell’affido ovvero se esso possa entrare in campo unicamente *dopo* che si sia stabilito quali possano essere tali soggetti: insomma, se l’interesse in parola possa portare alla definizione, in ragione del caso, della categoria entro cui far luogo all’affido ovvero se presupponga siffatta definizione e possa perciò entrare in campo unicamente a seguito di essa ed entro i margini dalla stessa consentiti. Per essere ancora più chiari ed andando al sodo: è possibile, in nome dell’interesse del minore, far luogo ad un adattamento interpretativo della nozione costituzionale di “famiglia”, *sia pure ai limitati fini dell’affido*, sì da comprendervi anche le coppie di fatto (e, segnatamente, quelle di omosessuali)?

3. La connotazione complessivamente tipica dell’affido, l’adattamento interpretativo da essa sollecitata della nozione costituzionale di “famiglia”, il possibile affidamento del minore anche a coppie del medesimo orientamento sessuale, laddove ciò sia consigliato in vista dell’ottimale appagamento del suo preminente interesse

La domanda è assai impegnativa ed obbliga a battere tutte le vie astrattamente percorribili nell’intento di darvi una risposta affermativa.

¹³ Il regime preferenziale per Costituzione riservato alla istituzione familiare rispetto a quello oggi proprio o anche un domani riconoscibile ad altre forme di unione intersoggettiva è rimarcato dalla più sensibile dottrina (riferimenti in F. VARI, *Il soliloquio del giudice a Babele ovvero il tentativo della Cassazione di equiparare il regime costituzionale di famiglia, convivenze more uxorio e unioni omosessuali*, in www.federalismi.it, 15/2013). Sul paradigma della genitorialità di necessità eterosessuale, v., da ultimo, anche A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano 2013, spec. 200 ss., e G. CERRINA FERRONI - A. BELLIZZI, *Appunti sulla moderna razionalità della distinzione tra matrimonio ed unioni affettive tra persone dello stesso sesso*, in www.federalismi.it, 25/2013, nonché, volendo, il mio *Il diritto al matrimonio e l’idea costituzionale di “famiglia”*, in *Nuove aut.*, 1/2012, 27 ss.; diversamente, tra gli altri, M. MANETTI, *Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali*, in www.rivistaic.it, 00/2010, spec. ai §§ 10 e 11, e A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010*, cit., 2697 ss. Indicazioni di vario segno possono, poi, aversi da AA.VV., *La «società naturale» e i suoi “nemici”. Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. Bin - G. Brunelli - A. Guazzarotti - A. Pugiotta - P. Veronesi, e-book, Giappichelli, Torino 2010; AA.VV., *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini - A. Lorenzetti, Jovene, Napoli 2011, nonché dai contributi al convegno su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit.

In primo luogo, è da chiedersi se l'orientamento del processo interpretativo verso le Carte internazionali dei diritti (in ispecie, la Carta di Nizza-Strasburgo e la CEDU) possa offrire elementi utili alla soluzione del caso.

Ora, assai arduo si presenta l'appello alla Carta dell'Unione, a motivo della estraneità dell'oggetto rispetto a quelli appartenenti alla sfera di competenze dell'Unione stessa, pure nella più larga ricognizione dei suoi confini, per quanto risulti – come si sa – assai marcata la tendenza volta alla espansione dell'area materiale ricadente nella sfera stessa e, peraltro, la Carta sia stata (e sia) di frequente richiamata in relazione alle più varie questioni riguardanti i diritti¹⁴, anche a presidio della condizione degli omosessuali¹⁵.

Più articolato e complesso ha, poi, da essere il ragionamento con riguardo alla CEDU, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo essendosi – come si sa – dichiarata non avversa a considerare “famiglie” quelle composte da persone dello stesso sesso¹⁶. Il giudice europeo, nondimeno, su questa al pari di altre questioni eticamente sensibili (ed anche nella considerazione del non diffuso consenso

¹⁴ Su tutto ciò, ora, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013, spec. l'ult. cap.

¹⁵ Si segnala, di recente, la pronuncia del 7 novembre 2013 della Corte di giustizia, emessa in via pregiudiziale dietro domande presentate dal *Raad Van State* dei Paesi Bassi, con riguardo ad alcuni aspetti dello *status* di rifugiato per motivi di orientamento sessuale (con nota di S. ROSSI, *La Corte europea di giustizia sul diritto alla protezione internazionale per le persone omosessuali*, in www.articolo29.it, 8 novembre 2013). In argomento, già, A. PIROZZOLI, *Lo status di rifugiato dello straniero omosessuale*, in www.forumcostituzionale.it, 8 novembre 2012. Avverso le discriminazioni in base all'orientamento sessuale, v., poi, assai di recente, Corte giust., V Sez., 12 dicembre 2013, in causa C-267/12, dietro rinvio pregiudiziale della *Cour de cassation* francese, in relazione ad un contratto collettivo di lavoro che riservava benefici economici e condizioni favorevoli di lavoro ai dipendenti contraenti matrimonio, escludendo dagli stessi i contraenti un patto civile di solidarietà. Risalenti indicazioni in S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Giappichelli, Torino 2012.

¹⁶ Doveroso il richiamo a *Schalk e Kopf c. Austria*, su cui è – come si sa – piovuta una pioggia di commenti. Più in genere, sulla salvaguardia della vita familiare nella giurisprudenza EDU, indicazioni, nella ormai nutrita lett., possono averi da M.G. CUBEDDU, *La dimensione europea del diritto della famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. Ferrando - M. Fortino - F. Ruscello, t. I, Giuffrè, Milano 2011, 83 ss. e, pure *ivi*, J. LONG, *Le fonti di origine extranazionale*, spec. 144 ss., e M. GATTUSO, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, spec. 808 ss.; G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli 2011, spec. 147 ss.; A. SCHUSTER, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in AA.VV., *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini e A. Lorenzetti, Jovene, Napoli 2011, 255 ss., spec. 274 ss.; E. CRIVELLI, *Il matrimonio e le coppie omosessuali*, in AA.VV., *Dieci casi sui diritti in Europa*, a cura di M. Cartabia, Il Mulino, Bologna 2011, 59 ss., e, della stessa, *amplius*, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, ESI, Napoli 2011, spec. all'ult. cap.; E.C. RAFFIOTTA, *Matrimonio, famiglia e unioni tra persone dello stesso sesso: quali confini nelle decisioni della Corte di Strasburgo?*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti - A. Morrone, Giappichelli, Torino 2011, 323 ss.; M. SEGNI, *La disciplina dell'omosessualità: Italia ed Europa a confronto*, in *Fam., pers. e success.*, 4/2012, 252 ss.; L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Il riconoscimento delle unioni same-sex nel diritto internazionale privato italiano*, Jovene, Napoli 2012, spec. 114 ss.; V. SCALISI, “Famiglia” e “famiglie” in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013 ss., 7 ss.; M.C. VITUCCI, *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2/2013, 481 ss. (della quale v. già, *amplius*, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Jovene, Napoli 2012); E. FALLETTI, *Il riconoscimento del figlio naturale dopo la riforma*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2013, 48 ss.; F. MANNELLA, *I “diritti” delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, spec. al cap. II; M.M. WINKLER, *Le coppie dello stesso sesso tra vita privata e familiare nella giurisprudenza di Strasburgo*, in AA.VV., *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, a cura di R. Torino, Roma Tre-Press, Roma 2013, 75 ss.; A. SPERTI, *Omosessualità e diritti*, cit., 19 ss.; L. POLI, *Adozione co-parentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali, con uno sguardo miope rispetto all'interesse superiore del minore*, in *Giur. it.*, 8-9/2013, 1764 ss. e, ora, R. CONTI, *La Cedu e le unioni civili negate alle coppie omosessuali. Osservazioni a primissima lettura su Corte dir. uomo, Grande Camera 7 novembre 2013, Vallianatos e altri c. Grecia, ric. n. 29381/09 32684/09*, in www.magistraturademocratica.it, *Quest. giust.*, 18 novembre 2013, e L. CONTE, *Nota a Corte EDU, Vallianatos e altri c. Grecia*, in www.articolo29.it, 5 dicembre 2013.

al riguardo ad oggi riscontrabile tra gli ordinamenti degli Stati aderenti alla Convenzione¹⁷), ha inteso far salvo il margine di apprezzamento delle legislazioni nazionali¹⁸. Con il che parrebbe aver voluto rilanciare la palla nel campo dell'ordinamento nazionale, sollecitando dunque a ricercare i confini della cerchia dei soggetti componenti i nuclei familiari esclusivamente in applicazione di criteri posti dall'ordinamento stesso.

D'altro canto, a fronte dell'indirizzo dottrinale patrocinato da quanti (e, come si sa, sono tanti), in relazione al matrimonio tra omosessuali, reputano che basterebbe innovare alla disciplina codicistica e, in genere, alla legislazione vigente al fine di far luogo al riconoscimento del matrimonio stesso, si potrebbe – a me pare¹⁹ – opporre che la prima delle leggi alle quali la Convenzione, nel suo farsi “diritto vivente”, rimanda è proprio la legge fondamentale della Repubblica, la quale – piaccia o no – nell'interpretazione datane dal giudice costituzionale chiude il matrimonio alle sole coppie eterosessuali e riconosce pertanto un solo tipo di “famiglia”, nella sua ristretta e propria accezione, siccome composta dalle coppie stesse e legalizzata in forza del vincolo matrimoniale che tra di esse si intrattiene.

La conclusione parrebbe dunque essere sfavorevole al possibile affidò a beneficio di coppie di omosessuali.

A ben vedere, però, né la Convenzione rimane totalmente muta, limitandosi a rimandare al diritto nazionale, né parimenti risolutivo (in senso negativo) si rivela essere il riferimento al dettato costituzionale, per ciò che specificamente riguarda la formazione di nuove famiglie ed il loro fisiologico mantenimento²⁰.

Rileva qui la connotazione tipica dell'affidò, con gli interessi che ad esso fanno capo, primo su tutti – come si diceva – quello preminente del minore.

Come si sa, diversamente dallo scopo primario dell'adozione, che è quello dell'inserimento stabile di un soggetto in un nucleo familiare al quale era dapprima estraneo (pur se eccezionalmente costituito da un solo genitore²¹), l'affidò – salvo il caso che appunto preluda ad una possibile adozione – è di per sé temporaneo ed ha anzi come specifico obiettivo quello di assicurare al minore le cure di cui ha bisogno in vista del suo auspicato ritorno nella famiglia di origine.

¹⁷ Riferimenti alla “dottrina” del consenso e riscontri del suo effettivo apprezzamento in alcuni dei casi di maggior rilievo relativi a materie eticamente sensibili, ora, in R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto*, cit., spec. al cap. I della parte VI.

¹⁸ Su ciò, tra i molti altri e di recente, A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford 2012; J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, cit., 87 ss.; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 88 ss. e 110 ss.; A. CIERVO, *The Unbearable Lightness of the Margin of Appreciation: ECHR and 'Bio-Law'*, in AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2013, 159 ss.

¹⁹ La tesi trovasi, ancora da ultimo, ribadita nel mio “*Strane*” idee sulla famiglia, cit.

²⁰ Assai discussa, a quest'ultimo riguardo, è – come si sa – la questione relativa all'automatico scioglimento del matrimonio per effetto del mutamento di sesso da parte di uno dei coniugi. Su ciò, un interessante confronto di idee si è di recente avuto in occasione dell'incontro di studi su *Famiglia e identità di genere, “divorzio imposto” e diritti fondamentali*, Bologna 29 novembre 2013. Per lo stato anteriore della dottrina, riferimenti in M. GATTUSO, *Matrimonio, identità e dignità personale: il caso del mutamento di sesso di uno dei coniugi*, in *Dir. fam. e pers.*, 3/2012, 1076 ss. e, dello stesso, *Cassazione: viola la Costituzione imporre il divorzio per il cambio di sesso*, in www.articolo29.it, 6 giugno 2013; A. SPANGARO, *Coniugi “diventati” dello stesso sesso e “divorzio automatico”*, in *Fam. e dir.*, 7/2012, 739 ss.; A. LORENZETTI, *Il caso Bernaroli. Quali soluzioni per un sistema “incartato”?*, in AA.VV., *Discriminação por orientação sexual*, cit., 363 ss. Della stessa L., ora, *Diritto in “transito”. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Franco Angeli, Milano 2013, spec. il cap. III, dov'è un'ampia trattazione di ordine generale sulla condizione dei transessuali.

È appena il caso qui di rilevare di sfuggita che, ove dovesse considerarsi precluso l'affidò a coppie di omosessuali, l'affidò stesso, per effetto del mutamento di sesso di uno dei coniugi, dovrebbe automaticamente cessare, coi prevedibili effetti negativi che potrebbero conseguirne, laddove esso abbia dapprima dato risultati gratificanti; e così pure nel caso che lo si ammetta a beneficio di coppie di fatto eterosessuali.

²¹ A riguardo di siffatta eccezione, L. LENTI, *Vicende storiche e modelli di legislazione in materia adottiva*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., II, *Filiazione*, a cura di G. Collura - L. Lenti - M. Mantovani, Giuffrè, Milano 2012, 788 ss., e, più di recente, B. LIBERALI, *L'adozione dei single e delle coppie omosessuali*, comunicaz. al convegno su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., in www.gruppodipisa.it.

Non v'è dubbio che il modello costituzionale di “famiglia” rimanga pur sempre quello naturale e privilegiato di riferimento: non si tratta, infatti, di dare in modo definitivo una famiglia al minore ma di farlo sentire *come se* fosse parte della “famiglia” affidataria (non a caso sono preferiti i nuclei familiari che constano di figli). Per altro verso, i doveri incombenti sui soggetti affidatari sono quegli stessi (di educazione, mantenimento ed istruzione) che gravano sui genitori nei riguardi dei figli²², anche se – si faccia caso – genitori e figli potrebbero ugualmente non comporre una “famiglia” in senso stretto²³.

Il modello costituzionale di “famiglia”, tuttavia, non può essere pari pari applicato alle esperienze di affido, o meglio non lo è *di necessità*: è – come si diceva – un modello, un punto di riferimento, per la somiglianza di certe condizioni che si riscontrano tra le esperienze stesse e quelle che prendono corpo in seno alla “famiglia” in senso stretto e tra i suoi componenti. Ciò non toglie, tuttavia, che da esso ci si possa (e talora debba) discostare in ragione delle circostanze. Non a caso, la legge opportunamente prevede l'affido anche a vantaggio del *single*, diversamente dall'adozione, la quale peraltro, a mia opinione, non potrebbe neppure in futuro aversi, ferma restando la struttura della famiglia quale definita nel primo comma dell'art. 29²⁴.

È proprio qui che entra in campo, prepotentemente, l'interesse preminente del minore.

Seppure infatti la coppia coniugata, specie se con figli, si proponga quale soluzione astrattamente ideale per l'affido, nulla esclude che anche un *single* possa esserle preferito, laddove ad es. il minore risulti a quest'ultimo legato da un “vissuto” di esperienze “familiari” (in larga accezione) di cui sia provato che abbia dato frutti positivi (si pensi ad uno stretto parente di uno dei genitori, col quale il minore abbia una consuetudine di rapporti per entrambi particolarmente gratificanti).

Ora, questo legame potrebbe, in talune circostanze, apparire opportuno che non si spezzi neppure nel caso che l'adulto intrattenga una relazione stabile di coppia con altro soggetto del suo stesso sesso. Sarebbe a dir poco paradossale, in una circostanza siffatta, restare ancorati alla lettera del dettato legislativo, così come previamente ricostruita, e perciò, a conti fatti, obbligare l'adulto affettivamente legato al minore bisognoso di affido di doversi separare dal suo compagno o dalla sua compagna, al fine di poter risultare destinatario dell'affido stesso, ovvero di rinunciare a quest'ultimo per preservare il suo rapporto di coppia.

Ancora una volta, alcune somiglianze con vicende analoghe risultano assai istruttive e possono orientare nel giusto verso la soluzione del caso. Si pensi, ad es., all'affido condiviso, riconosciuto in caso di genitori separati uno dei quali di acclarata tendenza omosessuale, cui si è fatto luogo appunto nel superiore interesse del minore²⁵. È chiaro che la condizione del genitore non è in tutto e per tutto eguale a quella del parente o di altro soggetto cui il minore sia comunque affettivamente legato; e però un non diverso esito potrebbe rivelarsi consigliabile ogni qual volta si tratti appunto di dar seguito ad una consolidata relazione affettiva che il minore abbia già da tempo intrattenuto con ulteriori, promettenti benefici per la sua crescita.

D'altro canto, fermo il diritto del *single* di proporsi come possibile destinatario dell'affido, indipendentemente dal suo orientamento in campo sessuale, sarebbe a dir poco singolare che possa farsi luogo all'affido unicamente ad un soggetto, laddove conviva con altra persona del suo stesso sesso, la quale, pur condividendo le esperienze di vita col *partner* e col minore, si trovi pertanto

²² Su di essi, di recente, il chiaro quadro di sintesi che è in F. PATERNITI, *Lo status costituzionale dei figli*, relaz. al convegno su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., in www.gruppodipisa.it, spec. al § 7.

²³ Si fa, com'è chiaro, riferimento al caso di figlio naturale di genitore coniugato e che abbia perciò altra famiglia.

²⁴ Sconsigliato, in prospettiva *de iure condendo*, il riconoscimento della facoltà di adozione a beneficio del singolo ovvero di coppia omosessuale, ancora di recente, da T. AULETTA, nella sua relazione di sintesi al convegno su *La famiglia e i suoi giudici*, dal titolo *Dai principi costituzionali al “diritto vivente”*. *Riflessioni sullo sviluppo del diritto di famiglia e sulle prospettive future*, in www.gruppodipisa.it, spec. al § 7, laddove nondimeno si prende partito a favore della tesi favorevole all'adozione da parte di coppia eterosessuale stabilmente convivente.

²⁵ Oltre al noto caso *Salgueiro da Silva c. Portogallo* del 1999, v., di recente, in tal senso una pronunzia del tribunale di Genova del 30 ottobre 2013, con nota di D. AMRAM, *Omogenitorialità: le questioni rilevanti e quelle irrilevanti (nota a Tribunale di Genova, 30 ottobre 2013)*, in www.articolo29.it, 25 novembre 2013. Risalenti indicazioni in F. BILOTTA, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, in *Dir. fam. e pers.*, 3/2011, 1375 ss. Infine, anche con richiami ad esperienze di altri ordinamenti, A. SPERTI, *Omosessualità e diritti*, cit., 118 ss.

obbligata a restare in ogni caso esclusa dall'affido stesso. Una esclusione di cui non si capirebbe, dunque, la ragione, specie ove risulti provato che l'affido condiviso possa, a un tempo, concorrere alla piena realizzazione della personalità dell'adulto ed alla salvaguardia della sua dignità e – ciò che più importa – ancora meglio garantire il minore per ciò che ha riguardo alle sue aspettative di cure²⁶.

Certo, il terreno sul quale il giudice deve giocare al meglio le carte che ha in mano in vista della salvaguardia delle aspettative del minore stesso rimane, come sempre, quello della motivazione, qui bisognosa di particolare cura ed estensione proprio in considerazione degli interessi meritevoli di protezione.

Per quest'aspetto, alcuni passaggi di recenti provvedimenti di affido²⁷, coi quali si stabilisce l'affido a coppia omosessuale, lasciano invero alquanto perplessi per ciò che attiene alla linearità del ragionamento svolto a sostegno della decisione. Così, ad es., laddove il tribunale per i minorenni dell'Emilia-Romagna giudica essere preferibile l'inserimento di una minore in un nucleo "familiare" non tradizionale, in considerazione della circostanza che la bambina proveniva da una famiglia monogenitoriale di fatto (il padre era praticamente assente) e che l'affido era (ed è) proteso al reinserimento nella famiglia di origine, costituita dalla sola madre e da un'altra figlia. A filo di "logica" (se così vuol dirsi...), volendosi per quanto possibile riprodurre il contesto familiare di origine, avrebbe piuttosto dovuto preferirsi l'affido ad un adulto *single* di sesso femminile... Un argomento che si confuta da sé e sul quale non occorre, dunque, spendere ora altra parola.

Il vero è che ciò che sopra ogni cosa conta è offrire al minore l'opportunità di essere preso in cura da chi può farlo nel migliore dei modi e donargli il calore di una "famiglia", nella peculiare accezione di cui il termine si carica nelle esperienze di cui andiamo dicendo.

Sotto questo profilo, tanto la Convenzione quanto la Carta costituzionale, riviste per il verso giusto, non solo non ostano ad una soluzione siffatta ma, anzi, vigorosamente spingono per la sua concreta affermazione. Lo fa l'una, per la parte in cui non guarda con sfavore a "famiglie" composte da persone dello stesso sesso, pur rimettendosi – come s'è rammentato – a discipline nazionali in ordine alla loro definizione e complessiva regolazione; e lo fa anche l'altra che, pur esprimendosi (nell'interpretazione datane dalla giurisprudenza costituzionale) in senso avverso al matrimonio tra omosessuali, ugualmente riconosce la somiglianza di condizioni in cui versano le coppie di fatto rispetto a quelle coniugate, tanto da dichiararsi pronta ad intervenire ogni qual volta dovesse aversi un trattamento arbitrariamente deteriore riservato alle une coppie a fronte di quello invece fatto a beneficio delle altre.

Ora, l'affido è, a mia opinione, proprio uno dei casi in cui si riscontra, a un tempo, la diversità e però pure la somiglianza delle condizioni soggettive; ed ecco perché, dunque, non potrebbe – come si diceva – legittimamente aversi un affido preadottivo a coppia di omosessuali, che non potrebbero in alcun caso o modo dar vita ad una famiglia (nella sua ristretta e propria accezione), mentre potrebbe aversi l'affido *tout court*, a motivo della sua strutturale precarietà e del suo orientamento volto al reinserimento del minore nel contesto familiare di origine. La regola resta nondimeno quella dell'affido a famiglia nella sua costituzionale e propria accezione, specie – come si diceva – in

²⁶ Preziosa si dimostra, ancora una volta, essere l'indicazione di metodo che viene dalla giurisprudenza europea, specificamente nella parte in cui denuncia l'insussistenza di argomenti o studi scientifici che testimonino, in modo sufficientemente attendibile, l'inadeguatezza delle coppie omosessuali a prendersi efficacemente cura dei minori (sopra tutte, v. la [decisione X. e altri c. Austria, sent. del 19 febbraio 2013, ric. n. 19010/07](#), e su di essa, tra i molti commenti, R. CONTI, *Pensieri sparsi, a prima lettura, su una sentenza della Corte dei diritti umani in tema di adozione e coppie dello stesso sesso e sull'efficacia delle sentenze di Strasburgo -GC, 19 febbraio 2013, X e altri c. Austria-*, in [www.europeanrights.eu](#), 24 febbraio 2013; L. CONTE, *Il caso X e altri c. Austria: l'adozione del figlio del proprio partner omosessuale*, in *Quad. cost.*, 2/2013, 462 ss.; A.M. LECIS COCCO-ORTU, *La Corte europea pone un altro mattone nella costruzione dello statuto delle unioni omosessuali: le coppie di persone dello stesso sesso non possono essere ritenute inidonee a crescere un figlio*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 15 marzo 2013; C. FATTA - M.M. WINKLER, *Le famiglie omogenitoriali all'esame della Corte di Strasburgo: il caso della second-parent adoption*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 6/2013, 519 ss.; F. MANNELLA, *I "diritti" delle unioni omosessuali*, cit., 69 ss.).

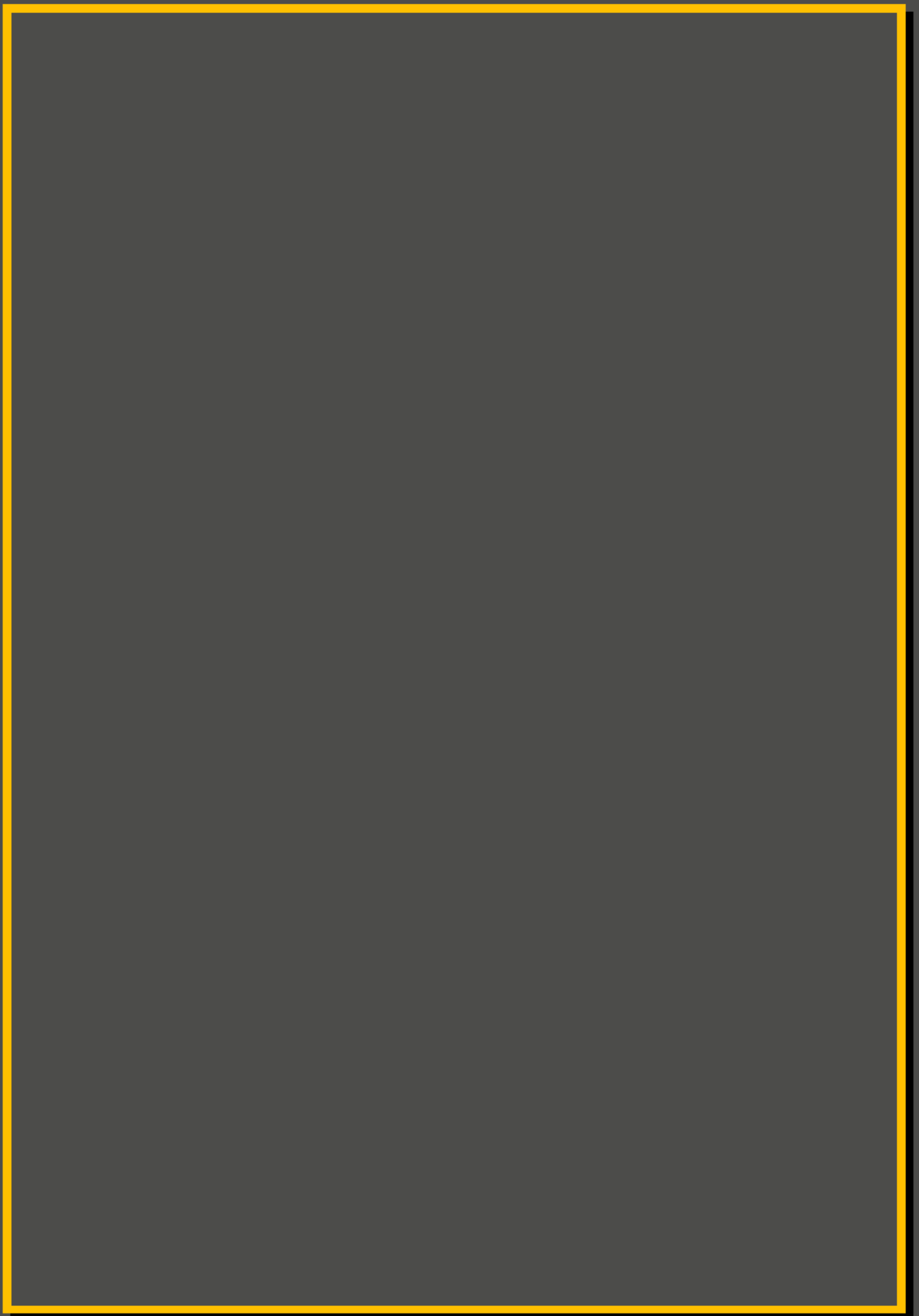
²⁷ Faccio, ancora una volta, riferimento alle pronunzie dei giudici di Parma e Bologna, dietro richiamate.

presenza di figli; in subordine, può tuttavia aversi tanto l'affido a *single* quanto quello a coppia di persone dal medesimo orientamento sessuale, ove a ciò induca l'interesse preminente del minore²⁸.

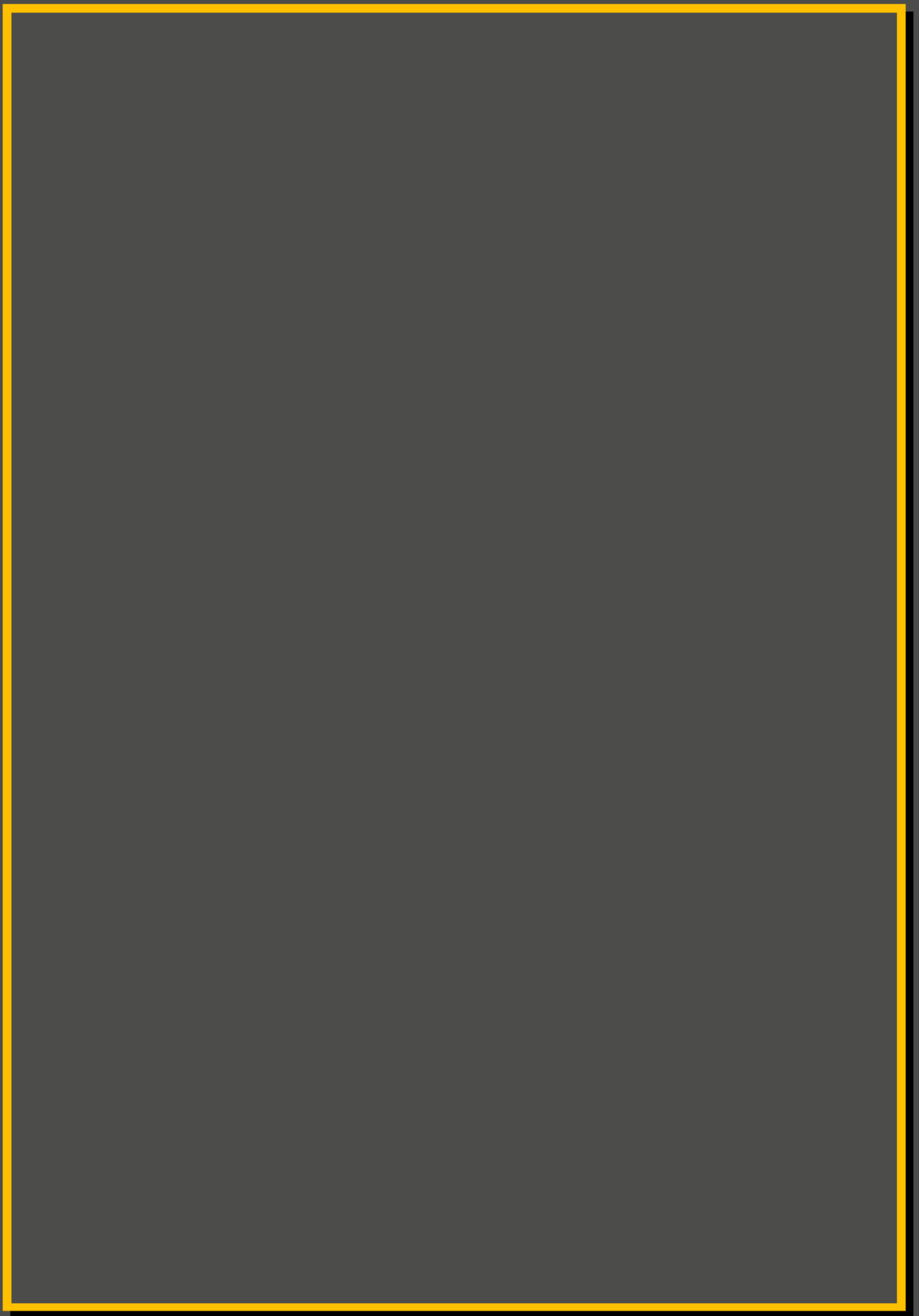
4. *Il cerchio si chiude (una succinta notazione finale)*

Si torna così alla partenza del discorso svolto, al bisogno cioè di una disciplina legislativa essenziale, *per principia*, che “razionalizzi” il modello qui sommariamente descritto e quindi esplicitamente rimandi al giudice per l'oculata valutazione di tutti gli elementi dalla cui combinazione, varia in ragione dei casi, dipende l'opzione in ordine all'affido, in ispecie la valutazione se ricorrono le condizioni per l'applicazione di quella che si è detto essere la regola ovvero per il ricorso a soluzione diversa, tra le quali è anche l'affido congiunto del minore a persone conviventi di orientamento omosessuale. In difetto dell'intervento del legislatore, il rischio è – come sempre – quello che questioni eticamente sensibili, alle quali – come si segnalava – fa capo un groviglio di interessi di varia estrazione e natura, non di rado tra di loro confliggenti, siano fatte oggetto di parimenti varie e discordanti soluzioni, alle volte frutto d'improvvisazione ed approssimazione, poggianti su argomenti non dotati della necessaria solidità ed idoneità a linearmente condurre all'esito maggiormente adeguato alla sintesi dei valori costituzionali evocati in campo dal caso. Una volta di più, insomma, si è qui costretti a ripetere, con la sensibile dottrina richiamata all'inizio di questa riflessione, che il giudice non può essere lasciato solo con se stesso, la propria scienza e coscienza, a far fronte a bisogni intensamente avvertiti in seno al corpo sociale ma deve piuttosto essere messo in grado di venire incontro a questi ultimi nel migliore dei modi, avvalendosi del sostegno al riguardo offerto da una misurata ed assiologicamente ispirata disciplina legislativa.

²⁸ Per quest'aspetto, inappagante appare essere la motivazione di entrambi i provvedimenti di affido sopra richiamati e che hanno dato lo spunto per questa riflessione, non essendo chiara la ragione per cui non sia stata preferita la soluzione dell'affido a coppia coniugata e in forza di quali elementi la scelta sia piuttosto caduta sugli affidatari, in ispecie se e quali legami già si intrattenessero tra uno di essi o entrambi e il minore.



2014



Antonio Ruggeri

**Colpi di maglio della Consulta sul meccanismo di controllo delle leggi siciliane
("a prima lettura" di [Corte cost. n. 114 del 2014](#))**

Molti i profili d'interesse esibiti dalla decisione che qui si annota "a prima lettura" e che mi limito al momento solo a segnalare, riservandomi di farne oggetto di più adeguata considerazione in altra sede, nel quadro di un complessivo ripensamento dei meccanismi di controllo delle leggi in via d'azione.

Il primo. La Corte – non si capisce perché – si avvede solo oggi, in occasione del giudizio al quale è chiamata su talune disposizioni di carattere finanziario adottate dalla Regione siciliana, che l'anomalo meccanismo di controllo sulle leggi di questa Regione, quale originariamente stabilito dallo statuto e, in una parte non secondaria, riscritto dalla stessa Corte con alcune pronunzie nella decisione odierna una ad una, diligentemente, richiamate, stride vistosamente con la clausola di maggior favore per l'autonomia di cui all'art. 10 della legge di riforma del 2001; e, dopo che, ancora assai di recente, non è stata minimamente sfiorata dal dubbio della sua incostituzionalità, decide finalmente di attivarsi per la sua (ormai prossima e pressoché sicura, malgrado le incertezze legate ai nuovi ingressi che a breve si avranno tra le fila della Corte) caducazione. Così facendo, in buona sostanza, rinnega se stessa, supera cioè agevolmente, con disinvoltura, l'ostacolo frapposto dalla [sent. n. 314 del 2003](#), che – come si sa – aveva invece fatto salvo il controllo di tipo preventivo, per iniziativa del Commissario dello Stato. Una decisione, quella ormai risalente ad oltre dieci anni addietro, criticatissima, specie sul punto cruciale [che confesso ancora oggi di non aver mai ben capito: v., infatti, volendo, la nota da me a suo tempo fatta dal titolo *Il controllo sulle leggi siciliane e il "bilanciamento" mancato (nota a Corte cost. n. 314 del 2003)*, in www.forumcostituzionale.it] per cui nessun confronto si renderebbe possibile tra l'originalissimo sistema di controllo previsto nello statuto siciliano e quello in generale valevole per le Regioni di diritto comune, quindi prontamente esteso, all'indomani della riscrittura del Titolo V, alle altre Regioni ad autonomia differenziata. E invece – ci dice oggi la Corte, *re melius perpensa* – il confronto può (e *deve*) esser fatto, con l'esito scontato di far considerare più benigno per l'autonomia il regime generale, malgrado non siano mancate alcune voci, anche particolarmente autorevoli, espresse per il mantenimento del peculiare regime riguardante la Sicilia.

Insomma, con linguaggio – se si vuole – un po' crudo e franco ma che va al sodo delle cose, può dirsi che la decisione odierna (preludio dell'ormai imminente e pressoché certo annullamento della "specialissima" disciplina valevole per la Sicilia), "abroga" quella, sopra cit., del [2013](#). Il legislatore (e nessun altro) può aggirare il giudicato costituzionale; nessun altro, eccetto però la Corte che, ove lo reputi opportuno, può svuotarlo e rimpiazzarlo con altro e persino opposto giudicato.

Né varrebbe opporre che, in fondo, si è qui in presenza di uno dei tanti mutamenti d'indirizzo giurisprudenziale dei quali l'esperienza offre non infrequenti testimonianze. In disparte, infatti, la stranezza per cui il mutamento non si registra al sopravvenire di un fatto nuovo o – piace a me dire – di una nuova "situazione normativa", qual è appunto quella dovuta alla revisione del 2001, avendosi senza alcun segno premonitore, *ex abrupto*, in occasione del giudizio sulla finanziaria siciliana, ciò che maggiormente merita di esser evidenziato – e vengo così al secondo profilo – è l'itinerario che la Corte si è trovata costretta a percorrere volendo conseguire l'obiettivo prefissosi. Consapevole di dover dotare di solide basi teorico-ricostruttive la svolta giurisprudenziale oggi inaugurata, il giudice delle leggi attacca di petto la legge n. 87 del '53, segnatamente l'*incipit* dell'art. 31, quale innovato dall'art. 9, l. n. 131 del 2003, che fa salvo il peculiare controllo sulle leggi siciliane. Non ha paura né esitazione alcuna a segare il ramo sul quale sta seduta, se così vogliamo qui dire riprendendo ed adattando al caso nostro una generale qualifica data con riguardo alle norme-parametro ed alle metanorme, rispettivamente poste, le une, a base dei giudizi sulle leggi e dell'intero sistema di giustizia costituzionale e, le altre, a base della ordinazione delle fonti e del fisiologico rinnovo dell'ordinamento nel tempo. I giudici della Consulta sanno, infatti, di accingersi ad eliminare una norma spuria che ha fino ad oggi fatto da intralcio alla diffusione per l'intero ordinamento del

meccanismo, ormai per tutte le Regioni valevole, di sindacato sulle leggi dietro impugnazione diretta e reso davvero, anche giuridicamente, la Sicilia un'isola (ahimè, perlomeno per questo, e non solo questo, verso infelice), separata dal resto del Paese e non lambita da un regime che, pur con tutti i suoi limiti, da tempo ampiamente rilevati, risulta ad ogni buon conto maggiormente favorevole per l'autonomia. Insomma, seppellisce senza rimpianto ciò che andava già da tempo messo da canto, così come, in fondo, si è già fatto per altri istituti espressivi della "specialissima" autonomia siciliana.

La riscrittura delle regole sul processo non è una novità da poco, così come può esserlo ogni altra meramente di merito, per rilevante che sia per la materia trattata e gli interessi che vi fanno capo. L'intervento sul processo è sempre, *per tabulas*, un attacco frontale alla *certezza del diritto costituzionale* e, per ciò stesso, alla *certezza dei diritti costituzionali*. Nulla infatti dà – com'è noto – maggiore stabilità della fermezza e condivisione delle regole del gioco. Lo stesso arbitro della partita, istituzionalmente preposto a farle osservare, è per primo tenuto a prestarvi scrupoloso ossequio; di certo, non può cambiarle mentre la partita è in corso. E se le regole in parole non sono, esse per prime, rispettose di un parametro superiore? Meglio rimuoverle tardi che mai, si dirà. E sia. Resta tuttavia la questione di fondo, riguardante la credibilità di un organo, istituito proprio al fine di dare quelle certezze, che dopo aver fatto utilizzo per innumerevoli casi di un certo ingranaggio processuale, viene oggi a riconoscerne la invalidità. Non è la prima volta e non sarà di certo l'ultima (penso, ad es., al brusco cambiamento di rotta operato da [Corte cost. n. 170 del 1984](#), in fatto di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno); nondimeno, ciò non sgrava dell'onere di far luogo ad un supplemento di approfondita e disincantata (e, per quanto possibile, avulsa dalla contingenza) riflessione a riguardo dei riflessi discendenti da un siffatto operare.

Chiudo con due altre rapide notazioni.

La prima ha riguardo alla figura del Commissario, che non va strettamente ed inscindibilmente legata al meccanismo di sindacato preventivo, tant'è che quest'ultimo era, per il dettato originario della Carta costituzionale, valevole per tutte le Regioni, conferendosi allo stesso tempo il potere di ricorso al Governo, nella sua composizione *ex art. 92 cost.*

Ora, l'ordinanza qui fatta oggetto di un primo, succinto commento non chiarisce perché mai, assieme al controllo preventivo, debba o possa essere travolto anche il potere di ricorso da parte del Commissario. Avuto riguardo alla clausola di maggior favore, in astratto, si danno buoni argomenti spendibili in un senso o nell'altro: sia, cioè, ragionando nel senso che l'organo residente nel capoluogo della Regione, lontano dai palazzi romani, possa mostrarsi maggiormente attento nei riguardi delle istanze dell'autonomia, se non proprio terzo ed imparziale (quale, peraltro, non ha da essere, secondo quanto chiarito da [Corte cost. n. 545 del 1989](#), che – come si sa – ha privato il Commissario del potere di ricorso avverso le leggi statali), e sia pure, all'opposto, considerandosi maggiormente affidabile un controllo esercitato non già da un organo monocratico bensì da uno "collegiale", ancorché nella peculiare accezione che, a mia opinione, va riservata al termine, una volta riferito ad un organo ad ogni buon conto *sui generis*, qual è il Governo.

Staremo comunque a vedere quali conclusioni ne trarrà il giudice costituzionale dopo che avrà ulteriormente riflettuto sulla spinosa, complessa questione qui accennata.

L'ultima notazione investe il linguaggio o, se si vuole, il "tono" dell'argomentare della Corte in questa sua importante pronunzia: un tono "secco", risoluto, che porta la Corte ad "esporsi", a non lasciar dubbio alcuno circa l'esito ormai prossimo della vicenda processuale; e basti solo por mente, tra le altre, all'affermazione secondo cui la disposizione di cui al cit. art. 31, così come "novellata" nel 2003, "appare non conforme alla norma costituzionale di cui all'art. 10 della legge cost. n. 3 del 2011". È vero che non sono sporadici i casi in cui i giudici *a quibus* si abbandonano a perentorie affermazioni circa l'incostituzionalità delle statuizioni legislative portate al sindacato della Corte; qui, però, è proprio quest'ultima ad anticipare senza mezzi termini un verdetto d'invalidità che, a questo punto, attende solo la sua formalizzazione da parte della Corte-giudice *ad quem*.

Tutto è bene – dice un vecchio adagio – ciò che finisce bene; e qui è pressoché certo che finirà, *nel merito*, bene e che tutti saranno perciò – come nelle vecchie fiabe – "felici e contenti": la Regione siciliana che, con ogni probabilità, si è pentita di aver a suo tempo varato un ordine del giorno che

patrocinava il mantenimento del regime di controllo preventivo, e la stessa Corte costituzionale, non meno pentitasi dell'errore commesso nel [2003](#), col dare inopinato avallo all'indicazione proveniente dall'isola.

E l'affidamento che tutti, cittadini ed operatori, dobbiamo poter nutrire circa la giustezza e stabilità delle regole che governano i giudizi davanti alla Corte e che, perciò, governano la Corte stessa?

Antonio Ruggeri

Novità in tema di (in)sindacabilità dei regolamenti parlamentari, in una *pronunzia-ponte* della Consulta (a margine di [Corte cost. n. 120 del 2014](#))

I tempi per il riconoscimento del “valore di legge” dei regolamenti parlamentari non sono ancora maturi ma stanno – a quanto pare – rapidamente maturando: questa, perlomeno, l'impressione che io ne ho tratto dopo la lettura della decisione qui annotata, che pertanto viene a configurarsi quale una *decisione-ponte* tra un oscuro passato, connotato da una ferma chiusura, ed un futuro, che ci si augura possa essere prossimo, di segno opposto.

Ad onor del vero, nessuna esplicita indicazione si ha nella pronunzia in esame che possa essere con sicurezza addotta a sostegno della ricostruzione proposta; e, d'altro canto, mi corre l'obbligo di confessare che non poche volte sono stato cattivo profeta, ragionando dei possibili sviluppi della giurisprudenza sulla base di alcuni “semi” presenti nella trama argomentativa di anteriori decisioni. E, tuttavia, la svolta c'è e si vede, e come!

Insistiti e risoluti sono i riferimenti alla salvaguardia dei diritti costituzionali che, laddove minacciati o apertamente lesi da norme pure giudicate insindacabili in sede di giudizio sulle leggi non possono nondimeno restare sguarniti di tutela, restandone altrimenti minate le fondamenta stessa di quello Stato di diritto con richiamo al quale significativamente si chiude la parte motiva della pronunzia qui annotata. Né di certo sono casuali, da un canto, i riferimenti fatti ad altri ordinamenti costituzionali nei quali l'autodichia in relazione ai rapporti di lavoro tra le Camere e i loro dipendenti non è più prevista e, dall'altro, il non meno significativo (per quanto, *ratione materiae*, sovrabbondante) riferimento alla giurisprudenza sia della stessa Corte costituzionale che della Corte di Strasburgo con riguardo alla ricognizione dell'area coperta dall'immunità parlamentare, ristretta ai soli casi in cui è provata l'esistenza di quel “nesso funzionale” tra le dichiarazioni fatte *extra moenia* e l'attività parlamentare che tanto filo da torcere ha dato (e dà) agli interpreti, specie per ciò che concerne il suo effettivo riscontro nei singoli casi in cui è evocato in campo (un riferimento, si diceva, sovrabbondante, dal momento che non di questo nella circostanza si faceva questione).

Lo scoglio, a dire della Corte insuperabile, che si frappone all'accoglimento della questione sta tuttavia proprio in quella mancanza di “forza di legge” dell'atto che contiene la norma indubbiata che solo può dar modo al sindacato sopra di essa di potersi svolgere.

Qui, la Corte resta appieno fedele al proprio tradizionale indirizzo e da qui parrebbe non volersi smuovere neppure di un passo. Si tratta, tuttavia, di una base teorica assai poco solida, che muove dall'assunto che il “valore di legge”, nella sua accezione processuale ormai da tempo invalsa, debba *sempre e solo* seguire la “forza”, restrittivamente intesa, siccome riferita ai soli atti abilitati a derogare alle leggi (e, ovviamente, ad essere da questa innovati), avendo il potere di “regolare ciò che rientra nella competenza della stessa legge” (punto 4.2 del *cons. in dir.*).

Non si può però far qui passare, ancora una volta, sotto silenzio la circostanza per cui la più raffinata elaborazione teorica, maturata sotto la spinta vigorosa del magistero di Vezio Crisafulli e di altri (per non dire, ora, di ancora più radicali dottrine che si rifanno agli insegnamenti di Carlo Esposito e Franco Modugno), ha, con dovizia di argomenti, messo in chiaro il rilievo del principio della competenza quale criterio ordinatore delle fonti.

Il riferimento, allora, non dovrebbe esser alla “forza di legge” tradizionalmente intesa, quale cioè fatta oggetto di fine teorizzazione al tempo in cui era *communis opinio* e consolidata giurisprudenza che la sola immagine delle fonti consegnataci dalle relative metanorme fosse quella piramidale, che ruotava attorno al perno fisso della gerarchia. Piuttosto, il riferimento dovrebbe esser fatto alla “primarietà”, quale attributo proprio di tutti gli atti che hanno *diretto* ed *esclusivo* fondamento in Costituzione (e norme costituzionali in genere), tra i quali appunto anche i regolamenti camerali che – ci viene oggi rammentato dalla stessa Corte – non sono da considerare “fonti puramente interne”.

In tempi ormai lontani, ho proposto (nel mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977, spec. 88 ss., ma *passim*) di sdoppiare la nozione di “forza di legge”, la quale nei singoli luoghi della Carta in cui se ne fa menzione può

assumere un significato ora ristretto (che, al fine di evitare confusione, sarebbe preferibile riportare alla formula della “efficacia di legge”) ed ora invece largo, quale sinonimo di “primarietà”, nell’accezione sopra richiamata.

La decisione odierna sul punto, di cruciale rilievo, si mostra invece ancora incerta, oscillante. Non è dubbiosa a riguardo del rilievo del canone della competenza ma lega a filo doppio il trattamento processuale (il “valore di legge”) alla “efficacia di legge”; non se la sente, perciò, di fare l’ultimo passo in avanti, da tempo patrocinato dalla più sensibile dottrina, accedendo ad una nozione di “forza di legge” adeguata ai caratteri strutturali di un ordinamento profondamente pervaso dal pluralismo normativo ed istituzionale, qual è il nostro.

Insinua però – qui è il punto – un cuneo nella monolitica costruzione teorica ereditata dalla tradizione e con pervicacia a tutt’oggi fatta propria; e il cuneo è dato proprio dal richiamo ai diritti costituzionali dei soggetti lesi da norme parlamentari e dal conseguente riconoscimento della via alternativamente, pianamente percorribile al fine di dar loro appagamento: quella del ricorso in sede di conflitti tra poteri. Una via, come si sa, da tempo indicata in dottrina e che aveva fatto timidamente capolino in qualche anteriore pronunzia della stessa Corte (perlomeno, così intesa da attenti annotatori), ma che solo oggi riceve una chiara ed esaustiva raffigurazione teorica.

Insomma, il soggetto che lamenta la lesione del diritto ha, forse, ragione (diciamo pure, con ogni probabilità ce l’ha e lo lascia intendere lo stesso atto di rimessione della questione); sbagliata si è però rivelata la scelta del mezzo processuale idoneo a farla valere. Se, di contro, la Cassazione si fosse avvalsa dello strumento giusto, con ogni probabilità la partita avrebbe preso tutt’altra piega.

Al tirar delle somme, il risultato appare alquanto singolare. Perché, se è pur vero che anche i ricorsi per conflitto possono essere utilizzati al fine della salvaguardia dei diritti (*ogni competenza della Corte, d’altronde, si presta a questo scopo*), non v’è dubbio però che la via maestra per assicurarla è quella dei giudizi sulle leggi e sulle fonti ad essa “equiparate” (nell’accezione larga, sopra riportata, secondo cui le fonti stesse risultano esse pure in modo *diretto* ed *esclusivo* fondate in Costituzione). Ciò che solo importa è che non vi siano “zone franche”, sottratte alla loro copertura ad opera della giustizia costituzionale, la quale così, sfruttando lo strumento “residuale” – com’è stato efficacemente chiamato – dei conflitti, ha ugualmente modo di distendersi anche sopra un campo materiale un tempo ritenuto davvero *Constitutioni solutus*.

Credo però che i giudici avranno ormai imparato la lezione: pur col costo di fare un giro largo (avvalendosi dello strumento del ricorso per conflitto), potranno ugualmente portare alla Corte le loro istanze e dar perciò modo a quest’ultima di caducare le norme regolamentari lesive dei diritti costituzionali. Certo, si tratterà di una protezione assicurata ai diritti stessi quale mero riflesso di una tutela direttamente data ai giudici menomati o lesi nella loro sfera di competenze; l’importante è, ad ogni buon conto, che sia centrato il bersaglio.

Quanto tempo ancora dovremo, però, aspettare perché le questioni poste dai giudici possano far ingresso dalla porta principale della Consulta, dopo aver percorso la via piana dei giudizi sulle leggi? Perché, insomma, si dia tutela diretta ai diritti, senza farla passare quale effetto mediato della tutela offerta al giudice?

Antonio Ruggeri

Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*

SOMMARIO: 1. Il “diritto di famiglia” quale banco privilegiato di prova del modo di essere delle relazioni tra le Corti e delle trasformazioni (e vere e proprie “mutazioni genetiche”) intervenute tanto nella Costituzione quanto nelle altre Carte dei diritti. – 2. Una questione teorica di cruciale rilievo: sono strutturalmente omogenee la Costituzione e le altre Carte dei diritti? La convergenza tra le Carte, in rispondenza al principio della miglior tutela dei diritti quale *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali. – 3. Il diverso marchio genetico della Costituzione rispetto alle altre Carte dei diritti, l’una ponendosi a base di ordinamenti ormai *pleno iure* “integrati” e le altre invece riferendosi a sistemi “composti” e bisognose di attingere ai serbatoi costituzionali nazionali al fine della loro incessante rigenerazione semantica (in particolare, il significato del richiamo fatto alle “tradizioni costituzionali comuni” ed al “consenso”, quali tecniche argomentative multiuso). – 4. Il rilievo della comparazione nella soluzione delle più spinose questioni relative ai diritti e l’uso ad oggi estremamente ridotto fattosene nelle pratiche interpretative adottate in ambito interno, espressione di un *habitus* mentale ormai vetusto nel quale si rispecchia l’antica (e però tuttora diffusa) credenza del carattere autosufficiente della Costituzione, quale fonte in grado di dire sempre “tutto su tutto” e di dirlo nel modo migliore, laddove proprio dal confronto tra le Carte si può invece tentare di stabilire dove si situi la più “intensa” tutela dei diritti. – 5. I mobili confini del “diritto di famiglia”, l’esame di talune questioni che ad esso fanno capo, gli orientamenti al riguardo manifestati dalla giurisprudenza europea, complessivamente ispirati a cautela e rispetto nei riguardi delle tradizioni costituzionali nazionali. – 5.1. La nozione di “famiglia” e la sua struttura, la loro declinazione “plurale” nella giurisprudenza della Corte EDU, cui si contrappone la definizione “singolare” datane dal giudice costituzionale, in linea di scrupolosa fedeltà alla nostra tradizione che ha nel paradigma eterosessuale il suo “nucleo duro” più genuinamente espressivo. – 5.2. Adozione, affidò, procreazione medicalmente assistita, eguaglianza tra figli legittimi e figli naturali: la Corte EDU ribadisce il primato delle tradizioni nazionali. – 5.3. *Segue*: Una questione spinosa, ad oggi in attesa di una soluzione complessivamente appagante, ovvero sia la fecondazione *involontariamente* eterologa per scambio di provette: di chi il figlio? – 5.4. L’intreccio tra le questioni che insistono nell’ambito specificamente proprio della famiglia e le questioni relative ad altri campi (in particolare, a quello del lavoro ed alla materia penale) e la conferma che dalle soluzioni per esse apprestate si ha della tendenza marcata della giurisprudenza europea alla flessibilizzazione delle discipline legislative. – 6. Il “dialogo” intergiurisprudenziale e le sue più salienti implicazioni, avuto riguardo al modo di essere delle pubbliche funzioni in genere e della giurisdizione in specie, tendenzialmente portata a presentarsi quale *giurisdizione per risultati*, frutto di “leale cooperazione” tra le Corti. – 7. “Dialogo” intergiurisprudenziale e teoria della Costituzione: una succinta notazione finale.

1. Il “diritto di famiglia” quale banco privilegiato di prova del modo di essere delle relazioni tra le Corti e delle trasformazioni (e vere e proprie “mutazioni genetiche”) intervenute tanto nella Costituzione quanto nelle altre Carte dei diritti

Pochi altri ambiti materiali di esperienza possono, forse, competere alla pari col “diritto di famiglia”¹, qui fatto oggetto di una rapida riflessione, nell’offrire numerose e particolarmente istruttive indicazioni a riguardo delle più salienti tendenze delle relazioni tra Corti europee e Corti costituzionali e, allo stesso tempo (e ancora più a fondo), del modo di essere, in struttura e funzioni, tanto della Carta costituzionale quanto delle altre Carte dei diritti (per ciò che qui più da presso rileva, la Carta dell’Unione europea e la CEDU).

* Testo rielaborato di una relazione all’incontro di studi su *Vecchie e nuove ‘famiglie’ nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, Catania 29 maggio 2014, alla cui data lo scritto è aggiornato.

¹ Le virgolette si devono al carattere opaco della nozione, i cui confini semantici non sembrano essere nitidamente tracciati, secondo quanto si dirà meglio a momenti.

Le une relazioni sono col tempo andate incontro a significativi aggiustamenti e sembrano invero tuttora essere alla ricerca di un loro complessivo assetto, di un equilibrio non appieno raggiunto, seppur faticosamente perseguito. Le più rilevanti vicende processuali sono, nondimeno, fatte oggetto di costante monitoraggio da parte di una dottrina che cresce ogni giorno che passa e – credo di poter dire – va progressivamente affinando i propri strumenti di analisi e di sistemazione dei materiali giurisprudenziali (materiali che, peraltro, sono ormai debordanti ogni tentativo di contenimento, a motivo dei richiami ormai quotidiani che, nel consenso così come nel dissenso, le Corti si fanno a vicenda).

Assai meno battuto è invece l'altro versante, quello dello studio dei cambiamenti ai quali sono andate (e vanno senza sosta) soggette le Carte, quelle di origine esterna al pari della Costituzione.

La cosa ha una sua pronta spiegazione. I fatti della vita, col groviglio di interessi spesso problematicamente conciliabili ed anzi talora reciprocamente, frontalmente contrastanti, e con la concretezza che è loro propria attirano subito l'attenzione dei commentatori delle pronunzie giurisdizionali che ad essi si riferiscono. Tardano invece a farsi strada riflessioni adeguate al piano della teoria della Costituzione, sollecitate dalle vicende processuali, per il significato di ordine generale che, astraendo dalle contingenze, può ad esse assegnarsi, coi riflessi che possono quindi aversene circa il modo di essere e di divenire dei documenti normativi di maggior pregio, le Carte appunto.

Le notazioni che seguono non aspirano ad aggiungere un nuovo commento a quelli, numerosi e varî per orientamento e svolgimenti, venuti alla luce in relazione alle vicende processuali che saranno più avanti richiamate, peraltro esse pure selezionate in seno ad un corpo di materiali giurisprudenziali assai consistente in quanto considerate particolarmente conducenti alla dimostrazione della tesi che sarà a momenti prospettata. I riferimenti giurisprudenziali saranno infatti circoscritti all'essenziale e riguardati unicamente dall'angolo visuale adottato per le peculiari esigenze ricostruttive di questo studio, che aspira unicamente ad attingere da essi quanto serve a conferma delle trasformazioni (sarei tentato di dire, delle vere e proprie *mutazioni genetiche*) cui sono andate soggette tanto la Costituzione quanto le Carte restanti, proprio per effetto delle trasformazioni intervenute nell'esercizio della giurisdizione e rese visibili per il tramite delle relazioni che si intrattengono tra le Corti che della Costituzione e delle Carte stesse sono istituzionalmente garanti.

2. Una questione teorica di cruciale rilievo: sono strutturalmente omogenee la Costituzione e le altre Carte dei diritti? La convergenza tra le Carte, in rispondenza al principio della miglior tutela dei diritti quale Grundnorm delle relazioni interordinamentali

Prima di passare ai richiami giurisprudenziali ed al fine di coglierne il significato complessivo, ci si deve chiedere se la Costituzione e le altre Carte siano in tutto e per tutto omogenee tra di loro, sì da potersi appunto sottoporre a reciproco confronto. Certo, discorrono tutte di diritti fondamentali², ma – qui è il punto – ne discorrono allo stesso modo e, perciò, con identità di effetti? E, se non ne discorrono allo stesso modo, è più ciò che le accomuna ovvero ciò che le divide?

² La Costituzione, poi, esibisce – come si sa – una struttura assai più complessa ed internamente composita, non limitandosi unicamente a dare riconoscimento ai diritti ed a disciplinare i rapporti di ordine sostantivo (dei cittadini tra di loro come pure coi pubblici poteri), ma ponendosi allo stesso tempo quale norma (o insieme di norme) di organizzazione. Le due parti in cui si divide la nostra Carta, al pari di molte altre, danno un'emblematica rappresentazione della duplice funzione della Costituzione, quale peraltro mirabilmente espressa nella efficace, ad oggi attualissima, definizione datane dai rivoluzionari francesi all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789. Ciò nondimeno, anche per l'aspetto ora considerato, il confronto con le altre Carte regge ugualmente, sol che si ammetta – come devesi – che la separazione dei poteri ha la sua eminente ragion d'essere nel bisogno di preservare i diritti, che ne sarebbero altrimenti gravemente pregiudicati. La “vera” funzione, originariamente propria della sola Costituzione (nell'accezione liberale del termine) e da questa quindi condivisa con altre Carte, è dunque quella (e solo quella) di farsi garante dei diritti, per il tramite dei limiti al potere che dal riconoscimento dei diritti stessi linearmente e necessariamente discendono.

Ora, non si fa qui questione del “posto” detenuto da ciascuna Carta nel sistema delle fonti, che – secondo dottrina e giurisprudenza corrente – sarebbe comunque diverso, se non altro perché il “posto” è pur sempre assegnato dal punto di vista ora di questo ed ora di quell’ordinamento. Ciascuna Carta, insomma, rivendica per sé la “competenza delle competenze”; e, pur laddove sembra dichiararsi disponibile a farsi da canto per cedere il campo ad altra Carta, per ciò stesso conferma il proprio primato, la esclusività cioè del proprio punto di vista e delle conseguenti qualificazioni. Sta qui infatti la radice da cui si tiene la teoria del carattere irriducibile ed indisponibile del c.d. “nucleo duro” della Costituzione, nel quale è racchiusa ed espressa l’identità della Costituzione stessa, secondo quanto è avvalorato al piano dei rapporti col diritto dell’Unione (il più “forte” tra quelli di origine esterna, unitamente al diritto internazionale consuetudinario ed al diritto concordatario, siccome espressivo di norme di rango “paracostituzionale” o costituzionale *tout court*) dalla dottrina dei “controlimiti”.

Non mi è adesso dato di tornare a dirne criticamente, dopo averne trattato ripetutamente altrove. Mi limito solo a rilevare, per ciò che più da presso interessa questo studio, come, pur non rinunciando nessuna Carta (e Corte) a far valere il proprio punto di vista (e, dunque, ad esercitare la “competenza delle competenze” per sé rivendicata), quello della reciproca convergenza appaia essere un principio fondamentale che ritroviamo presso tutte le Carte, un principio dunque espressivo di un “modello” ad esse comune, al di là poi della peculiare connotazione complessiva di ciascuna.

Per vero, sono solo le Carte di origine esterna a ritagliare per sé, in modo espresso, un ruolo meramente “sussidiario”, dichiarando di voler (e poter) valere unicamente in quanto la tutela da esse apprestata risulti maggiormente appagante per i diritti di quella che è loro offerta in ambito interno. La Costituzione, infatti, tutto questo esplicitamente non lo dice; anzi, in una citatissima, ancorché ormai risalente (e però tuttora attualissima), pronunzia del nostro giudice costituzionale, la [n. 388 del 1999](#), pur affermandosi – e sono parole di straordinario rilievo – che la Costituzione e le Carte internazionali dei diritti “*si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione*”, si tiene subito prima a precisare che “i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall’Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione”. Una dichiarazione, questa, che si è altrove qualificata come espressiva di un nazionalismo o patriottismo costituzionale “ingenuo ed infecondo”³, che nondimeno è assai indicativa di una mentalità ancora oggi molto radicata e diffusa, pur se bisognosa – come qui pure si tenterà di mostrare – di un complessivo, critico ripensamento. Dal loro canto, le stesse Corti europee danno non di rado vita a relazioni interordinamentali (o intersistemiche⁴) non sempre in tutto conformi al modello al quale

³ Il riferimento è tratto dal mio *CEDU, diritto “europolitano” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”*, in [www.diritticomparati.it](#), 19 aprile 2013 e in [Consulta OnLine](#), 19 aprile 2013, § 4.

⁴ La precisazione sembra opportuna, dal momento che le due Carte qui fatte oggetto di specifica attenzione, quella dell’Unione e la CEDU, sono dalla nostra giurisprudenza (a partire dalle sentenze “gemelle” del 2007) tenute rigorosamente distinte, per ciò che attiene al loro regime complessivo, tant’è che – come si rammenterà – si è negata alla seconda la “copertura” dell’art. 11 cost. invece riconosciuta a beneficio della prima, proprio in ragione del difetto del requisito della “organizzazione” richiesto dalla norma costituzionale al fine di dar spazio alle limitazioni di sovranità dalla essa acconsentite. Eppure, com’è parimenti noto, la stessa giurisprudenza ([sent. n. 349 del 2007](#), punto 6.1 del *cons. in dir.*) non ha mancato di rilevare che la CEDU costituisce una “realtà giuridica, funzionale e istituzionale”. È poi opinione di una sensibile dottrina (per tutti, R. CONTI, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in AA.VV., *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di R. Cosio - R. Foglia, Giuffrè, Milano 2013, 243) che la costruzione giurisprudenziale sul punto possa in un non lontano futuro essere fatta oggetto di un complessivo aggiustamento. Tanto più – mi permetto di aggiungere – ove il giudice delle leggi dovesse finalmente avvedersi che il riconoscimento della “copertura” dell’art. 11 non per ciò stesso porterebbe ad estendere alla Convenzione il regime dell’applicabilità diretta che – come si sa – è proprio delle norme *self-executing* dell’Unione e che, in realtà, discende da una espressa previsione in tal senso contenuta nei trattati, nulla potendosi dunque desumere, in un senso o nell’altro, dal disposto costituzionale che rimane muto circa le forme e gli effetti delle limitazioni in parola. Che poi anche alla Convenzione possa ovvero debba darsi – perlomeno, in certe situazioni ed a certe condizioni – subito applicazione è un altro discorso, che si è tentato di argomentare in altri luoghi e che non può essere ora nuovamente ripreso.

Come che sia di ciò, per scorrevolezza espositiva la differenza tra il carattere interordinamentale e quello intersistemico delle relazioni qui fatte oggetto di esame non sarà d’ora innanzi più messa in evidenza e i due termini saranno pertanto utilizzati in modo promiscuo.

dovrebbero invece restare fedeli⁵. Ora, non è questo, evidentemente, il luogo per verificare se siano maggiori gli scostamenti ovvero i lineari svolgimenti del modello stesso, di questo o quell'ordinamento. L'importante è la conferma della bontà di quest'ultimo, bisognosa quindi di essere come si conviene preservata e in modo integro trasmessa anche ai futuri svolgimenti delle relazioni interordinamentali.

Da questo punto di vista, al di là della dichiarazione fatta dalla nostra Corte con la pronuncia del '99 sopra richiamata, è importante non perdere di vista che a spingere vigorosamente nel verso della convergenza tra le Carte è appunto il *principio della maggior tutela*, nel quale anche la nostra giurisprudenza dichiara *toto corde* di riconoscersi⁶, alla cui luce va dunque ricercato di volta in volta, in relazione alle esigenze peculiari del caso, dove si fissa il punto più elevato di sintesi assiologica, al piano delle relazioni intersistemiche. È poi vero che la divaricazione delle posizioni si rende pur sempre possibile a motivo del fatto che le Corti non intendono (e, soprattutto, non praticano) allo stesso modo il principio in parola; e, per avvedersene, basti solo por mente al fatto che la Corte EDU è solita farsi cura specificamente del diritto evocato in campo, mentre – a dire della nostra Corte – si tratta piuttosto di guardare all'intero sistema dei diritti (e, in genere, degli interessi) costituzionalmente protetti⁷. Quella del “sistema” – come si è tentato di mostrare in altri luoghi⁸ – è infatti una delle più raffinate tecniche decisorie di cui il giudice costituzionale si avvale e che può dar modo, con la strutturale duttilità che la connota, agli operatori di diritto interno di potersi smarcare alla bisogna dal *pressing* delle Corti europee⁹.

⁵ Una particolarmente attendibile testimonianza in questo senso è di recente venuta dalla Corte dell'Unione, in *Melloni*, laddove si è avuta una categorica affermazione del principio del primato del diritto “eurounitario” – come a me piace chiamarlo –, del bisogno cioè della sua uniforme applicazione quando pure in ambito interno dovesse aversi una più estesa garanzia al diritto in gioco. Nella vicenda, infatti, ad opinione mia e di altri, la Corte ha chiuso assai sbrigativamente la partita, senza approfondire adeguatamente la questione – come invece avrebbe dovuto – circa l'ordinamento in seno al quale si situi la più intensa tutela al diritto stesso. Cosa che avrebbe invece dovuto fare, se non altro in virtù del principio, di cui all'art. 4 del Trattato di Lisbona, che fa obbligo all'Unione di prestare ossequio non soltanto alle “tradizioni costituzionali comuni” ma (e di più) ai principi di struttura dei singoli ordinamenti nazionali, per il tramite dei quali l'identità costituzionale degli Stati mirabilmente si esprime e richiede di esser fatta valere [su quest'autentico “metapprincipio” delle relazioni interordinamentali, v., tra gli altri e di recente, G. GERBASI, *Il contesto comunicativo euro-nazionale: alla ricerca di un ruolo (cooperativo) delle Corti costituzionali nella rete giudiziaria europea*, in www.federalismi.it, 20/2012, spec. al § 3; G. MARTINICO, *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Aracne, Roma 2011, spec. 206 ss.; S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.; M. STARITA, *L'identità costituzionale nel diritto dell'Unione europea: un nuovo concetto giuridico?*, in AA.VV., *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, Il Mulino, Bologna 2012, 139 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1/2012, 263 ss., e, della stessa, ora, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013, spec. 190 ss.; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'uropeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012. Infine, con specifico riguardo al fenomeno religioso, nelle sue forme espressive, sia individuali che collettive, A. LICASTRO, *Unione europea e “status” delle confessioni religiose. Fra tutela dei diritti umani fondamentali e salvaguardia delle identità costituzionali*, Giuffrè, Milano 2014].

⁶ V., part., [Corte cost. n. 317 del 2009](http://www.federalismi.it) e succ.

⁷ Ha molto insistito su queste diverse vedute, che sono di prospettiva appunto (o di metodo) ancora prima che di teoria, E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 7/2010, 955 ss., spec. 961. Dal mio canto, ho già avuto modo più volte di precisare che questo è solo tendenzialmente ma non sempre vero; un avviso, ora, avvalorato da un profondo conoscitore della giurisprudenza europea, R. CONTI, *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n.16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, contributo all'incontro di studio su *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 Cedu*, Università di Milano-Bicocca 10 marzo 2014, in *paper*, § 5.

⁸ ... e, tra questi, nel mio “*Dialogo*” tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali, in www.diritticomparati.it, 19 novembre 2013, e in www.federalismi.it, 24/2013.

⁹ Di una vera e propria “aggressività” del giudice di Strasburgo ha ripetutamente discusso una sensibile dottrina (O. POLLICINO, del quale, v., tra gli altri suoi scritti, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 1 ss.; *La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo l'allargamento del Consiglio D'Europa ad Est: forse più di qualcosa è cambiato*, in AA.VV., *Le scommesse dell'Europa. Diritti, Istituzioni*,

Proprio perché il confronto va sempre fatto tra “sistemi”, se ne ha – a me pare – l’impossibilità di fare graduatorie di sorta, di formale fattura, tra le Carte, così come invece patrocinato dalla Consulta, specificamente al piano dei rapporti con la CEDU, definita – come si sa – quale fonte “subcostituzionale”. La stessa Carta dell’Unione, d’altronde, al pari di ogni altra fonte di diritto “eurounitario”, si ritiene comunemente esser tenuta a prestare ossequio, *per sistema*, ai “controlimiti”, non potendo perciò pretendere di essere osservata laddove anche solo rispetto ad uno di essi incompatibile. Seguito, tuttavia, a considerare misteriosa la ragione per cui in quest’ambito di esperienza non debba valere il principio dell’affermazione della *Costituzione come sistema*, un sistema che ha tra i suoi principi fondanti quello dell’apertura al diritto internazionale e sovranazionale: un varco, questo, attraverso il quale possono trovare ingresso in ambito interno norme dell’Unione e norme esterne in genere che, seppur non compatibili con questo o quel principio fondamentale, ciò nonostante si dimostrino idonee a fissare ancora più in alto della stessa Costituzione il punto di sintesi assiologica ottimale evocato dal caso.

La convergenza tra le Carte è, insomma, resa possibile per effetto della duplice spinta in tal senso prodotta dalla *tendenziale internazionalizzazione ed europeizzazione della Costituzione* e dalla *tendenziale costituzionalizzazione delle Carte di origine esterna*; e la *Grundnorm*, che poi è un autentico *Grundwert*, delle relazioni interordinamentali, che dà senso e giustificazione di siffatta convergenza, sta proprio nel “metaprincipio” dell’ottimale servizio che va reso ai beni della vita meritevoli di tutela, visti nel loro fare “sistema”.

È alla luce di questa indicazione metodico-teorica che dobbiamo, dunque, ora tentare di rispondere alla domanda sopra lasciata in sospenso circa il carattere omogeneo ovvero disomogeneo delle Carte, per ciò che esse *in nuce* sono, in struttura e funzione.

3. *Il diverso marchio genetico della Costituzione rispetto alle altre Carte dei diritti, l’una ponendosi a base di ordinamenti ormai pleno iure “integrati” e le altre invece riferendosi a sistemi “composti” e bisognose di attingere ai serbatoi costituzionali nazionali al fine della loro incessante rigenerazione semantica (in particolare, il significato del richiamo fatto alle “tradizioni costituzionali comuni” ed al “consenso”, quali tecniche argomentative multiuso)*

Questa verifica va condotta guardando non tanto al linguaggio di cui le Carte si avvalgono per dare riconoscimento ai diritti, dove più dove meno connotato da essenzialità di disposti, che talora si traduce in laconicità e – ad esser franchi – opacità concettuale¹⁰, quanto ai contesti istituzionali cui le Carte stesse appartengono e nei quali pretendono di esser fatte valere.

Si dà una differenza di fondo, di tutta evidenza, tra i contesti in parola. Le Carte internazionali sono documenti normativi forgiati per le peculiari esigenze di *sistemi “composti”*, alla cui formazione cioè partecipano più ordinamenti (o sistemi), ciascuno dotato di una propria identità costituzionale

Politiche, a cura di G. Bronzini - F. Guarriello - V. Piccone, Ediesse, Roma 2009, 101 ss.; *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010, e, ora, *Toward a Convergence between the EU and ECHR Legal Systems?*, in AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Intersentia, Cambridge 2013, 99 ss.).

È interessante notare come il discorso che si va ora facendo valga altresì al piano dei rapporti col diritto dell’Unione, possieda cioè una generale valenza, trattandosi ogni volta di far luogo ad una composizione dei materiali normativi in campo orientata verso il principio della più intensa tutela, sistematicamente connotato anche nelle sue proiezioni al piano delle relazioni interordinamentali (su ciò, ancora E. LAMARQUE, *Le relazioni tra l’ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, relaz. alle VI Giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale, dedicate a *La protección de los derechos en un ordenamiento plural*, Barcellona 17-18 ottobre 2013, in *paper*, § 3).

¹⁰ La qual cosa, poi, ripropone la questione, altrove fatta oggetto di studio, concernente l’opportunità di far luogo ad un congruo aggiornamento delle Carte (della Costituzione in primo luogo, ma anche delle altre Carte, alcune delle quali, come la CEDU, invero ormai datate). Sta di fatto che è anche per effetto del linguaggio a maglie larghe (o larghissime) del loro dettato che si rende palese la centralità di posto detenuto dalle Corti nei sistemi istituzionali di appartenenza, sulla quale peraltro si tornerà tra non molto.

(si potrebbe dire, ma impropriamente, di una propria “sovrantà” costituzionale), bisognosa di essere comunque preservata e ulteriormente trasmessa. Le Costituzioni nazionali, di contro, sono i documenti di base di ordinamenti al loro interno “integrati”, quali che siano poi le forme di siffatta integrazione¹¹.

La Carta dell’Unione europea, che è l’organizzazione forse più avanzata tra quelle esistenti in seno alla Comunità internazionale lungo la via della integrazione, pur ponendosi come espressiva di diritti dotati di una identità “europea”, risente nondimeno del carattere composito della istituzione di appartenenza. La qual cosa si rende palese andando oltre lo schermo della forma degli enunciati e penetrando appunto nella struttura della istituzione, alla quale dà voce particolarmente espressiva la giurisprudenza della Corte dell’Unione. La differenza tra la Costituzione e le altre Carte, insomma, si coglie nel momento in cui il *diritto vigente* si converte in *diritto vivente*.

Le Corti europee sono portatrici di modelli culturali plurimi (e non sempre convergenti) in fatto di salvaguardia dei diritti, oltre che di modelli di sistemi giuridici in genere ancora oggi significativamente differenziati, siccome appartenenti a “famiglie” un tempo molto distanti tra di loro, malgrado la tendenza viepiù marcata al loro ravvicinamento¹²; e questo vale per la Corte dell’Unione e, forse più ancora, per la Corte EDU, sol che si pensi al numero degli Stati membri del Consiglio d’Europa, agli ambienti di provenienza, alla diversa storia che essi hanno alle spalle.

Tutto ciò, ovviamente, non ha senso alcuno per le Corti nazionali. Antiche divisioni esistenti in alcuni ordinamenti statali precedenti la loro unificazione appartengono ormai ad un lontano passato, pur dandosi in alcuni di essi spinte centrifughe che non meritano di essere sottovalutate e che nondimeno non valgono a negare la condizione di matura integrazione interna ormai raggiunta.

È in questa *disomogeneità strutturale*, ad oggi in una consistente misura riscontrabile negli ordinamenti non ancora *pleno iure* integrati e riflessi nelle Carte dei diritti di cui essi si sono dotate, che va visto il fondamento dell’attenzione prestata dalle Corti europee verso i diritti quali riconosciuti dalle Costituzioni nazionali e del particolare conto in cui sono tenute le indicazioni da esse date al fine della soluzione dei casi demandati al giudizio delle Corti stesse.

Si pensi, ad es., al rilievo assegnato alle tradizioni costituzionali comuni da parte della Corte di Lussemburgo, in primo luogo, ma anche della Corte di Strasburgo; e ciò – si badi – al di là dei riferimenti ad esse espressamente fatti, dal momento che le tradizioni stesse mostrano di poter esercitare nei riguardi degli indirizzi formati dai giudici europei un’influenza culturale che costituisce, come in un *iceberg*, proprio la parte più consistente della montagna del materiale giurisprudenziale di fattura europea, ancorché non quella immediatamente visibile.

D’altro canto, non si dimentichi che la stessa Carta dell’Unione nasce con l’impronta genetica del suo stabile e fermo orientamento verso la giurisprudenza dell’Unione stessa, la quale sin dalle sue origini ha specificamente volto lo sguardo verso le tradizioni in parola, dai serbatoi costituzionali nazionali attingendo il materiale di cui l’Unione era strutturalmente priva, in fatto di riconoscimento dei diritti. Come mi è venuto più volte di dire, nell’Unione, insomma, si realizza proprio l’inverso di ciò che si ha negli ordinamenti nazionali: in questi ultimi, sono le Corti al servizio delle Carte, chiamate a darvi voce ed a renderle vive, effettive; nell’Unione, di contro, la Carta è chiamata a conformarsi alla Corte o, quanto meno, ad essa ad ispirarsi. Certo, man mano che passa il tempo e la Carta riesce sempre di più ad affermarsi e radicarsi nel terreno delle pratiche giuridiche volte alla salvaguardia dei diritti, assumendo una sua propria identità, quella tendenza alla

¹¹ Dal punto di vista molto generale ora adottato, non rileva distinguere tra gli Stati usualmente considerati “composti”, quali sono quelli federali, e gli Stati c.d. “unitari”, siano o no caratterizzati da un maggiore o minore decentramento interno (come, da noi, quello su basi regionali, oltre che fondato sul riconoscimento delle autonomie locali). Anche quella federale è, infatti, come si sa, una delle forme dell’unità, espressiva di un’integrazione ormai compiuta.

¹² Così, ad es., per ciò che concerne i sistemi di *civil e common law*; e non occorre ora rammentare come a siffatto ravvicinamento molto abbia giocato (e giochi) il ruolo sempre più rimarchevole esercitato dalla giurisprudenza quale “luogo” elettivo per l’appagamento di bisogni particolarmente avvertiti ed in modo pressante rappresentati alle sedi di apparato, senza che queste ultime (specie quelle preposte alla direzione politica ed alla produzione normativa) riescano a darvi risposte sufficientemente credibili e complessivamente soddisfacenti.

costituzionalizzazione dell'Unione, di cui poc'anzi si diceva, si rende viepiù palese e marcata¹³. Il rapporto è, a conti fatti, di mutua alimentazione, la Carta attingendo alla Corte e però progressivamente emancipandosi dagli antichi e stringenti vincoli. E, tuttavia, tutto ciò si ha pur sempre... *attraverso la Corte*, dal momento che *il diritto vige solo per il modo con cui vive*, senza la voce dei giudici restando muto ed inespressivo.

Il vero è che il quadro è assai più composito di come non risulti dalla sua scarna e semplificata descrizione appena fatta. Le suggestioni culturali, infatti, sono sempre a plurimo verso di marcia; e, così, la Corte dell'Unione si volge, a un tempo, verso le tradizioni nazionali (specie alcune, tenute in gran cale¹⁴) e verso la CEDU, così come la Corte di Strasburgo, dal suo canto, presta attenzione alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo unitamente a quella delle Corti nazionali (anche qui, in special modo di alcune) e, infine, queste ultime Corti guardano alla giurisprudenza di entrambe le Corti europee.

Il carattere composito della struttura delle Carte europee si apprezza proprio per il modo con cui si risolvono le questioni portate al giudizio delle loro Corti, vale a dire per il modo con cui si leggono gli enunciati delle Carte stesse, dando spiccato rilievo alle tradizioni nazionali, sia pure fatte oggetto di originali rielaborazioni e degli adattamenti giudicati di volta in volta i più opportuni per le peculiari esigenze di un contesto europeo ad oggi connotato da una integrazione sovranazionale incompiuta, pur se già pervenuta ad un grado apprezzabile di maturazione, nel cui seno si annidano, minacciose ed imprevedibili, vocazioni nazionalistiche mai del tutto sopite e spinte disgregatrici di vario segno¹⁵.

Uno degli indici maggiormente attendibili di questo stato di cose può vedersi nell'uso in concreto fatto della dottrina del consenso da parte della Corte EDU¹⁶.

Il richiamo al consenso da parte della Corte di Strasburgo risponde alla stessa "logica" che sta a sostegno dell'appello fatto dalla Corte dell'Unione alle tradizioni costituzionali comuni; e ciò, a prescindere dalla diversa origine storica che sta a base di siffatti richiami¹⁷. E, invero, in un caso e nell'altro, la ragion d'essere di siffatta apertura a materiali normativi esterni ai contesti in cui le Corti stesse svolgono il loro ufficio si fa riportare proprio a quel carattere composito delle istituzioni cui esse appartengono e, per ciò pure, dei documenti normativi cui danno voce ed offrono garanzia. Si avverte, insomma, il bisogno di far poggiare le letture delle Carte su basi strutturali solide, basi che richiedono dunque di essere forgiate attingendo a materiali apprestati dagli ordinamenti nazionali ed a questi "comuni"¹⁸. Le Corti sanno infatti di dover costantemente dotare la propria giurisprudenza

¹³ Utili indicazioni possono al riguardo aversi dal documentato scritto monografico di recente portato a termine da L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013, nonché dal rapporto della Commissione sull'attuazione della Carta, reso noto il 14 aprile 2014 (*2013 Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights*), che può vedersi in www.diritticomparati.it, 24 aprile 2014.

¹⁴ ... e, tra queste, quelle che vengono dagli ordinamenti tedesco, spagnolo, italiano e francese. Che poi a base di siffatta attenzione si dia non soltanto il valore in sé di tali tradizioni, in ragione della storia che le giustifica e sorregge, ma anche (e in particolare misura) il peso posseduto dagli ordinamenti suddetti al piano delle relazioni di ordine politico-istituzionale, è innegabile. Nulla ciò, ad ogni buon conto, toglie al valore delle tradizioni stesse.

¹⁵ Basti solo por mente allo straordinario successo riscosso nelle elezioni francesi del marzo scorso dalla destra di Marina Le Pen, che ha subito pensato di portarlo all'incasso invitando tutti gli antieuropeisti convinti dei vari Stati ad una "santa alleanza" contro l'Europa dell'euro e dei banchieri.

¹⁶ Per una sintesi efficace, v. G. RAIMONDI, *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8-11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.europeanrights.eu, 11 gennaio 2013, nonché, ora, *amplius*, R. CONTI, *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014, spec. 214 ss. e, dello stesso, già, con specifico riguardo alla materia matrimoniale, *Convergenze (inconsapevoli... o naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, in *Corr. giur.*, 4/2011, 579 ss.

¹⁷ Come si sa, la Corte dell'Unione si è, infatti, indotta a far ricorso alle tradizioni nazionali allo scopo di dotare l'Unione stessa di un catalogo di diritti di cui essa era strutturalmente priva; un'esigenza, questa, di tutta evidenza non avvertita dalla Corte di Strasburgo.

¹⁸ Che poi, come da tempo e da molti si fa notare, tali essi non siano e che piuttosto si abbiano consistenti selezioni, dovute a ragioni tanto culturali quanto politico-istituzionali, è un discorso che non può trovare qui le sue opportune verifiche e il necessario approfondimento.

di una rilegittimazione, di un “consenso” appunto (largamente inteso), che non può che venire loro dagli ordinamenti nazionali.

Il consenso è, in realtà, una tecnica argomentativa multiuso, connotata da una strutturale duttilità ed adattabilità a casi anche molto diversi tra di loro. Se non si tiene fermo quest’assunto, si rischia di rimanere disorientati davanti a taluni suoi utilizzi che, a tutta prima, potrebbero apparire discontinui o apertamente contraddittori; ed invece – al di là, ovviamente, dei casi in cui non ne sia fatta adeguata e vigilata applicazione – la varietà delle applicazioni stesse si presenta quale la conseguenza linearmente discendente dalla duttilità della tecnica posta in essere.

Come nel film *sliding doors*, il consenso si apre infatti a dimensioni parallele: laddove se ne abbia riscontro, obbliga la Corte europea a rileggere la Convenzione in un certo modo, facendo poggiare l’esito di siffatte letture su tradizioni nazionali consolidate e diffuse; se il consenso fa difetto, le letture possono essere altre, ora spianandosi la via al riconoscimento del margine di apprezzamento ed ora facendo contrarre quest’ultimo, fino ad aversene il totale azzeramento¹⁹.

Non è poi vero – come, invece, una nutrita dottrina ritiene – che l’esistenza del consenso porti di necessità alla riduzione del margine di apprezzamento ovvero al suo mancato riconoscimento. Come si avrà modo di precisare meglio a breve, l’accertamento della violazione della Convenzione da parte di atti di diritto interno non esclude che le stesse autorità nazionali debbano restare private di apprezzamento, il quale anzi può risultarne ulteriormente evidenziato e sollecitato a significative realizzazioni, ogniqualvolta le indicazioni date dal giudice europeo si aprano a raggiera a plurime loro specificazioni ed attuazioni, secondo quanto è proprio del rapporto tra principi e regole²⁰.

Insomma, il consenso dà modo al giudice europeo di far espandere ovvero contrarre a fisarmonica la Convenzione, assicurandone una penetrazione graduata nei territori nazionali, in applicazione di quella tecnica decisoria dello *stop and go* che è, peraltro, ricorrente non solo presso l’altra Corte europea ma persino presso le Corti nazionali (e, segnatamente, quelle costituzionali).

4. Il rilievo della comparazione nella soluzione delle più spinose questioni relative ai diritti e l’uso ad oggi estremamente ridotto fattosene nelle pratiche interpretative adottate in ambito interno, espressione di un habitus mentale ormai vetusto nel quale si rispecchia l’antica (e però tuttora diffusa) credenza del carattere autosufficiente della Costituzione, quale fonte in grado di dire sempre

¹⁹ Sulla dottrina del margine di apprezzamento e sulle sue varie applicazioni, tra i molti altri e di recente, v. J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell’ordine pubblico europeo. Nei sessant’anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti - A. Morrone, Giappichelli, Torino 2011, 87 ss.; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 88 ss. e 110 ss.; i contributi che sono nella parte II.A di AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law*, cit.; G.P. DOLSO, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, Jovene, Napoli 2013, 180 ss., e, con specifico riguardo alle prospettive aperte per la sua ulteriore valorizzazione dal prot. 15, E. CRIVELLI, *I protocolli n. 15 e n. 16 alla CEDU: nel futuro della Corte di Strasburgo un rinvio pregiudiziale di interpretazione?*, in *Quad. cost.*, 4/2013, 1021 ss.; E. CANNIZZARO - B.I. BONAFÈ, *Beyond the archetypes of modern legal thought. Appraising old and new forms of interaction between legal orders*, in AA.VV., *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, a cura di M. Maduro - K. Tuori - S. Sankari, University Press, Cambridge 2014, 84 ss.

²⁰ Si pensi, al riguardo, all’uso viepiù frequente fatto delle sentenze-pilota ed ai modi assai vari coi quali vi si può dare svolgimento in ambito interno. A giustificazione della loro adozione, v. ciò che ne ha, ancora non molto tempo, detto la stessa giurisprudenza europea, in [sent. del 3 settembre 2013, ric. n. 5376/11, M.C. ed altri c. Italia](#) (in materia di indennizzo ai contagiati da trasfusioni e somministrazione di emoderivati). In dottrina, tra i molti altri, M. FYRNYS, *Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, in *German Law Journal*, 2011, 1231 ss.; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell’uomo*, Giuffrè, Milano 2012, 123 ss.; D. TEGA, *I diritti in crisi*, cit., 105 ss.; V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012, 864; F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU. Bruxelles 24 maggio 2012*, in [www.rivistaaic.it](#), 1/2013, spec. § 3; R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in *Pol. dir.*, 4/2013, spec. 452 ss.

“*tutto su tutto*” e di dirlo nel modo migliore, laddove proprio dal confronto tra le Carte si può invece tentare di stabilire dove si situi la più “intensa” tutela dei diritti

Le “tradizioni costituzionali comuni” e il “consenso”, poi, testimoniano *per tabulas* il rilievo della comparazione quale strumento privilegiato e particolarmente adeguato a dissodare il terreno sul quale si radicano e crescono gli indirizzi interpretativi delle Corti europee²¹: vero e proprio passaggio obbligato per pervenire *causa cognita* alla decisione, specie laddove si tratti di far luogo alla soluzione delle più spinose questioni relative ai diritti. Di contro, nelle pratiche di diritto interno, pur essendo col tempo cresciuta l’attenzione per le tradizioni culturali e positive di altri ordinamenti, il ricorso alla comparazione rimane un fatto meramente occasionale, legato alla sensibilità di singoli operatori, che nondimeno non si pone quale elemento costitutivo del processo interpretativo.

Il vero è che, per un retaggio culturale ad oggi non più proponibile e però non ancora rimosso, la Costituzione e l’intero ordinamento sulla stessa fondato si presentano ancora oggi, per il modo con cui se ne fa uso nelle più diffuse esperienze processuali, come autosufficienti e, per ciò pure, però autoreferenziali, in grado di dire sempre *tutto su tutto* e di dirlo nel modo migliore²².

È questo, a me pare, il portato di un *habitus* mentale risalente e, nondimeno, ancora oggi largamente diffuso, ancorché appesantito da incrostazioni bisognose di essere sollecitamente e senza rimpianti asportate, un vero e proprio crampo mentale – se posso dire con franchezza – espressivo di una torsione che è metodica, ancora prima che teorico-ricostruttiva, del modo con cui guardare alla Costituzione stessa e ai suoi rapporti con le altre Carte. Perché, se si conviene – come non può non convenirsi – che quello dell’apertura al diritto internazionale e sovranazionale è principio fondamentale dell’ordinamento costituzionale, si impone di dover prestare attenzione, a un tempo, al diritto di origine esterna ed agli ordinamenti nazionali dai quali il diritto medesimo attinge i materiali (e, segnatamente, le “tradizioni costituzionali comuni”) grazie ai quali si mette in grado di far luogo alla propria incessante rigenerazione strutturale. Come potrebbe altrimenti un operatore nazionale scrupoloso e coscienzioso porre in essere le necessarie verifiche della rispondenza dei verdetti dei giudici europei ai parametri culturali e positivi che ne giustificano l’adozione e ne segnano lo svolgimento?

Il vero è che è proprio il principio dell’apertura al diritto internazionale e sovranazionale ad agire *dal di dentro* per la trasformazione strutturale della Costituzione, sempre di più sollecitata grazie al

²¹ Di ciò la più accorta dottrina si dimostra essere ormai pienamente consapevole: tra i molti altri, G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell’interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli 2011; A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Jovene, Napoli 2012; S. ROMANO, *Nuove pratiche nell’interpretazione dei diritti costituzionali: i metodi comparativi*, in AA.VV., *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, cit., 205 ss. P. GORI, *La rilevanza del diritto comparato nelle decisioni della Corte EDU, recenti sviluppi*, relaz. all’incontro di studio organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura, Struttura Didattica Territoriale del Distretto di Corte d’Appello di Venezia, su *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte EDU e nazionale: la dignità della persona nella vita privata e familiare, nel carcere e nelle istituzioni*, in www.europeanrights.eu, 21 giugno 2013; AA.VV., *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, a cura di T. Groppi e M.C. Ponthoreau, Hart Publishing, Oxford 2013; G. VITALE, *Principi generali e diritto derivato. Contributo allo studio del sistema delle fonti nell’Unione europea*, Giappichelli, Torino 2013; L. PEGORARO, in molti scritti, tra i quali, di recente, *Comparación y globalización (Las categorías del derecho civil y el parasitismo metodológico de los constitucionalistas en el estudio del derecho comparado)*, in *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, a cura di L.R. González Pérez e D. Valadés, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2013, 265 ss.; AA.VV., *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane. Casi e materiali*, a cura di M. Carducci e P. Riberi, Giappichelli, Torino 2014, ed *ivi*, part., il saggio introduttivo di M. CARDUCCI, *La tridimensionalità delle integrazioni regionali tra America latina ed Europa. Casi e problemi*, 5 ss. Altri riferimenti in R. IBRIDO, *L’interpretazione evolutiva e il matrimonio omosessuale. Il caso spagnolo*, in www.forumcostituzionale.it, 8 aprile 2014, spec. al § 5.

Il problema, semmai, si sposta al piano delle tecniche in applicazione delle quali la comparazione può essere fatta a modo e con profitto; ma questa è una generale questione, ad oggi assai dibattuta e nondimeno, a mia opinione, non ancora soddisfacentemente risolta, che si porta molto oltre l’*hortus conclusus* entro il quale è tenuta a stare la riflessione che si va ora facendo.

²² Contro l’immagine di una “Costituzione-totale” mi sono già dichiarato in altri luoghi (e, tra questi, *CEDU, diritto “eurounitario” e diritto interno*, cit., spec. al § 4), dai quali possono, se si vuole, aversi maggiori ragguagli.

“dialogo” tra le Corti a presentarsi – mi è venuto di dire altrove²³ – quale una “intercostituzione” che vede nel costante ed ininterrotto confronto con le Carte di origine esterna non già una penalizzazione del suo antico primato bensì una risorsa preziosa alla quale dar fondo al fine del proprio incessante rinnovamento semantico, da spendere al meglio nei casi della vita in vista dell’ottimale appagamento degli stessi principi costituzionali, e segnatamente di quelli di libertà ed eguaglianza: la coppia assiologica fondamentale nella quale si specchia la dignità della persona umana, quale autentico *Grundwert* dell’ordinamento, anche nelle sue proiezioni al piano delle relazioni interordinamentali.

Il confronto tra le tutele assicurate da questa o quella Carta (Costituzione inclusa) e da questo o quell’ordinamento è *condicio sine qua non* al fine di stabilire dove si situi quella più intensa garanzia dei diritti, di cui poc’anzi si diceva: un accertamento, questo, imposto dai principi di libertà ed eguaglianza, nel loro fare “sistema” col principio di apertura suddetto e coi principi costituzionali restanti, in vista del loro ottimale appagamento.

Tutto ciò richiede – com’è chiaro – una disponibilità all’ascolto, a dismettere l’antica vocazione alla chiusura in se stessi, senza alcun preorientamento in un senso o nell’altro. E richiede pertanto di rifuggire da irrigidimenti sterili, il più delle volte inadeguati alla complessità dei casi, col grumo di interessi contrapposti che ne costituiscono la cifra identificante, la più genuinamente espressiva. Una complessità che il più delle volte sollecita ad adottare soluzioni, per quanto possibile, “morbide” ed aperte a plurimi svolgimenti, nell’affannosa e non di rado sofferta ricerca di equilibri tra i valori evocati in campo suscettibili di acquisire a sé i più larghi e condivisi consensi, in ambito interno così come al piano delle relazioni internazionali e sovranazionali.

Il diritto di famiglia – come si tenterà ora di mostrare con esempi – costituisce un terreno particolarmente fertile per la verifica della bontà di quest’esito teorico.

5. I mobili confini del “diritto di famiglia”, l’esame di talune questioni che ad esso fanno capo, gli orientamenti al riguardo manifestati dalla giurisprudenza europea, complessivamente ispirati a cautela e rispetto nei riguardi delle tradizioni costituzionali nazionali

Il diritto di famiglia – come si accennava all’inizio di questa riflessione – è una sorta di “contenitore” dentro il quale stanno molte cose, anche non poco diverse tra loro. I confini di questo campo materiale sono, in realtà, mobili ed evanescenti, suscettibili di espandersi a dismisura, dal momento che molti rapporti intersoggettivi, che di per sé si dispongono e svolgono in campi diversi da quello della “famiglia” strettamente intesa, possono produrre effetti rilevanti altresì per quest’ultima. È poi pur vero che la soluzione a certe questioni può variare a seconda dell’angolo visuale da cui ad esse si guarda, dal momento che, riviste *dal punto di vista della famiglia*, esse possono assumere una certa configurazione piuttosto che un’altra (si pensi, ad es., al condizionamento esercitato dalle esigenze facenti capo alla famiglia in ordine alla definizione di questioni relative a rapporti di lavoro o a vicende penalmente rilevanti, secondo quanto si avrà modo di dire meglio a momenti con esempi).

Qui, nondimeno mi troverò costretto a tralasciare di prendere in esame molte di tali questioni, la cui considerazione pure sarebbe di grande interesse, dovendomi per ragioni di spazio contentare di fermare, con la massima rapidità, l’attenzione unicamente su alcune “schegge” di giurisprudenza, selezionate tra quelle che ai miei occhi appaiono particolarmente istruttive ai fini della ricostruzione alla quale ora si attende.

²³ Ho iniziato a discorrerne nel mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2001, 544 ss., con gli ulteriori svolgimenti dativi in più scritti, tra i quali *Il futuro dei diritti fondamentali: viaggio avventuroso nell’ignoto o ritorno al passato?*, in www.federalismi.it, 4/2013, spec. al § 6.

5.1. *La nozione di “famiglia” e la sua struttura, la loro declinazione “plurale” nella giurisprudenza della Corte EDU, cui si contrappone la definizione “singolare” datane dal giudice costituzionale, in linea di scrupolosa fedeltà alla nostra tradizione che ha nel paradigma eterosessuale il suo “nucleo duro” più genuinamente espressivo*

È opportuno iniziare dalla nozione stessa di famiglia e dalla sua struttura.

La giurisprudenza della Corte EDU ci consegna al riguardo un copioso patrimonio di giurisprudenza che presenta numerose sfaccettature e, ciò nondimeno, appare indicativo di un marcato orientamento del giudice europeo volto a prestare osservanza alle tradizioni costituzionali nazionali²⁴. Stranamente, oggi queste tradizioni sono fatte oggetto di accerchiamento ed aperte contestazioni (non tanto *ab extra* quanto) nello stesso ambito interno in cui pure hanno le loro radici, sono cresciute, si sono affermate e diffuse. Al tirar delle somme e pur nel carattere internamente composito della giurisprudenza che prende corpo fuori delle nostre mura può, infatti, dirsi che, nel complesso, alle tradizioni stesse si guarda con attenzione e rispetto.

Molto chiara in tal senso è la [decisione della Corte di Strasburgo adottata nel caso *Schalk e Kopf c. Austria* del 2010 \(ric. n. 30141/04\)](#), con la quale, a seguito di un articolato ragionamento, il giudice europeo perviene alla conclusione che la Convenzione non esclude ma neppure impone il matrimonio tra persone dello stesso sesso.

²⁴ Sulla tutela della vita familiare nella giurisprudenza europea è venuta ormai a formarsi una cospicua messe di scritti: tra i molti altri, C. RAGNI, *L'influenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sullo sviluppo del diritto dell'UE in materia di trattamento delle coppie omosessuali*, in AA.VV., *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali*, a cura di L.S. Rossi, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 233 ss.; E. CRIVELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, ESI, Napoli 2011, spec. all'ult. cap., e, della stessa, *Il diritto al matrimonio delle coppie omosessuali*, in AA.VV., *Dieci casi sui diritti in Europa*, a cura di M. Cartabia, Il Mulino, Bologna 2011, 63 ss.; M.G. CUBEDDU, *La dimensione europea del diritto della famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. Ferrando - M. Fortino - F. Ruscello, t. I, Giuffrè, Milano 2011, 83 ss. e, pure *ivi*, J. LONG, *Le fonti di origine extranazionale*, spec. 144 ss., e M. GATTUSO, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, spec. 808 ss.; G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa*, cit., spec. 147 ss.; A. SCHUSTER, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in AA.VV., *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di B. Pezzini e A. Lorenzetti, Jovene, Napoli 2011, 255 ss., spec. 274 ss.; E.C. RAFFIOTTA, *Matrimonio, famiglia e unioni tra persone dello stesso sesso: quali confini nelle decisioni della Corte di Strasburgo?*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, cit., 323 ss.; R. TORINO, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo ed italiano*, Giappichelli, Torino 2012, spec. 199 ss.; M. SEGNI, *La disciplina dell'omosessualità: Italia ed Europa a confronto*, in *Fam., pers. e success.*, 4/2012, 252 ss.; L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Il riconoscimento delle unioni same-sex nel diritto internazionale privato italiano*, Jovene, Napoli 2012, spec. 114 ss.; V. SCALISI, *“Famiglia” e “famiglie” in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013, 7 ss.; M.C. VITUCCI, *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2/2013, 481 ss. e, della stessa, *amplius*, già, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Jovene, Napoli 2012; E. FALLETTI, *Il riconoscimento del figlio naturale dopo la riforma*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna 2013, 48 ss.; F. MANNELLA, *I “diritti” delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, spec. al cap. II; M.M. WINKLER, *Le coppie dello stesso sesso tra vita privata e familiare nella giurisprudenza di Strasburgo*, in AA.VV., *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, a cura di R. Torino, Roma Tre-Press, Roma, 2013, 75 ss.; A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Plus, Pisa 2013, 19 ss.; L. POLI, *Adozione co-parentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali, con uno sguardo miope rispetto all'interesse superiore del minore*, in *Giur. it.*, 8-9/2013, 1764 ss.; R. PALLADINO, *Adozione e coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.federalismi.it, Human Rights, 3/2013; R. CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Pol. dir.*, 1-2/2013, 127 ss., e, dello stesso, *I giudici e il biodiritto*, cit., spec. alla parte VI (ma *passim*), e *La Cedu e le unioni civili negate alle coppie omosessuali. Osservazioni a primissima lettura su Corte dir. uomo, Grande Camera 7 novembre 2013, Vallianatos e altri c. Grecia, ric. n. 29381/09 32684/09*, in <http://www.magistraturademocratica.it>, *Quest. giust.*, 18 novembre 2013; L. CONTE, *Nota a Corte EDU, Vallianatos e altri c. Grecia*, in www.articolo29.it, 5 dicembre 2013; AA.VV., *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, a cura di D. Gallo - L. Paladini - P. Pustorino, Springer, Berlin 2014; A. D'ALOIA, *El matrimonio entre las personas del mismo sexo: ¿Una irresistible escalada constitucional?*, in *Anuario italo-iberoamericano di diritto costituzionale*, 2014, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, 79 ss.; S. MATTEINI CHIARI, *Il minore nel processo*, Giuffrè, Milano 2014, spec. la prima parte.

Diversa è, invece, la condizione delle coppie che aspirano alla registrazione della propria unione di fatto. In [Vallianatos ed altri c. Grecia \(Grande Camera, 7 novembre 2013, ric. n. 29381/09 e 32684/09\)](#), la Corte EDU, per un verso, tiene distinta la condizione di tali unioni rispetto a quella della famiglia fondata sul matrimonio; per un altro verso, però, riconosce la discriminazione in base all'orientamento sessuale dovuta al divieto di accesso alle unioni civili registrate stabilito in Grecia per le coppie composte da persone dello stesso sesso.

Decisivo, ad ogni buon conto, appare essere, una volta di più, il consenso.

Si metta a rapido confronto l'indicazione data a Strasburgo in ordine alla struttura del matrimonio con quella risultante dalla nota [sent. n. 138 del 2010](#) della nostra Corte, a riprova di quel diverso modo di essere, in struttura e funzione, della Carta EDU e della Costituzione, di cui si diceva sin dall'inizio di questa riflessione e si dirà ancora meglio a breve. Una pronunzia, quest'ultima, fatta oggetto – come si sa – di plurimi e divergenti commenti, in occasione della cui formulazione molti autori non sono riusciti a rifuggire dalla tentazione di far pesare sulla bilancia i propri preorientati giudizi, in un senso o nell'altro. Purtroppo, il linguaggio costituzionale, con la sua strutturale apertura (e, in più punti, vera e propria concettuale vaghezza), si presta a farsi docilmente piegare da chi confonde le indicazioni della Carta coi propri desideri e la propria visione del mondo. E così che, venendo al caso nostro, non pochi autori si sono dichiarati dell'idea che, a giudizio della Consulta, nulla si opporrebbe a che il matrimonio tra omosessuali, ad oggi escluso dal codice civile e dalla legislazione in genere, possa un domani essere introdotto anche per le vie comuni²⁵. Si tratta, nondimeno, di una lettura della sentenza che fa luogo ad una sua vistosa manipolazione. Può infatti anche non piacere ciò che in essa sta scritto, così come a molti non piace; e, però, la Corte è, in realtà, ferma nel dichiarare che la nostra tradizione costituzionale, al pari di quella invalsa in altri Paesi, impone l'osservanza del paradigma eterosessuale a coloro che aspirano al matrimonio.

Sul punto non possono aversi dubbi o esitazioni: la tradizione è questa, e solo questa. Che poi essa non solo non escluda ma anzi implichi che anche le coppie non coniugate, *siano o no dello stesso sesso*, debbano essere come si conviene protette è parimenti fuor di dubbio. Si tratta nondimeno – chiarisce la Corte – di formazioni sociali che hanno in luoghi diversi da quello descritto nell'art. 29 (e, segnatamente, nell'art. 2) il fondamento della loro salvaguardia.

In fin dei conti, sul punto non c'è – è questo che ci viene detto a Strasburgo – una tradizione europea; ci sono solo le tradizioni nazionali, varie e tutte comunque bisognose di essere preservate. D'altro canto, il giudice europeo questo concetto lo ribadisce in numerose altre occasioni, come ad es. a riguardo della rettificazione dello stato civile conseguente al mutamento di sesso di uno dei coniugi e dei suoi effetti sul vincolo matrimoniale²⁶.

²⁵ La tesi trovasi ripetuta anche in certa giurisprudenza (così, ancora di recente, in una ordinanza della Cassazione cui di qui ad un momento si farà richiamo). In dottrina, tra i molti che ne hanno discorso, A. PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in AA.VV., *Studi in onore di F. Modugno*, III, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 2719 ss. e R. ROMBOLI, *Il diritto "consentito" al matrimonio ed il diritto "garantito" alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice "troppo" e "troppo poco"*, in *Giur. cost.*, 2/2010, 1629 ss., e, dello stesso, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali nell'esperienza italiana*, in AA.VV., *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, a cura di G. Vidal Marcílio Pompeu - F. Facury Scaff, Conceito Ed., Florianópolis 2012, 103 ss. Spunti di vario segno nei contributi che sono in AA.VV., *La «società naturale» e i suoi "nemici". Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, a cura di R. Bin - G. Brunelli - A. Guazzarotti - A. Pugiotto - P. Veronesi, e-book, Giappichelli, Torino 2010, e in AA.VV., *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010*, cit. Infine, A. SPERTI, *Omosessualità e diritti*, cit., spec. 145 ss.

²⁶ In [H. c. Finlandia \(Corte EDU, IV sez., 13 novembre 2012, ric. n. 37359/09\)](#), il giudice europeo giudica non discriminatoria e fa pertanto salva la normativa finlandese che dà modo di convertire il matrimonio in unione civile registrata (*civil partnership*) unicamente a condizione che sussista il consenso dell'altro coniuge. Da noi, come si sa, a seguito della rettificazione, il matrimonio è considerato automaticamente sciolto; su siffatto automatismo pende tuttavia una questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Cassazione, I sez. civ., 14329/13 (su di essa, le note di S. TALINI, *Il mutamento di sesso impone lo scioglimento del vincolo matrimoniale? La questione in una recente ordinanza di rimessione della Corte di cassazione*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](#), Osservatorio, giugno 2013, e A. D'ALOIA, *Il "divorzio obbligato" del transessuale è incostituzionale?*, in *Quad. cost.*, 1/2014, 149 ss., che fa opportunamente notare come pur dopo l'eventuale accoglimento della questione non per ciò se ne avrebbe il

Poi, può farsi (come s'è fatta) questione circa la possibilità di innovare alla tradizione nazionale con le forme costituzionali²⁷; non è, nondimeno, di questo che dobbiamo ora nuovamente discorrere. Semmai, ci si può chiedere quali scenari potrebbero anche da noi prefigurarsi per il caso che il consenso sulla struttura del matrimonio (nel senso del suo *obbligatorio* riconoscimento anche quale unione omosessuale legalizzata ed a tutti gli effetti equiparata a quella eterosessuale) dovesse un domani formarsi ed essere di conseguenza riconosciuto dalla Corte europea. La “razionalizzazione” convenzionale di un modello aperto a tutto campo quali effetti potrebbe produrre in ambito nazionale? Ci si può immaginare, *in questo diverso contesto (ma solo in esso)*, l'esistenza di un vero e proprio obbligo di introduzione con legge comune del matrimonio tra persone dello stesso sesso? Detto altrimenti: *la rigenerazione semantica della Convenzione per effetto del consenso può comportare una flessibilizzazione della Costituzione, assoggettandola a letture diverse da quella ad oggi fatta propria dal giudice delle leggi?*

Qui è il fuoco della questione oggi dibattuta. Ci si deve infatti chiedere se sia sufficiente una pronuncia del giudice europeo discosta dal suo attuale indirizzo e sorretta da un consenso altrove formatosi e divergente dalla nostra tradizione per dare “copertura” ad una eventuale legge contraria alla tradizione stessa ed alla Costituzione che fa ad essa rinvio. A stare all'inquadramento tra le fonti disegnato dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalle sentenze del 2007, non dovrebbero esservi dubbi a riguardo del fatto che si sarebbe qui in presenza di uno di quei casi, pure dalla stessa giurisprudenza considerato come remoto, di contrasto tra Convenzione e Costituzione che non potrebbe che risolversi a vantaggio di quest'ultima²⁸. In siffatto inquadramento, per ragioni che non

riconoscimento del matrimonio tra persone dello stesso sesso). Sulla condizione giuridica dei transessuali, v., part., A. LORENZETTI, *Diritto in “transito”. La condizione giuridica delle persone transessuali*, F. Angeli, Milano 2013; quanto ai soggetti dal sesso indefinito, ora, A. D'ALOIA, *Il “terzo” sesso*, in www.confrontocostituzionali.it, 28 aprile 2014.

²⁷ Su ciò, v., part., A. MORRONE, *sub art. 2*, in *Codice della famiglia*, a cura di M. Sesta, I. Giuffrè, Milano 2009, 34 ss.; F. DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla “aspirazione” al matrimonio al “diritto” alla convivenza*, in www.rivistaaic.it, 00/2010, ult. §; A. SPADARO, *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolubile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, Comunicaz. al convegno del “Gruppo di Pisa” su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Catania 7-8 giugno 2013, a cura di F. Giuffrè - I. Nicotra, i cui *Atti* sono in corso di stampa per i tipi della Editoriale Scientifica di Napoli, nonché in www.gruppodipisa.it, settembre 2013; pure *ivi* possono, volendo, vedersi il mio “*Strane” idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale*, e, ancora, G. RAZZANO, *Matrimonio, famiglia, omosessualità. Brevi considerazioni e qualche spunto dal diritto romano*, e S. TROILO, *La nozione di famiglia tra regole costituzionali e status personali*. Ulteriori ragguagli sul punto, nel mio *Il diritto al matrimonio e l'idea costituzionale di “famiglia”*, in *Nuove aut.*, 1/2012, 43 ss.

²⁸ Si può poi discutere, come invero si è discusso, circa la tecnica adeguata alla riaffermazione del primato della Carta costituzionale sulle altre Carte (e, segnatamente, appunto sulla CEDU): se, cioè, debba farsi luogo ad una pronuncia caducatoria, nelle forme e con gli effetti usuali, della legge di esecuzione della Convenzione “*nella parte in cui...*” ovvero se – come a me pare – si possa, puramente e semplicemente, dichiarare in una congiuntura siffatta l'inidoneità della fonte internazionale ad integrare il parametro costituzionale, di cui all'art. 117, I c., in buona sostanza facendone disapplicazione nel singolo caso. Non è, nondimeno, senza significato il fatto che, a partire dalla [sent. n. 311 del 2009](#), il nostro giudice delle leggi si sia ben guardato dall'optare – come aveva in precedenza fatto – per il primo corno dell'alternativa, esprimendosi invece in termini alquanto laconici e sibillini, tali invero da far pensare che sia piuttosto il secondo corno a riscuotere i maggiori consensi in seno alla Consulta.

La soluzione *soft*, qui nuovamente patrocinata, presenta infatti l'inegabile vantaggio di mantenere integra, ancorché recessiva per un caso dato, la norma convenzionale, buona dunque a poter essere nuovamente fatta valere in un caso diverso, senza essere perciò espunta una volta per tutte dall'ordinamento. Ho poi più volte rimarcato (e profitto dell'opportunità oggi offertami per farlo ancora una volta) che, per una consuetudine ormai saldamente radicata e non contestata da alcuno, a seguito e per effetto delle declaratorie d'incostituzionalità viene a cadere sia la *norma* specificamente acclarata come incostituzionale e sia pure la *disposizione* che quella norma esprime, dalla quale dunque si ritiene che non possano estrarsi norme diverse dalla prima. Viene cioè a parificarsi (a mia opinione, indebitamente) l'effetto di annullamento a quello di abrogazione (segnatamente, di abrogazione nominata), la disposizione considerandosi ormai sradicata dal terreno dell'ordinamento e perciò inservibile in qualunque sede istituzionale ed esperienza di vita in cui possa farsi questione del suo possibile utilizzo (ma traendone norme diverse da quella caducata dalla Corte). Non oso, in conclusione, immaginare quale scenario possa mai configurarsi per il caso, ancorché remotissimo, che la Consulta dovesse accertare l'incompatibilità di norma convenzionale rispetto alla Costituzione, per il caso che quest'ultima si consideri soggetta al sindacato di costituzionalità nelle sue forme usuali.

possono essere ora nuovamente riprese, non mi sono mai riconosciuto e confesso, anzi, che col passare del tempo vado sempre di più discostandomi dall'ordine metodico-teorico fatto proprio dalla Consulta. Ciò nondimeno, con riguardo alla specifica questione ora in esame (e prescindendo adesso dalla circostanza per cui l'ipotesi del conflitto parrebbe anche a me essere di assai improbabile riscontro), dubito che il conflitto stesso possa risolversi a beneficio della Convenzione. Senza che se ne possa ora dire con la dovuta estensione, mi limito infatti solo a rilevare che le consuetudini di rilievo costituzionale (specie se millenarie...) non si "abrogano" a colpi di sentenze e di leggi che ad esse si ispirino (tanto più se comuni...). La stessa ipotesi della revisione costituzionale, di certo in via di principio prospettabile, al fine di non risultare essa pure viziata da palese astrattismo e per avere un minimo di fondamento, dovrebbe risultare sorretta da una nuova, profondamente radicata, tradizione nel senso della destrutturazione del rigido paradigma eterosessuale, sostituito da altro aperto a plurimi modelli di famiglia (anche tra persone dello stesso sesso, dunque). Insomma, l'innovazione costituzionale richiede – a me pare – di essere preceduta da (e di poggiare su) un "consenso" interno diffuso (una vera e propria consuetudine di vita sociale) nel senso della declinazione "plurale" del modello di famiglia e di matrimonio. L'intrinseca ragionevolezza della nuova disciplina costituzionale, qui immaginata, una volta di più rimanda infatti, a un tempo, a fatti e a valori, ad un modello culturale e ad un assetto delle relazioni intersoggettive complessivamente diversi da quelli ancora oggi esistenti in seno alla società e ad una parimenti, conseguentemente, diversa composizione dei valori costituzionali, suscettibili di dar vita ad un loro mutuo bilanciamento dagli esiti ricostruttivi discosti da quelli cui è pervenuto il giudice delle leggi con la [sent. n. 138 del 2010](#).

Come che sia di ciò, per ciò che ora maggiormente importa, una cosa è certa; ed è data dalla conferma venuta dal giudice europeo di un modello internamente articolato di "famiglia", comunque rispettoso – come si diceva – delle tradizioni nazionali. Con il che l'eventualità dell'antinomia tra Convenzione e Costituzione (e normativa sottostante) risulta – *perlomeno al presente* – in radice scongiurata.

5.2. Adozione, affido, procreazione medicalmente assistita, eguaglianza tra figli legittimi e figli naturali: la Corte EDU ribadisce il primato delle tradizioni nazionali

Analoga disponibilità e vera e propria deferenza nei riguardi delle tradizioni nazionali è dal giudice europeo manifestata anche per ciò che concerne l'adozione da parte di soggetti omosessuali, pur nel quadro di un più articolato ragionamento rispetto a quello fatto con riguardo al diritto alle nozze.

In *Fretté c. Francia* (26 febbraio 2002, ric. n. 36515/97), la Corte EDU nega che si abbia violazione della Convenzione ad opera della legislazione francese che esclude l'adozione da parte del *single* omosessuale, mentre l'ammette per il *single* non omosessuale, ancora una volta appellandosi alla mancanza del consenso, nonché alle divisioni riscontrabili in seno alla comunità scientifica a riguardo dei possibili effetti negativi a carico del minore²⁹.

Anche in *Gas e Dubois* (15 marzo 2012, ric. n. 25951/07), il diniego opposto dalle autorità nazionali all'adozione del figlio della *partner* dello stesso sesso e motivato con riguardo al preminente interesse del minore è considerato non offensivo della Convenzione che non prevede espressamente la facoltà di adozione per le coppie non coniugate.

In *X ed altri c. Austria* (Grande Camera, 19 gennaio 2013, ric. n. 19010/07), una volta di più il giudice di Strasburgo ribadisce che la Convenzione non fa obbligo agli Stati di riconoscere il diritto di adozione del figlio del *partner*; ammette, nondimeno, la violazione della Convenzione stessa per l'aspetto della discriminazione tra coppie eterosessuali e coppie omosessuali.

²⁹ Non è inopportuno rammentare che la nostra legislazione dà modo anche al *single* di adottare ma solo in casi eccezionali e, comunque, pur sempre a salvaguardia del superiore interesse del minore (li si può vedere richiamati, di recente, da B. LIBERALI, *L'adozione dei single e delle coppie omosessuali*, comunicaz. al Convegno su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., in www.gruppodipisa.it, § 1.1).

Diverso, e non meritevole di indebito accostamento alla condizione in cui versano adottanti ed adottati, è il caso che si ha con riguardo all'affido di minore a soggetti omosessuali, secondo quanto è peraltro avvalorato dall'orientamento tenuto da alcuni giudici nazionali che hanno opportunamente distinto l'affido dall'adozione, dando modo a coppie di omosessuali di essere destinatarie del primo, pur perdurando il divieto di accesso alla seconda³⁰.

Non mancano nondimeno, in relazione ad altre questioni, le oscillazioni, anche ampie e vistose, del giudice europeo, con una maggiore propensione della Grande Camera a dare rappresentazioni della Convenzione tali da rendere testimonianza della sua strutturale flessibilità rispetto a quelle date dalle singole Camere, in sede di primo giudizio³¹.

Ad es., in *S.H. ed altri c. Austria*, in tema di accesso alla fecondazione di tipo eterologo, la Grande Camera capovolge nel 2011 il verdetto della Camera dell'anno precedente, escludendo la violazione della Convenzione da parte della legislazione nazionale preclusiva della fecondazione stessa, ancora una volta per assenza di consenso e facendo pertanto salvo il margine di apprezzamento degli Stati. In *Costa e Pavan c. Italia* (28 agosto 2012, ric. n. 54270/10), in fatto di diagnosi preimpianto, viene invece riconosciuta la violazione della Convenzione. Non è senza significato la circostanza per cui il nostro giudice costituzionale, dopo una prima decisione interlocutoria adottata nel 2012, [la n. 150](#)³², con la quale ha restituito gli atti alle autorità emittenti per una nuova valutazione della rilevanza a seguito del "fatto" nuovo costituito dal sopravvenire della prima pronuncia del giudice europeo³³, si

³⁰ Alcune recenti vicende che hanno da noi destato un certo interesse possono vedersi illustrate in R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, cit., 119 ss.; in argomento, inoltre, volendo, la mia nota dal titolo *Noterelle in tema di affido di minori a coppie di omosessuali*, in [www.diritticomparati.it](#), 18 dicembre 2013, e in [Consulta OnLine](#), 18 dicembre 2013.

Il preminente interesse del minore sta poi a base della soluzione apprestata per alcuni casi di affido particolarmente delicati, come in *Zaunegger c. Germania* (V Sez., 3 dicembre 2009, ric. n. 22028/04) o *Sporer c. Austria* (3 febbraio 2011, ric. n. 35637/03), nei quali è stata accertata l'illegittima discriminazione operata a danno del genitore di figlio nato fuori del matrimonio e dato in affido alla sola madre.

Particolarmente complesse e meritevoli di analisi caso per caso sono poi le vicende riguardanti le sottrazioni internazionali dei minori (su di che, M. DISTEFANO, *Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori*, Cedam, Padova 2012), in merito alle quali anche la Corte EDU ha avuto modo di pronunciarsi (specie con *Neulinger*) fissando dei punti di diritto quindi ripresi dalla successiva giurisprudenza, nella quale si dà conferma delle varietà delle forme di cui può rivestirsi il principio del preminente interesse del minore e delle sue possibili combinazioni con l'interesse genitoriale (su ciò, part., R. CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 127 ss.).

³¹ Sono molti i campi materiali nei quali si ha riscontro di questa tendenza (un caso che, come si rammenterà, ha fatto molto discutere è quello della esposizione del crocifisso nelle scuole, in occasione della definizione del quale la Grande Camera ha temperato il rigore del precedente verdetto della Camera, rimettendosi una volta di più all'apprezzamento discrezionale dei legislatori nazionali: v., infatti, 18 marzo 2011, ric. n. 30814/06, *Lautsi e altri c. Italia*).

³² La decisione è stata ampiamente annotata: tra gli altri, v. G. REPETTO, *Ancora sull'ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale: alcune ragioni per fare di necessità virtù*, in [www.diritticomparati.it](#), 25 giugno 2012; E. MALFATTI, *Un nuovo (incerto?) passo nel cammino "convenzionale" della Corte*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 29 giugno 2012; pure *ivi*, A. MORRONE, *Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale*, 19 luglio 2012; V. MAGRINI, *La scelta della restituzione degli atti nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 150/2012*, in [www.rivistaaic.it](#), 3/2012; pure *ivi*, I. PELLIZZONE, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale*, e B. LIBERALI, *La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*. Inoltre, R. ROMBOLI, *Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come ius superveniens e la sua incidenza sulla riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa*, in [Consulta OnLine](#), 26 febbraio 2013 e, pure *ivi*, S. AGOSTA, *La Consulta nel gioco di specchi riflessi tra Corti sopranazionali e giudici comuni (in tema di protezione giuridica della vita nascente)*, 23 luglio 2012, nonché, volendo, anche il mio *La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)*, 12 giugno 2012; R. CONTI, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, cit., 253 ss.

³³ In realtà, più che di un "fatto" si è trattato di un atto, quello della Corte europea, trattato dalla nostra Corte come meritevole di assimilazione, al piano degli effetti, allo *ius superveniens*, sì da giustificarsi appunto il nuovo interpellato dei giudici a *quibus* (così, già, nella mia *op. ult. cit.*).

sia da ultimo orientato (con una decisione di quest'anno, la cui pubblicazione ad oggi non si è ancora avuta e che ha, nondimeno, già fatto molto discutere giuristi e non) nel senso della illegittimità costituzionale della legge 40 nella parte in cui non acconsente alla procreazione eterologa neppure in caso di assoluta infertilità della coppia, facendosi pertanto interprete di un "consenso" volto all'apertura di una disciplina legislativa fin troppo rigida ed afflitta da non poche contraddizioni (peraltro, come si sa, dalla stessa Corte già rilevate), rendendola pertanto maggiormente flessibile, in linea con un orientamento che, come si è già avuto modo di precisare e si tenterà di dire ancora meglio a breve, va sempre di più affermandosi nei campi più varî di esperienza.

Anche in materia di trattamento riservato ai figli, persino davanti alle più odiose discriminazioni, quali quelle fondate sullo *status*, rispettivamente, di figlio legittimo ovvero di figlio naturale, la Corte di Strasburgo, pur optando per l'eguaglianza del trattamento stesso (già in *Marckx c. Belgio* del 1979, ric. n. 6833/74), non esclude che *weighty reasons* possano giustificare una disciplina differenziata (ad es., in *Mazurek c. Francia* del 2000, ric. n. 34406/97, e *Genovese c. Malta* del 2011, ric. n. 53124/09)³⁴. Ancora una volta, non coincidente si dimostra essere l'atteggiamento delle autorità nazionali, secondo quanto è da ultimo testimoniato dalla piena eguaglianza di condizione dei figli, anche da noi – come si sa – finalmente raggiunta. Non è, nondimeno, inopportuno rilevare come l'eguaglianza stessa sembri piuttosto essere (purtroppo...) esclusa dall'art. 30 della Costituzione che – come si è fatto, ancora di recente, notare da una sensibile dottrina³⁵ – ha costituito oggetto da parte del legislatore non già di una lettura *evolutiva* bensì di una vera e propria *violazione* (che, poi, il nuovo regime paritario fosse universalmente gradito e ansiosamente atteso è un altro discorso; solo che la sua introduzione avrebbe richiesto il ricorso alle procedure a ciò stabilite nell'art. 138 della stessa Carta, peraltro nella circostanza suscettibili di essere agevolmente messe in pratica, a motivo dei larghi consensi registratisi sul punto in seno alle forze politiche).

5.3. Segue: *Una questione spinosa, ad oggi in attesa di una soluzione complessivamente appagante, ovvero sia la fecondazione involontariamente eterologa per scambio di provette: di chi il figlio?*³⁶

La fecondazione medicalmente assistita, al pari di altre opportunità d'intervento nel corpo umano rese possibili grazie allo sviluppo scientifico e tecnologico, pone un mucchio di questioni ad oggi insoddisfacentemente (o, comunque, problematicamente) risolte, cui qui non è possibile riservare neppure un cenno³⁷. Ne dà emblematica testimonianza il caso, che ha fatto molto scalpore, dello scambio di provette verificatosi pochi mesi addietro e che ha portato all'innesto di ovuli fecondati nell'utero della madre "sbagliata". Qui, dunque, non è questione di ricorso alla fecondazione eterologa per fatto volontario (la qual cosa, nondimeno, dà ugualmente luogo a non pochi problemi, di ordine giuridico e non), non è cioè in gioco l'autodeterminazione dei soggetti coinvolti nel fatto

³⁴ Su queste ed altre esperienze nelle quali è in gioco il principio di non discriminazione, rimando nuovamente, per tutti, alla monografia di G.P. DOLSO, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., nonché a S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Giappichelli, Torino 2012. Utili indicazioni anche in L. LORELLO, *Ordine giuridico globale e ruolo dello stato*, in AA.VV., *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, cit., spec. 195 ss., con specifico riguardo al noto caso *Muñoz Díaz c. Spagna*.

³⁵ E. LAMARQUE, *Relazione di sintesi del Gruppo di lavoro su Famiglia e filiazione*, in *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., in www.gruppodipisa.it, spec. al § 4, che ha, non molto tempo addietro, finemente argomentato la tesi evocata nel testo, a favore della quale anch'io ho già avuto modo di dichiararmi [in *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 4/2007, 761 s.].

³⁶ Ho anticipato la pubblicazione in estratto di questo paragrafo in www.confronticostituzionali.eu, 5 maggio 2014. Sono particolarmente grato a R. Conti, C. Salazar e O. Pollicino per la disponibilità generosamente manifestatami a discutere un caso che ci ha tutti molto coinvolto, ferma restando l'avvertenza che nessuna responsabilità è ad essi imputabile per il modo con cui sono qui rappresentate, in termini fortemente dubitativi, alcune sue possibili soluzioni.

³⁷ ... e per le quali rimando, tra i molti scritti recentemente apparsi, all'accurato studio di S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012.

riproduttivo, dal momento che si è puramente e semplicemente in presenza di un errore. Che fare, allora, nel caso che entrambe le coppie dovessero rivendicare i bimbi venuti al mondo? E, ancora, qual è, nella circostanza, il preminente interesse dei minori, ammesso che resti pur sempre questo il punto primario di riferimento per la definizione del caso? Ho appreso da notizie di stampa che, a parere di alcuni psicologi, sarebbe sconsigliabile l'ipotesi, pure ventilata (ma giuridicamente impraticabile), di una sorta di affido condiviso, il quale – a tacer d'altro – creerebbe problemi d'identità in capo ai minori dagli imprevedibili, negativi effetti. Non mi riconosco alcuna competenza per discutere questa tesi, che nondimeno a prima impressione non mi persuade del tutto, così come mi sfugge la ragione per cui non possa adattarsi al caso nostro la soluzione anni addietro sperimentata a Mazara del Vallo, allorquando sempre per sbaglio si ebbe uno scambio di figli che, una volta riportati con la necessaria gradualità presso le famiglie naturali, sono riusciti ad intrattenere continui e stabili contatti coi “genitori” da cui erano stati inizialmente allevati, grazie ovviamente alla sensibile e fattiva cooperazione di questi ultimi³⁸.

Il vero è che, laddove quest'*animus* di mutua cooperazione dovesse fare difetto e si renda dunque obbligata la via di una scelta esclusivizzante, secondo diritto vigente non sembra esservi alternativa al riconoscimento quale madre legale a tutti gli effetti della donna che porta a termine la gestazione, senza la quale i bimbi non sarebbero mai venuti alla luce³⁹. Una soluzione che – a quanto pare – non è ben vista da alcuni psicologi, che patrocinano di contro l'attribuzione ai genitori “biologici”: genitori, tuttavia, che tali sono unicamente nei riguardi dell'embrione, non pure dei figli⁴⁰, i quali vengono a formazione e diventano pertanto ciò che sono per effetto della gestazione, sì da non risultare a conti fatti improprio che si discorra di due madri ugualmente “naturali”, ancorchè in modi complessivamente diversi.

Ora, ammesso pure (ma non concesso) che questa sia davvero la soluzione preferibile (o, diciamo, la meno traumatica) nel superiore interesse della prole, come vi si potrebbe pervenire? La soluzione più piana – com'è chiaro – richiede una esplicita previsione legislativa in tal senso, che nondimeno, qualora dovesse un domani aversi, consiglieri che si presentasse in forma “aperta”, contemplandosi cioè la eventualità di siffatto transito della prole dall'una all'altra madre (ed al relativo *partner*) ma non imponendola, vale a dire rimettendo agli stessi soggetti protagonisti di siffatte dolorose vicende la decisione, laddove possa aversi in modo concordato, ovvero, in caso di conflitto, al giudice, al quale dovrebbe in ogni caso restare riservato l'apprezzamento finale della bontà della decisione stessa, in specie sotto l'aspetto della sua rispondenza al preminente interesse del minore (nulla, infatti, esclude che la coppia destinataria della prole possa risultare inidonea a farsene cura, secondo quanto è in generale proprio di molte vicende di diritto familiare). In attesa dell'intervento del legislatore, nulla esclude che sia proprio il giudice a prendere l'iniziativa volta a far dichiarare la legge 40 sul punto incostituzionale nella parte in cui non prevede la norma-principio sopra enunciata⁴¹.

Al di là del passaggio normativo suddetto – prenda, o no, corpo a mezzo di un'addizione ad opera del legislatore ovvero del giudice costituzionale –, quali altri esiti sono astrattamente immaginabili?

Confesso di avere in un primo momento pensato all'ipotesi che la gestante possa dichiarare al momento della nascita di non voler tenere presso di sé la prole, la quale pertanto, in un successivo momento, potrebbe esser data in adozione ai genitori biologici (sempre che – beninteso – ritenuti in

³⁸ Non va nondimeno trascurata la differenza di fondo che si dà tra uno scambio di bambini venuti alla luce e quello di embrioni.

³⁹ Per quel che può valere, non è priva d'interesse la circostanza per cui anche la Corte dell'Unione, adita in via pregiudiziale dall'Employment Tribunal di Newcastle upon Tyne (Regno Unito), in una sua recente pronuncia (Grande Camera, 18 marzo 2014, in causa C-267/12, *C.D. c. S.T.*), riferita ad una peculiare vicenda, non abbia considerato “madre” una lavoratrice che, in qualità di committente, abbia avuto un figlio mediante un contratto di maternità surrogata, non riconoscendole pertanto il diritto al congedo di maternità, *ex art.* 8 della direttiva 92/85, malgrado la donna si fosse sin dalla nascita preso cura del bimbo, che peraltro era stato subito dato in adozione alla donna stessa ed al suo *partner*.

⁴⁰ Debbo questa notazione a R. Conti.

⁴¹ Traggo questo spunto da C. SALAZAR, *Mater semper certa? Una risposta difficile (riflettendo sul caso dello scambio di embrioni)*, in www.confronticostituzionali.eu, 5 maggio 2014.

possesto dei requisiti d' idoneità allo scopo richiesti...). E, d'altronde, che senso avrebbe imporre alla madre di tenere un bimbo non voluto, che potrebbe quindi andare soggetto a maltrattamenti e ad uno *stress* psicologico quotidiano dagli imprevedibili, gravissimi esiti, una volta che il bimbo stesso dovesse sentirsi respinto da chi invece, secondo natura, è (o, meglio, *dovrebbe* essere...) fonte di amore e sicurezza? Meglio perciò dar modo alla donna di non portare con sé il bambino. La qual cosa sembra, nondimeno, richiedere – come si diceva – una previsione legislativa in tal senso, che in atto non c'è. La legge 40 non acconsente infatti – come si sa – alla madre di dichiarare al momento del parto di non voler essere nominata ed, essendo madre a tutti gli effetti legali, in caso di abbandono della prole potrebbe esser considerata responsabile del reato di cui all'art. 591 c.p. È però pur vero che il disposto legislativo in parola presuppone il carattere volontario della sottoposizione della donna al trattamento sanitario mirante alla gravidanza, mentre nel caso nostro la fecondazione si è involontariamente commutata da omologa in eterologa per effetto del maldestro scambio delle provette.

D'altro canto, al fine di sfuggire alla sanzione prevista da tale disposto, si dovrebbe immaginare un ulteriore intervento normativo (del legislatore o, in sua vece, del giudice costituzionale) sul disposto stesso, nel senso della sua inapplicabilità al caso qui discusso. È invece del tutto lecito che il marito della partoriente chieda (ed agevolmente ottenga) il disconoscimento della paternità⁴², mentre al contempo il genitore “biologico” (nel senso sopra precisato) chieda (ed ottenga) il riconoscimento della paternità⁴³. Proprio questa potrebbe essere la premessa per un successivo passaggio della prole nella famiglia cui appartiene il padre legale, gestito con sensibilità e prudenza da parte del giudice e senza che la donna che ha partorito la prole stessa vada incontro a responsabilità alcuna.

Se, di contro, dovesse assistersi (come, a quanto pare, si ha nella vicenda che ha offerto lo spunto per queste notazioni), ad un aperto conflitto e, dunque, ad una prevedibilmente lunga e travagliata battaglia legale tra le due coppie in campo (che – non si dimentichi – potrebbe proseguire anche in ambito europeo, sfociando in un ricorso alla Corte di Strasburgo), con sicure, non lievi sofferenze dei soggetti coinvolti in questa intricata vicenda, risolutiva potrebbe essere la circostanza per cui venga nel frattempo a consolidarsi un vincolo affettivo tra i bimbi e la coppia che li alleva, al punto da dimostrarsi proprio questo il fattore decisivo, alla luce del principio del superiore interesse della prole. Confesso, nondimeno, di non trovare ancora dentro di me una persuasiva risposta agli inquietanti quesiti sopra posti.

5.4. L'intreccio tra le questioni che insistono nell'ambito specificamente proprio della famiglia e le questioni relative ad altri campi (in particolare, a quello del lavoro ed alla materia penale) e la conferma che dalle soluzioni per esse apprestate si ha della tendenza marcata della giurisprudenza europea alla flessibilizzazione delle discipline legislative

L'intreccio tra i diritti della famiglia o di suoi componenti e i diritti (e gli interessi in genere) specificamente ricadenti in campi materiali diversi da quello tipicamente proprio della famiglia stessa si vede con singolare evidenza in alcune prese di posizione della Corte dell'Unione, in particolar modo laddove la nozione di “vita familiare” viene rivista attraverso “le lenti della libera circolazione e della cittadinanza”⁴⁴.

Anche in seno all'Unione, così come s'è veduto per la giurisprudenza della Corte EDU, si danno oscillazioni e remore per ciò che concerne la nozione di “vita familiare”, che risente di spinte volte ora a farla espandere ed ora invece a contrarre, a riprova di quella flessibilità delle tutele di cui qui si viene dicendo. E così, per un verso, si è agevolato il ricongiungimento “familiare” largamente inteso,

⁴² Non può infatti farlo, in base alla legge 40, unicamente in caso di consenso prestato alla fecondazione eterologa, che però qui è in tesi insussistente.

⁴³ Anche questa ipotesi è stata prospettata da C. SALAZAR, nello scritto da ultimo cit.

⁴⁴ Così, di recente, S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale*, cit., 49.

beneficiandone anche il *partner* di cittadino di Stato membro dell'Unione stessa, sempre che la loro relazione risulti comprovata (direttiva 2004/38)⁴⁵; per un altro verso, però, si è escluso dal godimento dei diritti previdenziali spettanti ai soggetti rimasti vedovi il convivente *more uxorio*, senza che si consideri perciò operata alcuna discriminazione, come tale vietata dal diritto dell'Unione. Sul punto, si è nondimeno assistito ad una significativa evoluzione giurisprudenziale, che ha specificamente riguardato le coppie composte da persone dello stesso sesso (specie se legate da unioni registrate), con riferimento alle quali, per vero, la Corte dell'Unione, al pari peraltro di quella di Strasburgo, inizialmente si è decisamente dichiarata nel senso della diversità di *status* rispetto alle coppie coniugate⁴⁶, dando così testimonianza di nutrire “rispetto (o, addirittura, deferenza) verso le legislazioni degli Stati membri”⁴⁷. Più di recente, però, ha manifestato una significativa apertura, ammettendo che le unioni registrate abbiano ormai acquisito un rilievo analogo a quello delle unioni di persone coniugate⁴⁸.

È pur vero, tuttavia, che l'assimilazione è sempre rimasta circoscritta ai soli ambiti materiali di specifica pertinenza dell'Unione (ad es., a finalità pensionistica o di congedo dal lavoro), senza che pertanto se ne possano affrettatamente trarre conclusioni dotate di generale valenza. In ogni caso – come si è fatto notare da più autori – anche il giudice dell'Unione, al pari dell'altra Corte europea, non ha tralasciato espressamente di rimettersi agli ordinamenti nazionali per ciò che concerne la definizione della nozione di matrimonio.

Particolarmente impegnative sono, poi, le questioni che presentano risvolti penalmente rilevanti, laddove il bene protetto dalla previsione penale è sottoposto a delicate e problematiche operazioni di bilanciamento con altri beni egualmente meritevoli di tutela e riconducibili agli interessi della famiglia e dei suoi componenti.

Si pensi, ad es., ai casi in cui la Corte di Strasburgo è stata chiamata a pronunciarsi circa la conformità alla Convenzione di provvedimenti di espulsione degli stranieri condannati per reati che prevedono la sanzione della pena detentiva, in ragione della salvaguardia del bene della sicurezza collettiva⁴⁹, un'espulsione che va, nondimeno, bilanciata col diritto alla vita familiare del reo o dei suoi congiunti e, perciò, con l'aspettativa da essi nutrita al mantenimento di una stabile convivenza⁵⁰.

Si confronti al riguardo il punto di vista manifestato da [Corte cost. n. 202 del 2013](#) (spec. 5 del *cons. in dir.*, dove si fa esplicita menzione di *Cherif ed altri c. Italia*), nella quale si fa opportunamente

⁴⁵ Sulle “reticenze” invece manifestate al riguardo dai legislatori nazionali, anche per la consapevolezza dei riflessi di ordine economico legati al ricongiungimento, v., di recente, U. RONGA, *Il ricongiungimento familiare*, comunicaz. al Convegno del “Gruppo di Pisa” su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit.

⁴⁶ V., ad es., Corte giust. 17 febbraio 1998, in causa C-249/96, *L.J. Grant v. South-West Trains Ltd.*, a riguardo della riduzione dei prezzi di trasporto concesse ai coniugi dei dipendenti e non pure ai conviventi (il caso è, di recente, rammentato da R. TORINO, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali*, cit., 192 s.).

⁴⁷ Ancora, S. NINATTI, *op. ult. cit.*, 99, che richiama in tal senso Corte giust., 31 maggio 2001, in cause riunite C-122/99 e C-125/99, *P., D. e Regno di Svezia v. Consiglio dell'Unione europea* [sulla decisione, v. anche B. PEZZINI, *Matrimonio e convivenze stabili omosessuali. Resistenza del paradigma eterosessuale nel diritto comunitario e difficoltà del dialogo con le legislazioni nazionali (nonostante la Carta dei diritti)*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2001, 1519 ss. ed E. ROSSI, *Le unioni stabili registrate di fronte alla Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, 3/2001, 695 s.].

⁴⁸ V., in specie, *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, 1° aprile 2008, in causa C-267/06, *Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg*, 10 maggio 2011, in causa C-147/08 e, più ancora, *Hay c. Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres*, 12 dicembre 2013, in causa C-227/12, a riguardo della quale si è discusso di una tendenza alla “europeizzazione del diritto di famiglia”: v. V. VALENTI, *Verso l'europeizzazione del diritto nazionale di famiglia? (Brevi osservazioni a margine del caso Hay, Corte di Giustizia UE C-267/12, sent. 12 dicembre 2013)*, in www.forumcostituzionale.it, 24 febbraio 2014.

⁴⁹ V., part., Corte EDU, 7 aprile 2009, ric. n. 1860/07, *Cherif ed altri c. Italia*, e, già, Grande Camera 28 febbraio 2008, ric. n. 37201/06, *Saadi c. Italia*, e 24 febbraio 2009, n. 246/07, *Ben Khemais c. Italia*.

⁵⁰ In altri casi, invece, nei quali le aspettative che fanno capo alla famiglia ed ai suoi componenti sembrano essere di minore rilievo, la Corte EDU non esita a risolvere il bilanciamento a beneficio dell'interesse della collettività. Così, di recente, in *Öcalan c. Turquie (n° 2)*, 18 marzo 2014, ricc. nn. 24069/03, 197/04, 6201/06, 10464/07, punto 164, il giudice di Strasburgo “estime que les restrictions au droit du requérant au respect de sa vie familiale n'ont pas excédé ce qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la défense de l'ordre et de la sûreté publics et à la prévention des infractions pénales, au sens de l'article 8 § 2 de la Convention”.

notare che i casi non sono tutti eguali tra di loro⁵¹ e che piuttosto si rende necessario vagliare alcuni elementi, e segnatamente “la natura e la gravità del reato commesso dal ricorrente; la durata del soggiorno dell’interessato; il lasso di tempo trascorso dalla commissione del reato e la condotta del ricorrente durante tale periodo; la nazionalità delle diverse persone interessate; la situazione familiare del ricorrente, e segnatamente, all’occorrenza, la durata del suo matrimonio ed altri fattori che testimonino l’effettività di una vita familiare in seno alla coppia; la circostanza che il coniuge fosse a conoscenza del reato all’epoca della creazione della relazione familiare; il fatto che dal matrimonio siano nati dei figli e la loro età; le difficoltà che il coniuge o i figli rischiano di trovarsi ad affrontare in caso di espulsione; l’interesse e il benessere dei figli; la solidità dei legami sociali, culturali e familiari con il paese ospite”. La conclusione discende lineare dalle premesse poste e dai loro argomentati svolgimenti. Il giudice delle leggi conclude, dunque, nel senso che “una simile attenzione alla situazione concreta dello straniero e dei suoi congiunti, garantita dall’art. 8 della CEDU, come applicato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo, esprime un livello di tutela dei rapporti familiari equivalente, per quanto rileva nel caso in esame, alla protezione accordata alla famiglia nel nostro ordinamento costituzionale”.

La pronuncia è assai istruttiva sotto molti aspetti, per ciò che qui maggiormente importa per due.

Per un verso, come nella stessa decisione si tiene a rimarcare, si impone la necessità di guardare alle questioni coinvolgenti i diritti fondamentali in genere, quali riconosciuti sia dalla Costituzione che dalle Carte internazionali, da una prospettiva “sistemica e non frazionata”, volgendosi alla ricerca della norma o del sistema di norme in cui si situi la “massima espansione delle garanzie” offerte a tutti gli interessi in gioco, e non solo al singolo diritto la cui salvaguardia è fatta di volta in volta valere⁵².

Per un altro verso (e per logica conseguenza da siffatta premessa discendente), appare pressoché inevitabile rifuggire da soluzioni “trancianti”, rigidamente poste e considerate idonee ad essere portate a meccaniche, ripetitive applicazioni.

Il punto è molto importante e su di esso si tornerà a breve per farne oggetto di una riflessione conclusiva e di ordine generale. È nondimeno significativo che molti altri casi ancora, che hanno essi pure fatto molto discutere, avvalorino la bontà di questa indicazione teorica e sembrano pertanto potersi riportare ad una crescente tendenza, di cui si ha riscontro presso la giurisprudenza sia europea che nazionale (tanto comune quanto costituzionale), volta a rendere per quanto possibile flessibili soluzioni legislative giudicate troppo rigide e, per ciò stesso, irragionevoli, come ad es. dimostra la vicenda del cognome paterno che è, in non pochi ordinamenti, in modo esclusivo imposto⁵³. Una vicenda che offre ancora una testimonianza del ritardo culturale accusato dal nostro giudice delle leggi (nella [sent. n. 61 del 2006](#)) rispetto alle aperture al riguardo invece manifestate dal giudice europeo (in *Cusan et Fazzo c. Italia*, 7 gennaio 2014), avendo il giudice costituzionale dichiarato inammissibile la questione; un ritardo che, secondo l’augurio della più sensibile dottrina, si spera

⁵¹ Il che, tuttavia, non significa – a me pare – che essi siano *necessariamente* tutti diversi tra di loro e che, pertanto, non sia possibile che un medesimo caso si riproduca con identità di caratteri oggettivi nello spazio e nel tempo, secondo quanto propende a ritenere una pur sensibile dottrina (v., part., R. CONTI, in più scritti e, tra questi, *I giudici e il biodiritto*, cit.). D’altro canto, se casi uguali non potessero aversi, non si spiegherebbe l’efficacia generale delle pronunzie di alcuni giudici (come quelli costituzionali) né il vincolo del precedente che pure – come si sa – connota taluni sistemi giudiziari, manifestando peraltro una spiccata tendenza a diffondersi anche in sistemi, quale il nostro, nei quali il vincolo in parola si considera insussistente né, ancora prima (e soprattutto), si spiegherebbe l’efficacia generale delle leggi, naturalmente portate a valere per casi che si ripetano nel corso del tempo (con specifico riguardo alla “situazione normativa” quale oggetto del giudizio di costituzionalità, risultante da elementi oggettivi, fattuali e normativi assieme, suscettibili di ripetizione temporale, può, da ultimo, vedersi, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, Giappichelli, Torino 2014, 93 ss., e riferimenti *ivi*).

⁵² Molto importanti sono, tra le altre, sentt. nn. [236 del 2011](#), [264 del 2012](#) e, più di recente, 1, [170](#) e [202 del 2013](#).

⁵³ Quanto, poi, alla scelta del nome, indicazioni di giurisprudenza europea sono in S. STEFANELLI, *Il nome delle persone tra padri, madri, Corti e Stati*, in AA.VV., *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, a cura di L. Casseti, Jovene, Napoli 2012, 147 ss.

possa essere presto superato⁵⁴. La vicenda, nondimeno, dà, una volta di più, conferma dell'uso estremamente duttile degli strumenti decisori, sol che si ponga a confronto la questione del cognome (che, secondo la richiesta a suo tempo avanzata dal giudice *a quo*, avrebbe potuto essere definita con un'additiva di principio) con quella della salvaguardia del diritto del figlio a conoscere le proprie origini, appagato appunto a mezzo dell'additiva suddetta⁵⁵.

Alla stessa "logica" volta a rendere flessibili soluzioni normative connotate da eccessiva rigidità (e perciò, in buona sostanza, affette da irragionevolezza) si fanno riportare altri casi ancora, come quelli relativi alla perdita della patria potestà quale sanzione accessoria a condanne penali, dalla Corte di Strasburgo come pure dal giudice delle leggi giudicata irragionevole per il modo automatico del meccanismo che la fa conseguire a certi eventi.

Si rammentino, al riguardo, le pronunzie emesse dalla Corte EDU in *Sabou e Piracalb c. Romania*, del 28 settembre 2004, e *M.D. e altri c. Malta*, del 12 luglio 2012, nelle quali è rilevata la violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare, ovvero quelle della nostra Corte costituzionale, nn. [31 del 2012](#) e [7 del 2013](#), rispettivamente, in materia di alterazione e soppressione di stato del figlio minore; e, ancora, si rammenti il caso, per molti versi analogo e nondimeno ad oggi in attesa di adeguata soluzione, della perdita della potestà (oggi, "responsabilità") per aver i genitori causato delle mutilazioni agli organi genitali delle figlie minori (art. 583-bis c.p.). Una vicenda, quest'ultima, particolarmente complessa e però, proprio per ciò, meritevole, una volta di più, di essere riguardata a tutto tondo, nell'insieme degli elementi in campo e degli interessi di cui essi sono portatori, tra i quali – come di consueto – quello del preminente interesse del minore⁵⁶ che, all'esito di un congruo scrutinio fatto caso per caso, potrebbe piuttosto talora giocare per il mantenimento di una consuetudine di vita coi genitori responsabili di una pratica senza ombra di dubbio illecita, dal punto di vista della nostra cultura costituzionale, ancorché rispondente alla cultura della comunità cui i soggetti stessi appartengono⁵⁷.

⁵⁴ Ques'auspicio può vedersi nella nota di E. MALFATTI, *Dopo la sentenza europea sul cognome materno: quali possibili scenari?*, in [Consulta OnLine](#), 10 marzo 2014.

⁵⁵ [Sent. n. 278 del 2013](#), emblematicamente espressiva di fecondo "dialogo" intergiurisprudenziale: dopo (e grazie a) *Godelli* (Corte EDU 25 settembre 2012, ric. n. 33783/09), infatti, il nostro giudice delle leggi con la decisione sopra richiamata ha – come si sa – innovato al proprio precedente orientamento, di cui alla [sent. n. 425 del 2005](#), dando appagamento al diritto in parola con una pronunzia nella quale nondimeno non si trascura l'interesse del genitore, che potrebbe risultare non conciliabile col primo, se non opportunamente protetto. Ed è interessante notare come, una volta di più, la composizione degli interessi in campo secondo ragionevolezza sia operata a mezzo di una tecnica decisoria essa pure duttile, qual è l'additiva di principio, nella quale cioè si specchia e nel modo più genuino esprime quella strutturale elasticità delle Carte, di cui si è qui venuti dicendo.

L'assonanza con la soluzione apprestata in relazione al cognome dei figli è, invece, piena con riguardo all'annosa ed inquietante questione del sovraffollamento carcerario, definita con [sent. n. 279 del 2013](#); e, qui come lì, il giudice costituzionale non ha esitazione alcuna nell'ammettere che la disciplina legislativa risulta essere palesemente contraria a Costituzione e, perciò, bisognosa di essere urgentemente riformata. La decisione ora richiamata, infatti, riprende e fa proprio per filo e per segno il ragionamento fatto dalla Corte EDU in [Torreggiani ed altri c. Italia \(sent. 8 gennaio 2013, ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10\)](#) ma, diversamente da tale pronunzia, conclude per l'inammissibilità della questione, non trattenendosi tuttavia, in una significativa chiusa della decisione, dall'avvertire che, perdurando le strutturali carenze della legislazione, alla prima occasione utile il verdetto potrebbe essere capovolto e convertito in uno di accoglimento. Un modo – diciamo pure – disinvolto di mettere in campo le tecniche decisorie, giudicate evidentemente fungibili tra di loro malgrado l'identità di "situazione normativa"; e, nondimeno, la conferma della strutturale apertura delle Carte e delle opportunità che sono loro concesse per reciprocamente convergere grazie al "dialogo" intergiurisprudenziale.

⁵⁶ Nei casi di forzata separazione di una minore dai genitori responsabili delle mutilazioni ai suoi organi sessuali si ha, forse, la più emblematica conferma di quell'intreccio inestricabile che si ha tra il preminente interesse della minore stessa ed altri interessi facenti capo ai genitori o all'intera famiglia, cui si è dietro fatto cenno, richiamando un'argomentata riflessione di R. CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit.

⁵⁷ Su ciò, ora, A. RANDAZZO, *Reato di mutilazioni genitali femminili e perdita automatica della potestà genitoriale (Profili costituzionali)*, in [Consulta OnLine](#), 17 marzo 2014, e lett. *ivi*, cui adde I. RUGGIU, *La Risoluzione ONU del 2012 per l'eliminazione delle mutilazioni genitali femminili. Una lettura problematica*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 30 aprile 2014.

I rapporti tra genitori e figli, laddove si faccia questione della salvaguardia della tutela della salute dei secondi, sono nondimeno bisognosi – come qui pure si viene dicendo – di valutazione caso per caso, secondo quanto avvalorano le

6. Il “dialogo” intergiurisprudenziale e le sue più salienti implicazioni, avuto riguardo al modo di essere delle pubbliche funzioni in genere e della giurisdizione in specie, tendenzialmente portata a presentarsi quale giurisdizione per risultati, frutto di “leale cooperazione” tra le Corti

Molti altri esempi ancora potrebbero addursi ad ulteriore riprova di quanto si è venuti dicendo, che nondimeno obbligherebbero ad analisi minute ed articolate, riguardanti campi materiali di esperienza anche molto distanti tra di loro, sui quali può nondimeno aversi riscontro degli esiti teorico-ricostruttivi già raggiunti e sopra sinteticamente rappresentati. È però giunto adesso il momento di tirare le somme, alla luce delle notazioni fatte, puntando diritto al cuore della questione costituzionale, vale a dire interrogandosi circa il complessivo significato da assegnare alle linee di tendenza tracciate dalla più ricorrente e marcata giurisprudenza, sia europea che nazionale (ma soprattutto, appunto, la prima), per ciò che attiene alla struttura e funzione della Costituzione nel suo porsi davanti alle altre Carte e di queste nel loro stare davanti a quella.

Il “dialogo” intergiurisprudenziale – si è già avuto modo di rilevare in altri luoghi – ha molti volti, molti possibili effetti, molte implicazioni di ordine istituzionale.

Due a me sembrano essere i profili più immediatamente e genuinamente espressivi e, perciò, gravidi di valenze di ordine metodico-teorico, aventi rispettivamente, l’uno, una connotazione specificamente apprezzabile al piano dell’esercizio delle pubbliche funzioni e, l’altro, a quello della struttura semantica delle Carte dei diritti in genere (Costituzione inclusa, dunque). Due profili che in realtà si fanno ricondurre ad un volto unitario, rimandandosi e facendosi luce a vicenda.

Se n’è già detto man mano e, dunque, non occorre ora far luogo ad un lungo discorso per evidenziarli come si conviene. Mi limito perciò solo a riassumerne i tratti maggiormente salienti ed a farne quindi oggetto di una succinta riflessione finale.

Quanto al primo, la varietà dei casi della vita è tale da obbligare, in sede di confezione degli enunciati normativi (in specie di quelli legislativi), a far luogo a discipline per quanto possibile elastiche, tali da potersi armonicamente adattare ai casi stessi, discipline che quindi si consegnino per i loro opportuni svolgimenti (la loro *attuazione*, e non la mera *applicazione*)⁵⁸ ad operazioni di bilanciamento in concreto effettuate dagli operatori: in ultima istanza, dai giudici comuni, i “terminali” per il tramite dei quali le norme delle Carte in genere e delle stesse leggi che vi danno la prima, essenziale specificazione possono essere in modo congruo fatte valere⁵⁹. Un’attività, questa posta in essere dai giudici, che – come si vede – è, in sé e per sé, “normativa”, proprio perché sollecitata alla produzione di regole varie in relazione alle esigenze complessive del caso, ancorché il raggio di escursione di campo dalla stessa coperto risulti, di necessità, circoscritto alla singola vicenda processuale⁶⁰.

La duttilità delle soluzioni, di cui si è venuti dicendo, mostra come anche la giurisdizione, al pari dell’amministrazione e della normazione, sia venuta col tempo a trasformarsi, caratterizzandosi come

pronunzie della giurisprudenza europea ora fatte oggetto di esame da S. SILEONI, *L’autodeterminazione del minore tra tutela della famiglia e tutela dalla famiglia*, in corso di stampa in *Quad. cost.*, 3/2004, spec. ai §§ 3 e 6.1.

⁵⁸ Si riprendono qui taluni svolgimenti teorici che mi sono sforzato di argomentare in altri luoghi (e, segnatamente, in *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, in www.diritticomparati.it, 22 ottobre 2013, e in www.rivistaaic.it, 4/2013, spec. l’ultimo paragrafo).

⁵⁹ Ne ha vigorosamente ed insistentemente rimarcato il ruolo, sopra tutti, R. CONTI, in molti scritti, fra i quali, nel modo più organico, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2011, e, con specifico riguardo alle questioni eticamente sensibili, *I giudici e il biodiritto*, cit. [su quest’ultima opera, v., ora, le argomentate notazioni di S. AGOSTA, *Tra dimensione fattuale e suggestioni soprannazionali: il giudice al cospetto del biodiritto (spunti di riflessione a margine di un recente libro)*, in www.diritticomparati.it, 20 marzo 2014].

⁶⁰ Non è, nondimeno, da trascurare la tendenza di alcune pronunzie, specie nel loro porsi quali espressive di “diritto vivente”, a portarsi oltre il caso. Una tendenza che è oggi particolarmente visibile in relazione alle decisioni delle Corti europee (in specie di alcune, come le pronunzie-pilota della Corte EDU, cui si è già fatto cenno), secondo il riconoscimento datone, anche da noi, dalla stessa giurisprudenza costituzionale (v., in part., [sent. n. 210](#) e [ord. 235 del 2013](#)).

giurisdizione per risultati, più (e prima ancora) che *per atti*, frutto di una “leale cooperazione” tra le Corti idonea a concretarsi in una serie concatenata di attività poste in essere a plurimi livelli istituzionali e tutte convergenti allo scopo. Una giurisdizione che esibisce, dunque, una struttura “*processuale*” e che può intraprendere strade molto diverse, a seconda dei livelli istituzionali in cui s’impiana e svolge e delle peculiari esigenze manifestate dai casi.

Tutto ciò si rende particolarmente visibile ed apprezzabile ogni qual volta le Corti europee (e segnatamente, per ciò che attiene alle questioni di diritto di famiglia, la Corte di Strasburgo) mantengano aperta la partita, avviino ed orientino cioè la catena processuale verso plurimi svolgimenti in ambito interno, non soffocando le tradizioni nazionali ma, all’inverso, offrendo loro l’opportunità di farsi ulteriormente valere⁶¹. È solo così che dal “chiodo” piantato in ambito sovranazionale possono partire e tenersi fili varî per fattura e complessiva connotazione che vanno quindi a svolgersi in ambito nazionale assolvendo ai compiti che da essi si attendono in conformità alle indicazioni costituzionali proprie di ciascun ambito. Ed è sempre e solo così che, al momento in cui se ne fa utilizzo nell’ordine interno, gli operatori possono a buon diritto vantare di fare congiunta e proficua applicazione sia della Costituzione che delle altre Carte, senza essere perciò obbligati a scelte esclusivizzanti, in applicazione di quella “logica” dell’*aut-aut* che pure parrebbe essere consentita dal “metapincipio” della tutela più intensa, quale canone ordinatore delle relazioni interordinamentali.

Le pubbliche funzioni in genere, insomma, hanno proprio nel loro carattere “processuale”, nel senso sopra precisato, la loro cifra maggiormente identificante e qualificante. In questo quadro, il legislatore è vigorosamente sollecitato ad interventi normativi ancora più significativi rispetto al passato *proprio perchè* espressi *per principia* e, per questa via, a recuperare quella centralità di posto nel sistema istituzionale al quale sembra aver da se medesimo, per effetto delle complessive carenze esibite dalla normazione, abdicato, gravando gli operatori restanti (e, segnatamente, i giudici) di responsabilità dagli stessi secondo modello non sopportabili. Devesi piuttosto far luogo ad una complessiva manovra in *tandem* posta in essere da legislatore e giudici in spirito di “leale cooperazione”, al fine di dare una soddisfacente salvaguardia ai diritti ed agli interessi in genere costituzionalmente meritevoli di tutela, una manovra adeguata alle sfide micidiali del tempo presente, pur in una congiuntura universalmente considerata assai difficile e quasi proibitiva per ciò che attiene al concreto conseguimento di quest’obiettivo.

7. “Dialogo” intergiurisprudenziale e teoria della Costituzione: una succinta notazione finale

Il secondo aspetto attiene, poi, alla trasformazione ormai in corso nella struttura e funzione della Costituzione, a quella che – come si avvertiva – potrebbe considerarsi un’autentica *mutazione genetica* rispetto al modo antico d’intenderla e praticarla. Il “dialogo” intergiurisprudenziale, infatti, costituisce *per tabulas* la testimonianza maggiormente attendibile, praticamente inoppugnabile, della perdita del monopolio, un tempo saldamente detenuto, da parte della Costituzione quale limite al

⁶¹ Va, nondimeno, avvertito che assai frequente è l’utilizzo di una tecnica decisoria connotata da varia capacità di vincolo per gli operatori di diritto interno, per ciò che attiene al margine di apprezzamento discrezionale riconosciuto agli operatori stessi, persino con riguardo a casi analoghi. Così, ad es., la inquietante questione del sovraffollamento carcerario ha costituito oggetto di oscillanti prese di posizione da parte della Corte EDU che ha ora ([in Ananyev ed altri c. Russia, sent. 10 gennaio 2012, ricc. nn. 42525/07 e 60800/08](#)) obbligato lo Stato responsabile della violazione della Convenzione ad adottare le misure adeguate a porvi fine sotto “tutela” – com’è stato detto nella relazione al Parlamento per l’anno 2012 su *L’esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo nei confronti dello Stato italiano*, a cura della Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi, 96 – ed ora invece (in *Torreggiani*, cit.) si è rimesso a scelte al riguardo assunte per intero dallo Stato (nel primo caso, peraltro, diversamente dal secondo, l’esame dei ricorsi analoghi pendenti non è stato sospeso). Sul “seguito” legislativo dato alle indicazioni del giudice europeo, v. F. FIORENTIN, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146)*, Giuffrè, Milano 2014; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Giappichelli, Torino 2014, ed E. FRONTONI, *Il sovraffollamento carcerario tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in [www.federalismi.it](#), 9/2014, § 5. *Adde*, ora, la legge di delega 28 aprile 2014, n. 67, in fatto di pene alternative al carcere.

potere e garanzia dei diritti fondamentali, per riprendere ora per l'ultima volta la lezione dei rivoluzionari francesi consacrata nella Dichiarazione del 1789. La Costituzione, insomma, non è più la "legge fondamentale della Repubblica", come pure essa stessa solennemente si autodefinisce; o, meglio, non è la *sola*. Accanto ed al pari di essa (e non subordinatamente ad essa) si pongono anche le Carte di origine esterna, tutte assieme partecipando ad una recita a soggetto sulla scena in cui si rappresentano le umane vicende maggiormente avvertite e salienti, alle volte si consumano dei veri e propri drammi che attendono una spiegazione, una soluzione complessivamente appagante, una quiete.

Si dà un "gioco" senza fine tra le Carte in parola, una sana competizione – si diceva poc'anzi – a quale di esse riesca a dimostrarsi in grado di offrire sul mercato dei diritti la merce migliore, il vestito confezionato su misura dalle abili mani dei giudici-sarti, al fine di far fronte ai più impellenti, ai più diffusamente ed intensamente sentiti, bisogni dell'uomo. E il modo migliore per vincere la partita, al piano culturale ancora prima che a quello positivo, è proprio quello che sollecita ciascuna Carta a mostrarsi duttile, attrezzata a piegarsi nel modo più congruo davanti a tali bisogni e ad essi conformarsi, dandosi reciproco ascolto in vista del conseguimento di sintesi assiologiche complessivamente apprezzabili. Non importa, poi, se, in ragione delle peculiari esigenze dei contesti, possa assistersi all'utilizzo da parte delle Corti di tecniche decisorie diverse, persino opposte, al fine di rendere testimonianza di siffatta duttilità strutturale delle Carte e farla nei modi più opportuni valere⁶². Ciò che importa è che proprio in essa sta il segreto che consente a ciascuna Carta di poter esprimere agilità di movenze, capacità di rigenerarsi e di adeguarsi ai tempi ed alle loro esigenze, realizzare inusuali convergenze con altre Carte, offrire l'opportunità all'operatore di turno, quale che sia il livello ordinamentale al quale svolge il proprio ufficio, di sottrarsi all'inquietante dilemma di dover scegliere tra questa o quella Carta, piuttosto facendone congiunta e gratificante applicazione, infine di alimentare ulteriormente un "dialogo" nel quale è la migliore risorsa per l'affermazione ed il radicamento di un ordine "intercostituzionale" che sappia offrire a quanti in essi vivono ed operano di poter ottenere alla bisogna giustizia per i propri diritti.

⁶² Se n'è avuta, ancora non molto tempo addietro, emblematica riprova anche in ambiti materiali di esperienza distanti da quello qui fatto oggetto di osservazione, come a riguardo delle questioni definite con sentt. nn. [278](#) e [279](#) del 2013, dietro già richiamate.

Antonio Ruggeri
**Gli “effetti politici” delle sentenze della Corte costituzionale
emesse in occasione dei giudizi sulle leggi***

SOMMARIO: 1. I due significati dell’espressione “effetti politici”, l’incerta categoria delle leggi d’indirizzo politico, le difficoltà cui va incontro la tesi che vede nel sindacato sulle leggi in genere uno strumento per sanzionare l’indirizzo di cui esse sono portatrici, laddove si dimostri essere contrario a Costituzione. – 2. “Effetti politici” dei giudizi di costituzionalità e tecniche decisorie con le quali essi sono definiti (con specifico riguardo all’applicazione diretta della Costituzione ed all’interpretazione conforme, ed alle torsioni di ordine istituzionale alle quali esse possono dar luogo, ove se ne faccia un uso improprio, non adeguatamente vigilato). – 3. La fungibilità delle tecniche decisorie (con l’esempio della decisione relativa al diritto del figlio a conoscere le proprie origini e di quella concernente il sovraffollamento carcerario) e il significato che può ad essa assegnarsi, ove si convenga che obiettivo della Corte è di far coincidere il punto più elevato di mediazione politica col punto più elevato di sintesi tra i valori costituzionali evocati in campo dal caso. – 4. La Corte e le riforme, ovvero sia quando il giudice costituzionale rende testimonianza della sua fedeltà alla Repubblica, così come ha da ultimo fatto sanzionando la disciplina elettorale e vigorosamente spingendo per il suo complessivo rifacimento. – 5. Ancora delle valenze possedute dalla pronuncia sulla legge elettorale (in specie, dei condizionamenti che decisioni della Corte e leggi possono esercitarsi a vicenda nel “circolo” in cui tutte s’immettono e svolgono) e, in generale, del ruolo assunto dalla giurisprudenza quale terreno particolarmente fertile per la definizione e maturazione delle riforme istituzionali e costituzionali (con l’esempio delle progettate innovazioni al Titolo V, in larga misura “razionalizzatrici” di indirizzi giurisprudenziali). – 6. I faticosi e sofferti equilibri tra Costituzione e politica raggiunti dalla giurisprudenza in tema di fonti (e, segnatamente, di deleghe e decretazione d’urgenza). – 7. Le torsioni della forma di governo e la loro negativa ricaduta sulla forma di Stato, il singolare rapporto di “sussidiarietà” venutosi a determinare tra il procedimento in via d’azione e quello incidentale al piano della tutela dei diritti fondamentali, la svilita condizione dell’autonomia regionale e il sacrificio cui i diritti sono obbligati ad andare soggetti per effetto della crisi economico-finanziaria in corso, il “dialogo” tra Corti europee e Corti nazionali quale strumento per l’ottimale appagamento dei diritti stessi, pur alle difficili condizioni di contesto.

1. I due significati dell’espressione “effetti politici”, l’incerta categoria delle leggi d’indirizzo politico, le difficoltà cui va incontro la tesi che vede nel sindacato sulle leggi in genere uno strumento per sanzionare l’indirizzo di cui esse sono portatrici, laddove si dimostri essere contrario a Costituzione

La questione di cui oggi siamo chiamati a discutere rimanda ad un problema definitorio dalla cui ambientazione e possibile soluzione discende l’orientamento della successiva analisi; un’analisi che – come si tenterà di mostrare – può, a conti fatti, rimettere in discussione l’idea stessa di Costituzione, la sua struttura e funzione, l’uso insomma che se ne può fare in vista della sua ottimale affermazione alle condizioni complessive di contesto.

Cosa sono dunque gli “effetti politici” delle decisioni della Corte costituzionale? In quale peculiare accezione se ne può discorrere e fare proficuo utilizzo in sede teorico-ricostruttiva?

L’espressione è oggettivamente ambigua e, forse, pure impropria e richiede, pertanto, di essere subito spiegata.

A me pare che se ne possa dire, essenzialmente, in due modi, distinguendo l’incidenza che le pronunzie della Corte possono avere nei riguardi dell’indirizzo politico da quella che esse possono spiegare sul sistema politico (o, più largamente, sul sistema politico-istituzionale). È bensì vero che la linea divisoria tra le accezioni in parola è alquanto incerta e mobile, anche in ragione della comunanza del campo materiale sul quale le relative esperienze si impiantano e svolgono. Resta, nondimeno, la differenza di fondo tra le ricadute che le pronunzie suddette hanno nella messa a punto

* *Testo rielaborato della relazione al Seminario su L’impatto politico delle decisioni delle Corti costituzionali, Catania 9 giugno 2014, alla cui data lo scritto è aggiornato.*

dei fini della direzione politica e/o nella loro attuazione (un'incidenza, questa, che rimane circoscritta a ciò che è per sua natura transeunte, siccome soggetto a frequenti mutamenti ed aggiustamenti) e i riflessi invece di ordine strutturale, sul sistema appunto, che viene in maggiore o minore misura ridefinito dalla Consulta, fino ad essere profondamente trasformato.

La prima parrebbe essere una conseguenza naturale dei giudizi di costituzionalità, segnatamente appunto di quelli sulle leggi, cui l'analisi che si viene ora facendo esclusivamente si riferisce¹.

Politico essendo, per antonomasia, l'atto oggetto del sindacato, "politici" (o, meglio, *anche* "politici") non possono che essere, di conseguenza, gli effetti del sindacato stesso.

La linearità e l'automatismo di questa conclusione sono, tuttavia, assai meno scontati di quanto a prima impressione non sembri.

La tesi secondo cui l'annullamento delle leggi, allo stesso tempo in cui suona sanzione a carico degli atti che ne sono riguardati, ridonda in giudizio negativo nei confronti dell'indirizzo politico di cui le leggi stesse sono espressione gode – come si sa – di autorevole credito dottrinale². Allo stesso modo, in caso di pronuncia di rigetto dovrebbe dirsi che ne risulta avallato l'indirizzo di cui le leggi si fanno portatrici. Si dà, nondimeno, subito una prima difficoltà ad accedere alla tesi ora succintamente richiamata; ed è che le questioni di legittimità costituzionale sono, com'è a tutti noto, "tagliate" in un certo modo, fatte cioè oggetto di giudizio sotto il peculiare profilo che ne determina la posizione e, appunto, l'esame³, nulla tuttavia escludendosi che persino una stessa norma ed in relazione allo stesso parametro, se vagliata sotto profili diversi, possa far pervenire ad esiti parimenti diversi il sindacato di costituzionalità. Insomma, così come – si suol dire – una decisione di rigetto non equivale a concessione di una patente di legittimità costituzionale *sotto ogni aspetto* della norma sindacata⁴, allo stesso modo dovrebbe – a me pare – dirsi che non ne esce assolto sotto ogni riguardo l'indirizzo politico cui la norma stessa si riferisce.

Una seconda difficoltà cui va incontro la tesi ora richiamata si lega, poi, alla nozione stessa d'"indirizzo politico" e, perciò, di "legge d'indirizzo politico"⁵: una nozione che viene a prendere forma concettuale sopra un piano inclinato e che appare, per molti versi, sfuggente e persino oscura, sol che si ammetta – come, a mia opinione, devesi – che, accanto a leggi la cui valenza politica non

¹ L'influenza esercitata dalla Corte costituzionale (e, in forme e gradi diversi, dal Presidente della Repubblica) sugli svolgimenti della direzione politica sono ora fatti oggetto di esame da A. PIROZZOLI, *Il potere di influenza degli organi di garanzia*, Jovene, Napoli 2013 (con specifico riguardo al primo organo, v. tutta la seconda parte dell'opera); nella dottrina risalente, per tutti (e con riserva di ulteriori riferimenti *infra*), i contributi che sono nel fasc. 2-3/2010 di *Percorsi costituzionali*, sotto il titolo *Giustizia costituzionale e politica*, nonché AA.VV., *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, a cura di V. Tondi della Mura - M. Carducci - R.G. Rodio, Giappichelli, Torino 2005.

² Rimando qui, per tutti, al magistero di T. MARTINES, del quale v., almeno, il suo classico *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Giuffrè, Milano 1957, ora anche in *Opere*, I, *Teoria generale*, Giuffrè, Milano 2000, spec. 206 ss. e, pure *ivi*, *Indirizzo politico*, 454 ss., già in *Enc. dir.*, XXI (1971), 134 ss., su cui si sono intrattenuti C. DE FIORES, *Corte, legislatore e indirizzo politico*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., 181 ss., e, ora, C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013, 75 ss., ed a riguardo del quale può, volendo, vedersi anche il mio *Indirizzo politico e giustizia costituzionale nel pensiero di T. Martines*, in AA.VV., *Indirizzo politico e Costituzione a quarant'anni dal contributo di Temistocle Martines*, a cura di M. Ainis - A. Ruggeri - G. Silvestri - L. Ventura, Giuffrè, Milano 1998, 259 ss.

³ ... eccezion fatta – come si sa – dei casi in cui la Corte riformula la questione rispetto ai termini in cui le era stata posta, ponendo ad oggetto di giudizio una norma diversa da quella ricavata dalla medesima disposizione dal giudice *a quo*. Anche in siffatte evenienze, nondimeno, la questione resta pur sempre "tagliata", il sindacato esercitandosi su una certa norma o – come a me parrebbe più giusto dire – una "situazione normativa", quale appare essere agli occhi del giudice.

⁴ ... e nemmeno, secondo dottrina e giurisprudenza corrente, *sotto lo stesso aspetto* già riguardato la prima volta, dal momento che – per la tesi ormai invalsa, per quanto a mia opinione non condivisibile – si ritiene possibile che una questione in tutto e per tutto identica ad altra precedente possa tornare ad essere proposta. È pur vero, tuttavia, che il più delle volte a base del suo eventuale, reiterato rigetto la Corte adduce la circostanza per cui non vengono fatti valere motivi nuovi, lasciando intendere che, ove la questione dovesse risultare ad ogni buon conto non eguale alla precedente, potrebbe essere diversamente trattata.

⁵ La categoria trovasi, ancora da ultimo, riproposta in T. MARTINES, *Diritto costituzionale*¹³, a cura di G. Silvestri, Giuffrè, Milano 2013, 314 ss.

è revocata in dubbio (quali le leggi di bilancio e di stabilità, quelle di amnistia e d'indulto o quelle di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali⁶ o altre ancora⁷), possono darsene altre in relazione alle quali predicare l'esistenza della valenza stessa risulta essere alquanto problematico. Resta, ciò malgrado, misterioso come possa ammettersi che atti per antonomasia "politici", quali per antica tradizione sono appunto le leggi, siano inespressivi d'indirizzo politico; di modo che dovrebbe allora stabilirsi in quale altro peculiare modo siano d'"indirizzo politico" le leggi sopra indicate.

Il vero è che quello della "politicità" (e, ulteriormente approfondendo, della maggiore ovvero minore "politicità") è attributo che può ora aversi ed ora non aversi secondo apprezzamenti liberamente fatti dagli stessi protagonisti politici (o politico-istituzionali) di queste vicende. Ad ogni disegno di legge e in ogni tempo può – come si sa – apporsi una questione di fiducia (spia emblematica della loro "politicità"), indipendentemente dai contenuti contingenti posseduti dagli atti⁸ e dal modo del loro porsi in rapporto con fonti preesistenti e – per ciò che maggiormente importa – con la Costituzione. Non meno gravide di valenze politiche sono poi le omissioni legislative, totali o parziali che siano⁹. Insomma, quello della "politicità" è un carattere che può apprezzarsi solo di volta in volta ed *ex post*, per il rilievo concretamente assegnatogli dagli attori politico-istituzionali, senza che si dia alcun criterio precostituito, di natura formale-astratta, suscettibile di meccaniche e ripetitive applicazioni.

2. "Effetti politici" dei giudizi di costituzionalità e tecniche decisorie con le quali essi sono definiti (con specifico riguardo all'applicazione diretta della Costituzione ed all'interpretazione conforme, ed alle torsioni di ordine istituzionale alle quali esse possono dar luogo, ove se ne faccia un uso improprio, non adeguatamente vigilato)

Dalla prospettiva ora adottata, sembra non esservi una stretta correlazione tra il "peso" politico dell'atto soggetto a giudizio di costituzionalità, il "peso" politico della pronuncia emessa in chiusura del giudizio stesso, la tecnica decisoria dalla cui messa in atto la pronuncia stessa è adottata.

Così come l'apprezzamento del "tasso" di politicità di un atto legislativo non può aversi ad un piano e secondo criteri di formale fattura, allo stesso modo l'"efficacia politica" del giudizio di costituzionalità non dipende né è resa palese dalla tecnica decisoria adoperata.

Sul punto si richiede tuttavia un complessivo ripensamento di antiche e a tutt'oggi consolidate credenze.

Come si sa, si è soliti rilevare la particolare incisività di alcune specie di pronunzie, quali le manipolative, non casualmente da un'autorevole dottrina qualificate come "normative"¹⁰.

⁶ Non si trascuri, tuttavia, che la stessa Carta costituzionale, facendo menzione dei trattati aventi "natura politica", parrebbe presupporre l'esistenza di trattati non "politici", senza che però sia chiaro se parimenti atti non "politici" siano da considerare le leggi che vi danno esecuzione o che ad essi variamente si raccordano.

⁷ ... quali le leggi di approvazione dei programmi economici o, per una risalente (ma discussa) opinione, le leggi che dichiarano lo stato di guerra, sempre che a ciò si faccia luogo appunto con legge. Ciò che a me appare assai arduo da dimostrare, se non altro in relazione ai tempi richiesti per la formazione dell'atto in relazione al bisogno pressante di far fronte all'emergenza bellica, tanto più se si considera che i soli conflitti bellici consentiti sono quelli aventi natura difensiva e che gli attacchi, anche per effetto degli strumenti di aggressione oggi esistenti, possono essere improvvisi e, perciò, bisognosi di essere parati a mezzo di misure difensive parimenti rapide ed incisive.

⁸ ... persino ove dovessero essere... *non "politici"*, quali per una certa opinione, che nondimeno meriterebbe di essere discussa, le leggi-provvedimento, nella varietà delle loro espressioni (su di che, riassuntivamente, S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Giuffrè, Milano 2007, 125 ss.) o quelle particolari. La triste esperienza delle leggi *ad personam*, in una peculiare congiuntura recentemente varate, nondimeno insegna che esse pure erano (e, forse, molto di più di altre) "politiche", avendo una precisa, rozzamente mascherata, "funzione" (in argomento, di recente, G. ARCONZO, *Contributo allo studio della funzione legislativa provvedimentale*, Giuffrè, Milano 2013, 86 ss.).

⁹ Uno degli esempi più clamorosi, diffusamente richiamato, può vedersi nella mancata disciplina del conflitto d'interessi, persino ad opera di Governi e maggioranze che avrebbero piuttosto tutto da guadagnarne e che si erano solennemente impegnati a farvi luogo.

¹⁰ Il riferimento è, ovviamente, a G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova 1985, 755 ss. Più di recente, v. le precisazioni che

Ora, nessuno ovviamente contesta l'attitudine delle decisioni in discorso a lasciare un segno marcato nei processi di produzione giuridica. E, tuttavia, la riconformazione della sostanza normativa di un testo di legge è una cosa, gli "effetti politici" delle decisioni che vi fanno luogo un'altra. Ad ogni buon conto, ammesso pure che sia insita in ogni operazione di sostanziale rifacimento di un testo di legge una (maggiore o minore) "efficacia politica", nulla esclude che essa si abbia (e in ancora più rilevante misura) in decisioni del giudice non manipolative e che si abbia persino in decisioni di carattere reiettivo.

Ancora una volta, a seconda del contesto in cui la decisione s'inscrive, possono in conseguenza della sua adozione mettersi in moto processi politici (o politico-istituzionali) dalle implicazioni a largo raggio e, non di rado, dagli imprevedibili esiti. Si tratta, dunque, di andare a "pesare" di volta in volta gli effetti di cui qui si discorre; ciò che – come si viene dicendo – non è affatto agevole, anche per la mancanza di strumenti adeguati alla loro stessa ricognizione.

È pur vero però che alcune tecniche decisorie, indipendentemente dall'influenza occasionalmente esercitata sull'indirizzo politico in corso, possono acquistare un peculiare rilievo in relazione alla seconda accezione sopra indicata di "efficacia politica" delle pronunzie del giudice costituzionale, a motivo del fatto che esse possono dar vita ad effetti anche particolarmente incisivi di sistema, innovando ad alcune delle più salienti movenze del sistema stesso (la qual cosa, peraltro, sembra essere non già tipica delle decisioni della sola Corte costituzionale bensì, almeno per taluni aspetti, comune anche a quelle delle altre Corti¹¹).

Si pensi, ad es., all'applicazione diretta della Costituzione da parte dei giudici, cui – come si sa – si ritiene potersi (e doversi) far luogo in caso di difetto di disciplina legislativa¹². Ebbene, allo stesso tempo in cui, per il tramite della tecnica in parola, il ruolo del giudice (e dell'intero ordine di appartenenza) è proiettato in primo piano sulla scena e sollecitato ad incisive realizzazioni, assistendosi ad una forte e vistosa responsabilizzazione di tali operatori, può risultarne sminuito il ruolo del legislatore, sostanzialmente deresponsabilizzato, gli organi preposti alla produzione giuridica potendosi sentire incoraggiati ad adagiarsi sulla "supplenza" nei loro riguardi esercitata dai giudici. È vero che dovrebbe piuttosto aversi proprio il contrario, il legislatore risultando sollecitato ad intervenire per venire incontro a taluni bisogni diffusamente ed intensamente avvertiti in seno alla comunità statale, tanto da fare breccia nelle sedi in cui si amministra giustizia e trovare quindi in queste appagamento, un appagamento nondimeno offerto solo secondo occasione, in modo strutturalmente precario e, comunque, non garantito a tutti coloro che versano nella medesima condizione né a tutti nell'identica misura, a motivo dei limiti cui per natura soggiacciono gli effetti delle pronunzie dei giudici¹³. E, tuttavia, la circostanza per cui v'è pur sempre qualcuno in grado di

sono in C. PANZERA, *Sentenze "normative" della Corte costituzionale e forma di governo*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a mia cura, ESI, Napoli 2006, 497 ss. e, dello stesso, *amplius*, ora, *Interpretare Manipolare Combinare*, cit.

¹¹ Non si trascuri che un'influenza crescente è esercitata nei riguardi degli indirizzi dei giudici nazionali (e, per ciò pure, del giudice delle leggi) dalla giurisprudenza delle Corti europee, secondo quanto peraltro si avrà modo di precisare meglio più avanti.

¹² Si è, ancora di recente, prospettata una più larga accezione della tecnica in discorso, ad essa riportando anche i casi di interpretazione adeguatrice (B. DE MARIA, *Etica repubblicana e Costituzione dei doveri*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, 77 ss.). Ora, alcuni di tali casi sembrano invero richiamabili per le finalità della ricostruzione cui adesso si attende, laddove si assista però ad un uso distorto dell'interpretazione stessa, tale da risolversi in una vera e propria manipolazione della sostanza normativa dei testi di legge, nella cui trama strutturale vengano quindi ad immettersi a forza norme desunte dal dettato costituzionale e che vanno ad inscrivere in un dettato in realtà inadeguato ad accoglierle. A seguire fino in fondo il filo di questo discorso, anche le pronunzie additive dovrebbero annoverarsi nel *genus* in oggetto, esse pure facendosi – come si sa – veicolo di norme che transitano dal piano costituzionale a quello legislativo. Un'accezione ristretta e propria della nozione di applicazione diretta, che aspiri cioè ad essere rispettosa del modello, dovrebbe tuttavia restare circoscritta al fisiologico svolgimento di quest'ultimo, non già alle sue distorte realizzazioni, quali appunto si hanno ogni qual volta si faccia un uso indebito dei canoni interpretativi.

¹³ Quest'ultima affermazione, in realtà, richiederebbe tutta una serie di precisazioni che in questa sede non possono, di tutta evidenza, aversi; in ogni caso, al più concedere, sembra valere per i soli giudici comuni, non pure ad es. per le Corti europee, le cui decisioni vanno sempre di più manifestando la tendenza a portarsi oltre il caso (a conferma del carattere tendenzialmente, materialmente costituzionale in misura crescente manifestato dalle Corti stesse: su di che, tra

far fronte, in un modo o nell'altro, a tali bisogni potrebbe, a conti fatti, offrire un avallo all'inerzia degli organi della direzione politica. Lo squilibrio che in tal modo viene a determinarsi, per responsabilità dello stesso legislatore, al piano delle relazioni istituzionali è sotto gli occhi di tutti, sì da non richiedersi che su di esso debbano spendersi altre parole a commento¹⁴.

Discorso analogo può farsi per l'interpretazione conforme¹⁵, la quale nondimeno non sgrava – perlomeno, in taluni casi – dell'onere di dover tornare a mettere mano sulle leggi che ne sono fatte oggetto, se non altro al fine di fugare il rischio che vi siano operatori che non facciano luogo all'interpretazione stessa o, comunque, che vengano a determinarsi esiti interpretativi profondamente divaricati, con evidenti, immediate e gravi ricadute negative a carico della certezza del diritto. Non si trascuri, infatti, la circostanza per cui l'interpretazione conforme, anche quella suggerita dal giudice delle leggi che dichiara di essere stato indebitamente investito di una questione di costituzionalità, possiede pur sempre un valore meramente *persuasivo*, non pure *prescrittivo* (e con effetti generali), tale dunque da non rimuovere alla radice la causa di talune incertezze ed oscillazioni manifestatesi

gli altri, tra gli altri, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; O. POLLICINO, che ne ha trattato a più riprese: ancora di recente, in *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in www.forumcostituzionale.it, 31 dicembre 2013; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; altri riferimenti in A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 2013, 3657 ss.), una tendenza di cui la stessa giurisprudenza nazionale, specie in alcune delle sue più sensibili espressioni, va prendendo consapevolezza (si pensi, ad es., al riconoscimento, ancora non molto tempo addietro, avutosi ad opera del nostro giudice costituzionale della particolare efficacia posseduta dalle sentenze-pilota della Corte di Strasburgo, in merito alla quale, tra i molti altri, v. M. FYRNYS, *Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, in *German Law Journal*, 2011, 1231 ss.; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit., 123 ss.; D. TEGA, *I diritti in crisi*, cit., 105 ss.; V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012, 864; F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU. Bruxelles 24 maggio 2012*, in www.rivistaaic.it, 1/2013, spec. § 3; R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in *Pol. dir.*, 4/2013, spec. 452 ss.).

¹⁴ La dottrina in argomento è, in realtà, ad oggi oscillante e divisa tra quanti si schierano *toto corde* a favore della tecnica decisoria in discorso e quanti di contro, con non minore decisione, palesano i rischi che potrebbero corrersi per effetto di un suo non adeguatamente vigilato utilizzo.

¹⁵ ... tecnica decisoria essa pure, come si sa, molto studiata e fatta oggetto di notazioni di vario segno: tra i molti altri e limitando ora i riferimenti ai soli scritti più di recente apparsi, v. G. SORRENTI, che ne ha trattato a più riprese (organicamente in *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano 2006 e, quindi, in *La Costituzione "sottintesa"*, in AA.VV. *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Atti del seminario svolto presso la Consulta il 6 novembre 2009, Giuffrè, Milano 2010, e, da ultimo, in *Las interpretaciones conformes a la Constitución en el ordenamiento italiano: estado de la cuestión*, in www.gruppodipisa.it, ottobre 2013); inoltre, I. CIOLLI, *Brevi note in tema d'interpretazione conforme a Costituzione*, in www.rivistaaic.it, 1/2012; A. LONGO, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, in *Consulta OnLine*, 2012 (24 gennaio 2012); V. PICCONE, *L'interpretazione conforme nell'ordinamento integrato*, in AA.VV., *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di R. Foglia e R. Cosio, Giuffrè, Milano 2012, 277 ss.; G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Edizioni Scientifiche, Napoli 2012; L. AZZENA, *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità dalle origini alla dimensione europea*, Jovene, Napoli 2012, 121 ss.; V. MANES, *Metodi e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 1/2012, e, nella stessa Rivista, P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*; M. RUOTOLO, in molti scritti, tra i quali, ora, *La Cassazione penale e l'interpretazione delle disposizioni sulla custodia cautelare in carcere alla luce del principio del minore sacrificio della libertà personale*, in AA.VV., *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Víctor Ferreres Comella Constitucional Courts and Democratic Values*, a cura di L. Cappuccio ed E. Lamarque, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, 3 ss.; pure *ivi*, E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 241 ss.; E. CATELANI, *I problemi di attuazione/applicazione della Costituzione fra interpretazione "conforme" e prospettive di riforma costituzionale*, in AA.VV., *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, a cura di G. Brunelli e G. Cazzetta, Giuffrè, Milano 2013, 75 ss.; A. BONOMI, *Il dovere del giudice di ricercare l'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione impugnata vanifica i requisiti della rilevanza e della non manifesta infondatezza?*, in www.rivistaaic.it, Osservatorio, ottobre 2013; F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in www.rivistaaic.it, 2/2014. Infine, i contributi al convegno su *L'interpretazione conforme al diritto UE. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Rovigo 15-16 maggio 2014.

nella pratica giuridica. Una rimozione che solo con l'intervento chiarificatore e, se del caso, correttivo da parte del legislatore potrebbe in modo adeguato aversi, in difetto del quale l'esito è quello stesso che si è appena veduto trattando dell'applicazione diretta.

La vicenda ha un sapore quasi paradossale. La tecnica dell'interpretazione conforme ha la sua duplice ragion d'essere nel bisogno, per un verso, di sgravare la Corte di molte questioni che – a dire della Corte stessa – sono d'interpretazione e non di costituzionalità e, per un altro verso, di tamponare in qualche modo le falle lasciate aperte dall'inerzia del legislatore che non si faccia carico di provvedere a porre riparo a strutturali carenze dei propri prodotti normativi. Sta di fatto, però, che anche la tecnica in parola può, in non pochi casi, risolversi in un avallo fin troppo generosamente offerto alle perduranti omissioni del legislatore stesso.

L'interpretazione conforme – è ormai provato – si è rivelata, per i modi assai vari con cui vi si è fatto (e si fa) in concreto ricorso, uno strumento multiuso. Alle volte, fa da argine a derive interpretative degli operatori (e, segnatamente, dei giudici), riconducendo il “diritto vivente” entro l'alveo nel quale è tenuto a stare, per un fisiologico esercizio della funzione di cui gli operatori stessi sono titolari. Altre volte, però, la finalità conservativa del testo è raggiunta a mezzo di corpose manipolazioni della sostanza normativa racchiusa entro il testo stesso, seppur ammantate con le candide vesti dell'interpretazione. Insomma, si ha una *produzione di norme nuove* non preceduta dalla necessaria *produzione di nuove disposizioni*, da cui quelle norme soltanto dovrebbero essere in modo appropriato espresse.

La torsione istituzionale che, in congiunture siffatte, viene a determinarsi è palese, da tempo rilevata, sì da non richiedersi di doversene fare qui altra parola.

La giurisprudenza costituzionale porta, con ogni probabilità, la maggiore quota di responsabilità di questo stato di cose, i cui prossimi sviluppi restano ad oggi imprevedibili, in ogni caso suscettibili di ulteriori squilibri di ordine politico-istituzionale, specie in considerazione di quella crescente emarginazione del legislatore cui si è appena fatto cenno.

Due ultime, rapide osservazioni sul punto, prima di passare ad altro.

La prima è che la consapevolezza dei possibili riflessi negativi riconducibili alla tecnica decisoria in discorso (così come ad altre) non dovrebbe portare alla sponda opposta di patrocinarne la secca rimozione, così come pure si è a più ondate da taluno richiesto. Si passerebbe infatti da un eccesso all'altro, con costi forse ancora maggiori degli inconvenienti che si hanno in caso di cattive interpretazioni, tanto per gli equilibri istituzionali quanto per la Costituzione, impossibilitata a farsi valere come si conviene, appunto attraverso letture dei testi di legge orientate verso i valori enunciati nella Carta. Si tratta, dunque, non già di scegliere un volta per tutte tra interpretazione conforme *sì o no*, ma solo di farne un uso oculato ed allo stesso tempo incisivo, arrestandosi davanti alla soglia spingendosi oltre la quale l'interpretazione snaturerebbe se stessa, comportando inammissibili forzature sia dei testi di legge che della stessa Costituzione¹⁶.

La seconda riguarda le complicazioni che possono aversi per effetto del carattere “plurale” delle interpretazioni conformi, dovendosi esse indirizzare, allo stesso tempo, verso la Costituzione, il diritto internazionale, il diritto dell'Unione europea. Se la *ratio* dell'interpretazione conforme è quella di far di tutto al fine di salvare il testo di legge mettendolo al riparo dalla sua eventuale caducazione, restando nondimeno fedeli ai canoni che governano lo svolgimento dell'interpretazione, e dovendo allo stesso tempo l'interpretazione orientarsi verso parametri plurimi e non sempre oggettivamente convergenti, il rischio della manipolazione si fa maggiormente incombente, l'operatore essendo

¹⁶ Un fermo richiamo all'osservanza dei vincoli discendenti dal testo è in M. LUCIANI, *L'interprete della Costituzione di fronte al rapporto fatto-valore. Il testo costituzionale nella sua dimensione diacronica*, in *Dir. soc.*, 2009, 1 ss.; sul “limite logico” dell'interpretazione conforme, v. pure, di recente, E. LAMARQUE, *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in www.astridonline.it, 22/2009, e, della stessa, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 265 ss.; ma v., sul punto, il non coincidente, articolato ragionamento che è nell'*op. ult. cit.* di F. MODUGNO.

sollecitato dalla pluralità dei parametri a far luogo a faticosi e sofferti adattamenti interpretativi degli stessi esiti delle interpretazioni conformi¹⁷.

Anche per l'aspetto ora indicato, si ha un'ulteriore, particolarmente espressiva, testimonianza della centralità del posto ormai stabilmente detenuto in seno alla trama istituzionale dagli organi della giurisdizione rispetto a quelli della produzione giuridica, ulteriormente rimarcata nel presente contesto segnato da una crescente affermazione di un costituzionalismo c.d. "multilivello". Eppure, proprio in quest'ultimo, il ruolo del legislatore dovrebbe risultarne ancora di più evidenziato e sollecitato a ricercare forme nuove per la propria riaffermazione e salvaguardia¹⁸. Devesi purtroppo constatare che ad oggi il legislatore stesso mostra di non esserne consapevole, risvegliandosi dal profondo letargo nel quale da tempo si trova.

3. La fungibilità delle tecniche decisorie (con l'esempio della decisione relativa al diritto del figlio a conoscere le proprie origini e di quella concernente il sovraffollamento carcerario) e il significato che può ad essa assegnarsi, ove si convenga che obiettivo della Corte è di far coincidere il punto più elevato di mediazione politica col punto più elevato di sintesi tra i valori costituzionali evocati in campo dal caso

Le tecniche decisorie – come può vedersi già dagli scarni cenni sopra fatti – esibiscono una strutturale duttilità ed agilità, assumendo movenze assai varie sì da potersi piegare davanti ad esigenze parimenti varie e bisognose di essere fatte oggetto di adeguata considerazione e tutela. Proprio questa loro attitudine fa correre il rischio – come si è veduto – di usi impropri degli strumenti processuali; in ogni caso, avvalorata e rimarca il carattere "politico" insito nell'esercizio della giurisdizione (specie di quella costituzionale ma anche di quella comune) e, per ciò stesso, l'"efficacia politica" dell'attività in cui essa si esprime.

Una delle più significative conferme di questo stato di cose può vedersi nella fungibilità delle tecniche decisorie, una fungibilità per vero particolarmente riscontrabile con un certa frequenza nelle pratiche poste in essere presso la Consulta e, alle volte, espressiva di un modo approssimativo e – a dirla tutta – disinvolto d'intendere e mettere in pratica la funzione di garanzia costituzionale, vale a dire della insofferenza manifestata dalla Corte a conformarsi appieno, fedelmente, alle regole che la governano (e persino a quelle che essa stessa si dà...), facendo pertanto uniforme e coerente utilizzo degli strumenti processuali col tempo forgiatisi. Con il che s'innalza vistosamente il "tasso" di politicità insito nelle pronunzie che chiudono i giudizi di costituzionalità nei quali si ha riscontro della fungibilità in parola, allo stesso tempo lasciandosi un segno marcato nei processi di decisione politica.

Faccio ora richiamo solo a due recenti vicende che mi sembrano particolarmente istruttive di quanto si viene ora dicendo e che – si faccia caso – sono venute a maturazione praticamente nello stesso torno di tempo.

¹⁷ Quanto, poi, tutto ciò si renda possibile non si è ancora fino in fondo capito. Soccorrono (perlomeno, fino ad un certo punto...) a tal riguardo altre tecniche interpretative, che vengono ad intrecciarsi con quella dell'interpretazione conforme, quale quella secondo cui l'interpretazione della CEDU richiede di essere orientata verso la giurisprudenza della Corte che ne è istituzionalmente garante, la quale peraltro non va osservata – dice la giurisprudenza costituzionale – per filo e per segno ma solo nella sua "sostanza". Una soluzione, questa, che – com'è agevole avvedersi – offre il destro all'interprete per far luogo a corpose selezioni della giurisprudenza convenzionale, facendola dunque alla bisogna convergere verso altri indirizzi giurisprudenziali (sia della Corte di Lussemburgo che delle Corti nazionali). Non è poi chiara la ragione per cui, a differenza della giurisprudenza EDU, quella dell'Unione debba essere osservata in ogni sua parte (e non soltanto nella sua "sostanza"). Di tutto ciò ho, ancora di recente, discorso nei miei *"Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, in www.diritticomparati.it, 19 novembre 2013, nonché in www.federalismi.it, 24/2013, e *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in www.rivistaaic.it, 2/2014.

¹⁸ Quali possano essere si è tentato di argomentare nei miei scritti da ultimo richiamati, nonché in *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in www.diritticomparati.it, 22 ottobre 2013, e in www.rivistaaic.it, 4/2013.

Si consideri, dunque, il diritto del figlio a conoscere le proprie origini, che da ultimo è stato garantito dal giudice delle leggi ([sent. n. 278 del 2013](#)), dopo che lo stesso giudice non l'aveva in un primo tempo riconosciuto ([sent. n. 425 del 2005](#)); un riconoscimento, quello di oggi, che – come si è tenuto a dichiarare nella pronuncia dello scorso anno – è di sicuro debitore verso l'orientamento di favore al riguardo manifestato dalla Corte EDU (in [Godelli](#))¹⁹. La Corte ha quindi, di necessità, fatto rinvio al legislatore per la predisposizione delle misure opportune al fine del compiuto appagamento del diritto in parola, allo stesso tempo salvaguardando la necessaria cautela con cui va verificata la volontà del genitore, che potrebbe perdurare nell'intenzione di non essere conosciuto.

Con decisione immediatamente seguente a quella dello scorso anno, la [n. 279 del 2013](#), la Consulta ha poi preso posizione sull'annosa questione del sovraffollamento carcerario²⁰, pronunciandosi per la inammissibilità della stessa ma – e qui è il punto – dichiarando di essere pronta ad intervenire nuovamente, se a ciò chiamata, anche convertendo la decisione odierna (che – ripetesi – è d'inammissibilità, non d'infondatezza) in una di accoglimento, laddove il legislatore non dovesse finalmente attivarsi per far cessare la violazione della Convenzione e, con essa, porre fine all'intollerabile offesa perpetrata alla dignità delle persone in carcere.

Si pongano, ora, a raffronto i due casi appena richiamati.

Nel primo, il diritto ottiene soddisfazione, sia pure nella forma imperfetta o immatura che è propria delle additive di principio, pur sempre bisognose di ricevere gli ulteriori, opportuni svolgimenti a mezzo di regole allo scopo adeguate, pur laddove nel frattempo i giudici “suppliscano” alla loro mancata adozione da parte del legislatore.

Nel secondo, il diritto è obbligato a restare in uno stato di persistente (e però, per ciò stesso, aggravata...) sofferenza: una sofferenza, nondimeno, temporalmente ed auspicabilmente limitata, dal momento che la Corte non ceta di poter commutare, anche a breve, il precedente verdetto in uno di accoglimento.

Ora, l'instabilità degli strumenti decisori è indice emblematico dell'uso “politico” che se ne fa e, per ciò pure, degli “effetti politici” dagli stessi prodotti.

La massima, radicale espressione di questo modo d'intendere e praticare la giurisdizione si ha con riferimento ai casi in cui una medesima “situazione normativa” – come a me piace chiamarla²¹ –,

¹⁹ Tra i molti commenti a [Corte cost. n. 278 del 2013](#), per tutti, v. E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in [www.rivistaaic.it](#), Osservatorio, dicembre 2013; in argomento, inoltre, E. MALFATTI, *Dopo la sentenza europea sul cognome materno: quali possibili scenari?*, in [Consulta OnLine, 2014](#) (10 marzo 2014).

²⁰ Anche questa pronuncia è stata – come si sa – largamente annotata [tra i molti altri, E. MALFATTI, “*Oltre le apparenze*”: *Corte costituzionale e Corte di Strasburgo “sintoniche” sull’(in)effettività dei diritti dei detenuti in carcere*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 16 dicembre 2013; R. BASILE, *Il sovraffollamento carcerario: una problematica decisione di inammissibilità della Corte costituzionale (sent. n. 279/2013)*, in [Consulta OnLine, 2014](#) (20 febbraio 2014); pure G. SORRENTI, *La densità delle carceri: dalle condanne della Corte EDU alla decisione della Corte costituzionale, fino al “seguito” legislativo interno, ivi, 2014* (6 marzo 2014), e, già, volendo, il mio *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, [ivi, 2013](#) (27 novembre 2013). Inoltre, A. PUGIOTTO, *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario)*, in [www.penalecontemporaneo.it](#), 9 marzo 2014, e in corso di stampa in *Giur. cost.*; C. NARDOCCI, *Il principio rieducativo della pena e la dignità del detenuto: prime risposte tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 279 del 2013*, in [www.rivistaaic.it](#), 1/2014; L. UCCELLO BARRETTA, *Il sovraffollamento carcerario tra protezione dei diritti fondamentali e discrezionalità legislativa (nota a Corte cost. n. 279/2013)*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](#), Osservatorio costituzionale, 1/2014; E. FRONTONI, *Il sovraffollamento carcerario tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in [www.federalismi.it](#), 9/2014. In argomento, dallo specifico punto di vista del diritto penale, A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Giappichelli, Torino 2014. Altri riferimenti negli interventi al Seminario organizzato dall'AIC su *Il significato della pena. A un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Roma 30 maggio 2014; in particolare, v. i contributi di G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*; I. NICOTRA, *Pena e reinserimento sociale*, e A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, tutti in [www.rivistaaic.it](#), 2/2014].

²¹ Della “situazione normativa” quale oggetto dei giudizi di costituzionalità sulle leggi si tratta, ancora da ultimo, in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, Giappichelli, Torino 2014, 93 ss.

come tale suscettibile di ripetizione temporale (di “universalizzarsi”, insomma), è trattata a mezzo di tecniche decisorie diverse, secondo quanto si è ad es. avuto sul terreno della risoluzione delle antinomie tra diritto (ieri comunitario ed oggi) “eurounitario” e diritto interno (a seguito della svolta segnata da [Corte cost. n. 170 del 1984](#)) ovvero, assai di recente, per ciò che concerne il meccanismo di controllo sulle leggi siciliane, per effetto del *revirement* prodotto da [Corte cost. n. 114 del 2014](#)²². Condizione necessaria, ancorché non sufficiente, della certezza del diritto (nella sua duplice espressione, quale certezza del diritto legislativo e certezza del diritto costituzionale) *in senso sostanziale* è infatti la certezza del diritto *in senso processuale*, vale a dire appunto la stabilità delle tecniche decisorie²³. Ed è allora da chiedersi²⁴ quale affidamento, per ciò che attiene alle prestazioni di certezze di diritto costituzionale che dalla Consulta si attendono, possa nutrirsi davanti a mutamenti improvvisi di rotta, a “tagli” netti rispetto ad un passato anche prossimo, negli indirizzi giurisprudenziali, laddove – come nelle circostanze sopra rammentate – non preannunziati (e giustificati) da analoghi mutamenti di quadro normativo²⁵.

Davanti a vicende, quali quelle ora richiamate (ed a molte altre che potrebbero ad ugual titolo essere nello stesso senso menzionate), l’impressione che è, a prima lettura, alimentata dalle pronunzie del giudice costituzionale è che quest’ultimo, *quando vuole, decide e, quando invece non vuole, non decide*.

La linearità dello svolgimento degli indirizzi e la loro coerenza rispetto a se stessi è, infatti, espressione e conferma allo stesso tempo della “giurisdizionalità” della giurisdizione, a tutti i livelli ed in ogni sede istituzionale in cui essa si manifesta²⁶. Una volta invece dismessi questi caratteri

²² Un preludio di un possibile (e non lontano) cambiamento d’indirizzo può, poi, vedersi, a riguardo della (in)sindacabilità dei regolamenti parlamentari in sede di giudizio sulle leggi e fonti equiparate, in [Corte cost. n. 120 del 2014](#), che a sua volta significativamente concorre a segnare una stagione di forte attivismo giurisprudenziale: una *pronunzia-ponte* – come ho ritenuto di qualificarla – tra un oscuro passato (che, però, proietta ancora sul presente la sua lunga ombra), informato ad una secca chiusura, ed un futuro, che ci si augura prossimo, invece di segno opposto [v., dunque, volendo, la mia nota dal titolo *Novità in tema di (in)sindacabilità dei regolamenti parlamentari, in una pronunzia-ponte della Consulta (a margine di Corte cost. n. 120 del 2014)*, in [Consulta OnLine](#), 10 maggio 2014; cfr. al mio punto di vista quelli di G. BUONOMO, *Il diritto pretorio sull’autodichia, tra resistenze e desistenze*, in [www.forumcostituzionale.it](#); 13 maggio 2014; R. DICKMANN, *Tramonto o rilegittimazione dell’autodichia delle Camere?* (Nota a Corte cost., 5 maggio 2014, n. 120), in [www.federalismi.it](#), 10/2014; pure ivi, A. LO CALZO, *Il principio di unicità della giurisdizione costituzionale e la giustizia domestica delle Camere*, e L. TESTA, *La Corte salva (ma non troppo) l’autodichia del senato. Brevi note sulla sent. Corte cost. n. 120 del 2014*; L. BRUNETTI, *Un significativo passo avanti della giurisprudenza costituzionale sull’autodichia delle Camere, nella pronuncia della Corte che conferma l’insindacabilità dei regolamenti parlamentari*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 23 maggio 2014].

²³ Alla scrupolosa osservanza di siffatto canone che presiede all’esercizio della funzione giurisdizionale ha fatto appello da tempo la più avvertita dottrina (per tutti, R. ROMBOLI, che vi si è intrattenuto in numerosi studi, tra i quali *Diritti fondamentali, tecniche di giudizio e valore delle disposizioni processuali*, in AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 1994, 151 ss.; *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro it.*, 1995, I, 1090 ss.; *Significati e valore delle disposizioni regolanti il processo davanti alla Corte costituzionale nei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, in *Quad.* dell’Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, 2/2002, 41 ss.; *Il diritto processuale costituzionale dopo la “svolta” degli anni 1987-1989*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent’anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - J. Luther, Giappichelli, Torino 2011, 317 ss. Inoltre, A. MORELLI, *L’illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2008, 5 ss.).

²⁴ ... così come sono tornato a chiedermi, annotando la decisione, sopra richiamata, relativa al controllo sulle leggi siciliane [v. il mio [Colpi di maglio della Consulta sul meccanismo di controllo delle leggi siciliane \(“a prima lettura” di Corte cost. n. 114 del 2014\)](#), in [Consulta OnLine](#), 2014 (8 maggio 2014); v., inoltre, F. GIUFFRÈ, *Verso la fine della giustizia costituzionale “alla siciliana” (Commento all’ordinanza della Corte costituzionale n. 114 del 7 maggio 2014)*, in [www.federalismi.it](#), 10/2014].

²⁵ In realtà, con riferimento al sindacato sulle leggi siciliane, il quadro normativo era, sì, cambiato per effetto della riforma del Titolo V e della introduzione della clausola di maggior favore, che avrebbe da subito potuto (e dovuto) portare all’esito della immediata estensione anche all’isola, così come s’è fatto per le altre Regioni ad autonomia differenziata, del nuovo sistema di controllo successivo. Com’è noto, però, la Corte ha ritenuto di dover far salve ([sent. n. 314 del 2003](#)) quelle previsioni statutarie che si accinge ora a mandare, risolutamente e senza rimpianti, al macero.

²⁶ Sulla fedeltà ai precedenti e, in specie sulla uniformità dell’utilizzo degli strumenti processuali quali tratti identificanti ed indefettibili della “giurisdizionalità” della giurisdizione, v., volendo, i miei *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*,

tipicamente espressivi della giurisdizione, lo scivolamento al piano al quale hanno svolgimento le attività degli operatori politici (o politico-istituzionali) appare inevitabile ed inarrestabile.

Equivale questo a dire che i giudizi di costituzionalità, più (o anzi) che essere *giudizi di legittimità* (per una ristretta e propria accezione del termine), sono piuttosto – perlomeno, non poche volte – *giudizi di opportunità*? Una domanda, come si vede, inquietante e, forse pure, sconcertante, laddove dovesse darsene una risposta affermativa, che a conti fatti finirebbe col rinnegare la prescrittività stessa della Costituzione nei riguardi non soltanto degli operatori politico-istituzionali ma degli stessi massimi garanti del sistema, da se medesimi abilitati a fare degli atti espressivi d'indirizzo politico l'uso di volta in volta ritenuto conveniente, ora mandandoli assolti ed ora invece sanzionandoli in applicazione di criteri indefiniti e soggetti a continuamente cangianti applicazioni.

Un esito ricostruttivo, quello ora succintamente enunciato, in seno al quale v'è – a me pare – un fondo di verità che, però, nei termini in cui è ora rappresentato, viene in modo abnorme dilatato e sollecitato ad esasperate conclusioni, come tali teoricamente inaccettabili. Perché il vero è che, pur laddove – come nelle vicende processuali sopra richiamate – la Corte dovesse dar l'impressione di far dipendere il giudizio dal contesto politico-istituzionale nel quale esso s'inscrive ed opera, il giudizio stesso non sarebbe espressione di un apprezzamento politico *puro*, quale sintesi degli orientamenti (*lato sensu*) ideologici prevalenti in seno al collegio, ma risulterebbe ad ogni buon conto teleologicamente orientato alla realizzazione di istanze profondamente radicate nel sistema costituzionale.

La Corte, insomma, tende pur sempre all'affermazione della *Costituzione come sistema*, e ad un'affermazione – come suol dirsi – *magis ut valeat*, ogni sua decisione ponendosi quale il frutto (per vero, ora più ed ora meno maturo) di un bilanciamento tra interessi contrapposti proteso allo scopo appena indicato. Poi, è chiaro che alle volte il calcolo si rivela sbagliato e che il giudizio può, pertanto, per questo o quell'aspetto, esporre il fianco alla critica. E, tuttavia, la confutazione nel merito di un verdetto giudicato inappagante è una cosa, il metodo che sta a base della sua formulazione un'altra.

Sembra nondimeno provato che – come si è già fatto osservare in altri luoghi²⁷ – il giudice delle leggi miri all'obiettivo di *far coincidere il punto più elevato di mediazione politica col punto più elevato di sintesi costituzionalmente qualificata, alla luce dell'insieme dei fini-valori enunciati nella Carta*. Questo, perlomeno, è il modello, per come ai miei occhi appare: un modello, tuttavia, non poche volte irraggiungibile, ed anzi forse, nella sua forma pura, mai appieno raggiungibile, verso il quale nondimeno occorre tendere, nell'intento di avvicinarvisi quanto più è possibile; ed in effetti il più delle volte il giudice costituzionale avvalora la bontà del modello, confermando di voler realizzare (se non proprio la coincidenza) la convergenza tra gli esiti della mediazione suddetta ed un bilanciamento complessivamente appagante tra i valori costituzionali evocati in campo dal caso.

4. La Corte e le riforme, ovvero sia quando il giudice costituzionale rende testimonianza della sua fedeltà alla Repubblica, così come ha da ultimo fatto sanzionando la disciplina elettorale e vigorosamente spingendo per il suo complessivo rifacimento

Non di rado, poi, davanti al palese disorientamento manifestato dalle forze politiche e dalle istituzioni governanti nelle quali queste s'incarnano, il giudice fa opera di stimolo per uscire da una situazione stagnante, non trattenendosi altresì in talune circostanze di tracciare il percorso lungo il

in Riv. dir. cost., 2009, 125 ss., e [L'"intensità" del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come "sistema"](#), in [Consulta OnLine, 2013](#) (30 gennaio 2013).

Con specifico riguardo alla tecnica dell'autocitazione, per il modo con cui se ne fa utilizzo alla Consulta, indicazioni, tra gli altri, in A. SAIITA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996, spec. 160 ss. e AA.VV., *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di M. Pedrazza Gorlero, Cedam, Padova 2008.

²⁷ e, segnatamente, nel mio *La Corte costituzionale ai tempi del maggioritario*, in *Quad. cost.*, 2/2011, 361 ss., spec. 370 ss.

quale esse possono con profitto avviarsi in vista delle necessarie modifiche da apportare a discipline legislative inadeguate a venire incontro alle attese della comunità statale, oltre che di assai dubbia conformità a Costituzione ovvero con questa scopertamente contrastanti.

Se n'è avuto, ancora di recente, riscontro in occasione del giudizio di annullamento nei riguardi della legge elettorale (il c.d. “*porcellum*”)²⁸: forse, la più emblematica espressione della “forza politica” della Corte costituzionale²⁹, vale a dire della sua capacità di incidere a fondo sia sull'indirizzo politico di cui la legge stessa si fa portatrice che (e soprattutto) sul sistema politico, la forma di governo e, andando ancora più a fondo, la stessa forma di Stato.

La vicenda, assai nota perché se ne debbano in questa sede ripercorrere anche solo le tappe più salienti, è altamente istruttiva sotto più aspetti. Mi limito qui a fermare l'attenzione unicamente su quelli più direttamente interessanti questo studio.

Il primo. La [sent. n. 1 del 2014](#) conferma quanto si faceva poc'anzi osservare, e cioè che, quando la Corte vuol decidere, non vi sono ostacoli tecnico-giuridici che tengano, che riescano cioè ad opporsi all'affermazione della volontà stessa. Molti commentatori dell'ordinanza di rimessione si erano prefigurati un esito che vedesse la questione respinta per inammissibilità; d'altronde, come si sa, proprio le leggi elettorali sono sempre state da una diffusa dottrina annoverate tra quelle nei cui riguardi, per l'uno o per l'altro verso, il giudizio di costituzionalità non avrebbe potuto di fatto svolgersi per la irrilevanza della questione stessa (una classica “zona franca” o, quanto meno, una “zona d'ombra” – come pure si è detto – della giustizia costituzionale, insomma³⁰). La Corte supera oggi l'ostacolo, creando nondimeno un precedente dagli imprevedibili, futuri svolgimenti proprio per ciò che attiene alla nozione di rilevanza, fatta oggetto di una significativa (e, invero, discutibile) dilatazione concettuale.

Il secondo aspetto, al primo strettamente legato, concerne la ragione che ha indotto il giudice a decidere, ed a farlo con una pronunzia *self-executing*, non già – come pure si è ipotizzato all'indomani del comunicato emesso dalla Consulta che preannunziava il verdetto ed in attesa della pubblicazione di quest'ultimo – con una mera additiva di principio, bisognosa per la sua adeguata implementazione di essere seguita da regole adottate dal legislatore³¹.

Ora, è chiaro che, una volta maturata l'opzione per l'accoglimento della questione, la Corte non avrebbe potuto fare diversamente, dovendo pur sempre assicurare la funzionalità del meccanismo di riparto dei seggi risultante per effetto della pronunzia ablativa. Legge costituzionalmente necessaria per antonomasia, quella elettorale³², che non avrebbe dunque potuto soggiacere ad annullamento se non in un modo tale da garantire comunque la continuità nella provvista degli organi rappresentativi della volontà popolare, mettendosi pertanto al riparo il valore democratico dal rischio di poter subire per mano del giudice una violazione ancora maggiore di quella pure perpetrata dall'atto caducato.

²⁸ Il riferimento è, ovviamente, alla notissima [sent. n. 1 del 2014](#), ampiamente commentata. È interessante notare che il cruciale rilievo della decisione è avvalorato dal fatto che ad essa ha inusualmente fatto richiamo il Presidente della Corte nella sua relazione relativa alla giurisprudenza del 2013, malgrado la pubblicazione della decisione stessa abbia avuto luogo nell'anno in corso (su ciò, v. G. AZZARITI, *La legge elettorale nella relazione annuale del presidente della Corte costituzionale*, in [www.costituzionalismo.it](#), 2 marzo 2014).

²⁹ ... per riprendere, ancora una volta, la nota, efficace espressione di T. MARTINES, argomentata negli scritti dietro citt. (e in altri ancora).

³⁰ In argomento, per tutti, AA.VV., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, a cura di R. Balduzzi - P. Costanzo, Giappichelli, Torino 2007. Con specifico riguardo alla pronunzia sulla legge elettorale, di cui si viene ora dicendo, tra gli altri, sul punto R. BIN, “*Zone franche*” e *legittimazione della Corte*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 5 maggio 2014.

³¹ Con riguardo alle modalità di espressione del voto, è infatti da chiedersi perché mai la legge sarebbe incostituzionale nella parte in cui non prevede una preferenza, e non pure *almeno* una, posto che le soluzioni astrattamente immaginabili sono – a dire della stessa Corte – molte. La risposta è evidente: solo la prima soluzione rende subito applicativa la normativa di risulta, la seconda richiedendo invece l'obbligatoria mediazione del legislatore (v., dunque, quanto se ne dice subito *infra*).

³² ... perlomeno nelle sue statuizioni necessarie alla traduzione dei voti in seggi (ed in altre ancora al momento qui non interessanti).

Il giudice, insomma, era qui ancora una volta chiamato – così come lo è in non pochi altri casi – a porre a confronto la “situazione normativa” quale esistente con la vigenza dell’atto sindacato e quella che potrebbe aversi per effetto della sua rimozione per illegittimità: se si vuole, a ponderare due forme diverse di lesione costituzionale, ove si ammetta che la stessa rimozione in parola non possa che aver luogo in modo forzato nei riguardi dei canoni che presiedono al fisiologico svolgimento del processo costituzionale, vale a dire a stabilire dove si situi il punto di maggior tutela (o, magari, di minor sofferenza...) per la *Costituzione come sistema*³³.

Ammettiamo pure che, nella vicenda in parola, la Corte si sia portata oltre la soglia al di qua della quale avrebbe invece dovuto restare; non intendo ora verificare la bontà di questa ipotesi ricostruttiva, che dunque assumo nei termini appena indicati. Ebbene, ci si deve chiedere perché tutto ciò si sia avuto; e la risposta è di tutta evidenza, colta nella sua essenza dalla stessa pubblica opinione, anche nelle sue componenti che poco o nulla fanno di diritto in genere e di diritto costituzionale in specie. La Corte ha deciso perché ha ritenuto che la situazione qual era non avrebbe più potuto essere oltre modo tollerata. Dopo l’esito dell’ultima consultazione elettorale e le sofferte esperienze che l’hanno preceduta ed accompagnata, segnate da uno stato ormai endemico di instabilità politica e di confuso svolgimento della dialettica sia tra maggioranza ed opposizioni che tra le stesse forze politiche componenti la maggioranza stessa, in perenne, reciproca tensione, l’obiettivo primario era (ed è) quello di uscire da un contesto soffocante ed allarmante, dando uno scossone ad una politica afflitta da veti incrociati tra i suoi protagonisti ed incapace di portarsi da se medesima fuori dalle sabbie mobili in cui rischiava (e – ahimè – ancora oggi rischia) di essere inghiottita, trascinando nella sua rovinosa caduta l’intero Paese.

La Corte – come si diceva – ha deciso perché *voleva* decidere; possiamo ora precisare meglio: *doveva* decidere. E doveva farlo perché a ciò chiamata da quel dovere di fedeltà alla Repubblica alla cui osservanza nessuno, cittadini ed istituzioni, può sottrarsi³⁴. Dovere di fedeltà e valore democratico, in questa al pari di altre vicende, hanno fatto tutt’uno: l’uno si è rivelato servente l’altro; e il solo modo per centrare l’obiettivo è stato considerato quello che passava attraverso la caducazione, nei termini enunciati dalla pronuncia della Corte, della disciplina legislativa oggetto di sindacato.

Forse, può sembrare eccessivo affermare³⁵ che, nella circostanza *de qua*, la Corte ha inteso schmittianamente farsi gestore di uno stato di crisi non altrimenti superabile, vale a dire che non facendosi luogo al verdetto d’incostituzionalità il sistema avrebbe potuto ancora di più avvitarci in se stesso, fino al punto d’implodere, di dissolversi. E, laddove ciò si fosse avuto, non vi sarebbe stato più spazio per l’affermazione del primato della Costituzione nei riguardi di una politica che, puntando insensatamente a sottrarsi ad ogni limite al fine della propria sregolata autoriproduzione e salvaguardia, avrebbe portato con la fine dello Stato di diritto costituzionale a condannare anche se stessa. Forse, cioè, lo scenario che il giudice si è prefigurato, qualora fosse rimasto inerte appellandosi alla rigida osservanza dei canoni che governano lo svolgimento del processo costituzionale e ne sanciscono i limiti, non era proprio quello caratterizzato da un’emergenza istituzionale suscettibile di sfociare nello smarrimento della identità costituzionale e continuità ordinamentale nel tempo. Davanti però all’oscuro ed inquietante futuro ormai alle porte, il giudice costituzionale ha preferito non correre i rischi, rompendo gli indugi. In fondo, ha qui rinnovato ciò che già in altre, anche risalenti occasioni, ha fatto: come, ad es., più di trent’anni addietro, quando (con la nota [sent. n. 15 del 1982](#)) ha mandato assoluta una disciplina normativa che in misura abnorme dilatava i termini massimi della carcerazione preventiva, sol perché questo era ritenuto – a torto o a ragione – il modo più efficace, comunque il più pressante, per combattere il tentativo posto in essere dalle brigate rosse di scardinare lo Stato.

³³ Al sistema, d’altronde, la stessa Corte ha fatto insistito richiamo, specie nella sua ultima giurisprudenza e al piano del confronto con quella di altre Corti (e, segnatamente, della Corte EDU): tra le altre, v., infatti, sentt. [nn. 236 del 2011](#), [264 del 2012](#) e, più di recente, [1](#), [170](#) e [202 del 2013](#).

³⁴ Del dovere in parola ha, di recente, discorso, oltre a B. DE MARIA, nello scritto dietro cit., A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013, e F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, ai quali rimando per ogni altro riferimento.

³⁵ ... con A. MORRONE, *Il miracolo costituzionale*, in [www.confrocostituzionali.eu](#), 6 dicembre 2013.

Nessun rilievo, ovviamente, è da assegnare alla circostanza per cui, in quella ormai lontana circostanza, il verdetto è stato di rigetto (seppur condizionato allo stato di emergenza³⁶), mentre nel caso odierno è stato di accoglimento. Ancora una volta, si ha qui conferma che è il fine ad attrarre a sé il mezzo, a decidere la scelta e le modalità di utilizzo, in funzione del conseguimento dell'obiettivo di "custodia" costituzionale. E, qui come lì, la manovra posta in essere presso la Consulta lascia un segno profondo, non effimero, non soltanto sulla forma di governo ma sulla stessa forma di Stato, proprio perché in gioco era, ed è, la continuità dell'esperienza costituzionale in corso, l'identità della Costituzione e dell'intero ordinamento sulla stessa fondato.

Al tirar delle somme, più ancora dei giuristi, sono gli storici ed i politologi del futuro che, volgendo lo sguardo verso le vicende che sono ormai alle loro spalle, possono stabilire se ciò che s'è fatto è stato ben fatto, se era l'unica cosa che poteva farsi, quali ne sono stati gli effetti, e via discorrendo. Certe vicende, infatti, non possono mai essere colte appieno, nella loro strutturale complessità, e a modo vagliate *durante* (o, peggio, *prima*) ma solo, appunto, *dopo*. Il che vale come dire che i giudizi di costituzionalità, laddove investano i gangli vitali del sistema, non possono essere apprezzati nel loro svolgimento e nei loro esiti con metodo rigorosamente giuridico (o *solo* giuridico), piuttosto richiedendo di essere sottoposti a verifiche in ordine alla loro interna linearità e conformità al modello, all'essenza della Costituzione, bisognose di aver luogo anche (e, forse, soprattutto o, addirittura, esclusivamente) al piano storico-politico. E ciò, per il fatto che il metro giusto per l'apprezzamento sotto ogni aspetto delle vicende cui si fa ora riferimento è quello che ha riguardo al *Grundwert* della identità della Costituzione e dell'ordinamento nel tempo, pur laddove la sua salvaguardia passi attraverso l'occasionale accantonamento di valori o principi fondamentali, quali quelli riportabili alla rigidità della Costituzione ed alla sua scrupolosa ed integrale osservanza. Persino la dignità della persona umana, in cui si è in altri luoghi visto l'autentico valore "superconstituzionale" dell'ordinamento³⁷, si trova – come si è veduto, richiamando il caso della durata della carcerazione preventiva per un tempo insopportabilmente lungo³⁸ – obbligata a soggiacere a limite ed a versare dunque in uno stato di palese sofferenza, questo apparendo essere il costo inevitabile che si deve far pagare allo scopo di traghettare l'ordinamento oltre il guado nel quale versa durante lo stato d'emergenza³⁹.

5. *Ancora delle valenze possedute dalla pronunzia sulla legge elettorale (in ispecie, dei condizionamenti che decisioni della Corte e leggi possono esercitarsi a vicenda nel "circolo" in cui tutte s'immettono e svolgono) e, in generale, del ruolo assunto dalla giurisprudenza quale terreno particolarmente fertile per la definizione e maturazione delle riforme istituzionali e costituzionali*

³⁶ ... tant'è che il giudice si è premurato di dichiarare che le misure "insolite" – così pudicamente definite, al posto di "incostituzionali" (o, forse di più, "anticostituzionali": per questa differenza e il linguaggio che vi rende testimonianza, v. A. SPADARO, in più scritti, a partire da *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss.) – adottate dal legislatore per far fronte all'emergenza avrebbero perduto legittimità una volta cessata l'emergenza stessa e, perciò, non si sarebbero sottratte alla loro caducazione, laddove alla Corte si fosse data l'opportunità di farvi luogo.

³⁷ Se n'è iniziato a discorrere in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss., con le precisazioni che sono in successivi scritti di ciascuno dei due autori.

³⁸ ... ma non, per ciò stesso, a motivo della giustificazione datane, irragionevole. Si ha qui, cioè, una ulteriore, seppur drammatica ed inquietante, testimonianza dell'attitudine della ragionevolezza a porsi davvero quale "principio architettonico del sistema", secondo la felice definizione proposta da L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano 2005.

³⁹ Qualcosa di simile si sarebbe tentati di dire con riguardo alle soluzioni politico-normative adottate (specie a partire dal Governo Monti) per far fronte all'emergenza economico-finanziaria. Solo che, diversamente dalle vicende della legge elettorale e delle misure carcerarie varate ai tempi del terrorismo rosso, qui non era (e non è) affatto scontato che le soluzioni suddette fossero le *sole* possibili, a "rime obbligate" discendenti dal dettato costituzionale, allo scopo di arginare gli effetti devastanti della crisi, e, ad ogni buon conto, quelle giuste, dal punto di vista dei valori fondamentali dell'ordinamento nel loro fare "sistema". E, per averne conferma, basti solo pensare a quanto poco esse si presentino rispettose del valore dell'eguaglianza sostanziale e, a questo strumentalmente connesso, di quello della giustizia distributiva della ricchezza.

(con l'esempio delle progettate innovazioni al Titolo V, in larga misura "razionalizzatrici" di indirizzi giurisprudenziali)

La sentenza di quest'anno sulla legge elettorale presenta uno speciale interesse, per le finalità ricostruttive dello studio che si va ora facendo, anche sotto aspetti diversi da quelli fin qui rapidamente esaminati.

In primo luogo, rende ulteriore, particolarmente espressiva testimonianza della sfiducia nutrita dal giudice costituzionale circa la possibilità che una decisione di rigetto, sia pure accompagnata – come innumerevoli volte si è fatto – da un vigoroso monito, sortisse l'effetto di indurre le forze politiche a risvegliarsi dal letargo in cui da lunga pezza versano, attivandosi e ponendo finalmente mano all'atteso rifacimento della disciplina elettorale.

D'altro canto, se è pur vero che, stante il carattere costituzionalmente imposto della disciplina stessa, le innovazioni ad essa apportate dal giudice costituzionale avrebbero comunque dovuto assicurare l'autosufficienza della normativa di risulta e, perciò, la sua idoneità ad essere portata, se del caso, ad immediata applicazione, non è meno vero che la Corte era (ed è) perfettamente consapevole della scarsa risposta fin qui data dalle previsioni dei regolamenti parlamentari in ordine alle procedure di "seguito" alle decisioni della Corte stessa (segnatamente, a quelle di accoglimento). Forse, dunque, è anche alla luce di questa consapevolezza che si spiega il ricorso non infrequente a pronunzie manipolative che, pur laddove non si traducano nell'aggiunta di regole ma solo di principi, possono mettere in condizione gli operatori (e perciò, in buona sostanza, i giudici) di "supplire" alle prevedibili, perduranti carenze ed omissioni del legislatore. La giurisprudenza degli anni a noi più vicini offre numerose indicazioni di questa tendenza, come qui pure si è segnalato con riguardo a taluni casi ai quali si è sopra fatto cenno.

In secondo luogo, resta confermato che il circuito entro il quale giudici comuni, Corte e legislatore s'immettono ed esercitano il mandato che è loro affidato è segnato da un moto sia "discendente" che "ascendente" e, a conti fatti, appunto "circolare".

E così, se, per un verso, le decisioni della Corte, per il tempo in cui sono adottate, il contesto in cui s'inscrivono, la loro connotazione complessiva, possono sollecitare certi "seguiti" (e non altri) da parte degli operatori restanti, per un altro verso le leggi, per come sono fatte, possono determinare una certa "reazione" piuttosto che un'altra da parte del giudice costituzionale, il quale nondimeno, impossibilitato ad agire *motu proprio*, ha pur sempre bisogno di essere convenientemente investito delle questioni su cui è chiamato a pronunziarsi, non riuscendo altrimenti a portare a compimento, in modo efficace, le operazioni di bonifica costituzionale del terreno infestato da leggi non compatibili con la Carta.

Poi, ci si può chiedere quale sia il verso più proficuamente percorribile (ed effettivamente percorso), idoneo cioè a servire meglio la Costituzione e, allo stesso tempo, ad offrire risposte credibili e complessivamente appaganti alle domande che, in modo viepiù pressante, vengono poste a giudici e legislatore da una comunità statale sempre più stanca e sfiduciata. Questa è però un'analisi, estremamente impegnativa e svolgentsi sopra un terreno assai scivoloso e che richiede di essere rinnovata per i vari campi materiali di esperienza, che nondimeno si porta molto oltre l'*hortus conclusus* in cui è obbligata a restare confinata la succinta riflessione che si va ora facendo.

La [sent. n. 1 del 2014](#) si pone, dunque, quale una delle più emblematiche (forse, proprio la più emblematica di tutte) testimonianza di come le perduranti e non più tollerabili carenze della legislazione possano determinare reazioni vistose, forse persino eccessive da parte della Consulta (nel senso di problematicamente riconducibili all'alveo entro cui deve scorrere la giurisprudenza costituzionale, ove voglia fare un uso adeguato e misurato degli strumenti processuali di cui è dotata).

La Corte non si è, infatti, limitata a stimolare le forze politiche (e gli organi per il cui tramite esse fanno sentire la loro voce) a fare la riforma ma *l'ha fatta essa stessa*, sia pure, ovviamente, nei limiti di sistema consentiti al proprio ruolo e ferma restando la sempre possibile, futura *riforma della...*

riforma, nondimeno obbligata a restare entro la cornice delineata dalla pronunzia del giudice costituzionale, conformandosi pertanto ai principi in essa indicati⁴⁰.

Questo modo di operare non è, come si sa, nuovo. Qui, però, si è avuta forse la sua più vistosa espressione, la più incisiva, a un tempo, nel sistema politico, nei meccanismi della forma di governo, nella conformazione stessa della forma di Stato. A conferma di come la “*viva vox Constitutionis*” – com’è stata efficacemente chiamata⁴¹ – molte volte, in realtà, non si trattenga dallo riscrivere il dettato della Carta, offrendo una tangibile testimonianza del divario crescente tra il diritto costituzionale vigente e quello vivente, basti solo qui rammentare la ormai copiosa giurisprudenza venutasi a formare sul nuovo Titolo V⁴². E, invero, il volto odierno dello Stato regionale e delle autonomie, quale risulta dalle indicazioni che se ne sono date e seguitano a getto continuo a darsene dalla Consulta, appare irriconoscibile alla luce della fotografia consegnataci dagli artefici della riforma del 2001, che solo per aspetti assolutamente marginali in qualche modo appare somigliante alla realtà; e non occorre, ovviamente, qui rammentare i numerosi esempi che potrebbero addursi a riprova di quest’assunto (dalla legislazione all’amministrazione, alla finanza, ai rapporti intersoggettivi, ai controlli)⁴³.

Il richiamo alle vicende del Titolo V torna poi utile a conferma, per un verso, del circolo produttivo in cui si situano, reciprocamente influenzandosi, la giurisprudenza e la progettazione delle riforme⁴⁴ e, per un altro verso, delle strette e mutue implicazioni che si danno tra le esperienze della forma di governo e quelle della forma di Stato, nonché tra il modo con cui la Corte si fa mediatrice dei conflitti politici (in larga accezione) e garante dei diritti fondamentali.

Uno studio sugli “effetti politici” delle decisioni della Corte che aspiri (non dico alla completezza ma) ad una accettabile organicità non può trascurare di fare oggetto di esame i riflessi che la giurisprudenza sui poteri produce nei riguardi del complessivo assetto dei diritti (e doveri) fondamentali, così come quella su questi nei riguardi dell’assetto di quelli. D’altronde, come si sa, ormai da tempo la più sensibile dottrina ha messo in chiaro quanto sia artificioso e, ad ogni buon conto, ingenuo tenere innaturalmente separata la prima dalla seconda parte della Carta⁴⁵. Questa mutua incidenza viene a prendere corpo tanto a mezzo di pronunzie adottate in esercizio di competenze diverse quanto di quelle espressive di una stessa competenza, ad ulteriore conferma, anche per quest’aspetto, dello stretto ed inscindibile legame che nel vivo dell’esperienza s’intrattiene tra pubblici poteri e diritti (e doveri) costituzionali.

⁴⁰ Seri dubbi di piena conformità alle indicazioni date dalla Consulta solleva la disciplina elettorale messa in cantiere dal Governo Renzi. Più articolato, invece, il giudizio con riguardo ad altri progetti, in merito ai quali nulla tuttavia è ora possibile dire.

⁴¹ Rammento, con questo titolo, una nota raccolta delle più significative pronunzie del giudice costituzionale a pubblicazione periodica, curata da V. Onida e B. Randazzo, per i tipi della Giuffrè.

⁴² Di una Corte che “riscrive” il Titolo V si dice in un commento ad una nota, importante decisione della Corte (A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in www.forumcostituzionale.it); come si viene dicendo nel testo, l’affermazione sembra tuttavia generalizzabile.

⁴³ Sulla giurisprudenza relativa al nuovo Titolo V si dispone ormai di numerosi studi, tanto di ordine generale e di sintesi, quanto con specifico riguardo a singoli campi materiali, dai quali può aversi conferma di quanto si viene ora dicendo nel testo (*ex plurimis*, L. VIOLINI - A. ROVAGNATI, *Rileggendo la giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra Stato e Regioni del 2012*, in *Le Regioni*, 5-6/2012, 957 ss.; AA.VV., *La giustizia costituzionale e il “nuovo” regionalismo*, I, a cura di N. Viceconte, e II, a cura di N. Viceconte - P. Colasante, Giuffrè, Milano 2013 e, ancora di AA.VV., *Il regionalismo italiano tra giurisprudenza costituzionale e involuzioni legislative dopo la revisione del Titolo V*, Seminario organizzato dall’ISSiRFA, Roma 13 giugno 2013; v., inoltre, i saggi di S. MANGIAMELI, ora riuniti in *Le Regioni italiane tra crisi globale e neocentralismo*, Giuffrè, Milano 2013).

⁴⁴ Basti solo por mente alla rilevante misura in cui quest’ultima si presenta debitrice nei riguardi della giurisprudenza e persino *quodammodo* di essa “razionalizzatrice”, secondo quanto avvalorano i progetti volti a riscrivere nuovamente il Titolo V, come da ultimo quello messo a punto dal Governo Renzi, il quale nondimeno si discosta in più punti dalla giurisprudenza stessa, secondo quanto mi sono sforzato di mostrare nel mio *Note minime a prima lettura del disegno Renzi di riforma costituzionale*, in www.federalismi.it, 8/2014.

⁴⁵ Per tutti, M. LUCIANI, *La “Costituzione dei diritti” e la “Costituzione dei poteri”*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Cedam, Padova 1985, 497 ss.

6. *I faticosi e sofferti equilibri tra Costituzione e politica raggiunti dalla giurisprudenza in tema di fonti (e, segnatamente, di deleghe e decretazione d'urgenza)*

Dovendosi qui circoscrivere l'esame alle sole pronunzie emesse in occasione dei giudizi sulle leggi, un banco di prova altamente istruttivo della congiunta incidenza esercitata, a un tempo, sulle dinamiche della forma di governo e su quelle della forma di Stato è dato dalla giurisprudenza in tema di fonti.

Gli studi che la riguardano sono ormai talmente numerosi da non potersene fare qui menzione alcuna, così come non è possibile dire della varietà delle tendenze e delle (ad oggi vistose) oscillazioni esibite dalla giurisprudenza stessa, all'affannosa ricerca di un suo *ubi consistam* ancora non trovato e, forse, anche in futuro assai problematicamente rinvenibile.

Mi limito solo a segnalare quella che, ai fini della ricostruzione qui tentata, appare forse la nota più saliente della giurisprudenza in discorso, e che è data – a me pare – dalla tecnica dello *stop and go* che ne accompagna e scandisce i più marcati, ancorché non sempre del tutto lineari, svolgimenti. Una tecnica che racchiude in sé ed emblematicamente esprime in rilevante misura quella “politicità” dei giudizi di costituzionalità che è tratto ineliminabile del modo di essere e di operare dell'organo che li emette.

In seno alla giurisprudenza, infatti, è dato rinvenire alcuni indici che inequivocabilmente testimoniano tanto l'orientamento della Corte volto ad assecondare alcune tra le più vigorose tendenze della normazione quanto l'orientamento opposto, volto cioè ad arginare (se non proprio a contrastare frontalmente) le tendenze stesse, laddove vistosamente debordanti dall'alveo costituzionale.

Faccio solo un paio di esempi, nell'uno e nell'altro verso; e, dunque, si pensi alla giurisprudenza sulle deleghe legislative⁴⁶ che sempre di più vanno mostrandosi quali strumenti “multiuso” e che, in questa loro consustanziale elasticità (o, diciamo pure, doppiezza) hanno perlopiù goduto dell'avallo

⁴⁶ Notazioni di vario segno in C. DE FIORES, *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative*, Cedam, Padova 2001; A. CELOTTO - E. FRONTONI, *Legge di delega e decreto legislativo*, in *Enc. dir.*, Agg., VI (2002), 697 ss.; AA.VV., *Le deleghe legislative. Riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale*, a cura di P. Caretti - A. Ruggeri, Giuffrè, Milano 2003; P. MAGARÒ, *Delega legislativa e dialettica politico-istituzionale*, Giappichelli, Torino 2003; N. MACCABIANI, *La legge delegata. Vincoli costituzionali e discrezionalità del Governo*, Giuffrè, Milano 2005; R. ARENA, *Il rapporto Parlamento-Governo alla luce delle dinamiche della normazione: la giurisprudenza costituzionale sulla delegazione legislativa*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, cit., 87 ss.; P. MILAZZO, *Uno sguardo sulle prassi e le tendenze della delega legislativa nel decennio 1996-2007*, in AA.VV., *Osservatorio sulle fonti 2006. Le fonti statali: gli sviluppi di un decennio*, a cura di P. Caretti, Giappichelli, Torino 2007, 80 ss.; AA.VV., *La delega legislativa*, Giuffrè, Milano 2009 (ed *ivi*, part., G. TARLI BARBIERI, *La delega legislativa nei suoi più recenti sviluppi*, 93 ss., e R. ZACCARIA - E. ALBANESI, [La delega legislativa tra teoria e prassi](#), il quale ultimo può altresì vedersi in [Consulta OnLine, 2008](#) (28 ottobre 2008); AA.VV., *Le trasformazioni della delega legislativa. Contributo all'analisi delle deleghe legislative nella XIV e nella XV legislatura*, a cura di E. Rossi, Cedam, Padova 2009; A. PIZZORUSSO (in molti scritti e, tra questi, per un quadro d'insieme, *Fonti del diritto*², Zanichelli - Il Foro italiano, Bologna-Roma 2011, 491 ss.); N. LUPO, del quale, tra i suoi numerosi contributi, v. *Il ruolo normativo del Governo*, in *Il Filangieri*, Quad. 2010, Jovene, Napoli 2011, 81 ss.; AA.VV., *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, a cura di M. Cartabia - E. Lamarque - P. Tanzarella, Giappichelli, Torino 2011, ed *ivi*, part., E. FRONTONI, *Il decreto legislativo al cospetto della Corte costituzionale: vecchie questioni e nuovi profili problematici*, 37 ss., della quale v., poi, sotto un peculiare aspetto, *Pareri e intese nella formazione del decreto legislativo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, nonché, sempre nel vol. coll. da ultimo cit., E. MALFATTI, *Attorno al “volto procedurale” delle deleghe legislative (attorno ai pareri)*, 329 ss. Utili indicazioni possono, inoltre, aversi da E. ALBANESI, *Pareri parlamentari e limiti della legge*, Giuffrè, Milano 2010; AA.VV., *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, a cura di R. Zaccaria (con la coll. di E. Albanesi, E. Brogi e V. Fiorillo), Grafo, Brescia 2011, ed *ivi* spec. i contributi al Seminario di Pisa del 18 marzo 2011, dedicato appunto a *La delega legislativa*; G. PARODI, *Le fonti del diritto. Linee evolutive*, Giuffrè, Milano 2012, 143 ss.; A. ALBERTI, *La delegazione legislativa tra modelli ed esperienze costituzionali*, relaz. al Seminario del Gruppo di Pisa su *Lo studio delle fonti del diritto e dei diritti fondamentali in alcune ricerche dottorali*, Università di Roma Tre 20 settembre 2013, in [www.gruppodipisa.it](#) (e, pure *ivi*, a suo commento, F. MODUGNO, *Appunti su alcune ricerche dottorali dedicate alle “fonti del diritto”*). Infine, E. ANDREOLI, *Una recente sentenza della Corte in materia di delega legislativa, tra elasticità e resistenza del modello costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 20 maggio 2014.

fin troppo generosamente loro offerto dal giudice costituzionale, che – come si sa – si è persino spinto ad ammettere che talune leggi non soltanto possano essere assai lacunose e finanche reticenti, per ciò che attiene alla indicazione dei “principi e criteri direttivi” ai quali la normazione del Governo è tenuta ad attenersi, ma – di più –, sia pure in una peculiare congiuntura, debbano del tutto privarsi di siffatta indicazione, dal momento che il Governo era nella circostanza chiamato ad una mera opera di ricognizione dei “principi fondamentali” della legislazione statale preesistente relativa a materie di potestà ripartita⁴⁷.

Per l’altro verso, si può richiamare la giurisprudenza in tema di decreti-legge e leggi di conversione⁴⁸: una giurisprudenza che, per vero, a tutt’oggi presenta luci ed ombre e che, nondimeno, si segnala per l’affannosa e sofferta ricerca volta a ritagliare spazi di una certa consistenza per l’esercizio del sindacato di costituzionalità, per ciò stesso riequilibrando il rapporto tra una politica refrattaria a mantenersi entro gli argini ancorché approssimativamente segnati nella Costituzione e la Costituzione stessa fin qui obbligata a piegarsi per sistema davanti a quella, lasciata libera di esprimersi in modo prepotente.

Va subito detto con chiarezza. Lo squilibrio permane ancora oggi, sotto più aspetti, il più grave e rilevante dei quali è forse quello che attiene alla giustificazione stessa dell’utilizzo dello strumento della decretazione d’urgenza (e, a seguire, dello strumento della legge competente a darne la conversione). Un utilizzo astrattamente soggetto a sindacato ma limitatamente ai casi di “evidente mancanza” dei presupposti fattuali al cui ricorrere la normazione d’urgenza ha modo di spiegarsi. Il che vale come dire che la sanzione può essere comminata unicamente laddove la violazione della Carta risulti “evidente”. Ciò che tuttavia mal si concilia – a me pare⁴⁹ – con la circostanza per cui la Corte non è stata istituita allo scopo di dichiarare i soli casi di certa (“evidente”, appunto) violazione della legge fondamentale ma soprattutto per risolvere i casi dubbi (le “controversie”, come sta scritto nell’art. 134).

Ora, non è il caso qui di indugiare sulle ragioni, peraltro note, che hanno indotto la Corte ad arrestarsi davanti alla soglia oltre la quale le offese alla Carta non appaiono esser più “evidenti”. Di sicuro, dietro l’indirizzo giurisprudenziale in parola v’è, forte e non celata, la preoccupazione nutrita dal giudice costituzionale di non invadere il campo riservato alle determinazioni spettanti agli organi della direzione politica, offrendo allo stesso tempo all’indirizzo di cui essi sono portatori di potersi far valere senza soggiacere a vincoli stringenti. Insomma, dietro l’equilibrio tra il controllore ed il controllato si fa intravedere il bisogno di preservare l’equilibrio tra Costituzione e politica: si tratta di due facce di una stessa medaglia, l’una rimandando all’altra ed entrambe potendosi cogliere in tutta la loro pienezza espressiva unicamente nella loro congiunta osservazione. Sta di fatto però che, per

⁴⁷ Il riferimento è – com’è chiaro – alla nota [sent. n. 280 del 2004](#).

⁴⁸ Su di che, tra i molti altri, AA.VV., *L'emergenza infinita. La decretazione di urgenza in Italia*, EUM, Macerata 2004; A. SIMONCINI, *Dieci anni di decretazione d’urgenza*, in AA.VV., *Osservatorio sulle fonti 2006*, cit., 122 ss.; R. ZACCARIA - E. ALBANESI, *Il decreto-legge tra teoria e prassi*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 22 giugno 2009; G. TARLI BARBIERI, *Legge ed atti del Governo e di altre autorità statali*, in AA.VV., *Osservatorio sulle fonti 2008. La legge parlamentare oggi*, a cura di P. Caretti, Giappichelli, Torino 2010, 81 ss.; i contributi al Seminario su *Il decreto-legge tenutosi al S. Anna di Pisa il 4 marzo 2011* che sono in AA.VV., *Fuga dalla legge?*, cit., e ancora AA.VV., *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, ed *ivi*, part., A. SPERTI, *Il decreto-legge tra Corte costituzionale e Presidente della Repubblica dopo la “seconda svolta”*, 3 ss., nonché A. GHIRIBELLI, *Decretazione d’urgenza e qualità della produzione normativa*, Giuffrè, Milano 2011.

⁴⁹ V., infatti, volendo, il mio *La Corte costituzionale davanti alla politica (nota minima su una questione controversa, rivista attraverso taluni frammenti della giurisprudenza in tema di fonti)*, in *Percorsi costituzionali*, 2-3/2010, 41 s. Critico sul punto anche A. RAUTI, *La giurisprudenza costituzionale in tema di decreti-legge ed i suoi problematici riflessi sulla forma di governo*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, cit., spec. 63 ss.; tra i molti altri che ne hanno variamente discusso, v. R. DI MARIA, *La vis espansiva del Governo nei confronti del Parlamento: alcune tracce della eclissi dello Stato legislativo parlamentare nel “ruolo” degli atti aventi forza di legge*, in *Osservatorio sulle fonti 2008*, cit., 154 ss., spec. 163 ss.; C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d’urgenza nell’esperienza italiana*, in *Dir. pubbl.*, 2/2009, 317 ss.; R. DICKMANN, *Decreti legge e sindacato dei presupposti di costituzionalità: forse la Corte costituzionale non ha ragione ...*, in [www.federalismi.it](#), 13/2011, e G. MONACO, *“Necessità e urgenza” del decreto-legge: alcune precisazioni della Corte dopo la “storica” sentenza n. 171/2007*, in AA.VV., *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, cit., 387 ss.

l'aspetto ora considerato, il sindacato è visto dallo stesso organo competente ad esercitarlo come eccezionale e comunque marginale, limitato appunto alle sole circostanze in cui la violazione della Carta si presenti come manifesta.

In disparte questa non rimossa aporia di costruzione, è pur vero però che un certo avanzamento si è pur sempre avuto lungo il percorso che porta alla meta del primato della Costituzione sulle manifestazioni politico-normative da essa devianti. Basti solo por mente alla giurisprudenza che, dopo una iniziale esitazione, ha escluso il potere sanante delle leggi di conversione nei riguardi di decreti invalidamente adottati e, più di recente, ha circoscritto il potere di emendamento delle leggi di conversione, ridotte pertanto nella loro capacità d'innovare agli atti d'urgenza del Governo⁵⁰. Apprezzabile è, altresì, la dichiarazione fatta dalla giurisprudenza stessa con cui si fa divieto ai decreti di dotarsi di disposizioni eterogenee, conformandosi dunque ad un'indicazione in tal senso, come si sa, contenuta nella legge 400 del 1988 (e, a mia opinione, linearmente discendente dal dettato costituzionale). Purtroppo (e senza che ne sia chiara la ragione), la stessa fermezza non si è avuta con riguardo alle leggi in genere, laddove per effetto della eterogeneità (come si sa, non infrequente) dei loro disposti viene a determinarsi una ferita mortale per la certezza del diritto, nel suo fare "sistema" coi valori fondamentali restanti, così come non si è avuta per ciò che attiene al mantenimento della tipicità dei ruoli giocati da ciascuna fonte nel sistema, dal momento che perdura piuttosto la loro innaturale commistione, da tempo deprecata dalla più sensibile dottrina e, ciò nondimeno, avvalorata dall'ultima giurisprudenza (ad es. in quella che ha dato, ancora una volta, modo alle leggi di conversione di dotarsi di norme di delega⁵¹).

Il punto è di cruciale rilievo; e, per quanto non poche volte già toccato dalla più sensibile dottrina, oltre che essere denunciato dall'altro massimo garante, il Presidente della Repubblica, seguita stranamente ad essere sottovalutata dal giudice costituzionale. Eppure, proprio qui sta uno degli indici esteriori maggiormente visibili ed attendibili di una complessiva e grave torsione dei principi fondamentali, dai riflessi a raggiera per l'intero tessuto costituzionale. Perché, in presenza di atti siffatti, non soltanto viene a risentirne l'equilibrio tra le istituzioni che connotano la forma di governo, oltre che quello tra queste e i giudici⁵² e, a un tempo, come si è veduto, l'equilibrio tra Costituzione e politica ma, per ciò stesso, ne soffre la relazione tra comunità governata ed apparato governante, la forma di Stato insomma.

La Corte, purtroppo, non se l'è ad oggi sentita di fare il grande, coraggioso balzo in avanti che consentirebbe alla Costituzione di riprendersi gli spazi ad essa sottratti da una politica viepiù smalzata e prepotente, ai giudici ed agli organi di controllo in genere di ripristinare in modo soddisfacente il primato del diritto sulla politica, alle relazioni tra le istituzioni governanti di potersi riequilibrare e, infine (e soprattutto), alla certezza del diritto costituzionale ed alla certezza dei diritti costituzionali di farsi fino in fondo valere, appagandosi così talune aspettative diffusamente ed intensamente avvertite in seno alla comunità governata.

7. Le torsioni della forma di governo e la loro negativa ricaduta sulla forma di Stato, il singolare rapporto di "sussidiarietà" venutosi a determinare tra il procedimento in via d'azione e quello

⁵⁰ V., in particolare, Corte cost. [nn. 22 del 2012](#), [34 del 2013](#) e, da ultimo, [32 del 2014](#), nella quale la Corte precisa che quello causato dalla eterogeneità delle statuizioni costituisce "un vizio procedurale peculiare, che per sua stessa natura può essere evidenziato solamente attraverso un esame del contenuto sostanziale delle singole disposizioni aggiunte in sede parlamentare, posto a raffronto con l'originario decreto-legge. All'esito di tale esame, le eventuali disposizioni intruse risulteranno affette da vizio di formazione, per violazione dell'art. 77 Cost., mentre saranno fatte salve tutte le componenti dell'atto che si pongano in linea di continuità sostanziale, per materia o per finalità, con l'originario decreto-legge".

⁵¹ V. [Corte cost. n. 237 del 2013](#).

⁵² Lo stesso principio *iura novit curia* viene ad esserne colpito al cuore, dal momento che le disposizioni spurie si rendono molte volte introvabili, esattamente come un libro messo fuori posto in una libreria che consta di migliaia di volumi. L'ignoranza incolpevole può, dunque, valere – paradossalmente – per gli stessi organi che, secondo modello, dovrebbero conoscere tutte le disposizioni di cui l'ordinamento si compone, facendone quindi retta applicazione ai casi.

incidentale al piano della tutela dei diritti fondamentali, la svilita condizione dell'autonomia regionale e il sacrificio cui i diritti sono obbligati ad andare soggetti per effetto della crisi economico-finanziaria in corso, il "dialogo" tra Corti europee e Corti nazionali quale strumento per l'ottimale appagamento dei diritti stessi, pur alle difficili condizioni di contesto

Qui è, dunque, il cuore della questione oggi nuovamente discussa. Perché l'incidenza che la giurisprudenza esercita, ora spingendosi in avanti ed ora però arretrando, nei riguardi di una politica dal volto grintoso e refrattario a volgersi in modo rispettoso verso la Carta ha immediati e rilevanti riflessi sul patrimonio dei diritti fondamentali, senza peraltro trascurare i riflessi coinvolgenti i doveri parimenti fondamentali, a partire da quelli di solidarietà e di fedeltà alla Repubblica. Le torsioni della forma di governo, insomma, non lasciano indenne la stessa forma di Stato, per quanto alle volte la loro ricaduta su quest'ultima non risulti nitidamente visibile e valutabile appieno in tutta la sua rilevante portata.

Uno dei tratti maggiormente marcati delle più recenti tendenze sembra esser dato da una sorta di singolare rapporto di "sussidiarietà" che viene a riscontrarsi tra il procedimento in via d'azione e quello in via incidentale.

Tento di spiegarmi.

Un tempo si pensava che i diritti (in specie, quelli fondamentali) dipendessero in ordine alla loro definizione e salvaguardia dall'esito dei giudizi in via incidentale. L'esperienza venuta a maturazione dopo la riforma del Titolo V, con l'*escalation* (a quanto pare, inarrestabile⁵³) dei ricorsi in via diretta, dimostra che però non è così. Anche per tale via, infatti, il giudice costituzionale ha modo, nello stesso tempo in cui ridisegna la linea mobile di confine delle competenze tra gli enti abilitati a stare in giudizio⁵⁴, di assicurare tutela ai diritti.

Due sole notazioni al riguardo (e con riserva di riprendere in modo meno approssimativo il punto in una sede a ciò espressamente dedicata).

La prima è che la tutela in parola non è, e non può essere, la stessa che si ha rispetto al caso che la Corte sia investita in via d'eccezione, vuoi perché diverso è il modo con cui il privato fa valere le proprie ragioni (un privato – non si dimentichi – impossibilitato a prendere parte al giudizio davanti alla Corte dietro ricorso diretto) e vuoi ancora perché diverso è l'argomentare del giudice *a quo* al confronto di quello che sta a base dei ricorsi di Stato e Regioni: di queste ultime, per un verso, perché la loro attenzione è pur sempre incentrata sulla salvaguardia della propria sfera di competenze, ma anche del primo, se si conviene che una cosa è la prospettazione astratta di un dubbio di costituzionalità avanzato nei confronti di un testo di legge di fresca approvazione e non ancora sottoposto alla verifica dell'applicazione ed altra cosa invece i dubbi sollevati in occasione di un caso. Certo, si può dire che, a ben vedere, la Corte giudica pur sempre (e non potrebbe, d'altronde, essere altrimenti) su *norme*⁵⁵, tanto che si pronunzi dietro impulso di un giudice, quanto che lo faccia perché adita dallo Stato e dalla Regione; e, però, di tutta evidenza, altro è l'esito di un'attività interpretativa esclusivamente operata su un testo non ancora fatto oggetto di applicazione⁵⁶ ed altro ancora quello che si ha tenendo conto delle esigenze dell'applicazione stessa, quali rappresentate al giudice costituzionale già al momento della prospettazione di una questione sollevata in via incidentale.

La seconda ha riguardo all'incidenza esercitata dalle relazioni internazionali e sovranazionali intrattenute dal nostro Stato, coi vincoli viepiù stringenti da esse discendenti.

⁵³ V., da ultimo, i dati riferiti nella già cit. relazione relativa alla giurisprudenza del 2013 dal Presidente della Corte, G. Silvestri.

⁵⁴ Per la verità, non solo di essi (ad es., anche degli enti territoriali minori, a garanzia della cui sfera di competenza si sia attivato ora lo Stato ed ora la Regione).

⁵⁵ ... o, meglio, come qui pure si è rilevato, su "situazioni normative".

⁵⁶ In realtà, occorrerebbe a questo riguardo distinguere tra la norma desunta dal ricorrente, verosimilmente non ancora avvalorata da alcuna sua applicazione, e la norma oggetto del giudizio, che potrebbe parimenti essere priva delle sue necessarie verifiche in sede di applicazione o, all'opposto, essere già stata applicata. Manca, ad ogni buon conto, il "caso", quale invece è rappresentato nell'atto d'introduzione del giudizio in via incidentale.

Sul punto si dispone ormai di scritti numerosi ed approfonditi di vario segno ed orientamento, dei quali ovviamente non è possibile qui dar conto. Mi limito solo a fermare, solo per un momento, l'attenzione su un dato che mi parrebbe inconfutabile, costituito dalla perdita "secca" dell'autonomia regionale a fronte della tendenza dilagante della disciplina normativa dello Stato a diffondersi praticamente per ogni dove, persino negli angoli più reconditi dei campi materiali rimessi alla coltivazione delle Regioni⁵⁷. Una disciplina nazionale che si pone quale specchio fedele e lineare prolungamento della disciplina "eurounitaria" – come a me piace chiamarla –, in modo massiccio penetrante entro le mura domestiche ed espressiva di una piatta e soffocante uniformità che nessuno spazio (o quasi) lascia all'autodeterminazione né degli enti (un tempo...) sovrani, gli Stati, né (ed a maggior ragione) delle loro articolazioni interne, quali da noi le Regioni.

Tutto ciò – è risaputo – pesa enormemente sui diritti: vuoi per il fatto che la mortificazione dell'autonomia è, allo stesso tempo e *per tabulas*, mortificazione dei bisogni elementari della comunità stanziata sul territorio, nel loro ottimale appagamento risiedendo la ragione stessa del riconoscimento dell'autonomia stessa⁵⁸, e vuoi ancora per il fatto che la congiuntura non è di certo benigna per l'appagamento dei diritti, specie di quelli la cui tutela comporta i maggiori costi per la collettività.

Secondo una tesi ancora oggi diffusamente circolante, poi, l'appartenenza all'Unione europea comporta oneri assai gravosi per i diritti, specie per alcuni, a motivo della strutturale conformazione dell'Unione stessa e dell'indirizzo "liberista" (in larga accezione) che essa è incoraggiata a realizzare dietro indicazione dei trattati. Un giudizio, questo, che francamente mi sembra essere eccessivamente semplificante e complessivamente ingeneroso, non tenendo conto dello sforzo poderoso prodotto dal giudice dell'Unione per dare appagamento anche a diritti non strettamente pertinenti all'ambito economico-sociale.

D'altro canto, accanto ai vincoli che ci vengono dall'Unione, non minori sono quelli discendenti dalla Comunità internazionale e, per restare alla dimensione europea, quelli che hanno la fonte della loro esistenza nella CEDU (e, perciò, in buona sostanza, nella giurisprudenza della Corte che ne è istituzionalmente garante). Alle volte, anzi, è proprio lo Stato (e la giurisprudenza nazionale per il cui tramite viene a formazione e si rende palese il "diritto vivente") a dare l'impressione di voler tenere un atteggiamento assai cauto, specie sul terreno sul quale si radicano i diritti che hanno un costo maggiore di altri (diritti che, con una certa ambiguità, si sogliono chiamare "sociali"), mentre proprio *ab extra* viene la sollecitazione per una loro più efficace, giusta, tutela⁵⁹.

È mia opinione che il "dialogo" – come lo si è soliti chiamare – tra le Corti, laddove sia davvero tale (e non già una comunicazione tra parlanti lingue diverse e reciprocamente sconosciute), possa dar vita ad una sana competizione tra le Corti stesse (e, di riflesso, tra le Carte di cui le stesse si fanno garanti) a quale di esse si dimostra in grado di dare di più e di meglio a tutela dei diritti. E, quando questa dovesse davvero avvenire, per le ragioni sopra enunciate, per ciò pure si avrebbe un riequilibrio

⁵⁷ ... tant'è che – come ha fatto notare la più avvertita dottrina – la competenza "residuale" delle Regioni è, in buona sostanza, rimasta sulla carta.

Per l'aspetto ora considerato, la progettazione in cantiere (e faccio ora, nuovamente, riferimento solo al progetto di riforma costituzionale del Governo Renzi) parrebbe porsi non soltanto in funzione di "razionalizzazione" ma anche di opposizione nei confronti degli indirizzi giurisprudenziali. Basti solo, a quest'ultimo riguardo, pensare al mantenimento della potestà "residuale", nondimeno fatta oggetto di ulteriore accerchiamento a mezzo di previsioni che, laddove sollecitate ad esasperate applicazioni, possono persino sostanzialmente svuotarla, ed alla soppressione della potestà concorrente che, sia pure talvolta in forme distorte, ha invece largo riscontro presso la Consulta, dal momento che non v'è praticamente campo materiale su cui la legislazione statale non possa mettere piede e spiegare effetti anche stringenti per l'autonomia.

⁵⁸ Il punto è stato da mie precedenti riflessioni toccato più volte; lo si può, volendo, vedere, ancora di recente, rimarcato nel mio [Riforma costituzionale ed autonomia regionale, dal punto di vista della tutela dei diritti fondamentali \(profili problematici\)](#), in [Consulta OnLine, 2013](#) (15 novembre 2013) e [www.diritticomparati.it](#), 15 novembre 2013.

⁵⁹ Penso, ad es., alla giurisprudenza della Corte EDU relativa alle leggi d'interpretazione autentica che, allo stesso tempo in cui si mostra preoccupata di arginare il fenomeno di leggi che impropriamente si fregiano di tale titolo, interferendo arbitrariamente sul sereno ed imparziale svolgimento dell'amministrazione della giustizia, si volgono a dare soddisfazione a talune pretese economiche di soggetti dalle leggi stessi non tenute nel dovuto conto.

al piano dei rapporti tra Carte e politica, nonché tra i protagonisti tutti della vita istituzionale (degli organi della direzione politica *inter se*, di questi nei loro rapporti con gli organi di garanzia, degli stessi organi di garanzia tra di loro, e segnatamente delle Corti europee rispetto alle Corti nazionali, costituzionali e non).

L'“aggressività”⁶⁰ dei giudici europei, segnatamente di quelli che hanno sede a Strasburgo, peraltro manifestatasi solo in alcuni campi materiali di esperienza e, per questi stessi, solo in talune circostanze⁶¹, ha una delle fonti da cui maggiormente si alimenta proprio nelle acclamate carenze della tutela offerta ai diritti in ambito interno⁶². La soluzione ideale – se ci si pensa – parrebbe esser quella che si auspica possa aversi in un contesto in cui della CEDU (e della stessa Carta di Nizza-Strasburgo) non si abbia bisogno e non se ne faccia dunque mai applicazione, a motivo del fatto che le garanzie apprestate ai diritti in ambito interno risultino essere maggiormente avanzate, secondo peraltro un'indicazione in tal senso data dalla giurisprudenza costituzionale⁶³. Sappiamo però che così non è e, può dirsi con quasi certezza, non sarà. Perché il vero è che la Costituzione non può ormai più (se mai ha potuto) fare a meno di attingere alla giurisprudenza sovranazionale, da cui a piene mani si alimenta e rigenera senza sosta, così come la giurisprudenza stessa, a sua volta, attinge dai serbatoi nazionali (e, segnatamente, dalle loro “tradizioni costituzionali comuni”) quanto le serve per potersi esprimere al meglio: in un caso e nell'altro, al servizio dei diritti.

L'integrazione tra le Carte – come la stessa giurisprudenza costituzionale ha dichiarato in una sua ormai risalente, ancorché non scevra di una qualche ambiguità, pronunzia⁶⁴ – è un fatto dovuto e, prima ancora, lo è il necessario sussidio che esse si danno al servizio l'una dell'altra e di tutte assieme verso i diritti.

⁶⁰ Così l'ha efficacemente chiamata una sensibile dottrina (O. POLLICINO, che ne ha approfonditamente e in più scritti trattato, tra i quali, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 1 ss., e spec. *La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo l'allargamento del Consiglio D'Europa ad Est: forse più di qualcosa è cambiato*, in AA.VV., *Le scommesse dell'Europa. Diritti, Istituzioni, Politiche*, a cura di G. Bronzini - F. Guarriello - V. Piccone, Ediesse, Roma 2009, 101 ss., e quindi, diffusamente, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010, e, quindi, *Toward a Convergence between the EU and ECHR Legal Systems?*, in AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Intersentia, Cambridge 2013, 99 ss.).

⁶¹ Non si dimentichi, infatti, l'uso che si è fatto, esso pure a fisarmonica (all'insegna, cioè, di quella tecnica dello *stop and go*, di cui ad altro riguardo si diceva poc'anzi), del principio del margine di apprezzamento, che ha dato (e dà modo) all'autodeterminazione delle autorità nazionali di far valere il proprio punto di vista, la propria cultura costituzionale dei diritti [in argomento, tra i molti altri, v. J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti - A. Morrone, Giappichelli, Torino 2011, 87 ss.; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi*, cit., spec. 88 ss. e 110 ss.; i contributi che sono nella parte II.A di AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law*, cit.; G.P. DOLSO, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Jovene, Napoli 2013, 180 ss.; E. CRIVELLI, *I protocolli n. 15 e n. 16 alla CEDU: nel futuro della Corte di Strasburgo un rinvio pregiudiziale di interpretazione?*, in *Quad. cost.*, 4/2013, 1021 ss.; R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014, 214 ss.; E. CANNIZZARO - B.I. BONAFÈ, *Beyond the archetypes of modern legal thought. Appraising old and new forms of interaction between legal orders*, in AA.VV., *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, a cura di M. Maduro - K. Tuori - S. Sankari, University Press, Cambridge 2014, 84 ss.].

⁶² Ma non si trascuri il rischio che per la porta larga di un “margine di apprezzamento” con eccessiva ampiezza inteso possa assistersi alla “regressione delle forme di tutela” (ancora R. CONTI, *op. ult. cit.*, 248).

⁶³ Il riferimento è, naturalmente, a [Corte cost. n. 317 del 2009](#), con le ulteriori precisazioni venute dalla giurisprudenza successiva.

⁶⁴ Si dice, infatti, in [Corte cost. n. 388 del 1999](#) che le Carte dei diritti e la Costituzione “*si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione*”; poco prima, tuttavia, si dichiara che “i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione” (miei, ovviamente, i c.vi).

È questo – a me pare – il significato più genuinamente espressivo della formula secondo cui il tempo presente è segnato da un ordine “intercostituzionale”, come lo si è altrove chiamato⁶⁵: un ordine ancora in via di progressiva maturazione e segnato da interni squilibri, tensioni, contraddizioni, che attendono il loro opportuno ripianamento dall’opera congiunta, in spirito di “leale cooperazione”, posta in essere dagli operatori politico-istituzionali e dai garanti.

Il “dialogo” tra le Corti, laddove non dia luogo a reciproche diffidenze ed incomprensioni ed abbia perciò modo di svolgersi nel rispetto del ruolo che ciascuna di esse è secondo modello chiamata ad esercitare, può dare il suo apporto al superamento degli squilibri ancora presenti, fortemente radicati, nell’ordine suddetto. A ciò, infatti, si affidano le speranze per un recupero effettivo, non meramente di facciata, del primato della Costituzione sulla politica, da cui necessariamente a conti fatti dipende la salvaguardia dei diritti. Se (e quando) le Corti ne avranno piena avvertenza, potranno rifuggire dalla tentazione di puntare ciascuna alla propria esclusiva affermazione a discapito delle altre e, tenendosi alla larga da un patriottismo o nazionalismo costituzionale ingenuo ed infecondo, potranno disporsi a sorreggersi a vicenda, allo scopo tanto di contrastare efficacemente le intemperanze di una politica pervicace nel ritenersi *Constitutioni soluta*, quanto di poter venire incontro alle esigenze di funzionalità del sistema di appartenenza, quanto infine di dare l’ottimale (alle condizioni oggettive di contesto) appagamento ai bisogni più intensamente avvertiti dell’uomo e della comunità in cui vive ed opera.

⁶⁵ Mi è stata offerta l’opportunità di trattarne in più luoghi ed a parimenti diverse finalità ricostruttive, a partire da *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2001, 544 ss., cui ho dato svolgimento in varie altre sedi, tra cui *Il futuro dei diritti fondamentali: viaggio avventuroso nell’ignoto o ritorno al passato?*, in www.federalismi.it, 4/2013, spec. al § 6.

Antonio Ruggeri

**Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità
(a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro *ex coniugi*,
secondo [Corte cost. n. 170 del 2014](#))**

Giustizia è fatta! In una decisione nel merito salomonica ma raggiunta – come si vedrà – a mezzo di un uso alquanto disinvolto delle tecniche decisorie, la Consulta oggi riconosce il diritto costituzionale dei soggetti già coniugati, uno dei quali abbia mutato sesso (con conseguente rettifica dello stato civile), a vedere tutelata la propria originale condizione di coppia, senza perciò trovarsi costretti a subire, oltre alla perdita dello *status* coniugale, lo smarrimento della propria identità.

La questione è nota e non occorre qui riprenderla neppure in sunto. Mi preme in questa sede specificamente intrattenermi solo su un punto tra i molti che pure meriterebbero di essere adeguatamente vagliati; e, per metterlo a fuoco, procederò ad un esame per vie “parallele” – se così posso dire – del quadro risultante a seguito della odierna pronunzia con quello disegnato dalla nota [sent. n. 138 del 2010](#), a riguardo della condizione delle persone dello stesso sesso che vantino la pretesa ad accedere alle nozze. La qual cosa trova, peraltro, mi pare giustificazione nel fatto che la stessa Corte iscrive la decisione di oggi proprio nella cornice teorica delineata nel 2010.

Nell’un caso, la richiesta di annullamento avanzata da soggetti dello stesso sesso nei riguardi della disciplina codicistica che rimanda la definizione di “famiglia”, nella sua ristretta e propria accezione, al paradigma eterosessuale è stata seccamente respinta con l’argomento che il paradigma stesso è l’unico consentito dall’art. 29 della Costituzione. La disciplina suddetta – sta scritto nella decisione del 2010 – non soltanto non viola il dettato costituzionale ma è appunto la sola da questo consentita, per ciò che attiene alla struttura soggettiva della famiglia. La Corte, poi, conclude il suo argomentare sollecitando il legislatore a far luogo ad *altra* disciplina positiva che dia modo anche alle persone di orientamento omosessuale di vedere finalmente appagate le loro aspettative e salvaguardata, perciò, la loro dignità.

Nel caso odierno, sempre assumendo come indisponibile il carattere eterosessuale della coppia coniugata, la Corte riconosce non essere, nella sostanza, contraria a Costituzione la normativa che porta all’effetto dell’automatico scioglimento del matrimonio tra soggetti ormai divenuti dello stesso sesso, tanto da farsi cura di precisare che alla persona che abbia mutato sesso non è inibito contrarre matrimonio con altra persona del suo stesso sesso originario. Ciò nonostante, la normativa è caducata a mezzo di una pronunzia additiva di principio che rimanda a legge futura per i suoi conseguenti svolgimenti normativi, in vista del compiuto appagamento delle aspettative nutrite da coloro che sono ormai da considerare a tutti gli effetti *ex coniugi*.

Solo un paio di notazioni essenziali, con riserva di maggiori approfondimenti altrove.

La prima.

Non si vede alcuna differenza tra i due casi ora posti a raffronto, non potendosi ammettere né l’iniziale avvio di un’esperienza matrimoniale né la sua prosecuzione, una volta che sussista *ab initio* ovvero sopravvenga una causa di rottura del paradigma eterosessuale. Le tecniche decisorie per far valere il rispetto di quest’ultimo sono, però, addirittura rovesciate: nell’un caso una pronunzia di rigetto con monito, nell’altro un’additiva. Non è – come si sa – una novità; e, tuttavia, questo uso fungibile degli strumenti decisorii in relazione a vicende processuali dai non dissimili caratteri complessivi solleva non poche perplessità, quali peraltro si hanno ogni qual volta la Corte rende imprevedibile l’esito del giudizio di costituzionalità e si discosti (al piano processuale, appunto) dai precedenti, per ciò solo venendo meno al compito di cui è istituzionalmente gravata di somministrare certezze di diritto costituzionale e di diritti costituzionali (maggiori ragguagli sul punto, di cruciale rilievo, possono, se si vuole, aversi dal mio [Gli “effetti politici” delle sentenze della Corte costituzionale emesse in occasione dei giudizi sulle leggi](#), in [Consulta OnLine](#), 2014 11 giugno 2014, spec. al § 3, ma *passim*).

C'è un modo abbastanza sicuro per avere conferma del fatto che le cose stanno davvero così come sono qui, sia pure sommariamente, raffigurate.

C'è differenza – dobbiamo chiederci – tra una pronunzia di rigetto, accompagnata da un monito più o meno vigoroso e pressante rivolto al legislatore a far luogo ad una disciplina idonea a dare appagamento alle aspettative dei soggetti, ed un'additiva di principio, quale quella adottata in relazione alla questione oggi sottoposta a giudizio?

È chiaro che, in via di principio, i due casi vanno tenuti distinti, se non altro al piano degli effetti prodotti dalle decisioni della Corte. Mettiamoci però dal punto di vista dei soggetti che hanno rivolto la loro domanda di giustizia, dapprima al giudice comune e quindi al giudice delle leggi e chiediamoci: cosa cambia, a conti fatti, nei due casi? Qual è, cioè, la consistenza effettiva e – ciò che più conta – attuale della tutela?

E, invero, senza l'intervento riparatore del legislatore, i diritti costituzionali dei soggetti rimangono comunque "scoperti". Le coppie composte da persone dello stesso sesso attendono ancora oggi quella disciplina legislativa la cui adozione è stata vigorosamente sollecitata nel 2010; ed anche le coppie composte da *ex* coniugi, uno dei quali abbia mutato sesso, non vedono in alcun modo tutelata la loro condizione in mancanza di una legge che a ciò adeguatamente provveda. Diversamente da ciò che accade in presenza di altre additive di principio, nella odierna vicenda è infatti fuori discussione che il principio somministrato dalla Corte non si presta ad essere per l'istante tradotto in regole, ancorché solo a titolo precario, "sussidiariamente" prodotte dal giudice comune, in attesa della organica e compiuta disciplina vagheggiata dalla Corte.

Cosa cambia, allora, nei due casi? Certo, si potrebbe ragionare, così come si è in via generale fatto, nel senso che dall'additiva di principio discenda a carico del legislatore un vincolo giuridico di *facere* che non sarebbe astrattamente configurabile in relazione ai moniti contenuti in pronunzie di rigetto. In disparte però la circostanza che molte volte in seno alle pronunzie in parola la stessa Corte risolutamente dichiara esser *doveroso* l'intervento del legislatore, sta di fatto che avverso le omissioni assolute dell'autore delle leggi non c'è – piaccia o no – rimedio che valga. Né gioverebbe opporre, così come si è fatto per casi però diversi da questo, che il giudice può dare subito concretezza ed effettività al diritto costituzionale indebitamente trascurato dal legislatore, dal momento che qui, pur con tutta la buona volontà (e con un volo pindarico di fantasia), non è in alcun modo possibile disegnare *ex nihilo*, in sede giudiziaria, i lineamenti di una disciplina positiva che è tutta da inventare e la cui determinazione resta pur sempre ed esclusivamente rimessa – come la stessa decisione si fa cura di precisare – alla discrezionalità del legislatore.

Diciamo allora che l'additiva di principio può tutt'al più esprimere una carica di *persuasività* maggiore di quella racchiusa in una decisione di rigetto con monito: nei fatti, però, il quadro normativo di risulta non muta.

Si può allora concludere nel senso che si è qui assistito ad un uso gratuitamente diversificato degli strumenti decisorii in relazione a "situazioni normative" non dissimili?

Lascio inevasa la domanda (per quanto il mio orientamento mi sembra traspaia con chiarezza da quanto sono venuto dicendo), limitandomi solo a rilevare come la decisione *de qua* s'inscrive in un quadro segnato da un forte attivismo della Consulta (specie ma non solo) su questioni eticamente sensibili in genere e di diritto di famiglia in specie, di cui in breve torno di tempo il giudice costituzionale ha reso – come si sa – numerose e convergenti testimonianze (e basti, al riguardo, far qui menzione della decisione sulla eterologa, di un paio di giorni soltanto precedente quella ora annotata).

Questo *pressing* a difesa dei diritti può essere, com'è stato, inteso in molti modi, caricandosi da parte di taluno di inusuali (e, a mia opinione, indebite) valenze le decisioni man mano adottate, fatte non di rado oggetto di forzata generalizzazione, assumendosi cioè che la Corte stia pian piano scavando un solco lungo il quale potrà, in un futuro non lontano, fluire un indirizzo giurisprudenziale scopertamente volto a riconoscere il carattere "plurale" dell'istituto familiare, la sua duttile struttura, suscettibile di prestarsi a dilatate applicazioni, sì da dare accoglienza ed appagamento alle aspettative più varie manifestate da coppie parimenti varie per composizione ed orientamento sessuale. Nulla di

tutto ciò, però, a me pare che possa desumersi dagli argomenti addotti dal giudice delle leggi, che è anzi fermo nel qualificare come indisponibile il paradigma eterosessuale di famiglia, allo stesso tempo evidenziando come casi peculiari (e peculiarissimo è quello di oggi) richiedano di essere trattati in modo parimenti tipico, senza che dalla disciplina riservata all'uno (e, segnatamente, al caso di coppia coniugata) possano trarsi indicazioni valedoli per casi ad ogni buon conto diversi.

Così, per concludere con riferimento alla nostra vicenda, nulla qui ci vien detto dalla Corte in relazione ai contenuti della futura disciplina, al di fuori della indicazione di ordine metodico, secondo cui la stessa deve comunque rivelarsi congrua rispetto all'originalissimo caso preso in esame. La qual cosa, con ogni verosimiglianza, significa che il regime delle coppie di fatto – omosessuali o eterosessuali che siano –, quale risulterà dopo che si sarà finalmente dato seguito alla sollecitazione contenuta nella [sent. n. 138 del 2010](#), legittimamente potrà (e, anzi, dovrà) essere diverso da quello della nuova coppia costituita dagli *ex* coniugi a seguito del mutamento di sesso di uno dei due e del conseguente scioglimento del loro vincolo matrimoniale. Un esito, questo, avvalorato dall'esplicito riconoscimento fatto dalla decisione odierna al “pregresso vissuto” dai soggetti stessi in un contesto in cui la coppia “ha maturato reciproci diritti e doveri, anche di rilievo costituzionale” (p. 5.1 del *cons. in dir.*).

Insomma, accanto alla *famiglia* in senso stretto (o strettissimo), quale definita nell'art. 29 cost., nella interpretazione datane dalla Corte, avremo delle unioni “*parafamiliari*”, composte da soggetti (omosessuali o eterosessuali che siano) che non abbiano avuto un “pregresso vissuto” familiare, quale quello caratterizzante i soggetti protagonisti della odierna vicenda, e, ancora distinta da tali unioni, una speciale (o specialissima) formazione sociale che potremmo chiamare “*quasi familiare*” (o “*familiare*” *minus quam perfecta*), risultante dai soggetti stessi.

È il canone della ragionevolezza, in una delle sue più qualificanti espressioni, vale a dire quale congruità della norma rispetto al “fatto”, a sollecitare l'adozione di misure legislative peculiari per ciascuno di questi gruppi sociali: un canone che – come si vede – proprio sul terreno delle questioni eticamente sensibili in genere e di quelle di “diritto familiare” (in larga accezione), prima e più ancora che in altri campi, ha bisogno di ricevere diffusi e probanti riscontri. Certo, alla inusuale formazione sociale cui la Corte oggi offre, giustamente, tutela ben si addice una disciplina positiva assai simile a quella che è propria dell'istituto familiare; e, tuttavia, non in tutto e per tutto identica a quest'ultima, altrimenti l'operazione di scioglimento del matrimonio si rivelerebbe meramente di facciata o, diciamo pure, un'autentica beffa, una frode al dettato costituzionale che vuole riservata alla famiglia, nella sua ristretta e propria accezione, il regime che ad essa esclusivamente compete. *Mutatis mutandis*, il trattamento dato alla nuova comunità familiare non potrà essere, come si diceva, appieno sovrapponibile a quello che sarà – si spera, tra non molto – dato alle unioni, tanto tra persone dello stesso sesso che tra persone di sesso diverso, che non hanno il “pregresso vissuto” dalla coppia cui specificamente si dirige la pronunzia qui annotata.

Ragionevolezza e pluralità delle discipline, dunque, ciascuna adeguata alla situazione di fatto cui si riferisce e confezionata a mo' dei vestiti su misura fatti per soggetti dalla diversa struttura corporea. Una ragionevolezza, nondimeno, bisognosa di rispecchiarsi nella uniformità e linearità degli indirizzi giurisprudenziali che sono chiamati ad alimentarla e sorreggerla e, dunque, delle tecniche decisorie di cui essi si avvalgono al fine di potersi affermare e radicare nel terreno sociale.

Per tornare alla nostra pronunzia, vista in rapporto con quelle che l'hanno preceduta (e, sopra ogni altra, come si è veduto, la [138 del 2010](#)), non basta, insomma, una giustizia giusta *nella sostanza*; occorre che essa risulti costantemente giusta anche *nelle forme processuali*, presentandosi in vesti immutate in relazione a vicende processuali dai caratteri complessivamente non dissimili e in vesti diverse per vicende parimenti diverse.

Antonio Ruggeri
Note minime a margine di un disegno di legge relativo alla forma di governo della Regione siciliana

SOMMARIO: 1. Un vizio di origine dell'articolato in esame: la nozione riduttiva e parziale di "forma di governo" di cui esso si fa portatore e la necessità di una sua critica revisione che tenga conto dello stretto ed inscindibile legame che si dà tra la forma stessa e la "forma di Regione" e, perciò, del bisogno di un congruo ampliamento dell'area materiale coperta dalla prima, nella consapevolezza nondimeno che la più rilevante delle riforme da fare, con precedenza rispetto ad ogni altra, è quella che porta alla riscrittura dello statuto della Regione. – 2. Ciò che nel disegno in esame stranamente non c'è, in particolare per quanto attiene alla ridefinizione delle competenze degli organi direttivi della Regione ed agli strumenti della loro cooperazione, in vista di un significativo riequilibrio nei loro rapporti, nonché agli strumenti della partecipazione di enti e formazioni sociali alle attività di governo. – 3. Spigolando qua e là in seno all'articolato in esame, con specifica attenzione a ciò che attiene alle relazioni politico-istituzionali (e, segnatamente, alla sfiducia).

1. Un vizio di origine dell'articolato in esame: la nozione riduttiva e parziale di "forma di governo" di cui esso si fa portatore e la necessità di una sua critica revisione che tenga conto dello stretto ed inscindibile legame che si dà tra la forma stessa e la "forma di Regione" e, perciò, del bisogno di un congruo ampliamento dell'area materiale coperta dalla prima, nella consapevolezza nondimeno che la più rilevante delle riforme da fare, con precedenza rispetto ad ogni altra, è quella che porta alla riscrittura dello statuto della Regione

L'articolato ora fatto oggetto di un breve commento, n. 433/A (Fazio ed altri)¹, pur essendo formulato in termini complessivamente non disprezzabili, si espone nondimeno ad un rilievo di fondo, che ha riguardo al modo stesso di intendere la "forma di governo": un modo, per vero, ancora oggi alquanto diffuso e radicato nella cultura giuridica e che però appare essere riduttivo e parziale, comunque incongruo rispetto al tempo presente ed ai più impellenti bisogni che in esso si affermano e reclamano adeguata regolazione e tutela.

Com'è noto, secondo una risalente, ma ancora oggi largamente condivisa², opinione l'espressione suddetta va essenzialmente riferita alle relazioni tra i vertici dell'organizzazione dell'ente (Stato,

¹ ... dal titolo *Norme relative al funzionamento della forma di governo regionale, alla nomina ed alla revoca degli assessori, alla conclusione anticipata della legislatura, in attuazione degli articoli 9, 10, 41-bis e 8-bis dello Statuto della Regione*. In sede di stesura di questo commento ho tenuto altresì presente la relazione della "Commissione parlamentare speciale per l'esame di disegni di legge relativi alla materia statutaria, ai rapporti tra l'Assemblea regionale siciliana ed il Governo regionale e per l'applicazione in Sicilia del decreto-legge n. 174 del 2012 (c.d. decreto Monti)", Presidente l'on. R. Savona, presentata il 16 ottobre 2013.

Avverto che, per le ridotte esigenze di questo studio, i riferimenti di lett., selezionati all'interno di una messe copiosa di scritti riguardanti le questioni qui discusse, saranno fortemente circoscritti, dandosi la precedenza in prevalenza a quelli apparsi negli anni a noi più vicini, dai quali si possono ovviamente attingere ulteriori indicazioni.

² La si può vedere, di recente, riproposta da S. CATALANO, *La "presunzione di consonanza". Esecutivo e Consiglio nelle Regioni a statuto ordinario*, Giuffrè, Milano 2010, 13 ss. Di contro, una più larga accezione di "forma di governo" è patrocinata, tra gli altri, da M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir., Ann.*, III (2009), 538 ss.; A. BURATTI, *Rappresentanza e responsabilità politica nella forma di governo regionale*, Jovene, Napoli 2010, spec. il cap. I, e G. SCALA, *Gli statuti autonomi delle Regioni speciali*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, spec. 203 ss. Ampi riferimenti di dottrina variamente orientata a riguardo della forma di governo regionale in M. RUBECHI, *La forma di governo regionale fra regole e decisioni*, Aracne, Roma 2010; N. VICECONTE, *La forma di governo nelle regioni ad autonomia ordinaria. Il parlamentarismo iper-razionalizzato e l'autonomia statutaria*, Jovene, Napoli 2010; S. TROILO, *La ricerca della "quadratura del cerchio" nella forma di governo regionale ad elezione diretta del Presidente: considerazioni sulle (poco convincenti) soluzioni adottate dal nuovo statuto del Veneto*, in www.federalismi.it, 17/2013, in nt. 1; Q. CAMERLENGO, *Rapporti tra il Presidente della Giunta e gli assessori: profili di diritto regionale comparato*, in *Le Regioni*, 3/2013, 529 ss., spec. 558 ss., e A. SPADARO, *Profili generale della forma di governo calabrese*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Calabria*, a cura di C. Salazar e A. Spadaro, Giappichelli, Torino 2013, 33 ss.

Regione o altro ente ancora³), segnatamente tra gli organi della direzione politica, dei quali si punta a stabilire la misura del concorso alla direzione stessa, secondo equilibri storicamente e positivamente variabili, non di rado soggetti a continui aggiustamenti sotto la spinta di plurimi fattori, sia interni che esterni all'ordinamento in considerazione⁴. È tuttavia ormai provato che la “forma di governo” non può essere tenuta innaturalmente separata dalla *forma ordinamentale* dell'ente, formula che qui s'intende in larga accezione, quale “forma di Stato” in primo luogo (l'espressione è stata infatti, come si sa, coniata avuto specifico riguardo all'ente tradizionalmente considerato sovrano) ma anche, appunto, quale “forma di Regione” (o di altro ente ancora⁵).

In realtà, si danno sì numerose e rilevanti implicazioni reciproche tra le due “forme” in parola⁶, al punto che esse si rendono, nel vivo dell'esperienza, a conti fatti inseparabili, se non col costo di evidenti ed inammissibili forzature e distorsioni del quadro complessivo.

³ ... anche sovranazionale (v., ad es., con riguardo alla Unione europea, una chiara illustrazione della sua “forma di governo” in L. MEZZETTI, *Le istituzioni e la forma di governo dell'Unione*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*³, Giappichelli, Torino 2010, cap. IV) e persino non territoriale (così si discorre, come si sa, specie dopo la legge Gelmini, di una “forma di governo” o – come pure è ora di moda dire – di una “governance” dell'Università). In tal modo, tuttavia, la nozione viene sottoposta ad una sua insopportabile dilatazione, smarrendosi a conti fatti il filo che la lega alla sua matrice originaria, vale a dire il riferimento al carattere “politico” (in ristretta e propria accezione) posseduto dall'attività posta in essere dagli organi le cui relazioni connotano la “forma” in parola (avverte del rischio di usi impropri della nozione anche G. FERRAIUOLO, *Sistema di elezione e dinamiche della forma di governo regionale*, in www.federalismi.it, 15/2012, che nondimeno fa riferimento, più che al carattere suddetto, al mancato attributo della “sovranità” che sarebbe proprio di alcuni enti e dei rispettivi organi supremi).

⁴ Non è inopportuno qui rilevare che è di assai raro riscontro l'eventualità che, in un ordinamento dato, solo uno o più organi direttivi detengano in modo esclusivo il potere della direzione politica, mentre altri organi parimenti “costituzionali” ne siano del tutto esclusi, ferma la peculiare condizione dei massimi organi di garanzia del sistema. In realtà, anche negli ordinamenti c.d. “presidenziali” si hanno non trascurabili né meramente occasionali immissioni nel circuito politico di organi diversi dal Presidente (e, segnatamente, delle assemblee elettive), nel mentre anche negli ordinamenti c.d. “parlamentari” (espressione che sempre di più appare essere un contenitore di esperienze assai varie e problematicamente componibili ad unità) non fanno difetto le occasioni (che, anzi, appaiono ormai essere di pressoché quotidiano riscontro) in cui gli stessi organi di garanzia (e, segnatamente, il Capo dello Stato) fanno valere la “forza politica” di cui dispongono, per riprendere qui, ancora una volta, la fortunata definizione datane da una non dimenticata dottrina (T. MARTINES, in molti scritti e, tra questi, in *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Giuffrè, Milano 1957, ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, spec. 196 ss.). Di qui, tuttavia, a dire essere ormai sostanzialmente indistinguibili le funzioni (e, perciò, i ruoli) degli organi d'indirizzo e degli organi di garanzia – come pure si è argomentato da una fine dottrina (O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo*, Jovene, Napoli 2010 e, dello stesso, *Capo dello Stato, politica nazionale e interpretazione costituzionale. Una replica ai critici*, in www.forumcostituzionale.it, 24 gennaio 2012) – a mio avviso ne corre (maggiori ragguagli possono, volendo, aversi dalle mie *Notazioni introduttive* al convegno su *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, a mia cura, Giappichelli, Torino 2011, 3 ss.).

A seguito della pubblicazione del libro di O. Chessa, sopra cit., si è svolto un animato *Dibattito sul Presidente della Repubblica. Il Capo dello Stato nell'ordinamento costituzionale italiano*, a cura di M. Cecchetti, S. Pajno e G. Verde, :duepunti, Palermo 2012. Si è inoltre, di recente, fatto il punto sugli sviluppi dell'istituto presidenziale, oltre che nei contributi raccolti nel volume a mia cura da ultimo cit., in AA.VV., *Il Presidente della Repubblica nell'evoluzione della forma di governo*², a cura di A. Baldassarre e G. Scaccia, Aracne, Roma 2012; AA.VV., *Il Presidente della Repubblica. Frammenti di un settennato*, a cura di F. Giuffrè e di I. Nicotra, Giappichelli, Torino 2012 (e, part., *ivi*, dello stesso F. GIUFFRÈ, *Profili evolutivi del Presidente della Repubblica tra “garanzia passiva” e “attivismo garantista”*, 1 ss.) e A. MASTROPAOLO, *IL dualismo rimosso. La funzione del Presidente della Repubblica nella forma di governo parlamentare italiana*, in www.rivistaaic.it, 4/2013; nella stessa *Rivista*, v. anche A. MORRONE, *Il Presidente della Repubblica in trasformazione*, 2/2013, che specificamente s'intrattiene sulla sovraesposizione politica del Presidente, e L. TESTA, *L'ipostasi del Presidente della Repubblica e le difficoltà di una ricostruzione unitaria*, 3/2013; infine, M. LUCIANI, *La parabola della Presidenza della Repubblica*, 1/2014).

⁵ Così, per riprendere l'esempio sopra fatto, si discorre di una “forma dell'Unione europea” (v., infatti, ancora L. MEZZETTI, *Principi costituzionale e forma dell'Unione*, cap. III dei *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*³, sopra cit.).

⁶ ... a riguardo delle quali mi sono più volte intrattenuto (ad es., in *La forma di governo della Regione Calabria: il modello statutario, le alterazioni, i possibili rimedi*, in *Le Regioni*, 1991, 1577 ss., spec. 1590). In argomento, ora, anche G. SCALA, *Le leggi statutarie*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sicilia*, a cura di A. Ruggeri e G. Verde, Giappichelli, Torino 2012, 150 s., e, dello stesso, *Gli statuti autonomi delle Regioni speciali*, spec. 203 ss.

Ora, nel momento in cui si valuta un progetto normativo che nel titolo dichiara di voler disciplinare il “funzionamento della forma di governo regionale” ed altre cose ancora, tra le quali la nomina e revoca degli assessori (che, in realtà, attengono esse pure alla forma di governo medesima...), non è possibile eludere il quesito di partenza: qual è l’obiettivo che si ha a cuore di raggiungere col disegno in parola? E, a questo immediatamente conseguente, l’altro interrogativo: è idoneo l’articolato così com’è a centrare l’obiettivo stesso, sempre che – naturalmente – ci siano poi le condizioni di contesto politico-istituzionali favorevoli?⁷

Sennonché la domanda non può avere una sicura o, come che sia, attendibile risposta se non si allarga l’area materiale entro la quale essa si situa e ci si interroga, dunque, altresì in merito ai rapporti che gli organi di vertice dell’ente intendono intrattenere, oltre che *inter se*, con altri enti ancora e, prima ancora, con soggetti esponenziali della comunità stanziata sul territorio⁸: insomma e in breve, se non si stabilisce se, in quali forme ed in che misura gli istituti di cooperazione interistituzionale e di partecipazione politica e sociale possono trovare riscontro.

Faccio solo un esempio, ricorrendo ad una metafora, per rendere più chiaro il mio pensiero sul punto. Supponiamo che il proprietario di uno stabile decida di far luogo a lavori di restauro, tanto più urgenti se si considera che lo stabile stesso minaccia di crollare da un momento all’altro; e supponiamo ancora che, pur disponendo delle risorse adeguate allo scopo, decida di circoscrivere il restauro stesso solo al primo (o magari al secondo) piano dell’edificio, senza badare né al tetto né alle fondamenta. Non occorre che il ragionamento sia portato alla sua lineare, scontata conclusione.

La “forma di governo”, insomma, non può chiudersi asfitticamente, in modo autoreferenziale, in se stessa, così come è stata intesa in linea con una risalente, ma ormai inesorabilmente invecchiata, tradizione teorica.

Il vero è che il disegno cui si indirizzano queste notazioni non soltanto dà mostra di voler tenere rigidamente separata la “forma di governo” dal contesto istituzionale in cui s’inscrive e, dunque, dalla parte restante dell’organizzazione ma – di più (e peggio) – si fa portatore di un’accezione stranamente, indebitamente riduttiva della forma stessa, in deroga rispetto all’indicazione al riguardo data dallo statuto, così come novellato dalla legge cost. n. 2 del 2001. Probabilmente, l’autore dell’articolato è stato portato fuori strada dalla formulazione, non di cristallina chiarezza, dell’art. 41-*bis* dello statuto, laddove si stabilisce che “le disposizioni relative alla forma di governo di cui all’articolo 9, commi primo, secondo e quarto, e all’articolo 10, dopo la loro prima applicazione, possono essere modificate con legge approvata dall’Assemblea regionale a maggioranza assoluta dei suoi componenti”. Formula che, a quanto pare, è stata intesa nel senso che le *sole* disposizioni riguardanti la forma di governo sarebbero appunto quelle espressamente richiamate; di modo che, facendo oggetto di regolazione ciò che è in esse previsto, si sarebbe pienamente assolto il compito demandato dallo statuto in ordine alla disciplina della “forma di governo”. Eppure, la stessa lettera dell’enunciato ora fedelmente trascritto, nel ricondurre in modo esplicito alla forma stessa gli oggetti cui si riferiscono i disposti suddetti, non esclude – se ci si pensa – che anche altri oggetti (e, perciò, altri enunciati) possano parimenti entrare a comporre la forma di governo; solo che alle innovazioni che dovessero riguardarli, evidentemente, non è concessa l’opportunità di discostarsi dallo statuto (che, per quest’aspetto, si dichiara “cedevole”), anche perché lo statuto stesso si rimette al riguardo, pressoché per intero⁹, alla disciplina della legge statutaria.

Che così stiano le cose è avvalorato da due dati, uno di ordine teorico ed uno positivo.

⁷ È ovvio che anche il migliore degli atti normativi, per come sulla carta si presenta, è costretto alla resa davanti ad ostacoli insormontabili frapposti dal sistema politico (o, più largamente, politico-istituzionale), inadeguato ad accoglierlo ed a consentirne il fruttuoso radicamento nell’esperienza.

⁸ ... se non altro che per la provata circolarità che tra i rapporti stessi s’intrattiene, quelli con organi o soggetti esterni avendo quindi la loro ricaduta sui rapporti interni, e viceversa.

⁹ Non sarebbe nondimeno corretto ragionare nel senso che lo statuto dà carta bianca alla legge, dandosi pur sempre dei limiti di sistema discendenti dallo statuto stesso (e, prima ancora, dalla Costituzione).

Quanto al primo, sarebbe ben strano che, nel momento in cui la nozione di “forma di governo” – come si sa, frutto di risalente elaborazione teorica – viene finalmente ad essere in modo esplicito¹⁰ recepita da disposti costituzionali¹¹, risulti sottoposta ad una torsione concettuale e ad una riduzione vistosa della sua originaria portata, tali da renderla complessivamente irriconoscibile alla luce del modello teorico per essa col tempo formatosi e consolidatosi a mezzo di sue diffuse, largamente condivise, applicazioni. Perché, venendo alla nostra Regione, gli enunciati di cui all’art. 9, cc. I, II e IV, e 10 st., riguardano solo alcuni aspetti dei rapporti tra gli organi direttivi dell’ente ma, certo, non questi ultimi in tutta la loro estensione.

Viene così in rilievo il secondo dato, dal momento che lo stesso art. 9, al III c., fa riferimento ad altri segmenti, essi pure di cruciale rilievo, componenti la forma di governo, tra i quali proprio quei “rapporti tra l’Assemblea regionale, il Governo regionale e il Presidente della Regione” che costituiscono il cuore stesso della forma suddetta¹².

Qui è davvero il *punctum crucis* della questione ora discussa; ed è sempre qui che si riscontrano alcune delle più gravi carenze della disciplina in esame, secondo quanto si vedrà meglio con esempi più avanti, facendosi notare come facciano in quest’articolato difetto non soltanto norme sui procedimenti, specie relativamente a quelli nei quali prende forma e svolgimento la “cooperazione” interorganica, ma persino norme meramente definitorie di competenze, avuto particolare riguardo a quelle maggiormente incidenti sulla direzione politica.

Sta di fatto che, a portare fino ai loro conseguenti svolgimenti le premesse teoriche ora poste, il disegno in parola si espone al rischio della sua possibile invalidazione per carenza di *norme costituzionalmente necessarie*. Certo, è ben vero che non è affatto agevole stabilire se e fino a che punto una legge costituzionalmente obbligatoria sia priva di disposizione imposte, non dandosi criteri certi che consentano di delimitare, con riguardo al caso nostro, l’area materiale dei rapporti tra i massimi organi della Regione. Laddove però, come qui, la loro disciplina faccia pressoché per intero difetto, limitandosi – come si è venuti dicendo – alla sola regolazione del momento iniziale e di quello finale di un’esperienza di governo, nessun dubbio più residua a riguardo della esistenza di siffatta lacuna. Una lacuna, peraltro, largamente ingiustificata, sol che si pensi che le Regioni in genere (e proprio la Sicilia più di ogni altra, in quanto Regione “specialissima”) dispongono di risorse formidabili, solo in minima parte sfruttate così come si conviene al piano dell’armamentario giuridico cui potrebbero attingere, mettendolo al servizio dei meccanismi istituzionali, che attendono da troppo tempo di essere aggiustati come si conviene, e più ancora al servizio dei bisogni più diffusamente ed intensamente avvertiti in seno alle rispettive comunità. Soprattutto, le Regioni possono (e, a mia opinione, devono) produrre uno sforzo ulteriore di progettazione dello sviluppo sia istituzionale che sociale in genere; e, a questo fine, il terreno più fertile al quale esso può attecchire è proprio quello in cui si dispone la disciplina sia formalmente che materialmente “statutaria”: espressione con la quale intendo riferirmi, quanto al primo avverbio, ad un nuovo, profondamente rivisto, statuto e, quanto al secondo, ad una o più leggi statutarie¹³ organiche ed adeguate allo scopo di un rilancio effettivo, non

¹⁰ Implicitamente, infatti, poteva pianamente farsi rientrare in quella “organizzazione interna della Regione”, figurante nell’art. 123 nella sua originaria stesura, che peraltro – come si è tentato di argomentare altrove – si portava oltre la “forma di governo” fino a riguardare la stessa “forma di Regione”.

¹¹ ... e, segnatamente, e per una non casuale coincidenza, sia dal nuovo art. 123 che dalla legge cost. n. 2 del 2001, valendo dunque per *tutte* le Regioni. Altra questione, qui tuttavia non specificamente interessante, è se e fino a che punto possa spingersi l’accostamento tra gli statuti ordinari e le leggi statutarie delle Regioni speciali, che taluno porta fino ai suoi ultimi e consequenziali svolgimenti, fino a discorrere in modo indistinto di *statuti autonomi* anche con riguardo alle Regioni speciali (v., infatti, nuovamente, la monografia, dietro cit., di G. SCALA).

¹² Si faccia poi caso alla ripetuta previsione riguardante la nomina e revoca degli assessori, che figura sia nel secondo che nel terzo comma. Di modo che non l’intero terzo comma risulta essere sottratto dal raggio d’azione dell’art. 41 -*bis*, facendosi appunto eccezione quanto alla nomina e revoca suddette.

¹³ Si è molto discusso circa la maggiore convenienza di far luogo ad un’unica disciplina legislativa ovvero – come si è appunto fatto in Sicilia – a più leggi statutarie. A mia opinione, vantaggi e svantaggi si hanno in entrambi i casi. Per il primo corno dell’alternativa, si ritiene che possa ancora meglio assicurarsi la organicità della disciplina, per quanto invero nulla possa escludere che più leggi risultino tra di loro armonicamente legate ancora di più di quanto non lo sia un tessuto legislativo unico ma lacero o, diciamo pure, internamente incoerente. Il secondo corno, poi, sembra consigliabile specie

meramente nominale o di facciata, della specialità¹⁴. Non vale l'obiezione, in realtà viziata di formalismo sterile ed esasperato, secondo cui l'approvazione di un nuovo statuto va oltre l'area di competenza della Regione, essendo – com'è noto – di esclusiva spettanza delle Camere¹⁵. In particolare, con la istituzione della Commissione Leanza, la Regione siciliana aveva messo in moto una macchina, poi arrestatasi per mancanza di carburante nel corso di una vicenda che attende ancora di essere compiutamente spiegata, che avrebbe dovuto portare, grazie ad una “legge-voto” – quale, con una certa improprietà, era chiamata – deliberata dall'Assemblea siciliana, all'approvazione di un nuovo statuto¹⁶. Perché il vero è che, se la Regione non si rimbocca le maniche ed assume una iniziativa decisa al fine della riscrittura dello statuto, è assai improbabile che quest'ultima si abbia per impulso dello Stato. Ho il timore – se posso esprimermi con cruda franchezza – che in ambito locale il rifacimento dello statuto non sia veduto quale una delle priorità (anzi, la prima di tutte) in vista del rilancio di una specialità ormai agonizzante, a cui base è posto uno statuto condannato da colpevole inerzia politica, a restare una permanente “Costituzione provvisoria” della Regione¹⁷.

Sarebbe tuttavia un errore grave, un'autentica esibizione di miopia politica ed istituzionale, dal momento che uno statuto che doti la Regione di strumenti nuovi ed adeguati alle sfide micidiali della presente congiuntura segnata da una crisi (economica, sociale, di sistema politico e, sopra tutto, di valori) senza precedenti è la preconditione necessaria, ancorché evidentemente non sufficiente, perché la Regione stessa possa approfondire il suo quotidiano e fattivo impegno al servizio della collettività.

Si pensi solo, per quanto attiene al piano delle fonti, a ciò che potrebbe aversi grazie alla invenzione di nuovi strumenti di produzione giuridica, quali le leggi “organiche”, ad imitazione di quanto si ha in altri ordinamenti, o le leggi di delega, che a un tempo potrebbero valorizzare il ruolo dell'Assemblea, quale sede istituzionale in cui si fanno le scelte politiche di fondo (che quindi si traducono nei “principi e criteri direttivi” impartiti alla Giunta), e quello della Giunta stessa, quale organo “concorrente” nella produzione giuridica, in spirito di quella “leale cooperazione”

in quei contesti in cui riuscire a varare un'unica, estesa disciplina si dimostra essere praticamente impossibile. Ad ogni buon conto, non è di ciò che siamo ora chiamati nuovamente a discutere, vista la scelta fatta nella nostra Regione.

¹⁴ Delle sorti della specialità si è – come si sa – a più ondate discusso, specie in convegni ed incontri di studio in genere a ciò dedicati, senza nondimeno che si siano fatti concreti passi in avanti per il suo sostanziale recupero (v., da ultimo, il convegno su *In vista della revisione del Titolo V, Parte II, della Costituzione: quale ruolo per le autonomie speciali?*, Roma 24 marzo 2014). Un vigoroso rilancio è, poi, stato, ancora da ultimo, auspicato da un'autorevole dottrina, in occasione della seduta svoltasi a Trieste il 26 maggio 2014 in ricordo del 50° dell'Assemblea legislativa regionale (G. SILVESTRI, *Le autonomie regionali speciali: una risorsa costituzionale da valorizzare*, in www.astrid-online.it, 11/2014). Per parte mia, da tempo mi sono dichiarato convinto che la via maestra da battere sia quella che porta all'affermazione di un *sistema di specialità diffusa*, in seno al quale sia data ad ogni Regione l'opportunità di differenziarsi dalle altre, attingendo ad un paniere di funzioni disposto al centro e dotandosi di quelle di esse che reputa congrue rispetto ai peculiari interessi emergenti dal proprio territorio, ferma ovviamente restando la previsione, a beneficio degli organi statali, di forme varie di indirizzo e controllo e, in genere, di meccanismi adeguati a preservare il bene indisponibile della unità-indivisibilità dell'ordinamento. Purtroppo, non sembra che questo modello riscuota i favori delle forze politiche dominanti, di ieri come di oggi; e basti solo, al riguardo, considerare la “filosofia” sottesa al disegno di riforma costituzionale apprestato dal Governo Renzi, che si fa premura di rimuovere il pur labile segno di una possibile “specializzazione” dell'autonomia ordinaria, presente nel disposto di cui all'art. 116, ult. c., cost. (su ciò, v., volendo, l'appunto critico che è nel mio *Note minime a prima lettura del disegno Renzi di riforma costituzionale*, in www.federalismi.it, 8/2014, spec. al § 7.2; indicazioni su condizioni e limiti di un regionalismo “plurale” possono aversi anche da M. CECCHETTI, *Le fonti della “differenziazione regionale” ed i loro limiti a presidio dell'unità e indivisibilità della Repubblica*, in AA.VV., *Studi sulle fonti del diritto*, II, *Le fonti delle autonomie territoriali*, a cura di S. Pajno e G. Verde, Giuffrè, Milano 2010, 69 ss.).

¹⁵ Ma non si sottovaluti il significato del coinvolgimento della Regione, chiamata ad esprimere il proprio parere in merito ai progetti parlamentari o governativi di revisione dello statuto, e, più ancora, a prendere l'iniziativa della revisione stessa, secondo quanto è al riguardo stabilito dalla legge cost. n. 2 del 2001.

¹⁶ Sui tentativi di riforma statutaria col tempo esperiti, senza che nondimeno abbiano sortito effetto alcuno, v. il quadro di sintesi che è in G.A. FERRO, *La c.d. “clausola di maggior favore” ed il mancato adeguamento dello Statuto siciliano*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sicilia*, cit., 191 ss., spec. 196 ss.

¹⁷ Riprendo qui una bella immagine del mio compianto Maestro, T. MARTINES, *Lo statuto siciliano oggi* (1983), ora in *Opere*, III, Giuffrè, Milano 2000, 830.

interorganica di cui si dirà meglio a momenti (senza, peraltro, escludere l'esercizio di poteri diretti di normazione da parte del Presidente della Regione, l'eventuale introduzione per taluni ambiti materiali di riserve di regolamento, e via dicendo)¹⁸.

Comunque, non indugio ora ulteriormente su una questione che, seppur di cruciale rilievo, non mi pare che risulti iscritta nell'agenda delle cose politiche da realizzare con carattere di priorità. Insisto invece sulla opportunità di sfruttare fino in fondo, come si conviene, l'occasione oggi offerta dalla discussione sul disegno di legge qui annotato per allargare il campo materiale dallo stesso coperto, nel senso sopra accennato.

2. Ciò che nel disegno in esame stranamente non c'è, in particolare per quanto attiene alla ridefinizione delle competenze degli organi direttivi della Regione ed agli strumenti della loro cooperazione, in vista di un significativo riequilibrio nei loro rapporti, nonché agli strumenti della partecipazione di enti e formazioni sociali alle attività di governo

Procederò così nell'esame dell'articolato in parola.

In primo luogo, dirò di ciò che in esso manca e di cui, invece, a me sembra essere assolutamente necessario che si faccia parola. Passerò poi a svolgere alcune essenziali notazioni a riguardo di ciò che sta scritto, restando nella "logica" adottata dall'autore dell'articolato e sforzandomi di portarla ad ulteriore, lineare svolgimento.

Quanto al primo punto, due sono le gambe su cui dovrebbe reggersi il nuovo impianto istituzionale: *cooperazione e partecipazione*. L'una e l'altra richiedono un profondo svecchiamento delle strutture in atto esistenti e, soprattutto, dei procedimenti giuridici a mezzo dei quali la Regione esercita e porta ad effetto le funzioni che le sono assegnate.

La cooperazione nei procedimenti, per come è qui vista, equivale a presenza costante dell'un organo nelle sedi istituzionali in cui prendono corpo le attività degli altri. Non è – si badi – *integrazione* né, tanto meno, *immedesimazione*; piuttosto, è da tener ferma la *distinzione* degli organi, con la tipicità del ruolo proprio di ciascuno di essi. La cooperazione, dunque, presuppone la previa definizione delle competenze; ed è un vero peccato che non si sia pensato di cogliere l'opportunità oggi offerta per la complessiva riconsiderazione delle sfere di competenza proprie di ciascuno dei massimi organi della Regione. E, invero, non soltanto nulla qui si dice dei procedimenti, specie per l'aspetto della loro "apertura" ai fecondi apporti provenienti *ab extra*, ma non c'è neppure un catalogo, sia pure sommario, delle competenze spettanti all'Assemblea, al Presidente ed agli assessori¹⁹. Non è, di tutta evidenza, una disciplina di rilievo meramente interno o, comunque, non materialmente statutario; tutt'altro! La sua diretta ed immediata afferenza alla "forma di governo" è, infatti, testimoniata dal fatto che proprio da siffatta ridefinizione delle competenze dipendono, in

¹⁸ Si discute, nondimeno, se ed in che misura la disciplina delle fonti possa considerarsi nella disponibilità delle leggi statutarie ovvero richieda il previo passaggio attraverso la revisione dello statuto (riferimenti, ora, in G. SCALA, *Gli statuti autonomi delle Regioni speciali*, cit., 215 ss.). Con ogni probabilità, la risposta giusta porta a distinguere l'una dall'altra specie di innovazione. Ad es., la invenzione di originali strumenti primari di normazione sembra essere riservata alla sola regolazione con fonte costituzionale, mentre novità riguardanti il procedimento di formazione di atti già previsti dallo statuto possono considerarsi ammissibili anche ad opera delle leggi suddette o, addirittura, con atti ancora diversi (tra i quali, il regolamento assembleare). Ciò che ad ogni buon conto importa è che risulta ormai provata l'esistenza di plurime e mutue implicazioni esistenti tra forma di governo (e, ancora più a fondo, forma di Stato o di Regione, ecc.) e ordine delle fonti. Anche per quest'aspetto, dunque, il disegno qui annotato accusa evidenti e gravi carenze.

¹⁹ La lacuna appare grave e vistosa soprattutto per quest'ultimo aspetto, dal momento che proprio dal modo con cui sono ripartite le competenze tra gli assessori (e col Presidente) possono aversi preziose indicazioni a riguardo di ciò che resta della collegialità della Giunta in un contesto segnato dalla elezione diretta del Presidente. Credo che per l'Assemblea non sia di secondario rilievo prendere partito nella futura "legge statutaria" su questo punto che considero essere di cruciale rilievo, per gli evidenti ed immediati riflessi che possono aversi al piano dei rapporti tra l'Assemblea stessa e il Presidente (e la Giunta), al piano della forma di governo insomma.

larga misura²⁰, quegli equilibri di ordine politico-istituzionale che connotano le pur oscillanti movenze della forma stessa.

Tra l'altro, per questa via, si potrebbe almeno in parte supplire a quel mancato rifacimento del dettato statutario, cui si è sopra fatto cenno; e non è inopportuno rilevare che il silenzio al riguardo serbato dal disegno qui annotato risulta ancora di più evidenziato se si pone a confronto con la disciplina posta da altre leggi statutarie, assai meno avare di indicazioni della nostra²¹.

Il vero è che, per una ragione che mi sfugge, l'autore dell'articolato predisposto per la Sicilia ha, in buona sostanza, focalizzato la propria attenzione sull'avvio delle esperienze della direzione politica e le cause della loro possibile interruzione (sopra tutte, la sfiducia), trascurando proprio ciò che sta a mezzo tra inizio e fine delle attività di governo, vale a dire il modo con cui queste ultime prendono corpo ed hanno svolgimento.

Rilevano, a tal proposito, come si diceva, specificamente gli istituti di cooperazione²². Una cooperazione idonea ad esprimersi in forme varie e con parimenti varietà di effetti, secondo una scala "graduata" di intensità, si da dimostrarsi, in relazione alle singole fattispecie alle quali si applica, adeguata ad assicurare una più ponderata cura del pubblico interesse e, allo stesso tempo, un riequilibrio delle relazioni istituzionali, specie al piano della definizione dei fini politici e del loro concreto raggiungimento²³.

Di questo *animus* preoccupato di un tangibile riequilibrio nella direzione politica il disegno in oggetto offre, invero, più d'una testimonianza, secondo quanto si vedrà meglio a momenti; si tratta, però, di portarsi ancora oltre, molto oltre, prefigurando consultazioni, intese e quant'altro si reputi essere maggiormente opportuno, in relazione alle singole attività di volta in volta poste in essere.

Di tutto ciò, nulla invece qui si dice, così come resta del tutto estraneo all'orizzonte culturale e politico dell'autore del disegno il proposito di far luogo ad una congrua coltivazione di alcuni campi materiali dai quali possono aversi frutti cospicui e succosi a beneficio dell'autonomia e, per ciò stesso, della comunità regionale. Penso soprattutto al versante delle attività di rilievo internazionale e "comunitario" (o, come a me piace dire, "eurounitario"), un versante che attende ancora oggi di essere

²⁰ È ovvio che a base dei concreti sviluppi della forma di governo stanno poi fattori diversi dall'astratto elenco delle competenze, specie laddove esso sia dato da mere etichette, da "nomi", bisognosi di essere quindi riempiti di significato e costantemente aggiornati, tra i quali fattori – come si sa – è, in primo luogo, il sistema dei partiti (una puntuale analisi delle più salienti vicende politiche che hanno accompagnato lo svolgimento della forma di governo della nostra Regione può vedersi in G. PITRUZZELLA, *Sistema dei partiti e forma di governo*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sicilia*, cit., 114 ss.).

²¹ V., al riguardo, la chiara illustrazione che ne fanno G. CHIARA, *Le leggi statutarie delle regioni speciali: contributo allo studio dell'autonomia statutaria regionale nello Stato autonomista*, Aracne, Roma 2012, ult. cap., e G. SCALA, *Gli statuti autonomi delle Regioni speciali*, cit., spec. 240 ss.

²² Su di che S. AGOSTA, *La leale collaborazione tra Stato e Regioni*, Giuffrè, Milano 2008, del quale v., inoltre, *Gli istituti di cooperazione*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sicilia*, cit., 271 ss. Quanto poi alla cooperazione interregionale, che non merita essa pure di essere sottovalutata (tanto per il significato che può assumere al fine della ottimale cura del pubblico interesse, quanto per le implicazioni che possono aversene al piano delle dinamiche della forma di governo), riferimenti possono aversi da A. STERPA, *Le intese tra le Regioni*, Giuffrè, Milano 2011. Un discorso a sé dovrebbe poi farsi in merito alla cooperazione tra la Sicilia e la Calabria, strettamente legate l'una all'altra dall'"area dello stretto". Ma di ciò nulla può qui dirsi.

²³ In realtà, non è agevole stabilire quale sia la misura effettiva del concorso dato alla direzione politica, rispettivamente, dall'Assemblea e dal Presidente (e dalla Giunta); ciò che, nondimeno, mi parrebbe provato è che un concorso appunto vi sia, malgrado la spinta formidabile impressa al processo di valorizzazione del ruolo dell'esecutivo e, in seno a quest'ultimo, particolarmente del Presidente dall'opzione fatta per la elezione diretta di quest'ultimo, unitamente all'adozione del meccanismo del *simul simul*. Si tratta, ad ogni buon conto, di studiare tutti gli accorgimenti possibili perché ciascuno degli organi direttivi della Regione possa sfruttare al meglio il patrimonio delle funzioni di cui è dotato, all'insegna di quel *principium cooperationis* su cui qui pure si vuol sollecitare a fermare in special modo l'attenzione. Non fanno, comunque, difetto gli studi, perlopiù però riferiti alle Regioni di diritto comune, nei quali si mettono in evidenza gli strumenti, costituzionali e statutari, a mezzo dei quali le assemblee elettive possono ritagliarsi un ruolo non meramente coreografico e simbolico al piano della direzione politica (tra i molti altri, v. F.R. DE MARTINO, *Consiglio regionale e strumenti dell'integrazione politica*, ESI, Napoli 2007; S. CATALANO, *La "presunzione di consonanza"*, cit., spec. 187 ss., e N. MACCABIANI, *Codeterminare senza controllare. La via futura delle assemblee elettive regionali*, Giuffrè, Milano 2010).

percorso fino in fondo, specie se si considera la posizione strategica detenuta dalla Sicilia nel Mediterraneo²⁴.

Si pensi solo alla piaga delle dolorosissime immigrazioni a getto continuo, pressoché quotidiane. È chiaro che fronteggiare un fenomeno dalle dimensioni ormai incontenibili è compito precipuo dello Stato, cui spetta di definire la linea politica da sottoporre ai *partners* europei, facendo al riguardo valere le sacrosante, quanto però ad oggi inappagate, pretese vantate dal nostro Paese. La Regione, al pari degli altri enti operanti nel territorio, può tuttavia fare molto, offrendo i servizi di cui dispone a beneficio dei diseredati che approdano sulle coste dell'isola, sorretti solo dalla speranza di un dignitoso futuro.

Ora, immaginare la stipula da parte della Regione di accordi ed intese, a finalità specificativo-attuativa degli accordi internazionali dello Stato o dell'Unione non appare, in questo quadro, peregrino. In tal modo, verrebbe – come si vede – fatto salvo il potere decisionale dello Stato, senza peraltro che siano per ciò solo trascurate le istanze di autonomia e senza, ancora, che si escluda la consultazione della stessa Regione da parte dello Stato al momento della stipula di quegli accordi.

Mi chiedo: è fuori del quadro della “forma di governo” stabilire regole a riguardo della cooperazione (a mia opinione, necessaria) tra Assemblea e Presidente (e Giunta) in occasione del compimento di siffatte attività?

Credo che la risposta sia già nella domanda.

Anche per ciò che attiene alle relazioni con l'Unione molto si potrebbe dire, così come – si sa – è già stato detto nelle sedi più varie. Fatico nondimeno a comprendere la ragione per la quale non si sia pensato di cogliere l'opportunità oggi offerta di un ripensamento di alcuni meccanismi istituzionali per far cenno alla cooperazione che, anche su questo fronte, potrebbe proficuamente intrattenersi tra gli organi di vertice della Regione, in aggiunta a quella che quindi può (e deve) aversi con altri enti, a partire dallo Stato e dai Comuni.

La cooperazione interistituzionale, poi, si lega a filo doppio alla partecipazione, fino a fare tutt'uno con essa²⁵. Il disegno in esame non dà prova della consapevolezza che la forma di governo in genere (e quella regionale in ispecie) o è “aperta” (e, appunto, partecipata) oppure semplicemente non è; e, se non lo è, è la stessa autonomia *in nuce* a soffrirne, la quale prende luce e, nella sua stessa struttura, incessantemente si rigenera e rinnova grazie appunto alla partecipazione²⁶. Gli enti territoriali minori (e, segnatamente, i Comuni e i “liberi consorzi” da essi costituiti), gli ordini professionali, le formazioni sociali in genere, tutto quanto insomma dà voce alla comunità organizzata deve aver modo di essere costantemente ed adeguatamente tenuto presente nei procedimenti giuridici, in quelli legislativi e normativi in genere come pure negli altri di forma amministrativa²⁷.

La stanca, abusata obiezione che, in tal modo, si avrebbe un insopportabile appesantimento dei procedimenti stessi, coi conseguenti ritardi ed inconvenienti di ordine funzionale, si confuta da sé,

²⁴ Con specifico riguardo alla nostra Regione (ma con notazioni altresì di più ampio respiro), v., quanto alle relazioni internazionali, il contributo di S. PAJNO, *I rapporti internazionali*, e, per i rapporti con l'Unione europea, quelli di E. CASTORINA, *Processi decisionali europei e ordinamento siciliano*, e M.L. QUATTROCCHI, *Regione e attuazione degli obblighi discendenti dall'Unione Europea*, tutti in AA.VV., *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sicilia*, cit., rispettivamente, 313 ss., 330 ss. e 340 ss.

²⁵ A *Gli istituti di partecipazione popolare* nella nostra Regione sono dedicati gli studi di L. SALAMONE e S. AGOSTA, nel vol. coll. da ultimo cit., rispettivamente, 287 ss. e 301 ss.

Da un punto di vista generale, si è ancora di recente opportunamente discusso di una relazione “biunivoca” intercorrente tra i diritti di partecipazione e la forma di governo (C.S. VIGILANTI, *La forma di governo regionale e gli strumenti di partecipazione politica*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Calabria*, cit., 89 ss.).

²⁶ È malinconico, tuttavia, dover constatare come, a dispetto delle solenni enunciazioni di principio contenute in special modo – come si sa – negli statuti delle Regioni di diritto comune, la partecipazione abbia faticato a decollare ed a farsi in consistente misura apprezzare nel corso delle vicende delle autonomie in genere (dato di comune acquisizione: per tutti e di recente, M. DELLA MORTE, *Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi*, F. Angeli, Milano 2012, spec. 176 ss.). E il vero è che occorre produrre uno sforzo ulteriore rispetto a quello fin qui messo in atto al fine di progettare strumenti idonei a rendere concreto, tangibile, il valore della partecipazione, alle pur difficili condizioni di contesto politico complessivo.

²⁷ ... con l'auspicio che non faccia la fine miseramente toccata ai soggetti ed organi cui è fatto richiamo dall'art. 12, III c., st.

sol che si pensi che la partecipazione non è incompatibile con la funzionalità, dal momento che è agevole prevedere forme rapide di consultazione e di collaborazione in genere. Guardiamo piuttosto in faccia la realtà: se e quando c'è stata (e c'è) la volontà politica di fare certe cose, le si sono fatte (e le si fanno), anche in modo spedito; in caso contrario, no.

3. *Spigolando qua e là in seno all'articolato in esame, con specifica attenzione a ciò che attiene alle relazioni politico-istituzionali (e, segnatamente, alla sfiducia)*

Da ultimo, poche notazioni – come si diceva – a margine dell'articolato in esame. Palese è – come si diceva – l'intento volto a riequilibrare in qualche modo i rapporti tra l'Assemblea e il Presidente eletto a suffragio universale e diretto (e la Giunta), del quale si ha qui più d'una testimonianza.

Così, per ciò che attiene alla possibile nomina di assessori esterni all'Assemblea, la cui soglia non può tuttavia superare il terzo del numero complessivo (art. 3, II c.): una soluzione di compromesso – a me pare – tutto sommato ragionevole tra l'esigenza di dar modo al Presidente di circondarsi di esponenti anche di forze politiche prive di rappresentanza in Assemblea, in aggiunta a quelle che, presenti nell'Assemblea stessa, espressamente lo sostengono, ed anche – perché no? – di uomini di cultura e, in genere, di soggetti provenienti da quella comunità che – come si è dietro veduto – dovrebbe in modo costante e fattivo partecipare all'esercizio delle attività di governo della Regione²⁸.

Ancora più visibile e significativo il riequilibrio in parola nella previsione secondo cui, all'indomani della elezione dell'Assemblea (e, segnatamente, entro quindici giorni dall'insediamento dell'Ufficio di presidenza), il Presidente si presenta davanti all'Assemblea stessa per esporre il programma di governo e comunicare la composizione della Giunta (con l'indicazione espressa del Vicepresidente). Lo stesso disposto ora richiamato, di cui all'art. 4, I c., precisa che nel programma sono menzionati “gli obiettivi strategici, gli strumenti e i tempi di realizzazione dello stesso”²⁹. Si aggiunge (al II c.) che il dibattito sul programma “può concludersi con l'approvazione di uno o più atti di indirizzo politico” e che il Presidente presenta, annualmente o nel più breve termine stabilito dall'Assemblea, “una relazione sull'attuazione del programma di governo, nonché sull'attuazione delle leggi e degli atti di indirizzo approvati dall'Assemblea” (III c.). Questa espressione finale non sembra, per vero, felicissima, dal momento che l'attuazione del programma prende corpo *anche* attraverso le leggi e gli atti d'indirizzo assembleari, di modo che la prima e generale espressione parrebbe comprendere ogni atto, assembleare o presidenziale e giuntale che sia, portatore d'indirizzo politico³⁰.

In disparte i profili di forma, si faccia caso alla studiata cautela con la quale il disegno tratta della collaborazione tra Assemblea e Presidente (e Giunta) al momento dell'avvio delle esperienze di direzione politica. L'autore dell'articolato è consapevole delle forti limitazioni poste dalla giurisprudenza costituzionale per ciò che attiene al rapporto intercorrente tra gli organi d'indirizzo in

²⁸ Forse, però, si potrebbe pensare di ridimensionare ulteriormente la quota degli assessori non di estrazione assembleare (ad es., portandola ad un massimo di un quarto o, addirittura, di un quinto), al fine di contenere, se non proprio parare, il rischio della formazione di “Giunte del Presidente”, anziché di “Giunte di maggioranza” (così, G. PITRUZZELLA, *Forma di governo regionale e legislazione elettorale*, in *Le Regioni*, 3-4/2000, 506, al cui pensiero si è quindi rifatto N. VICECONTE, *La forma di governo nelle regioni ad autonomia ordinaria*, cit., 107). Sul rafforzamento del ruolo del Presidente conseguente alla scelta degli assessori esterni, più di recente, Q. CAMERLENGO, *Rapporti tra il Presidente della Giunta e gli assessori*, cit., 538 ss.

²⁹ Una precisazione, invero, opportuna; e, tuttavia, nessuno è così ingenuo da non avvedersi che essa lascia il tempo che trova, non esprimendo altro rilievo che al piano dei rapporti politici. Certo, presentando un programma del tutto carente al riguardo (ad es., che nulla dica sui tempi), il Presidente violerebbe il precetto normativo in parola; non si vede, però, quale conseguenza giuridica possa aversene, al di là della riprovazione da parte dell'Assemblea (o, meglio, delle forze politiche minoritarie in essa rappresentate).

³⁰ Il vero è che l'autore del disegno ha qui avvertito il bisogno di rimarcare il rilievo da assegnare alle leggi ed agli atti in genere d'indirizzo deliberati dall'Assemblea, sì da sollecitare appunto il Presidente a rendere conto del seguito ad essi concretamente dato. Ancora una testimonianza, come si vede, di quell'intento volto a coinvolgere attivamente l'Assemblea nella direzione politica, di cui si viene dicendo.

una forma di governo imperniata sulla elezione a suffragio universale e diretto del Presidente, un rapporto non qualificabile come “fiduciario” (in senso proprio) e piuttosto – sempre a dire della giurisprudenza – bisognoso di essere inquadrato ricorrendo alla sibillina ed oggettivamente equivoca nozione di “consonanza politica”, quale caratterizzante le attività dei massimi organi della Regione³¹.

Resta nondimeno l’aporia di un sistema complessivo che, pur non essendo informato alla fiducia, conosce tuttavia la sfiducia (la quale, a filo di logica, parrebbe necessariamente presupporre la... *fiducia* stessa).

Francamente, non credo che il cit. art. 4 possa spingersi oltre la soglia raggiunta, prevedendo la produzione di *effetti giuridici immediati e diretti* discendenti dall’atto o dagli atti, se più d’uno, deliberati dall’Assemblea a seguito della esposizione del programma; effetti giudicati – come si sa – dalla giurisprudenza costituzionale non consoni alla forma di governo imperniata sulla elezione diretta del Presidente³². Il Presidente (e con lui la Giunta) è, nondimeno, consapevole del *vincolo sostanziale, politico*, che consegue alla loro adozione, dal momento che l’eventuale scostamento da essi può mettere in moto la procedura che porta a quella sfiducia che *ipso iure* determina la conclusione del mandato di tutti gli organi direttivi della Regione. Per questo verso, come si vede, si ha conferma della possibilità che il programma di governo enunciato dal Presidente venga fatto oggetto di integrazioni e precisazioni varie, anche per ciò che attiene all’ordine delle priorità da raggiungere. Insomma, le premesse per un sostanziale coinvolgimento dell’Assemblea nella direzione politica ci sono tutte; resta poi indeterminata la misura in cui esso può aversi. Questo però è un problema politico, che il diritto non è strutturalmente attrezzato per risolvere, che non può (ed anzi non deve) risolvere.

Ambigua e di dubbia ammissibilità è, poi, la previsione, di cui all’art. 7, di eventuali “censure” agli assessori. Abilmente e pudicamente, il disegno non discorre di “sfiducia”, al fine di non incappare nel divieto al riguardo stabilito da [Corte cost. n. 12 del 2006](#), ma, francamente, non si vede in cosa la censura stessa dalla prima sostanzialmente si distingua. E, invero, si è qui in presenza di un artificio linguistico volto ad aggirare il precetto costituzionale e statutario che lega, in buona sostanza, gli assessori al Presidente, della cui fiducia soltanto essi hanno costantemente bisogno³³. Cautamente e sibillino è anche il disposto, di cui all’ultimo comma art. ora cit., secondo cui il Presidente “comunica entro dieci giorni all’Assemblea regionale le proprie decisioni conseguenti all’approvazione della censura”. Ancora una volta, nessun effetto direttamente ed immediatamente discende, né può discendere, dal voto assembleare di censura; ciò nondimeno, il Presidente sa perfettamente che, laddove dovesse decidere di “coprire” l’operato dell’assessore destinatario della censura, non rimuovendolo dalla carica, si esporrebbe in prima persona all’eventuale sfiducia (in senso stretto) da parte dell’Assemblea, la quale peraltro, così facendo, andrebbe incontro al proprio scioglimento. Insomma,

³¹ Alla “presunzione di consonanza” è espressamente dedicato lo studio monografico di S. CATALANO, dietro cit.; v., inoltre, M. SIAS, *Dimissioni del Presidente della Regione, interruzione anticipata della legislatura e forma di governo ad elezione diretta, “contestuale e consonante”*, in *Le Regioni*, 1/2011, 57 ss. Fatico, nondimeno, ancora oggi a comprendere come possa mai aversi “consonanza politica” senza fiducia, e viceversa [così, già, nella mia nota a [Corte cost. n. 12 del 2006](#), dal titolo *Il cappio alla gola degli statuti regionali (a margine di Corte cost. n. 12 del 2006 e di altre pronunzie recenti in tema di autonomia statutaria)*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 25 gennaio 2006, spec. al § 3].

³² V., spec., sentt. nn. [379 del 2004](#) e [12 del 2006](#).

³³ Le sottigliezze argomentative cui si è fatto talora ricorso (tra gli altri, di recente, da S. CATALANO, *La “presunzione di consonanza”*, cit., 230 ss.) al fine di tenere distinta la “censura” (*et similia*) dalla “sfiducia” (*stricto sensu* intesa) non valgono ad offuscare il dato di elementare e palmare evidenza secondo cui l’una e l’altra esprimono un giudizio politico negativo nei riguardi di chi ne è investito (e, di riflesso, dello stesso Presidente, dimostratosi incapace di far fronte come si conviene al compito cui è istituzionalmente chiamato di promuovere e coordinare l’attività degli assessori e, in caso di comprovata incapacità o deliberata refrattarietà di questi ultimi a sottoporvisi, di rimuoverli senza indugio alcuno). Ciò posto, in prospettiva formale- astratta, può nondimeno pur sempre ragionarsi nel senso che dalla sfiducia consegue l’obbligatorio abbandono della carica, mentre la censura non dà di necessità luogo a quest’esito (ma v. quanto se ne dice subito appresso).

quell'equilibrio del "terrore", di cui ha discusso un'autorevole dottrina³⁴ a riguardo del meccanismo del *simul simul*, trova qui ulteriore espressione e conferma³⁵.

Dubbi poi solleva quanto è statuito all'art. 8, III e VII c., secondo cui il Presidente dell'Assemblea emana, entro cinque giorni, un decreto col quale accerta l'approvazione della mozione di sfiducia³⁶. La qual cosa può far pensare che l'effetto giuridico conseguente alla mozione si produca a far data dal decreto stesso (o, meglio, dalla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Regione).

A mia opinione, su tutto ciò è consigliabile un ripensamento.

Avverto che la soluzione che mi accingo ad argomentare non dispone di sicuri appigli teorici; e, però, la tesi opposta appare essere forse ancora più incerta della prima e – ciò che maggiormente importa – foriera di gravi inconvenienti, ai quali quella non va invece incontro.

Ma vediamo perché. La mia idea è che possa giudicarsi sufficiente la proclamazione da parte del Presidente dell'Assemblea del risultato del voto di sfiducia perché il Presidente della Regione e, con lui, la Giunta debbano considerarsi *ipso iure* "dimissionari"³⁷. Non regge l'analogia con ciò che, secondo la giurisprudenza (ancora [Corte cost. n. 12 del 2006](#)), varrebbe nelle Regioni di diritto comune, per le quali l'art. 126 tiene distinta l'ipotesi della "rimozione" del Presidente da quella delle "dimissioni"³⁸, delle quali dovrebbe comunque aversi riscontro. Lo statuto siciliano, di contro, non fa menzione alcuna di "dimissioni" conseguenti al voto di sfiducia dell'Assemblea (art. 10, I c., dopo la

³⁴ V., part., G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Le fonti di diritto regionale alla ricerca di una nuova identità*, a cura di A. Ruggeri e G. Silvestri, Giuffrè, Milano 2001, 211; a questa indicazione si sono quindi rifatti altri autori, tra i quali, pure *ivi*, A. SPADARO, *I "contenuti" degli statuti regionali (con particolare riguardo alle forme di governo)*, 109.

³⁵ Il *simul simul* – in disparte le riserve che sollecita per il fatto di non assicurare un'effettiva "consonanza politica" tra legislativo ed esecutivo, non ostando a cambi di maggioranze che sostengano lo stesso Presidente (e la Giunta) e, perciò, prestandosi a strumentali operazioni di trasformismo politico (su ciò, A. PIRAINO - O. SPATARO, *La specialità della Regione siciliana a dieci anni dalla riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, 5/2011, spec. 916 s.) – nella nostra Regione trova (o, diciamo meglio, è obbligato a trovare), comunque, una fin troppo rigida applicazione, non temperabile dalla legge statutaria (sulle vicende del *simul simul* in Sicilia e, in particolare, sullo scioglimento del 2008, indicazioni in A. FUSCO, *lo scioglimento dell'Assemblea*, in *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sicilia*, cit., 427 ss., spec. 432 ss.). La legge, infatti, non dispone purtroppo di margine alcuno di manovra, in presenza degli stringenti disposti, di cui all'art. 10 st., che persino in caso di acclarato impedimento permanente o di morte del Presidente non dà modo di far salva la legislatura. E così pure non può aversi la sfiducia costruttiva o altri meccanismi ancora astrattamente idonei ad offrire i loro servizi alla stabilità del Governo. Anche per quest'aspetto, si rende opportuna quella revisione dello statuto, di cui si è venuti dicendo (rammento che qualche anno addietro si era tentato di introdurre in Sicilia la sfiducia costruttiva, a mezzo tuttavia di una disciplina che sollevava non poche riserve: ne riferisce A. SAITTA, *Sicilia: la maggioranza litiga? Il Presidente fa le bizze? Ed io ti modifico lo Statuto!*, in www.forumcostituzionale.it, 17 settembre 2009).

³⁶ Analogo decreto è poi adottato anche in relazione alla presentazione delle dimissioni (qui intese – come subito si dirà – come volontarie), nonché alla decadenza, all'impedimento permanente o alla morte del Presidente. Non si fa invece parola di un decreto di rimozione.

Segnalo di passaggio la opportuna previsione a riguardo della sede istituzionale competente ad accertare il carattere "permanente" dell'impedimento presidenziale, individuata nell'Ufficio di Presidenza dell'Assemblea. Forse, però, sarebbe meglio limitarsi a dire che è compito del Presidente, che vi fa luogo col decreto suddetto; e forse pure gioverebbe coinvolgere in qualche modo la Giunta e, per essa, specificamente il Vicepresidente nella procedura. D'altro canto, sarebbe ben strano che non ci sia quanto meno un atto iniziale d'impulso della procedura stessa proveniente dallo stesso esecutivo. Infine, mi sfugge la ragione della comunicazione dell'accertamento dell'impedimento ai Presidenti delle Camere, mentre avrei compreso la comunicazione al Presidente del Consiglio dei ministri, se non altro per il fatto che è quest'ultimo ad invitare il Presidente della Regione a prendere parte alle riunioni del Consiglio dei ministri, *ex art. 21 st.* È pur vero, tuttavia, che, quand'anche in via di mera ipotesi al Presidente del Consiglio non fosse nota l'esistenza dell'impedimento e fosse dunque egualmente indirizzato al Presidente della Regione l'invito suddetto, il suo posto potrebbe sempre esser preso dal Vicepresidente.

Come che sia di ciò, l'importante è che si venga finalmente a colmare in ambito regionale quella lacuna sussistente a livello statale che – come si sa – ha alimentato un fitto dibattito in occasione della vicenda Segni.

³⁷ Non direi, perciò, con l'art. 6, ult. c., che "l'approvazione della mozione comporta l'obbligo di dimissioni del Presidente e degli assessori".

³⁸ In realtà, la norma costituzionale tratta di "dimissioni della Giunta", non già del Presidente, di modo che, a stare alla lettera della Carta, anche alle Regioni di diritto comune potrebbe, volendo, applicarsi la soluzione qui patrocinata: se non altro perché non si vede come possa un Presidente... *morto* o afflitto da un impedimento tale da offuscarne la lucidità rassegnare le dimissioni. Sappiamo, però, che la giurisprudenza si è sul punto diversamente orientata.

novella operata con legge cost. n. 2 del 2001); le “dimissioni” sono, sì, espressamente previste, ma in *altro* disposto (al II c.), in relazione al quale non sembra forzato ritenere che si sia voluto far riferimento al solo atto volontario di dimissioni³⁹, diversamente dal caso di obbligatorio abbandono dell’ufficio, conseguente appunto alla sfiducia⁴⁰.

Ancora meno regge, poi, l’analogia con quanto avviene in ambito statale, laddove – come si sa – è fatto obbligo al Governo di rassegnare le dimissioni a seguito dell’approvazione della mozione di sfiducia ovvero della mancata approvazione della mozione di fiducia iniziale, dal momento che il Presidente del Consiglio e gli altri componenti il Governo sono nominati dal Capo dello Stato e nelle sue mani pertanto sono comunque tenuti a rimettere il mandato.

Al di là di ogni disputa di ordine teorico, il vantaggio che viene dalla soluzione qui caldeggiata è che essa consente di evitare che abbiano a delinearsi scenari, pure concretamente remoti e tuttavia astrattamente configurabili, che vedano il Presidente tardare a presentare le dimissioni (o, addirittura, non presentarle...), coi conseguenti problemi che se ne avrebbero a riguardo della sua necessaria, forzata rimozione⁴¹.

Dal punto di vista qui adottato, il disposto di cui al II comma dell’art. 8, laddove si prevede che le dimissioni del Presidente della Regione sono presentate al Presidente dell’Assemblea, in disparte ogni possibile rilievo riguardante il destinatario delle dimissioni stesse cui non si deve la nomina del dimissionario, quand’anche voglia essere mantenuto così com’è può, dunque, prestarsi ad una interpretazione tale da ridurne la portata al solo caso di dimissioni volontarie, quale che ne sia la causa (politica, personale, ecc.), restando pertanto escluso dal raggio di azione del disposto stesso il caso di abbandono dell’ufficio conseguente al voto assembleare di sfiducia⁴².

Di qui, piana discende la conseguenza per cui il limite dell’ordinaria amministrazione, gravante sul Governo regionale in caso di scioglimento dell’Assemblea (art. 10)⁴³, sia, a mio modo di vedere, da considerare attivato già a partire dall’approvazione della mozione di sfiducia (ammesso pure, poi, che si voglia conservare il decreto del Presidente dell’Assemblea, di cui si è appena discusso, ugualmente a mia opinione da subito gli organi regionali sono tenuti a conformarsi al vincolo della ordinaria amministrazione, pur con tutte le incertezze che ad oggi avvolgono questa nebulosa nozione).

L’art. 9 fa inoltre luogo ad una definizione larga ma ragionevole della formula concernente le “dimissioni contestuali” della metà più uno dei componenti l’Assemblea, da cui consegue lo scioglimento della stessa, qualificando come tali le dimissioni presentate entro dieci giorni dalla data delle prime dimissioni. Si fa quindi carico al Presidente dell’Assemblea di accertare, nel consueto

³⁹ Questa lettura trovasi – a quanto pare –, ancora di recente, accolta da un fine conoscitore dell’ordinamento e dell’esperienza della Regione siciliana, F. TERESI, *Il Presidente e la Giunta regionale*, in AA.VV., *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sicilia*, cit., 106 s. Sulle dimissioni volontarie del Presidente della Regione, in generale, v. M. SIAS, *Dimissioni del Presidente della Regione*, cit., 57 ss.

⁴⁰ È pur vero, però, che – sta scritto in [Corte cost. n. 12 del 2006](#) – “introdurre la decadenza della Giunta come effetto dell’approvazione di una mozione di sfiducia finirebbe per equiparare il disvalore giuridico alla necessità politica, trattati e considerati dall’art. 126, primo e terzo comma, Cost. in modo ben distinto”. Nulla, ad ogni buon conto, a mio modo di vedere osta a che *altro* dettato costituzionale, quale quello di cui alla legge cost. n. 2 del 2001, specificamente valevole per le Regioni ad autonomia differenziata, possa essersi non irragionevolmente discostato dallo *ius commune*.

Una precisazione, infine, non meramente linguistica. Non discorrerei di “decadenza” automatica conseguente al voto di sfiducia, altrimenti non si spiegherebbe come possa l’organo restare in carica per il disbrigo degli affari correnti; direi, semplicemente, che a seguito della sfiducia stessa l’organo è da considerare *ipso iure* “dimissionario”.

⁴¹ È chiaro, nondimeno, che in siffatta eccezionale congiuntura ricorrerebbero appieno i presupposti per l’immediata rimozione del Presidente, responsabile di una palese, macroscopica violazione della Costituzione.

⁴² Questa lettura è, d’altronde, avvalorata dalla disposizione al riguardo vigente in altra Regione. Così, all’art. 13, III e IV c., l. reg. F.V.G. n. 17 del 2007, per un verso, si stabilisce che “la sfiducia comporta le dimissioni del Presidente”; per un altro verso, si dichiara espressamente che “le dimissioni del Presidente della Regione *in assenza di sfiducia* sono presentate al Presidente del Consiglio regionale il quale ne dà tempestiva comunicazione al Consiglio regionale. Diventano efficaci alla data di comunicazione” (mio, ovviamente, il c.vo). Si faccia dunque caso alla diversa regolazione dei due casi.

⁴³ Quanto poi alla condizione di quest’ultima in regime di *prorogatio*, v., tra gli altri, I. LA LUMIA, *L’attività dell’Assemblea regionale siciliana in regime di prorogatio*, in www.forumcostituzionale.it, 12 ottobre 2009.

termine di cinque giorni, la presentazione delle dimissioni contestuali. Il termine “Presidente” va qui inteso in accezione funzionale, siccome riferito a colui che funge da Presidente, non potendosi escludere che tra coloro che rassegnano le dimissioni vi sia lo stesso Presidente (forse, nondimeno, non sarebbe male esplicitare questo concetto).

Nel complesso, come si diceva, un articolato che, *limitatamente a ciò che dice*, non sembra mal formulato e che tuttavia porta in sé il vizio di origine della eccessiva ristrettezza del campo coltivato, nel quale si dispongono i soli organi di vertice dell’apparato regionale, i cui rapporti peraltro sono visti unicamente in alcune delle loro più salienti espressioni, al di fuori però di una organica considerazione del loro svolgimento. È già, ad ogni buon conto, un primo (ma solo un primo), importante passo verso il complessivo rifacimento della tela istituzionale al quale occorre urgentemente porre mano, consapevoli delle non poche opportunità che, ancora al presente (e pur nella difficilissima congiuntura in atto), si offrono per la specialità, sempre che si abbia la voglia e le capacità di sfruttarle come si conviene al servizio della comunità regionale. Altrimenti, non resterà che interrogarsi, con la più avvertita dottrina⁴⁴, a riguardo di ciò che si vuol fare della specialità (e, anzi, delle Regioni in genere), nella consapevolezza che se l’autonomia, in ciascuna delle sue forme espressive, non è riuscita in apprezzabile misura ad affermarsi, ciò non si è dovuto (e non si deve) solo ad una sfortunata congiuntura o a responsabilità degli organi centrali dell’apparato statale, che mai nulla hanno fatto per celare la propria irresistibile vocazione all’accentramento, ma anche a dirette e gravi responsabilità ricadenti sulle stesse Regioni: su coloro che in tutti questi anni le hanno governate come pure sulla comunità dei cittadini che non è riuscita a farsi in significativa ed apprezzabile misura valere.

⁴⁴ V., di recente, G. VERDE, *Uniformità e specialità delle Regioni*, in AA.VV., *Che fare delle Regioni?*, a cura di N. Antonetti e U. De Siervo, Istituto Luigi Sturzo, Roma 2014, 265 ss.

Giovanni Moschella - Antonio Ruggeri

Disapplicazione, in nome della clausola di maggior favore, delle norme dello statuto siciliano relative all'impugnazione delle leggi regionali ed effetti sui ricorsi pendenti

SOMMARIO: 1. Notazioni introduttive. – 2. Il tortuoso percorso compiuto dal giudice costituzionale in sede di accertamento delle condizioni per l'attivazione della clausola di maggior favore, ovvero sia quando la Corte annulla una norma di legge al fine di disapplicare una norma statutaria. – 3. L'“improcedibilità” dei ricorsi pendenti, per effetto della messa da canto del meccanismo statutario di controllo.

1. *Notazioni introduttive*

Le succinte notazioni che seguono muovono dall'assunto che la Corte si accinge a rimuovere l'ormai logoro meccanismo d'impugnazione delle leggi siciliane, già smantellato un po' alla volta – come la stessa Corte si fa cura di rammentare nell'[ord. n. 114 del 2014](#) – e che ora attende solo il colpo di grazia, per essere quindi rimpiazzato senza rimpianti dal meccanismo di controllo successivo ormai invalso per tutte le altre Regioni, sia di diritto comune che ad autonomia differenziata. Un assunto invero avvalorato dal modo risoluto con cui il giudice costituzionale ha sollevato davanti a se stesso la relativa questione di legittimità costituzionale, appuntandola sull'art. 31, l. n. 87 del 1953, così come novellato dall'art. 9, c. II, l. n. 131 del 2003, segnatamente nel suo *incipit* (“Ferma restando la particolare forma di controllo delle leggi prevista dallo statuto speciale della Regione siciliana”). E, invero, le affermazioni contenute nell'atto di autorimessione, di cui all'ord. sopra cit., non sembrano lasciare scampo; né l'eventuale integrazione del collegio, dopo l'uscita del suo Presidente Silvestri e del giudice Mazzella, ove abbia luogo prima della decisione, sembra che possa influire sull'esito della stessa, specie qualora l'autorimessione suddetta dovesse essere – come darebbe appunto a pensare la ferma presa di posizione rappresentata dalla decisione [n. 114 del 2014](#) – sorretta da un ampio consenso in seno alla Corte.

Ciò posto, ci si interroga qui su due questioni di carattere processuale.

La prima riguarda l'autorità competente ad accertare se ricorrano le condizioni per l'operatività della clausola di maggior favore, come si sa introdotta dall'art. 10 della legge di riforma del Titolo V del 2001, e il modo con cui siffatto accertamento possa appropriatamente aver luogo. La seconda attiene poi agli effetti “conseguenziali” a carico dei ricorsi pendenti, effetti derivanti dalla sospesa applicazione delle norme dello statuto siciliano e dalla contestuale introduzione, in loro vece, grazie alla clausola suddetta, del meccanismo di controllo successivo, già esteso, a ridosso della riforma del 2001, alle restanti Regioni ad autonomia differenziata.

Avvertiamo che, ai fini della ricostruzione ora proposta, resta indifferente che la Corte si dichiari nel senso che il potere di ricorso si consideri d'ora innanzi di esclusiva spettanza del Governo, nella sua composizione *ex art. 92 cost.*, ovvero che possa seguitare ad essere esercitato – ma solo, appunto, in via successiva – dal Commissario dello Stato. Deve, peraltro, ritenersi che la clausola di maggior favore possa concretarsi, *sic et simpliciter*, nella previsione del controllo successivo di costituzionalità, indipendentemente dell'attribuzione del relativo potere al Governo, secondo quanto previsto dall'art. 31, l. n. 87 del 1953, dopo la sua modifica ad opera dell'art. 9, l. n. 131 del 2003, ovvero al Commissario, così come invece contemplato dalla norma statutaria.

Sembra tuttavia che, per il modo con cui l'autorimessione ha avuto luogo, riferita – come si è appena segnalato – al periodo iniziale del nuovo art. 31, cit., caduto il quale il seguito della disposizione contempla il solo caso di impugnazione delle leggi regionali da parte del Governo, dovrebbe essere proprio quest'ultimo, e non più il Commissario, a risultare investito della *facultas agendi*. La questione – com'è chiaro – non è affatto di secondario interesse, specie per i risvolti di ordine istituzionale legati alla sua soluzione in un senso o nell'altro, ma – come si diceva – resta indifferente ai limitati fini di questa riflessione.

2. *Il tortuoso percorso compiuto dal giudice costituzionale in sede di accertamento delle condizioni per l'attivazione della clausola di maggior favore, ovvero sia quando la Corte annulla una norma di legge al fine di disapplicare una norma statutaria*

La prima questione è di non poco interesse teorico ma sembra tuttavia scarsamente rilevante al piano pratico.

La Corte lascia chiaramente intendere, nella [ord. n. 114 del 2014](#), che qui avrebbe dovuto farsi applicazione della clausola di maggior favore. Ma chi è – dobbiamo chiederci – il “giudice naturale” della stessa? E, ancora, come verificare la sussistenza delle condizioni per la sua attivazione? Se l'esito conseguente a quest'ultima è, e non può che essere, la mera *sospensione* della efficacia (e, perciò, in buona sostanza, la “*non applicazione*”) delle norme statutarie giudicate penalizzanti per l'autonomia, al cospetto di quelle omologhe del Titolo V, come fa il giudice costituzionale a disporre siffatta sospensione, dal momento che non può annullare le norme stesse?

Qui, va fatta una preliminare avvertenza prima di andar oltre. Le norme dello statuto, al pari di quelle di qualsiasi altra legge (anche costituzionale), non sfuggono – come si sa – alla eventualità della loro caducazione nelle forme usuali allo scopo prescritte; e, d'altro canto, si tratta di vicenda già verificatasi, anche con riguardo allo statuto siciliano. Nulla, dunque, esclude che le norme riguardanti l'impugnazione delle leggi possano essere annullate, ad es. perché lesive del principio fondamentale di autonomia (art. 5).

Viene tuttavia da pensare che la Corte non voglia spingersi a tanto; lo stesso art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001 esibisce al riguardo una studiata cautela, limitandosi a dichiarare la mera disapplicazione delle norme statutarie meno favorevoli per l'autonomia, accompagnata dalla contestuale applicazione delle norme corrispondenti del Titolo V, fino all'“adeguamento” degli statuti. Un “adeguamento” che potrebbe anche portare al recupero di qualche vecchia norma, pur se iscritta in un quadro positivo complessivamente rifatto all'insegna della valorizzazione dell'autonomia. Nessuno può, insomma, vietare agli autori dei nuovi statuti (la cui elaborazione, nondimeno, tarda inspiegabilmente a venire a maturazione) di riprodurre antiche norme, tra le quali, volendo, anche quelle relative ai controlli, per quanto questa ipotesi suoni invero francamente remota e problematicamente giustificabile. Non si dimentichi, d'altronde, che il meccanismo di controllo preventivo c'era già nell'originario dettato della Carta: ragionare dunque della sua incompatibilità col valore di autonomia equivarrebbe ad ammettere l'incoerenza (o, se si preferisce, l'irragionevolezza) della scelta inizialmente fatta dalla stessa Assemblea Costituente. È vero che non mancano i casi di rotture della Costituzione, anche più gravi di questa; si converrà, tuttavia, esser assai remota l'eventualità che il giudice costituzionale annulli un domani una norma che riproduca per filo e per segno altra norma già frutto della volontà del potere costituente.

Se, dunque, la Corte non disporrà l'annullamento delle norme statutarie, in che senso e in che sede potrà porsi quale il giudice della loro “*non applicazione*”? Sappiamo infatti esser questo compito del giudice comune, non di quello costituzionale (la vicenda delle antinomie tra diritto dell'Unione europea e diritto interno *docet*). E, tuttavia, la Consulta potrebbe venire sollecitata a pronunciarsi su atti adottati in modo invalido, in conseguenza di una previa opzione – in tesi, sbagliata – volta a seguire a fare applicazione di norme statutarie che ormai richiederebbero di essere provvisoriamente messe da canto, per cedere il passo a quelle corrispondenti del Titolo V (si può, nondimeno, avere pure l'inverso, non applicandosi norme statutarie, in nome della clausola più favorevole all'autonomia, senza che però ricorressero le condizioni per il suo corretto utilizzo).

Non a caso, abilmente, la Corte nella [ord. 114](#) punta l'obiettivo su un disposto della legge del '53 che regola i giudizi di costituzionalità, quale novellato ad opera della legge La Loggia, non pure *direttamente* ed *esclusivamente* sulla norma statutaria, la quale – come si è venuti dicendo – non è di certo divenuta invalida in conseguenza della introduzione della clausola di maggior favore, ma solo insuscettibile di essere applicata. E però – qui è il punto – l'effetto linearmente discendente dall'ormai pressoché certa, prossima, caducazione dell'art. 31, cit., è *proprio* (e *solo*) quello della

devitalizzazione del disposto statutario: una devitalizzazione definitiva ed irreversibile (e, perciò, in buona sostanza coincidente con l'annullamento), salvo il caso, cui si è sopra fatto cenno, che in sede di rifacimento dello statuto venga ripescato quel meccanismo di controllo preventivo sulle leggi regionali che la clausola suddetta ha inteso spazzar via (ma, come pure si diceva, trattasi di un'ipotesi solo astrattamente immaginabile ma praticamente remota, per non dire impossibile).

Insomma, e per chiudere sul punto, avremo domani l'*annullamento* di una norma di legge strumentale alla mera *non applicazione* di una norma statutaria.

3. L'“improcedibilità” dei ricorsi pendenti, per effetto della messa da canto del meccanismo statutario di controllo

La seconda questione attiene – come si diceva – alle sorti dei ricorsi pendenti, una volta che sia stato giudicato non più utilizzabile il meccanismo di ricorso nei riguardi delle leggi previsto dallo statuto.

A questo proposito va notato che alcuni di tali ricorsi, cinque per l'esattezza (nn. 62, 83 e 103 del 2013, 2 e 5 del 2014), erano già stati fissati e sono quindi stati rinviati a nuovo ruolo al momento della pubblicazione dell'[ord. n. 114](#), mentre un ricorso (il n. 30 del 2014) era stato proposto anteriormente alla pubblicazione stessa ma non fissato. Un altro ricorso ancora, il n. 41 del 2014, è stato presentato dopo la pubblicazione dell'ordinanza suddetta. È chiaro, infatti, che la circostanza per cui la Corte ha mostrato di dubitare fortemente della idoneità delle norme statutarie ad essere portate ad applicazione non per ciò può distogliere il Commissario dalla decisione di seguire ad avvalersi del potere d'impugnazione laddove reputi di trovarsi davanti a norme sospette d'illegittimità. Si tratta tuttavia di chiedersi quale possa mai essere l'esito dell'esercizio del potere stesso.

Qui, occorre distinguere, in astratto, due casi, a seconda che, a seguito del ricorso, si sia o no avuta promulgazione parziale della legge. Si tratta nondimeno di una eventualità che, almeno ad oggi, risulta configurabile unicamente sulla carta, dal momento che tutti i ricorsi suddetti sono stati accompagnati dalla promulgazione in parola (naturalmente, nulla può però escludere che un domani le cose vadano diversamente).

Ora, si sa che, per effetto della promulgazione dell'atto nelle parti non toccate dal ricorso, la Corte dichiara essere ormai cessata la materia del contendere, essendosi esaurito – con la promulgazione parziale – il potere di promulgazione in capo al Presidente della Regione relativamente al testo approvato dall'Assemblea regionale, con la conseguenza che le norme oggetto del ricorso stesso non potranno comunque entrare in vigore (lo potrebbero alla sola condizione che risultino riprodotte da un nuovo atto legislativo avverso il quale l'organo di controllo non si avvalga della facoltà d'impugnazione).

Nella circostanza odierna, però, a nostra opinione, la Corte non potrà più dichiarare la cessazione della materia del contendere, la quale parrebbe comunque presupporre il valido incardinamento dell'atto di ricorso, in quanto presentato dall'autorità allo scopo competente e con le modalità allo scopo prescritte. Piuttosto, con ogni probabilità, la Corte si determinerà a dichiarare la “improcedibilità” del ricorso. Dal punto di vista pratico, degli effetti, ad ogni buon conto, le conseguenze non saranno diverse, in un caso e nell'altro assistendosi alla estinzione del processo *in limine litis*.

La soluzione qui vagheggiata dispone di un attendibile precedente: un precedente, per vero, non in tutto e per tutto identico al caso odierno ma a questo assai simile.

Ci si riferisce a quanto deciso, a partire da [Corte cost. n. 17 del 2002](#), in presenza dello *ius superveniens* costituito dalla riforma del Titolo V, in nome del quale – come si è sopra rammentato – si è assistito alla estensione del meccanismo di controllo successivo alle Regioni speciali diverse dalla Sicilia. Oggi abbiamo uno *ius superveniens* – potrebbe dirsi – *a scoppio ritardato* o, diciamo pure, una *giurisprudenza superveniens*, con la quale la Corte prende finalmente atto di essersi sbagliata al

momento in cui ha ritenuto, con la [sent. n. 314 del 2003](#), di dover far salvo il meccanismo di controllo stabilito dallo statuto siciliano, sì da determinarsi appunto a rimuoverlo.

A conti fatti, però, come si diceva, i due casi non differiscono tra di loro, se non per l'aspetto che, nel primo, si era in presenza di un *diritto vigente* e, nel secondo, di un *diritto vivente* sopravvenuto.

Oggi come ieri, dunque, le norme impugnate possono essere promulgate, ferma restando la facoltà di un nuovo ricorso, ovviamente successivo, sulle stesse. La peculiarità del caso odierno è data dal fatto che le leggi delle Regioni speciali diverse dalla Sicilia, per effetto del carattere preventivo del controllo, restavano sospese *in ogni loro norma*, mentre le leggi siciliane, in quanto oggetto di promulgazione parziale, sono già entrate nella gran parte in vigore. Diciamo dunque che potrà aversi una sorta di promulgazione “conseguenziale” e di un, parimenti conseguenziale, acquisto “graduale” di efficacia, *in progress*, dell'atto legislativo.

È tuttavia da chiedersi se sia da considerare obbligatoria ovvero meramente facoltativa la promulgazione della norma oggetto di ricorso, una volta liberata dal laccio che la teneva avvinta grazie alla dichiarazione d'“improcedibilità”. A nostro avviso, sarebbe opportuna – anche per l'assoluta peculiarità della fattispecie venutasi a determinare – una pronuncia in tal senso dell'Assemblea, per quanto – come si sa – il Presidente abbia costantemente rivendicato per sé la decisione di far luogo alla promulgazione parziale (già prima della valorizzazione del suo ruolo nel sistema istituzionale regionale conseguente alla introduzione del meccanismo di elezione a suffragio universale e diretto). Una scelta, questa, fortemente discussa (e discutibile), avendo fatto notare una sensibile dottrina, già agli esordi di questa singolare pratica, che in tal modo il Presidente in buona sostanza si convertiva, innaturalmente, in un *legislatore negativo*, impedendo alle norme oggetto di ricorso di poter comunque entrare in vigore. Ma tant'è... Ormai questa pratica si è consolidata, al punto di potersi forse discutere di una vera e propria consuetudine in tal senso, che finalmente sarà una buona volta rimossa (“annullata”...) dal nuovo indirizzo in tema di controllo sulle leggi siciliane inaugurato da [Corte cost. n. 114 del 2014](#).

Se di contro, non dovesse aversi promulgazione parziale, dopo la dichiarazione d'“improcedibilità” la legge potrà essere *uno actu* promulgata e pubblicata, esponendosi tuttavia in tal modo ad un *nuovo* (sotto ogni aspetto, *nuovo*) ricorso, in punto di diritto suscettibile di estendersi anche a norme originariamente non attaccate (sia che dovesse restare il Commissario quale organo competente all'impugnazione e sia pure, ed a maggior ragione, che la competenza passi in capo al Governo). Una eventualità, questa, non nuova, dal momento che anche la dichiarazione d'improcedibilità adottata nei riguardi dei ricorsi relativi alle altre Regioni speciali spianava la via a nuovi ricorsi aperti ad ogni loro possibile esito.

Insomma e per concludere. Alla Regione conviene comunque che la promulgazione parziale si abbia, mentre dal lato opposto al Commissario “converrebbe” far luogo a controlli severi, a tappeto, sì da impedire che in numero consistente le norme legislative possano sfuggire al successivo ed eventuale controllo conseguente alla dichiarazione d'improcedibilità. La qual cosa, ovviamente, non sta a significare che il Commissario dovrà “inventarsi” ragioni, in realtà insussistenti, di ricorso; come suol dirsi, nel dubbio comunque (non già *pro reo* bensì) *pro Constitutione*.

Antonio Ruggeri

Una opportuna precisazione, da parte di [Corte cost. n. 223 del 2014](#), in merito ai conflitti (*apparenti...*) tra norme di diritto interno e norme della CEDU

SOMMARIO: 1. La Costituzione come “sistema” e il canone della tutela più “intensa” quale *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali (o intersistemiche). – 2. La messa da canto nella decisione odierna della (contraddittoria) affermazione, presente in [Corte cost. n. 317 del 2009](#), secondo cui l’art. 117, I c., sarebbe passibile di bilanciamento con altri disposti costituzionali, in applicazione del canone della miglior tutela. – 3. Le non poche, rilevanti questioni ad oggi bisognose di essere messe a fuoco, e segnatamente: a) qual è il canone o il criterio che consente di “misurare” l’intensità della tutela?; b) come si ripianano le divergenze tra giudici nazionali e giudice europeo a riguardo del “luogo” positivo in cui si situa la miglior tutela?; c) a chi (giudice comune o Corte costituzionale) compete accertare se vi è, o no, violazione della “sostanza” della giurisprudenza europea?; d) siamo sicuri che l’accertamento della tutela più “intensa” implichi di necessità il conflitto tra norma nazionale e norma convenzionale? – 4. Un appunto finale, a riguardo della spinta che dalla decisione odierna può venire per l’applicazione diretta della Convenzione.

1. *La Costituzione come “sistema” e il canone della tutela più “intensa” quale Grundnorm delle relazioni interordinamentali (o intersistemiche).* – La decisione cui s’indirizza questo breve commento parrebbe, a tutta prima, non introdurre novità di rilievo nel quadro dei rapporti tra CEDU e diritto interno quale delineato a partire dalle famose sentenze “gemelle” del 2007 e via via messo a punto a mezzo di una ormai lunga catena di altre decisioni, tra le quali principalmente le gemelle... *creciute* del 2009, la [n. 311](#) e [n. 317](#). Proprio a queste ultime (e, segnatamente, alla seconda) si apporta tuttavia oggi una precisazione di non secondario interesse teorico e promettente ulteriori sviluppi dagli esiti applicativi forse non del tutto prevedibili.

Nella seconda delle decisioni del 2009 ora richiamate la Corte, riprendendo ed ulteriormente svolgendo un passo della [sent. n. 348 del 2007](#) che ha animato un fitto dibattito, ha fatto in breve il seguente ragionamento.

I contrasti tra norma convenzionale e norma di diritto interno (nella specie, legislativa ma, a mia opinione, il discorso è generalizzabile e valevole per ogni specie di norma, anche costituzionale dunque¹) richiedono di essere qualificati alla luce del canone della massimizzazione della tutela. Si tratta, in breve, di stabilire dove si situi la miglior tutela, con riferimento – come la Corte ha insistentemente predicato² – non già al solo diritto occasionalmente evocato in campo bensì all’intero sistema dagli stessi composto e, ancora più largamente, al sistema degli interessi costituzionalmente protetti³. Per l’aspetto da ultimo considerato, se ci si pensa, Costituzione e Carte internazionali dei diritti (e, dunque, anche CEDU) non sono in tutto e per tutto confrontabili, dal momento che l’una

¹ La qual cosa, poi, dimostra che il terreno sul quale, a conti fatti, va operato il raffronto tra le norme è quello assiologico-sostanziale, ogni Carta giocandosi dunque alla pari la partita con l’altra (o le altre; non si dimentichi il particolare rilievo che va assegnato ai documenti in genere che danno riconoscimento ai diritti, tra i quali spec. la Carta dei diritti dell’Unione: su ciò, di recente e per tutti, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell’Unione europea. Un’analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013, spec. 138 ss. e 142 ss.), puntando alla propria affermazione in ragione della miglior tutela che si dimostri essere in grado di offrire, nella singola esperienza processuale, ai diritti stessi. La diversa prospettiva d’inquadramento sistematico avente natura formale-astratta, che fa dire – come si sa – al giudice delle leggi che la CEDU (e – viene da pensare – ogni altra Carta diversa da quella dell’Unione) ha grado “subcostituzionale”, finisce – piaccia o no – col rendersi inservibile, dovendo recedere a fronte dell’opposta prospettiva che guarda unicamente ai *valori*, al modo con cui essi sono in concreto serviti dalle Carte stesse e, per il loro tramite, hanno appunto modo di inverarsi nell’esperienza.

² *Ex plurimis*, sentt. nn. [311](#) e [317](#) del 2009, [236 del 2011](#), [264 del 2012](#), [170](#) e [202 del 2013](#), [191 del 2014](#). Non è, dunque, a caso se lo stesso Presidente della Corte, G. Silvestri, ha messo in risalto il punto, nella sua [relazione relativa alla giurisprudenza del 2013 \(§ 5.1\)](#).

³ Non si trascurino, infatti, i non pochi casi in cui un diritto fondamentale è costretto a confrontarsi (e, se del caso, a recedere) a fronte di un interesse dell’intera collettività, quale ad es. quello della sicurezza (su ciò, subito *infra*).

ospita e protegge anche interessi e beni della vita in genere (quali quelli che fanno capo all'organizzazione) dalla natura diversa rispetto ai diritti fondamentali⁴.

Il riferimento al sistema è, nondimeno, prezioso ed evocativo di scenari in seno ai quali risulta essere estremamente disagiata e problematico stabilire dove si situi la tutela suddetta.

Particolarmente efficace è, al riguardo, l'argomentazione presente nella [sent. n. 191 di quest'anno](#), sopra già richiamata, laddove si dichiara che gli enunciati costituzionali e quelli convenzionali (e, specificamente, gli artt. 111 cost. e 6 Conv., quale parametro idoneo ad integrare l'art. 117, I c.) “devono essere fatti valere congiuntamente per consentire a questa Corte di effettuare una valutazione sistemica e non frazionata dei diritti coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, in modo da assicurare la massima espansione delle garanzie di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione e reciproco bilanciamento”. Un'affermazione, questa, a doppio titolo rilevante: per l'ulteriore sottolineatura fatta, per un verso, nei riguardi del bisogno di assicurare la salvaguardia della Costituzione come “sistema” e, per l'altro verso, del bisogno di guardare sempre alle due Carte in modo congiunto, nel loro costante integrarsi e bilanciarsi.

La ricerca della Carta idonea ad apprestare la miglior tutela parrebbe rimandare all'idea della distinzione delle Carte stesse; il loro “costante integrarsi e bilanciarsi” a quella della loro mutua e paritaria compenetrazione nei fatti interpretativi. Le *fonti*, insomma, restano distinte ma le *norme* sono naturalmente sollecitate a fondersi, fino a fare tutt'uno; anzi, si ricavano in modo corretto proprio a mezzo di siffatta integrazione. La soluzione da privilegiare, secondo modello, è dunque quella che non obbliga l'operatore alla sofferta rinuncia ad avvalersi di una delle Carte in campo ma, all'inverso, che *tutte e in pari misura* le valorizza e porta a frutto; e, tuttavia, l'ipotesi di una scelta (non inclusiva bensì) esclusiva è pure da mettere in conto, se non altro con riguardo al caso, pure giudicato estremamente remoto ma appunto non scartabile *a priori*, del contrasto tra le Carte stesse⁵, laddove

⁴ Si pensi, ad es., ai casi in cui i diritti stessi sono stati sottoposti a bilanciamento col riparto materiale delle competenze tra Stato e Regioni, il rispetto delle metanorme, ecc. In realtà, la giurisprudenza sul punto esibisce a tutt'oggi vistose oscillazioni e remore non in tutto rimosse, dal momento che ora si esclude ed ora invece si ammette, anche in breve turno di tempo, che il riparto suddetto possa partecipare ad operazioni di bilanciamento secondo valore (nel primo senso, sentt. nn. [148](#) e [151](#) del 2012, [39 del 2013](#), [99 del 2014](#); nel secondo, [sent. n. 62 del 2013](#), con esplicito richiamo alla [sent. n. 10 del 2010](#), cui si accennerà subito appresso).

Che, poi, anche gli interessi della collettività possano convertirsi in diritti o, come che sia, riguardare di riflesso questi ultimi (la sicurezza, ad es., può essere vista, a un tempo, come interesse della collettività e come diritto del singolo) è questione di estremo impegno teorico che si porta ben oltre l'*hortus conclusus* entro cui sono obbligate a stare le minime notazioni che si vanno ora facendo “a prima lettura” della decisione qui annotata. A riprova di una possibile (e sia pur parziale) “conversione”, nei termini sopra accennati, si può addurre la circostanza per cui la salvaguardia dell'autonomia degli enti territoriali (e delle Regioni in ispecie) può ridondare (ed effettivamente molte volte ridonda) automaticamente in salvaguardia dei diritti, a motivo dell'appagamento che può ad essi venire appunto dalle fonti di autonomia. La stessa autonomia, d'altronde, è stata – come si sa – pensata proprio in ragione del servizio che è in grado di offrire, sempre che ovviamente se ne faccia buon uso, ad alcuni tra i bisogni più diffusamente ed intensamente avvertiti dalle collettività stanziata sul territorio (molto istruttiva al riguardo la corposa ricerca, da ultimo portata a termine per iniziativa ed a cura di A. Morelli e L. Trucco, dal titolo *Diritti e autonomie territoriali*, in corso di stampa per i tipi della Giappichelli). È pur vero, tuttavia, che alle volte si è avuto anche l'inverso, l'autonomia essendosi trovata costretta a recedere *proprio in nome dei diritti*, appagati da discipline legislative statali che si sono portate *extra moenia*, per ciò stesso invadendo il campo riservato alla coltivazione degli atti di autonomia (emblematico il noto caso di cui a [Corte cost. n. 10 del 2010](#), sopra cit).

⁵ ... restando tuttavia, in siffatta evenienza, ad oggi non chiarito in applicazione di quale tecnica decisoria debba esser risolto il conflitto (e, segnatamente, se a mezzo di quella usuale dell'annullamento della legge di esecuzione della Carta di origine esterna ovvero dell'altra della “disapplicazione” o, meglio, “non applicazione” della norma recessiva). Ma, su ciò, a momenti. Mi preme però sin d'ora ribadire che, in punto di astratto diritto, all'esito della “non applicazione” in parola non sfuggono, a mia opinione, le stesse norme della Costituzione, laddove si dimostrino inadeguate ad offrire la miglior tutela ai diritti, in ragione delle esigenze complessive del caso. Un esito – a me pare – linearmente discendente dalla posizione in premessa della tutela più “intensa” quale *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali (o intersistemiche) ma che dubito fortemente possa farsi largo ed affermarsi nelle esperienze della giustizia costituzionale. Quest'ultima, infatti, mi sembra ancora oggi saldamente ancorata all'ambiguo ragionamento fatto in [Corte cost. n. 388 del 1999](#), in cui, per un verso, trovasi spianata la via a quella integrazione delle Carte nei fatti interpretativi che – come si è veduto – è stata molte volte e vigorosamente predicata e, però, per un altro verso, si tiene orgogliosamente a ribadire la *primauté* della Costituzione sulle altre Carte. Assai indicativo di questa oscillazione il noto passo della pronuncia da

cioè risulti impercorribile la via – come ho ritenuta di chiamarla altrove – della loro mutua, circolare “interpretazione conforme”⁶.

2. *La messa da canto nella decisione odierna della (contraddittoria) affermazione, presente in [Corte cost. n. 317 del 2009](#), secondo cui l’art. 117, I c., sarebbe passibile di bilanciamento con altri disposti costituzionali, in applicazione del canone della miglior tutela.* – Ora, nel 2009, la Corte mostrava di credere che la violazione della Convenzione da parte di un disposto di legge ridondasse, in ogni caso, in violazione dell’art. 117, I c., come se da esso discendesse una incondizionata tutela della Convenzione stessa. Solo che, una volta acclarato il carattere servente del disposto stesso nei riguardi di altro o di altri precetti costituzionali, preminenti in sede di bilanciamento con la “metanorma” di cui allo stesso art. 117⁷, ebbene a giudizio della Corte la violazione dell’art. 117 avrebbe dovuto essere *quodammodo* “tollerata” o, per dir così, assorbita e compensata dal guadagno complessivo ottenuto dalla Costituzione proprio grazie al mantenimento in vigore della norma interna.

Un ragionamento, questo, della cui linearità confesso di aver sempre dubitato, al punto di non aver trascurato occasione per dichiararlo⁸: con argomenti che – credo di poter dire, se mal non ho inteso il pensiero della Corte quale traspare dalla pronunzia qui annotata – sono sostanzialmente coincidenti o, come che sia, convergenti con quelli presenti nella decisione odierna, pur nel carattere estremamente stringato della motivazione da essa adottata, conformemente alla veste formale (quella dell’ordinanza) che la racchiude.

In realtà, ragionare di una violazione dell’art. 117 in una circostanza in cui sia provato l’innalzamento della tutela da parte della norma di diritto interno rispetto al livello raggiunto dalla norma convenzionale, è semplicemente impossibile o, diciamo pure, contraddittorio, per la elementare ragione che la stessa Convenzione ritaglia per sé un ruolo meramente “sussidiario”, dichiarando di voler valere ed essere perciò come si conviene applicata unicamente laddove sia in grado di offrire una garanzia più “intensa” ai diritti. Molto chiaro, in tal senso, è il dettato di cui all’art. 53, non a caso opportunamente richiamato nella pronunzia in commento. Ed allora, non solo, in una circostanza siffatta, non si ha violazione alcuna della CEDU (e, di riflesso, del parametro costituzionale che vi dà “copertura”) ma, anzi, si dà seguito proprio alla sua previsione che richiede che sia, ad ogni buon conto, assicurata sempre la migliore protezione possibile, alle condizioni oggettive di contesto, ai diritti⁹.

3. *Le non poche, rilevanti questioni ad oggi bisognose di essere messe a fuoco, e segnatamente:* a) *qual è il canone o il criterio che consente di “misurare” l’intensità della tutela?*; b) *come si ripianano le divergenze tra giudici nazionali e giudice europeo a riguardo del “luogo” positivo in cui si situa la miglior tutela?*; c) *a chi (giudice comune o Corte costituzionale) compete accertare se vi è, o no, violazione della “sostanza” della giurisprudenza europea?*; d) *siamo sicuri che*

ultimo richiamata in cui il giudice delle leggi dichiara che la Costituzione e le Carte dei diritti “*si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione*”, allo stesso tempo tuttavia ribadendo il proprio fermo convincimento a riguardo del fatto che “i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall’Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione” (miei, ovviamente, i corsivi).

⁶ Maggiori ragguagli su ciò possono, volendo, aversi dal mio *L’interpretazione conforme e la ricerca del “sistema di sistemi” come problema*, in www.rivistaaic.it, 2/2014.

⁷ È ovvio che il confronto solo apparentemente si svolge tra una metanorma ed una norma sostantiva della Carta; in realtà, è tra due norme parimenti sostantive, rispettivamente poste nella CEDU e in Costituzione, delle quali si tratti appunto di stabilire quale porti ad un innalzamento della tutela.

⁸ Tra gli altri miei scritti in cui è rappresentato l’appunto critico ora richiamato nel testo, v. A. RUGGERI, [CEDU, diritto “eurounitario” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”](#), in [Consulta Online.it](http://ConsultaOnline.it), 19 aprile 2013, 9, nt. 26.

⁹ Non è inopportuno, dunque, mettere in chiaro che, laddove dovesse accordarsi la precedenza alla CEDU malgrado il carattere meno “intenso” della protezione da essa offerta, verrebbe violata la CEDU stessa, appunto nella sua “metanorma” di cui all’art. 53.

l'accertamento della tutela più "intensa" implichi di necessità il conflitto tra norma nazionale e norma convenzionale? – Tutto chiaro, dunque? Purtroppo no. Alcune cose restano, infatti, ancora oggi non spiegate e bisognose di essere messe a fuoco, l'una alle altre legata in modo inscindibile, sì da comporre un'unica "catena" di particolare spessore teorico. Una messa a fuoco che non si ha con la decisione di oggi e – temo di essere... *buon profeta*¹⁰ – non si avrà neanche in seguito.

La prima.

La Corte non ha ancora sciolto il mistero a riguardo del parametro della intensità della tutela, un parametro *culturale* prima ancora che *positivo*; e, a ben vedere, ciò non ha fatto neppure la Corte europea. Si dà una "metanorma" o, comunque, una norma-terza tra quelle in campo che consenta di stabilire, senza soverchie incertezze, quale sia la norma (interna o convenzionale) cui accordare la preferenza, laddove se ne riscontri l'incompatibilità? C'è, cioè, un criterio che dia modo di "pesare" o "misurare" l'"intensità" della tutela?

Abitualmente, si dà la risposta che si dà in genere ogni qual volta si faccia questione di "bilanciare" beni della vita costituzionalmente protetti, vale a dire che è il "caso" ad orientare la decisione nel verso giusto. Un caso, a mio modo di vedere, assiologicamente qualificato, riconsiderato cioè alla luce dell'intera tavola dei valori costituzionalmente positivizzati (e, tra questi, particolarmente dei valori di libertà ed eguaglianza: la coppia assiologica fondamentale, che dà senso agli stessi valori restanti, che da essa traggono incessante alimento e sostegno¹¹ e che, poi, si rivela essere, a conti fatti, servente quel valore della dignità che agli occhi di molti di noi appare essere quale l'autentico valore "supercostituzionale" dell'ordinamento¹²). Solo che, a ragionare così, temo che il più delle volte (per non dire sempre...) il problema non è risolto ma solo spostato in avanti; o, meglio, che è risolto perchè va... *risolto*, ma il sospetto che la soluzione apprestata rispecchi le personali vedute di chi la fornisce è alto, molto alto. Che i "bilanciamenti" mascherino decisioni ideologicamente condizionate, anziché linearmente discendenti da premesse giuridicamente fondate e dimostrabili, è, d'altronde, cosa risaputa. D'altro canto, non si vede francamente a cosa di più alto o di diverso dalla coppia assiologica suddetta (e, in ultima istanza, dalla dignità) si possa fare appello in sede di ponderazione dei beni della vita meritevoli di protezione. Lo "strumento" – se così vogliamo, sia pure con inadeguato linguaggio, chiamare la tavola dei valori, nel loro piegarsi sul caso e proiettare su di esso la loro luce abbagliante –, insomma, sarà pure imperfetto ma non ne abbiamo altri da mettere in campo¹³.

Sta di fatto che qui la questione si complica non poco a motivo della circostanza per cui l'apprezzamento della miglior tutela può esser fatto tanto da operatori nazionali quanto dal giudice europeo, in contesti positivi diversi e alla luce di parametri non necessariamente coincidenti¹⁴.

¹⁰ ... dal momento che la Corte non ha la convenienza ad irrigidire le soluzioni ed a restringersi (o, peggio, chiudersi) perciò gli spazi di manovra.

¹¹ Sulle mutue implicazioni che si danno tra libertà ed eguaglianza, sopra tutti v. G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009.

¹² ... come tale, insuscettibile di bilanciamento, piuttosto ponendosi – com'è stato efficacemente detto (ancora G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it) – quale la "bilancia" sulla quale si ponderano i valori restanti (di diverso avviso, M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss., e G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 1/2011, 45 ss., spec. 69 ss.). Della dignità come valore "supercostituzionale" si è iniziato a discorrere a partire da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss. Ulteriori precisazioni nei miei *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in www.federalismi.it, 17/2013, e *Appunti per una voce di Enciclopedia sulla dignità dell'uomo*, in www.dirittifondamentali.it, 15 aprile 2014. Distanza è la posizione di recente assunta da P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2014, 315 ss.

¹³ O, meglio, imperfetta è – come si sa – la condizione umana, che fa sì che mani diverse che adoperino lo "strumento" stesso fatalmente possano portare ad esiti diversi. La qual cosa, poi, non è affatto detto che sia di per sé negativa, pur potendo essere foriera di incertezze e disequaglianza, ove si riconosca – come deve – che un ordinamento pluralista ha nel libero confronto delle idee, ispirato a reciproca tolleranza, la linfa da cui si alimenta e senza sosta rinnova.

¹⁴ Basti solo pensare al doppio volto dei valori di libertà ed eguaglianza, che esprimono, a un tempo, la vocazione alla propria universalizzazione, quanto meno nel loro "nucleo duro" idoneo a riprodursi con identità di tratti complessivi nel

E vengo così al secondo punto. *Quid iuris* nel caso che si abbia una divergenza insanabile tra il giudice europeo e i giudici nazionali a riguardo del “luogo” positivo in cui si situi la miglior tutela?

Pronta è la risposta: tutto dipende dall’angolo visuale adottato, e cioè se la questione viene presa in esame dal punto di vista dell’ordinamento nazionale ovvero da quello della Convenzione.

Ancora una volta, tuttavia, la questione non può essere liquidata in due battute e subito chiusa. Perché quand’anche l’operatore nazionale compia la scelta *dal proprio punto di vista*, nulla ovviamente esclude che la palla passi quindi nelle mani del giudice europeo, le cui valutazioni potrebbero sostanzialmente divergere da quelle fatte dal primo.

In una evenienza siffatta, non v’è dubbio che si consumi una violazione della CEDU (e, perciò, dell’art. 117), laddove così sia riscontrato dal giudice europeo; non è detto, però, che essa si abbia *sempre*. Non si trascurino infatti le formidabili risorse argomentative connesse ad un sapiente utilizzo del canone della miglior tutela, con la via di fuga da esso spianata a beneficio di operatori che non intendano supinamente appiattirsi sulle posizioni assunte dalla Corte di Strasburgo. *Dal nostro punto di vista*, infatti, possiamo sempre dire che la violazione in parola non si ha proprio perché il diritto interno si dimostra essere in grado di far valere al meglio, in ragione delle peculiarità del caso, la *Costituzione come “sistema”*¹⁵.

È vero che – come la nostra giurisprudenza ha ripetutamente affermato – la Convenzione va letta così come la legge la Corte che ne è istituzionalmente garante; ma è pure vero che – aggiunge il giudice costituzionale¹⁶ – la giurisprudenza EDU richiede di essere rispettata unicamente nella sua “sostanza”¹⁷; e, a quanto pare, su ciò non v’è dissenso da parte dello stesso giudice europeo, che non ha mai preteso per i propri verdetti scrupolosa ed integrale osservanza, per filo e per segno¹⁸.

Ora, quella della “sostanza” è, di tutta evidenza, una formula sibillina, che apre scenari imprevedibili alle relazioni tra le Carte (e i rispettivi sistemi di appartenenza) e può, perciò, portare ad esiti parimenti non valutabili in astratto ma apprezzabili solo in concreto, per il modo con cui siano “pesati” i diritti (e, più largamente, gli interessi) in gioco, in funzione della cui ottimale salvaguardia sia dunque operata una selezione della giurisprudenza convenzionale, omettendo di dare ascolto a quella giudicata non “sostanziale”¹⁹.

Messo alle corde, l’operatore nazionale può tuttavia ammettere che si ha, sì, una violazione della “sostanza” della giurisprudenza convenzionale e che, però, quest’ultima è parimenti obbligata a doversi fare da parte e restare perciò inapplicata per la medesima ragione per la quale, ad altro piano di rapporti intersistemici (quelli col diritto eurounitario), può essere azionata l’arma dei “controlimiti”. Qui, poi, la via attraverso la quale questi ultimi possono passare ed affermarsi parrebbe

corso del tempo e dello spazio, e quella alla propria contestualizzazione, tipizzandosi in forme e connotati diversi nel passaggio da un ordinamento all’altro, pur se appartenenti alla medesima, grande “famiglia” della liberaldemocrazia.

¹⁵ Delle tecniche decisorie studiatamente elaborate e ad arte utilizzate dal giudice delle leggi al fine di smarcarsi dal *pressing* del giudice europeo (e, segnatamente, di quella che fa riferimento al “sistema”, come pure dell’altra, relativa alla “sostanza” della giurisprudenza europea, alla cui osservanza resta circoscritto il vincolo gravante sugli operatori nazionali) si discorre nel mio *“Dialogo” tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali*, in www.federalismi.it, 24/2013.

¹⁶ Riferimenti di giurisprudenza in E. LAMARQUE, *Le relazioni tra l’ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, relaz. alle VI Giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale su *La protección de los derechos en un ordenamiento plural*, Barcellona 17-18 ottobre 2013, in *paper*, § 3.

¹⁷ Si soffermano sul punto ora anche G. D’AMICO e D. TEGA, *1993-2013: la Corte costituzionale tra giurisdizione e politica*, in AA.VV., *Interpreti e interpretazioni della Costituzione nel periodo 1993/2013*, a cura di M. Cavino e S. Sicardi, di prossima pubblicazione per i tipi de Il Mulino, § 4.1.

¹⁸ Il rilievo è presente in molti scritti di R. CONTI, che ha sottoposto (e infaticabilmente sottopone) la giurisprudenza europea ad uno scrupoloso e sistematico monitoraggio, prestando specifica attenzione alle questioni eticamente sensibili, cui ha specificamente dedicato la sua ultima fatica monografica: *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma, 2014.

¹⁹ Qui, si pone la formidabile questione teorica se l’accertamento circa la presunta incompatibilità delle norme interne nei riguardi della “sostanza” della giurisprudenza convenzionale competa, in ultima istanza, esclusivamente al giudice costituzionale ovvero se possa o ancora debba considerarsi affare del giudice comune; una questione di cui – come si sa – si è animatamente discusso e che, però, mi pare meriti di essere ulteriormente approfondita (se si vuole, anche tenendo conto dei rilievi fatti nella parte finale di questo commento).

essere ancora più larga, sol che si consideri che – ad opinione della Corte e di molti suoi benevoli *laudatores*, tra i quali tuttavia, su questo punto di cruciale rilievo, non mi annovero – la CEDU avrebbe natura di fonte “subcostituzionale”, come tale bisognosa di essere valutata, quanto alla sua compatibilità con la Costituzione, alla luce di un parametro costituito non soltanto dai principi fondamentali ma, in potenza, da ogni norma costituzionale²⁰.

Altra cosa, essa pure non chiarita ed alla quale si è fatto cenno all’inizio di questa riflessione, è se, laddove la Convenzione dovesse risultare incompatibile rispetto alla Costituzione, possa aversene la caducazione nelle forme usuali dell’annullamento “*nella parte in cui...*”, come la stessa Corte ha invero lasciato intendere (ma solo fino alle sentenze “*gemelle-bis*” del 2009), ovvero se sia maggiormente appropriato – come a me parrebbe²¹ – discorrere unicamente della sua inidoneità ad integrare il parametro costituzionale. Con il che essa verrebbe, a conti fatti, solo disapplicata (o “non applicata”), esattamente allo stesso modo in cui lo è, a ruoli invertiti, la norma di diritto interno contraria a norma eurounitaria; con la differenza, però, rispetto a questa specie di antinomia²², che la disapplicazione di norma convenzionale, a stare alla nostra giurisprudenza costituzionale, dovrebbe pur sempre passare attraverso il previo riscontro della sua liceità (ed anzi doverosità) da parte dello stesso giudice delle leggi, allo scopo opportunamente e prontamente adito dal giudice comune.

Ovviamente, è da mettere in conto che la pronunzia del giudice che accerti ovvero sospetti²³ la violazione della Costituzione da parte della CEDU possa essere quindi contraddetta da un’ulteriore decisione del giudice europeo: con un *ping pong* – come si vede – che parrebbe non aver mai fine, nessuno dei giocatori sbagliando mai la rimessa nel campo avverso; un *ping pong* dall’esito poi imprevedibile e, per certi versi, inquietante laddove uno dei due giocatori dovesse essere proprio quel giudice costituzionale avverso le cui decisioni non è ammessa forma alcuna d’impugnazione (ma la domanda che, al riguardo, mi sono altrove posto è se lo stesso art. 137, ult. c., possa rendersi partecipe di operazioni di bilanciamento su basi di valore, al pari di qualunque altro principio fondamentale).

L’ultima cosa alla quale vorrei ora accennare concerne proprio il *punctum crucis* relativo alla sussistenza di un conflitto tra diritto interno e CEDU laddove si faccia questione della norma o del sistema di norme che appaia offrire la miglior tutela. In passato, ho prospettato l’ipotesi che non sempre (e, forse, addirittura assai di rado), ogni qual volta si debba stabilire quale disciplina sia maggiormente avanzata dell’altra al piano della tutela dei diritti, ci si trovi davanti ad un conflitto. Le due tutele, insomma, possono procedere su binari paralleli e nella stessa direzione, sia pure con

²⁰ ... per quanto – come mi è venuto di dire più volte – la Convenzione, in forza della materia trattata e, specialmente, del modo della sua trattazione, a mezzo di enunciati dalla struttura nomologica a maglie larghe o larghissime, si disponga naturalmente a confrontarsi coi soli principi suddetti, nel mentre è assai improbabile, seppur forse non impossibile, che il raffronto stesso possa farsi con norme costituzionali inespressive di principi o, come che sia, da questi non “coperte”, in quanto inidonee a darvi, in seno alla stessa Carta, la prima e diretta specificazione-attuazione.

²¹ Ho affacciato l’ipotesi ricostruttiva richiamata nel testo, per la prima volta, in *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro, a cura di F. Dal Canto ed E. Rossi, Giappichelli, Torino 2011, 149 ss., spec. 168 ss.

²² ... comunque “apparente”, quanto meno tale qualificata – come si sa – dalla giurisprudenza che, con una vera e propria acrobazia teorica, a partire da [Corte cost. n. 170 del 1984](#), ha dichiarato essere la norma interna contraria al diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario non già *invalida* bensì meramente *irrelevante* per la soluzione del caso, malgrado la violazione indiretta di cui essa si renda responsabile nei riguardi dell’art. 11. Un’aporia logica, questa, che temo essere insuperabile, perlomeno fintantoché il diritto sovranazionale avrà bisogno del puntello offertogli dalla Carta costituzionale al fine di potersi far valere in ambito interno. Per la verità, un modo ci sarebbe per rimuovere l’aporia stessa, nel pieno rispetto dei canoni che governano le vicende della normazione: far luogo ad una deroga alla regola del sindacato accentrato di costituzionalità a mezzo di una legge costituzionale allo scopo disposta, con la quale espressamente si stabilisca la cognizione del giudice comune per i casi di antinomia tra diritto nazionale e diritto dell’Unione, perlomeno laddove le norme del secondo risultino idonee a prendere subito il posto di quelle del primo. Solo che ci si può chiedere se con lo stesso atto di revisione costituzionale non convenga estendere in modo esplicito questo trattamento anche alle violazioni della CEDU (le quali, nondimeno, come si passa subito a dire, già oggi possono considerarsi – in taluni casi – soggette a questo regime).

²³ ... a seconda, rispettivamente, che si reputi abilitato all’accertamento stesso ovvero obbligato a rivolgersi a tal fine al giudice costituzionale.

diversa velocità o attitudine a raggiungere la meta, non necessariamente nello stesso binario e in direzione opposta, sì da risultare inevitabile lo scontro²⁴.

Giusta questa ipotesi, diventa assai problematico argomentare la tesi, di cui si fa paladina la Consulta, favorevole a rimettere ogni questione di “convenzionalità” al giudizio della Consulta stessa, vale a dire a commutarla in una questione di costituzionalità. E, invero, la rimessione alla Corte di siffatte questioni si giustifica unicamente ove si sospetti una violazione della Costituzione, in conseguenza del contrasto tra legge e Convenzione ovvero del contrasto tra quest’ultima e la Costituzione. Qui, però, in tesi il contrasto non c’è o, meglio, non appare agli occhi del giudice comune (e, se gli è prospettato, egli giudica la relativa questione “manifestamente infondata”²⁵). O, forse, si dovrebbe ritenere che il giudice stesso, malgrado reputi la legge (seppur contraria a Convenzione) *complessivamente* conforme a Costituzione in quanto idonea ad innalzare il livello della tutela, sia ugualmente tenuto a rivolgersi al giudice costituzionale? Alla Consulta – come sappiamo – ci si va per denunciare leggi sospette di violare la Carta, non già per avere conferma della loro... *costituzionalità*²⁶.

Come la stessa Corte costituzionale ha ripetutamente affermato, le questioni d’interpretazione si sottraggono naturalmente alla sua cognizione.

4. *Un appunto finale, a riguardo della spinta che dalla decisione odierna può venire per l’applicazione diretta della Convenzione.* – Credo che la soluzione fatta oggi propria dalla decisione in commento, che esclude la violazione della Convenzione e dell’art. 117 ad opera di norma di legge idonea a realizzare al meglio la Costituzione come “sistema” porti molta acqua al mulino della tesi dell’applicazione diretta (non già in modo incondizionato bensì unicamente per taluni casi²⁷) della Convenzione stessa. Le antinomie restano – è vero – pur sempre prospettabili; parimenti vero è, però, che si circoscrive significativamente l’area entro cui se ne può avere in concreto riscontro.

Sarebbe di certo forzato far discendere dalle scarse indicazioni date dalla [ord. 223](#) delle conseguenze che, obiettivamente, non hanno in essa esplicita rappresentazione. Lungi da me, dunque, il proposito di mettere in bocca alla Corte parole che non ha pronunciato. Ciò nondimeno, mi sembra di poter dire che la tesi favorevole al riconoscimento, in relazione a taluni casi, del potere in capo al giudice comune di risolvere in modo diretto, senza interpellare il giudice costituzionale, le questioni di “convenzionalità” riceva dalla pronuncia in esame una spinta per il suo ulteriore avanzamento e la finale affermazione. Ci vorrà del tempo, di sicuro; la via sembra però essere già tracciata.

Anche per questo verso, come si vede, gli elementi di “diffusione” insiti nel nostro sistema di giustizia costituzionale vengono ad essere ulteriormente arricchiti e promossi, in linea peraltro con una più generale tendenza patrocinata da una sensibile e crescente dottrina²⁸.

²⁴ L’immagine è nel mio *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, in [www.rivistaaic.it](#), 4/2013, § 2.

²⁵ Esattamente così come ha fatto la Corte nella decisione qui annotata e, dunque, come la Corte vorrebbe che, in analoghe situazioni, sempre facesse anche il giudice comune.

²⁶ ... tanto più se si conviene con l’indirizzo del giudice costituzionale in tema d’interpretazione conforme.

²⁷ Di questa idea mi sono a più riprese dichiarato, collocandomi dunque in una posizione mediana tra i favorevoli ad oltranza all’applicazione diretta della CEDU e i contrari parimenti irriducibili, che hanno fin qui trovato buona sponda nella giurisprudenza costituzionale; o, meglio, l’hanno avuta in una giurisprudenza che, già a partire dalle pronunzie del 2007 ed anche alla luce delle non poche, rilevanti, precisazioni ad esse apportate da successive decisioni, ho sempre considerato essere in movimento, in attesa di una sua chiarificazione interna e di uno stabile assetto che non mi sembrano invero essersi avuti e a portata di mano.

La pronuncia di oggi mi pare che ne sia un’ulteriore, significativa testimonianza.

²⁸ Per tutti e di recente, R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in [www.forumcostituzionale.it](#), spec. il § 14. Molto discusse, poi, come si sa, le tesi di V. Ferreres Comella, alle quali non è qui possibile riservare neppure un cenno e che, nondimeno, mi parrebbero muovere da premesse metodico-teoriche radicali ed esasperate (tra gli altri contributi, v. AA.VV., *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Víctor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, a cura di L. Cappuccio ed E. Lamarque, Editoriale Scientifica, Napoli 2013).

Antonio Ruggeri
**Stato costituzionale e Stato d'eccezione, nella più recente esperienza italiana:
dall'alternativa alla mutua integrazione?**

SOMMARIO: 1. Una situazione d'eccezione... *permanente*? La difficoltà della risposta, avuto specifico riguardo alla problematica distinzione tra la funzione di garanzia e la funzione di direzione politica, in una congiuntura molto lontana da quella del tempo della teorizzazione schmittiana. – 2. La crisi economica e il concorso da essa dato alla trasformazione degli organi supremi di garanzia (con specifico riferimento al ruolo del Capo dello Stato in occasione della gestione delle crisi di governo ed al vigoroso sostegno dato al processo di riforma costituzionale in corso). – 3. Il marcato, crescente attivismo della Corte costituzionale, l'innesto da essa operato di elementi propri dello stato di eccezione nel tronco dello Stato costituzionale, la irresistibile tentazione del giudice delle leggi di porsi quale un *potere costituente permanente*. – 4. Il "dialogo" tra Corte costituzionale e Corti europee: una risorsa preziosa al fine di parare il rischio che una sola di esse si ponga, in sovrana solitudine, quale vertice del sistema (anche al piano delle relazioni interordinamentali). – 5. Il recupero dell'*etica pubblica repubblicana* quale soluzione la più adeguata a preservare le basi portanti dello Stato costituzionale, malgrado le occasionali esperienze riportabili allo stato d'eccezione.

1. *Una situazione d'eccezione... permanente? La difficoltà della risposta, avuto specifico riguardo alla problematica distinzione tra la funzione di garanzia e la funzione di direzione politica, in una congiuntura molto lontana da quella del tempo della teorizzazione schmittiana*

Molti segni fanno pensare che quella di oggi sia, da noi come altrove, una situazione d'eccezione... *permanente*. Un ossimoro, certo: si tratta tuttavia di stabilire se lo sia realmente o solo in apparenza.

Non è agevole dare una risposta sicura ad un così impegnativo ed anche inquietante quesito, a motivo della opacità e complessità del quadro istituzionale, connotato da relazioni fluide e continuamente cangianti sia tra gli organi di vertice dello Stato che tra l'apparato nel suo insieme e la comunità organizzata.

La maggiore difficoltà sta proprio nello stabilire se, in occasione dell'esercizio delle loro attività istituzionali, gli organi supremi si mantengano dentro la cornice costituzionale ovvero si portino al di fuori di essa: se, cioè, siano in una condizione di *normalità* ovvero di *eccezionalità*. Ulteriormente specificando, è da vedere se eventuali violazioni della legalità costituzionale siano meramente occasionali, delle "eccezioni" appunto (nel significato proprio del termine) rispetto ad una fisiologia costituzionale che, pur in talune sue inusuali espressioni, si mostra essere pur sempre in grado di farsi valere, assorbendo e *quodammodo* metabolizzando in sé i fatti sporadici patologici, ovvero se le violazioni suddette si presentino ormai con pressoché quotidiana frequenza ed assumano una consistenza tale da far dubitare della stessa perdurante vigenza della Costituzione e, per ciò, della continuità dell'ordine dalla stessa fondato.

La questione riguarda, a un tempo, gli organi della direzione politica e gli organi di garanzia, specie quelli supremi, ma soprattutto questi ultimi: l'osservazione del loro operato costituisce, infatti, un banco di prova altamente istruttivo, decisivo, al fine di stabilire se l'intero ordinamento, nelle sue più salienti esperienze, sia ancora dentro ovvero fuori la cornice costituzionale. Se e fino a quando gli organi preposti a salvaguardarla daranno prova di essere in grado di sanzionare atti e comportamenti *contra Constitutionem*, si potrà dire assicurata la continuità dell'ordine costituzionale. Il punto è però che è proprio l'operato degli organi di garanzia, unitamente ad alcune decisioni adottate dagli organi d'indirizzo politico, a sollevare non pochi dubbi circa la sua piena rispondenza e conformità a Costituzione.

Il vero è che è venuta col tempo a trasformarsi profondamente la stessa funzione di garanzia, sì da rendersi problematicamente distinguibile dalla funzione di direzione politica.

Una dottrina ha, addirittura, teorizzato questo stato di cose: a suo dire, infatti, lo stesso modello costituzionale, con la laconicità espressiva che lo caratterizza, autorizzerebbe a concludere nel senso

della impossibilità di distinguere, a conti fatti, l'una dall'altra funzione e, perciò, di non consentire la tipizzazione del ruolo degli organi che ne sono titolari.

Questa opinione, che ha di recente avuto una sua raffinata ed argomentata (ma non perciò persuasiva) rappresentazione¹, ha antiche e solide ascendenze teoriche, che possono da noi farsi risalire agli studi di G.U. Rescigno e, prima ancora (e soprattutto), C. Esposito², ma che hanno proprio nella poderosa riflessione schmittiana le basi portanti³.

Si pensi solo alla ricostruzione proposta dagli studiosi ora richiamati a riguardo della controfirma ministeriale, la quale, nella sua scarna ed essenziale struttura, sarebbe unicamente in grado di rendere testimonianza di un'avvenuta "collaborazione" tra il Capo dello Stato e il membro o i membri del Governo, una collaborazione governata in buona sostanza da convenzioni costituzionali, senza che possa stabilirsi quale sia in concreto l'apporto prestato da ciascun organo, in occasione dell'adozione dei singoli atti.

Una tesi, questa, che – in disparte ogni altro rilievo – confonde modello ed esperienza, opera cioè una indebita legittimazione dell'"esistente", offrendovi un generoso (e, però, ingiustificato) avallo: a conti fatti, "*decostituzionalizza*" la Costituzione, riportando i rapporti tra gli organi supremi non già sotto il governo della legge (costituzionale) bensì sotto quello della pura forza politica di cui ciascuno di essi è dotato ed è in grado di esprimere, secondo le contingenze⁴. Non credo, però, che sia proponibile una lettura della Costituzione tale da farle dire di preferire il ritorno a quel *governo degli uomini* (e non delle leggi) già dai tempi di Aristotele ripudiato, comunque inconciliabile coi fondamenti di uno Stato costituzionale. È fuor di dubbio, infatti, che in quest'ultimo non sono ammessi "doppioni" o sovrapposizioni di ruoli; piuttosto, essi sono dalla Costituzione tipizzati e nettamente distinti, per disagevole che sia ricostruire punto per punto i tratti di siffatta loro reciproca caratterizzazione⁵. Che l'esperienza, poi, possa deviare, anche sensibilmente, dall'alveo costituzionale, ovviamente, è da mettere in conto. Ed allora si tratta di stabilire – ed è questione di cruciale rilievo – se l'esperienza stessa abbia ormai sopraffatto il disegno normativo per essa preconstituito ovvero se quest'ultimo sia ancora in grado di reggere agli urti che da quella provengono, riuscendo pertanto a farsi, sia pure a fatica, valere.

Detto altrimenti: siamo ancora in uno "Stato costituzionale", pur nelle sue inusuali movenze e complessive novità rispetto al passato, ovvero siamo in una congiuntura "eccezionale", comunque non "costituzionale"?

Tentare di rispondere al quesito è – come si diceva – estremamente disagevole, proprio perché non poco confusa ed appannata è la realtà costituzionale.

Lo schema schmittiano, infatti, risultava alquanto semplificato e consentiva di stabilire, con sufficiente certezza, se una data situazione era, o no, qualificabile come "d'eccezione", soprattutto alla luce dei seguenti punti di riferimento: 1) il ruolo esercitato dai Capi di Stato degli ordinamenti parlamentari era assai diverso da quello che essi sono venuti col tempo ad assumere, specie negli anni a noi più vicini; 2) gli organi della direzione politica non erano investiti da una domanda di

¹ ... ad opera di O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo*, Jovene, Napoli 2010, del quale v., inoltre, *Capo dello Stato, politica nazionale e interpretazione costituzionale. Una replica ai critici*, in www.forumcostituzionale.it, 24 gennaio 2012. Sul pensiero di quest'autore, v. i contributi di AA.VV., *Dibattito sul Presidente della Repubblica. Il Capo dello Stato nell'ordinamento costituzionale italiano*, a cura di M. Cecchetti, S. Pajno e G. Verde, :duepunti ed., Palermo 2012.

² ... dei quali v., del primo, tra i molti suoi scritti, *Le convenzioni costituzionali*, Cedam, Padova 1972 e, del secondo, particolarmente, il *Saggio sulla controfirma ministeriale*, Giuffrè, Milano 1962 e la voce *Controfirma ministeriale*, per l'*Enciclopedia del diritto*, X (1962), 285 ss.

³ Non a caso l'idea schmittiana del Capo dello Stato quale gestore degli stati di crisi è stata da noi ripresa, con originali svolgimenti, da C. Esposito e, dopo di lui, anche da altri.

⁴ Questa critica può, volendo, vedersi, con ulteriori svolgimenti, nel mio *Controfirma ministeriale e teoria della Costituzione*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, II, *Dell'organizzazione costituzionale*, Jovene, Napoli 2009, 693 ss., nonché in www.forumcostituzionale.it.

⁵ La qual cosa, ovviamente, vale per gli stessi organi della direzione politica, nei loro rapporti tanto *inter se* quanto con gli altri organi; e così pure per quelli di garanzia.

regolazione normativa, di governo in genere della società e, insomma, di appagamento dei bisogni più diffusamente ed intensamente avvertiti in seno alla società stessa, quale invece si è venuta formando nel corso del tempo; di modo che lo scarto tra gli interessi individuali e collettivi che reclamano soddisfazione e gli interventi allo scopo adeguati non assumeva le dimensioni vistose e viepiù crescenti registratesi col passare del tempo; 3) il modello di giustizia costituzionale accentrata non si era ancora diffuso e radicato e, soprattutto, non aveva assunto le forme espressive di cui si è rivestito nelle sue più recenti esperienze né la giustizia stessa esibiva una capacità d'incidenza nella sfera del "politico" sia pur lontanamente paragonabile a quella successivamente manifestata; 4) infine (e soprattutto), le relazioni internazionali non erano quelle di oggi, caratterizzate da vincoli stringenti per gli Stati, resi ancora più visibili in tutto il loro spessore da una crisi lacerante, senza precedenti, che affligge e schiaccia gli Stati stessi, laddove al tempo della teorizzazione schmittiana questi ultimi tendevano proprio alla loro massima affermazione, di cui la dolorosissima vicenda del secondo conflitto bellico, col suo drammatico epilogo, renderà eloquente testimonianza. Sarà poi – come si sa – proprio la guerra a spegnere le vigorose aspettative di un "nazionalismo" costituzionale ingenuo e dissennato ed a gettare le basi per il suo (forse, ormai definitivo) superamento.

Oggi, invece, tutto appare essere assai più incerto e problematico, soprattutto se si considera il ruolo di centrale rilievo in misura crescente detenuto, per un verso, dai Capi di Stato negli ordinamenti a regime parlamentare e, per un altro verso, dalle Corti costituzionali e dagli stessi giudici comuni, nonché (e, forse, più ancora) dalle Corti sovranazionali (e, segnatamente, la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte dell'Unione europea).

La vicenda ha lontane ascendenze⁶; solo negli anni a noi più vicini, però, ha assunto dimensioni inusuali e forme espressive particolarmente marcate ed incisive, fatte oggetto di numerosi studi e, ciò nondimeno, ancora bisognose di ulteriore approfondimento ed adeguata sistemazione teorica⁷. Sta di fatto che tutti questi organi hanno lasciato in un cono d'ombra quelli politicamente decisori per Costituzione, che connotano come "democratica" la struttura e l'essenza dell'ordinamento, i quali ultimi hanno manifestato (e seguitano a manifestare) carenze assai gravi e vistose, in generale per tutto ciò che attiene al governo della società ed alla regolazione normativa delle sue più salienti dinamiche ma in particolar modo per ciò che concerne la salvaguardia dei diritti fondamentali,

⁶ Tra i più solleciti e sensibili a cogliere il fenomeno, al tempo ancora incipiente, T. MARTINES, che ragionava di una "forza politica" detenuta dai massimi organi di garanzia (v., dunque, del chiaro A., soprattutto la sua opera maggiore, il *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Giuffrè, Milano 1957, ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, spec. 196 ss.).

⁷ Una speciale attenzione ha attratto su di sé la figura del Capo dello Stato. La cosa ha una duplice spiegazione: per un verso, a motivo del carattere monocratico dell'organo, trovano qui maggiore spazio di quello che invece hanno in organi collegiali gli *accidents of personality*; non a caso, come si è fatto già da tempo e da molti notare, praticamente non abbiamo avute due presidenze uguali a se stesse. Lo stesso Presidente Napolitano, l'unico ad essere stato rieletto in una congiuntura particolarmente travagliata (su ciò, AA.VV., *L'eccezionale 'bis' del Presidente della Repubblica Napolitano*, a cura di F. Giuffrè e I.A. Nicotra, Giappichelli, Torino 2014), ha non poco innovato rispetto al proprio precedente indirizzo, adeguando scelte e comportamenti alla *escalation* della crisi economica ed alla ingarbugliata situazione politica conseguente alle elezioni del 2013. Per un altro verso, proprio il Presidente è l'organo a più stretto contatto col Governo e le forze politiche rappresentate in Parlamento; la qual cosa concorre, per la sua parte, a dare una spiccata coloritura politica al modo con cui il Presidente stesso intende ed incarna il proprio ruolo (tra i molti contributi venuti alla luce sulla evoluzione del ruolo del Presidente, rammento qui solo, in aggiunta agli scritti già richiamati, quelli di AA.VV., *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica*, a mia cura, Giappichelli, Torino 2011; AA.VV., *Il Presidente della Repubblica nella forma di governo*², a cura di A. Baldassarre e G. Scaccia, Aracne, Roma 2012; AA.VV., *Il Presidente della Repubblica. Frammenti di un settennato*, a cura di F. Giuffrè e I.A. Nicotra, Giappichelli, Torino 2012; D. GALLIANI, *I sette anni di Napolitano. Evoluzione politico-costituzionale della Presidenza della Repubblica*, Università Bocconi Editore, Milano 2012; D. GIACALONE, *L'uomo del colle. Il Quirinale, l'uomo politico, le forzature, la scelta del 2013*, Boroli, Novara 2012; M. SICLARI, *Il Presidente della Repubblica italiana nelle recenti esperienze costituzionali*, Jovene, Napoli 2013; M. LUCIANI, *La parabola della Presidenza della Repubblica*, in www.rivistaaic.it, 1/2014. Di particolare interesse, ora, la ricerca su materiali d'archivio condotta da A. BURATTI, "Preferirei di no". Rinvii, dinieghi e osservazioni presidenziali nelle carte dell'archivio storico del Quirinale, in *Dir. soc.*, 2/2014, 187 ss. In prospettiva comparata, S. GRIMALDI, *I Presidenti nelle forme di governo. Tra Costituzione, partiti e carisma*, Carocci, Bari 2012).

specificamente di quelli c.d. “nuovi”, i più direttamente e maggiormente legati allo sviluppo scientifico e tecnologico.

2. *La crisi economica e il concorso da essa dato alla trasformazione degli organi supremi di garanzia (con specifico riferimento al ruolo del Capo dello Stato in occasione della gestione delle crisi di governo ed al vigoroso sostegno dato al processo di riforma costituzionale in corso)*

È fuor di dubbio che la crisi economica in atto, che si preannunzia essere non passeggera, comunque di breve termine, abbia, in significativa misura, concorso a sottolineare in modo marcato il ruolo degli organi supremi di garanzia, così come a mettere viepiù a nudo l'inadeguatezza degli organi d'indirizzo politico.

Con specifico riferimento alla situazione italiana, una spia particolarmente attendibile di una complessiva torsione della forma di governo parlamentare (e, forse, della stessa forma di Stato) è data da talune esasperate espressioni di attivismo, peraltro crescente, di entrambi gli organi supremi di garanzia; un attivismo di cui, ad onor del vero, anche in passato si è avuto riscontro ma non, appunto, nelle forme e con l'intensità di oggi, se si eccettua la parentesi della seconda parte del mandato del Presidente Cossiga (che, per fortuna, non ha avuto né precedenti né imitatori)⁸.

Si pensi alle vicende relative alla gestione delle crisi di governo. Assai istruttiva, al riguardo, la caduta del Governo Berlusconi, seguita dalla nascita del Governo Monti nel novembre del 2011⁹; e non è casuale che molti Governi siano in altri Paesi caduti in un breve arco temporale, non riuscendo a reggere l'urto devastante della crisi¹⁰.

Il primo Governo, infatti, aveva i numeri in Parlamento per governare; ciononostante, si è trovato costretto a dimettersi perché, seppur sostenuto dalla fiducia di una maggioranza in evidente affanno, era però ormai divenuto privo della “vera” fiducia: quella dei mercati e dei *partners* europei, agli occhi dei quali il Presidente del Consiglio appariva alquanto screditato, specie a motivo delle sue disavventure giudiziarie e, in genere, delle sue personali vicende¹¹.

Ora, è pacifico che un ruolo decisivo per il cambio di Governo abbia giocato proprio il Presidente Napolitano che, in una situazione gravemente deteriorata (ai limiti del *default* di Stato), si è premurato di (tentare di) tranquillizzare i mercati, dichiarando che il Presidente del Consiglio si sarebbe immediatamente dimesso una volta approvati i provvedimenti volti al risanamento dei conti pubblici¹². Lo stesso Capo dello Stato non ha mancato – a quanto pare – di offrire il proprio generoso “consiglio” alle misure straordinarie varate dal Governo Monti al fine di fronteggiare l'emergenza della crisi economica¹³, al punto che in molti commenti ai quali stampa e televisione hanno dato

⁸ Molto studiata, da giuristi e non, questa presidenza, specie nella evoluzione avutasi a partire dal 1991: riferimenti ancora nello scritto sopra cit. di A. BURATTI, 231 ss. e 250 ss.

⁹ Un'accurata descrizione dei fatti è negli scritti di N. MACCABIANI, *Il Capo dello Stato di fronte alle difficoltà economico-finanziarie e politiche del Paese*; M. FRAU, *Dalla mancata approvazione del rendiconto all'annuncio delle dimissioni del Presidente del Consiglio*, ed E. TIRA, *La formazione del Governo Monti*, tutti in www.rivistaaic.it, 1/2012.

¹⁰ Ben sette su diciassette i Governi dell'eurozona al tempo travolti dalla crisi (traggo il dato da V. DA ROLD, *Già sette cambi di Governo nella tempesta della crisi*, in *Il Sole-24 ore*, 17 novembre 2011, 10).

¹¹ In argomento, il mio *Art. 94 della Costituzione vivente: “Il Governo deve avere la fiducia dei mercati”* (nota minima a commento della nascita del Governo Monti), in www.federalismi.it, 23/2011 e in *Percorsi costituzionali*, 2-3/2011, 15 ss.

¹² In una nota della Presidenza della Repubblica, si dichiara infatti che “non esiste alcuna incertezza sulla scelta del Presidente del Consiglio on. Silvio Berlusconi di rassegnare le dimissioni del Governo da lui presieduto”; una decisione – si precisa – che “diverrà operativa con l'approvazione in Parlamento della legge di stabilità per il 2012”. Si aggiunge infine, significativamente, che “sulla base di accordi tra i Presidenti del Senato e della Camera e i gruppi parlamentari sia di maggioranza sia di opposizione, la legge sarà approvata nel giro di alcuni giorni” (sul punto, nuovamente, lo scritto sopra cit. di M. FRAU, spec. il § 3).

¹³ Un'accurata descrizione dei provvedimenti legislativi adottati dietro iniziativa del Governo Monti può vedersi in G. SAVINI, *L'attività legislativa tra Parlamento e Governo: continuità e innovazioni nell'esperienza del Governo Monti*, Cedam, Padova 2014.

ampio risalto il Governo in parola è stato non di rado etichettato come “Monti-Napolitano” o, comunque, come un “Governo del Presidente”.

Questa esperienza s’inscrive in una più ampia cornice segnata da una forte contrazione della sovranità degli Stati. Ammesso, ma non concesso, che sia ancora oggi riproponibile, negli stessi termini del passato, l’idea di “sovranità” (e, forse, pure di Stato), si dovrebbe tutt’al più discorrere di una “sovranità”... *dimezzata o condivisa* con l’Unione e soggetti esponenziali della Comunità internazionale.

Anche i successivi Governi, come quello Letta (c.d. “delle grandi intese”), durato dall’aprile 2013 al febbraio 2014, o quello, immediatamente successivo, Renzi, pur beneficiando essi pure, al pari del Governo Monti, della fiducia parlamentare (e fin qui, dunque, nessuna “eccezione”, almeno in apparenza...) e del costante “incoraggiamento” del Capo dello Stato, hanno pur sempre operato caratterizzando *in senso teleologico o strumentale* il proprio indirizzo politico: l’hanno, cioè, orientato nei contenuti piegandolo al fine di preservare la prima, “vera” e più importante fiducia, che – come si diceva – è quella dei *partners* europei e dei mercati internazionali. In questo quadro, la vocazione “riformista” dei Governi suddetti, che proprio nell’ultimo della serie sopra citata ha avuto la sua più marcata espressione e vigorosa spinta propulsiva, ha la sua ragion d’essere in un disegno strategico volto al mantenimento della fiducia suddetta.

Sulla riforma Renzi, che al momento in cui si scrive (primi di ottobre 2014) risulta approvata con non secondarie innovazioni in prima lettura dal Senato, è necessario soffermarsi brevemente, dal momento che, ad avviso di alcuni suoi fermi oppositori, essa si porterebbe ben oltre i limiti segnati dalla cornice costituzionale e, dunque, si giustificerebbe unicamente con lo stato d’eccezione in cui il Paese si trova, anche (ma non solo) per effetto della crisi economica in atto.

Il fronte dei critici è, in realtà, assai variegato: alcuni avanzano riserve, anche assai aspre, avverso questo o quello dei contenuti che la caratterizzano, rilevandone l’interna incoerenza ovvero l’inopportunità¹⁴; altri, poi, sembrano essere pregiudizialmente contrari (non solo a questa ma) a qualsivoglia innovazione della Carta costituzionale che non sia di mero ritocco di qualche sua disposizione, nell’assunto che i veri problemi del Paese, specie appunto quelli di natura economica, richiederebbero l’adozione di misure diverse da quelle volte al rifacimento del quadro costituzionale o, quanto meno, al suo aggiornamento. Una tesi, questa, che di sicuro coglie un fondo di verità, tuttavia esasperandolo, se è vero – com’è vero – che la Costituzione non ha né il merito di tutto ciò che di buono si fa né la colpa dei non pochi mali che affliggono la società e lo Stato. Temo, infatti, che la tesi stessa possa rivoltarsi, a mo’ di *boomerang*, contro i suoi sostenitori, dal momento che, portata fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti, parrebbe voler significare che la Costituzione – nella sua attuale versione così come in qualunque altra, nuova – resti inerte, disarmata, al fine del governo dei processi economici e politici, i quali *in ogni caso* sfuggirebbero alla traiettoria delle sue previsioni¹⁵.

Si fa inoltre notare che la riforma stessa si va portando avanti nella sede parlamentare senza l’effettivo coinvolgimento delle stesse Camere e dei loro membri, dal momento che il “patto di ferro” siglato dal Governo con alcune opposizioni non consentirebbe spazio alcuno per l’introduzione di modifiche non previamente concordate tra gli artefici del patto stesso. Una notazione critica, questa, che non sembra tener conto del fatto che assai di frequente, anche in tempi non “eccezionali”, il Governo è solito “blindare” i propri provvedimenti, ponendo la questione di fiducia sopra di essi e mettendoli dunque al riparo da qualsivoglia innovazione e da qualunque parte politica provenga.

Si fa infine notare che le attuali Camere, dopo la dichiarazione da parte della Corte costituzionale della illegittimità costituzionale della legge elettorale in applicazione della quale sono state composte

¹⁴ Così, ad es., per ciò che riguarda lo stesso mantenimento della seconda Camera, sostanzialmente impoverita di poteri (per quanto, rispetto al disegno originario licenziato dal Governo, in sede parlamentare si siano invero aggiunte alcune competenze, tali da temperare questo severo giudizio).

¹⁵ Quest’aspetto critico, unitamente a quelli immediatamente seguenti, può vedersi nel mio *Quali insegnamenti per la riforma costituzionale dagli sviluppi della vicenda regionale?*, relaz. al Convegno su *Il regionalismo tra crisi e riforma costituzionale*, Bari 2-3 ottobre 2014, in www.rivistaaic.it, 4/2014.

([sent. n. 1 del 2014](#)), sarebbero ormai totalmente e senza riparo screditate, “delegittimate”, sì da non potersi nemmeno concepire che esse possano porre mano alla modifica della Costituzione, specie ad una di siffatta portata che – non si dimentichi – tra l’altro investe gli stessi meccanismi della rappresentanza politica.

Una critica, quest’ultima, che – come si vede – investe in radice il processo riformatore in atto e, per ciò stesso, fatalmente si dirige altresì avverso il Capo dello Stato che, invece, le riforme le ha costantemente e vigorosamente sollecitate, nonché contro la stessa Corte costituzionale che, nella pronuncia sopra cit., ha tenuto a dichiarare che l’effetto di annullamento della legge elettorale non avrebbe privato le Camere ormai insediate dei poteri loro propri. Un’affermazione, questa, che, presa alla lettera, potrebbe significare che di *nessun* potere le Camere sarebbero prive, al piano della legislazione ordinaria così come a quello della legislazione costituzionale e di revisione costituzionale.

D’altro canto, si fatica non poco a comprendere come si possa, per un verso, acconsentire – come vorrebbero alcuni critici¹⁶ – a che le Camere pongano urgentemente mano all’approvazione di una nuova legge elettorale, in linea con le indicazioni al riguardo date dal giudice costituzionale, mentre, per un altro verso, non potrebbero innovare neppure in minima parte al dettato costituzionale. E ciò, sol che si ammetta – come devesi – che la scelta del meccanismo elettorale entra a comporre la forma di governo, situandosi anzi al cuore della stessa, ed incide altresì sulla stessa forma di Stato, siccome dotata di un rilievo di certo non inferiore a quello di alcune modifiche della Costituzione¹⁷.

Il vero è che delle due l’una. O si ragiona in prospettiva formale-astratta, considerandosi l’effetto di annullamento della disciplina elettorale inidoneo a rivoltarsi contro le attuali Camere, che dunque godrebbero della pienezza delle loro funzioni e, una volta dimostratesi in grado di esprimere una maggioranza (quale che sia), non potrebbero pertanto essere sciolte. Oppure si ragiona in prospettiva assiologico-sostanziale, giudicandosi la loro permanenza in carica una ferita mortale che quotidianamente si rinnova alla democrazia, non avendo *ab origine* le Camere stesse valido titolo per essere elette né oggi per restare al loro posto.

In realtà, è proprio da quest’ultima prospettiva che sembra aver guardato il Capo dello Stato alla insolita, grave vicenda venutasi a determinare a seguito della sentenza, sopra cit., della Corte costituzionale, pervenendo però all’esito esattamente opposto a quello qui prefigurato. Il Presidente Napolitano, infatti, non ha avuto esitazione alcuna (non solo a decidere di non sciogliere le Camere, ma anzi) ad incoraggiare le Camere stesse e il Governo a procedere senza altri indugi e speditamente lungo la via delle riforme. L’ha fatto, evidentemente, all’esito di un’operazione di bilanciamento tra beni o valori costituzionali: malgrado la palese “delegittimazione” del Parlamento, *interest rei publicae* che esso restasse fermo e saldo in sella, ancora una volta per la ragione già detta, perché cioè i *partners* europei e i mercati si aspettavano (e si aspettano) dall’Italia stabilità politica e riforme strutturali. In questo quadro, la riscrittura della Costituzione costituisce, a quanto pare, un passaggio obbligato (che, poi, proprio queste e non altre modifiche della Carta siano indispensabili allo scopo è, ovviamente, tutto un altro discorso, che però attiene al *quomodo*, non all’*an*, delle riforme).

Insomma, e per chiudere sul punto. Forse, la democrazia ne soffre, per il fatto che restano in carica parlamentari eletti in applicazione di una legge incostituzionale; forse, pure, è da considerare inaccettabile, persino paradossale, che la Costituzione sia rifatta ad opera di tali parlamentari. E, tuttavia, ad opinione del Capo dello Stato (oltre che dello stesso Governo...), non v’era e non v’è altro modo per (tentare di) uscire dal *tunnel* di una crisi che rischia ogni giorno di riportarci sull’orlo del baratro.

¹⁶ ... e, tra questi, A. SAITTA, [Riforme costituzionali e sorte del costituzionalismo \(anche alla luce di Cass., I Sez. civ., 16 aprile 2014, n. 8878\)](#), in [Consulta OnLine, 2014](#) (28 aprile 2014), § 3, e, su di lui criticamente, M. LUCIANI, *La riforma del bicameralismo, oggi*, in [www.rivistaaic.it](#), 2/2014, § 1, in nt. 1.

¹⁷ La qual cosa, poi, potrebbe consigliare di rivalutare la proposta, già da tempo avanzata, volta a fissare nella Carta costituzionale l’opzione a riguardo del meccanismo elettorale, rimandando quindi per la sua compiuta descrizione alla legge comune. Una proposta a cui favore mi sono dichiarato in altri luoghi e che tuttavia, nella presente congiuntura politica segnata da laceranti contrapposizioni non solo tra le forze di opposto schieramento ma anche in seno a quelle di maggioranza, convengo esser assai problematicamente realizzabile.

Dunque, democrazia da un lato, sopravvivenza dell'ordinamento e della stessa Costituzione dall'altro: un "bilanciamento" – come si vede – dall'esito obbligato. Il Capo dello Stato che mostri così di ragionare è un Capo di Stato costituzionale ovvero di uno di eccezione?

3. Il mercato, crescente attivismo della Corte costituzionale, l'innesto da essa operato di elementi propri dello stato di eccezione nel tronco dello Stato costituzionale, la irresistibile tentazione del giudice delle leggi di porsi quale un potere costituente permanente

Al forte attivismo del Presidente della Repubblica ha poi fatto da *pendant* – come si accennava – la parimenti forte intraprendenza della Corte costituzionale, che proprio negli anni a noi più vicini si è manifestata con singolare evidenza¹⁸ ed ha avuto il terreno più fertile in cui ha messo radici laddove prendono corpo le esperienze riguardanti i diritti fondamentali¹⁹.

La Corte costituzionale si è da tempo dotata di strumenti decisori particolarmente incisivi e, a conti fatti – checché ne dica la stessa Corte –, in non pochi casi invasivi degli ambiti materiali di tradizionale spettanza del Parlamento e del Governo.

Oggi però le tecniche decisorie in parola sono piegate ad un obiettivo un tempo sconosciuto, che è di assicurare una vera e propria quadratura del cerchio, vale a dire di riuscire a bilanciare in modo soddisfacente, autenticamente paritario, le esigenze facenti capo ai vincoli di bilancio (che – come si sa – in tempi di *spending review* risultano particolarmente stringenti) con le aspettative di tutela dei diritti fondamentali e, in genere, di mantenimento del quadro costituzionale.

Questo bilanciamento ha talora assunto forme inusuali, persino inquietanti.

Rammento qui solo due vicende.

La prima, assai recente, riguarda la giurisprudenza costituzionale a riguardo della condizione di degrado in cui versano i detenuti a motivo del sovraffollamento delle carceri. La Corte italiana si è sul punto allineata alla posizione assunta dalla Corte di Strasburgo, censurando severamente l'inerzia del legislatore nel non porre rimedio ad uno stato di cose non più sopportabile; lo ha fatto, però, concludendo nel senso della inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, pur avvertendo che, protraendosi ulteriormente l'inerzia stessa, avrebbe potuto mutare avviso, convertendo il rigetto di oggi in un successivo accoglimento ([sent. n. 279 del 2013](#), cit.).

Diciamo le cose come stanno. La dignità della persona umana, che molti di noi considerano un valore indisponibile, "supercostituzionale"²⁰, la "bilancia" – si è detto da un'autorevole dottrina²¹ – su cui si dispongono i beni bisognosi di bilanciamento (e le norme che li hanno ad oggetto), è a conti fatti messa da canto nella considerazione della materiale impossibilità, anche a motivo della esiguità delle risorse finanziarie disponibili, di provvedere alla costruzione di nuove carceri a misura d'uomo.

¹⁸ Riferimenti, ora, con riguardo alla giurisprudenza degli ultimi vent'anni, in G. D'AMICO - D. TEGA, *1993-2013: la Corte costituzionale tra giurisdizione e politica*, in AA.VV., *Interpreti e interpretazioni della Costituzione nel periodo 1993/2013*, a cura di M. Cavino e S. Sicardi, di prossima pubblicazione per i tipi de Il Mulino.

¹⁹ È sufficiente qui rammentare, tra le molte altre (e tra le più recenti), solo le pronunzie del nostro giudice delle leggi nn. [278 del 2013](#) (che ha salvaguardato il diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche), [279 del 2013](#) (in materia di sovraffollamento carcerario e tutela della dignità dei detenuti, sulla quale si tornerà a momenti), [162 del 2014](#) (che ha fatto cadere il divieto di fecondazione eterologa), [170 del 2014](#) (che ha riconosciuto il diritto di *ex coniugi* alla tutela della loro condizione di coppia, a seguito dello scioglimento del loro matrimonio per effetto del mutamento di sesso di uno di essi).

²⁰ La tesi della dignità quale valore "supercostituzionale", come tale insuscettibile di bilanciamento, è già in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.; di contro, considerano la dignità soggetta essa pure a bilanciamento, tra gli altri, M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, cit., III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, 1060 ss., e G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 1/2011, 45 ss., spec. 69 ss.

²¹ Così, G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

Questa vicenda ne fa tornare alla mente un'altra, verificatasi ai tempi bui in cui le strutture portanti dello Stato costituzionale erano minacciate dalle brigate rosse, i cui aderenti ritenevano che il fine della edificazione di una società (a loro dire) più giusta giustificasse il sacrificio di esseri umani innocenti, presi a bersaglio più o meno casuale di azioni terroristiche. Ed anche allora, il giudice delle leggi, investito della questione di costituzionalità di una normativa che prolungava in modo abnorme la durata della carcerazione preventiva con palese sacrificio della dignità delle persone in attesa di giudizio (e che avrebbero potuto anche dimostrarsi innocenti), ritenne di dover far salva, *in nome dell'emergenza*, la normativa stessa, per la semplice ragione che non v'era materialmente il modo di far celebrare in tempi brevi, ragionevoli, i processi a loro carico ([sent. n. 15 del 1982](#)).

Due vicende altamente, tristemente istruttive, che rendono eloquente testimonianza dell'innesto di esperienze, positive e giurisprudenziali, di eccezione in un tronco che avrebbe voluto allora e vorrebbe oggi restare quello proprio di uno Stato di diritto costituzionale.

Molti altri casi ancora, pur se meno drammatici di quelli succintamente ora descritti, sono poi utilmente evocabili nel medesimo ordine di idee.

Si pensi dunque, ad es., alle volte in cui la Corte costituzionale ha giudicato reciprocamente "bilanciabili" il principio della osservanza delle norme costituzionali sulla normazione col principio della tutela (effettiva, non meramente nominale) dei diritti fondamentali, a conti fatti facendo recedere le prime a fronte del bisogno di assicurare protezione ai secondi.

Due, in particolare, gli ambiti di esperienza in cui si è avuto riscontro di quest'indirizzo giurisprudenziale: quello dei rapporti tra diritto interno e diritto di origine esterna e l'altro dei rapporti tra Stato e Regioni.

Quanto al primo, nella [sent. n. 317 del 2009](#) (e in altre successive), con riferimento al rilievo in ambito nazionale della CEDU, la Corte ha affermato che il principio di cui all'art. 117, I c., cost., che fa obbligo alle leggi di Stato e Regioni di prestare rispetto agli obblighi internazionali, soggiace a "bilanciamento" con altri principi e norme della Costituzione. Di modo che, qualora si dimostri che una norma di legge offra una garanzia ai diritti fondamentali (e, in genere, agli interessi costituzionalmente protetti) ancora più elevata ed appagante di quella che è loro data dalla CEDU, sarà quest'ultima a doversi fare da parte (e, con essa, la norma costituzionale che vi dà "copertura"). In realtà, come si è tentato di mostrare in altri luoghi di riflessione scientifica, in una congiuntura siffatta non sembra corretto discorrere di un "bilanciamento" in senso proprio, dal momento che è la stessa CEDU a ritagliare per sé un ruolo "sussidiario", dichiarando di voler valere non già incondizionatamente bensì unicamente laddove sia giudicata in grado di portare il livello delle garanzie ancora più in alto di quello fissato dalle norme nazionali²².

Ora, è chiaro che non è di ciò che siamo oggi chiamati nuovamente a discutere. Resta, comunque, il fatto in sé del punto di diritto enunciato dalla giurisprudenza costituzionale, nella parte in cui dichiara passibili di bilanciamento le stesse norme sulla normazione, le quali – non si dimentichi – costituiscono, secondo l'aureo insegnamento kelseniano, la Costituzione *in senso materiale*, ciò che ne dà l'essenza e la distingue da ogni altra fonte.

Quanto al secondo ambito, nelle sentt. nn. [10](#) e [121 del 2010](#), la Corte costituzionale ha acconsentito al sacrificio dell'autonomia regionale da parte di atti legislativi dello Stato, mantenuti in vigore malgrado l'invasione della sfera di competenze delle Regioni da essi operata, appunto in quanto volti a dare appagamento a diritti altrimenti condannati a restare sguarniti di tutela.

La giurisprudenza sul punto, nondimeno, esibisce non rimosse aporie di costruzione e si dimostra essere alquanto incerta ed oscillante.

Per un verso, infatti, la Corte stranamente applica "a senso unico" la "logica" suddetta, non ammettendo l'ipotesi speculare a quella sopra fatta, e cioè che possa esser data anche alle Regioni l'opportunità di immettersi con le loro leggi negli ambiti materiali di competenza dello Stato,

²² Sembra ora accedere a quest'ordine di idee [Corte cost. n. 223 del 2014](#) [e, su di essa, volendo, la mia nota dal titolo *Una opportuna precisazione, da parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti (apparenti...) tra norme di diritto interno e norme della CEDU*, in [Consulta OnLine](#), 1 settembre 2014].

specificamente laddove quest'ultimo non abbia ancora legiferato e si tratti appunto di dare tutela ai diritti e, in genere, ad interessi costituzionalmente protetti²³.

Per un altro verso, a conferma delle oscillazioni, di cui un momento fa si diceva, si consideri la circostanza per cui la Corte ha, in tempi molto recenti, ora confermato le affermazioni fatte nelle decisioni sopra indicate ([sent. n. 62 del 2013](#)) ed ora invece dichiarato essere le norme sulla normazione comunque insuscettibili di bilanciamento (sentt. nn. [148](#) e [151 del 2012](#), [39 del 2013](#), [99 del 2014](#)).

Altri esempi ancora possono addursi a riprova del marcato (e talora esasperato) attivismo del giudice costituzionale: tra questi, quello forse maggiormente indicativo è dato dalla recente pronuncia, la [n. 1 del 2014](#) dietro cit., della Corte costituzionale che, dichiarando l'illegittimità costituzionale della legge elettorale, si è portata oltre quella che in passato era considerata un'autentica "zona franca" della giustizia costituzionale e – ciò che maggiormente importa – ha determinato la sostituzione di un sistema elettorale con un altro²⁴.

Uno speciale rilievo va poi assegnato al modo, invero alquanto "libero" o – diciamo pure – disinvolto, con cui la Corte ha fatto (e fa) uso delle tecniche decisorie di cui dispone e delle quali la stessa si è a piene mani dotata. Se n'è detto in altri luoghi e non occorre dunque ora indugiare ad illustrare esperienze peraltro assai note: l'utilizzo discontinuo, ondivago, delle tecniche decisorie è stato, infatti, molte volte e da tempo denunziato²⁵, rilevandosi lo stato di sofferenza in cui in tal modo viene a versare il carattere "processuale" del processo costituzionale²⁶. Oggi però siamo in presenza di un loro adattamento ai casi in modi originali, fortemente incisivi, frutto di selezioni provviste di marcata coloritura politica.

Basti solo fermare, solo per un momento, l'attenzione su una vicenda, altamente emblematica di questo stato di cose.

Ne riassumo l'andamento.

²³ La qual cosa, poi, potrebbe far pensare ad una sorta di ordinazione gerarchica tra unità ed autonomia, che veda l'un valore stare sopra l'altro e, alla bisogna, sopraffarlo. Palese sarebbe, però, l'errore, metodico prima ancora che teorico, a basi di un ragionamento siffatto, ove si convenga a riguardo del fatto che unità e autonomia sono chiamati a stare in reciproco, costante equilibrio e che anzi, come si è tentato di mostrare in altri luoghi, non si pongono quali valori distinti o, peggio, in modo irriducibile confliggenti bensì quali i due profili inseparabili di un unico, composito valore, che è quello della unità *attraverso* la promozione dell'autonomia ovvero dell'autonomia *nella* unità.

²⁴ Il punto è giustamente, e con una certa preoccupazione, prontamente rimarcato in dottrina: v., spec., M. LUCIANI, *La garanzia aristocratica della democrazia (a proposito della [sent. Corte cost. n. 1 del 2014](#))*, in *Lo Stato*, 2/2014, 187 ss.

²⁵ ... tra gli altri, da R. ROMBOLI, che vi ha insistito in molti scritti, tra i quali *Diritti fondamentali, tecniche di giudizio e valore delle disposizioni processuali*, in AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 1994, 151 ss.; *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro it.*, 1995, I, 1090 ss.; *Significati e valore delle disposizioni regolanti il processo davanti alla Corte costituzionale nei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 2/2002, 41 ss.; *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, a cura di E. Bindi - M. Perini - A. Pisaneschi, Giappichelli, Torino 2008, 503 ss.; *Il diritto processuale costituzionale dopo la "svolta" degli anni 1987-1989*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - J. Luther, Giappichelli, Torino 2011, 317 ss. Altre indicazioni in A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2008, 5 ss.

²⁶ L'instabilità delle soluzioni di merito, pur appartenendo infatti al quotidiano operare dei giudici, comporta una palese sofferenza sia per l'eguaglianza che per la certezza del diritto (che vorrebbero uniformità di trattamento, l'una, e prevedibilità dei giudizi, l'altra); l'instabilità delle tecniche processuali, poi, acuisce ancora di più il *vulnus* costituzionale, mettendo in crisi proprio la "giurisdizionalità" del giudice. E ciò, se si conviene a riguardo del fatto che, diversamente dai decisori politici che possono rivoltare da cima a fondo una decisione o un intero indirizzo precedenti, il giudice che rinneghi... *se stesso*, malgrado l'identità delle questioni in tempi successivi decise e fermo restando il contesto (la "situazione normativa", piace a me dire) in cui esse s'inscrivono ed inverano, per ciò solo verrebbe meno al compito di somministrare giustizia, innaturalmente commutandosi appunto in decisore politico. Quella tipizzazione dei ruoli, di cui si diceva, ne risulta così interamente smarrita, con pregiudizio grave, irreparabile, per il principio della separazione dei poteri.

Si è sempre pensato che ogni atto esprima un effetto tipico, diverso da quello proprio di atti di diversa natura. Con specifico riguardo alle decisioni della Corte, abbiamo invece di recente assistito a pronunzie di segno opposto (l'una di rigetto con monito, l'altra additiva di principio) che tuttavia hanno prodotto il medesimo effetto, in un caso e nell'altro le pronunzie stesse non potendo avere seguito senza il necessario intervento del legislatore²⁷. Nella seconda decisione, poi, la Corte si è spinta fino a dichiarare l'illegittimità costituzionale di una legge che... *non c'è*²⁸; e – a quanto pare – è la prima volta che ciò accade. La legge che stabilisce lo scioglimento automatico del matrimonio di coppia ormai divenuta dello stesso sesso è fatta, sì, oggetto di un'additiva di principio; lo strano è però che la Corte non ha esitazione alcuna a dichiararsi nel senso che lo scioglimento debba comunque aver subito luogo, aggiungendo tuttavia nel corpo di una legge *in sé non incostituzionale* una norma nuova che prelude alla futura regolazione legislativa della condizione delle persone già coniugate. Siamo, dunque, in presenza – ha fatto notare un'avveduta dottrina²⁹ – di una variante insolita nel *genus* pur variegato delle pronunzie in parola.

Il vero è che il giudice delle leggi ha fatto (e fa) un uso esasperato degli strumenti decisori di cui dispone³⁰, nell'intento di risvegliare dal letargo in cui da troppo tempo versa un legislatore irresponsabilmente inerte ed insensibile alle istanze di tutela di persone lese nella loro dignità.

La più attendibile testimonianza della torsione del ruolo della Corte sembra tuttavia esser data dai casi in cui quest'ultima fa luogo non già alla sostanziale “riscrittura” dei testi di legge portati al suo giudizio, bensì dello stesso parametro costituzionale³¹, sia pure occultando in modo accorto l'operazione d'innovazione costituzionale posta in essere e presentandola quale mera traduzione fedele del parametro stesso, per le specifiche esigenze del singolo caso³². In tal modo, la Corte, dimostra nei fatti di sapersi porre alla bisogna quale un autentico *potere costituente permanente* (aggiungo: un *mostruoso* potere costituente), avvalorando così la felice (ma inquietante) intuizione di Giovenale, allorché pensoso s'interrogava a riguardo di chi potesse essere il “custode dei custodi” (*quis custodiet ipsos custodes?*).

²⁷ Si pensi, ad es., al diniego fatto alle coppie composte da persone dello stesso sesso di accedere al matrimonio, fermo restando il loro diritto alla regolazione della loro condizione di coppia. Ebbene, la [sent. 138 del 2010](#) rigetta – come si sa – l'istanza di parte volta alla caducazione della disciplina normativa preclusiva delle nozze, mentre la [sent. n. 170 del 2014](#), che pure tiene fermo il paradigma eterosessuale del matrimonio espressamente rifacendosi alle indicazioni fornite dalla pronunzia sopra cit., è di accoglimento, *sub specie* di additiva di principio, riconoscendo il diritto degli *ex* coniugi, che vedano il loro matrimonio sciolto in conseguenza del mutamento di sesso di uno di essi, ad avere una disciplina positiva che specificamente li riguardi ed offra dunque loro adeguata tutela.

²⁸ Quest'appunto critico può, volendo, vedersi nel mio [Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità \(a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014\)](#), in [Consulta OnLine, 2014](#) (13 giugno 2014).

²⁹ R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto”: la Corte costituzionale dichiara per la prima volta la incostituzionalità della omissione “pura e semplice” del legislatore attraverso una additiva di principio priva dell'effetto demolitorio (Quanto la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice)*, in corso di stampa in *Foro it.*

³⁰ Secondo molti autori, un'analogia forzata starebbe a base della decisione caducatoria della legge elettorale, sopra già richiamata, sotto lo specifico aspetto della rilevanza della questione, problematicamente sussistente nella circostanza *de qua*.

³¹ Ho avuto modo di soffermarmi sul punto in più scritti, a partire da *La Costituzione allo specchio: linguaggio e “materia” costituzionale nella prospettiva della riforma*, Giappichelli, Torino 1999, spec. 155 ss.

³² Un solo, noto esempio per tutti (ma molti altri potrebbero addursi a riprova delle “modifiche tacite” della Costituzione avutesi *ope juris prudentiae*): la riscrittura del Titolo V per mano del giudice costituzionale, rispetto alla sua pasticciata versione ad opera della legge cost. n. 3 del 2001, al punto che il Titolo stesso “vivente” a fatica (e solo con molta buona volontà) si fa riconoscere avendo a punto di riferimento l'immagine consegnataci dal revisore costituzionale (di una Corte che riscrive la Costituzione ha discusso, in relazione ad una importante decisione della Corte stessa, un'accorta dottrina: v., dunque, A. MORRONE, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in [www.forumcostituzionale.it](#)).

4. Il “dialogo” tra Corte costituzionale e Corti europee: una risorsa preziosa al fine di parare il rischio che una sola di esse si ponga, in sovrana solitudine, quale vertice del sistema (anche al piano delle relazioni interordinamentali)

In questo quadro, qui molto sommariamente descritto, si tratta allora di chiedersi se si diano e quali siano le risorse disponibili per porre un argine ad una deriva autoritaria che – per singolare ironia della sorte – potrebbe vedere per protagonisti proprio i massimi garanti del sistema costituzionale³³.

Ora, un ruolo di prima grandezza è già al presente giocato (ed ancora di più potrà esserlo nel prossimo avvenire) dagli organismi sovranazionali. Quella “sovranità” dimezzata o condivisa, di cui un momento fa si diceva, potrebbe infatti riflettersi a tutto campo, coinvolgendo gli stessi organi di garanzia, specie – per ciò che ora interessa – le Corti nazionali (e i giudici in genere).

Il “dialogo” tra le Corti – formula pure abusata e, nondimeno, bisognosa di essere spiegata – può infatti giovare a parare i rischi che sempre si corrono ogni qual volta una sola sia (ed essa stessa si consideri essere) la Corte di vertice, abilitata ad enunciare “verità” inconfutabili di diritto costituzionale (e di diritti costituzionali).

A questo proposito, se si guarda al modello positivo, si trae conferma che le Carte europee dei diritti (e, segnatamente, la CEDU e la Carta dei diritti dell’Unione) ritagliano per sé un ruolo meramente “sussidiario”; nei fatti, però, il quadro appare essere assai più articolato e composito. E, invero, le Carte stesse, nel loro farsi *diritto vivente*, per il modo cioè con cui sono in concreto fatte valere dalle Corti che ne sono istituzionalmente garanti, danno alle volte l’impressione di considerarsi *superiorem non recognoscentes*³⁴.

Dal suo canto, anche la Corte costituzionale, a conti fatti, lascia spazio per l’applicazione delle Carte suddette unicamente laddove le ritiene convergenti e compatibili rispetto alla Carta costituzionale, non avendo fin qui mai ammesso che si diano casi di lacune costituzionali colmabili facendo utilizzo di altre Carte ovvero casi in cui queste ultime innalzino il livello della tutela rispetto

³³ Che poi il fine possa giustificare il mezzo e che, dunque, l’intraprendenza degli organi supremi di garanzia possa rinvenire giustificazione nel nobile intento di salvaguardare una Repubblica sull’orlo del precipizio è discorso che rimanda a giudizi ideologicamente condizionati e che, pertanto, non può essere qui fatto. D’altro canto, solo lo storico del futuro, non pure il giurista di oggi, potrà tentare di dare risposta ad un sì impegnativo ed inquietante quesito. Sta di fatto che la “logica” machiavellica del fine a tutti i costi appartiene, per sua natura ed indeclinabile vocazione, ad un contesto segnato dall’eccezione, non pure dalla normalità costituzionale.

Non si tratta, peraltro, di un fenomeno che riguarda i soli organi supremi; piuttosto, la “logica” sembra dotata di formidabile capacità diffusiva, di penetrazione sin negli angoli più reconditi dell’ordinamento e del tessuto sociale.

Un solo esempio, con riferimento ad una vicenda che ha fatto molto discutere: quella della trascrizione dei matrimoni tra persone dello stesso sesso celebrati all’estero. Ebbene, a seguito dell’iniziativa adottata dal Ministro degli interni e concretatasi in una circolare che faceva divieto della trascrizione stessa, alcuni Sindaci si sono premurati a dichiarare che non vi avrebbero prestato ossequio, in tal modo esercitando una sorta di anomalo “diritto di resistenza”, malgrado la loro qualità di “ufficiali del Governo”. Insomma – com’è stato detto da una sensibile dottrina, cui certo non può farsi rimprovero di mancanza di attenzione verso i diritti fondamentali e le forme della loro tutela, anche sovranazionale (V. ZAGREBELSKY, *Ci vuole una nuova legge non il ribellismo dei giudici*, in *La Stampa*, 9 ottobre 2014) – una vera e propria “ribellione” istituzionale. Com’altro, allora, qualificarla, se non facendo richiamo allo stato d’eccezione? Giusta questa lettura, il fatto preoccupa non poco, in quanto indicativo di un progressivo e sempre più esteso sfilacciamento del tessuto sociale ed istituzionale, suscettibile – laddove dovesse ripetersi in altri campi materiali di esperienza – di pregiudicare la stessa tenuta dell’ordinamento fondato sui valori della Carta repubblicana.

Va tuttavia pur detto – per dovere d’informazione – che altra e non meno avvertita dottrina (S. RODOTÀ, *Il Parlamento latitante*, in *La Repubblica*, 8 ottobre 2014), di contro, ha inteso il comportamento dei Sindaci quale limpida testimonianza di servizio prestato ai diritti fondamentali e, dunque, ai principi che stanno a base dello Stato costituzionale.

Come può vedersi da questo esempio, stabilire ciò che appartiene allo stato d’eccezione e ciò che invece appartiene allo Stato costituzionale appare alquanto problematico ed incerto, secondo quanto peraltro è proprio di congiunture segnate da interna confusione e gravi tensioni e contraddizioni coinvolgenti la larghi strati del corpo sociale ed operatori istituzionali.

³⁴ Emblematicamente espressiva di un’idea incondizionata del primato del diritto dell’Unione la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo sul caso *Melloni*, malgrado l’esplicito riconoscimento fatto dall’art. 4 TUE del doveroso rispetto da parte dell’Unione non soltanto delle “tradizioni costituzionali comuni” ma degli stessi principi di struttura dei singoli Stati.

a quello fissato dalla Carta nazionale. Particolarmente indicativo di quest'*animus*, metodologico e di strategia processuale allo stesso tempo, è quanto detto in una risalente (e, tuttavia, ancora oggi attuale) pronunzia, la [n. 388 del 1999](#), nella quale, per un verso, la Corte sembra fare professione di umiltà e di grande apertura mentale, dichiarando che la Costituzione e le altre Carte dei diritti “si integrano completandosi reciprocamente nella interpretazione”; per un altro verso, però, il “nazionalismo” costituzionale prende subito il sopravvento, dal momento che la Corte si fa premura di precisare che, in ogni caso, “i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall’Italia, trovano espressione, *e non meno intensa garanzia*, nella Costituzione” (il corsivo è, ovviamente, aggiunto).

La ricostruzione dei lineamenti del modello costituzionale, al di là delle oscillanti dichiarazioni rese dal giudice delle leggi, in questa come in altre pronunzie, è resa nondimeno disagevole dal fatto che la legge fondamentale della Repubblica parrebbe dare indicazioni reciprocamente slegate o, diciamo pure, contraddittorie.

Da un lato, infatti, v’è, pesante come un macigno, l’art. 137, ult. c., cost. che, stabilendo essere le decisioni della Corte costituzionale non soggette ad impugnazione alcuna, parrebbe voler porre la Corte stessa in sovrana solitudine al vertice della piramide in cui si dispongono tutti gli altri organi dello Stato e le stesse Corti europee, al momento in cui entrano in rapporto con la nostra Corte.

Da un altro lato, però, v’è il principio fondamentale dell’apertura del diritto interno al diritto internazionale e sovranazionale, di cui agli artt. 10 e 11. Un principio che, peraltro, è chiamato a fare “sistema” coi principi fondamentali restanti e, soprattutto, coi principi di cui agli artt. 2 e 3, nei quali è fatto riconoscimento della coppia assiologica fondamentale di libertà ed eguaglianza.

Se ci si pensa, sono proprio questi ultimi principi a dare un senso a quello di apertura, a stabilirne le condizioni di attivazione, gli effetti, i limiti. Con la conseguenza che, laddove *ab extra* vengano dei materiali positivi ovvero giurisprudenziali maggiormente idonei di quelli di diritto interno (persino – perché no? – di quelli costituzionali) a dare appagamento ai diritti fondamentali e, in genere, agli interessi costituzionalmente protetti, saranno essi a porsi a punto di riferimento per gli operatori nazionali (legislatore, amministratori, giudici). Nel caso inverso, laddove cioè la miglior tutela degli interessi costituzionali, nel loro fare “sistema”, sia data dalle norme nazionali (in particolare, legislative e persino costituzionali), saranno queste ultime a dover avere la precedenza rispetto a quelle. In un caso e nell’altro, se ci si pensa, è la stessa Costituzione a prescrivere quest’esito, quale quello in tesi maggiormente idoneo a dare appagamento ai principi di libertà ed eguaglianza, nel loro fare “sistema” col principio di apertura e, in genere, coi principi fondamentali restanti³⁵.

In questo quadro ricostruttivo, qui appena accennato e bisognoso di ben più accurata e puntuale descrizione, non vi è, non può esservi, *per sistema*, un solo organo – nazionale o sovranazionale che sia –, tra quelli giurisdizionali, a potersi fregiare del titolo di “sovrano”, supremo. Il vertice – se vogliamo seguitare a chiamarlo così – è piuttosto dato da un piano “orizzontale” in cui si dispongono, *in via di principio in condizioni di parità*, tutte le Corti (nazionali o sovranazionali), per la elementare ragione che paritaria è la condizione in cui versano tutte le Carte dei diritti³⁶.

³⁵ Così viste le cose, la convergenza della nostra Carta rispetto alle altre Carte dei diritti è piena, tutte *astrattamente* sollecitando l’adozione di soluzioni, normative e giurisprudenziali, idonee ad innalzare fin dove possibile il livello della tutela dei diritti fondamentali. Il punto è però che – come si faceva poc’anzi notare – non sempre ciò che si predica si mette in pratica, restando pur sempre uno scarto, ora più ed ora meno visibile, tra modello ed esperienza.

³⁶ Quest’affermazione è, in realtà, contraddetta dalla giurisprudenza (in specie, da quella costituzionale) che seguita stancamente a considerare le Carte dei diritti diverse dalla Costituzione comunque soggette alla osservanza di quest’ultima: in ogni sua parte, quanto alla CEDU (ed alle altre Carte internazionali); unicamente nei suoi principi fondamentali, quanto alla Carta dell’Unione europea, abilitata (al pari di ogni altra fonte dell’Unione) a derogare alla stessa Costituzione, eccezion fatta appunto dei suoi principi fondamentali (i c.d. “controlimiti”).

Ferme però le premesse teoriche sopra poste, secondo cui le relazioni tra gli ordinamenti (e le loro Carte) sono governate dal canone della tutela più “intensa”, nessun ordine gerarchico può dirsi sussistere *a priori* tra le fonti, dovendosi invece di volta in volta andare alla ricerca delle *norme, quale che ne sia la forma o la provenienza*, che risultino in grado di servire al meglio la coppia assiologica fondamentale di libertà ed eguaglianza.

Tra le Corti viene, dunque, a svolgersi una partita aperta, nei singoli casi, ad esiti imprevedibili e governata dalla *Grundnorm* della tutela più “intensa” dei diritti (e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti), protesa allo scopo – l’autentico *Grundwert* che sta a base delle relazioni interordinamentali – della salvaguardia della dignità della persona umana. Un esito, questo, obbligato, se si conviene che la Costituzione italiana, al pari delle Carte dei diritti e delle Costituzioni venute alla luce nel secondo dopoguerra e delle altre ancora più recenti (in Europa, specie dopo la caduta del muro di Berlino e la conseguente, affannosa ed incerta democratizzazione degli ordinamenti dei Paesi dell’Est), ha nella centralità della persona umana il suo cuore pulsante, la sua ragione d’essere, il *fine* ed il *confine* del proprio vigore.

5. *Il recupero dell’etica pubblica repubblicana quale soluzione la più adeguata a preservare le basi portanti dello Stato costituzionale, malgrado le occasionali esperienze riportabili allo stato d’eccezione*

Passa dunque da qui la verifica della linea di confine tra le situazioni di eccezione e il fisiologico svolgimento e rinnovamento dello Stato costituzionale. Se e fino a quando le pratiche normative e (soprattutto) giurisprudenziali risulteranno effettivamente orientate alla ricerca dell’ottimale appagamento dei principi-valori costituzionali, vale a dire della realizzazione della Costituzione *come “sistema”*, al servizio dell’uomo e della sua dignità, potremo dire di essere *ancora* in uno Stato costituzionale, malgrado la crisi economica e i suoi devastanti effetti, pur laddove ciò dovesse volgersi a pregiudizio del rigoroso rispetto della legalità (anche costituzionale!). Laddove invece dovessimo concludere che le pratiche suddette non riescono a porsi (non *possono* ovvero non *vogliono* porsi) al servizio dell’uomo, dovremo amaramente concludere essersi ormai abbattute le basi portanti dello Stato e smarrita la Costituzione, la sua forza, il suo valore.

Vorrei tuttavia chiudere questa succinta riflessione con una nota di speranza, diciamo di cauto ottimismo. Malgrado infatti le perplessità che le esperienze sopra descritte sollevano circa la loro piena conformità a Costituzione, confido che quest’ultima riesca ancora oggi a rinvenire dentro di sé le risorse, etiche prima ancora che di altra natura, per farsi valere, ancorché in forme assai diverse dal passato. Si tratta tuttavia di stabilire se si riuscirà ad estrarle e portarle a frutto. *Condicio sine qua non* perché questo avvenga è – a me pare – la realizzazione di un progetto in cui a parole tutti si riconoscono ma che non si è potuto ancora oggi neppure avviare e portare ad effetto: la moralizzazione diffusa dei comportamenti, al livello dell’apparato come pure della comunità organizzata, vale a dire il loro fermo orientamento verso quell’*etica pubblica repubblicana* che ha dato un senso alla vicenda costituente e che vuole seguitare a darlo anche alle vicende del tempo presente. Esperienze riconducibili allo stato di eccezione potrebbero anche rivelarsi – va riconosciuto senza infingimenti o mezzi termini – quale il costo che dobbiamo pagare per il conseguimento di questo difficilissimo, ma assolutamente necessario, obiettivo.

La speranza è appunto che tali esperienze non costituiscano poi, a conti fatti, un comodo alibi per coloro che hanno di mira non già il ristabilimento della fisiologia costituzionale bensì il suo definitivo, ancorché ad arte mascherato, abbattimento.

Antonio Ruggeri

Fatti “interposti” nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell’etica pubblica repubblicana*

SOMMARIO: **1.** La complessità del rapporto tra diritto e fatto, che è di *distinzione* ma anche, in una certa misura, d’*integrazione e di mutua alimentazione*, il fatto facendo il diritto e il diritto il fatto. – **2.** I casi in cui il diritto costituzionale si dispone alla propria riconformazione per il tramite del fatto (esemplificazioni). – **3.** Il vizio metodico commesso da quella giurisprudenza che ritiene essere il fatto un *prius* indisponibile dalle norme, come tale idoneo ad essere in ogni caso sussunto entro il parametro costituzionale, ovvero sia il paradosso della omessa o cattiva regolazione legislativa innaturalmente innalzata a parametro delle norme sottoposte a giudizio di costituzionalità (l’esempio del sovraffollamento carcerario). – **4.** I bilanciamenti possibili e quelli impossibili tra norme sulla normazione e norme sui diritti, ovvero sia i sacrifici imposti a questi ultimi, attraverso la compressione dell’autonomia regionale. – **5.** Due cruciali ed irrisolte questioni: la *moralizzazione della vita pubblica* e la *equa redistribuzione della ricchezza*, da cui dipende la rigenerazione, in senso costituzionalmente orientato, sia delle norme che dei fatti. – **6.** Libertà ed eguaglianza: la coppia assiologica fondamentale, alla luce della quale si misurano ed apprezzano i fatti meritevoli di entrare a comporre il parametro nei giudizi di costituzionalità. – **7.** Profili di tecnica processuale: in specie, il ricorso alle additive di principio quale strumento che, a motivo della sua duttilità strutturale, meglio di ogni altro si presta a dar modo al giudice costituzionale di poter incidere tanto sulle norme quanto sui fatti, concorrendo allo sviluppo ed al radicamento di una *cultura dei diritti* ad oggi complessivamente carente ed immatura.

1. La complessità del rapporto tra diritto e fatto, che è di distinzione ma anche, in una certa misura, d’integrazione e di mutua alimentazione, il fatto facendo il diritto e il diritto il fatto

La questione evocata dal titolo dato a questa mia riflessione attrae a sé numerose altre questioni, di ordine generale e dalle molteplici implicazioni a più piani di esperienza (in specie, a quello delle relazioni istituzionali), fino a coinvolgere l’idea stessa di Costituzione e di ordinamento giuridico, vale a dire la funzione essenziale del diritto, nel suo porsi in rapporto con la società e le dinamiche che in essa si impiantano e svolgono, al fine di darvi l’appropriata qualificazione e, perlomeno fino ad un certo punto¹, la regolazione: in breve, finisce col riguardare l’annosa ed intricata questione relativa al rapporto tra fatto e diritto, *essere e dover essere*².

* Intervento alle Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto costituzionale su *Nas fronteiras do direito: sustentabilidade e desenvolvimento*, Foz do Iguaçu (Brasile), 23-24 ottobre 2014.

Due avvertenze. La prima: alcuni passaggi argomentativi di questa esposizione, riguardanti profili da noi molto noti, trovano giustificazione nella circostanza in occasione della quale quest’intervento è svolto, a beneficio dei colleghi stranieri. La seconda è che la varietà delle questioni coinvolte richiederebbe un ampio corredo di riferimenti bibliografici; la ristrettezza dello spazio disponibile obbliga tuttavia a circoscrivere i richiami unicamente a quelli assolutamente essenziali.

¹ Che si diano dei limiti alla regolazione stessa, a salvaguardia dell’autonormazione della società, a mezzo di regole sue proprie, comunque diverse da quelle eteroprodotte (da parte dello Stato come pure di altri enti), è ormai provato; resta, nondimeno, assai problematico stabilire, con sufficiente precisione di ordine teorico-ricostruttivo, dove passa la linea divisoria che separa l’uno dall’altro ambito di esperienza, vale a dire in buona sostanza fin dove può spingersi la seconda specie di normazione senza soffocare la vocazione naturale della prima alla propria affermazione e tutela. Su tutto ciò, rammento qui solo l’indagine, ormai risalente ma ugualmente dotata di perdurante interesse teorico, di V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell’Italia repubblicana*, Cedam, Padova 1995.

² Avverto di fare qui utilizzo del termine “fatto” in larga accezione, fino a comprendere in esso il “contesto” entro cui vengono alla luce talune esperienze di varia natura, economica, sociale, politica. La precisazione mi parrebbe doverosa, specie per il taglio prescelto per questa analisi che si volge specificamente alla osservazione del rilievo assunto dal “fatto” stesso nel corso delle esperienze della giustizia costituzionale. In queste ultime – come si sa – il “fatto” è sovente inteso come sinonimo del “caso”, della vicenda di vita, col groviglio di interessi contrapposti che assai di frequente ne segnano lo svolgimento, a base dell’attivazione del giudizio di costituzionalità. Qui, non si fa dunque riferimento unicamente al caso stesso ma, più ancora, al contesto in cui esso s’inscrive e giunge a maturazione [sul “contesto” ed altre figure affini,

Di tutto ciò, naturalmente, qui non può dirsi (non dico con la dovuta estensione e il necessario approfondimento ma) neppure per grandi linee; ciononostante, è doveroso non perdere di vista la circostanza per cui il problema del limite di sopportabilità dei sacrifici imposti ai diritti dalla crisi economica, al fine di essere opportunamente inquadrato e fatto oggetto di esame, s'inscrive entro una cornice teorica molto più larga, i cui lineamenti complessivi richiedono di essere costantemente tenuti presenti al momento in cui si pongono i termini del problema stesso e si tenta di avviarlo a soluzione³.

Muovo dall'assunto del carattere assai complesso della relazione tra fatto e diritto.

Se n'è detto – come si sa – *ab antiquo* e in molti modi, pervenendosi, a seconda degli indirizzi metodico-teorici, ad esiti ricostruttivi di vario segno, persino frontalmente contrapposti. Riprendo qui, con ulteriori svolgimenti, una tesi che mi sono sforzato in altri luoghi di argomentare⁴, secondo la quale tra i termini della relazione in parola si dà, sì, *distinzione* ma anche, perlomeno fino ad un certo punto o in una certa misura, *integrazione* (non già, come invece da parte di molti si pensa, *separazione* o, peggio, *contrapposizione*) e *mutua alimentazione*, dal momento che essi si fanno reciprocamente, continuamente rimando, concorrendo alla loro stessa incessante riconformazione strutturale. Insomma, *il fatto fa il diritto, così come il diritto fa il fatto*⁵: un “fare” certamente non in modo esclusivo e determinante, al punto da farsi assorbire l'uno termine della relazione dall'altro. Che però ci sia appunto un “concorso”, sia pure non astrattamente quantificabile e nondimeno corposo, in siffatta opera di reciproca ed incessante ricostruzione mi parrebbe innegabile, secondo quanto peraltro si tenterà di mostrare a breve con esempi.

2. I casi in cui il diritto costituzionale si dispone alla propria riconformazione per il tramite del fatto (esemplificazioni)

v., spec., A. SPADARO, *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss.].

³ Delle sofferte vicende dei diritti in tempi di crisi molto si è detto e – è facile previsione – molto ancora si dirà (se n'è, ancora non molto tempo addietro, discusso in occasione delle V Giornate italo-ispano-brasiliane di diritto costituzionale su *La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale*, Lecce 14-15 settembre 2012, ed *ivi* il mio *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in [questa Rivista](#), 2012 (21 settembre 2012); rammento inoltre M. LUCIANI, *Unità nazionale e struttura economica*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](#), 2011; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012; i contributi che sono in AA.VV., *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. Angelini e M. Benvenuti, Jovene, Napoli 2012 e gli altri che sono in AA.VV., *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, a cura di R. Bifulco e O. Roselli, Giappichelli, Torino 2013, nonché quelli al XXVIII convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, ed *ivi*, part., C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in [www.rivistaaic.it](#), 4/2013. Di quest'ultima, v., inoltre, la relazione alle nostre *Giornate*, dal titolo *Diritti fondamentali e sviluppo sostenibile: un binomio complesso*, in *paper*, con ulteriori, ampî richiami di lett. Inoltre, G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 27 novembre 2013, e gli scritti che sono in *Quad. cost.*, 1/2014, part. quello di A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, 79 ss., del quale v., ora, pure *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in [www.rivistaaic.it](#), 3/2014; A.M. POGGI, *I diritti delle persone. Lo Stato sociale come Repubblica dei diritti e dei doveri*, Mondadori, Milano 2014; S. GAMBINO, *El Estado social y democrático de derecho: desarrollo histórico y conceptual*, *paper* destinato al convegno su *Los derechos económicos y sociales y su exigibilidad en el Estado social y democrático de derecho*, Repubblica Dominicana, 26-29 novembre 2014. Infine, utili indicazioni in molti degli scritti che sono in [www.federalismi.it](#), 19/2014).

⁴ Tra gli altri miei scritti in cui ne ho variamente discusso, v. *Costituzione scritta e diritto costituzionale non scritto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012.

⁵ Ancora da ultimo, la indistinzione del diritto dal fatto è stata argomentata da R. BIN, *Il fatto nel diritto costituzionale*, bozza di relaz. al Convegno AIC di Catanzaro del 17-18 ottobre 2014 su *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, in [www.rivistaaic.it](#), 4/2014, a cui opinione “nell'interpretazione i due piani si confondono e non si possono ricreare le fonti degli uni separandole dalle fonti degli altri” (§ 6), aggiungendo che “la separazione del ‘diritto’ dai fatti è un'utopia infelice” (§ 7).

Il punto – come si dirà a momenti – è di grande rilievo, anche con specifico riguardo alla questione qui discussa (ma, a mia opinione, in generale).

Si danno, nondimeno, dei casi in cui la misura dell'apporto dato dal fatto alla conformazione del diritto è di particolare importanza e singolare evidenza. È vero che è lo stesso diritto – e, per ciò che qui maggiormente importa, il diritto costituzionale – a disporre talora in tal senso, a rendersi cioè disponibile alla propria riconformazione per il tramite del fatto⁶; ciò che, ad ogni buon conto, importa è che siffatta riconformazione si abbia.

Faccio solo un paio di esempi al riguardo, uno dei quali specificamente riguardante i diritti, che testimoniano in modo eloquente la sussunzione del fatto ad opera di norme che fanno ad esso rinvio e che, perciò, si riempiono di contenuti attingendo al fatto stesso, così commutatosi in parametro.

Si pensi dunque ai presupposti fattuali dell'adozione dei decreti-legge, la quale si rende – come si sa – possibile unicamente al ricorrere di “casi straordinari di necessità e di urgenza” (art. 77 cost.); ed è sempre (e solo) in casi “eccezionali” di necessità ed urgenza, “indicati tassativamente dalla legge” (art. 13), che si giustifica l'adozione di provvedimenti limitativi della libertà personale da parte dell'autorità di pubblica sicurezza, non preceduti da atto motivato dell'autorità giudiziaria che disponga in tal senso⁷.

La differenza tra i due casi non è, invero, di poco conto, dal momento che solo nel secondo si ha un'esplicita individuazione normativa del “fatto”, invece assente nel primo. In entrambi tuttavia il fatto ha modo di farsi diritto, cioè di *fare* il diritto, assurgendo a parametro di atti e comportamenti riguardati dal disposto costituzionale⁸.

Si danno poi altri casi in cui il rinvio da parte della norma al fatto non è testuale, pur avendosene ugualmente riscontro, ad opera sia della comune dottrina e sia pure – ciò che ancora di più importa – della giurisprudenza, laddove cioè il diritto vigente si fa diritto vivente.

Così, ad es., per ciò che attiene al rilievo della “tradizione”, una tradizione che è a un tempo normativa e fattuale, in ordine alla definizione costituzionale di “famiglia”, quale “società naturale

⁶ Ovviamente, non ci si cura qui dei casi in cui il diritto non vuol aprirsi al fatto e, ciò nonostante, è obbligato a soggiacervi, fino ad esserne, in talune circostanze, travolto. L'esperienza più emblematica è data – come si sa – dal sovvertimento dell'ordine costituzionale conseguente all'avvento di un nuovo potere costituente.

⁷ È vero che la legge parrebbe avere carta bianca in ordine alla individuazione dei casi in parola; il dettato costituzionale tuttavia ne circoscrive l'area unicamente a quelli, *in sé e per sé*, “eccezionali di necessità e di urgenza”. La previsione legislativa rimane dunque per sua natura soggetta ad un sindacato di ragionevolezza, *sub specie* della congruità della norma al fatto; un fatto perciò che, pur nella non trascurabile estensione del campo di cui il legislatore al riguardo dispone, è naturalmente portato a farsi parametro. La qual cosa si rende nondimeno possibile perché così statuisce la norma costituzionale.

⁸ Non importa in questa sede tornare a riflettere criticamente sulla circostanza (che ha invero fatto molto discutere: variamente, e tra gli altri, A. RAUTI, *La giurisprudenza costituzionale in tema di decreti-legge ed i suoi problematici riflessi sulla forma di governo*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a mia cura, ESI, Napoli 2006, spec. 63 ss.; R. DI MARIA, *La vis espansiva del Governo nei confronti del Parlamento: alcune tracce della eclissi dello Stato legislativo parlamentare nel “ruolo” degli atti aventi forza di legge*, in *Osservatorio sulle fonti 2008. La legge parlamentare oggi*, a cura di P. Caretti, Giappichelli, Torino 2010, 154 ss., spec. 163 ss.; C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, in *Dir. pubbl.*, 2/2009, 317 ss.; R. DICKMANN, *Decreti legge e sindacato dei presupposti di costituzionalità: forse la Corte costituzionale non ha ragione ...*, in www.federalismi.it, 13/2011; G. MONACO, “Necessità e urgenza” del decreto-legge: alcune precisazioni della Corte dopo la “storica” sentenza n. 171/2007, in AA.VV., *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, a cura di M. Cartabia - E. Lamarque - P. Tanzarella, Giappichelli, Torino 2011, 387 ss.; altri riferimenti nei contributi che ora sono in *Focus Fonti del diritto*, 1/2014, in www.federalismi.it e, da ultimo, in A. SIMONCINI - E. LONGO, *Dal decreto-legge alla legge di conversione: dal controllo potenziale al sindacato effettivo di costituzionalità*, in www.rivistaaic.it, 3/2014) per cui, a dire della giurisprudenza costituzionale, i decreti-legge sarebbero invalidi unicamente in caso di “evidente mancanza” dei presupposti fattuali giustificativi della loro adozione, non pure laddove siffatta mancanza ugualmente vi sia, ancorché non risulti “evidente”. La qual cosa poi sta a significare che l'annullamento sarebbe possibile unicamente laddove la violazione costituzionale sia appunto “evidente”. Si trascura, però, in tal modo il dato di comune acquisizione secondo cui la Corte è stata istituita allo scopo di pronunziarsi non già (o non tanto) sui casi di certa, “evidente”, offesa alla Carta bensì, all'inverso, proprio su quelli dubbi, risolvendo le “controversie” – come testualmente si dice all'art. 134 cost. – relative alla legittimità costituzionale delle leggi [così, nel mio *La Corte costituzionale davanti alla politica (nota minima su una questione controversa, rivista attraverso taluni frammenti della giurisprudenza in tema di fonti)*, in *Percorsi costituzionali*, 2-3/2010, 41 s.].

fondata sul matrimonio” (art. 29): laddove l’aggettivo “naturale” – ha chiarito [Corte cost. n. 138 del 2010](#) – non va riferito a norme metapositive (di diritto naturale, appunto) bensì ad una “consolidata ed ultramillenaria tradizione”⁹ che vede il matrimonio connotato all’insegna del paradigma eterosessuale dei coniugi.

Molti altri esempi, poi, potrebbero farsi per ciò che attiene alle vicende della normazione: così, per ciò che fa capo alla linea divisoria delle competenze delle leggi di Stato e Regione, individuata in buona sostanza guardando alla *natura degli interessi* oggetto di regolazione, al di là di ogni diversa indicazione al riguardo data in Costituzione¹⁰. Proprio qui, infatti, il peso della crisi – come si dirà meglio a momenti – si è fatto in corposa misura avvertire, incidendo sulla qualificazione della natura suddetta e portando al transito, in modo massiccio, di materie o settori di materie (ma, in realtà, appunto, di fasci di interessi) dalle Regioni allo Stato, col conseguente sacrificio delle istanze facenti capo al valore di autonomia.

3. Il vizio metodico commesso da quella giurisprudenza che ritiene essere il fatto un prius indisponibile dalle norme, come tale idoneo ad essere in ogni caso sussunto entro il parametro costituzionale, ovvero sia il paradosso della omessa o cattiva regolazione legislativa innaturalmente innalzata a parametro delle norme sottoposte a giudizio di costituzionalità (l’esempio del sovraffollamento carcerario)

Ora, ferma restando l’attitudine del fatto a porsi a parametro, ci si deve chiedere se il fatto sia da considerare un *prius* sempre e comunque indisponibile dalle norme ovvero se queste ultime possano (e persino debbano) incidere sul fatto stesso.

La questione è complessa. Si dà tuttavia un’indicazione normativa, per vero di problematica lettura, idonea ad orientare nel verso giusto la risposta ad un sì impegnativo e, per certi versi, inquietante quesito; un’indicazione particolarmente attendibile, in quanto proveniente da uno dei principi fondamentali della Carta costituzionale, un principio che però non si ritrova, perlomeno nei medesimi termini in cui è espresso dalla nostra Carta, presso altre Carte. La qual cosa dimostra che alla questione qui discussa non è detto che si possa dare una soluzione dotata di generale valenza, restando la ricostruzione qui proposta specificamente legata al nostro ordinamento, pur esprimendo essa una marcata vocazione a portarsi oltre di esso¹¹.

Mi riferisco al principio di eguaglianza, comunemente inteso in senso sia formale che sostanziale¹². Un principio al quale – come si sa – si è ancorato il sindacato di costituzionalità delle leggi secondo ragionevolezza, la quale, in una delle sue più qualificanti espressioni, richiede la conformità della norma al fatto e, perciò, discipline positive differenziate per fatti parimenti diversi¹³. Solo che, al tempo stesso in cui la norma deve risultare adeguata al fatto, è sollecitata, dal principio di eguaglianza (specie nella sua versione sostanziale), nel suo fare sistema col principio del riconoscimento dei diritti inviolabili e dei doveri inderogabili di solidarietà, nonché coi principi fondamentali restanti, ad operare per la trasformazione del fatto stesso, *secondo valore*.

⁹ Il giudice delle leggi qui riprende testualmente una espressione già presente negli atti introduttivi del giudizio di costituzionalità.

¹⁰ Così, la tipizzazione delle leggi di Stato e Regione relative a materie di potestà concorrente che, secondo la Carta, avrebbe dovuto aversi facendo riferimento alla *struttura* delle disposizioni normative (le une leggi essendo abilitate a porre i “principi fondamentali” delle materie, le altre le statuizioni di dettaglio), si è invece avuta guardando agli *interessi* in gioco, a seconda cioè che essi fossero (e siano) considerati “nazionali” (o, addirittura, “sovranazionali”) ovvero “regionali” (e locali in genere).

¹¹ Per quest’aspetto, mi parrebbe essere assai promettente l’opportunità offerta dalle nostre *Giornate* per verificare se (e fino a che punto) la questione da me discussa possa ricevere una eco più o meno fedele altresì presso ordinamenti diversi da quello italiano.

¹² Con specifico riguardo al secondo significato, riferimenti, di recente, in Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Il Mulino, Bologna 2013.

¹³ Riferimenti alla ragionevolezza ed alle forme del suo giuridico rilievo nei giudizi di costituzionalità possono, volendo, aversi da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, Giappichelli, Torino 2014, 115 ss.

Le norme hanno nel fatto la ragione della loro venuta alla luce e perdurante vigenza; e, però, il fatto non è come un sole immoto da cui prendono luce i pianeti che gli ruotano attorno. Non è, insomma, un dato di esperienza che si fa parametro e che esprime la irresistibile vocazione a durare immutato *usque ad aeternitatem*. L'esperienza ha infatti al proprio interno le spinte che operano per il suo rinnovamento ma può (e deve) altresì ricevere spinte ulteriori proprio dalle norme. Fatti e norme – come si vede – si ricaricano senza sosta a vicenda, si giustificano, compongono un corpo unitario e, proprio in siffatto loro modo di essere, fanno e rifanno incessantemente il parametro costituzionale¹⁴.

Ora, non è purtroppo raro riscontrare, specie nella giurisprudenza costituzionale, orientamenti che risultano affetti da un vizio di origine, di carattere metodico, per ciò che attiene al modo con cui fatti e norme si pongono gli uni davanti alle altre e acquistano rilievo nei giudizi di costituzionalità. Un vizio che porta ad una squilibrata composizione degli elementi suddetti e, perciò, ad una complessiva deformazione sia del parametro che dell'oggetto dei giudizi stessi¹⁵.

Tutto ciò si vede con singolare evidenza proprio nei giudizi espressi in tempi di crisi e, ulteriormente specificando, per quelli che riguardano i diritti sociali.

Non poche volte, la Corte dà l'impressione di considerare lo stato di fatto¹⁶ come un dato in buona sostanza non rimuovibile, che sovrasta il legislatore e – ciò che più importa – lo stesso giudice, un dato che perciò tutti e tutto condiziona, tracciando il percorso e, a conti fatti, determinando l'esito del giudizio. Il fatto, in buona sostanza, riempie per intero il parametro, non lasciando spazio per l'inserimento in quest'ultimo di altri elementi pur astrattamente idonei a darne la connotazione complessiva. In realtà, a fare il parametro è, sì, il fatto ma anche, allo stesso tempo, il diritto che resti inerte ed alzi le mani in segno di resa davanti ad esso, non operando per la sua profonda, doverosa trasformazione, all'insegna dei valori fondamentali positivizzati, secondo quanto si vedrà meglio subito appresso. La qual cosa, poi, per la sua parte, dà ulteriore conferma del congiunto ed inscindibile apporto offerto al parametro da materiali fattuali e normativi, tutti assieme componendo quella che altrove si è chiamata la "situazione normativa". Trovo nondimeno singolare (e, a dirla tutta, francamente paradossale) che si possa non di rado innalzare a parametro indiscusso, assiomaticamente assunto, dei giudizi di costituzionalità un *mix* di fatto e diritto alla cui composizione un ruolo di centrale rilievo gioca la perdurante, acclarata, grave omissione del legislatore che – come si è venuti dicendo – sostanzialmente determina la conformazione del fatto. In tal modo, il legislatore colpevolmente inerte si fa, a conti fatti, giudice di... *se stesso*, il fatto risultante dalle omesse o cattive regolazioni legislative ponendosi a parametro delle discipline sottoposte a giudizio.¹⁷

Il ragionamento che, insomma, si fa (perlomeno quello che fa non di rado il giudice delle leggi), in parole povere, è il seguente. La crisi è quella che è; i diritti (specie quelli maggiormente costosi¹⁸)

¹⁴ Ho fatto oggetto di studio questa dinamica che vede a un tempo coinvolti fatti, norme e valori in più luoghi di riflessione scientifica, tra i quali *Fatti e norme nei giudizi sulle leggi e le "metamorfosi" dei criteri ordinatori delle fonti*, Giappichelli, Torino 1994.

¹⁵ Raguagli a riguardo del modo con cui il fatto acquista rilievo nelle esperienze della giustizia costituzionale, specie per ciò che attiene ai modi con cui integra il parametro, possono aversi dallo scritto sopra cit. di A. RUGGERI - A. SPADARO, 75 ss. Quanto, poi, al modo con cui il fatto è presente nella struttura delle decisioni della Corte costituzionale, v. M. AINIS, *La "motivazione in fatto" della sentenza costituzionale*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, 167 ss.

¹⁶ ... e, specificamente, come si è sopra precisato, il contesto in cui s'inscrive il caso.

¹⁷ È chiaro che non si discorre qui di fenomeni, quali le calamità naturali, che sfuggono al controllo dell'uomo, per quanto gli effetti da esse prodotti possano talora essere quanto meno arginati, se non pure prevenuti a mezzo di oculati interventi allo scopo posti in essere. Altro è, ad es., ciò che vale in merito ai terremoti, ad oggi non prevedibili, ed altro ancora per le alluvioni che tristemente – come si sa – si ripetono, specie in talune zone geografiche, e che potrebbero essere prevenute da un'adeguata politica di riassetto dei territori. Un'incidenza di primo piano va, dunque, assegnata allo sviluppo scientifico e tecnologico. Si discorre, perciò, di fenomeni che potrebbero per intero soggiacere alla regolazione del diritto, incoraggiata e guidata dalla scienza, e che devono la loro esistenza proprio alla mancanza ovvero alla cattiva fattura della regolazione stessa.

¹⁸ Che tutti i diritti presentino un costo è ormai provato; ancora prima, risulta in crisi la stessa distinzione usuale dei diritti in "sociali" e non, una distinzione che, per un verso, parrebbe essere mantenuta e però, per un altro, superata dal disposto di cui all'art. 117, II c., lett. m), che discorre di "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e

sono costretti a prenderne atto ed a sopportarne le conseguenze, in ordine alla (misura della) loro effettiva tutela¹⁹.

Molti esempi possono farsi a riprova di quest'assunto. Ne farò uno soltanto, che mi sta particolarmente a cuore.

Riconsideriamo l'annosa questione della condizione dei detenuti nelle carceri, specie per effetto del loro sovraffollamento.

Qual è il percorso argomentativo compiuto al riguardo dalla giurisprudenza costituzionale nella [sent. n. 279 del 2013](#)?²⁰

Ebbene, la Corte nulla fa per tacere la condizione degradante, lesiva della dignità delle persone detenute, che consegue al modo complessivo di essere delle strutture carcerarie. Fa proprio in tutto e per tutto l'indirizzo della Corte di Strasburgo che – come si sa – ha severamente condannato il nostro Paese, responsabile di siffatta condizione. La tecnica decisoria messa in atto, però, è di rigetto per inammissibilità, non già di accoglimento, magari nella forma *soft* dell'additiva di principio, peraltro utilizzata sia nella decisione immediatamente precedente, la [n. 278](#), relativa al diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche, e sia pure in altri casi ancora, specificamente riguardanti i diritti fondamentali (e, a conti fatti, coinvolgenti la dignità delle persone), quali quelli di cui alle [sentt. nn. 162 e 170 del 2014](#) (rispettivamente aventi ad oggetto l'illegittimo divieto di ricorso alla fecondazione eterologa e lo scioglimento automatico del matrimonio per effetto del mutamento di sesso di uno dei coniugi), ai quali si farà cenno tra non molto.

Il ragionamento compiuto dalla Corte, in occasione della vicenda processuale riguardante il sovraffollamento carcerario, non è, peraltro, affatto isolato; anzi, rispecchia un diffuso sentire anche in seno alla più sensibile ed avvertita dottrina, come pure tra gli operatori istituzionali; e non è, dunque, casuale che lo stesso Presidente della Repubblica abbia assunto una ferma iniziativa al

sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”, demandandone la determinazione in modo esclusivo alle leggi dello Stato (mantenuta, in specie, nella menzione dei tipi di diritti, superata nel riferimento al loro comune bisogno di prestazioni). L'ambiguità della formula relativa ai “diritti sociali” è, tra gli altri, rilevata da A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in [www.rivistaaic.it](#), 4/2011. Più di recente, ne hanno ampiamente discusso AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, a cura di E. Cavasino - G. Scala - G. Verde, Editoriale Scientifica, Napoli 2013.

¹⁹ Su ciò, ora, gli argomentati rilievi critici di C. SALAZAR, *Diritti fondamentali e sviluppo sostenibile*, cit.

²⁰ Tra i suoi molti commenti, E. MALFATTI, “*Oltre le apparenze*”: *Corte costituzionale e Corte di Strasburgo “sintoniche” sull’(in)effettività dei diritti dei detenuti in carcere*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 16 dicembre 2013; R. BASILE, *Il sovraffollamento carcerario: una problematica decisione di inammissibilità della Corte costituzionale (sent. n. 279/2013)*, in [questa Rivista](#), 2014 (20 febbraio 2014); pure *ivi*, G. SORRENTI, *La densità delle carceri: dalle condanne della Corte EDU alla decisione della Corte costituzionale, fino al “seguito” legislativo interno* (6 marzo 2014) e, già, volendo il mio *Ancora una decisione d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata (nota minima a Corte cost. n. 279 del 2013, in tema di sovraffollamento carcerario)*, 27 novembre 2013. Inoltre, A. PUGIOTTO, *L'Urlo di Munch della magistratura di sorveglianza (statuto costituzionale della pena e sovraffollamento carcerario)*, in [www.penalecontemporaneo.it](#), 9 marzo 2014; C. NARDOCCI, *Il principio rieducativo della pena e la dignità del detenuto: prime risposte tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. Riflessioni a margine di Corte cost. n. 279 del 2013*, in [www.rivistaaic.it](#), 1/2014; L. UCCELLO BARRETTA, *Il sovraffollamento carcerario tra protezione dei diritti fondamentali e discrezionalità legislativa (nota a Corte cost. n. 279/2013)*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](#), Osservatorio costituzionale, 1/2014; E. FRONTONI, *Il sovraffollamento carcerario tra Corte EDU e Corte costituzionale*, in [www.federalismi.it](#), 9/2014. In argomento, dallo specifico punto di vista del diritto penale, A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale. I decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014*, Giappichelli, Torino 2014, e, della stessa, ora, *Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014*, in [www.penalecontemporaneo.it](#), 13 ottobre 2014 e, pure *ivi*, V. MANCA, *Ricadute della sentenza Torreggiani sulla scena internazionale: i giudici inglesi denunciano il rischio di trattamenti inumani e degradanti nelle carceri italiane*, 7 ottobre 2014. Altri riferimenti negli interventi al Seminario organizzato dall'AIC su *Il significato della pena. A un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Roma 30 maggio 2014; in particolare, v. i contributi di G. SILVESTRI, *La dignità umana dentro le mura del carcere*; I. NICOTRA, *Pena e reinserimento sociale*, e A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, tutti in [www.rivistaaic.it](#), 2/2014. Infine, i contributi al Convegno su *Sovraffollamento carcerario e alternative alla detenzione: esperienze europee a confronto. Dialogo tra Italia, Belgio, Francia, Polonia, Romania e Spagna*, svoltosi il 16 ottobre 2014 presso l'Università di Milano, e M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*², Editoriale Scientifica, Napoli 2014.

riguardo, sollecitando le forze politiche e gli organi d'indirizzo in cui esse si incarnano ad attivarsi senza indugio per porre fine a siffatto stato di cose non oltre modo tollerabile²¹.

Se le carceri sono quelle che sono, i processi durano a lungo e, insomma, lo stato di fatto è quello che è sotto gli occhi di tutti, ecco che il legislatore – si dice da parte di molti, con stanco *refrain* – deve adottare tutte le misure adeguate a farvi fronte, ad es. introducendo misure alternative alla detenzione in carcere, varando amnistie (specie per i reati meno gravi) e quant'altro possa giovare allo scopo. Misure – come si vede – fatte per tamponare una falla che si fa sempre più larga; misure che però capovolgono l'ordine giusto delle cose, che è invece quello di fare processi celeri (al fine di ridurre al massimo i tempi della detenzione in attesa di giudizio) e, soprattutto, carceri a misura d'uomo, in cui sia salvaguardato come si deve un bene che da noi sembra essere ormai divenuto un autentico miraggio, la certezza della pena.

Il fatto – come si vede – va profondamente ed urgentemente innovato e, se possibile, definitivamente rimosso e sostituito da altro fatto finalmente appieno rispettoso della Carta costituzionale²²; il giudizio di costituzionalità, tuttavia, per l'intanto (e chissà per quanto tempo ancora...), si trova obbligato ad adeguarsi al fatto e, perciò, a far salva una disciplina positiva palesemente carente, non solo non aggressiva ma anzi in tutto arrendevole nei riguardi del fatto stesso e – ciò che più importa – gravemente offensiva del bene indisponibile della dignità²³. È vero che la Corte chiude il suo ragionamento con un fermo monito indirizzato al legislatore a rimuovere lo stato di cose, minacciando in caso contrario di poter, alla prima occasione utile, convertire il verdetto odierno di assoluzione “condizionata” della legge in una severa condanna. Dà, insomma, tempo e credito al legislatore; sta di fatto, tuttavia, che la condanna per l'intanto non si ha e il fatto resta – in tutta la sua crudezza, mostruosità, frontale contrapposizione ai principi fondamentali della Carta – parametro.

Non è una novità. Già oltre trent'anni addietro, in presenza di altra emergenza, non dovuta a cause di natura economica ma al terrorismo rosso, la Corte ha fatto – come si sa – salva (con [sent. n. 15 del 1982](#)) una disciplina legislativa che dilatava in modo abnorme, qui pure mostruoso, i termini massimi della carcerazione per soggetti in attesa di giudizio, non trattenendosi nondimeno dal dichiarare che le misure varate dal legislatore, pudicamente definite come “insolite” e non già incostituzionali (o, forse, più ancora, “anticostituzionali”²⁴), venivano mandate “assolte” proprio perché giustificate dallo

²¹ La risposta fin qui data dal legislatore appare tuttavia essere palesemente inadeguata: meno delle cure palliative che si danno ai malati terminali.

²² ... e delle altre Carte, quale quella dell'Unione e la CEDU, che armonicamente si saldano, facendosi forza a vicenda, a quella costituzionale in fatto di salvaguardia della dignità.

²³ Tale, perlomeno, da molti di noi considerato. Ha, dunque, ragione chi (come M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss.; precisazioni sul punto, ora, anche in P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2014, 315 ss., e F. FERRARO, *Lo spazio giuridico europeo tra sovranità e diritti fondamentali. Democrazia, valori e rule of law nell'Unione al tempo della crisi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, 113 ss.) dichiara essere la stessa dignità soggetta a bilanciamento, nel senso però del materiale accadimento di siffatta eventualità, non pure della sua liceità. La tesi, in altri termini, sembra confondere modello ed esperienza, offrendo un inammissibile avallo teorico, reso ancora più consistente dall'autorevolezza della dottrina che lo patrocina, ad un “esistente” invece frontalmente contrapposto alla Carta ed ai suoi valori, una Carta – non si dimentichi – che ha proprio nella centralità della persona umana la sua ragion d'essere. E quale salvaguardia della persona può mai esservi laddove si smarrisca proprio il tratto identificativo della *humanitas* dei soggetti?

²⁴ Riprendo qui una distinzione proposta da A. SPADARO, in più luoghi, a partire da *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss., a riguardo dei “gradi” delle violazioni possibili della Carta costituzionale. Una distinzione alla quale a me pare che, in buona sostanza, corrisponda quella tra un' *invalidità in senso debole* (per i casi di mera “incostituzionalità”) ed una *in senso forte* (per quelli di “anticostituzionalità”) o, diciamo pure, tra annullabilità e nullità-inesistenza delle norme, a seconda che siano affette da questa o quella specie di vizio. Una distinzione che, in punto di astratto diritto, mi parrebbe teoricamente difendibile e che, tuttavia, si presenta poi, nelle sue concrete applicazioni, estremamente scivolosa ed incerta. La qual cosa può invero spiegare, se non pure giustificare, l'orientamento tenuto dalla giurisprudenza, complessivamente favorevole ad attrarre a sé ogni specie di violazione della Costituzione, dotandosi altrimenti gli operatori (e, segnatamente, i giudici) di un potere eccessivo in ordine al riconoscimento delle singole specie di vizio, tanto più se si considera che delle leggi giudicate affette da radicale nullità

stato di emergenza, non potendosi però considerare “valide” una volta cessato lo stato stesso. Come dire che, non riuscendosi a fare i processi in tempi brevi, comunque “ragionevoli”, non era possibile far altro che tenere in vigore norme palesemente incostituzionali (e tali, a conti fatti, riconosciute dalla stessa Corte, tanto da doversi far carico il legislatore della loro pronta rimozione, una volta cessata l'emergenza).

Dobbiamo tuttavia chiederci se le cose stavano davvero così come sono state rappresentate dal giudice delle leggi.

L'ordine giusto delle cose – come si è sopra veduto – avrebbe dovuto essere piuttosto ribaltato su se stesso, facendosi obbligo al legislatore di apprestare le misure normative idonee ad assicurare un celere svolgimento dei processi, senza costringere soggetti presuntivamente innocenti (molti dei quali, poi, riconosciuti tali) a restare in carcere per un tempo irragionevolmente lungo.

Questa vicenda insegna molte cose, sopra ogni altra che lo stato di fatto può (e deve) essere dalle norme innovato, in modo conforme a Costituzione, che non è insomma una sorta di *totem* ai piedi dei quali si dispongono quindi, in cieca adorazione (e, comunque, in posizione servile), le norme stesse.

La giurisprudenza, per vero, di ciò mostra talora di essere consapevole; solo che tiene in molti casi un atteggiamento “giustificazionista” di un esistente, normativo e fattuale, non tollerabile, che tuttavia, malgrado la sua difformità rispetto alla Costituzione, riesce ugualmente a farsi parametro, mandando spesso assolta una disciplina legislativa che meriterebbe piuttosto di essere caducata; tanto più laddove, come nei casi di detenzione irragionevolmente prolungata o in condizioni degradanti, risulti offeso un bene primario indisponibile, qual è la dignità della persona umana.

Va, nondimeno, avvertito che talora la domanda di giustizia è formulata in modo tale da non lasciare scampo al giudice costituzionale, obbligato a respingerla al fine di non superare i limiti che gli sono propri (in ispecie, quello del rispetto della pur opaca e persino evanescente nozione di discrezionalità del legislatore). Eppure questa spiegazione, che lo stesso giudice non di rado espressamente enuncia, come si tenterà di mostrare meglio a momenti, non sembra francamente essere irresistibile, perlomeno in non pochi casi, secondo quanto peraltro dimostra la stessa giurisprudenza che, in non dissimili congiunture, fa uso di tecniche decisorie alternative²⁵, dando così conferma di un dato elementare frequentemente rilevato, vale a dire che, *quando la Corte vuol decidere, decide; e lo fa a piacimento, in questo o quel modo*²⁶.

4. I bilanciamenti possibili e quelli impossibili tra norme sulla normazione e norme sui diritti, ovverosia i sacrifici imposti a questi ultimi, attraverso la compressione dell'autonomia regionale

Un terreno sul quale si hanno numerose, probanti testimonianze dei sacrifici imposti ai diritti in tempi di crisi è quello al quale prendono corpo ed hanno svolgimento le vicende dell'autonomia territoriale in genere e regionale in ispecie²⁷.

potrebbe farsi immediata disapplicazione, diversamente da quelle meramente annullabili, come tali bisognose di essere portate alla cognizione del giudice costituzionale.

²⁵ Così, la condizione della coppia di persone conviventi dello stesso sesso è stata giudicata meritevole di tutela ad opera del legislatore, sia pure in forme diverse da quelle che connotano il regime costituzionale di famiglia ([sent. n. 138 del 2010](#)); e lo stesso si è detto nella [sent. n. 170 del 2014](#), sopra già richiamata, con riguardo alla coppia composta da *ex coniugi* uno dei quali abbia in costanza di matrimonio mutato sesso. Nel primo caso, però, la sentenza è stata di rigetto con monito, nel secondo un'additiva di principio.

²⁶ Ne ho, ancora non molto tempo addietro, trattato nel mio [Gli “effetti politici” delle sentenze della Corte costituzionale emesse in occasione dei giudizi sulle leggi](#), in [questa Rivista](#), 2014 (2 giugno 2014). Fanno ora il punto sulle principali linee di tendenza della giurisprudenza costituzionale dell'ultimo ventennio G. D'AMICO e D. TEGA, *1993-2013: la Corte costituzionale tra giurisdizione e politica*, in AA.VV., *Interpreti e interpretazioni della Costituzione nel periodo 1993/2013*, a cura di M. Cavino e S. Sicardi, di prossima pubblicazione per i tipi de Il Mulino.

²⁷ Per un recente, chiaro quadro di sintesi, C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit.; inoltre, S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere*, in [www.rivistaaic.it](#), 4/2013; G.G. CARBONI, *Lo Stato regionale al tempo del rigore finanziario*, in [www.rivistaaic.it](#), 2/2014; F. BILANCIA, *Spending review e pareggio di bilancio. Cosa rimane dell'autonomia locale?*, in [www.astrid-online.it](#), 17/2014.

La ragione di questo intreccio tra autonomia e diritti è presto detta²⁸. È risaputo che il contenzioso Stato-Regioni, a partire dalla riforma costituzionale del Titolo V operata nel 2001, è cresciuto rispetto al passato in modo esponenziale e si è ormai attestato a livelli stabilmente elevati²⁹. La giurisprudenza si presenta al proprio interno assai variegata e mostra di voler percorrere itinerari non sempre convergenti e caratterizzati da uniformità di tendenze. Volendo tuttavia, in estrema sintesi, indicare la nota dominante, maggiormente ricorrente, questa sembra essere nel segno di una vistosa contrazione dell'autonomia, a fronte di un parimenti vistoso, marcato orientamento alla omologazione delle discipline positive, obbligate ad uniformarsi ai vincoli stringenti posti dalle leggi dello Stato, le quali poi subiscono, a loro volta, i vincoli provenienti *ab extra*, e segnatamente dall'Unione europea e dalla Comunità internazionale³⁰.

Ora, il sacrificio dell'autonomia ridonda naturalmente in sacrificio per i diritti e, in genere, i bisogni più diffusamente ed intensamente avvertiti in seno alla comunità stanziata sul territorio. Perlomeno, così è (o dovrebbe essere) *secondo modello*, ove si convenga che l'autonomia è stata pensata appunto in funzione dell'ottimale appagamento dei diritti e dei bisogni stessi³¹; che poi così non sia stato, e non sia, per diversi ambiti materiali e territori regionali, a motivo di alcune acclerate e gravi carenze esibite dalle Regioni, è un discorso che rimanda ad analisi estremamente particolareggiate dell'esperienza, che tuttavia non può qui essere neppure avviato³².

Sta di fatto che non poche volte la Corte mostra di voler anteporre le ragioni della crisi alle ragioni dell'autonomia e dei diritti; altre volte, invece, sacrifica l'autonomia *proprio* in nome dei diritti. Un esempio di quest'ultima specie può vedersi nella [sent. n. 10 del 2010](#), con la quale è stata fatta salva una disciplina statale (che introduceva la c.d. *social card*, a beneficio di categorie di persone particolarmente bisognose), malgrado l'esplicito riconoscimento del suo carattere invasivo di ambito materiale, quello relativo ai servizi sociali, rimesso alla esclusiva coltivazione delle Regioni (analogamente, [sent. n. 121 del 2010](#)). Stranamente, però, non si è ammesso l'inverso, vale a dire l'immissione in via "sussidiaria" delle norme di autonomia negli ambiti di competenza statale,

²⁸ Un'ampia e documentata illustrazione dell'intreccio in parola può ora vedersi nella corposa ricerca di AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli e L. Trucco, Giappichelli, Torino 2014. Al tema è dedicato l'incontro di studio su *L'impatto della crisi sulla tutela dei diritti nelle Regioni. La prospettiva italiana, spagnola ed europea*, Università Lumsa di Roma, 13 novembre 2014.

²⁹ Fanno il punto sullo stato della giurisprudenza in materia, tra gli altri, L. VIOLINI - A. ROVAGNATI, *Rileggendo la giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra Stato e Regioni del 2012*, in *Le Regioni*, 5-6/2012, 957 ss.; AA.VV., *La giustizia costituzionale e il "nuovo" regionalismo*, I, a cura di N. Viceconte, e II, a cura di N. Viceconte - P. Colasante, Giuffrè, Milano 2013; inoltre, i contributi di AA.VV., *Il regionalismo italiano tra giurisprudenza costituzionale e involuzioni legislative dopo la revisione del Titolo V*, Seminario organizzato dall'ISSIRFA, Roma 13 giugno 2013, e i saggi di S. MANGIAMELI, ora riuniti in *Le Regioni italiane tra crisi globale e neocentralismo*, Giuffrè, Milano 2013. Da ultimo, G. D'AMICO - D. TEGA, *1993-2013: la Corte costituzionale tra giurisdizione e politica*, cit., § 4.2, e P. COLASANTE, *La giurisprudenza costituzionale a rilevanza regionale 2013*, in www.issirfa.cnr.it. Infine, i contributi al Convegno su *Il contenzioso Stato-Regioni nella giurisprudenza costituzionale e l'avvenire delle Regioni*, organizzato dal Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria, Perugia 14 novembre 2014. V. pure, utilmente, v. i dati illustrati dal Presidente della Corte costituzionale, G. SILVESTRI, nella sua Relazione relativa alla giurisprudenza dell'anno 2013, in www.cortecostituzionale.it, nonché, ora, il Dossier predisposto dal Servizio studi della Camera dei deputati su *Il riparto delle competenze legislative nel Titolo V. Rassegna della giurisprudenza costituzionale*, n. 216/3 del 29 ottobre 2014.

³⁰ Il punto è stato, ancora di recente, toccato da molti dei contributi al convegno del Gruppo di Pisa su *Il valore delle autonomie: territorio, potere, democrazia*, Bergamo 6-7 giugno 2014, consultabili in www.gruppodipisa.it; adde, ora, B. RANDAZZO, *Una democrazia multilivello. Un possibile raccordo fra Regioni, Stato e Unione europea (a partire dalla giurisprudenza della Corte costituzionale)*, in www.rivistaaic.it, 3/2014, e L. MOLLICA POETA, *L'autonomia degli enti territoriali alla prova della crisi economica: nuovi vincoli ed equilibrio di bilancio*, contributo al III Seminario annuale del Gruppo di Pisa con i dottorandi delle discipline giuspubblicistiche, Università Roma Tre, 18 settembre 2014, in www.gruppodipisa.it.

³¹ Maggiori ragguagli sul punto, di cruciale rilievo, possono, volendo, aversi dai miei *L'autonomia regionale (profili generali)*, cap. II dei *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sicilia*, a cura di A. Ruggeri e G. Verde, Giappichelli, Torino 2012, nonché in www.federalismi.it, 24/2011, e *Unità-indivisibilità dell'ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali*, in [questa Rivista](http://questaRivista), 2011 (6 aprile 2011).

³² Richiamo su ciò, nuovamente, i contributi riuniti in *Diritti e autonomie territoriali*, cit.

neppure quando da esse veniva una tutela dei diritti in atto non apprestata dalle leggi dello Stato ([sentt. nn. 373 del 2010](#) e [325 del 2011](#)).

La Corte, insomma, ora ammette ed ora invece esclude che le norme sulla normazione soggiacciano a “bilanciamento” con le norme sui diritti. Nelle sue più recenti espressioni, la giurisprudenza dà l'impressione di voler sottrarre *in ogni caso* le une norme alla eventualità del loro superamento in nome dei diritti ([sent. n. 39 del 2013](#), ed *ivi* richiamo a [sentt. nn. 148 e 151 del 2012](#))³³. Molto netta è l'affermazione fatta in [sent. n. 99 del 2014](#), laddove la Corte non esita a dire che “anche nel caso di situazioni eccezionali, lo Stato è tenuto a rispettare tale riparto di competenze ed a trovare rimedi che siano con esso compatibili (ad esempio, mediante l'esercizio, in via di sussidiarietà, di funzioni legislative di spettanza regionale, nei limiti ed alle condizioni più volte sottolineate dalla Corte). La Costituzione esclude che una situazione di necessità possa legittimare lo Stato ad esercitare funzioni legislative in modo da sospendere le garanzie costituzionali di autonomia degli enti territoriali, previste, in particolare, dall'art. 117 cost.” (con richiamo alle decisioni del 2012, sopra cit.). Stranamente, però, la Corte dimentica quanto dichiarato poco tempo addietro, in [sent. n. 62 del 2013](#), nella quale è ripreso il punto di diritto enunciato nella [sent. n. 10 del 2010](#), sopra cit., espressamente menzionata.

Tutto ciò, ad ogni buon conto, sul solo piano del riparto interno delle competenze; di contro, sul versante dei rapporti interordinamentali sembra comunque volersi tener fermo il principio della maggior tutela dei diritti, autentica *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali³⁴, dandovi la precedenza rispetto al principio della inderogabilità delle norme sulla normazione. Con specifico riguardo alla condizione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in ambito interno, la Corte ha dichiarato che il principio di cui all'art. 117, I c., cost., che fa obbligo alle leggi di Stato e Regioni di prestare ossequio agli obblighi internazionali (e “comunitari”), soggiace a bilanciamento con altre norme costituzionali, laddove da queste ultime possa aversi una miglior tutela per i diritti e, in genere, gli interessi costituzionalmente protetti (così, particolarmente, [Corte cost. n. 317 del 2009](#), che riprende ed ulteriormente svolge un punto di diritto già accennato in [Corte cost. n. 348 del 2007](#)); un'affermazione, questa, che ha, nondimeno, costituito oggetto di recente di talune importanti precisazioni, sulle quali ad ogni buon conto non giova ora intrattenersi³⁵.

³³ Ha tuttavia fatto notare un profondo conoscitore di queste vicende, G. FALCON, *La crisi e l'ordinamento costituzionale*, in *Le Regioni*, 1-2/2012, 9 ss., con specifico richiamo alla [sent. n. 151 del 2012](#), che “*la crisi non travolge la Costituzione, ma di certo conduce a conformare il significato di molte delle sue disposizioni in modo diverso da quanto prima si riteneva, e da quanto altrimenti sarebbe accaduto*” (12; testuale il c.vo). Sta di fatto che si è assistito alla produzione, per via d'interpretazione, di norme anche radicalmente diverse dal passato. Dire che, in tal modo, non si “travolge” la Costituzione è un apprezzamento nel merito, espressivo di un giudizio di valore, su cui si può invero discutere; la sostanza, ad ogni buon conto, non cambia.

³⁴ Così, nel mio *L'interpretazione conforme e la ricerca del “sistema di sistemi” come problema*, in [www.rivistaaic.it](#), 2/2014, e in altri scritti.

³⁵ Mi riferisco, in particolare, a quanto si dice nella [ordinanza della Corte costituzionale n. 223 del luglio di quest'anno](#), con la quale il giudice delle leggi sembra finalmente accedere ad un punto di vista che mi sono sforzato di rappresentare in altre sedi (tra le quali, [CEDU, diritto “europolitano” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”](#), in [questa Rivista](#), 2013 (9 aprile 2013), § 3, in nt. 26) secondo il quale, nella circostanza, non ricorrono le condizioni per discorrere in modo appropriato del bilanciamento di cui è parola nel testo, dal momento che è la stessa CEDU a voler ritagliare per sé un ruolo meramente “sussidiario” rispetto all'ordinamento interno, dichiarando di voler valere unicamente laddove in quest'ultimo la tutela effettivamente apprestata ai diritti risulti meno intensa ed efficace di quella che è appunto offerta dalla Convenzione. La qual cosa porta naturalmente a concludere nel senso che l'eventuale accantonamento di quest'ultima, in ragione del fatto che la disciplina nazionale si dimostri essere maggiormente appagante per i diritti in gioco, non comporta alcuna violazione della Convenzione stessa e, perciò, di riflesso, dell'art. 117 cost., che vi dà “copertura”. Non è, d'altronde, casuale che nella stessa decisione sopra cit. sia richiamato il disposto di cui all'art. 53 della stessa CEDU, col quale per l'appunto non si acconsente ad applicazioni della Convenzione che comportino un abbassamento del livello della tutela apprestata dalle norme di diritto interno. La questione, nondimeno, si complica non poco ogni qual volta vi sia divergenza di punti di vista e di qualificazioni tra il giudice nazionale e quello europeo circa la norma o il “sistema” di norme su cui si appunta la miglior tutela (ma, a riguardo di quale possa essere lo sbocco di siffatti contrasti, in altri luoghi).

5. *Due cruciali ed irrisolte questioni: la moralizzazione della vita pubblica e la equa redistribuzione della ricchezza, da cui dipende la rigenerazione, in senso costituzionalmente orientato, sia delle norme che dei fatti*

Come si vede, quello che abbiamo oggi sotto gli occhi è un quadro complessivamente molto articolato e, in più punti, appannato, in movimento, dal quale nondimeno – come mi è venuto di dire in altre occasioni³⁶ – parrebbe ricavarsi l'idea, invero singolare e francamente inaccettabile, di una *dignità a scomparsa*, che ora c'è e pretende di farsi fino in fondo valere, ed ora invece non c'è o, diciamo meglio, è costretta a ripiegare davanti ad altri beni della vita giudicati come meritevoli di prioritaria protezione.

Dobbiamo a questo punto chiederci se e fin dove possiamo ammettere che i diritti abbiano a soffrire a motivo della crisi e, più in genere, in presenza di uno stato di fatto, al cui impianto – non si dimentichi – il diritto pur sempre concorre, non tollerabile per Costituzione.

La domanda è da considerare mal posta qualora si muova dall'assunto che il fatto non si può mettere in discussione. Si è però veduto che non è così, e che anzi la Costituzione impone la trasformazione ovvero la rimozione di fatti contrastanti coi principi fondamentali dell'ordinamento, a partire da quelli espressivi di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità).

Qui, acquistano centrale rilievo due spinose questioni, irrisolte e – temo – difficilmente risolvibili, perlomeno in modo pienamente appagante: la *moralizzazione della vita pubblica* e la *equa redistribuzione della ricchezza*³⁷.

Sono due questioni strettamente legate, al punto da non potersi considerare autenticamente indipendenti l'una dall'altra e perciò risolvibili se non in modo congiunto. Non si tratta, come talora in modo improprio si dice, di principi meramente etici; si tratta piuttosto di due esiti obbligati, linearmente discendenti da precisi imperativi costituzionali che attendono ancora di essere portati ad apprezzabili realizzazioni. A conti fatti, sono entrambi la proiezione immediata, più genuinamente espressiva, del principio di fedeltà alla Repubblica, un principio che – è ormai provato – ha molti volti ma una sola essenza, sempre uguale a se stessa, malgrado la varietà delle sue manifestazioni e degli ambiti materiali di applicazione³⁸; ed hanno poi il terreno elettivo in cui si rendono palesi e fanno apprezzare nella solidarietà, in cui sono naturalmente portati a tradursi ed esprimersi. Se ci si pensa, fedeltà alla Repubblica, solidarietà, moralizzazione della vita pubblica, equa distribuzione della ricerca sono, secondo modello costituzionale, chiamati a fare tutt'uno, a risolversi l'una nelle altre e ad immettersi in un circolo ideale in cui si alimentano e sorreggono a vicenda.

Non vorrei sembrare un inguaribile ottimista o, peggio, un ingenuo, nel dichiarare che crisi economica e diritti fondamentali possono trovare un loro equilibrio, tale da non risultare pregiudicata la salvaguardia di questi davanti alle istanze facenti capo a quella, solo nel cerchio in cui si dispongono i principi suddetti, legandosi in “sistema” e dando così senso all'ordinamento sugli stessi fondato.

A tal fine, il primo passo da fare – come si diceva – è quello di imprimere una svolta eticamente orientata ai comportamenti sia individuali che collettivi. Si tratta di un bisogno impellente, intensamente avvertito, che rende palese una mancanza diffusa, a livello di apparato governante così come di società governata. L'idea che siano solo i governanti a doversi profondamente rigenerare all'insegna di un minimo etico ormai – parrebbe – definitivamente smarrito costituisce un alibi esibito da un'opinione pubblica che si compiace di autoassolversi. Il vero è però che il bisogno di palingenesi

³⁶ Ad es., in *Il futuro dei diritti fondamentali: viaggio avventuroso nell'ignoto o ritorno al passato?*, in www.federalismi.it, 4/2013, spec. al § 2.

³⁷ Ne ho già trattato, ma da una prospettiva e per esigenze teorico-ricostruttive diverse da quelle di qui, nel mio *Crisi economica e crisi della Costituzione*, cit., spec. al § 6. Sfiora il primo punto e si sofferma ampiamente ed approfonditamente sul secondo, ora, C. SALAZAR, nella sua relazione alle nostre *Giornate*, cit.

³⁸ Del principio in parola, che non a caso negli ultimi tempi ha risvegliato l'attenzione di alcuni giovani ed impegnati studiosi, trattano A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013, B. DE MARIA, *Etica repubblicana e Costituzione dei doveri*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, e F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014.

non lascia immune alcun angolo, neppure i più reconditi, della comunità organizzata; e basterebbe, a darne eloquente testimonianza, rammentare il tasso incalcolabile di evasione fiscale diffusa, a partire dalle sue microespressioni fino a pervenire a quelle più consistenti e vistose.

La mancata redistribuzione della ricchezza è certamente una delle cause dell'evasione fiscale così come di innumerevoli altri guasti³⁹ che hanno portato ad uno sfilacciamento del tessuto sociale, politico, economico che temo essere problematicamente ricomponibile, un'evasione che tuttavia potrebbe ugualmente aversi pur laddove l'obiettivo della redistribuzione della ricchezza dovesse essere, in misura apprezzabile, centrato. Di questo principio si hanno numerose tracce sparse per l'intera trama dell'articolato costituzionale, una delle più marcate delle quali è data dal concorso cui i componenti il gruppo sociale sono chiamati alle esigenze dell'erario con carattere di progressività (art. 53). Ma è soprattutto il principio della pari dignità sociale, enunciato all'art. 3, che ne dà forse la più emblematica espressione, unitamente al principio dell'adempimento dei doveri di solidarietà e del riconoscimento dei diritti inviolabili (art. 2), il primo dei quali è proprio quello alla salvaguardia della dignità della persona umana quale valore portante l'intero edificio costituzionale.

6. Libertà ed eguaglianza: la coppia assiologica fondamentale, alla luce della quale si misurano ed apprezzano i fatti meritevoli di entrare a comporre il parametro nei giudizi di costituzionalità

La verità è che, ove si ammetta – come anche a mia opinione deve ammettersi – che i principi di cui agli artt. 2 e 3 compongono la coppia assiologica fondamentale dell'ordinamento, i cui termini costitutivi si implicano a vicenda al punto da acquisire significato unicamente appunto nel loro stare assieme⁴⁰, se ne ha che è nella coppia stessa che riposa il *fondamento sia dei “fatti” per come riconformati dalle norme e sia delle norme per come riconformate dai “fatti”*.

L'etica pubblica repubblicana, quale risultante dai valori fondamentali nel loro fare “sistema” e che nel triangolo composto, alla base, da libertà ed eguaglianza ed al vertice dalla dignità ha la sua sintesi positiva maggiormente espressiva e qualificante, può dunque essere servita ed appagata, in apprezzabile misura, laddove sia i fatti che le norme, riconformandosi a vicenda, si orientino verso di essa e dimostrino di poter effettivamente godere della “copertura” offerta dai valori di base dell'ordinamento.

Non dunque il nudo “fatto” ma il “fatto” assiologicamente qualificato può vantare la pretesa di entrare a comporre il parametro ed essere tenuto, come si deve, presente nei giudizi di costituzionalità delle norme, in ispecie nel corso delle vicende processuali nelle quali si faccia questione della salvaguardia dei diritti fondamentali.

È singolare che il giudice costituzionale, ogni qual volta sia chiamato a giudicare della validità di norme di legge sospette di violare in modo indiretto la Costituzione (direttamente violando una fonte interposta), reputi di potere (e dovere) dapprima verificare l'idoneità della norma interposta ad

³⁹ ... ed immani tragedie, quale quella di ormai pressoché quotidiano riscontro che si ha con gli sbarchi sulle nostre coste di persone disperate che tentano di sottrarsi al vivere disumano loro toccato in sorte nei paesi di provenienza. Non a caso, una sensibile dottrina ha avvertito del bisogno di dare alla solidarietà una proiezione anche sovranazionale, potenzialmente mondiale [A. SPADARO, *Dai diritti “individuali” ai doveri “globali”. La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2005 e, dello stesso, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in AA.VV., *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli 2008, 71 ss., e *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, cit. Ulteriori, importanti precisazioni, ora, in *I “due” volti del costituzionalismo di fronte al principio di autodeterminazione*, Relazione tenuta al VIII Seminario costituzionale italo-spagnolo su *La privacidad como autonomía: la doctrina de Estrasburgo y su incidencia en Italia y España*, tenutosi nell'Università di Pamplona, l'11 aprile 2014, in *paper*].

⁴⁰ Su ciò, part., la densa riflessione teorica di G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009.

integrare il parametro costituzionale⁴¹, mentre nessuna verifica riservi per sé in relazione a “fatti” – potremmo dire – “interposti”. Un giudice, insomma, rassegnato davanti al “fatto”, quasi che esso lo sovrasti (e, perciò, a conti fatti, sovrasti la stessa... *Costituzione*), costituendo – come si diceva – una sorta di *prius* assiologico-positivo indisponibile ed indiscutibile. In tal modo – piaccia o no – la Corte finisce col dare legittimazione a ciò che non la merita, con pregiudizio, alle volte irreparabile, per i diritti fondamentali, specie laddove a reclamarne tutela siano i soggetti maggiormente esposti ed indifesi, i più bisognosi insomma⁴².

7. Profili di tecnica processuale: in ispecie, il ricorso alle additive di principio quale strumento che, a motivo della sua duttilità strutturale, meglio di ogni altro si presta a dar modo al giudice costituzionale di poter incidere tanto sulle norme quanto sui fatti, concorrendo allo sviluppo ed al radicamento di una cultura dei diritti ad oggi complessivamente carente ed immatura

È pronta l’obiezione, cui si è già fatto cenno e che ora dobbiamo riprendere dedicandovi specifica attenzione, secondo cui il giudice va incontro, in sede di giudizio, a limiti insormontabili, non di rado dipendenti dal modo con cui è formulata la domanda di giustizia che gli viene rivolta.

Se, per restare alla questione qui specificamente interessante, la redistribuzione della ricchezza e la moralizzazione della vita pubblica non si sono avute, neppure in una misura minimamente accettabile, come fare a non tenere conto dello stato di cose quale esso è in sede di giudizio sulle leggi, specie di quelle che tentano di far fronte alla crisi, pur se con forti sacrifici per i diritti?

La domanda è spinosa, inquietante; e convengo che, perlomeno in taluni casi, la Corte è davvero costretta ad alzare le mani in segno di resa. In taluni, ma *non in tutti*. Perché il vero è che la via di uscita dal labirinto, per stretta che sia, l’ha indicata la stessa Corte, in alcune vicende sopra già rammentate (ed in altre ancora).

Insomma, la “rivoluzione promessa” – per riprendere una nota, efficace espressione di una sensibile e non dimenticata dottrina⁴³ –, specie dall’art. 3, II c. (ma, come si è veduto, anche dall’art. 2 e dall’intera tavola dei valori fondamentali positivizzati), quella “rivoluzione” che passa attraverso una profonda trasformazione, un vero e proprio rovesciamento, del tessuto sociale e normativo, non può aversi in un sol colpo ed a breve: sarebbe a dir poco ingenuo (e, forse, persino utopico) pensarlo. Possiamo (e dobbiamo) però fare di tutto per avvicinarci alla meta, con doverosa gradualità, pur consapevoli di non poterla raggiungere appieno.

A questo fine il giudice delle leggi può fare molto; ha già dimostrato – come si diceva – di saper fare molto. Lo ha fatto soprattutto in quei casi in cui ha dato soddisfazione ai diritti a mezzo di pronunzie additive di principio, rimandando quindi alla doverosa opera ricostruttiva del tessuto normativo e sociale del legislatore e però dando nel frattempo modo anche ai giudici di fare la loro parte al servizio dei diritti, perlomeno in quei casi in cui il principio somministrato dal giudice costituzionale si presta ad esprimere regole desumibili a beneficio del caso da parte degli operatori di giustizia. Non sempre, invero, ciò si rende possibile: ad es., a mia opinione, non lo è nei casi, sopra accennati, in cui fa difetto una disciplina legislativa organica e particolarmente complessa e delicata, che non può essere *medio tempore* “inventata” dal giudice (così, quanto al diritto del figlio a conoscere le proprie origini o alla condizione insopportabile e palesemente lesiva della dignità dei

⁴¹ Emblematica la lezione teorica al riguardo impartita dalle note sentenze “gemelle” della Corte sulla CEDU, [nn. 348 e 349 del 2007](#), che hanno da noi inaugurato un nuovo corso in fatto di tutela dei diritti fondamentali nel costituzionalismo “multilivello”.

⁴² Sulle incertezze connesse al loro riconoscimento, da ultimo e per tutti, D. POLETTI, *Soggetti deboli*, in *Enc. dir.*, *Ann.*, VII (2014), 962 ss.

⁴³ L’espressione – come si sa – è di P. Calamandrei; l’ha di recente ripresa G. PASQUINO, *La rivoluzione promessa. Lettura della Costituzione italiana*, Mondadori, Milano 2011.

detenuti o, ancora, alla condizione, parimenti bisognosa di urgente ed adeguata protezione, delle coppie omosessuali, sia *ab origine* che *ex post*, per effetto di mutamento chirurgico di sesso⁴⁴).

È importante nondimeno tenere a mente il fatto che lacune normative non dissimili per dimensioni ed entità abbiano costituito oggetto di diverso trattamento da parte del giudice che – come si accennava poc’anzi – è intervenuto ora con una decisione di rigetto accompagnata da un monito indirizzato al legislatore a colmare il vuoto incostituzionale di disciplina ed ora invece con una pronuncia di accoglimento, corredata dell’aggiunta di un principio a base della futura regolazione legislativa.

La differenza di fondo tra i due casi è data – a me pare – dalla diversa natura ed intensità del vincolo discendente a carico del legislatore. È vero che in entrambi la Corte dichiara che è fatto *obbligo* al legislatore di intervenire a porre rimedio ai guasti esibiti dalla disciplina in vigore. Di un obbligo giuridico vero e proprio, tuttavia, a me pare che si possa discorrere unicamente nella seconda evenienza. È pure vero che solo l’additiva di principio legittima il giudice a tentare di estrarre dal principio stesso la regola buona per il caso, mentre in presenza di pronuncia di rigetto la disciplina

⁴⁴ Con specifico riguardo alla coppia di coniugi il cui matrimonio sia sciolto per effetto del mutamento di sesso di uno dei due, in relazione alla [sent. n. 170 del 2014](#), sopra già richiamata, una sensibile studiosa [B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in [www.articolo29.it](#), 15 giugno 2014] ha finemente argomentato la tesi secondo cui lo scioglimento del matrimonio non opererebbe automaticamente, così come invece disposto dalla legge, dopo che si sia preso atto dell’avvenuto mutamento in parola, bensì risulterebbe sottoposto a condizione risolutiva, una volta che il legislatore avrà fatto luogo ad una disciplina della condizione della coppia suddetta, adeguata a dare finalmente tutela ai diritti costituzionali ad essa riconosciuti. Una tesi invero suggestiva, che tuttavia non tiene – a me pare – conto del fatto che in nessuna parte della fitta trama argomentativa tessuta nella decisione surrichiamata si fa cenno alcuno al differimento dello scioglimento del matrimonio tra persone ormai divenute dello stesso sesso, laddove piuttosto si afferma, in termini perentori, essere indisponibile il paradigma eterosessuale del matrimonio, secondo quanto già rilevato da [Corte cost. n. 138 del 2010](#).

Il vero è che qui la Corte ha sbagliato bersaglio, dichiarando di voler colpire una previsione legislativa (quella appunto che stabilisce lo scioglimento suddetto), che è invece *expressis verbis* fatta salva, nel mentre il vero bersaglio stava in una legge *diversa* da quella fatta oggetto dell’addizione di principio, una legge tuttavia... *interamente mancante*, quella che avrebbe dovuto disciplinare in modo organico ed adeguato la condizione della coppia in parola [così, ora, anche R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto” (quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice)*, in corso di stampa in *Foro it.*, che mette giustamente in rilievo la mancanza nella decisione *de qua* dell’effetto demolitorio proprio delle sentenze di accoglimento]. Come mi sono sforzato di mostrare, annotando la [sent. 170](#) [nel mio *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in [questa Rivista](#), 2014 (3 giugno 2014)], e come qui pure vengo dicendo, nessuna differenza sostanziale si dà tra una pronuncia di rigetto con monito ed una di accoglimento di principio, che – come nel caso in esame – rimandi ad una articolata regolazione normativa in atto insussistente, che solo il legislatore (e nessun altro, neppure il giudice in via “sussidiaria”) è in grado di apprestare. La qual cosa solleva non poche perplessità a riguardo di un corretto ed uniforme utilizzo degli strumenti processuali [varî punti di vista sulla vicenda in M.W. WINKLER, *La Corte costituzionale si pronuncia sul caso del divorzio “imposto”: luci ed ombre*, in [www.articolo29.it](#), 13 giugno 2014; pure *ivi*, G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. “divorzio imposto”*, 26 giugno 2014; F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto”: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 24 giugno 2014; M. DI BARI, *Commento “a caldo” della sentenza n. 170/2014 della Corte costituzionale: quali prospettive?*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](#), Osservatorio costituzionale, giugno 2014; C. SALAZAR, *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, in [www.confrontocostituzionali.eu](#), 27 giugno 2014; T. AULETTA, *Mutamento di genere e disciplina del rapporto di coppia*, in corso di stampa in *Corr. giur.*; P. VERONESI, *Un’anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”: il “caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 6 luglio 2014, e, pure *ivi*, P. BIANCHI, *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo*, 7 luglio 2014; A. D’ALLOIA, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una incostituzionalità per “mancanza di alternative”*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 672 ss.; D. FIORATO - D. FERRARI *La Consulta davanti alla nozione giuridica di matrimonio: il formarsi di un giudicato costituzionale? (Osservazioni a prima lettura della sentenza 170/2014)*, in *La nuova giustizia civile*, 2/2014, 117 ss.; V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (brevi note a Corte costituzionale, sent. n. 170/2014)*, in [www.dirittifondamentali.it](#), 15 settembre 2014; S. PRISCO - M. MONACO, *L’Italia, il diritto e le unioni affettive stabili di carattere non tradizionale*. Un panorama di problemi e possibili soluzioni, in *Id.*, *La musica della vita. Quaderno di bioetica di un giurista*, di prossima pubblicazione per i tipi della Editoriale Scientifica di Napoli, spec. §§ 1 e 5].

legislativa fatta salva può (e deve) trovare applicazione (sempre che, naturalmente, perduri la rilevanza della questione).

Sta di fatto però che – come un momento fa si diceva – non sempre siffatta estrazione si dimostra essere possibile. Come si vede, talora, a conti fatti, i due casi, al di là di ogni diversa qualificazione che se ne dia al piano teorico-astratto, convergono (o, meglio, *possono* convergere) negli effetti pratici, senza l'intervento riparatore del legislatore gli operatori (a partire dai giudici) trovandosi comunque costretti alla resa. C'è tuttavia un aspetto non trascurabile che giova tener presente; ed è dato dalla diversa attitudine dei tipi di decisione qui posti a raffronto a lasciare un segno, per quanto possibile marcato, nella cultura giuridica del nostro Paese, agevolandone ed orientandone nel verso giusto la maturazione. Non basta al riguardo un pur articolato, diffuso, e non di rado ampiamente persuasivo apparato di argomenti allestito nella parte motiva delle decisioni, laddove dovesse quindi sfociare in un verdetto comunque assolutorio (ancorché in modo “condizionato”) nei riguardi delle norme sottoposte a giudizio. Moniti pur vigorosi enunciati in decisioni di rigetto rischiano infatti molte volte – e l'esperienza ce ne dà innumerevoli testimonianze – di restare lettera morta. Una motivazione che racchiuda in sé una severa censura a carico del dettato legislativo e che quindi riceva il suo lineare e coerente sbocco nel dispositivo, sancendo l'annullamento del dettato stesso, può esprimere una *forza persuasiva* – al di là della diversa *vis prescrittiva* che è astrattamente in grado di produrre – di gran lunga maggiore di quella invece posseduta dalle decisioni di rigetto.

La Corte, insomma, può (e deve) fare fino in fondo la propria parte, mettendo in campo – laddove possibile – gli strumenti decisori maggiormente stimolanti (per non dire aggressivi⁴⁵) nei riguardi di un legislatore abulico ed irresponsabile al fine di fare opera di sensibilizzazione culturale, offrendo così un non secondario apporto a che certe idee possano entrare in circolo nel corpo sociale e farsi quindi metabolizzare e portare a frutto⁴⁶.

La rimozione dell'*habitus* mentale che porta alla acritica sussunzione del fatto quale parametro interposto passa dunque attraverso un processo di maturazione culturale, di sicuro bisognoso di tempi non rapidi di sviluppo al fine di riuscire a superare antiche e radicate resistenze e incrostazioni; che poi – se ci si pensa – sono i tempi stessi di cui necessita l'etica pubblica repubblicana per trapassare dal piano della sua astratta enunciazione a quello della concreta affermazione.

La misura della “sostenibilità” dei sacrifici imposti ai diritti dalla crisi (e, in genere, da contingenze per essi non benigne) richiede dunque di essere messa a fuoco, sì, alla luce di ragioni di contesto, del “fatto” nella sua complessiva conformazione, ma alla sola condizione – come si è veduto – che quest'ultimo si renda compatibile coi valori fondamentali positivizzati, a partire da quel valore della dignità senza la cui effettiva salvaguardia non ha pratico senso un ordinamento che aspiri ad avere come proprio cuore pulsante la centralità della persona umana.

⁴⁵ Tali, invero, le additive di principio non possono considerarsi, sol che si pensi all'ampio margine di manovra che le stesse comunque rimettono al legislatore (ed allo stesso giudice) per la estrazione dal principio stesso delle regole buone per il caso. E, tuttavia, tramite tali pronunzie il giudice costituzionale ha modo di portare il bisturi nel corpo del malato di certo più a fondo di quanto (non) facciano le pronunzie di rigetto con monito.

⁴⁶ Viene in tal modo, come si vede, ad emersione uno dei tratti più genuinamente espressivi della motivazione delle decisioni giudiziarie in genere e della Corte costituzionale in specie, vale a dire la sua attitudine ad indirizzarsi all'intera comunità quale uditorio qualificato a prestarvi ascolto e, così facendo, a rigenerarsi anche, e soprattutto, in senso eticamente orientato, rinnovando di conseguenza a fondo orientamenti e comportamenti (su questo tratto saliente della motivazione mi piace qui ricordare la magistrale lezione di un valoroso collega ed amico prematuramente scomparso, A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Giuffrè, Milano 1987, del quale v., inoltre, la sintetica ma densa riflessione che è in *Sulla c.d. “funzione democratica” della motivazione degli atti dei pubblici poteri*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 33 ss.; v. infine, utilmente, con specifica attenzione alle pronunzie del giudice costituzionale, A. SAITTA, *Logica e retorica delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996).

Antonio Ruggeri

La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di [Corte cost. n. 238 del 2014](#))

SOMMARIO: 1. La stranezza costituita da un sindacato di costituzionalità che si appunta su una norma (di adattamento) che... *non c'è*, la qual cosa avrebbe dovuto piuttosto portare a dichiarare *inammissibile*, e non già *infondata*, la questione, rimettendo la verifica della incompatibilità tra norma internazionale consuetudinaria e Costituzione al giudice comune. – 2. Il disinvolto abbandono del precedente del '79, con cui si dava ad intendere che il sindacato di costituzionalità può aver luogo sulle sole consuetudini internazionali posteriori all'entrata in vigore della Costituzione. – 3. Il riconoscimento, operato dalla Corte, del carattere intangibile dei "controlimiti" e la tesi invece qui nuovamente patrocinata secondo cui norme esterne e norme interne, pur se espressive di principi fondamentali, possono partecipare ad operazioni di bilanciamento *secondo valore*, in vista dell'affermazione della Costituzione *come "sistema"*. – 4. La conferma, venuta dalla odierna vicenda, della tendenza della giurisdizione a presentarsi, in alcune delle sue più salienti manifestazioni, quale *giurisdizione per risultati* e il timore che, alla fin fine, i diritti costituzionali restino sguarniti di tutela, ineffettivi.

1. La stranezza costituita da un sindacato di costituzionalità che si appunta su una norma (di adattamento) che... non c'è, la qual cosa avrebbe dovuto piuttosto portare a dichiarare inammissibile, e non già infondata, la questione, rimettendo la verifica della incompatibilità tra norma internazionale consuetudinaria e Costituzione al giudice comune

Finalmente giustizia è fatta per le vittime dei crimini nazisti! Ma, è giustizia effettiva, che dà vero ristoro a coloro che hanno patito sofferenze indicibili durante la seconda grande guerra?

Se ne può dubitare, come si vedrà. La pronuncia cui si dirige questo breve commento presenta nondimeno straordinario interesse sotto più aspetti¹ e, in particolare, per le affermazioni di principio in essa contenute e i risvolti di ordine processuale ad esse conseguenti.

Diciamo le cose come stanno. La Corte ha voluto decidere, e decidere *in un certo modo*; ed ha quindi tirato diritto lungo la via in cui si è incamminata fino a pervenire alla meta prefissata, *a qualunque costo*. E, invero, i costi ci sono stati, in primo luogo – a me pare – al piano delle tecniche decisorie, per l'uso cioè fattosi di talune categorie processuali che sembravano esser ormai nitidamente definite, stabilmente acquisite al patrimonio degli strumenti di cui la Corte quotidianamente si avvale, e che invece sono qui rimesse in discussione, peraltro senza indugiare a spiegarne in modo adeguatamente argomentato le ragioni.

Si dava, infatti, uno scoglio preliminare a che il giudice delle leggi potesse pronunziarsi sulla questione di cui è stato investito dal tribunale di Firenze, con riguardo all'idoneità dell'oggetto della stessa. Per giurisprudenza consolidata, quest'ultimo può esser dato unicamente da leggi ed atti a queste equiparati: i soli a possedere "valore di legge", nell'accezione processuale ormai invalsa; qui, invece, la Corte sposta l'obiettivo dagli *atti* alle *norme*, alla loro "primarietà", aggiungendo all'elenco (tassativo...) contenuto nell'art. 134 cost. altresì *norme* non risultanti da leggi o altri atti, in ispecie la norma di adattamento dell'ordine interno ad una norma consuetudinaria della Comunità

¹ ... al punto da indurre chi l'ha prontamente annotata a prospettare l'ipotesi che essa possa considerarsi "storica" [P. PASSAGLIA, *Una sentenza (auspicabilmente) storica: la Corte limita l'immunità degli stati esteri dalla giurisdizione civile*, in www.diritticomparati.it, 28 ottobre 2014. Cfr. al suo punto di vista quello manifestato, nella stessa sede, da F. FONTANELLI, *I know it's wrong but I just can't do right. First impressions on judgment no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*].

internazionale. Una soluzione obbligata, questa, per il giudice costituzionale, al fine di poter estendere la propria cognizione su norme di diritto non scritto².

Tra l'altro, ci dice la Corte allineandosi sul punto ad una nota ricostruzione di un'autorevole dottrina³, la norma di adattamento in realtà non c'è; il giudizio, però, può aversi ugualmente, così come si è avuto nella odierna circostanza, ma appunto su una norma... *inesistente*⁴. Perché il vero è – dichiara la Corte – che, ogni qualvolta una norma di diritto internazionale non scritto⁵ risulti incompatibile coi principi fondamentali dell'ordine costituzionale, la norma di adattamento non si produce e, non producendosi, non può essere dichiarata invalida, con la conseguenza che la norma internazionale di riferimento non può trovare, né ha mai trovato, ingresso in ambito interno⁶.

Se, però, così stanno le cose, su cosa poggia il giudizio della Corte? La questione, insomma, avrebbe dovuto essere dichiarata *inammissibile*, non già – come invece è stato – *infondata*⁷. Tant'è che, in deroga alla regola usuale in fatto di efficacia delle decisioni della Corte, la norma internazionale è qui privata di effetti *ex tunc, per la elementare ragione che non ha mai fatto ingresso nel nostro ordinamento*⁸.

È evidente la conseguenza cui avrebbe dato vita questo diverso modo di impostare la questione: rimettere in buona sostanza la verifica della costituzionalità delle norme internazionali in parola ai giudici comuni. E questo la Corte non lo voleva e non lo vuole; di contro, ribadisce con la massima fermezza la propria esclusiva competenza all'accertamento⁹. La qual cosa, tuttavia, come si diceva, implica che una norma interna pur sempre vi sia (e che risulti da *atti*, non da *fatti*, di produzione) sulla quale esercitare il sindacato di costituzionalità. Tant'è che, al fine di dar appagamento ai diritti sacrificati dalla norma internazionale, la Corte si trova costretta a spostare il tiro sulle norme interne di esecuzione dei trattati su cui si fonda il potere decisorio della Corte internazionale di giustizia, pervenendo quindi per tale via alla devitalizzazione degli effetti della pronuncia di quest'ultima “*nella parte in cui...*”.

La soluzione radicale di considerare *inesistente* la norma di adattamento è, dunque, apparsa agli occhi della Corte quale l'unica possibile allo scopo di non dar modo alla consuetudine internazionale

² Forzato e, comunque, prematuro, tuttavia, da qui desumerne che anche in campi materiali di esperienza diversi da questo la Corte potrà (e vorrà) abbandonare l'usuale punto di riferimento degli *atti* per volgersi direttamente alle *norme* al fine di riconoscere ovvero escludere in capo a queste il “valore di legge”.

³ V., part., G. ZAGREBELSKY, *Il sistema costituzionale delle fonti del diritto*, Utet, Torino 1984, 122, e B. CONFORTI, *Diritto internazionale*¹⁰, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, 348.

⁴ Si sofferma sul punto anche M. LONGOBARDO, “*Il non-essere non è e non può essere*”: brevi note a margine della [sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale rispetto all'adattamento dell'ordinamento italiano al diritto internazionale consuetudinario](#), in [www.sidi-isil.org](#), 10 novembre 2014, ma da una prospettiva e con svolgimenti argomentativi diversi da quelli di qui.

⁵ ... la cui ricognizione – ammette il giudice costituzionale (punto 3.1 del *cons. in dir.* – è, ad ogni buon conto, riservata alle sedi istituzionali competenti (e, dunque, alla Corte internazionale di giustizia), in applicazione della “logica” rigorosa della separazione degli ordinamenti (sottolinea il rilievo del ruolo al riguardo giocato dalla Corte suddetta A. GUAZZAROTTI, *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 5 novembre 2014, paragonandolo a quello giocato dalla Corte dell'Unione in sede di rielaborazione delle “tradizioni costituzionali comuni”).

⁶ Punto 3.4 del *cons. in dir.*

⁷ Punto 3.5 del *cons. in dir.* (l'esito paventato nel testo è, con puntuali argomenti, rilevato anche da S. LEONE, *Sul dispositivo della sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali presso Palazzo della Consulta*, in corso di stampa in *Quad. cost.*, e S. LIETO, *Il diritto al giudice e l'immunità giurisdizionale degli Stati nella sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 6 novembre 2014, § 2; v., inoltre, L. GRADONI, *Corte Costituzionale italiana e Corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile*, in [www.sidi-isil.org](#), 27 ottobre 2014, il quale nondimeno non si sofferma specificamente sulla questione processuale qui posta).

⁸ Sovviene l'accostamento col trattamento riservato ai decreti-legge non convertiti, dalla Corte considerati – come si sa – come non mai esistiti (la qual cosa, peraltro, non è del tutto vera, sol che si ammetta, come devesi, che taluni effetti da essi prodotti appaiono essere irreversibili).

⁹ “In un sistema accentrato di controllo di costituzionalità – sta scritto al punto 3.2 del *cons. in dir.* –, è pacifico che questa verifica di compatibilità spetta alla *sola* Corte costituzionale, con esclusione di *qualsiasi* altro giudice, anche in riferimento alle norme consuetudinarie internazionali” (mia, ovviamente, la sottolineatura).

di produrre alcun effetto incompatibile coi principi fondamentali di diritto interno. Una soluzione, tuttavia, non obbligata. E, d'altronde, quante volte leggi ed atti primari in genere danno vita a lesioni di principi fondamentali, persino per molti anni, prima di essere caducati dal giudice costituzionale? E non è (o, meglio, non *può* essere¹⁰) forse così anche per altre norme di origine esterna, quali quelle concordatarie e quelle dell'Unione europea? Perché allora non applicare anche a queste ultime la stessa "logica" fatta valere per le norme internazionali consuetudinarie, ragionando nel senso che la norma di "copertura", di cui all'art. 11, non si produce laddove il diritto sovranazionale violi i "controlimiti"¹¹? Non si trascuri, peraltro, che, secondo un'accreditata ricostruzione¹², l'invalidità (specie nelle sue traduzioni in illeciti costituzionali) può essere di due tipi, *in senso forte* ed *in senso debole*, l'una portando a qualificare come radicalmente *nulle-inesistenti* le norme che ne sono affette e l'altra invece come meramente *annullabili*¹³.

Volendo, perciò, dotare il proprio giudizio di una base su cui potersi esercitare, la Corte avrebbe potuto (e dovuto) ragionare nel senso che la norma di adattamento si è, sì, prodotta ma che, a motivo dello scontro frontale registratosi tra la norma internazionale di riferimento e i principi fondamentali di diritto interno, essa era da considerare, nella specie, *nulla-inesistente*, col rischio tuttavia che, una volta spianata la via al riconoscimento della bipartizione suddetta, anche altri casi di illegittimità costituzionale potrebbero un domani essere considerati come riconducibili alla prima delle categorie suddette, quella della invalidità *in senso forte*; e col rischio, dunque, di autorizzare i giudici comuni a far luogo al riconoscimento di siffatta invalidità, senza investire perciò la Corte della cognizione in merito a norme... *inesistenti*¹⁴.

¹⁰ ... quanto meno in via di principio; poi, è da vedere se si danno le condizioni di contesto perché il sindacato possa esercitarsi portando, se del caso, ad effetti caducatori. La qual cosa – come si sa – sembra ad oggi essere alquanto remota.

¹¹ In tal modo, non si renderebbe necessario l'annullamento della legge di esecuzione "*nella parte in cui...*", essendo la norma di esecuzione in questione *inesistente*.

Forse, proprio questo è l'ordine di idee in cui sembra essersi disposta la giurisprudenza costituzionale (se non già *ab initio*, quanto meno) a partire dalle sentenze "gemelle"-*bis* nn. [311](#) e [317 del 2009](#), in relazione alla condizione della CEDU in ambito interno, con riguardo al caso di norma convenzionale incompatibile col parametro costituzionale. Nel qual caso, appunto, non sarebbe perciò necessaria la dichiarazione d'incostituzionalità delle legge di esecuzione "*nella parte in cui...*", essendo allo scopo sufficiente l'accertamento della inidoneità della norma convenzionale ad integrare il parametro costituzionale e ad essere pertanto posta a base della caducazione di norma legislativa con essa confliggente. Una soluzione tecnica, questa, che – confesso – ho io stesso prospettato (nel mio *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, a cura di F. Dal Canto - E. Rossi, Giappichelli, Torino 2011, 149 ss., spec. 168 ss., e in altri scritti) al fine di evitare che l'annullamento di norma convenzionale fatalmente contagi e travolga anche la disposizione espressiva di quella norma, in ogni altro suo possibile significato. Ed è – tengo a precisare – una soluzione che ho avanzato per il fatto che, secondo prassi corrente (forse, dovremmo ormai dire: *consuetudinariamente* affermatasi), ogni qual volta si abbia la dichiarazione d'incostituzionalità di una norma di legge, cade quest'ultima e cade però anche il testo che fisicamente la sorregge ed esprime, in *ogni* sua norma astrattamente possibile, confondendosi ed appiattendosi in tal modo l'effetto di annullamento e quello di abrogazione nominata, il quale ultimo soltanto, a mio modo di vedere, è in grado di travolgere la disposizione, in ogni suo possibile significato. Ben diverso, invece, l'esito teorico-ricostruttivo qualora fosse invalsa una prassi diversa (a favore della quale mi sono dichiarato nel mio *Storia di un "falso". L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990), secondo cui l'annullamento della norma non si trasmette altresì, meccanicamente, alla disposizione che la contiene.

¹² R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*², Giappichelli, Torino 1992, 207 ss. Ho fatto utilizzo della bipartizione di cui al testo nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*⁵, Giappichelli, Torino 2009, 25 ss., alle cui notazioni qui pure mi rifaccio con ulteriori svolgimenti.

¹³ Corrisponde, in buona sostanza, a questa partizione la qualifica data da un sensibile studioso (A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss., e in altri luoghi) degli illeciti costituzionali per via normativa, distinguendosi dall'*anticostituzionalità* (l'invalidità in senso forte) la mera *incostituzionalità* (i. in senso debole). Di "anticostituzionalità", nella circostanza odierna, ragiona anche M. LONGOBARDO, "*Il non-essere non è e non può essere*", cit., ma in un ordine teorico distante da quello di qui.

¹⁴ Si è altresì affacciata l'ipotesi (tuttavia giudicata dalla sua stessa autrice "troppo fantasiosa"...), secondo cui "la consuetudine internazionale sull'immunità avrebbe varcato il confine grazie all'art. 10 Cost. – disposizione che comporta un adeguamento automatico, incapace di operare distinzioni –, per permanere solo il tempo necessario a rendere *accertabile* da parte della Corte la sua contrarietà a principi fondamentali, ed essere poi senza indugio espatriata prima ancora di potersi *dichiarare* illegittima la norma di adattamento". Con il che si renderebbe appunto possibile "un sindacato

Sta di fatto che insuperato è, ad ogni buon conto, rimasto nella circostanza odierna l'ostacolo costituito dal fatto che la norma di adattamento non risulta da leggi o atti equipollenti, i *soli* – come si è rammentato – sui quali il giudizio di costituzionalità può, *ex art. 134 cost.*, esercitarsi.

2. Il disinvolto abbandono del precedente del '79, con cui si dava ad intendere che il sindacato di costituzionalità può aver luogo sulle sole consuetudini internazionali posteriori all'entrata in vigore della Costituzione

Superato (in modo un po' acrobatico...) l'ostacolo costituito dalla inesistenza della norma oggetto del giudizio di costituzionalità, la Corte se n'è trovata davanti un altro, costituito dal noto precedente di cui alla [sent. n. 48 del 1979](#) che, a dire di molti, avrebbe circoscritto il sindacato alle sole consuetudini posteriori all'entrata in vigore della Carta costituzionale. La Corte oggi ne dà una diversa lettura¹⁵, che per vero parrebbe forzare la lettera dell'espressione posta in coda a quell'ormai risalente pronuncia¹⁶, asserendo non sussistere, “sul piano logico e sistematico, ragioni per le quali il controllo di legittimità costituzionale dovrebbe essere escluso per le consuetudini internazionali o limitato solo a quelle posteriori alla Costituzione”¹⁷.

È questo pure un passaggio obbligato al fine di pervenire al riconoscimento del sindacato accentrato in funzione della salvaguardia della integrità dei principi fondamentali dell'ordinamento e di non sfociare dunque nell'esito, evidentemente giudicato infausto, di una rigidità costituzionale solo... *a metà*, fatta cioè salva unicamente in relazione al caso di precedenza temporale della Carta.

In realtà, anche su questo punto molto vi sarebbe da dire. Non si dimentichi che, secondo un'accreditata dottrina¹⁸, le antinomie tra Costituzione e diritto internazionale non scritto si risolverebbero a beneficio della prima (e – si faccia caso – di *ogni* sua norma, non dei soli principi fondamentali), laddove le norme internazionali dovessero precedere l'entrata in vigore della Costituzione. Di contro, in caso di precedenza delle norme costituzionali, queste potrebbero soggiacere a deroga da parte delle norme di origine esterna, fatti nondimeno salvi i principi fondamentali¹⁹. Insomma, anche nel primo dei due casi ora descritti, la norma di adattamento non si produrrebbe, dal momento che – a stare alla dottrina ora riferita – il Costituente, consapevole della esistenza di norme internazionali incompatibili con le disposizioni della legge fondamentale della Repubblica che si accingeva a licenziare, evidentemente non ha inteso dar spazio per la loro

svolto dalla Corte in entrata, ma non in uscita” (S. LEONE, *Sul dispositivo della sentenza n. 238 del 2014*, cit.). Misteriosa nondimeno resterebbe la ragione di un “accertamento” non... *dichiarato o dichiarabile*.

Secondo un'altra tesi ancora (che invero lascia alquanto perplessi), la Corte non avrebbe qui svolto un sindacato sulle leggi, *ex art. 134 cost.*, ma avrebbe esercitato una competenza nuova, di “quinto tipo” (L. GRADONI, *Giudizi costituzionali del quinto tipo. Ancora sulla storica sentenza della Corte costituzionale italiana*, in www.sidi-isil.org, 10 novembre 2014). Se così davvero fosse, avrebbe dato vita ad un atto mostruoso, nullo-inesistente, come tale non provvisto della “copertura” di cui all'art. 137, ult. c., cost.

¹⁵ L'*overruling* è stato prontamente rilevato già dai primi commenti, tra i quali quello di P. PASSAGLIA, dietro cit.

¹⁶ Si diceva infatti nella decisione del '79 che “occorre comunque affermare, più in generale, *per quanto attiene alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che venissero ad esistenza dopo l'entrata in vigore della Costituzione*, che il meccanismo di adeguamento automatico previsto dall'art. 10 Cost. non potrà in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale...” (punto 3 *cons. in dir.*; mio, ovviamente, il corsivo).

¹⁷ Punto 2.2 del *cons. in dir.* Non si capisce tuttavia come possa qui la Corte riconoscere l'assoggettabilità delle consuetudini a controllo di costituzionalità, una volta che, ristretto il parametro della loro validità ai soli principi fondamentali, la violazione di questi ultimi comporterebbe comunque l'*inesistenza* della norma di adattamento.

¹⁸ Per tutti, T. MARTINES, *Diritto Costituzionale*¹³, a cura di G. Silvestri, Giuffrè, Milano 2013, 81.

¹⁹ In questa evenienza, a stare alla dottrina ora richiamata, sarebbe fatto obbligo al legislatore di revisione costituzionale di adeguare la Carta alla sopravveniente (e preminente) norma internazionale. Una opinione che tuttavia – come si è tentato altrove di argomentare (nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori*, cit., 210 ss., spec. 213 s.) – sembra far venire meno il carattere “automatico” dell'adattamento, subordinato ad un evento futuro ed incerto, qual è quello della modifica costituzionale, con grave pregiudizio dell'attitudine della norma stessa a produrre immediati effetti. La decisione qui annotata, ad ogni buon conto, mostra di non accogliere l'opinione suddetta.

applicazione in ambito interno. Verrebbe, perciò, a determinarsi – come suol dirsi – una *rottura della Costituzione*, per effetto della incompatibilità di una regola valevole specificamente per una fattispecie data rispetto ad un principio di ordine generale (qui, quello di cui all’art. 10, I c.)²⁰.

Ancora una volta, tuttavia, si ripropone l’interrogativo sopra posto: ma se la norma di adattamento non si produce, su cosa mai può svolgersi il sindacato della Corte? Non è forse compito dei giudici comuni accertare quali siano le norme *esistenti* e perciò *astrattamente applicabili* (e, solo una volta che siffatto riscontro si sia concluso con esito positivo, stabilire se sia, o no, il caso di rivolgersi al giudice delle leggi)?

3. *Il riconoscimento, operato dalla Corte, del carattere intangibile dei “controlimiti” e la tesi invece qui nuovamente patrocinata secondo cui norme esterne e norme interne, pur se espressive di principi fondamentali, possono partecipare ad operazioni di bilanciamento secondo valore, in vista dell’affermazione della Costituzione come “sistema”*

Ciò che, ad ogni buon conto, sta a cuore alla Corte è di preservare i principi di base dell’ordinamento da qualsivoglia attacco possa loro venire *ab extra*. La Corte, dunque, brandisce l’arma dei “controlimiti” e stavolta, a differenza di altre in cui si è limitata a minacciarne l’uso, li fa in concreto valere, erigendo un muro invalicabile dalla consuetudine internazionale che sancisce l’immunità dai giudizi civili degli Stati esteri.

Anche su ciò molto invero vi sarebbe da dire.

Avverto di non volermi addentrare nel merito della questione, per come è stata impostata e risolta dalla Corte. Per ciò che vale, condivido la conclusione raggiunta dal giudice costituzionale, pur non nascondendomi i limiti ai quali essa va incontro, sui quali m’intratterò specificamente sul finire di queste brevi notazioni. È però al piano del metodo, prima ancora che a quello degli svolgimenti teorico-ricostruttivi, che tengo a marcare la distanza tra l’argomentare della Corte e quello che a mia opinione avrebbe invece dovuto essere.

La posizione della Corte in tema di “controlimiti” è nota e non occorre, dunque, qui farvi nuovamente richiamo. È tuttavia interessante osservare che ad essa sono oggi apportate alcune precisazioni di non secondario rilievo.

A giudizio della Corte, infatti, i “controlimiti” non si discutono: ci è stato detto e ridetto molte volte, in relazione a plurimi campi materiali di esperienza²¹, sempre escludendosi categoricamente che possa esservi alcuna norma di origine esterna cui sia data in ambito nazionale applicazione, laddove incompatibile sia pure con un solo principio fondamentale, in particolare ove siano in gioco i diritti fondamentali. In tal modo, la Corte non prende tuttavia in considerazione l’ipotesi che norme siffatte, ancorché incompatibili con un principio fondamentale dato, possano dimostrarsi serventi nei riguardi di altri principi e, dunque, risultare da questi “coperte”. Nel qual caso, dovrebbe in realtà farsi luogo ad un bilanciamento *secondo valore*, aperto – come di consueto – a qualunque esito²². È invero singolare che la Corte, che specie di recente ha molto insistito sulla necessità di far valere la Costituzione *come “sistema”*²³, non si dichiari disposta a far luogo alle consuete operazioni di bilanciamento assiologico ogni qual volta siano in gioco norme di origine esterna, escludendo dunque in partenza, in modo assiomatico, l’evenienza che la “situazione normativa” – come a me piace

²⁰ La rottura, d’altro canto, si ha pure nel caso opposto della deroga validamente prodotta da norma internazionale alla Costituzione, l’art. 10, I c., che l’autorizza ponendosi appunto in rottura rispetto al principio ed alla procedura, di cui all’art. 138 cost., che stabilisce qual è l’unico modo consentito per le innovazioni costituzionali (ancora *op. ult. cit.*, 215).

²¹ ... da quello dei rapporti tra diritto interno e diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario all’altro dei rapporti con le norme concordatarie e, appunto, con quelle internazionali.

²² Ho ragionato a riguardo dei bilanciamenti assiologici nella loro proiezione al piano dei rapporti interordinamentali specificamente nel mio *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 1/2011.

²³ Un’idea, questa, che – come si sa – è stata ripetutamente enunciata, in particolar modo sul fronte dei rapporti tra la CEDU e il diritto interno.

chiamarla – conseguente al mantenimento di norma esterna pur astrattamente incompatibile con norma costituzionale sia da preferire rispetto alla “situazione normativa” invece risultante dalla caducazione di quella norma o, comunque, dalla sua non applicazione in ambito interno²⁴.

La stessa Corte – come si diceva – ammette che i diritti fondamentali possano (e debbano) soggiacere a bilanciamento con interessi di altro genere, essi pure costituzionalmente protetti (ad es., quello della sicurezza collettiva): appunto perché la Costituzione va sempre considerata nel suo fare “sistema”. Una linea metodico-teorica, questa, lungo la quale – come pure è noto – si sono da tempo avviate anche le Corti europee²⁵. Eppure, l’affermazione della intangibilità dei “controlimiti” al piano dei rapporti interordinamentali è sempre stata perentoria, senza riserva alcuna.

Qui, però, si danno un paio di passaggi in cui l’affermazione stessa si presenta *quodammodo* temperata: si discorre infatti della evenienza che sia ridotto “*al minimo* il sacrificio” dei diritti fondamentali²⁶ ed ancora si rileva come sia da escludere che alcuni crimini contro l’umanità, esemplificativamente indicati, “possano giustificare il sacrificio *totale* della tutela dei diritti inviolabili delle persone vittime di quei crimini”²⁷. Insomma, un qualche bilanciamento cui partecipino gli stessi diritti inviolabili – a quanto pare – può aversi²⁸; il diritto di difesa però e, soprattutto, la dignità della persona umana non possono che uscirne, sempre, vincitori.

Sembra tuttavia male impostato il ragionamento fatto da coloro che, sulla scia della Corte, reputano in partenza precluso il bilanciamento tra norme strumentali, quale quella di cui all’art. 10, I c., e norme sostantive della Carta, quali quelle che danno il riconoscimento dei diritti fondamentali, a motivo della presunta e sistematica superiorità delle seconde. Si trascura, infatti, di considerare che le norme sulla normazione non sono mai fini a se stesse, autoreferenziali, ponendosi piuttosto al servizio di valori sostantivi, di cui anzi esse pure si fanno portatrici, a partire da quel valore della pace e della giustizia tra le Nazioni che dà senso e giustificazione al meccanismo dell’adattamento automatico (e, in genere, ai meccanismi che presiedono al governo dei rapporti tra diritto interno e norme di origine esterna²⁹).

Pace e giustizia da un canto, diritti fondamentali dall’altro, non stanno dunque in un ordine gerarchico fisso ed immutabile, *per sistema* appunto. Di contro, sono i casi della vita che portano a composizioni di vario segno dei valori suddetti; non si trascuri, peraltro, che la pace e la giustizia possono costituire oggetto di diritti sia dei singoli che dell’intera collettività e, comunque, sono condizione per l’affermazione dei diritti stessi, così come circolarmente la salvaguardia di questi può, per la sua parte, concorrere alla salvaguardia di quelle.

Ulteriormente specificando, ove si convenga – come a me pare devesi – che libertà ed eguaglianza, nelle loro mutue ed inscindibili implicazioni³⁰, costituiscono la *coppia assiologica fondamentale* dell’ordinamento, al cui servizio si pongono i valori restanti, ebbene la pace e la giustizia tra le Nazioni non offrono loro un contributo di minor rilievo di quello che può ad esse venire da altri valori in vista del loro ottimale appagamento, alle condizioni oggettive di contesto.

²⁴ ... per effetto della mancata produzione della norma di adattamento.

²⁵ Un solo esempio per tutti: la pronuncia della [Corte EDU, Sez. II, 18 marzo 2014 \(ricc. nn. 24069/03, 197/04, 6201/06 et 10464/07\), Öcalan c. Turchia n. 2](#), laddove il diritto di un detenuto accusato di terrorismo e sottoposto a carcere duro ad intrattenere rapporti coi suoi familiari (e di questi con quello) è stato obbligato a recedere davanti all’interesse alla sicurezza.

²⁶ Punto 3.1 del *cons. in dir.* [invita a fermare su di esso l’attenzione P. FARAGUNA, *Corte costituzionale e corte internazionale di giustizia: il diritto alla penultima parola (sulla sentenza 238 del 2014)*, in [www.diritticomparati.it](#), 30 ottobre 2014, e *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 2 novembre 2014].

²⁷ Punto 3.4 del *cons. in dir.* Superfluo rilevare la vaghezza concettuale di siffatte espressioni, la cui messa in atto rimanda ad apprezzamenti largamente discrezionali del giudice delle leggi e degli operatori in genere.

²⁸ Sul punto, anche S. LIETO, *Il diritto al giudice e l’immunità giurisdizionale degli Stati*, cit., § 2, seppur da una prospettiva e con svolgimenti argomentativi non coincidenti con quelli di qui.

²⁹ Non si dimentichi che proprio nell’art. 11 ha trovato appiglio il diritto delle Comunità (prima) e dell’Unione europea (poi) al fine di farsi valere in ambito interno.

³⁰ Su di che, sopra tutti, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009.

La conclusione di questo ragionamento è che non può mai dirsi in partenza, in astratto o *in vitro*, che le norme internazionali (e, segnatamente, quelle generalmente riconosciute) debbano recedere davanti alle norme costituzionali (e, discendendo, a quelle da esse costituzionalmente “coperte”), persino laddove espressive di principi fondamentali. Si tratta, dunque, ogni volta di stabilire (ed è accertamento estremamente scivoloso ed incerto) dove si situi il punto più alto di sintesi assiologica, quello cioè che porta la Costituzione ad affermarsi *magis ut valeat, come “sistema”* appunto.

Di una sola cosa mi sento al riguardo sicuro: che laddove sia in gioco la dignità, come nella vicenda che ha dato lo spunto a questo succinto commento, non può aversi esitazione alcuna in ordine alla scelta della norma preminente, per la elementare ragione che – come ha fatto notare la più avveduta dottrina – la dignità non soggiace, né può mai soggiacere, a bilanciamento alcuno, ponendosi piuttosto quale la “bilancia” sulla quale si effettuano le ponderazioni tra i beni della vita in gioco³¹. Quanto meno così dovrebbe sempre essere, *secondo modello*, per quanto non ci si possa nascondere che si siano avuti taluni casi in cui la stessa dignità sembra esser stata presso la Consulta sacrificata³².

Nel caso di oggi, la Corte si dichiara ferma guardiana della dignità; sarà poi da vedere se questo punto di diritto potrà considerarsi stabilmente fissato ovvero se sarà rimesso in discussione in altre vicende processuali.

Sta di fatto che, per le ragioni sopra esposte, consigliereerei di non cedere alla tentazione di far luogo ad indebite generalizzazioni delle affermazioni contenute nella decisione qui annotata. Contrariamente a ciò che la stessa Corte ha qui in modo secco dichiarato, non escluderei infatti che possano darsi casi diversi da questo in cui, *malgrado il rilevato contrasto di norme internazionali con principi fondamentali*, delle norme stesse possa farsi ugualmente applicazione, la “situazione normativa” costituita dalla loro vigenza risultando – come si diceva – idonea a servire meglio la Costituzione come “sistema” rispetto alla “situazione normativa” che veda invece precluso l’ingresso alle norme stesse nell’ordine interno.

4. La conferma, venuta dalla odierna vicenda, della tendenza della giurisdizione a presentarsi, in alcune delle sue più salienti manifestazioni, quale giurisdizione per risultati e il timore che, alla fin fine, i diritti costituzionali restino sguarniti di tutela, ineffettivi

Un solo punto rimane da trattare, riprendendo una notazione fatta all’inizio di questo scritto, con riguardo alle concrete possibilità di giustizia date alle vittime dei crimini nazisti.

Pochi dubbi possono invero esservi a riguardo del fatto che la decisione in commento chiami i giudici comuni a disattendere il verdetto della Corte internazionale di giustizia che ha riconosciuto l’immunità dalla giurisdizione nazionale: li chiami, cioè, a considerare quel verdetto un mero “fatto” improduttivo di obblighi giuridici in ambito interno, per effetto della caducazione della norma che ne è a fondamento “*nella parte in cui...*”. Con il che risulta spianata la via a ricorsi ai giudici stessi volti

³¹ L’immagine della bilancia è – come si sa – di G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

³² I casi stessi possono, volendo, vedersi illustrati nel mio [Fatti “interposti” nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell’etica pubblica repubblicana](#), in questa [Rivista](#), 2014 (6 novembre 2014), spec. ai §§ 3 e 4. Ha, dunque, ragione quella dottrina (per tutti, M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell’eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss.; precisazioni sul punto, ora, anche in P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell’interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2014, 315 ss., e F. FERRARO, *Lo spazio giuridico europeo tra sovranità e diritti fondamentali. Democrazia, valori e rule of law nell’Unione al tempo della crisi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, 113 ss.) che si è dichiarata favorevole a che la stessa dignità possa rendersi partecipe di operazioni di bilanciamento, ma solo a mia opinione nel senso del materiale riscontro di siffatta evenienza, non già della sua rispondenza al modello costituzionale.

ad ottenere il risarcimento dei danni patiti dalle vittime suddette³³. È tuttavia convinzione diffusa che assai difficilmente i ricorsi stessi andranno a buon fine. Com'è stato da molti notato, è infatti da mettere in conto che la Germania farà appello alla Corte internazionale di giustizia, denunciando la violazione dell'obbligo di dare esecuzione alle sue pronunzie ad opera del giudice nazionale³⁴. La qual cosa potrebbe dar vita ad una situazione di stallo insuperabile, a meno che la stessa Corte non dovesse correggere il tiro del proprio precedente verdetto rimettendo a fuoco (e, se del caso, ritagliando) l'area di operatività della norma internazionale³⁵.

In realtà, la violazione in parola risulterebbe dal *tandem* costituito dalla decisione della Corte costituzionale e da quella del giudice comune, per quanto la prima sia, *dal punto di vista del nostro ordinamento*, insuscettibile di alcuna impugnazione (art. 137, ult. c.)³⁶. L'effetto giuridico della violazione, tuttavia, in buona sostanza, sarebbe dato dalla combinazione delle due decisioni suddette, la seconda rinvenendo giustificazione nella prima e da essa ricevendo la spinta per la propria adozione.

Si ha qui, insomma, un'ulteriore conferma di quel carattere seriale, "processuale", della giurisdizione, di cui sono venute più volte dicendo negli ultimi tempi, trattando sia dei rapporti tra pronunzie delle Corti europee e pronunzie dei giudici nazionali (costituzionali e non) che di queste ultime *inter se* (segnatamente, appunto, nel *continuum* cui esse danno vita e che risulta composto da decisioni del giudice delle leggi e decisioni di altri giudici).

Si assiste, dunque, ad una *giurisdizione per risultati*³⁷, che vede l'effetto giuridico a conti fatti prodotto da più atti che, succedendosi l'un l'altro, vanno a comporre una "catena" unitaria nella quale ciascun anello allo stesso tempo dà agli altri e da questi riceve senso.

Nella circostanza odierna, la Corte ha fatto luogo ad una importante affermazione di principio, nondimeno bisognosa di esser seguita dalle sue opportune specificazioni-attuazioni al fine di poter produrre i benefici effetti che da essa i portatori di diritti costituzionali lesi si attendono. Insomma, quella oggi posta in atto presso la Consulta è un'operazione di giustizia costituzionale *in progress*, strutturalmente imperfetta, esattamente così come lo sono quelle che si hanno in presenza di additive di principio, che richiedono di perfezionarsi presso le sedi in cui si amministra la giustizia comune, laddove ai principi posti dalla Corte si succedono le regole adeguate alla loro implementazione nell'esperienza.

La differenza tra ciò che molte volte si ha in presenza di additive di principio e ciò che invece si ha nel caso nostro è che il giudice comune potrebbe, a sua volta, finire col dar vita ad affermazioni di mero principio, scritte sull'acqua, incapaci dunque di farsi – com'è doveroso – valere.

La conclusione è amara, sconcertante. La Corte internazionale ha, in buona sostanza, lasciato intendere che le vittime dei crimini nazisti hanno ragione ma che non possono rivolgersi ad un giudice per essere protetti nei loro diritti, nella loro dignità calpestata. La Corte costituzionale, dal suo canto, incoraggia le vittime stesse a rivolgersi ai giudici comuni e questi ultimi, verosimilmente, riconosceranno il torto da esse subito.

I diritti saranno così finalmente *riconosciuti* nelle sedi giuste ma – come si diceva – è quasi certo che resteranno *privi di tutela*³⁸. Una conclusione beffarda, anche per il logoramento psichico ed il

³³ Ad opinione di M. LONGOBARDO, "Il non-essere non è e non può essere", cit., saranno ad ogni buon conto i giudici comuni a sciogliere il dubbio se, nella circostanza *de qua*, si è in presenza di una giurisdizione di cognizione ovvero di una di esecuzione, solo dalla seconda discendendo una soddisfazione pecuniaria per le vittime dei crimini nazisti.

³⁴ Tra gli altri, L. GRADONI, *Corte costituzionale italiana e Corte internazionale di giustizia*, cit., e P. DE SENA, *Spunti di riflessione sulla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale*, in www.sidi-isil.org, 30 ottobre 2014, § 4.

³⁵ Non saprei tuttavia dire quante speranze possano fondatamente nutrirsi a riguardo di quest'aspettativa.

³⁶ Faccio qui di passaggio notare che, in altri luoghi di riflessione scientifica, mi sono interrogato a riguardo della eventuale partecipazione ad operazioni di bilanciamento assiologico della stessa norma che stabilisce la giuridica insindacabilità delle pronunzie del giudice costituzionale, non escludendo, ancora una volta in partenza e per sistema, che ciò possa talora aversi.

³⁷ In questi termini se ne tratta, di recente, nel mio *Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corti nazionali*, in www.federalismi.it, 18/2014, § 9.

³⁸ Né è da fare molto affidamento sulla via diplomatica, qualora dovesse essere percorsa con buona volontà da entrambe le parti. Il timore è infatti che essa non sortisca pratici effetti, tanto più nella presente congiuntura fortemente

dispendio di energie e di denaro cui le vittime dovranno sottoporsi senza riuscire, alla fin fine, ad ottenere ristoro.

segnata da una crisi economica soffocante e gravemente penalizzante i diritti, specie quelli la cui salvaguardia passa attraverso un risarcimento monetario di sicuro cospicuo.

Antonio Ruggeri
Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive*

SOMMARIO: 1. Un chiarimento preliminare del titolo, a riguardo della concatenazione non casuale che si instaura fra i tre “frammenti” che lo compongono. – 2. Il senso e il metodo di una ricerca *in progress*, orientata a cogliere, specie avvalendosi dello strumento della comparazione, la misura dell’influenza culturale che le Corti si esercitano a vicenda, a beneficio dei diritti fondamentali. – 3. La tipizzazione dei ruoli (segnatamente, dei decisori politici e dei garanti) quale condizione necessaria, ancorché non sufficiente, per la ottimale tutela dei diritti e della Costituzione. – 4. Il carattere “processuale” delle pubbliche funzioni (in specie, l’avvento di una “*giurisdizione per risultati*”). – 5. Rifacimento dei dati normativi (e, in particolare, degli enunciati costituzionali) e rinnovamento della giurisprudenza, attraverso il “dialogo” tra le Corti, a garanzia dei diritti.

1. *Un chiarimento preliminare del titolo, a riguardo della concatenazione non casuale che si instaura fra i tre “frammenti” che lo compongono*

Un chiarimento preliminare sul titolo dato alla riflessione che ci si accinge ora a svolgere, con riguardo alla concatenazione non casuale che si dà fra i tre frammenti di cui esso si compone.

Crisi dello Stato nazionale – tengo subito a chiarire, riservandomi di argomentare meglio la tesi più avanti – non equivale a *crisi dello Stato*, ma solo di un suo certo modo di essere, di un “modello” cioè affermatosi in tempi ormai risalenti, che il convulso mutamento di contesto (specie internazionale) mostra essere ormai lontani anni luce dalla realtà in cui siamo immersi: un “modello” dunque oggi improponibile. Dire però che possiamo fare a meno dello Stato o che se ne potrà fare a meno, prevedibilmente, a breve sarebbe, a mia opinione, profondamente sbagliato¹: una vera e propria distorsione ottica, frutto di un cattivo inquadramento dell’oggetto ritratto. Di contro, numerose e convergenti esperienze rendono testimonianza del fatto che le relazioni in ambito internazionale e sovranazionale hanno pur sempre bisogno dell’opera degli Stati per potersi perfezionare e conseguire gli effetti per il tramite del loro svolgimento avuti di mira. Un’opera – si faccia caso – non meramente esecutiva di volontà preconfezionate ma che, all’inverso, lascia margini, ora più ed ora meno, consistenti in sede di *attuazione* delle volontà stesse². Se pure, poi, l’“autonomia” dello Stato – termine che qui, evidentemente, adopero in senso largo ed improprio³ – dovesse considerarsi, sotto

* ... alle Giornate di studio dall’omonimo titolo, Messina 21-22 novembre 2014.

¹ Da un angolo visuale assai distante da quello qui adottato e per finalità ricostruttive parimenti diverse, anche altri studiosi (e, tra questi, di recente, M. BARBERIS, *Il custode delle fonti. Lo Stato dopo lo Stato e la sua legalità*, in *Lo Stato*, 2/2014, 11 ss.) hanno, con varî svolgimenti, messo in evidenza il perdurante e rilevante ruolo esercitato dagli Stati. Con specifico riguardo al piano delle relazioni con l’Unione europea, è possibile farsene un’idea meno approssimativa di quella qui, per necessità, rappresentata consultando, se si vuole, P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*⁴, Giappichelli, Torino 2014.

² Tengo qui a marcare la differenza che si dà tra la mera *esecuzione* e la più consistente *attuazione*, la quale ultima si concreta a mezzo di atti espressivi di un (ora più ed ora meno e, tuttavia, pur sempre) significativo margine di apprezzamento discrezionale di cui viene a godere il soggetto agente.

³ Mi tengo in questa sede volutamente alla larga dall’affrontare la spinosa, complessa questione circa la possibilità di seguitare ad appuntare in capo allo Stato l’attributo della sovranità, perlomeno nella sua tradizionale accezione. Mi limito solo ad enunciare, senza addurre alcun argomento a suo sostegno, la tesi nella quale da tempo mi riconosco, secondo cui – se si vuole – il termine può ancora oggi essere adoperato, a condizione però che sia caricato di valenze complessivamente irriducibili ai suoi antichi schemi teorici di qualificazione. Il quadro, peraltro, appare essere assai fluido e gravato da non poche, pesanti ipoteche di vario genere, tenendo conto delle quali potrebbe ritenersi che si sia oggi in presenza di una *sovranità condivisa* tra gli Stati ed altri enti, specie sovranazionali (e, tra questi, com’è ovvio, particolarmente l’Unione europea): una “condivisione”, peraltro, che muta da materia a materia, nonché, per uno stesso ambito materiale, nel tempo, per effetto di spinte e contospinte di varia provenienza ed intensità, in un quadro caratterizzato da continue e vistose oscillazioni degli elementi che lo compongono. Di modo che solo a seguito di un’analisi accurata, estesa a molti ambiti materiali, si può tentare di fare il punto sul suo modo di essere.

taluni aspetti, fortemente compressa e, in relazione a certe esperienze, praticamente azzerata, per esperienze diverse ciò di sicuro non si ha, confermandosi piuttosto il ruolo attivo dello Stato: a dimostrazione – come si vede – di quanto complessa (e, se si vuole, contraddittoria) sia una realtà che appare essere bisognosa di attenta considerazione e di non agevole spiegazione.

Proprio dall'angolo visuale qui prescelto, che ha riguardo al ruolo giocato dalle Corti sovranazionali e nazionali a tutela dei diritti fondamentali⁴, si ha tangibile conferma di quanto si viene ora dicendo, in sede di notazioni introduttive, e si avrà modo di precisare meglio più avanti, vale a dire che le Corti sono chiamate ad un continuo confronto, ad un “dialogo” – come si suole chiamarlo –, in vista dell'ottimale appagamento, alle condizioni oggettive di contesto, dei bisogni elementari dell'uomo: bisogni – non è inopportuno precisare – viepiù intensamente e, talora, drammaticamente avvertiti, specie nel tempo presente, nel quale le minacce per i diritti si fanno sempre più insidiose, anche per effetto dello sviluppo scientifico e tecnologico (che pure offre strumenti ancora fino a pochi anni addietro impensabili per la piena realizzazione della personalità dell'uomo), nel mentre una crisi economica devastante mette in ginocchio individui e gruppi sociali, disperdendo aspettative largamente diffuse ed obbligando a ripensare *ab ovo* ad un certo modo di vivere in comunità, di concepire la comunità stessa.

Sta di fatto – ed è questa la ragione del secondo tassello del quadro che si va delineando nei suoi contorni essenziali – che il “dialogo” intergiurisprudenziale, pur con tutti i suoi limiti ed anche con la non rimossa ambiguità che lo circonda ed avvolge, appare essere uno strumento assolutamente necessario, ancorché da solo insufficiente, al fine di dare almeno in parte appagamento ai bisogni suddetti.

Poi, si tratta, ovviamente, di stabilire – ed è questa la ragion d'essere della ricerca i cui primi risultati ora si presentano – quale “dialogo” possa offrire i suoi migliori servizi ai diritti e quale tutela possa per il suo tramite venire a questi ultimi (il terzo “frammento” evocato dal titolo). “Dialogo” e tutela non sono infatti dei “contenitori” vuoti che ciascuno può riempire a piacimento; tutt'all'inverso, va fatta chiarezza su cosa essi *possano* (e *debbano*) essere, partendo, innanzi tutto, dai “modelli”, per come risultano delineati alla luce delle indicazioni offerte dalla Carta costituzionale per un verso, dalle Carte sovranazionali per un altro.

I “modelli” sono – come si sa – punto obbligato di riferimento delle analisi dei giuristi che ad essi sono soliti riportare l'esperienza, in tutte le sue manifestazioni (in ispecie, per quanto si dirà subito appresso, quale esperienza normativa e, più ancora, giurisprudenziale), al fine di vagliarne la conformità (o, diciamo meglio, la *misura* della conformità). I “modelli” tuttavia – è ormai provato – non possono fare a meno di attingere dall'esperienza, specie dalle sue più marcate ed espressive indicazioni, i materiali necessari alla loro conformazione ed all'incessante rinnovamento. Gli uni e l'altra, insomma, si dispongono in circolo, stanno cioè in un rapporto di mutua, mai interrotta, alimentazione, dandosi senso e sostegno a vicenda. Si tratta, poi, di vedere come si selezionano i materiali suddetti e come essi entrano a comporre il “modello”, a farsi modello.

Di qui, il taglio prescelto per la ricerca, che punta specificamente a mettere in primo piano ed a fuoco l'esperienza, in alcune delle sue più espressive manifestazioni, interrogandosi circa il loro significato complessivo e l'idoneità a stare entro la cornice positiva, concorrendo per la loro parte a dipingere un quadro che nondimeno – avverto da subito – ha al proprio interno linee di diversa fattura e conformazione, alle volte maggiormente marcate e chiaramente fissate, altre invece ancora opache ed incerte.

2. *Il senso e il metodo di una ricerca in progress, orientata a cogliere, specie avvalendosi dello strumento della comparazione, la misura dell'influenza culturale che le Corti si esercitano a vicenda, a beneficio dei diritti fondamentali*

⁴ Avverto che, al fine di non appesantire il discorso, d'ora innanzi ogni volta che tratterò dei diritti ometterò il riferimento alla qualifica di “fondamentali”, che considero sottintesa.

Come si sarà capito già dalle prime notazioni fin qui svolte, la ricerca che ora si presenta appare molto ambiziosa; e, tuttavia, essa vorrebbe esserlo ancora di più, costituendo quella di oggi solo la prima parte di un progetto più ampio che ha di mira di spingersi in territori nei quali oggi non mette piede. I rapporti tra gli ordinamenti o sistemi di norme⁵ sono, infatti, qui visti unicamente da un angolo visuale giudicato particolarmente illuminante e promettente interessanti esiti ricostruttivi, quello del ruolo giocato dai giudici, nazionali e non, a tutela dei diritti. Rimangono, dunque, fuori dell'orizzonte teorico oggi avuto di mira altri angoli visuali di non minore rilievo: ad es., quello che fa riferimento al ruolo giocato dalle amministrazioni (o dagli stessi privati, specie se organizzati) al servizio dei diritti. Si tratta di un versante che dovrà essere – si spera tra non molto – battuto⁶, altrimenti i risultati conseguiti si presenteranno comunque parziali e complessivamente inattendibili. Basti solo pensare, per avvedersene, alla circostanza per cui l'appello al giudice, quale che sia il livello istituzionale al quale opera, è fatto da coloro che si ritengono lesi o menomati da atti dei pubblici poteri o di privati. Questa è, tuttavia, solo la punta emergente di una montagna sommersa che, al pari di un *iceberg*, costituisce proprio la parte più consistente rispetto a quella che viene alla luce; e la punta da sé sola non dà certo l'idea di com'è fatta l'intera montagna se non in modo largamente approssimativo. Chi, dunque, si interroghi sul complessivo stato di salute dei diritti non può di certo fermarsi unicamente alle esperienze presuntivamente patologiche; ha anche da guardare al fisiologico svolgimento della vita dell'ordinamento. Solo che quest'ultimo si sottrae naturalmente alla vista e, laddove appunto non conosciuto, non consente di cogliere in tutto il suo spessore il fenomeno oggetto di studio. Così, d'altronde, vanno le cose per ogni ambito materiale di esperienza e per ogni esperienza data: se guardiamo agli omicidi, ai furti o ai reati in genere, cogliamo solo uno "spaccato" di vita in comunità ma di certo non apprezziamo il modo complessivo di essere del tessuto sociale, specie appunto nelle sue parti "sane".

Tutto ciò posto, è innegabile che la prospettiva prescelta appaia essere di estremo interesse, davvero illuminante. Non a caso, d'altronde, il ruolo giocato dai giudici a tutela dei diritti ha attirato (e seguita senza sosta ad attirare) l'attenzione di un numero di studiosi che cresce in modo esponenziale ogni giorno che passa, al punto di dimostrarsi incontenibile, praticamente impossibile, un esaustiva menzione degli scritti sul tema. Il terreno sul quale i giudici svolgono il loro quotidiano, operoso impegno al servizio dei diritti è, infatti, come si sa, proprio quello in cui il *diritto vigente* ha modo di convertirsi in *vivente*, ferma restando l'avvertenza che quest'ultimo, per quanto si è appena notato, non si esaurisce – come invece da parte di molti si pensa – nel solo diritto giurisprudenziale, che pure ne costituisce una espressione di non poco significato.

Riprendendo e svolgendo un cenno inizialmente fatto, dico subito qual è il taglio metodico posto a base della ricerca che ora si presenta: un taglio prettamente *culturale*, che lascia volutamente in ombra alcuni profili sui quali pure molti studi in circolazione appuntano specificamente l'attenzione. Qui, infatti, più che guardare alle *fonti*, si guarda alle *norme*, alle *norme viventi*. Non ci si chiede, dunque, in quale relazione stanno le Carte dei diritti, se tra di esse si dia gerarchia e, se sì, in che

⁵ La duplice dizione si deve alla circostanza per cui, ad opinione del nostro giudice costituzionale, la CEDU non comporrebbe un "ordinamento" in senso proprio (in accezione istituzionale, dunque), quale invece è quello dell'Unione, bensì appunto un mero "*sistema*" di norme, sì da non potersi a quella estendere la "copertura" dell'art. 11 cost. né per essa far valere il meccanismo dell'applicazione diretta, come si sa invece valevole per le norme eurounitarie (sempre che, naturalmente, ne abbiano la strutturale idoneità). Un ragionamento, questo, invero alquanto singolare, se si conviene che altro è l'attitudine di un ordinamento (o, se si vuole, di un "sistema" di norme) a servire la causa della pace e della giustizia fra le Nazioni ed altra cosa il fatto che le norme appartenenti a tale ordinamento (o "sistema") debbano, o no, essere portate subito ad applicazione. Una soluzione, questa, che – come mi sono sforzato di argomentare in altri luoghi – non discende dall'art. 11 (che nulla dice, in un senso o nell'altro, al riguardo), bensì *direttamente ed esclusivamente* dallo stesso ordine sovranazionale, risultando prescritta dai trattati dell'Unione. Se, dunque, possa ovvero debba valere anche alla luce di altri trattati è questione che la Carta lascia impregiudicata.

Come che sia di ciò, avverto che in questo studio, così come ho già fatto in altri precedenti, quando discorro di relazioni "interordinamentali" intendo riferirmi anche a quelli riguardanti il sistema convenzionale.

⁶ ... malgrado le evidenti difficoltà cui va incontro un'indagine siffatta il cui materiale oggetto di studio appare di problematico reperimento, a meno che non si faccia luogo in partenza ad una sua stringente selezione, col difetto però della lacunosità degli esiti ricostruttivi in tal modo raggiunti.

misura: ad es., se l'una Carta debba rispettare i soli principi fondamentali della Carta costituzionale ovvero quest'ultima in ogni sua norma, secondo quanto – come si sa – è solito ripetere il nostro giudice costituzionale ragionando dei rapporti, rispettivamente, della Carta di Nizza-Strasburgo (e del diritto eurounitario in genere) con la Carta costituzionale e di quelli che con quest'ultima intrattiene la CEDU (al pari di ogni altra Carta).

Qui importa piuttosto cercare di stabilire qual è stato (ed è) il peso effettivo giocato dalla giurisprudenza di questo o quell'ordinamento in ordine alla tutela dei diritti, avuto specifico riguardo all'influenza che l'una ha mostrato di saper esercitare sull'altra o sulle altre.

L'idea di partenza, che credo di poter dire essere ampiamente verificata, è che l'influenza stessa vi sia stata ed anzi vada aumentando sempre di più, a conferma del fatto che l'immagine maggiormente appropriata a rappresentare il modo complessivo di essere delle relazioni tra le “norme viventi” volte a dare tutela ai diritti è quello di un circolo che, allo stesso tempo, va sempre di più rimarcandosi ed allargandosi, non dunque quella della piramide o dei campi recintati ed invalicabili da una parte e dall'altra, congeniali rispettivamente allo schema gerarchico ed a quello della separazione delle competenze.

Certo, possiamo poi discutere se l'influenza stessa risulti essere maggiore nell'uno ovvero nell'altro verso, in quello ascendente o nell'altro discendente. Un interrogativo che, per arduo che sia il tentativo di darvi una documentata risposta, è di estremo interesse ed anche non poco impegnativo. E, tuttavia, ove si faccia caso non già alla quantità bensì alla qualità, ciò che importa è che quella del cerchio si conferma appunto essere la più fedele descrizione di uno stato di cose che appare nondimeno essere in movimento, in alcuni dei suoi tratti anche particolarmente qualificanti appannato e confuso, ad oggi insomma in attesa di una chiarificazione interna che tarda a venire né può dirsi se e quando potrà finalmente, in apprezzabile misura, aversi.

Muovendo dall'assunto che le Carte si dispongono tutte su un terreno comune e che ciascuna tende alla propria affermazione, avvalendosi delle Corti preposte a darvi voce e garanzia, si tratta perciò di verificare quali siano i percorsi in concreto compiuti dal “dialogo” che tra le Corti stesse, ormai pressoché quotidianamente, s'intrattiene e svolge, quali le sue più salienti espressioni, quale il servizio venutone ai diritti.

Da questa prospettiva non minore utilità rispetto alle indagini di carattere generale e di sintesi presentano quelle particolari, che si situano su specifici campi materiali⁷ volgendo alla descrizione di forme e limiti del “dialogo” in parola. Sempre dalla medesima prospettiva di non poco interesse è verificare non soltanto convergenze e divergenze di orientamenti tra le Corti europee e i giudici nazionali (comuni e costituzionale) ma anche tra questi ultimi quali appartenenti a Paesi diversi.

Alla comparazione è, infatti, oggi da assegnare un rilievo di gran lunga maggiore di quello, pure non secondario, tradizionalmente ad essa riconosciuto⁸. In un contesto, quale quello presente, segnato

⁷ Tra i più promettenti interessanti esiti ricostruttivi sono quello della famiglia, del lavoro, delle autonomie (specie regionali), del processo, dell'ambiente, della bioetica (nella sua più larga accezione, che poi porta a coprire “porzioni” anche dei campi sopra indicati e di altri ancora), e via dicendo.

⁸ La dottrina, specie appunto quella in tema di diritti fondamentali, mostra di esserne del tutto consapevole, per quanto tardino ancora a venire alla luce studi adeguati in relazione a taluni campi materiali meritevoli di ulteriore attenzione. Tra i molti altri e di recente, AA.VV., *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, a cura di G. Martinico - O. Pollicino, Groningen, 2010; G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli 2011; AA.VV., *Human Rights Protection in the European Legal Order: the Interaction between the European and the National Courts*, a cura di P. Popelier - C. Van De Heyning - P. Van Nuffel, Intersentia, Cambridge, 2011; G. MARTINICO - O. POLLICINO, *The Interaction between Europe's Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Elgar, Cheltenham (Gran Bretagna) - Northampton (Stati Uniti d'America) 2012; A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Jovene, Napoli 2012; AA.VV., *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, a cura di L. Casseti, Jovene, Napoli 2012 e, da ultimo, AA.VV., *Diritti e giurisprudenza. La Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo. Derechos y jurisprudencia. La Corte interamericana y el Tribunal europeo de derechos humanos*, a cura di L. Casseti - A. Di Stasi - C. Landa Arroyo, Jovene, Napoli 2014; F. FABBRINI, *Fundamental Rights in Europe. Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford 2014; M. CARDUCCI - V. DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Teoria*

da un'integrazione sovranazionale avanzata e dall'infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale, gli Stati faticano non poco nel ricercare le soluzioni maggiormente idonee alla salvaguardia della loro identità nazionale, allo stesso tempo in cui l'identità europea va prendendo sempre più forma, radicandosi nell'ambito suo proprio e proponendosi quale il marchio qualificante di un'Europa che ambisce a ricostruire e preservare l'unità sovranazionale dotandosi di un patrimonio di diritti suoi propri⁹.

Ex pluribus una stabilisce un noto motto, che nondimeno designa ancora un obiettivo o una tendenza, non già un risultato acquisito e consolidato. E la verifica sia del primo (la pluralità) che del secondo (l'unità) dei segmenti che compongono la formula suddetta non può, di tutta evidenza, aversi se non ricorrendo al confronto, esteso a tutti i diritti ed a tutti gli ambiti materiali di esperienza. Una verifica, ovviamente, impossibile a farsi in modo (non dico compiuto ma quanto meno) organico, richiedendosi tempi, spazi e, soprattutto, risorse umane di cui ora non si dispone. Già, però, la selezione di alcuni diritti in relazione a taluni campi, come pure di taluni ordinamenti ai quali circoscrivere il confronto (individuati tra quelli verso i quali le Corti europee maggiormente si volgono, in sede di ricognizione delle "tradizioni costituzionali" meritevoli di considerazione), può rendere un'idea non troppo approssimativa di come stiano realmente le cose. Non è, insomma, di certo casuale se, per certi ambiti materiali, alcuni orientamenti giurisprudenziali si affermano negli ordinamenti nazionali con sostanziale comunanza di tratti essenziali o, all'opposto, in modi significativamente diversi. Nell'un caso, è il segno non tanto di un "dialogo" intergiurisprudenziale andato a buon fine, quanto (e ancora più a fondo) del fatto che certi modi di pensare sono ormai entrati in circolo nel corpo sociale e si sono trasmessi da un posto all'altro contagiando beneficamente altri corpi sociali e rendendo così testimonianza di una cultura tendenzialmente comune (o, come che sia, largamente diffusa) in fatto di riconoscimento e di tutela di alcuni diritti. Nell'altro caso, si ha invece la conferma che, malgrado la condivisione da parte degli ordinamenti del patrimonio storico-positivo proprio delle liberaldemocrazie, marcate tuttavia restano le divergenze d'indirizzo.

L'esperienza – credo di poter dire – avvalora sia l'una che l'altra evenienza. Mi pare, nondimeno, meritevole di speciale attenzione la circostanza per cui le Corti europee (in ispecie, quella di Strasburgo) su questioni spinose e coinvolgenti, di natura etico-sociale¹⁰, manifestino notevole cautela, nella consapevolezza delle divisioni e dei veri e propri conflitti esistenti nel tessuto sociale dei Paesi europei (e non solo europei), sì da dar modo alle specifiche tendenze che in essi vanno delineandosi di ricercare le forme della propria affermazione senza soggiacere a vincoli stringenti da parte delle norme sovranazionali (specie nel loro farsi "diritto vivente"). Allo stesso tempo, la giurisprudenza europea si fa cura di piantare nei territori nazionali taluni semi che, opportunamente coltivati, possono agevolare il pur graduale e non di rado sofferto mutamento rispetto alla cultura tradizionale, la pur moderata e tuttavia non insignificante convergenza di tradizioni costituzionali ad ogni buon conto diverse. E, ancora una volta, la comparazione si rivela strumento prezioso al fine della maturazione della convergenza in parola.

Sono dell'idea che quella messa in atto dalla giurisprudenza europea, rivista nella sua possibile evoluzione di medio-lungo periodo, sia una strategia vincente. I giudici sovranazionali sono

tridimensional das integrações supranacionais. Uma análise comparativa dos sistemas e modelos de integração da Europa e América Latina, Forense, Rio de Janeiro 2014.

⁹ Il tema ha animato un fitto dibattito e non cessa di attrarre l'attenzione di sensibili studiosi: in aggiunta alle indicazioni che possono trarsi dagli autori sopra cit., v., tra gli altri (e con specifico riferimento al significato della clausola di cui all'art. 4 TUE), S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1/2012, 263 ss. e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013, spec. 190 ss.; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'uropeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; M. STARITA, *L'identità costituzionale nel diritto dell'Unione europea: un nuovo concetto giuridico?*, in AA.VV., *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, Il Mulino, Bologna 2012, 139 ss.

¹⁰ Un esempio per tutti, per dare subito un minimo di concretezza al discorso, quello del matrimonio tra persone dello stesso sesso, al quale nondimeno mi richiamerò anche più avanti.

pienamente consapevoli che attaccare frontalmente una cultura giuridica profondamente radicata in ambito nazionale rischia di provocare reazioni aspre, tali da non consentire ad un orientamento sovranazionale innovativo di essere “metabolizzato” e potersi quindi far valere e diffondere. La tecnica giusta è, dunque, quella delle progressive acquisizioni. Ho l’impressione che molti dei casi in cui a Strasburgo si fa uso (un uso, nondimeno, non sempre lineare e coerente) della dottrina del consenso¹¹ vadano spiegati proprio così; e coi dovuti adattamenti, non diversa può essere la conclusione con riguardo al rilievo in concreto assunto dalle tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza dell’Unione.

3. La tipizzazione dei ruoli (segnatamente, dei decisori politici e dei garanti) quale condizione necessaria, ancorché non sufficiente, per la ottimale tutela dei diritti e della Costituzione

La comparazione – si è fatto in altra occasione notare – è una sorta di ponte percorribile in verso sia ascendente che discendente: per l’uno, le tradizioni costituzionali nazionali si portano verso l’alto fino a convertirsi in “comuni” attraverso le originali loro selezioni e rielaborazioni che – come si sa – ne fa la Corte di giustizia; per l’altro, le tradizioni stesse, una volta commutatesi in *diritto eurounitario vivente*, tornano negli ambiti di provenienza, offrendosi per l’incessante svecchiamento delle tradizioni nazionali, la loro messa a punto, la mutua convergenza, e si rendono quindi disponibili per nuove “ascensioni”: con un moto, come si vede, circolare, che vede le tradizioni soggette ad incessante rinnovamento nel passaggio da un livello istituzionale all’altro, senza che nondimeno risulti reciso il filo della continuità evolutiva. E, invero, le tradizioni sono soggette a spinte e contospinte di varia intensità, oscillando tra il polo della fedeltà alla loro matrice originaria e quello della innovazione e rigenerazione, senza farsi definitivamente o esclusivamente attrarre da questo o da quello. Tutto ciò, nondimeno, in via di principio. Fanno però ad oggi difetto studi adeguati alla messa a fuoco come si conviene del fenomeno in tutta la sua complessità e la reale consistenza. Quali, ad es., i campi materiali nei quali si è avuto maggiormente riscontro delle tradizioni comuni e quali le tecniche a mezzo delle quali si è fatto (e si fa) luogo alla selezione dei materiali utili al loro riconoscimento? E ancora: quali novità in merito al loro utilizzo dopo la “razionalizzazione” dei diritti già “europeizzati” dalla Corte di Lussemburgo ad opera della Carta di Nizza-Strasburgo?¹² E, infine, quale la concreta incidenza esercitata dalle tradizioni ormai divenute “comuni” al momento del loro

¹¹ Indicazioni in R. CONTI, in molti scritti, tra i quali *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014, spec. 214 ss., e, ora, *Alla ricerca degli anelli di una catena*, Introduzione alla sessione pomeridiana dei lavori del Convegno su *Diritti delle coppie omosessuali*, Brescia 26 settembre 2014, in *paper*; inoltre, G. RAIMONDI, *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8-11 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in www.europeanrights.eu, 11 gennaio 2013.

¹² Non si dimentichi che la Carta dei diritti è stata chiamata ad un’opera di ricognizione delle tradizioni costituzionali già recepite in ambito sovranazionale, alle quali è dunque chiamata a conformarsi. Si dirà che è questa una vera e propria stranezza: quella, cioè, di una Carta materialmente costituzionale obbligata a prestare ossequio alla giurisprudenza, laddove per norma è (o dovrebbe essere) proprio l’inverso, i giudici essendo istituzionalmente deputati a servire e far valere i documenti normativi, a partire appunto dalle Carte dei diritti.

Tutto ciò posto, è indubitabile che la Carta di Nizza-Strasburgo, per il solo fatto di aver fatto chiarezza in ordine al riconoscimento dei diritti di dimensione europea, possa per la sua parte sollecitare lo svecchiamento della giurisprudenza e promuovere l’adozione di discipline positive viepiù avanzate al servizio dei diritti. Anche la Carta, insomma, oscilla (e non potrebbe essere diversamente) tra continuità ed innovazione. La Carta esiste già da diversi anni, nel corso dei quali ha trovato non infrequenti applicazioni (persino, come si sa, prim’ancora della sua formale entrata in vigore); tuttavia, è ancora presto per avere risposte sicuramente attendibili ai quesiti ora posti (sull’uso complessivamente fatto della Carta, indicazioni possono aversi da L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell’Unione europea. Un’analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013; G.A. FERRO, *Riflessioni sul cammino “costituzionale” della Corte di giustizia dell’Unione europea*, in AA.VV., *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l’integrazione politica in Europa*, a cura di A. Ciancio, Aracne, Roma 2014, 266 ss., nonché da Commissione UE, *2013 Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights*, www.diritticomparati.it, 24 aprile 2014).

ritorno negli ordinamenti nazionali? Insomma (e in breve), quale l'effettivo modo di essere del modello circolare sopra sinteticamente enunciato?

In attesa che gli interrogativi appena posti siano sciolti, di una sola cosa mi pare si possa esser certi, anche alla luce dei più recenti svolgimenti dell'esperienza in fatto di tutela dei diritti; ed è che il modo più efficace perché le suggestioni offerte dalle Corti sovranazionali possano essere come si conviene raccolte in ambito interno, come pure perché quelle provenienti da quest'ultimo riescano a farsi apprezzare in ambito sovranazionale, è dato dalla loro *strutturale flessibilità*, quello cioè della cautela ed apertura a plurimi svolgimenti attuativi¹³. È proprio da siffatta qualità strutturale posseduta dalle singole decisioni giurisprudenziali e dagli interi indirizzi dalle stesse composti che dipende, in larga misura, l'esito, pur tuttavia assai arduo da raggiungere appieno, di un complessivo equilibrio istituzionale, nella varietà delle sue manifestazioni. Se ci si pensa, in gioco non è poi solo l'equilibrio in parola ma la stessa tenuta della Costituzione, nel suo modo di essere congeniale ad un ordinamento "aperto" verso l'alto ed in via di progressiva, sempre più avanzata integrazione sovranazionale.

Equilibrio tra le istituzioni e salvaguardia della Costituzione, della sua forza, della sua identità, sono le due facce di una sola medaglia. D'altro canto, è la stessa idea di Costituzione, propria della tradizione liberale che ci appartiene ed accomuna, a darne sicura conferma, secondo il mirabile insegnamento dell'art. 16 della *Dichiarazione* del 1789 che congiuntamente richiede la tipizzazione dei ruoli istituzionali degli organi supremi (nel che – come si sa – è l'essenza della separazione dei poteri) ed il riconoscimento dei diritti fondamentali: quella in funzione della effettiva tutela di questi, nella misura massima possibile alle condizioni storicamente date.

La tipizzazione dei ruoli è quanto di più arduo forse oggi vi sia da realizzare e preservare in concreto, specie nel tempo presente in cui il riferimento non va circoscritto alle sole relazioni tra gli organi dello Stato, come si era soliti fare al tempo della indiscussa, piena affermazione dello Stato nazionale; va, piuttosto, esteso al piano interordinamentale, guardando cioè al modo con cui si atteggiavano i rapporti tra gli organi che operano in ambito sovranazionale e quelli di diritto interno. La qual cosa, poi, riguardata da una prospettiva più ampia di quelle usualmente adottate, porta (o dovrebbe portare) a riconsiderare le stesse nozioni tradizionali, e tuttavia ad oggi correnti, di "forma di Stato" e di "forma di governo", facendone oggetto di critica riconsiderazione e di più adeguato inquadramento appunto al piano suddetto, tenendo cioè conto dell'influenza che sempre più incisiva e penetrante viene *ab extra* nei riguardi delle attività che si impiantano e svolgono entro le mura della cittadella statale (ma, di ciò, ovviamente, nulla qui può dirsi e deve pertanto farsi rimando ad altri luoghi di riflessione scientifica¹⁴).

Dunque, una tipizzazione dei ruoli tra legislatore (sovranazionale) e legislatore (nazionale), tra legislatori e giudici (costituzionali e nazionali), tra giudici e giudici (rispettivamente, sovranazionali e nazionali); e, ancora, tra istituzioni centrali ed istituzioni periferiche in seno ad uno stesso

¹³ L'apertura, poi, che un ordinamento fa all'altro non è mai incondizionata bensì assiologicamente qualificata, "filtrata", alla luce del canone della tutela più intensa: l'autentica *Grundnorm* – come mi è venuto più volte di recente di dire – posta a base delle relazioni interordinamentali. Nessuna norma di origine esterna (e, segnatamente, nessuna norma che dà riconoscimento ai diritti) ha infatti garantita l'immissione in ambito interno, la quale si ha unicamente alla condizione che da siffatta immissione discenda un accrescimento delle garanzie offerte ai diritti, in applicazione dunque di quel canone della "sussidiarietà" che – com'è noto – è espressamente enunciato tanto nella CEDU quanto nella Carta di Nizza-Strasburgo (e, a mia opinione, è del pari desumibile anche dalla nostra Carta costituzionale, la quale puntando alla realizzazione dei suoi valori fondamentali, a partire da quelli di libertà ed eguaglianza, sarebbe insensato che pretendesse di esser fatta incondizionatamente valere, laddove invece dovesse risultare provato che ancora più conducenti al fine della specificazione-attuazione di quei valori sono altre norme, di origine esterna).

Questa soluzione, *mutatis mutandis*, a mio modo di vedere vale anche per ciò che attiene al transito verso l'alto delle tradizioni costituzionali nazionali e la loro conversione in "comuni", pilotato – per dir così – dal canone della tutela più intensa.

¹⁴ Una critica riconsiderazione delle sistemazioni teoriche delle forme di governo è stata operata non molto tempo addietro da M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir., Ann.*, III (2009), 538 ss., il cui orizzonte teorico è nondimeno alquanto distante da quello nel quale mi riconosco.

ordinamento, quali da noi quelle statali e quelle regionali (e locali in genere)¹⁵. Una tipizzazione a tutto campo, insomma.

In primo luogo, pochi dubbi – a me pare – dovrebbero aversi a riguardo della diversità dei ruoli degli organi di garanzia rispetto a quelli dei decisori politici: in buona sostanza, del legislatore (onnicomprensivamente inteso, siccome riferito ad ogni organo, nazionale e non, abilitato alla produzione normativa) e dei giudici. L'uso del condizionale, nondimeno, si deve alla circostanza che, ieri come oggi, l'affermazione ora fatta ha costituito oggetto di numerose e penetranti obiezioni di ordine sia teorico-generale che dogmatico¹⁶, tuttavia a mia opinione non insuperabili, ove si convenga che, *secondo modello*, la diversità dei ruoli è pur sempre da tener ferma, specificamente negli ordinamenti che hanno inteso salvaguardare il carattere democratico delle strutture costituzionali in funzione della tutela dei diritti fondamentali¹⁷.

In realtà, la tesi qui non accolta confonde modello con esperienza o, per dir meglio, con *certe* esperienze, nelle quali invero la confusione dei ruoli ha avuto (ed ha) non infrequente riscontro. Eppure, il modello costituzionale sembra ugualmente reggere agli urti ed alle deviazioni dall'alveo dallo stesso tracciato per il fisiologico svolgimento delle attività istituzionali.

Per ciò che qui più da presso importa, la più rilevante manifestazione di scostamento dal modello si ha nella innaturale “supplenza” esercitata dai giudici nei riguardi di un legislatore colpevolmente inerte: una inerzia che specialmente nei campi materiali sui quali si agitano le questioni eticamente sensibili si rivela essere particolarmente vistosa, grave, intollerabile¹⁸. Consola poco o per nulla la circostanza che siffatta anomala “sussidiarietà” porta a decisioni dei giudici alle volte dotate di effetti limitati al caso, mentre laddove prende corpo a mezzo di pronunzie dei giudici costituzionali (segnatamente, di accoglimento¹⁹) l'efficacia da esse espressa è “generale”, esattamente così come lo

¹⁵ Non si trascuri questo versante, al quale si è guardato in precedenti indagini e nel quale si dispongono molti diritti in attesa della loro opportuna protezione. Per avvedersene, è sufficiente consultare la corposa ricerca di recente portata a termine da un nutrito drappello di giovani ed impegnati studiosi, i cui esiti sono davvero illuminanti circa la vastità dei campi materiali nei quali le autonomie territoriali possono operare a beneficio dei diritti: v., dunque, AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli e L. Trucco, Giappichelli, Torino 2014. Al tema è, ora, dedicato l'incontro di studio su *L'impatto della crisi sulla tutela dei diritti nelle Regioni. La prospettiva italiana, spagnola ed europea*, Università Lumsa di Roma, 13 novembre 2014. Quanto poi ai negativi condizionamenti che possono aversi per lo stato di salute dell'autonomia territoriale e, di riflesso, dei diritti in conseguenza della crisi economica che ha vigorosamente spinto per un esasperato accentramento, tra gli altri e di recente, C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 4/2013; inoltre, S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere*, in www.rivistaaic.it, 4/2013; G.G. CARBONI, *Lo Stato regionale al tempo del rigore finanziario*, in www.rivistaaic.it, 2/2014; F. BILANCIA, *Spending review e pareggio di bilancio. Cosa rimane dell'autonomia locale?*, in www.astrid-online.it, 17/2014.

¹⁶ Mi riferisco, in particolare, alle note ricostruzioni di C. ESPOSITO, in tema di controfirma ministeriale, e di G.U. RESCIGNO, per ciò che attiene al rilievo delle convenzioni costituzionali, e, da ultimo, O. CHESSA, quanto alla connotazione del ruolo del Capo dello Stato [v., dunque, del primo, il *Saggio sulla controfirma ministeriale*, Giuffrè, Milano 1962, e la voce *Controfirma ministeriale*, per l'*Enc. dir.*, X (1962), 285 ss.; del secondo, almeno *Le convenzioni costituzionali*, Cedam, Padova 1972, e, del terzo, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo*, Jovene, Napoli 2010. Del rapporto tra il diritto costituzionale scritto e quello non scritto si è, di recente, discusso in occasione del Convegno AIC di Catanzaro del 17-18 ottobre 2014 su *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale* (alcune relazioni sono in www.rivistaaic.it, 4/2014). Il mio pensiero sul punto può, se si vuole, vedersi nel mio *Costituzione scritta e diritto costituzionale non scritto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012].

¹⁷ È superfluo qui rammentare che l'idea che i controllori (specie quelli apicali) possano farsi anche decisori politici ci farebbe ripiombare nelle tenebre che avvolgevano lo Stato precostituzionale: a conti fatti, porterebbe diritto all'attrazione fatale del controllo nel “buco nero” della decisione politica allo stato puro, vale a dire all'assorbimento ed alla fagocitazione dell'uno da parte dell'altra. Come si avvertiva poc'anzi, la mancata tipizzazione delle funzioni equivale, perciò, in buona sostanza, a negazione della Costituzione (ma v. gli svolgimenti che subito seguono nel testo).

¹⁸ Un chiaro quadro di sintesi di quanto i giudici hanno fatto e vanno facendo in siffatti ambiti materiali è in S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*; II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto*, cit.

¹⁹ Per vero, anche le decisioni dei giudici costituzionali non sempre hanno effetti generali: in via di principio, non li hanno – secondo la comune opinione, nella quale tuttavia, per ragioni altrove rappresentate, non mi riconosco – quelle di rigetto e, talora, neppure quelle di accoglimento, come ad es. nei casi in cui si abbia annullamento di norma di legge statale che abbia leso la sfera di competenza di una Regione a statuto speciale, annullamento che resta privo di effetti per

è quella che è propria delle leggi e degli atti normativi in genere²⁰, salvo naturalmente il caso che questi ultimi si dirigano a soggetti determinati, pretendendo nondimeno di essere da tutti rispettati²¹. Ciò che importa è, infatti, il fatto in sé della innovazione normativa, della “invenzione” di regole dapprima inesistenti, seppur desunte – si dice da parte degli stessi giudici decisori, al fine di dare giustificazione dell’attività svolta – a “rime” più o meno “obbligate” (per riprendere la nota, fortunata immagine crisafulliana) dalla Costituzione o da altre Carte.

In breve, si tratta di scegliere se far riferimento agli *effetti* ovvero alla *sostanza* dell’attività posta in essere, la quale può dunque rivelarsi “normativa” (o non “normativa”) indipendentemente dalla estensione della cerchia dei destinatari dell’atto²².

La tipizzazione, poi, va ulteriormente mantenuta anche in seno ad uno stesso “insieme”; e così i decisori politici (ad es., Parlamento e Governo nei Paesi a regime parlamentare) non assolvono tutti alla medesima funzione né sono perciò incondizionatamente, reciprocamente fungibili²³; tanto più, poi, laddove si faccia riferimento ai rapporti tra decisori politici appartenenti ad ordinamenti diversi, quali quelli dell’Unione e dello Stato. Una conclusione, questa, che ovviamente vale anche per i garanti.

Tipizzazione, nondimeno, non equivale a separazione rigida delle competenze. Diversi, sì, i ruoli ma non necessariamente né del tutto separate le competenze. La tendenza, anzi, come si sa, è proprio nel senso di una crescente integrazione delle competenze: un “modello” questo che, sia pure in forme assai varie, sembra riprodursi tanto in seno ad un ordinamento dato (ad es., quello statale²⁴), quanto al piano delle relazioni interordinamentali.

4. Il carattere “processuale” delle pubbliche funzioni (in specie, l’avvento di una “giurisdizione per risultati”)

È proprio dalla prospettiva della integrazione che si coglie ed apprezza quello che è, forse, oggi il modo maggiormente espressivo e qualificante di esercizio delle pubbliche funzioni, specificamente proprio sul terreno della salvaguardia dei diritti.

Non di rado, infatti, si assiste all’accensione del motore della produzione giuridica in ambito sovranazionale, che porta all’adozione di atti assai di frequente bisognosi di plurimi e differenziati

le rimanenti Regioni. Si assiste, pertanto, ad un annullamento di norma, sì, generale, ma “relativamente a...”. Una eventualità, questa, di cui può aversi riscontro anche in ambito sovranazionale: ad es., una norma eurounitaria potrebbe essere annullata dalla Corte di giustizia, ai sensi dell’art. 4 TUE, in quanto lesiva dei principi di struttura di uno Stato membro, restando tuttavia valida ed efficace in relazione a Stati diversi. In tutte queste circostanze, l’annullamento, in buona sostanza, si risolve nella mera disapplicazione della norma (“relativamente a...”) invalida.

²⁰ Non a caso, un’autorevole dottrina ha annoverato le decisioni della Corte costituzionale (segnatamente, quelle di accoglimento) tra le fonti del diritto (spec. A. PIZZORUSSO, in molti scritti e, tra questi, di recente, *Delle fonti del diritto*², Zanichelli-II Foro italico, Bologna-Roma 2011, spec. 536 ss.). Una tesi, questa, che nondimeno, per ragioni altrove rappresentate, non persuade del tutto.

²¹ Se si guarda, dunque, ai destinatari *diretti*, le leggi particolari non dovrebbero considerarsi “fonti del diritto”, siccome prive appunto di uno degli attributi tradizionalmente (e, però, a mia opinione, discutibilmente) considerati tipici delle norme giuridiche; se si guarda, invece, ai comportamenti cui pure sono, *sia pure in modo indiretto*, obbligati i consociati ed i pubblici poteri in presenza di tali leggi, la “generalità” parrebbe essere ugualmente fatta salva, dal momento che le leggi stesse producono pur sempre un effetto valevole per tutti.

²² L’argomento ora addotto – come si vede – si aggiunge ad altri che pure depongono nell’assegnare mediocre capacità discrezionale ai canoni della generalità ed astrattezza al fine della identificazione degli atti normativi e della loro complessiva sistemazione (ragguagli sul punto, volendo, già nel mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977, 26 ss. e 41 ss.).

²³ La distinzione tra attività di decisione ed attività di controllo può infatti – come si sa – riprodursi anche nell’ambito dei rapporti tra gli organi suddetti, secondo quanto confermano i casi in cui le Camere svolgono la seconda attività nei riguardi dell’operato del Governo. Che poi il “controllo” esercitato da un decisore politico verso l’altro è cosa profondamente diversa dal “controllo” di un organo di garanzia nei riguardi dei decisori politici in genere è un fatto di tale evidenza da non richiedere qui di essere argomentato. Ed è allora da stabilire se sia o no appropriato un uso sì largo, omnicomprensivo, del termine “controllo” con riferimento ad attività disomogenee.

²⁴ Si pensi solo al modo con cui sono venuti atteggiandosi, tra alterne vicende, i rapporti tra le leggi di Stato e Regione.

svolgimenti in ambito interno, tant'è che ad una prima attività di specificazione-attuazione posta in essere dallo Stato fanno seguito ulteriori attività delle Regioni e degli enti (territoriali e non) dotati di autonomia, fino ad arrivare ai “terminali” costituiti dai privati. Insomma, una *normazione per risultati*, più che (o anziché) *per atti*, che – come si vede – segna in modo marcato il tempo presente, nel quale solo a mezzo dello sforzo congiunto prodotto da più enti e a più livelli si può sperare di conseguire l'ambizioso obiettivo di dare appagamento ad interessi essi stessi dalla composita natura (internazionale o sovranazionale, nazionale, locale). Ciò che al piano delle attività amministrative si è ormai raggiunto e consolidato da molti anni (il modulo dell'*amministrazione per risultati* ha – come si sa – avuto raffinate elaborazioni teoriche già da mezzo secolo a questa parte²⁵) si ritrova anche al piano della normazione e – si faccia caso al punto di estremo interesse – persino a quello della giurisdizione, la quale pure – come si è tentato di mostrare in altri luoghi²⁶ – va sempre di più conformandosi come una *giurisdizione per risultati*. Ed è proprio sul terreno delle questioni eticamente sensibili che del fenomeno si ha diffuso riscontro. Non volendo le Corti europee (in specie, quella di Strasburgo) soffocare “tradizioni costituzionali” profondamente diverse e puntando piuttosto a far salva la libera autodeterminazione delle autorità nazionali, molte volte fanno luogo all'adozione di pronunzie “aperte”, come si diceva strutturalmente duttili, che dunque si aprono a raggiera a forme plurime, anche significativamente diversificate, d'implementazione interna; e gli esempi che potrebbero addursi a conferma di siffatta tendenza sono davvero molti (da quello dei matrimoni tra persone dello stesso sesso a quello della fecondazione medicalmente assistita, e via dicendo). Persino laddove il verdetto del giudice europeo appaia essere particolarmente severo nei riguardi di gravi inadempienze o violazioni della Convenzione (come ad es., per ciò che attiene al sovraffollamento carcerario), ugualmente è fatta salva la “discrezionalità” degli operatori di diritto interno in ordine all'allestimento delle misure più adeguate al ripristino della legalità.

Una volta immesse in ambito interno, le pronunzie dei giudici sovranazionali possono poi sollecitare l'adozione di ulteriori decisioni, specie dei giudici costituzionali, esse pure “aperte”, nel senso appena precisato, fino quindi a pervenire ai “terminali” della “catena” produttiva, i giudici comuni, presso i quali la “catena” stessa si perfeziona e completa.

In realtà, non c'è un ordine fisso ed immutabile, una sola forma in cui si presentano le “catene” in discorso. Molti sono infatti i modi con cui gli anelli possono saldarsi l'un l'altro, molte le forme, molti gli effetti. Non si trascuri, poi, la circostanza per cui assai di frequente lo stesso legislatore dovrebbe inserirsi tra un passaggio temporale e l'altro: *secondo modello*, anzi, proprio questo è ciò che dovrebbe per sistema aversi, per un fisiologico svolgimento delle pubbliche funzioni ed in vista del loro stabile e congruo orientamento verso i valori fondamentali positivizzati.

Così, per riprendere solo per un momento gli esempi appena fatti, le pronunzie dei giudici europei e costituzionali naturalmente rimandano in primo luogo alla legge al fine della regolazione della condizione delle coppie dello stesso sesso, della fecondazione medicalmente assistita, dei carcerati. Laddove possibile (e, purtroppo, non sempre lo è²⁷), in attesa dell'intervento regolatore del legislatore, per l'intanto però i giudici comuni sono chiamati a “supplirvi”²⁸.

²⁵ Ovvio il richiamo ai pionieristici studi di F. Benvenuti.

²⁶ Mi è stata data occasione di toccare il punto, di cruciale rilievo, più volte recentemente: ad es., in *Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corti nazionali*, in www.federalismi.it, 18/2014, spec. all'ultimo paragrafo.

²⁷ ... e così proprio con riferimento ai casi appena indicati; ma, sul punto, non tutti la pensano allo stesso modo. Di fatto, le fecondazioni eterologhe, dopo la decisione del nostro giudice costituzionale (la 162 del 2014), hanno cominciato a farsi, così come si fanno le trascrizioni dei matrimoni tra omosessuali celebrati all'estero, malgrado il divieto al riguardo posto da una circolare del Ministro degli interni, platealmente disattesa da alcuni Sindaci (tra cui quello della capitale), con conseguente reazione da parte dei prefetti volta a ripristinare il rispetto della circolare stessa (e, risalendo, della disciplina costituzionale e legislativa in cui la circolare rinviene il titolo giustificativo della propria adozione).

²⁸ Come si sa, è questa la soluzione comunemente accolta per ciò che attiene al seguito di alcune pronunzie additive della Corte costituzionale, dai principi da quest'ultima somministrati i giudici comuni essendo chiamati ad estrarre le regole buone per i casi, *sempre che appunto ciò si renda possibile*. In congiunture siffatte, i giudici fanno dunque qualcosa che la stessa Corte reputa esserle precluso in ragione del rispetto della c.d. “discrezionalità” del legislatore: svolgono,

Nel circolo produttivo, come si è venuti dicendo, non c'è un ordine preconstituito nel quale giudici, legislatore, altri giudici ancora si dispongono e svolgono il loro ufficio al servizio dei diritti e della collettività. O, meglio, l'ordine astrattamente c'è ed è quello che vede la naturale precedenza dell'esercizio della funzione legislativa rispetto alle funzioni a questa serventi, l'amministrativa e la giurisdizionale. Quando pure quest'ordine dovesse essere rispettato, nulla nondimeno esclude che, per il modo con cui gli atti normativi s'implementano nell'esperienza, prendendo forma attraverso la voce dei giudici, può risultare ulteriormente sollecitato l'esercizio della normazione, se del caso al fine di integrare o correggere quegli atti di cui risulti provata l'esistenza di carenze e complessive imperfezioni. Tanto più, poi, laddove le leggi dovessero *ab initio* mancare e proprio per il tramite delle pronunzie dei giudici venga ad emergere il bisogno, diffusamente avvertito come pressante, della loro adozione.

Insomma, il *diritto vigente* può ora precedere ed ora seguire il *diritto vivente*; ed anzi non di rado entrambe le eventualità risultano provate: leggi e sentenze s'immettono, infatti, in circolo ricaricandosi variamente a vicenda, le une offrendo alle altre indicazioni preziose per la loro incessante rigenerazione semantica ed il positivo rinnovamento.

Anche in siffatta attività di mutuo sussidio che le pubbliche funzioni si danno, di straordinaria utilità si presenta (ed è facile previsione che sempre di più lo sarà in seguito) il ricorso alla comparazione. Lo sollecita il ruolo unificante esercitato dalla normativa e dalla giurisprudenza sovranazionale che, laddove esercitato – come si è veduto – a mezzo di atti connotati da duttilità di struttura, nel momento stesso in cui non comprime la ricerca di soluzioni originali e diversificate in ambito nazionale incoraggia il confronto delle soluzioni stesse e, perciò, la verifica dell'opportunità di trapiantare soluzioni altrove sperimentate anche al di fuori del territori in cui hanno avuto la loro prima espressione ed il radicamento. Nessun obbligo di forzata imitazione è, ovviamente, prescritto; ugualmente doveroso è tuttavia interrogarsi sulla omogeneità dei contesti, la loro storia, in una parola: la cultura che in ciascuno di essi è venuta maturando ed affermandosi. Di conseguenza, conoscendo gli esiti conseguiti in applicazione di certe soluzioni, si può (e si deve) stabilire se esse possano armonicamente inserirsi anche in contesti diversi, magari coi dovuti adattamenti richiesti dalle peculiarità di ciascuno di essi. Agli stessi squilibri di ordine istituzionale (in particolare, al piano dei rapporti tra legislatore e giudici) si può tentare, dunque, di porre rimedio tenendo nel dovuto conto le esperienze altrove maturate, specie laddove abbiano dato buoni e duraturi frutti.

5. Rifacimento dei dati normativi (e, in particolare, degli enunciati costituzionali) e rinnovamento della giurisprudenza, attraverso il "dialogo" tra le Corti, a garanzia dei diritti

In un quadro oggettivamente attraversato da fluidità degli elementi che lo compongono, nonché da gravi tensioni e contraddizioni sociali riportabili a modelli culturali diversi (alle volte in frontale, reciproco conflitto), una sola cosa è certa; ed è che nessun ordinamento può ormai più, se mai ha potuto, vantare l'insana pretesa di rinchiudersi in modo autoreferenziale in se stesso, proclamandosi autosufficiente, perfetto in sé e per sé. Di contro, si tratta di sfruttare fino in fondo l'illuminata intuizione avuta dagli scrittori delle Carte costituzionali nate dopo l'immane tragedia della seconda grande guerra, che ha portato all'apertura delle Carte stesse e degli ordinamenti da esse fondati *verso l'alto* e *verso l'altro* (e, segnatamente, il diritto internazionale e il diritto sovranazionale), in funzione della salvaguardia – come dice la nostra Carta – della pace e della giustizia fra le Nazioni. Riproporre schemi buoni al tempo della rigogliosa affermazione dello Stato nazionale è dunque, a un tempo, incostituzionale ed impossibile. Come si è tentato di argomentare altrove, il modello vincente, adeguato al contesto di un'integrazione sovranazionale viepiù avanzata, non è già quello di una *Costituzione totale* bensì l'altro, opposto, di una *parziale* che confessa di avere un disperato bisogno

cioè, un'attività che non si saprebbe com'altro qualificare se non "politico-normativa", e che tale pur sempre resta, ancorché limitata *quoad effectum* al caso.

di attingere culturalmente ad altre Costituzioni e Carte dei diritti in genere, così come queste ultime traggono profitto dal mutuo riferimento che si fanno e che fanno alle Costituzioni nazionali.

Le formidabili sfide del tempo presente e i minacciosi attacchi da più parti mossi ai diritti possono essere affrontati come si conviene solo attraverso il reciproco sussidio che le Carte si danno, senza alcuna preconstituita ordinazione gerarchica, tutte paritariamente puntando alla ricerca della ottimale tutela dei diritti, quale che sia il “luogo” positivo in cui essa, a seconda dei casi e dei diritti in gioco, può poi essere rinvenuta²⁹.

Il rinnovamento, poi, può aversi tanto al piano positivo quanto a quello giurisprudenziale: ora a questo ed ora a quello, a seconda che si reputi necessario il passaggio attraverso una nuova disciplina costituzionale ovvero si consideri sufficiente la rigenerazione semantica per via d’interpretazione.

Con specifico riferimento a ciò che può (e deve) farsi al primo piano, il bisogno dell’aggiornamento del dettato costituzionale si rende, a mia opinione, manifesto sia nella parte organizzativa che in quella sostantiva della Carta; e ciò, al duplice fine di porre rimedio a quegli squilibri istituzionali, di cui si diceva, e di offrire un servizio ancora più adeguato ai diritti, facendo oggetto gli enunciati che specificamente li riguardano delle necessarie integrazioni o correzioni imposte dai tempi, in ispecie appunto per metterli in condizione di reggere a quegli urti e minacce, cui si faceva cenno poc’anzi ed ai quali i diritti stessi vanno soggetti con crescente frequenza, intensità, vera e propria virulenza³⁰.

So bene che di una possibile (e, a mia opinione, doverosa) modifica anche della prima parte della Carta non si parla e non si può parlare: uno dei tanti tabù che affliggono la cultura giuridica (e non) dominante, da noi come altrove. E se l’argomento non è all’ordine del giorno del dibattito sia tra gli operatori politico-istituzionali che tra gli studiosi, non ha molto senso insistere nel riproporlo stancamente: sarebbe come pensare di abbattere un muro prendendolo a testate³¹. Non posso tuttavia trattenermi dal mettere ancora una volta in chiaro gli inconvenienti assai gravi che comporta l’adozione di un siffatto indirizzo, i quali poi si proiettano a plurimi piani di esperienza.

In primo luogo, viene a trovarsi gravemente esposta la Costituzione, più di quanto pure comunque non si abbia davanti ad una politica che si fa, ogni giorno che passa, sempre più smalzata ed aggressiva: ad esser franchi, persino alla “politica” dei massimi garanti (e, dunque, sopra ogni altro, della Corte costituzionale) i quali, muovendosi tra le maglie larghe o larghissime di un dettato costituzionale fortemente reticente e persino silente in relazione a taluni diritti, dispongono di un campo assai vasto, praticamente sconfinato, per poter far valere il proprio punto di vista. Lungi dal prefigurare scenari caratterizzati da discipline costituzionali innaturalmente minute e dettagliate, si tratta dunque solo di far parlare in modo esplicito la Carta anche dei nuovi diritti o in termini diversi dei vecchi, dotandola di enunciati *temporis ratione* aggiornati.

²⁹ Come pure si è tentato di mostrare in altri scritti, la “logica” vincente sembra poi essere non già quella dell’*aut-aut*, che porta a fare esclusivo utilizzo di questa o quella Carta in vece delle altre, bensì l’altra, opposta, *inclusiva*, che tutte le riconcilia nei fatti interpretativi, integrandole reciprocamente, all’insegna del principio della miglior tutela (non già al singolo diritto evocato in campo bensì) all’intero sistema dei beni costituzionalmente protetti. Quel carattere “processuale” delle pubbliche funzioni, il loro connotarsi cioè “*per risultati*”, di cui si diceva poc’anzi, agevola e sostiene quest’esito teorico-applicativo.

³⁰ Accenno di sfuggita ai non pochi guasti che sono verosimilmente da attendersi dalla riforma Renzi, qualora dovesse giungere in porto coi contenuti risultanti dalla sua approvazione a prima lettura dal Senato nell’agosto scorso, specie ove si consideri che la seconda Camera, malgrado il non insignificante recupero di funzioni operato a suo beneficio, resta pur tuttavia privata di buona parte della funzione legislativa, nel mentre il patrimonio delle competenze di cui saranno dotate le Regioni appare essere sostanzialmente, cospicuamente impoverito. E, se l’autonomia ne soffre, per ciò stesso ne soffrono – come si è già accennato – i diritti, ove si ammetta, come, a mia opinione, devesi, che l’autonomia stessa è condizione dell’ottimale appagamento di taluni elementari bisogni delle collettività stanziate sui territori di cui si compone la Repubblica.

³¹ Soleva avvertire un compianto Maestro, L. PALADIN (*Saluto ai partecipanti al Convegno di Trieste del 26-28 maggio 1986 su Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1988, 5) del rischio cui vanno incontro gli studiosi che reputano di poter “aggregare frontalmente” alcuni filoni giurisprudenziali saldamente radicati, incorrendo in tal modo “nel vizio del solipsismo giuridico, proprio di certi giuristi troppo orgogliosi e personalistici”.

In secondo luogo, occorre a mia opinione predisporre, appunto attraverso una rinnovata “razionalizzazione” costituzionale, un fascio di previsioni essenziali idonee a dare un orientamento tanto alle future discipline adottate con legge comune quanto agli indirizzi giurisprudenziali a venire. Ho già detto più volte, e non mi stancherò di ripetere, che mi inquieta e, a dirla tutta, inorridisce l’idea che su questioni di cruciali rilievo, quali quelle riguardanti le esperienze di inizio o fine-vita, la maggioranza di turno possa imporre il proprio punto di vista (naturalmente, quale che esso sia) e magari – perché no? – subito appresso modificarlo, esattamente così come si è soliti fare nei campi più varî, laddove si assiste a frequenti e persino incalzanti rinnovamenti delle regolazioni legislative. Mi sento invece molto più garantito da previsioni legislative adottate col ricorso alle procedure dell’art. 138, specie laddove si reputi comunque irrinunciabile l’incontro necessario tra le forze politiche di opposto schieramento rappresentate in Parlamento³².

In terzo luogo, una più adeguata disciplina costituzionale, allo stesso tempo in cui riequilibra i rapporti tra legge costituzionale e legge comune, pone le basi per un pari riequilibrio tra legislatore e giudici, ponendo un argine a quelle manifestazioni di ipercreatività dei secondi che hanno costituito facile, seppur alle volte strumentale, appiglio per quanti, preoccupati, hanno denunciato l’avvento del c.d. Stato giurisdizionale, a tutto discapito dello Stato legislativo.

In quarto luogo, una Carta costituzionale aggiornata è messa in grado di poter meglio reggere alla competizione con le altre Carte, specie con la CEDU e la Carta di Nizza-Strasburgo, laddove dimostri di saper trattare degli stessi diritti di cui è in queste fatta parola in termini ancora più avanzati, persuasivi, incisivi nei riguardi di un’esperienza in cui la tendenza alla conservazione di un “esistente” di certo non gratificante è assai marcata e diffusa. Certo, è pronta, scontata, l’obiezione secondo cui ciò che conta non è tanto il diritto vigente quanto quello vivente, non ciò che sta scritto nelle Carte ma come esse parlano per bocca delle loro Corti. In disparte, però, l’obiezione per cui si torna così ad uno degli argomenti dietro indicati, relativamente al carattere troppo lasso del vincolo discendente dal dettato positivo nei confronti dei suoi interpreti, il vero è che una Carta opportunamente, misuratamente aggiornata può, per la sua parte e in non secondaria misura, concorrere allo stesso svecchiamento della giurisprudenza, laddove risulti attestata su posizioni retrive e si chiuda a riccio in se stessa, giovandosi di un linguaggio costituzionale che non incoraggia di certo il mutamento.

Come che sia di ciò, resta il bisogno – questo, sì, riconosciuto da larghi strati della cultura politica e giuridica – di modifiche di non secondario rilievo relative alla parte organizzativa.

Non entro in dettagli la cui descrizione ruberebbe troppo tempo ed obbligherebbe ad analisi estese ed approfondite che non possono, di tutta evidenza, trovare qui il modo per esser svolte. Mi limito solo ad una prima, men che essenziale, indicazione di metodo, in applicazione della quale può a mia opinione essere vista sotto la giusta luce la questione delle future riforme. Ed è che queste ultime hanno da investire, a un tempo, le *regole* e le *regolarità*: le une, a plurimi livelli di esperienza, dovendosi apportare le opportune innovazioni, partendo dall’alto, alla Carta costituzionale e quindi, via via discendendo, agli atti a questa sottoposti (leggi comuni, regolamenti parlamentari, atti che disciplinano l’organizzazione e il funzionamento degli organi giudiziari, ecc.); le altre, invece, investendo specificamente le pratiche giurisprudenziali, a mezzo delle quali le Corti hanno modo di “regolare” da sé i loro rapporti.

A mia opinione, infatti, c’è bisogno sia dell’una che dell’altra cosa. Delle regole non può comunque farsi a meno; basti solo pensare, al piano delle relazioni interordinamentali, a ciò che ha rappresentato la previsione del rinvio pregiudiziale o a ciò che potrebbe rappresentare il meccanismo di cui al prot. 16 allegato alla CEDU, in merito al quale nondimeno nulla di sicuro possiamo ancora dire se non che renderà ancora più fitto e si spera proficuo il “dialogo” intergiurisprudenziale, tanto sul versante dei rapporti tra la Corte di Strasburgo e i giudici nazionali, quanto su quello dei rapporti tra le due Corti europee e, di riflesso, tra la stessa Corte dell’Unione e i giudici di diritto interno³³. È

³² Il punto è – come si sa – animatamente discusso: una larga convergenza tuttavia si registra – come pure è assai noto – a favore della soluzione richiamata nel testo.

³³ Un interessante dibattito circa le possibili future tendenze delle relazioni tra giudici e Corti europee, nonché di queste ultime *inter se*, si è avuto in occasione dell’incontro di studio su *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di*

poi, ovviamente, da mettere in conto l'incidenza che potrà aversi per effetto dell'adesione dell'Unione alla CEDU, la quale a sua volta potrebbe sollecitare ulteriori regolazioni dei rapporti tra le Corti.

Non minore (e, forse, a conti fatti, persino maggiore) rilievo è tuttavia da assegnare alle *regolarità*, al modo cioè con cui le Corti si danno la regolazione dei loro rapporti, mettendo a punto i meccanismi che presiedono allo svolgimento delle funzioni di cui sono dotate. Lasciare un campo consistente alle Corti entro il quale far fluire la propria giurisprudenza costituisce un bene di vitale rilievo, irrinunciabile. Lo richiede la varietà dei casi, bisognosi di trattamenti differenziati e, per ciò pure, di aggiustamenti continui di rotta da parte degli indirizzi giurisprudenziali, della loro incessante messa a punto, in vista del conseguimento di sintesi assiologiche apprezzabili, comunque accettabili.

L'importante – questo sì che mi parrebbe essere un punto bisognoso di esser in modo fermo fissato – è che degli strumenti processuali non si faccia un uso irragionevole (o, peggio, irrazionale), quale purtroppo non di rado si è avuto (e si ha), come laddove casi assai simili, per non dire identicamente connotati, per l'aspetto oggettivo vengano trattati in modo diverso, persino opposto, pur restando invariata la “situazione normativa” – come a me piace chiamarla – su cui i giudici sono chiamati a pronunciarsi³⁴. Decisioni *irragionevoli*, nel senso detto, sono, allo stesso tempo, la più probante testimonianza di quella complessiva torsione istituzionale che – come si è venuti dicendo – ferisce in modo mortale e in un sol colpo la separazione dei poteri e la Costituzione. L'irragionevolezza degli atti posti in esercizio della funzione giurisdizionale equivale, dunque, allo snaturamento della funzione stessa, giusta la tesi, che mi sono sforzato di argomentare in altri luoghi³⁵, secondo cui tratto identificante della “giurisdizionalità” è la sua prevedibilità, alla luce appunto delle decisioni precedentemente emesse in costanza di “situazione normativa”, vale a dire il servizio che essa può (e deve) costantemente offrire, a un tempo, alla certezza del diritto in senso oggettivo ed alla certezza dei diritti costituzionali, senza il quale non v'è – come sappiamo – Costituzione e Stato costituzionale.

Ora, il “dialogo” tra le Corti può essere, ed effettivamente è, fattore sia di stabilizzazione che di rinnovamento della giurisprudenza: in un caso e nell'altro, e per il sol fatto che la parte motiva delle decisioni giudiziarie si distende in richiami e confronti ad altre decisioni della medesima natura, ne viene viepiù rimarcato il carattere “giurisdizionale” della funzione, nella sua ristretta e propria accezione.

Già solo per ciò – a me pare – i diritti non possono che averne un guadagno; e, quando ciò si ha, è la Costituzione che ne viene ulteriormente rinvigorita e ancora meglio salvaguardata.

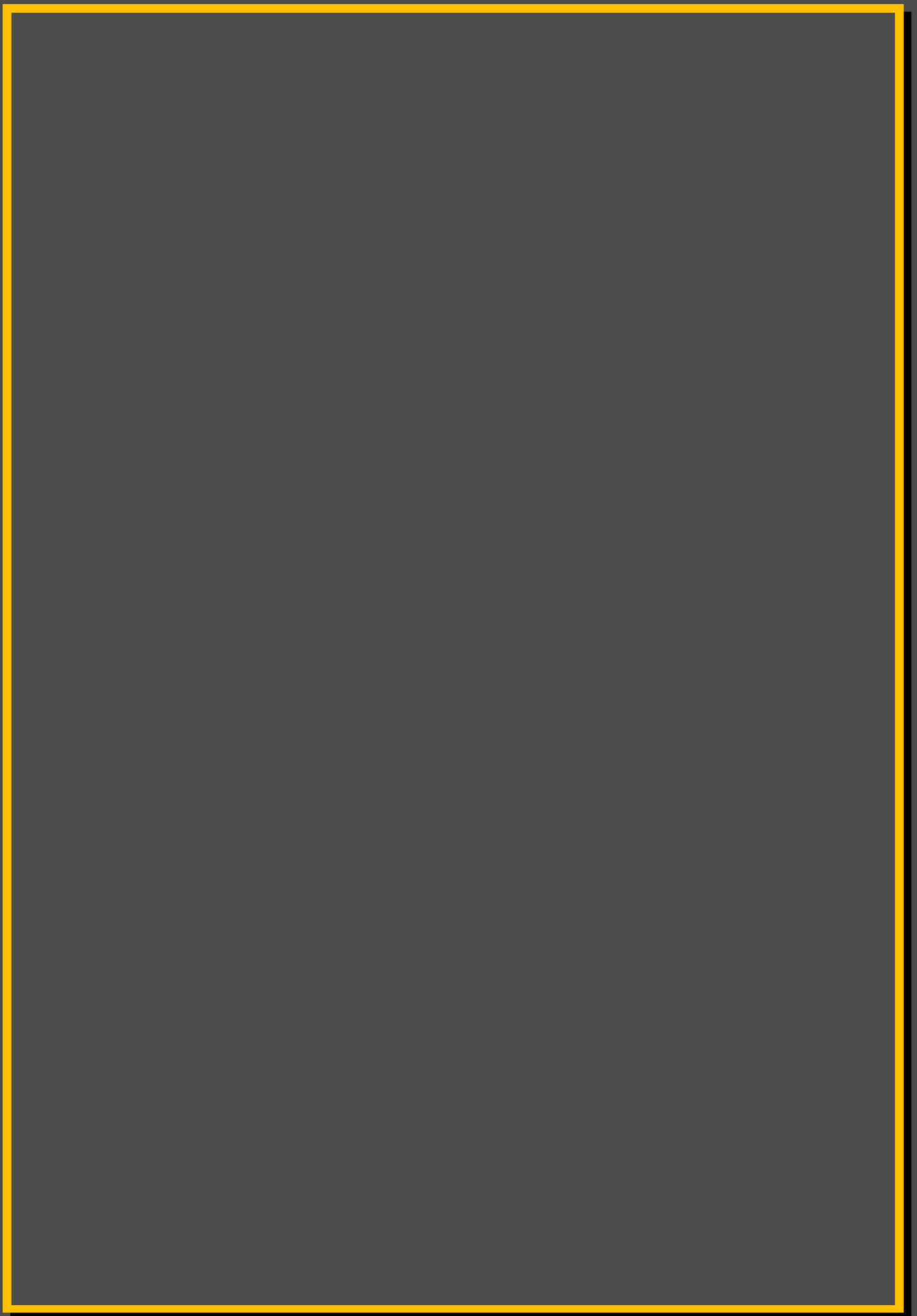
Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 Cedu, svoltosi presso l'Università di Milano-Bicocca il 10 marzo 2014, i cui Atti sono in corso di stampa (alcuni scritti, peraltro, sono già consultabili: tra questi, O. POLLICINO, *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?*, in www.forumcostituzionale.it, 2 aprile 2014, e R. CONTI, *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in questa *Rivista*, 2014 (16 maggio 2014). V., inoltre, utilmente, R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in www.rivistaaic.it, 3/2014, spec. il § 11.

³⁴ Gli effetti perniciosi conseguenti ad un uso irragionevole, altalenante, delle tecniche decisorie (specificamente ad opera del giudice delle leggi), che finiscono a conti fatti col fare delle pronunzie in cui si concretano dei meri atti di autorità, sono stati con dovizia di informazioni e argomentazione illustrati soprattutto da R. ROMBOLI, che vi ha insistito in molti scritti, tra i quali *Diritti fondamentali, tecniche di giudizio e valore delle disposizioni processuali*, in AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 1994, 151 ss.; *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro it.*, 1995, I, 1090 ss.; *Significati e valore delle disposizioni regolanti il processo davanti alla Corte costituzionale nei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 2/2002, 41 ss.; *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, a cura di E. Bindi - M. Perini - A. Pisaneschi, Giappichelli, Torino 2008, 503 ss.; *Il diritto processuale costituzionale dopo la “svolta” degli anni 1987-1989*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - J. Luther, Giappichelli, Torino 2011, 317 ss. Altre indicazioni in A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2008, 5 ss.

³⁵ ... e, tra questi, il mio *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in www.gruppodipisa.it, 28 dicembre 2010, nonché in *Riv. dir. cost.*, 2009, 125 ss.

È l'ulteriore, finale conferma che l'identità costituzionale del tempo presente ha senso solo nel concorso che può dare alla conformazione e trasmissione dell'identità europea, così come questa, opportunamente conseguita e protetta, si offre a presidio di quella.

2015



Antonio Ruggeri

Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali? *

SOMMARIO: 1. La crisi dello Stato nazionale, il rilevante apporto offerto dalle Corti (anche non statali) alla tutela dei diritti fondamentali, il mobile riparto delle competenze tra giudici comuni e giudice costituzionale per ciò che concerne la tutela stessa, testimoniato dalla tendenza del secondo ora a ritrarsi ed a dar spazio ai primi ed ora invece a proporsi quale principale organo di garanzia. – 2. Il ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale quale spia altamente indicativa della tendenza manifestata dal giudice delle leggi a riaffermare la centralità del proprio ruolo al piano dei rapporti con le Corti europee, l'astrattamente possibile attivazione dell'arma dei "controlimiti" e le tecniche decisorie che si prestano ad essere utilizzate in via "sussidiaria" rispetto a quest'ultima. – 3. Le tecniche "difensive" poste in essere dalla Corte costituzionale al fine di smarcarsi dal *pressing* delle Corti europee, segnatamente della Corte di Strasburgo, e gli oscillanti e non sempre lineari utilizzi da parte di quest'ultima delle tecniche decisorie di cui è dotata, in specie della dottrina del "consenso" (notazioni critiche). – 4. L'andamento a fisarmonica della giurisprudenza europea, volta ora a fare espandere ed ora a contrarre l'area entro cui possono affermarsi le tradizioni costituzionali nazionali (esemplificazioni con specifico riguardo all'ambito bioetico). – 5. La tendenza alla *federalizzazione dei diritti* ed alla conformazione della giurisdizione quale una *giurisdizione per risultati*. – 6. L'attitudine della Costituzione a porsi in misura crescente, in struttura e funzione, quale una "*intercostituzione*" e delle Carte a competere l'una con le altre all'insegna del principio della massimizzazione della tutela dei diritti. – 7. La duplice risposta, di merito e di metodo, al quesito che dà il titolo a questa riflessione ed una succinta notazione conclusiva, in relazione al parere sull'adesione emesso dalla Corte di giustizia ed agli effetti conseguenti all'entrata in vigore del prot. 16, annesso alla CEDU.

1. La crisi dello Stato nazionale, il rilevante apporto offerto dalle Corti (anche non statali) alla tutela dei diritti fondamentali, il mobile riparto delle competenze tra giudici comuni e giudice costituzionale per ciò che concerne la tutela stessa, testimoniato dalla tendenza del secondo ora a ritrarsi ed a dar spazio ai primi ed ora invece a proporsi quale principale organo di garanzia

Una preliminare avvertenza, che può sembrare (e, forse, effettivamente è) banale ma che conviene ugualmente non perdere di vista. Quella che ora si avvia è infatti un'analisi – diciamo così – *sub condicione*, che tiene conto del contesto in atto presente assumendo che possa seguitare anche nel prossimo futuro ad esibire i connotati di fondo oggi posseduti e vedere, dunque, ulteriormente riprodotte ed anzi ancora più marcate talune linee di tendenza in esso affermatesi. Sappiamo però che non di rado le cose prendono una piega assai diversa ed imprevedibile, per effetto di cause plurime e talora convergenti, che portano a mutamenti persino radicali del contesto stesso, anche in tempi assai ravvicinati¹. Nessuno, dunque, dispone della classica palla di vetro per leggere in un futuro che ci è del tutto oscuro e che, da alcuni segni del presente, temo possa essere gravido di minacce ed insidie crescenti per i diritti fondamentali; quanto meno, non ne dispongo io che, per natura, mi sento portato ad affacciare sempre con somma cautela talune ipotesi di sviluppo delle vicende presenti.

Ferma questa generale avvertenza, credo tuttavia che si diano taluni elementi in grado di orientare l'analisi e farle luce pur sul terreno impervio nel quale essa è costretta a svolgersi.

Così, per accennare subito a questioni che saranno più avanti riprese, la circostanza per cui si è avvolti nella spirale soffocante di una crisi economica senza precedenti non può essere ignorata non solo quando si ragiona delle sorti al presente dei diritti fondamentali (specie di quelli che si trovano maggiormente esposti agli effetti devastanti della crisi stessa) ma anche (e, forse, soprattutto) di ciò che ne sarà nel futuro che è ormai alle porte, ove si convenga che la crisi si preannunzia non

* Intervento al Seminario su *Il futuro dei diritti fondamentali: una visione comparata*, conclusivo del IV Corso di Alta Formazione in *Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti*, Pisa 30 gennaio 2015, alla cui data lo scritto è aggiornato.

¹ Basti solo rammentare l'accelerazione inusuale che ha caratterizzato gli eventi immediatamente precedenti e seguenti l'abbattimento del muro di Berlino e il crollo, ancora fino a poco tempo prima inaspettato, del colosso sovietico e del regime da esso impiantato in patria e preso a modello in tutta l'Europa dell'est ed altrove.

passaggera (quanto meno, nel breve o medio periodo) ed anzi è, forse, di sistema, endemica, sì da richiedere la revisione di schemi teorici del passato ormai collaudati, con riguardo alla essenza stessa dei diritti ed alle forme della loro tutela².

E ancora. Non può del pari essere ignorata la minaccia reale e diffusa del terrorismo internazionale che mina le fondamenta stesse del vivere sociale e dei valori costituzionali che stanno a base delle liberaldemocrazie. La qual cosa obbliga nuovamente a ripensare *ab ovo* a talune garanzie, fin qui considerate indisponibili, delle libertà costituzionali, a partire da quelle più direttamente inerenti alla persona umana, libertà con ogni verosimiglianza destinate ad originali (e temo fortemente penalizzanti) loro ridefinizioni concettuali e ad un abbassamento vistoso del livello della loro tutela congruo con le esigenze espresse dalla sicurezza individuale e collettiva, allo scopo di contrastare in modo efficace gli episodi di terrorismo³.

Di tutto ciò, nondimeno, non è possibile ora trattare con la dovuta estensione e l'adeguato approfondimento. Vi si è fatto cenno unicamente a conferma del cruciale rilievo che va assegnato al contesto, specie nelle sue più significative tendenze, in sede di ricostruzione dei lineamenti dei diritti fondamentali ed al momento in cui si affacciano previsioni circa i loro possibili, prossimi svolgimenti nell'esperienza costituzionale.

Ora, con riferimento a quest'ultima, pur in seno ad un quadro ad oggi molto fluido ed in alcuni tratti appannato e persino indecifrabile, si danno – a me pare – alcuni punti fermi ai quali ancorare l'indagine al fine di renderne per quanto possibile saldi gli esiti teorico-ricostruttivi.

Muovo al riguardo da un assunto che mi parrebbe essere indiscutibile e che è dato dalla crisi, con ogni probabilità irreversibile, che attanaglia lo Stato nazionale. La qual cosa, nondimeno, come mi

² In ordine ai rapporti tra crisi economica e diritti, specie per i riflessi che se ne sono avuti sugli svolgimenti della giurisprudenza europea e costituzionale, cui qui si presta specifica attenzione, la letteratura è ormai imponente: tra i molti altri e di recente, AA.VV., *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. Angelini - M. Benvenuti, Jovene, Napoli 2012; AA.VV., *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, a cura di R. Bifulco - O. Roselli, Giappichelli, Torino 2013; AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, a cura di E. Cavasino - G. Scala - G. Verde, Editoriale Scientifica, Napoli 2013 [ed *ivi*, con specifico riferimento alla giurisprudenza delle Corti europee, D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, 67 ss., e A. GUZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, 379 ss.; di quest'ultimo v., inoltre, *I diritti sociali nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2013, 8 ss., e *Il ruolo dei diritti sociali (e dei giudici) nella 'costituzionalizzazione' dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2014, 55 ss.], nonché i contributi al XXVIII convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su *Spazio costituzionale e crisi economica*, ed *ivi*, part., C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 4/2013. Di quest'ultima, v. anche la relazione alle Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto costituzionale su *Nas fronteiras do direito: sustentabilidade e desenvolvimento*, Foz do Iguaçu (Brasile), 23-24 ottobre 2014, dal titolo *Diritti fondamentali e sviluppo sostenibile: un binomio complesso*, in *paper*, con ulteriori, ampî richiami di lett. Inoltre, G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in www.forumcostituzionale.it, 27 novembre 2013, e gli scritti che sono in *Quad. cost.*, 1/2014, part. quello di A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, 79 ss., del quale v., ora, pure *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in www.rivistaaic.it, 3/2014; S. GAMBINO, *Diritti sociali e libertà economiche nelle Costituzioni nazionali e nel diritto europeo*, relaz. alle Giornate di studio su *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, Messina 21-22 novembre 2014, in *paper*, e, dello stesso, *El Estado social y democrático de derecho: desarrollo histórico y conceptual*, *paper* destinato al convegno su *Los derechos económicos y sociales y su exigibilidad en el Estado social y democrático de derecho*, Repubblica Dominicana, 26-29 novembre 2014. Utili indicazioni possono poi aversi da molti degli scritti che sono in www.federalismi.it, 19/2014, e, con specifico riferimento agli stranieri, F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino 2013. Da ultimo, v. pure, volendo, i miei *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in *Consulta OnLine*, 2012 (21 settembre), e, pure *ivi*, *Fatti "interposti" nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana*, 2014 (6 novembre).

³ Su ciò, indicazioni possono ora aversi da G.L. CONTI, *Lotta al terrorismo e patrimonio costituzionale comune. Appunti intorno alla traslitterazione interna delle norme internazionali ed eurounitarie in materia di lotta al terrorismo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013.

sono sforzato di precisare in altri luoghi⁴, non equivale affatto a crisi dello Stato *tout court* ma solo di un certo tipo di Stato o di un suo modo di essere: quello, cioè, di uno Stato che, chiudendosi insensatamente ed in modo autoreferenziale in se stesso, si reputava (e si reputa) essere perfetto ed onnipotente, idoneo a far fronte ai bisogni più diffusamente ed intensamente avvertiti che in esso si manifestano, assicurandone l'ottimale (alle condizioni oggettive di contesto) tutela. Un'idea di Stato, questa, che poi si specchia in un'idea di Costituzione, quale atto fondativo *ex nihilo* di un nuovo ordine costituzionale, *norma normans* ma non *normata* ed essa pure perfetta ed onnipotente, siccome espressiva di un potere costituente tradizionalmente considerato sacrale, in tesi non soggetto a limite di sorta bensì fonte prima ed esclusiva dei limiti a carico degli atti di potere costituito che, in modo diretto o indiretto, in esso solo rinvengono il fondamento della loro esistenza.

Queste idee non sono – piaccia o no – ormai più riproponibili. Non c'è da opinare sul punto; c'è solo da prendere atto di una realtà che è quella che è e che mostra di radicarsi in misura crescente ed appariscente, irrefutabilmente appunto.

L'integrazione sovranazionale appare ogni giorno che passa sempre più avanzata, come pure viepiù stringenti si fanno i vincoli discendenti dalla Comunità internazionale: da questi e da quella, infatti, la sovranità dello Stato, un tempo considerata uno dei tratti maggiormente espressivi del modo di essere dello Stato stesso, risulta messa alle corde e versare in una condizione di palese sofferenza.

Senza ora indugiare nella descrizione di cose a tutti note, ciò che solo importa, ai fini della ricostruzione alla quale ora si attende, è il bisogno fortemente avvertito dai soggetti portatori di diritti di far appello non più solo alla Costituzione, quale documento nel quale i diritti stessi hanno il loro primo e più genuinamente espressivo riconoscimento e la fonte perciò della loro tutela da parte degli operatori, bensì anche (e talora, anzi, principalmente) ad altre Carte dei diritti (per ciò che qui più da presso importa, la CEDU e la Carta di Nizza-Strasburgo) e, di conseguenza, a sedi istituzionali diverse da quelle interne al fine di avere protezione nei diritti stessi.

Non è un caso, d'altronde, se gli stessi giudici, tanto internazionali o sovranazionali quanto interni, sempre più di frequente dedicano largo spazio delle loro pronunzie a richiami di indirizzi giurisprudenziali altrove maturati: quasi, appunto, a voler significare che è solo dallo sforzo congiunto da tutti prodotto, sia pure a livelli istituzionali e con forme ed effetti diversi, che può venire la finale ed ottimale salvaguardia dei diritti. Non può invero tacersi che alle volte i riferimenti sono fatti *ad pompam* e che colui che vi fa luogo si fa cura di evidenziare che la tutela stessa potrebbe comunque essere assicurata in modo pieno anche solo restando nell'*hortus conclusus* dell'ordinamento di appartenenza⁵; eppure, anche in circostanze siffatte (ed al di là delle riserve che possono legittimamente nutrirsi nei riguardi di un siffatto modo di ambientare le relazioni interordinamentali) resta il fatto in sé del ricorso alla tecnica o alla strategia del "dialogo", il cui utilizzo può portare ad esiti di non secondario rilievo, anche al di là delle reali intenzioni coltivate da chi se ne fa artefice.

Una folle crescente, ormai incontenibile, di mutui richiami connota dunque le quotidiane esperienze di giustizia, extrastatuale e non, costituzionale e comune. Un infiltrarsi del "dialogo" – come pure, con molta approssimazione e una non rimossa ambiguità, lo si è soliti chiamare – che intraprende plurimi percorsi e presenta numerosi incroci in seno alla trama intessuta dai giudici che lo pongono in essere e incessantemente ravvivano e rinnovano: delle Corti europee *inter se* e di queste con le Corti nazionali, come pure di queste ultime tra di loro.

La qual cosa pone subito, in modo imperioso, una questione che si riprenderà meglio più avanti ma che è opportuno tenere sin d'ora a mente; ed è se conviene che le relazioni tra le Corti siano per intero demandate alla loro messa a punto ad equilibri continuamente cangianti in dipendenza degli

⁴ Così, di recente, nell'*incipit* del mio [Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive](#), in [Consulta OnLine](#), 2014 (24 novembre).

⁵ Emblematica di questo stato d'animo la dichiarazione fatta in una risalente ma non per ciò ormai inattuale pronunzia del nostro giudice delle leggi, secondo cui se, per un verso, la Costituzione e le Carte dei diritti richiedono di essere reciprocamente integrate nell'interpretazione, per un altro verso tuttavia – a dire della Corte – la Costituzione sarebbe pur sempre in grado di assicurare comunque una tutela ai diritti non meno intensa di quella che può esser loro offerta dalle altre Carte ([sent. n. 388 del 1999](#)). Un'affermazione, questa, che nella sua categoricità, ai miei occhi appare essere temeraria.

indirizzi manifestati da questa o quella Corte e da tutte assieme ovvero se non si debba piuttosto pensare a fissare una cornice, con disciplina normativa essenziale⁶, all'interno della quale la giurisprudenza possa quindi liberamente fluire alla ricerca del modo o dei modi giusti coi quali affermarsi.

Ora, con riserva – come si diceva – di maggiori approfondimenti più avanti, dico subito qual è l'idea che mi sono al riguardo fatta alla luce dell'esperienza ad oggi maturata; ed è nel senso di rifuggire tanto dal corno di una disciplina normativa minuta e pervasiva, praticamente soffocante, quanto dal corno opposto della sua vistosa, insopportabile carenza. Un pugno di regole di procedura, a mia opinione, conviene infatti che comunque si abbia; voglio essere ancora più esplicito: conviene alle stesse Corti che, per il tramite delle regole stesse, hanno modo di esercitare al meglio, pur nella difficile congiuntura del tempo presente (e, forse, più ancora di quello a venire), l'ufficio al quale sono chiamate⁷. Di qui in avanti, nondimeno, il campo deve restare sgombro per dar modo alle Corti di mettere a punto le loro relazioni in ragione della varietà dei casi e delle più pressanti esigenze che in essi si manifestano; ma, di ciò, appunto più avanti.

Un'ulteriore avvertenza mi corre l'obbligo di fare prima d'intraprendere l'analisi richiestami.

Nelle succinte notazioni che mi accingo a svolgere, circoscriverò lo sguardo alle sole relazioni tra le Corti europee ed il nostro giudice delle leggi, dal momento che è proprio quest'ultimo che si è assunto un ruolo di guida, quasi didascalico, nei riguardi dei giudici comuni, indicando loro come assolvere l'ufficio al quale sono chiamati, con specifico riferimento ai casi di sospette antinomie tra disciplina legislativa e disciplina convenzionale o “eurounitaria”. Il ruolo del giudice comune non va comunque sottovalutato, tutt'altro⁸! Un ruolo che si è col tempo fatto sempre più incisivo e vistoso, tant'è che la stessa Corte costituzionale, temendone un'eccessiva affermazione, ha posto in essere – sia pure, talora, in modo alquanto discutibile – talune tecniche “difensive”, così come ha peraltro fatto – si vedrà a momenti – nei riguardi dei giudici europei (e, segnatamente, la Corte EDU), tecniche delle quali prevedo un largo uso nel prossimo futuro.

Mi pare infatti innegabile che la Corte costituzionale avverta forte il bisogno di preservare il dominio a sé riservato sulle questioni di costituzionalità (in larga accezione), temendo di perdere

⁶ Per l'ipotesi ora ragionata si tratta poi di chiedersi quali debbano essere le fonti della disciplina stessa. Accenno qui, non disponendo dello spazio necessario per un'adequata trattazione della questione, alla tesi nella quale da tempo mi riconosco, che è di evocare in campo una regolazione fatta tanto da canoni prodotti dalle Corti stesse quanto da altri frutto di eteronormazione.

⁷ Un esempio per tutti, che si riprenderà a tempo debito: la bocciatura della bozza di trattato di adesione dell'Unione europea alla CEDU ad opera della Corte di giustizia ha l'effetto immediato, dannoso, di privare la Corte stessa della opportunità di far sentire la propria voce nel corso delle vicende processuali che prendono forma presso la Corte di Strasburgo, innestando dunque una sorta di “pregiudizialità comunitaria” nei procedimenti attivati presso quest'ultima Corte nei quali si faccia questione della osservanza della CEDU da parte del diritto dell'Unione. Molti gli autori che hanno prontamente e variamente annotato (com'era d'altronde da attendersi, perlopiù in senso negativo) il parere sull'adesione: tra gli altri, v. L.S. ROSSI, *Il Parere 2/13 della CGUE sull'adesione dell'UE alla CEDU: scontro fra Corti?*, in www.sidi-isil.org, 22 dicembre 2014 e, pure *ivi*, S. VEZZANI, *“Gl'è tutto sbagliato, gl'è tutto da rifare!”: la Corte di giustizia frena l'adesione dell'UE alla CEDU*, 23 dicembre 2014; J.P. JACQUÉ, *Non à l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme?*, in www.droit-union-europeenne.be, 23 dicembre 2014. Infine, I. ANRÒ, *Il parere 2/13 della Corte di giustizia sull'adesione dell'Unione europea alla CEDU: questo matrimonio non s'ha da fare?*, in www.diritticomparati.it, 2 febbraio 2015. Diffuso è il convincimento che la Corte abbia posto delle condizioni praticamente impossibili per l'adesione (tra gli altri, A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e crisi del processo di adesione dell'UE alla CEDU: due facce della stessa medaglia?*, in www.forumcostituzionale.it, 8 gennaio 2015), in buona sostanza finendo con l'aggrare – a me pare – il disposto del trattato che la prescrive.

⁸ A buon diritto, dunque, la più sensibile dottrina ne ha rimarcato il significato e le possibili valenze (*ex plurimis*, R. CONTI, in molti scritti, tra i quali *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2011, e, ora, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*², Aracne, Roma 2015; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari 2012; I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Angeli, Milano 2012; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale*, Aracne, Roma 2012; AA.VV., *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di G. Chiodi - D. Pulitanò, Giuffrè, Milano 2013; R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva “quantistica”*, Angeli, Milano 2013; E. CECCHERINI, *L'integrazione fra ordinamenti e il ruolo del giudice*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, II/2013, 467 ss.).

terreno a beneficio dei giudici comuni, per quanto la stessa Corte abbia ritagliato a favore di questi ultimi spazi consistenti entro i quali esercitare, con larga discrezionalità, le funzioni ad essi spettanti.

In realtà, la giurisprudenza costituzionale ritiene di aver raggiunto un compromesso accettabile nel ridefinire la linea di confine tra il campo suo proprio e quello riconosciuto ai giudici comuni; si tratta, tuttavia, di vedere se l'esperienza avvalori l'indicazione, di metodo e di teoria dell'amministrazione della giustizia a un tempo, risultante dalla giurisprudenza suddetta.

Per un verso, infatti, la prima (e più rilevante) scelta è riservata ai giudici comuni, gravando su di essi l'onere di esperire – fin dove possibile – il tentativo d'interpretare il diritto in modo conforme (a Costituzione, diritto internazionale, diritto eurounitario)⁹. Da quest'angolo visuale, la Corte dà di se stessa l'immagine di un organo che somministra giustizia costituzionale unicamente in via sussidiaria, laddove il tentativo in parola dovesse rivelarsi infruttuoso¹⁰.

Per un altro verso, però, dimostrandosi impraticabile la soluzione della riconciliazione delle fonti in campo per via interpretativa, non rimane altra via – a giudizio della Corte – che quella che porta la questione alla cognizione della Corte stessa (in particolare, resta categoricamente preclusa l'eventuale applicazione diretta di fonte esterna, che non sia ovviamente eurounitaria, al posto di quella interna con essa incompatibile: una eventualità – com'è assai noto – specificamente prospettata con riguardo alla CEDU¹¹).

La giurisprudenza costituzionale appare infatti irremovibile nell'escludere che si dia alternativa alcuna a quest'esito; ed è proprio qui, dunque, che la vocazione all'accentramento emerge nel modo più marcato e vistoso. Ancora da ultimo, se n'è avuta una particolarmente espressiva testimonianza sul terreno dei rapporti tra fonti interne e fonti di diritto internazionale non scritto, laddove si è

⁹ Incontenibile ormai la letteratura che ne ha fatto oggetto di studio, a conferma del rilievo assegnato a questa tecnica con cui è ridefinita la linea di confine dei campi rispettivamente propri della giurisdizione comune e di quella costituzionale: tra i molti altri e di recente, G. SORRENTI, *Las interpretaciones conformes a la Constitución en el ordenamiento italiano: estado de la cuestión*, in www.gruppodipisa.it, ottobre 2013; E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Víctor Ferreres Comella Constitutional Courts and Democratic Values*, a cura di L. Cappuccio - E. Lamarque, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, 241 ss. e, della stessa, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Dir. pubbl.*, 3/2013, 785 ss.; F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in www.rivistaaic.it, 2/2014; M. RUOTOLO, *Interpretare. Nel segno della Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto UE. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Rovigo 15-16 maggio 2014, a cura di A. Bernardi, i cui Atti sono in corso di stampa; A. GUSMAL, *Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del giudice nello stato (inter)costituzionale di diritto*, in www.rivistaaic.it, 3/2014, spec. al § 3; R. COSIO, *L'interpretazione conforme nell'ordinamento complesso*, in www.europeanrights.eu, 20 giugno 2014; R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 2014, 86 ss. e 118 ss.; M.A. GLIATTA, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Per una teoria garantista della funzione giurisdizionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; L. TRIA, *La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L'abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro*, in www.cortecostituzionale.it, dicembre 2014, § 5.1; R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in www.rivistaaic.it, 1/2015. Infine, volendo, anche il mio *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in www.rivistaaic.it, 2/2014.

¹⁰ In realtà, il giudice costituzionale non ha il pieno controllo della tecnica in parola. Perché, se è vero che, una volta adita, riserva a se stessa l'ultima parola circa il corretto utilizzo dello strumento, è pur vero che, laddove il giudice comune non si rivolga alla Corte ritenendo di dover far luogo allo strumento stesso, viene meno la possibilità per la Corte di correggere eventuali suoi usi distorti. Resta, nondimeno, fermo il carattere didascalico delle pronunzie della Corte, pur se d'inammissibilità o di rigetto, dotate – come si sa – di una considerevole *vis* persuasiva, se non pure – secondo l'opinione corrente – prescrittiva. E, per quest'aspetto, la stessa tecnica dell'interpretazione conforme non priva la Consulta dell'opportunità di indirizzare l'attività interpretativa dei giudici comuni (e, perciò, di concorrere alla formazione di un nuovo "diritto vivente" o al radicamento di uno preesistente), riconfermandosi pertanto la centralità di posto del giudice costituzionale nel sistema istituzionale.

¹¹ Il punto ha – com'è noto – animato un fitto dibattito; nella pratica giudiziale, peraltro, non sono mancate le "ribellioni" all'orientamento della Corte che – per discutibile invero che appaia essere (e, a mia opinione, per taluni casi è) – è comunque quello che è; e di ciò – piaccia o no – dobbiamo prendere atto.

assistito ad una barocca costruzione teorica di fattura giurisprudenziale il cui fine, non celato, è proprio quello di non rimettere ai giudici comuni la soluzione delle antinomie tra le fonti in parola¹².

La vicenda non può qui essere – come pure meriterebbe – nuovamente, criticamente descritta, nei suoi plurimi profili e risvolti di ordine istituzionale. Appare, nondimeno, assai istruttiva per almeno due ragioni alle quali riservo ora solo un cenno, mentre di una terza mi riservo di dire più avanti.

La prima è che la Corte – qui come altrove¹³ – mostra di ritenere reciprocamente bilanciabili le norme sulla normazione e le norme sui diritti, non esitando a dare a queste ultime la precedenza su quelle. Un bilanciamento il cui esito, nella circostanza in esame, può anche condividersi, per quanto il giudice costituzionale mostri di sottovalutare il fatto che le norme sulla normazione sono esse pure al servizio dei diritti e, in genere, di valori fondamentali dell'ordinamento astrattamente non graduabili rispetto alle norme riguardanti i diritti stessi (così, appunto, per ciò che attiene ai valori della pace e della giustizia tra le Nazioni, nei quali è da vedere la ragion stessa del principio *pacta sunt servanda* e, dunque, della esistenza del diritto internazionale).

La seconda osservazione concerne le tecniche decisorie, delle quali qui specificamente si discorre. Pur di conseguire lo scopo per cui ogni questione avente ad oggetto norme internazionali generalmente riconosciute suscettibili di entrare in rotta di collisione con principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale non possa essere comunque sottratta alla cognizione della Corte, quest'ultima non esita a mettere disinvoltamente da parte consolidate acquisizioni del processo costituzionale, quale quella per cui oggetto di giudizio possono unicamente essere, con le leggi, “atti” (aventi forza di legge) e non pure “fatti” o, appunto, norme non scritte, qual è quella di adattamento dell'ordine interno al diritto internazionale consuetudinario¹⁴. Allo stesso tempo non spiega – e la cosa è francamente stupefacente – come sia mai possibile che il giudizio su una norma a dire della Corte “inesistente”, quale quella di adattamento a norme internazionali lesive dei principi suddetti, si concluda non già, com'era da attendersi, con una pronuncia d'inammissibilità bensì con una d'infondatezza¹⁵.

Il vero è che – come si è osservato, annotando “a prima lettura” la decisione *de qua*¹⁶ – la dichiarazione d'inammissibilità avrebbe portato diritto a fare attrarre nell'orbita della competenza dei giudici comuni la competenza alla risoluzione di siffatte questioni; e questo evidentemente non si è voluto (e non si vuole), né per il presente né per il futuro.

La Corte, in tal modo, fa capire che i rapporti con la Corte internazionale di giustizia richiedono comunque di passare attraverso la Consulta, che non possono cioè, in alcun caso o modo, considerarsi rimessi in ordine alla loro ridefinizione in ragione dei casi alla esclusiva spettanza dei giudici comuni. Una indicazione, dunque, netta, tranciante, laddove essa avrebbe invece potuto, con maggior profitto, risultare più sfumata nei toni e più articolata nella sostanza. Una critica, questa, che sento di dover

¹² Il riferimento è, ovviamente, a [Corte cost. n. 238 del 2014](#), sul cui capo – come si sa – si è riversata un'autentica pioggia di commenti.

¹³ ... ad es., al piano dei rapporti tra leggi statali e leggi regionali, per quanto la giurisprudenza sul punto sia apparsa alquanto oscillante e ad oggi incertamente orientata, avendo ora ammesso ed ora invece negato il bilanciamento di cui è parola nel testo (nel primo senso, v., part. [sent. n. 10 del 2010](#); nel secondo, sentt. nn. [39 del 2013](#) e [99 del 2014](#)), o – per ciò che qui più da presso interessa – a quello dei rapporti tra CEDU e diritto interno (spec. [sent. n. 317 del 2009](#), laddove la Corte ha ritenuto potersi far salve norme interne giudicate lesive dell'art. 117, I c., in quanto “coperte” da altre norme costituzionali bisognose di prioritaria protezione; va tuttavia osservato che la giurisprudenza più recente ([ord. n. 223 del 2014](#)) non discorre più di un “bilanciamento” tra la norma sulla normazione di cui all'art. 117 ed altre norme costituzionali (sulla questione, di recente, C. PADULA, [La Corte costituzionale ed i “controlimiti” alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo: riflessioni sul bilanciamento dell'art. 117, co. 1, Cost.](#), in [www.federalismi.it](#), 23/2014).

¹⁴ Ho avuto modo di affacciare questo rilievo nel mio [La Corte aziona l'arma dei “controlimiti” e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria \(a margine di Corte cost. n. 238 del 2014\)](#), in [Consulta OnLine, 2014](#) (17 novembre). Riprende con ulteriori argomenti questa critica, ora, anche M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini (a proposito della [sent. Corte cost. n. 238 del 2014](#))*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Silvestri*.

¹⁵ Si è invece dichiarato favorevole al mantenimento del sindacato accentrato anche nella circostanza *de qua* e malgrado l'impostazione adottata dalla Corte F. SALERNO, *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *paper*.

¹⁶ V. nuovamente il mio *La Corte aziona l'arma dei “controlimiti”*, cit.

indirizzare non soltanto al piano di esperienza al quale si fa ora riferimento ma anche all'altro, cui si è sopra accennato, dei rapporti con la Corte EDU, qui come lì, infatti, non escludendosi, a mia opinione, che si diano questioni che possano (e debbano) essere di diretta ed esclusiva pertinenza dei giudici comuni¹⁷. Basti solo pensare appunto a quanto si sarebbe avuto nella circostanza odierna, in cui l'antinomia risulti tale da far considerare una delle norme in campo viziata da radicale nullità-inesistenza, e non da mera annullabilità: un vizio perciò subito rilevabile dal giudice comune, senza che allo scopo si debba (o, addirittura, si possa¹⁸) di necessità attivare il sindacato del giudice costituzionale¹⁹.

2. Il ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale quale spia altamente indicativa della tendenza manifestata dal giudice delle leggi a riaffermare la centralità del proprio ruolo al piano dei rapporti con le Corti europee, l'astrattamente possibile attivazione dell'arma dei "controlimiti" e le tecniche decisorie che si prestano ad essere utilizzate in via "sussidiaria" rispetto a quest'ultima

Venendo a dire specificamente dei rapporti tra la Corte costituzionale e le Corti europee, una spia altamente attendibile dell'intento della prima volta a recuperare parte del terreno dapprima ceduto ai giudici comuni può vedersi, sul versante delle relazioni con la Corte dell'Unione, nell'utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale da parte dello stesso giudice costituzionale (dapprima, come si sa, esclusivamente in sede di giudizi in via d'azione e quindi anche nei giudizi in via incidentale, mentre rimane ancora tutta da esplorare l'evenienza che se ne abbia riscontro in altre sedi ancora, e segnatamente in sede di conflitti)²⁰.

¹⁷ Una illustrazione dei casi al ricorrere dei quali si giustifica l'applicazione diretta della Convenzione può, volendo, vedersi nel mio [Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali](#), in [www.forumcostituzionale.it](#), 29 novembre 2014, § 4.1. Diversa impostazione dell'annosa questione, di recente, in I. CARLOTTO, *I giudici italiani e il divieto di applicazione diretta della Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo il Trattato di Lisbona*, in AA.VV., *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, cit., 177 ss., e A. GUZZAROTTI, *Novità nei rapporti tra giudici nazionali e Corte EDU: la dottrina del "doppio binario" alla prova dei casi (e dei conflitti) concreti*, in *Giur. cost.*, 3/2014, 3025 ss.

¹⁸ Può invero discutersi se ogni volta che la Corte dovesse riscontrare la radicale nullità-inesistenza di una norma portata al suo giudizio debba dichiarare l'inammissibilità della questione ovvero se possa trattenerla presso di sé e dichiarare l'incostituzionalità della norma stessa. La prima soluzione è, a mia opinione, la più rigorosa e persuasivamente argomentabile al piano teorico, specie ove si voglia tener fermo il principio, dalle risalenti ascendenze storico-positive, secondo cui ciò che è radicalmente nullo non produce *ab initio* alcun effetto, mentre le norme caducate dalla Corte perdono – come si sa – efficacia, ai sensi dell'art. 136 cost., unicamente a far data dalla decisione che ne abbia accertato l'incostituzionalità. D'altro canto, non si vede come si possa annullare una norma che... *non c'è*. Ciò malgrado, resta fermo il fatto che, secondo "diritto vivente", la Corte ha fin qui manifestato il fermo orientamento ad attrarre a sé ogni questione di legittimità costituzionale (in larga accezione), non rifiutandosi di pronunziarsi laddove l'invalidità risulti di tipo "forte", nel senso appena precisato.

¹⁹ È infatti evidente che, ove una norma di legge contraria a CEDU (o ad altra Carta dei diritti resa efficace in ambito interno) dovesse considerarsi affetta da radicale nullità-inesistenza, al giudice nazionale potrebbe non restare altra via praticabile di quella di fare subito applicazione della Convenzione (o altra Carta), così come peraltro alle volte si fa, dandosi applicazione diretta della Costituzione. Nel caso ora ipotizzato, anzi, come si è fatto altrove notare, in realtà il vuoto legislativo è meno appariscente o, diciamo pure, non c'è, sol che si pensi che la fonte internazionale dispone pur sempre di una base legislativa sulla quale far poggiare gli effetti da essa prodotti nell'ordine interno.

²⁰ Una recente, approfondita riflessione sul tema può vedersi in R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in AA.VV., *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, a cura di A. Ciancio, Aracne, Roma 2014, 431 ss., nonché in [www.rivistaaic.it](#), 3/2014; v., inoltre, L. CAPPUCIO, *I giudici italiani ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dopo il Trattato di Lisbona*, in AA.VV., *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, cit., 81 ss.; T. CERRUTI - M. LOSANA, *La Corte costituzionale e il rinvio pregiudiziale: nuove prospettive e vecchie incertezze*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2014, 534 ss., e G. RAITI, *La vexata quaestio di una "nuova giustizia costituzionale europea". Attraverso la lente del ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte delle Corti costituzionali nazionali*, in AA.VV., *Nuove strategie per lo sviluppo democratico*, cit., 237 ss. Infine, D. LAMPARELLA, *Il dialogo tra le giurisdizioni superiori italiane e la Corte di giustizia europea*, ESI, Napoli 2014.

In tal modo, il giudice costituzionale dà mostra di aver finalmente maturato la consapevolezza di dover prendere l'iniziativa dello smistamento delle carte, vale a dire di non lasciare ai soli giudici comuni il privilegio, dapprima accordatogli, di impostare le questioni di "comunitarietà". È pur vero che ad oggi i casi si contano – come si sa – col contagocce. E domani? Credo che sia facile previsione, alla luce dell'esperienza del tempo presente, quella per cui l'utilizzo dello strumento in discorso da parte del giudice costituzionale dovrebbe restare un fatto molto sporadico, praticamente eccezionale, seppur gravido di implicazioni di ordine istituzionale di non poco momento. È infatti di tutta evidenza che la medesima questione, laddove prospettata da un giudice comune ovvero da quello costituzionale, può apparire agli occhi della Corte dell'Unione profondamente diversa. La "difesa" preventiva – ché di questo molte volte si tratta – delle ragioni riportabili al disposto legislativo interno potenzialmente suscettibile di confliggere con quello eurounitario è di certo più agguerrita ed efficace laddove posta in essere dal giudice costituzionale rispetto al modo con cui le ragioni stesse possono essere rappresentate dal giudice comune; e ciò – si faccia caso – a prescindere, ovviamente, dalla bontà degli argomenti adottati, dal momento che sul piatto della bilancia il giudice costituzionale può deporre un'*auctoritas* di cui – piaccia o no – è sprovvisto il giudice comune, fosse pure quello della legittimità.

È poi da mettere in conto l'eventualità che, in sede di rinvio pregiudiziale come pure in altre sedi, il giudice costituzionale possa prima o poi far valere la dottrina dei "controlimiti", il cui uso è stato – come si sa – molte volte minacciato ma ad oggi mai praticato sul fronte dei rapporti col diritto e la giurisprudenza dell'Unione.

D'altro canto, non soltanto questa eventualità si è già verificata, al piano però dei rapporti intrattenuti da tribunali costituzionali diversi dal nostro con la Corte dell'Unione²¹; di più, proprio il nostro giudice delle leggi ha messo in atto la dottrina suddetta nella decisione, sopra richiamata, relativa ai rapporti tra norme internazionali consuetudinarie e diritto interno. È vero che non è affatto la stessa cosa che se ne sia fatto uso in quest'ambito materiale di esperienza e che possa farsene sul terreno dei rapporti col diritto dell'Unione. In via di principio, nondimeno, non dovrebbe farsi differenza alcuna tra il caso che la minaccia per i nostri principi fondamentali venga da questa o quella fonte esterna.

A mia opinione, l'eventualità ora discussa dipende dal modo complessivo con cui si impostano tutti i rapporti in discorso; o, meglio, dal modo con cui li imposta il nostro giudice delle leggi.

Se, infatti, ci si irrigidisce e si adotta una prospettiva d'ispirazione formale-astratta, assumendo che le norme di origine esterna debbano in ogni caso prestare ossequio ai principi fondamentali della Carta costituzionale, il rischio sopra paventato, per remoto che invero appaia essere, non può escludersi in partenza.

Se, di contro, i rapporti tra gli ordinamenti (e, perciò, in buona sostanza, le Corti che ne sono istituzionalmente garanti) sono rivisti da una prospettiva d'ispirazione assiologico-sostanziale, nella quale da tempo mi riconosco, le probabilità riportabili al rischio stesso si riducono talmente da portare a considerare quest'ultimo praticamente fugato.

Dalla prospettiva qui nuovamente caldeggiata, infatti, gli ordinamenti appaiono, sì, distinti ma anche in via di progressiva, crescente integrazione: una integrazione che si rende palese specificamente sul terreno e per le esigenze ricostruttive della *teoria dell'interpretazione*, anziché su quello congeniale alla *teoria delle fonti*. Una interpretazione che – come la stessa giurisprudenza costituzionale ha tenuto a precisare, nella già richiamata [sent. n. 388 del 1999](#) – è naturalmente portata ad assumere forma circolare, puntando all'incontro ed alla stessa immedesimazione nei fatti interpretativi della Carta costituzionale e delle Carte internazionali dei diritti²²: Carte, dunque, tutte idonee a proporsi l'una quale fattore di incessante rigenerazione semantica dell'altra (o delle altre),

²¹ Sulla dura contrapposizione manifestata da altri tribunali costituzionali avverso pronunzie della Corte dell'Unione giudicate inaccettabili e, perciò, ineseguibili, v., per tutti, O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis-à-vis il processo di integrazione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 4/2012, 765 ss.

²² Nella pronunzia *de qua* si trova, infatti, l'ispirata affermazione secondo cui le Carte suddette e la Costituzione "si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione".

senza alcun ordine gerarchico preconstituito tra di esse (un ordine, invece, reso palese dalla teoria delle fonti e che vede le Carte dei diritti in genere, e tra di esse la CEDU, detenere una posizione comunque “subcostituzionale”, siccome tenute a prestare ossequio ad ogni norma della Costituzione, nel mentre la Carta dei diritti dell’Unione, che pure possiede rango *quodammodo* “paracostituzionale”, è pur sempre obbligata a soggiacere al rispetto dei “controlimiti”).

Ora, la strutturale larghezza degli enunciati delle Carte tutte, di quella nazionale come delle altre aventi origine esterna, è tale da rendere non disagevole l’impresa della loro riconciliazione nei fatti interpretativi. Piuttosto, sono le Corti, che danno voce alle Carte commutandole in “diritto vivente”, a frapporre talora non lievi ostacoli a siffatta opera di reciproca armonizzazione. Possono tuttavia al riguardo soccorrere talune tecniche decisorie forgiate tanto dalle Corti europee quanto dal giudice costituzionale allo scopo di allontanare il rischio del reciproco conflitto (o, quanto meno, di mascherarlo ad arte), tecniche dunque che si prestano a farsi valere in via “sussidiaria” rispetto a quella dei “controlimiti”.

Se n’avuta eloquente testimonianza soprattutto sul versante dei rapporti con la Corte EDU; non è tuttavia da escludere che possa aversene riscontro, magari con adattamenti, altresì sul versante dei rapporti con la Corte dell’Unione.

Tre le tecniche che considero le più efficaci sul fronte dei rapporti con la Corte di Strasburgo: quella per cui la Convenzione, nel suo farsi “diritto vivente”, richiede di essere rispettata unicamente nella sua “sostanza”; l’altra per cui il giudizio ha da esser formulato ogni volta avuto riguardo alle norme (e, perciò, ai beni della vita da esse protetti) nel loro comporsi in “sistema”, non già – come invece, a dire del nostro giudice costituzionale, farebbe la Corte europea – prestando attenzione al solo diritto fondamentale del quale si reclama tutela; infine, l’altra ancora per la quale deve darsi la preferenza alla norma (o, meglio, al *sistema di norme*) in grado d’innalzare il livello della tutela dei diritti e degli interessi in genere costituzionalmente protetti (una tecnica, quest’ultima che – come si vedrà – può, in realtà, considerarsi quale una variante della seconda, in talune sue peculiari espressioni).

Di esse dobbiamo ora, pur se con la necessaria speditezza imposta a questa riflessione, dire.

3. Le tecniche “difensive” poste in essere dalla Corte costituzionale al fine di smarcarsi dal pressing delle Corti europee, segnatamente della Corte di Strasburgo, e gli oscillanti e non sempre lineari utilizzi da parte di quest’ultima delle tecniche decisorie di cui è dotata, in specie della dottrina del “consenso” (notazioni critiche)

La prima tecnica è quella che lascia maggiormente perplessi. Dire che la giurisprudenza convenzionale debba essere rispettata unicamente nella sua “sostanza” – in disparte la concettuale vaghezza ed ambiguità di siffatto criterio discretivo – equivale infatti a considerare la Convenzione una fonte *sui generis* o, meglio, valevole solo *in via tendenziale* o *relativa*, ad alcune sue norme dovendosi prestare ossequio e ad altre invece no²³. Non è perspicuo opporre che la selezione in parola non si applica sul fronte dei rapporti col diritto dell’Unione per la elementare ragione che alle decisioni della Corte dell’Unione stessa è riconosciuta la natura di vere e proprie fonti del diritto, natura che sarebbe invece non predicabile per le pronunzie del giudice di Strasburgo e che, dunque, giustificerebbe (non si sa bene, però, in nome di quale principio) una selezione interna a queste ultime, imponendosene appunto il rispetto unicamente della “sostanza”. Il ragionamento infatti non fila, per la elementare ragione che tutte le decisioni in parola sono da vedere quali la proiezione di un diritto *vigente*, la sua conversione appunto in *vivente*. Per quest’aspetto, non può farsi dunque differenza alcuna di trattamento. La differenza, semmai, potrebbe riscontrarsi, come appunto la vede il nostro giudice delle leggi, al piano dei limiti, assumendo che l’una Carta (quella convenzionale)

²³ Una “strategia elusiva”, secondo l’efficace qualificazione datane da un’avveduta dottrina (E. LAMARQUE, *Le relazioni tra l’ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, cit., 765), quella posta in essere dalla Consulta a mezzo della tecnica in discorso.

vada incontro, al momento della sua immissione in ambito interno, a limiti più gravosi di quelli propri di altra Carta (dell'Unione), ovverosia che diverso sarebbe appunto il "posto" detenuto da tali Carte nel sistema delle fonti; in disparte però le riserve, altrove illustrate, che un siffatto teorico argomentare solleva, sarebbe questa comunque cosa diversa rispetto al considerare solo occasionalmente (a seconda cioè che sia, o no, in gioco la "sostanza" suddetta) vincolante l'una Carta.

La seconda tecnica, poi, appare persino scontata nell'esito cui perviene (chi potrebbe mai negare che un documento normativo in genere, e specificamente la Costituzione, richieda di esser considerato sempre nel suo insieme significante, quale "sistema" appunto, e che debba perciò farsi luogo agli opportuni bilanciamenti, in ragione dei casi, tra gli interessi da essa protetti?). Muove, peraltro, da un assunto assai discutibile (e, a mia opinione, contraddetto da non poche vicende processuali), vale a dire che la Corte di Strasburgo si prenderebbe sempre (e solo) cura del singolo diritto la cui tutela le è sollecitata, diversamente dal giudice nazionale, che di necessità ha da guardare all'intero spettro degli interessi costituzionalmente protetti, non di rado dovendo bilanciare quello del ricorrente con quello o quelli di altri soggetti o dell'intera collettività. Anche sotto questo riguardo, tuttavia, non è raro riscontrare decisioni della Corte europea nelle quali ha luogo siffatta ponderazione (ad es., tra interessi individuali e quello della sicurezza o altri interessi di ordine collettivo)²⁴. Certo, gli esiti possono non essere coincidenti, dal momento che legittimamente diversi possono essere gli angoli visuali dai quali si guarda ai medesimi interessi in gioco, secondo quanto ha, ad es., mostrato la nota vicenda delle leggi d'interpretazione autentica, nel corso della quale si è assistito ad uno scontro malcelato tra punti di vista irriducibili. Che ciò possa accadere è, dunque, da mettere in conto; altra cosa è però l'artificiosa contrapposizione tra le Corti per ciò che attiene al rilievo da assegnare al "sistema".

Diciamo le cose come stanno. Il nostro giudice costituzionale ha fatto appello al "sistema" allo scopo di smarcarsi da un *pressing* del giudice europeo ritenuto insopportabile. Laddove infatti si rivelano armi spuntate altre tecniche in uso presso i giudici in genere²⁵, quale ad es. il *distinguishing*, ecco che il ricorso al "sistema" offre opportunità preziose di diversificazione dell'indirizzo del giudice nazionale rispetto a quello del giudice europeo.

Si spiega in questa luce anche l'uso della terza tecnica, che induce alla ricerca della massimizzazione della tutela: forse, quella che meglio di ogni altra si presta ad offrire una via di fuga al giudice nazionale inseguito da presso dal giudice europeo²⁶.

Ci s'intenda. Il canone della tutela più "intensa" – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – si pone oggi quale l'autentica *Grundnorm* o il *Grundwert* delle relazioni interordinamentali: una sorta di "metacriterio" – com'è stato, ancora da ultimo, rilevato²⁷ – in applicazione del quale possono (e devono) operarsi i bilanciamenti su basi di valore tra gli interessi costituzionalmente protetti, anche appunto nella loro proiezione o dimensione interordinamentale²⁸. Ed è chiaro che nel criterio in parola

²⁴ Dunque, tutt'al più può rilevarsi una diversa, graduata sensibilità per le esigenze del "sistema" da parte della Corte di Strasburgo rispetto alla Corte nazionale, non già però una mancanza della stessa.

²⁵ ... ma specialmente presso quelli materialmente costituzionali, tra questi dovendosi ormai annoverare – come si è in altri luoghi osservato –, perlomeno in modo tendenziale, le stesse Corti europee.

²⁶ Opportunamente, dunque, invita a fermare in modo particolare l'attenzione sulla tecnica decisoria in parola anche E. LAMARQUE, *op. et loc. ult. cit.*

²⁷ G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Silvestri*, che riprende con originali svolgimenti un termine già presente in alcuni miei scritti (tra i quali, ora, *Lo Stato costituzionale e le sue "mutazioni genetiche"*, in *Quad. cost.*, 4/2014, 837 ss.). Sul canone in parola v. inoltre, di recente, L. TRIA, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., e T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, cit., 389 ss.

²⁸ Una severa critica nei riguardi del canone in parola (e di chi, come me, ad esso si rifà in sede di ricostruzione delle relazioni interordinamentali) può ora vedersi in R. BIN, *L'interpretazione conforme*, cit., spec. al § 5, che rileva come la tecnica decisoria in discorso punti ad offrire una rappresentazione "irenica" dei rapporti tra le Corti (e del "dialogo" che tra di esse si svolge), mascherando in realtà i conflitti, anche particolarmente aspri, non di rado tra le stesse insorgenti.

Come mi sono sforzato di mostrare in precedenti lavori, alcuni dei quali richiamati dallo stesso B., e tento qui di precisare ulteriormente, non escludo affatto che ciò possa talora aversi, allo stesso tempo però non nascondendomi altresì l'opposta evenienza, vale a dire che comunicando a vicenda ("dialogando", appunto) le Corti possano ricercare assieme

tutti i protagonisti del “dialogo” intergiurisprudenziale devono riconoscersi, esattamente così come si fa con le regole del gioco ancora prima di dare inizio alla partita ed affinché questa possa correttamente svolgersi e giungere a compimento.

Così, in effetti è, alla luce di quanto stabilisce l’art. 53 sia della CEDU che della Carta di Nizza-Strasburgo e di quanto è dato desumere dalla nostra Carta costituzionale, vista appunto nel suo fare “sistema” (e, segnatamente, a mia opinione, dagli artt. 2 e 3: la coppia assiologia fondamentale, come la si è altrove chiamata, in funzione servente della quale si dispongono le norme costituzionali restanti, comprese quelle che danno l’apertura al diritto internazionale e sovranazionale, tutte appunto riportandosi al principio personalista quale punto fermo da cui ogni norma si tiene e cifra identificante e qualificante la Carta repubblicana). Ed allora, in astratto, le stesse Corti europee potrebbero a buon titolo far appello al “metacriterio” suddetto, in esso rinvenendosi il fondamento dell’applicazione delle Carte di cui esse sono garanti in ambito interno. Nei fatti, tuttavia, come si diceva, il richiamo al canone in parola può (e non a caso) più di frequente aversi proprio per iniziativa del giudice nazionale che si senta accerchiato da una giurisprudenza europea evidentemente non gradita.

Come che sia di ciò, un punto merita di essere messo in particolare evidenza; ed è che, evocandosi in campo il canone della miglior tutela, il giudice – checché se ne dica da parte di quanti, ancora in tempi recenti, hanno tentato di darne una spiegazione conciliante con l’impianto d’ispirazione formale-astratta dei rapporti tra CEDU e diritto interno (e, segnatamente, con la qualifica della prima in termini di fonte “subcostituzionale”) di giurisprudenziale fattura²⁹ – fa luogo ad un’autentica rivoluzione copernicana: abbandona il terreno della ricostruzione su basi formali-astratte dei rapporti tra le fonti (e gli ordinamenti di appartenenza) ed ambienta la ricostruzione stessa ad un piano assiologico-sostanziale. Non è più, dunque, la *teoria delle fonti* il terreno elettivo per far luogo a siffatta ricostruzione – come opinano la giurisprudenza costituzionale ed i suoi benevoli commentatori – bensì, come si accennava poc’anzi e si è ora in grado di comprendere appieno, la *teoria dell’interpretazione*: non le *fonti*, a motivo della loro forma o provenienza, si giocano la partita, ma direttamente ed esclusivamente le loro *norme*, quali che siano appunto gli atti cui debbono la loro produzione. E, poiché le norme hanno senso per il modo con cui “vivono” attraverso la giurisprudenza che se ne fa portatrice e garante, ecco che la competizione tra le norme stesse, in vista del conseguimento dell’obiettivo dell’innalzamento della tutela, interamente si risolve nella competizione tra le Corti che la tutela medesima offrono, dando fondo a tutte le risorse argomentative di cui dispongono.

soluzioni maggiormente appaganti rispetto al passato e – fin dove possibile – convergenti, a beneficio dei diritti. Ogni strumento non è, in sé e per sé, né buono né cattivo: tutto dipende dall’uso che concretamente se ne fa.

Ora, il canone della massimizzazione della tutela – come si viene dicendo – risulta, a mia opinione, stabilito sia dalle Carte di origine esterna, nelle quali è espressamente enunciato, che dalla Carta costituzionale, una volta fatta previamente l’opzione metodico-teorica volta a rintracciare nei valori fondamentali positivizzati (e, segnatamente, in quelli di libertà eguaglianza dignità) il perno attorno al quale ruotano e dal quale stabilmente si tengono le relazioni interordinamentali. Negare l’esistenza del canone in discorso, quale norma fondamentale delle relazioni stesse, dunque non si può, a meno che non si voglia, allo stesso tempo, negare che i valori suddetti stanno a base sia dell’ordine interno nella sua interezza che delle proiezioni che esso ha fuori di sé.

Riprendendo un argomento altrove espresso, B. obietta che “i diritti tendono ad essere ‘a somma zero’, nel senso che l’aumento di tutela assicurato ad uno comporta una diminuzione di tutela per un altro”. La qual cosa, ancora una volta, può *talora* essere ma, appunto, *non sempre*; e, comunque, ammesso che le cose stiano davvero così, perché escludere in partenza, in modo assiomatico, che si possano conseguire sintesi assiologiche *complessivamente* ancora più appaganti di altre precedentemente raggiunte, magari proprio grazie alla mutua rigenerazione semantica tra le Carte e, perciò, in buona sostanza, al “dialogo” intergiurisprudenziale? Perché dunque negare in modo assiomatico che si possano confrontare le tutele offerte da questa o quella Carta (e, a conti fatti, Corte) in relazione al medesimo caso, ricercando pertanto quella che si mostri idonea a fissare più in alto delle altre la sintesi tra i valori in gioco?

Anche, infatti, a volgere lo sguardo all’esperienza (e, perciò, al modo concreto di atteggiarsi dei rapporti interordinamentali), a me pare che si debba rifuggire dal darne qualificazioni trancianti, a senso unico, ispirate ad un pessimismo senza speranza, che inducano cioè a concludere che v’è solo il conflitto costante, a tutto campo, senza fine. Non di sole guerre sono (per fortuna...) fatte le relazioni tra i protagonisti delle vicende riguardanti i diritti ed i modi della loro salvaguardia in sede giudiziale.

²⁹ Ancora G. D’AMICO, nello scritto appena cit.

È da chiedersi perché mai il nostro giudice costituzionale abbia messo in campo le tecniche delle quali si è rapidamente discusso specificamente sul terreno dei suoi rapporti con la Corte di Strasburgo, piuttosto che su quello in cui si confronta con la Corte dell'Unione. Può darsi che ciò si debba al fatto che la Consulta oggi tema di più il *pressing* – come lo si è anche sopra chiamato – della prima Corte; può anche darsi che su quel terreno reputi di avere carte da giocare di cui pensa di non disporre sul versante dei rapporti con la Corte dell'Unione, o, magari, può darsi che le due evenienze ora prospettate non siano reciprocamente alternative ma possano ricorrere assieme.

Sta di fatto che non è solo il giudice costituzionale a tenere – come potrebbe dirsi, mutuando una nota espressione sportiva – una guardia stretta; alle volte, anche il giudice europeo appare essere guardingo, giocando di rimessa ed avendo cura perciò di piazzare solo di tanto in tanto un buon colpo, senza tuttavia scoprirsi.

Si pensi, ad es., al modo (o, meglio ai modi, non sempre per vero uniformi e lineari) con cui la Corte di Strasburgo mette in campo la tecnica del “consenso”, facendone un uso all'insegna del principio dello *stop and go*, ora cioè arretrando e dando largo spazio alle “tradizioni” costituzionali nazionali, in vista della loro perdurante affermazione, ed ora, di contro, circoscrivendo l'area della loro possibile implementazione nell'esperienza e l'ulteriore riproduzione nel tempo³⁰.

Possono tornare utili, allo scopo di avere conferma di quest'assunto, alcune esemplificazioni in relazione a taluni campi materiali sui quali insistono diritti dei quali si reclama oggi, in modo particolarmente vigoroso e pressante, tutela.

4. *L'andamento a fisarmonica della giurisprudenza europea, volta ora a fare espandere ed ora a contrarre l'area entro cui possono affermarsi le tradizioni costituzionali nazionali (esemplificazioni con specifico riguardo all'ambito bioetico)*

L'utilizzo a fisarmonica delle tradizioni nazionali da parte della Corte di Strasburgo, abilitate ora ad espandersi ed ora però costrette a contrarsi ed a ripiegare a fronte del bisogno di far valere i diritti riconosciuti dalla Convenzione, è vistoso (e, a mia opinione, destinato a crescere ulteriormente) soprattutto in ambito bioetico, laddove cioè si avanzano frequenti e pressanti istanze volte alla rimozione di antiche e radicate incrostazioni che impediscono o frenano il finale decollo e l'effettiva affermazione dei diritti che ad esso fanno capo; e va detto che, sia pure con qualche remora non rimossa e talune perduranti oscillazioni, in molti casi la giurisprudenza europea si mostra sensibile e sollecita ad accoglierle. Di contro, in ambito economico-sociale – com'era, d'altronde, prevedibile –, i diritti hanno trovato (e trovano) difficoltà rilevanti ad affermarsi, in ragione dei costi rilevanti che il loro appagamento comporta, specie nel presente contesto segnato da una crisi soffocante ed ormai

³⁰ Notazioni di vario segno al riguardo in G. RAIMONDI, [La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8-11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo](#), in www.europeanrights.eu, 11 gennaio 2013, e R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, cit., spec. p. 214 ss. Sulla dottrina del margine di apprezzamento, tra i molti altri e di recente, v. J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti - A. Morrone, Giappichelli, Torino 2011, 87 ss.; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 88 ss. e 110 ss.; i contributi che sono nella parte II.A di AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Intersentia, Cambridge 2013; E. CANNIZZARO - B.I. BONAFÈ, *Beyond the archetypes of modern legal thought. Appraising old and new forms of interaction between legal orders*, in AA.VV., *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, a cura di M. Maduro - K. Tuori - S. Sankari, University Press, Cambridge 2014, 84 ss.; C. CINELLI, *Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale italiana e margine di apprezzamento*, in *Riv. dir. internaz.*, 3/2014, 787 ss.; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, cit., 387 ss. Con specifico riguardo alle prospettive aperte per la sua ulteriore valorizzazione dal prot. 15, E. CRIVELLI, *I protocolli n. 15 e n. 16 alla CEDU: nel futuro della Corte di Strasburgo un rinvio pregiudiziale di interpretazione?*, in *Quad. cost.*, 4/2013, 1021 ss.

in modo incontenibile dilagante, di cui ovviamente la giurisprudenza europea non può non tener conto. Ciononostante, non fanno difetto pronunzie, anche molto recenti, quale quella della Corte di giustizia relativa al precariato nella scuola o quelle, cui si è poc' anzi fatto cenno, della Corte EDU in tema di leggi d'interpretazione autentica, con le quali si è data voce ad esigenze largamente avvertite e fin qui rimaste inascoltate, pur comportando il loro appagamento costi non indifferenti³¹.

I maggiori passi in avanti, al piano della tutela, si sono nondimeno fatti – come si diceva – soprattutto in campo bioetico, laddove la sensibilità dei giudici nei riguardi dei diritti in tale campo emergenti ha avuto modo di manifestarsi con particolare evidenza³², specie al confronto di un passato, anche recente, assai poco gratificante, allo stesso tempo rivelandosi parimenti palesi i ritardi e le complessive carenze della legislazione a fronte di una domanda sociale in modo vistoso sempre più avanzata e pressante. Il punto è che l'operato, pur fattivo ed incisivo, dei giudici va incontro a limiti strutturali, di sistema, tant'è che – come si vedrà più avanti con esempi – non di rado i giudici stessi (e, segnatamente, quelli materialmente costituzionali, nel senso sopra precisato) non hanno potuto far altro che tracciare il verso lungo il quale dovrebbe avviarsi la futura regolazione legislativa, all'insegna dei principi somministrati dalla giurisprudenza, senza nondimeno fare appieno le veci della regolazione stessa.

In quest'ambito, la giurisprudenza europea sembra volersi muovere con studiata cautela, preoccupata di non esercitare un'eccessiva pressione sugli operatori nazionali, allo stesso tempo tuttavia non trattenendosi dal dare – laddove possibile – indicazioni circa il modo migliore col quale dare appagamento a diritti ad oggi largamente trascurati. La tecnica del “consenso” trova invero qui modo di esprimersi in modo elastico, tale da conciliare le aspettative delle tradizioni costituzionali nazionali alla loro salvaguardia con le aspettative della Convenzione a dare una tutela accresciuta rispetto a quella offerta dalle tradizioni stesse, magari facendovi luogo con la necessaria gradualità. In altri luoghi³³ mi sono già dichiarato dell'idea che si tratta di una tattica o vera e propria strategia processuale accorta e però, allo stesso tempo, incisiva ed alla lunga, con ogni probabilità, vincente. Prendere di petto le questioni sollevate e dare risposte troppo avanzate rispetto ai tempi equivarrebbe – è pressoché certo – a sollevare un'aspra reazione in ambienti nazionali. Con la tattica dei piccoli passi, invece, il terreno viene gradualmente conquistato e le postazioni man mano raggiunte mantenute salde.

Si pensi alle vicende del matrimonio tra persone dello stesso sesso, del riconoscimento del diritto del figlio ad avere notizie circa le proprie origini biologiche, del diritto dei carcerati ad espriare in luoghi adeguati la pena, senza pregiudizio della loro dignità, della fecondazione medicalmente assistita, e via dicendo. Sono tutti casi in cui la giurisprudenza europea ha avuto modo di esprimersi con varia capacità di penetrazione nelle mura della cittadella statale, rimettendosi nondimeno largamente a soluzioni originali, differenziate da Stato a Stato, al fine di apprestare un'adeguata tutela ai diritti. E così se, in merito al matrimonio tra gli omosessuali, la Corte EDU ha mostrato di ritenere compatibili con la Convenzione tanto le legislazioni che lo riconoscono quanto quelle che lo negano, assumendo un atteggiamento a prima impressione pilatesco, per i diritti la cui tutela è stata sollecitata nel corso delle altre vicende sopra evocate la Corte stessa non ha mancato di precisare le condizioni al verificarsi delle quali la normativa nazionale può rimettersi in asse e riconciliarsi appieno con la CEDU.

È interessante notare come la giurisprudenza costituzionale si sia quindi, in più occasioni, disposta a ruota delle indicazioni di principio date dal giudice europeo, alle volte, persino riprendendo i medesimi argomenti addotti dalla Corte di Strasburgo (come nel caso del diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche – [sent. n. 278 del 2013](#), che si discosta da un precedente e divergente

³¹ Dei “limiti alla permeabilità economico-sociale” della CEDU ha, di recente, discorso N. NAPOLETANO, *Estensione e limiti della dimensione economica e sociale della Convenzione europea dei diritti umani in tempi di crisi economico-finanziaria*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2/2014, 389 ss., spec. 417 ss., e lett. *ivi*.

³² Riferimenti in S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, e II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto*, cit.

³³ ... e, tra questi, [Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corti nazionali](#), in www.federalismi.it, 18/2014, spec. al § 7.

orientamento – o nel caso del diritto dei carcerati ad avere salvaguardata la propria dignità nei luoghi in cui espiano la pena: [sent. n. 279 del 2013](#)), pur differenziandosi talora al piano delle tecniche decisorie. Così, specificamente, nella seconda delle pronunzie ora richiamate che, a differenza di quella immediatamente precedente (un’additiva di principio), è d’inammissibilità, nondimeno accompagnata da un fermo monito e dalla minaccia della sua possibile conversione in una decisione di accoglimento, nel caso che il monito stesso dovesse restare inascoltato.

Altre volte, invece, la Consulta ha marcato la distanza dall’indirizzo del giudice europeo (come a riguardo dei matrimoni tra omosessuali) e, tuttavia, ha pur sempre raccolto l’indicazione di quest’ultimo volta ad assicurare ai diritti sacrificati l’opportuna protezione (nell’esempio da ultimo fatto, già con la [sent. n. 138 del 2010](#) e, soprattutto, con la [sent. n. 170 del 2014](#), la Corte ha infatti indirizzato l’avvertimento al legislatore a fare finalmente luogo alla opportuna regolazione delle coppie composte tra persone dello stesso sesso; un monito “rinforzato”, nell’ultima pronunzia, per effetto dell’aggiunta di un principio nel tessuto legislativo preesistente, al quale il legislatore è stato chiamato a dare seguito apprestando le regole congrue alla sua specificazione-attuazione).

5. *La tendenza alla federalizzazione dei diritti ed alla conformazione della giurisdizione quale una giurisdizione per risultati*

Gli esempi appena fatti (ed altri ancora che potrebbero nel medesimo verso farsi) insegnano molte cose.

Due, in specie, i profili meritevoli, a mia opinione, di speciale attenzione, reciprocamente in modo inscindibile intrecciati ed espressivi di linee di tendenza che vanno configurandosi in modo sempre più netto e marcato e che promettono, dunque, di consolidarsi e prolungarsi ulteriormente nel prossimo futuro.

La prima tendenza è quella che ho altrove chiamato alla *federalizzazione dei diritti*, alla ricerca cioè di un equilibrio, per quanto possibile effettivamente mediano e conciliante, al piano della tutela, tra la vocazione alla europeizzazione (ed internazionalizzazione) della tutela stessa con le aspettative, tuttora fortemente avvertite, alla sua tipizzazione in ambienti nazionali che ad oggi presentano “tradizioni” costituzionali ad ogni buon conto diverse. Si tratta, in altri termini, di ricercare, tanto al piano dei rapporti interordinamentali (tra giudici europei e giudici nazionali) quanto a quello dei rapporti in ambito interno (tra Corte costituzionale e giudici comuni), soluzioni idonee ad assecondare sia la spinta alla uniformità che quella alla diversificazione della tutela. Ciò che può aversi alla sola condizione che i giudici materialmente costituzionali dotino le loro pronunzie della necessaria duttilità strutturale, sì da renderle quindi adattabili da parte dei giudici chiamati a darvi seguito, in relazione alle peculiarità dei contesti e dei casi in essi emergenti.

Si spiega in questa luce, per un verso, il frequente ricorso alle *sentenze-pilota* da parte della Corte di Strasburgo³⁴ e, per un altro verso, la riscoperta delle *additive di principio* da parte del nostro giudice costituzionale, la cui funzione era stata da taluno affrettatamente giudicata ormai esaurita³⁵: le une e le altre sollecitando il pronto intervento del legislatore, innanzi tutto, e, laddove possibile, in via

³⁴ Sull’uso specie di recente fattone e le conseguenti implicazioni di ordine istituzionale, indicazioni possono aversi da M. FYRNYS, *Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, in *Germ. Law Journ.*, 2011, 1231 ss.; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell’uomo*, Giuffrè, Milano 2012, 123 ss.; D. TEGA, *I diritti in crisi*, cit., 105 ss.; V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012, 864; F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU. Bruxelles 24 maggio 2012*, in www.rivistaaic.it, 1/2013, spec. § 3; R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in *Pol. dir.*, 4/2013, spec. 452 ss.; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, cit., 383 ss.

³⁵ Indicazioni sui modi con cui la Corte fa uso di questi ed altri strumenti di decisione, di recente, in C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013.

“sussidiaria”, quello dei giudici comuni, in vista dell’opportuno prolungamento e il completamento dell’opera di giustizia costituzionale (in senso materiale) posta in essere a mezzo delle pronunzie suddette. È pur vero che talora, malgrado la buona volontà profusa, i giudici non possono che lasciare comunque imperfetta l’opera stessa, dal momento che senza l’intervento regolatore del legislatore essa non può in ogni caso prendere compiuta forma. È quanto, ad es., si è avuto, a mia opinione, in alcune delle vicende sopra richiamate, quale quella che ha portato all’astratto riconoscimento del diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche o del diritto degli *ex* coniugi il cui matrimonio sia stato sciolto in conseguenza del mutamento di sesso di uno dei due: diritti tutti condannati a restare solo sulla carta, privi di effettivo ristoro senza la necessaria posizione delle regole per mano del legislatore idonee a darvi appunto appagamento³⁶.

La seconda tendenza è quella che si è altrove etichettata tramite la formula della *giurisdizione per risultati*³⁷.

Le esperienze alle quali si è qui fatto riferimento rendono, a parer mio, eloquente testimonianza di un modo di essere e divenire della giurisdizione alquanto distante da quello di un tempo, in cui i giudici, non “dialogando” o scarsamente “dialogando” tra di loro, ritenevano di poter e dover esercitare l’ufficio loro proprio in sovrana solitudine, offrendo ciascuno con le proprie forze la tutela che era in grado di dare, in ragione delle discipline legislative vigenti e delle condizioni complessive del contesto.

Oggi, però, come sappiamo, non è più così, non può più essere così.

Le Corti costituzionali e i giudici nazionali in genere sanno di doversi confrontare coi giudici europei e questi ultimi di doversi confrontare tanto *inter se* quanto coi giudici nazionali.

³⁶ Questa conclusione è contraddetta da una sensibile dottrina, a cui opinione il diritto offeso da legge dichiarata costituzionalmente illegittima con additiva di principio potrebbe ricevere ugualmente piena tutela anche in assenza delle regole legislative la cui adozione è sollecitata dalla pronunzia della Corte. Convengo che, in astratto, questo è talvolta vero; dubito tuttavia che lo sia nei casi cui si riferisce questa dottrina, come a riguardo dello scioglimento del matrimonio del transessuale, dalla dottrina stessa considerato differito all’entrata in vigore della disciplina legislativa con cui è data la regolazione della peculiare condizione della coppia *de qua* [così, B. PEZZINI, [A prima lettura \(la sent. 170/2014 sul divorzio imposto\)](#), in [www.articolo29.it](#), 15 giugno 2014, cui si allinea con precisazioni P. BIANCHI, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: divorzio «imposto», incostituzionale ma non troppo*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 669 ss., spec. 671; la contraria opinione, nel senso qui indicato, è invece con puntuali argomenti sostenuta da R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto” (quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice)*, in *Foro it.*, 10/2014, I, 2680 ss.; in un non dissimile ordine di idee anche V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (breve note a Corte costituzionale, sent. n. 170/2014)*, in [www.dirittifondamentali.it](#), 15 settembre 2014. Anche per A. RAPPOSELLI, *Illegittimità costituzionale dichiarata ma non rimossa: un “nuovo” tipo di sentenze additive?*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](#), *Osservatorio costituzionale*, gennaio 2015, senza l’intervento riparatore del legislatore i diritti della coppia non potrebbero esser tutelati, essendosi la Corte limitata ad accertare la violazione della Costituzione. Si sofferma sul sostanziale differimento degli effetti della pronunzia della Corte anche F. SAIITO, *L’incostituzionalità del “divorzio imposto” tra rettificazione di sesso e tutela del “pregresso vissuto” della coppia*, in *Giur. cost.*, 3/2014, 2706 ss., spec. 2714. Di contro, ad avviso di C. SALAZAR, *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, in [www.confrontocostituzionali.eu](#), 27 giugno 2014, dalla decisione della Corte conseguirebbe “la legittimazione alla ragionevole estensione in via giudiziaria dei diritti dei conviventi riconosciuti dall’ordinamento alle coppie ‘non più eterosessuali’ che intendano conservare il loro legame, sino al debutto della disciplina legislativa volta a dettare le regole attuative del principio individuato dalla Corte”. Dell’idea che la pronunzia della Corte abbia creato “una sorta di *limbo* giuridico per i ricorrenti, quasi una ‘no law’s land’” si è, poi, dichiarato A. D’ALOIA, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una incostituzionalità «per mancanza di alternative»*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 672, favorevole al riconoscimento di una “(ri)costruzione in via giudiziaria di una sorta di nucleo minimo di diritti di una coppia omosessuale”, senza peraltro che resti escluso l’eventuale ricorso alle Corti europee conseguente al mancato “seguito” dato dal legislatore al principio aggiunto dalla Corte al dettato legislativo. Un cenno, infine, merita la opinione di S. PATTI, *Il divorzio della persona transessuale: una sentenza di accoglimento che non risolve il problema*, in *Foro it.*, 10/2014, I, 2685 ss., che suggerisce al transessuale che voglia evitare lo sbocco altrimenti obbligato dello scioglimento del proprio matrimonio di limitarsi a far richiesta di autorizzazione all’intervento chirurgico senza passare alla seconda fase che porta alla rettificazione del sesso. La qual cosa, tuttavia, di tutta evidenza costringerebbe la persona a non vedersi legalmente riconosciuto il mutamento del sesso stesso, con grave pregiudizio della propria dignità].

³⁷ Tra gli altri scritti in cui se ne fa parola può, volendo, vedersi il mio *Lo Stato costituzionale e le sue “mutazioni genetiche”*, cit., spec. 848 ss.

D'altro canto, le domande di tutela per i diritti e gli interessi in genere costituzionalmente protetti sono talmente pressanti, così come bisognosi di reciproco bilanciamento sono i beni della vita cui esse si riferiscono, da sollecitare naturalmente l'adozione di risposte da parte dei giudici nelle forme sopra succintamente descritte. Vengono così sempre più di frequente a formarsi delle vere e proprie *catene* di atti giurisdizionali funzionalmente connessi e volti alla produzione di effetti apprezzabili in modo adeguato unicamente appunto attraverso la osservazione dell'insieme degli atti stessi, piuttosto che di ciascuno di essi *uti singulus*.

La giurisdizione viene così a presentarsi quale una sorta di *work in progress*: un tratto, questo, che da una prospettiva di ancora più ampio respiro sembra connotare l'esercizio in genere delle pubbliche funzioni. Anche la legislazione, infatti, è sollecitata nel tempo presente, segnata da frequenti, diffusi ed aspri conflitti tra interessi costituzionalmente protetti, a dotarsi di una struttura per quanto possibile duttile, essenzialmente fatta da disposizioni di principio che quindi si rimettono, in ordine alla loro ottimale implementazione nell'esperienza, agli opportuni svolgimenti da parte dei giudici, destinatari di "deleghe" – come le si è soliti chiamare – di bilanciamento in concreto tra gli interessi stessi.

Il rapporto tra legislazione e giurisdizione presenta varietà di movenze, a seconda dei contesti e nel tempo, alla ricerca di forme di equilibrio interno parimenti varie, comunque incertamente definite.

Secondo modello, il *diritto vigente* dovrebbe precedere e determinare il *diritto vivente*. Non di rado, tuttavia, come si è venuti dicendo, si ha proprio l'inverso, il secondo spingendo per la formazione e l'incessante rinnovamento del primo. In ogni caso, la duttilità strutturale degli atti è *condicio sine qua non* per la riuscita di operazioni di tutela comunque assai ardue ed impegnative.

Questa tendenza alla flessibilizzazione della tutela, alla sua conformazione – come si diceva – quale una sorta di *work in progress* cui concorrono operatori dislocati a livelli diversi e chiamati all'esercizio di funzioni parimenti diverse, mi sembra essere uno dei segni più marcati del tempo presente, che dunque – viene da pensare – troverà ulteriore conferma e consolidamento nel prossimo futuro³⁸.

³⁸ Notazioni critiche a riguardo della formula della "giurisdizione per risultati" svolge ora A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in *Consulta OnLine*, 2015 (26 gennaio), ult. §, in nt. 62. Non mi sta a cuore difendere la scelta linguistica fatta, che può considerarsi più o meno felice; mi preme però precisare che essa non vuole essere caricata di valenze che non ha voluto e non vuole avere, assumendo una connotazione "economicistica" ovvero dando ad intendere di poter esprimere un significato "progettuale", qual è quello che è proprio dell'attività di definizione dei fini della direzione politica da parte degli organi a ciò istituzionalmente preposti. Vuol piuttosto rappresentare – questo sì – lo sforzo incessante congiuntamente prodotto dalle Corti e reso palese dal "dialogo" che tra di esse in modo parimenti incessante s'intrattiene, specie laddove dovesse portare i frutti che da esso si attendono, volto a dare l'ottimale appagamento ai diritti (e, in genere, agli interessi costituzionalmente protetti), alle condizioni oggettive di contesto e pur nelle crescenti difficoltà che in esso si presentano, anche per effetto di quelle acclamate, complessive carenze denunciate dal legislatore, sulle quali opportunamente anche M. insiste nella sua approfondita analisi. È proprio grazie al "dialogo" intergiurisdizionale infatti che non di rado le Corti hanno modo di mettere a punto e, del caso, correggere i propri orientamenti, nell'intento di innalzare fin dove possibile il livello di appagamento dei diritti e, in genere, degli interessi meritevoli di tutela, senza che dunque ciò debba di necessità tradursi, secondo l'appunto critico di M., in una "denegata (o insufficiente) giustizia".

D'altro canto, che i singoli verdetti e gli indirizzi che gli stessi compongono siano "perfettibili" non mi pare che vada visto come un tratto negativo né della giurisdizione né di qualsivoglia altra funzione (a partire, ovviamente, da quella legislativa), non meritando – a me pare – di essere disprezzata l'aspirazione ad un accresciuto appagamento dei bisogni dell'uomo, specie di quelli più diffusamente ed intensamente avvertiti. Che poi siffatto appagamento possa in concreto... *appagare* solo fino ad un certo punto non è certo colpa dei giudici che fanno unicamente ciò che possono fare, nei limiti delle competenze di cui dispongono e del loro ruolo che – come qui pure, e già altrove, mi sono sforzato di mostrare – è (e *deve*) ad ogni buon conto restare diverso da quello degli organi d'indirizzo.

Sta di fatto (e gli esempi addotti, specie in relazione a questioni emergenti in ambito bioetico, ne danno eloquente testimonianza) che è difficile negare, per un verso, l'influenza che l'una Corte esercita sulle altre, testimoniata *per tabulas* dai fitti richiami che vicendevolmente si fanno, e, per un altro verso, la circostanza per cui, grazie al carattere duttile della struttura di molte pronunzie delle Corti materialmente costituzionali, che si limitano a fissare principi bisognosi di ulteriore svolgimento tanto da parte del legislatore che dei giudici, vengono naturalmente a comporsi quelle "catene" di atti giurisdizionali, di cui è parola nel testo. "Catene" che incessantemente si rinnovano negli elementi di cui si compongono, conformandosi ed adeguandosi alla varietà dei casi che ne giustificano l'adozione, e grazie alle quali si rende possibile la impegnativa e non di rado sofferta ricerca di quell'innalzamento del livello di tutela dei diritti, di cui si è venuti dicendo. Negare l'esistenza delle "catene" suddette, di cui – come si è veduto – si hanno crescenti riprove, temo

6. *L'attitudine della Costituzione a porsi in misura crescente, in struttura e funzione, quale una "intercostituzione" e delle Carte a competere l'una con le altre all'insegna del principio della massimizzazione della tutela dei diritti*

È nel modello sopra sinteticamente rappresentato che si specchia, nel modo maggiormente espressivo e genuino, il modo di essere della Costituzione del tempo presente e – credo di poter dire – dell'immediato futuro: una Costituzione che – come vado dicendo da tempo – ai miei occhi appare sempre di più essere una "intercostituzione"; ed "intercostituzionali", in senso materiale, sono altresì le Carte dei diritti che con la Costituzione condividono la funzione tipica e qualificante di dare il riconoscimento primo dei diritti inviolabili dell'uomo, tutte abbisognando di alimentarsi e sorreggersi a vicenda, rigenerandosi e – come si diceva – integrandosi l'un l'altra nei fatti interpretativi.

In un contesto siffatto, immaginare soluzioni o esiti degli ormai quotidiani confronti tra tutte tali Carte all'insegna della loro ordinazione gerarchica – il che, poi, in buona sostanza, equivarrebbe alla gerarchizzazione delle Corti che ne sono istituzionalmente garanti – sembra essere uno scenario fuori della realtà. O, meglio, l'aspirazione o, diciamo pure, la tentazione alla propria tirannica affermazione le Carte (*rectius*, le Corti) ce l'hanno pur sempre e, di tanto in tanto, non riescono a mascherarla o a frenarla, secondo quanto si dirà meglio a momenti, in sede di notazioni conclusive. Ma non è su questo terreno che può costruirsi e reggersi il modello qui vagheggiato di una sistemazione "federale" dei diritti. Di contro, l'ordine europeo in via di progressiva maturazione ed affermazione richiede di essere costruito ed incessantemente ricostruito e rinnovato, all'insegna del principio dell'astratta parità delle Carte (e delle Corti).

Il perno attorno al quale possono in modo efficace ruotare i rapporti in parola è quello cui si è sopra accennato trattando della tutela più intensa quale "metacriterio" delle relazioni interordinamentali, l'autentica *Grundnorm* o il *Grundwert* – come si è detto – che sta a base del "sistema di sistemi" in via di progressiva affermazione.

Se quella della massimizzazione della garanzia dei diritti è la meta, il mezzo per raggiungerla – come pure si è veduto – è dato dal "dialogo", di cui si ha un disperato, vitale e crescente bisogno. Perché è solo comunicando a vicenda che gli operatori possono spiegare le rispettive ragioni e – fin dove possibile – tentare di conseguire soluzioni concilianti e complessivamente appaganti: nella consapevolezza, tuttavia, che la partita non ha mai fine e che può subito ricominciare da capo con esiti i più varî, astrattamente imprevedibili.

In un sistema a tutela "federale" dei diritti non è possibile stabilire in partenza se "pesa" di più, al fine dell'appagamento dei diritti stessi, il principio somministrato dal livello più alto ovvero la regola o l'ulteriore principio (nel caso del giudice costituzionale) fissati al livello più basso. Quel che, in conclusione, è certo – a me pare – è che gli uni operatori hanno comunque bisogno degli altri, nessuno di essi potendosi sottrarre alle responsabilità, morali prima ancora che giuridiche, di fare la propria parte, e di farla fino in fondo, al servizio dei diritti.

7. *La duplice risposta, di merito e di metodo, al quesito che dà il titolo a questa riflessione ed una succinta notazione conclusiva, in relazione al parere sull'adesione emesso dalla Corte di giustizia ed agli effetti conseguenti all'entrata in vigore del prot. 16, annesso alla CEDU*

Si dispone ora degli elementi necessari al fine di tentare di dare una risposta al quesito che dà il titolo a questa riflessione, ferma la preliminare avvertenza posta all'inizio della stessa circa il carattere fortemente condizionato dell'analisi svolta e dei suoi conseguenti esiti ricostruttivi.

che possa, a conti fatti, equivalere a non mettere a fuoco, come si deve, proprio l'essenza del "dialogo" intergiurisdizionale ovvero darne una travisata o sottostimata rappresentazione.

La risposta, in realtà, è duplice, a seconda che prenda forma al piano del merito ovvero a quello del metodo.

All'uno, parrebbe essere confermata la conclusione cui molti pervengono circa il diverso destino cui sono soggetti i diritti di natura economico-sociali e quelli etico-sociale, ovvero sia quelli che costano di più e gli altri che costano di meno (o danno l'apparenza di non costare³⁹). Si è tuttavia avuto modo di riscontrare che le Corti (e, segnatamente, quelle europee) non restano insensibili nei riguardi delle aspettative di tutela avanzate dai diritti relativi al primo ambito, esercitando quindi una pressione, ora più ed ora meno marcata e visibile, sulle autorità nazionali perché si adoperino al meglio, alle condizioni oggettive di contesto, al fine di assicurare la tutela stessa.

Quanto ai diritti che insistono nel secondo ambito, la convergenza tra gli orientamenti dei giudici europei e quelli dei giudici nazionali (e, segnatamente, del giudice delle leggi) appare vistosa in relazione a taluni diritti, mentre per altri le divergenze rimangono di non secondario rilievo, per questo verso dunque riscontrandosi la maggiore attitudine delle "tradizioni" nazionali a resistere ai tentativi tendenti alla loro trasformazione e, in qualche caso, al loro superamento.

Per l'uno e per l'altro ambito (ma soprattutto, appunto, per il primo) – e vengo così a dire rapidamente del secondo piano – è apprezzabile lo sforzo prodotto dalle Corti per "dialogare" tra di loro; il che, ovviamente, non significa né che sempre s'intendano né che, pur intendendosi, condividano premesse e svolgimenti dei loro discorsi.

La tentazione di ciascuna Corte per la propria affermazione (e, perciò, in buona sostanza, l'affermazione della Carta di cui è garante) – come si accennava poc'anzi – è non di rado molto forte, sempre dietro l'angolo, vistosa, e con essa perciò la tendenza a chiudersi sterilmente ed insensatamente in se stessa, a difesa di un "nazionalismo" ingenuo ed infecondo, comunque impossibile, perché travolto dalla storia, oltre che rigettato dalle stesse Carte, per la loro più corretta ed avanzata lettura, al passo col tempo presente (e, più ancora, con quello futuro) e le sue più pressanti esigenze di tutela dei diritti.

Ancora da ultimo, se n'è avuta una riprova particolarmente espressiva (in senso negativo, s'intende) nella pronuncia della Corte di giustizia del dicembre scorso relativa all'adesione dell'Unione europea alla CEDU, cui si è fatto cenno all'inizio di questa riflessione, laddove la Corte – al di là del carattere più o meno pertinente degli argomenti adottati – non riesce, se non maldestramente, a mascherare il reale intento che la anima e che è appunto di tener fermo il principio incondizionato del primato del diritto dell'Unione stessa, riservando a se stessa l'esclusivo ed insindacabile potere di darne la corretta interpretazione ed assicurarne comunque il rispetto, allo stesso tempo fuggendo il rischio di veder i propri verdetti assoggettati all'eventuale "appello" alla Corte di Strasburgo. Reclamando a viva voce la salvaguardia dell'"autonomia" del diritto dell'Unione, il giudice lussemburghese persegue l'obiettivo (e, comunque, spinge vigorosamente all'esito) della sterile chiusura dell'ordinamento eurounitario in se stesso, allontanando e rendendo reciprocamente impermeabili – è questo ciò che maggiormente importa ai nostri fini la Carta di Nizza-Strasburgo e la CEDU, con conseguenze peraltro imprevedibili e – temo – assai negative altresì al piano dei rapporti con le Costituzioni nazionali.

In questo scenario, è da mettere in conto una reazione ugualmente vigorosa, aspra, della Corte di Strasburgo a fronte delle condizioni – come si diceva – praticamente impossibili risultanti dal parere sull'adesione emesso dalla Corte di giustizia, per quanto sia augurabile che essa non si abbia (o, quanto meno, che risulti contenuta), agevolando così la ripresa di un dialogo tra le Corti europee che possa in un non lontano futuro sollecitare il giudice dell'Unione (se non a tornare sui propri passi) a sfumare i toni perentori utilizzati nel parere sull'adesione. Allo stesso tempo, è da mettere in conto un rafforzamento del canale diretto che collega i giudici nazionali alla Corte di Strasburgo, reso

³⁹ Si pensi, ad es., al caso di cui a [Corte cost. n. 245 del 2011](#), con cui si è riconosciuto il diritto dell'immigrato clandestino ad accedere alle nozze con un cittadino. In quanto tale, il diritto parrebbe non costare nulla; solo che, per effetto del matrimonio, lo straniero irregolare può in tempi brevi acquistare la cittadinanza, con conseguente godimento di diritti in ambito economico-sociale di cui lo stesso straniero irregolare non dispone.

peraltro ancora più saldo dall'entrata in vigore, ormai – si spera – vicina, del protocollo 16⁴⁰: un canale – mi viene da pensare – che verosimilmente sempre più di frequente e con profitto sarà percorso dalla Cassazione, viepiù portata all'esercizio di quel ruolo di “nomofilachia europea” di cui, ancora di recente, ha reso testimonianza di voler essere sensibile interprete, al servizio dei diritti fondamentali e degli altri bisogni che in misura crescente le sono rappresentati⁴¹. Forse, è proprio il temuto consolidamento dell'asse che unisce i giudici nazionali alla Corte di Strasburgo ad aver concorso all'orientamento nel senso detto dell'opinione del giudice dell'Unione (espresso infatti, seppur corredato da non pertinenti rilievi, il riferimento al protocollo suddetto ed alle possibili – e, a dire della Corte di giustizia, negative – ricadute sul rinvio pregiudiziale).

D'altro canto – adesione sì o no –, alla luce di quanto stabilisce il protocollo in parola, nulla vieta ai giudici nazionali di ultima istanza (tra i quali – non si dimentichi – gli stessi tribunali costituzionali) di rivolgersi contemporaneamente ad entrambe le Corti europee (all'una in sede di rinvio pregiudiziale ed all'altra in sede consultiva)⁴²; ed è chiaro che non poco rilievo è da assegnare all'ordine con cui le Corti si pronunzieranno, il verdetto che precede potendo variamente influenzare quello che segue. Facendosi invece luogo all'adesione dell'Unione alla CEDU (sempre che, dopo l'*alt* venuto dal giudice di Lussemburgo, riesca prima o poi ad aversi...), nel relativo accordo potrebbe stabilirsi – come si diceva – la necessaria precedenza della pregiudizialità eurounitaria rispetto alla “pregiudizialità” convenzionale (se così vogliamo chiamare quella di cui al protocollo suddetto). La qual cosa è bensì vero che non avrebbe impedito né un domani verosimilmente impedirà alla pronuncia della Corte EDU di discostarsi da quella della Corte dell'Unione ma è pur vero che avrebbe offerto (o in seguito offrirebbe) a quest'ultima l'opportunità di far pesare il proprio punto di vista.

Per queste (ed altre ragioni⁴³), col parere suddetto la Corte dell'Unione ha fatto luogo ad una mossa avventata, un autentico *boomerang*, sol che si pensi che non è isolandosi o fuoruscendo dal circuito in seno al quale prende forma e si svolge il dialogo intergiurisprudenziale che ci si rafforza ma,

⁴⁰ Sui prevedibili sviluppi conseguenti all'entrata in vigore del protocollo in parola, tra i molti altri che ne hanno variamente discusso, v. R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, cit., spec. il § 11; M. BARNABÒ, [La nuova competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del Protocollo n. 16 alla Convenzione dei diritti dell'uomo](#), in [www.federalismi.it](#), Focus Human Rights, 4/2013; P. GRAGL, *(Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model. For ECtHR Advisory Opinions under Draft Protocol No. 16*, in *Eur. Law Rev.*, 38/2013; G. ASTA, *Il protocollo n. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, in *Com. internaz.*, 4/2013, 773 ss.; K. DZEHTSIAROU - N. O'MEARA, *Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control?*, in *Legal Studies*, 3/2014, 444. Inoltre, i contributi all'incontro di studio su *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 Cedu*, svoltosi presso l'Università di Milano-Bicocca il 10 marzo 2014, i cui Atti sono in corso di stampa (alcuni scritti, peraltro, sono già consultabili: tra questi, O. POLLICINO, [La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?](#), in [www.forumcostituzionale.it](#), 2 aprile 2014; R. CONTI, [La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea](#), in [Consulta OnLine](#), 2014 (16 maggio), e G. SORRENTI, [Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Protocollo n. 16 CEDU](#), in [www.forumcostituzionale.it](#), 8 luglio 2014); L. SEMINARA, [Le Protocole 16 a la Cedh: la Cour européenne des droits de l'homme va chez le guérisseur](#), in [www.rivistaoidu.net](#), 5/2014, 1030 ss.; N. POSENATO, *Il protocollo n. 16 alla CEDU e il rafforzamento della giurisprudenza sui diritti umani in Europa*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2014, 1421 ss.; I. RIVERA, [L'Europa dei giudici e dei diritti. Questioni di metodo dialogico](#), in [www.federalismi.it](#), 19/2014. Infine, volendo, anche il mio [Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali \(con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del prot. 16\)](#), in [www.rivistaaic.it](#), 1/2014.

⁴¹ La formula della “nomofilachia europea” è, ancora da ultimo, presente nella *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2014*, illustrata dal Primo Presidente della Corte di Cassazione G. SANTACROCE in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario, Roma 23 gennaio 2015, in [www.cortedicassazione.it](#).

⁴² ... sempre che, beninteso, si versi su materia rientrante nella sfera di competenze dell'Unione (ma, come si sa, quest'ultima appare essere non poco estesa).

⁴³ Basti solo pensare alle opportunità parimenti concesse alla Corte di giustizia dall'accordo di adesione sottoposto al suo parere, segnatamente dalla previsione secondo cui la Corte stessa potrebbe essere chiamata quale convenuto aggiunto a partecipare ai giudizi davanti alla Corte EDU, sì da esser messa in grado di far valere il proprio punto di vista, orientando dunque il verdetto del giudice di Strasburgo.

tutt'all'inverso, ci si indebolisce e, a conti fatti, insterilisce, a beneficio invece degli operatori che, proprio grazie al mutuo ed incessante dialogo, si rilegittimano senza sosta a vicenda.

Non è dunque su queste basi – come si sarà ormai capito – che si può fondare e far crescere un ordine autenticamente “intercostituzionale”, nel senso sopra indicato, il quale presuppone la pari condizione di tutte le Carte (e le Corti), sollecitate a dar vita ad un “gioco” che ogni volta si rinnova, aprendosi ad esiti astrattamente indefinibili, in vista del conseguimento della massima tutela possibile, alle condizioni complessive di contesto. Non è, insomma e per concludere, su basi siffatte che può prendere forma un vero “dialogo”, al posto di plurimi e reciprocamente incomprensibili monologhi, il quale presuppone che i parlanti si liberino di ogni sorta di preorientamento teorico-ideologico e si rendano quindi disponibili a giocarsi la partita alla pari, avendo per unico obiettivo quello dell’innalzamento – fin dove possibile – del livello della tutela. La qual cosa – come si è tentato di mostrare – può aversi solo se ciascuna Corte, non importa se europea o nazionale, prenderà finalmente consapevolezza del fatto che non necessariamente la miglior tutela è quella apprestata dall’ordinamento di appartenenza e che può darsi invece che essa si abbia attingendo ai materiali offerti da altra o altre Carte, tutte assieme alimentandosi reciprocamente nei fatti interpretativi, secondo la illuminata intuizione della pronunzia del 1999 della nostra Corte, dietro rammentata.

Solo così, infatti, le tradizioni nazionali e quelle europee possono darsi mutuo sostegno e tenersi vive, riproducendosi anche a beneficio delle generazioni che verranno e che da esse, dalla loro mutua “cooperazione” e, laddove possibile, integrazione, si attendono, senza alcuna preconcepita esclusione o riduzione di senso, appagamento per diritti che vanno sempre di più crescendo per numero, originalità dei modi di manifestazione, intensità della tutela reclamata.

Confido che nel prossimo futuro, per il solo fatto dell’infiltrarsi del dialogo tra le Corti, ove dovesse prendere forma nella sua genuina e propria accezione, i diritti potranno averne un guadagno e, sia pure con la necessaria gradualità, ricevere un complessivo appagamento.

Antonio Ruggeri
**Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo:
 quali i possibili “seguiti” della 238 del 2014?***

SOMMARIO: 1. Norme incostituzionali “inesistenti” e norme meramente annullabili. – 2. Decisioni della Corte costituzionale giudicate “mostruose” e tecniche decisorie che le rendono palesi (esempi tratti dalla giurisprudenza pregressa, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale o sovranazionale). – 3. L’eventuale, auspicato mutamento di giurisprudenza rispetto all’indirizzo avviato dalla 238, con conseguente correzione della tecnica decisoria in quest’ultima utilizzata. – 4. La sorte del giudicato civile poggiante sulla norma di adattamento dichiarata dalla Corte costituzionale “inesistente” e gli ulteriori “seguiti” che, anche al piano legislativo, potrebbero esser dati alla 238.

1. Norme incostituzionali “inesistenti” e norme meramente annullabili

Torno qui a riflettere sulla decisione dell’anno scorso relativa ai rapporti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione sotto un limitato ma particolarmente rilevante profilo, quello degli scenari che potrebbero delinearci, specificamente in sede giudiziale, al momento in cui si faccia questione dei “seguiti” per essa astrattamente configurabili¹. A tal fine, è tuttavia necessario preliminarmente stabilire quale sia il retto significato da dare ad alcuni passaggi argomentativi della decisione stessa, per vero non d’immediata e sicura comprensione. O meglio: il significato di singole affermazioni può anche sembrare chiaro ma è l’insieme dalle stesse composto che si rivela appannato ed incerto, per non dire del tutto oscuro.

Fermo subito l’attenzione su un paio di punti, di cruciale rilievo, della parte motiva, interrogandomi sulle alternative di ordine ricostruttivo che potrebbero in relazione a ciascuno di essi porsi.

Prima questione.

La Corte ci dice che, nella circostanza sottoposta al suo esame, l’antinomia tra la norma interna di adattamento (e, perciò, a conti fatti, la norma internazionale cui essa fa riferimento) e uno o più principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale si risolve nella giuridica inesistenza della prima². Ci si deve subito chiedere: ha inteso fare un’affermazione di carattere generale, *allgemeingültig*, ovvero limitata allo specifico caso che sta a base del giudizio di oggi? Il che vale

* Testo rielaborato di un intervento ad un incontro di studio su *Controlimiti e diritto internazionale generalmente riconosciuto*, svoltosi presso il Dottorato di Scienze Giuridiche (Giustizia costituzionale e diritti fondamentali, Curriculum italo-franco-spagnolo in Giustizia costituzionale), Pisa 29 gennaio 2015; lo scritto è stato altresì predisposto quale contributo al Seminario su *I dilemmi dei rapporti tra diritto internazionale consuetudinario e diritto interno*, Scuola Superiore di Studi Giuridici dell’Università di Bologna, 6 marzo 2014, al quale tuttavia non mi è stato possibile prendere parte per un impedimento dell’ultima ora. Sono particolarmente grato degli interessanti spunti di riflessione offerti dal dibattito seguito alla mia esposizione pisana; resta nondimeno fermo che la responsabilità per le tesi qui enunciate è a me solo addebitabile.

¹ Avverto di circoscrivere qui l’esame ai soli “seguiti” configurabili in ambito interno, mentre lascio ad altri studi (segnatamente, di diritto internazionale) l’analisi di quelli che potrebbero aversi fuori dell’ambito stesso.

² Per vero, l’affermazione è dalla Corte studiata (e, a dirla tutta, ambiguamente) sfumata, ammettendosi che possa aversi un qualche sacrificio dei principi stessi, purché tuttavia ridotto “al minimo” (p. 3.1, *cons. in dir.*; v., inoltre, p. 3.4). Espressione con la quale la Corte sembra volersi aprire una via di fuga, cui far eventualmente ricorso in altra occasione, ammettendo il vigore di norma solo “minimamente” offensiva dei principi, tanto da indurre una sensibile dottrina a ragionare nel senso che, nella circostanza odierna, si sarebbe in presenza di “controlimiti temperati” fatti valere a carico delle norme internazionali (T. GROPPI, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in *Consulta OnLine*, 2015/I, 9 gennaio 2015, § 2). Sta di fatto però che la qualifica come “inesistente” della norma su cui la Corte è stata chiamata ad esercitare il proprio sindacato costituisce un precedente di tal rilievo da non lasciare molte speranze di salvezza per norme che in futuro dovessero essere riconosciute parimenti incompatibili coi principi. Segnalo poi di sfuggita il carattere lapidario, estremamente sintetico, delle affermazioni contenute nella recentissima [ord. n. 30 del 2015](#), in cui si ribadisce la giuridica inesistenza della norma interna di adattamento.

come dire: ogni volta che una norma internazionale consuetudinaria dovesse apparire offensiva di principi fondamentali della Carta la relativa norma interna di adattamento sarebbe da considerare “inesistente” oppure questo è ciò che è (*sarebbe...*) avvenuto unicamente nella circostanza odierna? E ulteriormente generalizzando: la conclusione è da considerare valevole anche per i casi di antinomia coi principi stessi da parte di norme internazionali pattizie, con la conseguenza che le relative norme interne di esecuzione sarebbero parimenti “inesistenti”?

Comincio col rispondere subito all’ultimo quesito, rilevando che non vedo ragione alcuna per cui la qualifica possa ovvero debba essere diversa a seconda della natura (scritta o non scritta) della norma internazionale. Se è la norma-parametro violata a determinare il tipo di vizio e la corrispondente qualifica (apicale nella scala delle fonti l’una, radicale nel senso appena detto l’altro), la conclusione non può risultare diversa unicamente in ragione del carattere scritto ovvero non scritto della norma responsabile della violazione stessa. Dunque, se d’“inesistenza” s’ha da parlare, s’ha da parlare in entrambi i casi. Si vedrà tuttavia a momenti che il ragionamento fila solo fino ad un certo punto e che le basi stesse sulle quali poggia appaiono, in realtà, essere teoricamente assai gracili.

Fermo infatti il punto per cui nessuna differenza di regime può, al piano dei vizi, giustificarsi unicamente in forza della natura della norma che ne sia affetta, ne viene agevolata la risposta da dare al quesito precedentemente posto. Non in ogni caso di antinomia sembra infatti corretto ragionare d’inesistenza della norma interna di adattamento ma – al più concedere³ – unicamente nel caso definito con la 238 ed in altri ancora che potrebbero in futuro aversi ma, appunto, non sempre, *per sistema*. Ad avvalorare questa conclusione è sufficiente rammentare un paio di dati, uno di ordine generale ed un altro specificamente riguardante il campo materiale di esperienza su cui si dispongono e svolgono le relazioni tra diritto internazionale e diritto interno.

Il primo.

Come tutti sanno, molti sono i casi di norme di legge giudicate lesive di principi fondamentali e, ciò nonostante, considerate “esistenti”, sì da richiedere di essere caducate dalla Corte con le forme e gli effetti usuali, di cui agli artt. 134 e 136 cost.

Il secondo dato è che – com’è parimenti noto – la stessa Corte ha ormai da tempo preso in considerazione l’eventualità che norme internazionali pattizie (e, segnatamente, concordatarie e comunitarie o – come a me piace dire – “eurounitarie”) si dimostrino incompatibili coi principi fondamentali dell’ordinamento (i c.d. “controlimiti”), prestandosi quindi ad essere sollecitamente rimosse con le medesime forme ed effetti. Non è vero, dunque, che l’essere la norma violata espressiva di un principio fondamentale dell’ordinamento porti di necessità a considerare “inesistente” la norma responsabile della violazione stessa; di contro, secondo l’indirizzo giurisprudenziale fin qui invalso, la regola è che anche in siffatta evenienza la norma “esiste”, seppur invalida.

Per vero, mentre per le norme consuetudinarie la pronuncia in esame prevede il caso della loro “inesistenza” (nella proiezione in ambito interno, per il tramite della norma di adattamento), quanto alle norme internazionali pattizie invece questa eventualità non è stata a tutt’oggi presa espressamente in considerazione, essendosi ragionato piuttosto – come si diceva – della loro possibile privazione di effetti con le forme ordinarie del giudizio sulla norma interna di recepimento.

Delle due allora l’una. O possiamo sentirci autorizzati a ritenere che, alla luce dell’ultima giurisprudenza, anche le norme pattizie contrarie ai principi saranno d’ora innanzi da considerare “inesistenti”, con conseguente superamento del precedente indirizzo giurisprudenziale, oppure è da rivedere criticamente l’ipotesi ricostruttiva inizialmente prospettata per la 238, nel senso sopra chiarito per cui non in tutti i casi di antinomia di norme internazionali non scritte coi principi le norme stesse sarebbero da considerare sempre “inesistenti”.

Sia chiaro. Personalmente non escludo che la categoria della “incostituzionalità” (nella sua larga ed omnicomprendiva accezione) possa comprendere tanto il caso della “nullità-inesistenza” o – per

³ Mi muovo, al momento, nell’ordine di idee in cui la Corte si riconosce; dirò più avanti le ragioni per cui esso non mi persuade.

riprendere una efficace espressione di un'avveduta dottrina⁴ – della *invalidità in senso forte* quanto l'altro della mera “annullabilità” o della *invalidità in senso debole*: l'una condizione, ovviamente, essendo rilevabile da qualunque operatore, l'altra – nel caso di fonti di primo grado – restando invece esclusivamente riservata alla cognizione della Corte⁵. Altra questione ancora, su cui a momenti, è se anche la prima specie d'invalidità possa (ma non debba) essere portata al giudizio della Corte stessa ovvero rilevata *ex officio* da quest'ultima.

L'articolazione della invalidità nelle due specie suddette può, a mia opinione, essere predicata, in punto di astratto diritto, per qualunque norma, legislativa e non, di origine interna ovvero internazionale o sovranazionale⁶. Sono solito fare ai miei studenti l'esempio, che ai miei occhi (e voglio sperare a quelli di tutti) appare di lampante evidenza, di una norma di legge, approvata da un Parlamento improvvisamente impazzito, che stabilisca che tutti i neonati coi capelli rossi siano immediatamente soppressi in sala parto. Vogliamo forse immaginarci che si debbano attivare le procedure usuali dei giudizi di costituzionalità, coi tempi loro propri, al fine di vedere spazzata via una norma aberrante siffatta? E, ammesso pure che essa sia portata con estrema sollecitudine alla cognizione della Corte, vogliamo forse prefigurarci l'ipotesi che il suo annullamento vada incontro ai limiti ordinari, quanto agli effetti nel tempo, di cui all'art. 136 cost., con la conseguenza che chi si sia nel frattempo reso responsabile delle uccisioni vada esente da colpa⁷?

Dunque, vi sono dei casi in cui non solo si possa ma, di più, si debba qualificare l'antinomia tra una norma di legge e la Costituzione attingendo alle risorse offerte dalla categoria della invalidità in senso forte o – come pure ha proposto una sensibile dottrina – della “anticostituzionalità”, più ancora che della mera “incostituzionalità”⁸.

Aggiungo poi ai miei pazienti studenti che il terreno su cui possono rintracciarsi norme “inesistenti”, nel senso appena detto, è altamente insidioso, esattamente come lo è un campo minato. Perché è chiaro che, una volta ammessa in via di principio l'esistenza della... *inesistenza* (e mi scuso per il bisticcio delle parole), possono darsi non pochi casi in cui, a differenza di quello da me a mo' d'esempio fatto, si possa opinare circa la qualifica da assegnare a questa o quella forma d'antinomia, se appunto ragionare in termini di norma meramente “incostituzionale” ovvero – e di più – “anticostituzionale”. Ed è ovvio che la certezza del diritto (qui, nella sua massima espressione, quale *certezza del diritto costituzionale*) parrebbe soffrirne a tal punto da aver indotto la Corte – e il dato, attinto da un'esperienza ormai profondamente radicata e costante, è altamente istruttivo – ad attrarre

⁴ R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*², Giappichelli, Torino 1992, 207 ss.

⁵ Diversa impostazione della questione, di recente, in G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2012, 256 ss., sul cui pensiero tornerò a breve.

⁶ La questione, con specifico riguardo alle leggi (e, segnatamente, per ciò che attiene ai profili formali-procedimentali, più ancora che a quelli di contenuto), è nondimeno – come si sa – fortemente discussa (riferimenti in G. D'ALESSANDRO, *La nullità della legge. Percorsi della cultura giuridica del Novecento*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, del quale v. pure Forma dat esse rei, ovvero quand'è che può parlarsi di “legge” e di legge “nulla-inesistente”, in *Giur. cost.*, 2/2011, 1699 ss.; cfr. al suo punto di vista quello ancora non molto tempo addietro, manifestato da A. PACE, *Postilla: la legge incostituzionale come nulla ma esistente e una legge per decreto davvero inesistente*, in *Giur. cost.*, 6/2010, 5100, e, dello stesso, *Postilla. La legge incostituzionale è nulla, non annullabile*, in *Giur. cost.*, 2/2011, 1708 ss., a da D. NOCILLA, “Inesistenza” della legge di conversione?, in *Giur. cost.*, 1/2014, 715 ss., spec. 726 ss., nonché, se si vuole, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, Giappichelli, Torino 2014, 98 ss.).

⁷ È specificamente in congiunture quale quella ora immaginata che torna utile la soluzione in via generale patrocinata da una sensibile dottrina volta a dar vita ad un sistema “duale” di giustizia costituzionale, offrendo l'opportunità ai giudici comuni di accertare l'incostituzionalità delle leggi (e, di conseguenza, di disapplicarle), ferma restando la facoltà di adire la Corte per il loro eventuale annullamento coi consueti effetti *erga omnes* [R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in www.forumcostituzionale.it, e, dello stesso, ora, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 2014, 34 ss.]. Dubito tuttavia che la proposta – la si condivida o no – possa trovare il modo per farsi spazio nel presente contesto politico-istituzionale, tanto più che – come qui si viene dicendo – la stessa Corte nulla fa per nascondere la tendenza a confermarsi quale organo esclusivamente abilitato all'accertamento della invalidità delle leggi.

⁸ I termini sono ripresi da A. SPADARO, che ne ha fatto molte volte utilizzo, a partire da *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss.

a sé la cognizione di tutte le specie d'invalidità, sottraendo dunque agli operatori restanti (e, segnatamente, ai giudici comuni) il potere di darne la qualificazione e, se del caso, di far subito luogo alla disapplicazione di norme inesistenti⁹.

Il riferimento alla certezza del diritto è – come si sa – ricorrente nei discorsi dei giuristi, per quanto non di rado essa sia, a mia opinione, richiamata a sproposito. Non va, ad ogni buon conto, perso di vista il fatto che la certezza, specie nella sua più elevata espressione (quale *certezza di diritto costituzionale*), ha senso – come mi sono sforzato di mostrare altrove¹⁰ – se ed in quanto si traduca in *certezza dei diritti costituzionali*, vale a dire nella effettività della loro tutela. La categoria della inesistenza, con l'opportunità da essa offerta per l'immediato suo riconoscimento da parte del *quisque de populo* (e, specialmente, del giudice comune), costituisce dunque una risorsa preziosa al fine di fugare sul nascere il rischio che effetti abnormi, discendenti da norme parimenti abnormi, possa prodursi in modo irreversibile.

D'altro canto, avverso il rischio, da molti paventato, secondo cui assegnare al singolo l'accertamento della "inesistenza" delle norme finirebbe con l'espore la relativa qualificazione ad un soggettivismo esasperato, può farsi appello – a me pare – a *consuetudini culturali di riconoscimento* della inesistenza stessa diffuse nel corpo sociale e tra gli operatori, tali cioè da tradursi in un vero e proprio "diritto vivente" profondamente radicato nel tessuto sociale ed ordinamentale. Davanti a norme comunemente intese e trattate come "inesistenti" viene, dunque, assai arduo seguitare stancamente ad opporre l'usuale argomento della sofferenza che ne patirebbe la certezza¹¹.

Sta di fatto, però, che la Consulta ha dato costantemente mostra di essere fortemente preoccupata per le sorti della certezza del diritto, per una sua accezione d'ispirazione formale-astratta, tanto da aver rifuggito, con studiata attenzione, dal recepire l'indicazione della più raffinata dottrina, che consigliava di tenere distinte, quanto alla natura e di conseguenza al trattamento, le specie suddette di antinomia, preferendo piuttosto ragionare in modo omnicomprensivo d'"incostituzionalità". Sempre, tranne però nel caso definito con la 238.

Ora, i più benevoli lettori della sentenza, nel tentativo di darne una qualche giustificazione, possono pur sempre far notare che ciò che è proprio dei giudizi sulla costituzionalità delle leggi non è detto che debba parimenti valere per i giudizi sulle norme di adattamento di norme internazionali consuetudinarie. Nessuno però – che io sappia – ha ad oggi chiarito perché mai il mero fatto della origine della norma (dalla Comunità internazionale ovvero dallo stesso ordine interno) possa giustificare il loro differenziato regime, tanto più che – come si diceva – le stesse norme internazionali pattizie non valgono a sottrarre la norma interna che vi dà esecuzione al destino a tutte le norme comune dell'annullamento, conseguente al previo accertamento della loro contrarietà a Costituzione.

D'altro canto, la categoria della "inesistenza" avrebbe dovuto portare – come si è fatto notare in sede di primo commento alla 238¹² – ad una dichiarazione d'inammissibilità, non già d'infondatezza, della questione¹³: una dichiarazione poggiante proprio sul previo accertamento del vizio d'invalidità

⁹ Su questo dato indugia ora, part., D. NOCILLA, nello scritto sopra cit.

¹⁰ ... e, segnatamente, in [Il giudicato all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011, ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti](#), in [www.rivistaaic.it](#), 2/2011, nonché in *Legisl. pen.*, 2/2011, 481 ss., ed in altri scritti.

¹¹ Non si trascuri, peraltro, che molte sono le esperienze in cui il singolo è chiamato ad assumersi fino in fondo le proprie responsabilità dando la qualificazione della "esistenza" delle norme (ad es., se si dia, o no, abrogazione tacita, sì da non potersi considerare ormai più "esistenti" norme che invece tali erano in precedenza).

¹² Mi richiamo qui alla mia nota dal titolo *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in [Consulta OnLine, 2014](#), 17 novembre 2014, ed *ivi* menzione altresì degli autori che si sono espressi nel medesimo ordine di idee, ai quali è ora da aggiungere M. LUCIANI, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini (a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014)*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Silvestri*. Cfr., inoltre, sul punto, ora, C. PINELLI, [Decision no. 238/2014 of the Constitutional Court: Between undue fiction and respect for constitutional principles](#), in [www.qil-qdi.org](#), 19 gennaio 2014, spec. al § 6.

¹³ Lo ha fatto notare la stessa Corte in precedenti pronunzie: ad es., nella [sent. n. 152 del 1982](#), laddove è la perentoria affermazione secondo cui "è contraddittorio che i giudici a quibus assumano la radicale inesistenza della legge in questione ed al tempo stesso si rivolgano alla Corte, perché essa ne dichiari l'illegittimità costituzionale e ne faccia

in senso forte di cui la norma, a giudizio della Corte, sarebbe affetta, norma comunque non annullabile per la elementare ragione che... *non c'è*.

Così stando le cose, potrebbero in buona sostanza, dunque aversi due specie di dichiarazioni d'illegittimità costituzionale: l'una di accertamento della invalidità in senso forte (o "inesistenza") e l'altra di accertamento della invalidità in senso debole della norma posta ad oggetto della questione; la prima veicolata da una pronuncia processuale d'inammissibilità, la seconda da una di accoglimento. Improprio sarebbe infatti l'uso di quest'ultima specie di pronuncia in relazione ai casi rientranti nella prima specie d'invalidità, dal momento che l'art. 136 cost. contempla il solo effetto di annullamento, in tesi non valevole per la specie stessa¹⁴. Di modo che, laddove la Corte dovesse essere sollecitata dall'autorità remittente a dichiarare l'"inesistenza" della norma contraria a Costituzione ovvero in tal senso dovesse *motu proprio* determinarsi, non potrebbe – come si diceva – che far luogo ad una pronuncia d'inammissibilità della questione.

Qui si apre un bivio al piano della ricostruzione teorica degli effetti discendenti da una pronuncia siffatta.

Per la prima ipotesi, si può ad essa pure riconoscere generale valenza, ritenendosi pertanto obbligati tutti, operatori e cittadini, a conformarsi al giudicato costituzionale, assumendo pertanto che esso possa prodursi altresì a "copertura" di decisioni processuali¹⁵. In tal caso, rimarrebbe comunque una differenza di non poco momento rispetto alle decisioni di accoglimento, parimenti abilitate – come si sa – a dar vita ad effetti generali, dal momento che, diversamente da queste ultime, le dichiarazioni di nullità avrebbero carattere integralmente retroattivo.

Per la seconda ipotesi, di contro, la pronuncia d'inammissibilità per "inesistenza" della norma portata al giudizio della Corte non precluderebbe la ripresentazione della medesima questione, non valendo – a motivo della veste formale di cui è dotata e della natura giuridica che le è propria – a spazzare via dall'ordinamento, così come invece sono in grado di fare le decisioni di accoglimento, la norma giudicata¹⁶. Insomma, essa esprimerebbe esclusivamente una *vis persuasiva*, non

pertanto cessare l'efficacia – in base al primo comma dell'art. 136 Cost. – 'dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione': se veramente la nuova disciplina [del lavoro a domicilio] fosse contenuta in una parvenza di legge, insuscettibile fin dalla sua origine di determinare effetti di alcun genere, la premessa di una decisione della Corte verrebbe infatti a mancare" (fanno richiamo alla decisione *de qua*, oltre ad A. RUGGERI - A. SPADARO, *op. et loc. ult. cit.*, anche G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, nello scritto sopra cit., 258, a cui opinione sarebbe nondimeno opportuno considerare "esistente" ogni legge portata al giudizio della Corte, e per il mero fatto che lo sia appunto stata, con la conseguenza che, in tal caso, la Corte stessa dovrebbe passare al merito e, acclarata la contrarietà dell'atto impugnato a Costituzione, caducarlo con gli effetti tipici, di cui all'art. 136 cost. Ciò che, nondimeno, come si è venuti dicendo, comporta il sacrificio di beni della vita indisponibili, quale la dignità, offesi da norme i cui effetti non possono ormai più essere sradicati).

¹⁴ È vero che una raffinata dottrina aveva – come si sa – a suo tempo affacciato l'idea di leggere diversamente il disposto dell'art. 136, assegnando alle pronunzie di accoglimento il significato di atti di mero accertamento di una preesistente nullità-inesistenza; un esito teorico ricostruttivo, questo, ritenuto obbligato allo scopo di preservare al meglio la rigidità della Costituzione (v., nuovamente, sul punto le argomentate notazioni di A. SPADARO, nello scritto sopra cit., e, ora, in prospettiva comparatistica, la corposa trattazione che è in F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La evolución de la justicia constitucional*, Dykinson, Madrid 2013, spec. 1300 ss.), per quanto l'opposta opinione, quindi da noi affermatasi, favorevole alla relativizzazione per l'aspetto temporale degli effetti caducatori, potesse addurre dalla sua argomenti di non minor peso, con specifico riguardo al bisogno di salvaguardare la certezza del diritto e le pacifiche relazioni tra i consociati, altrimenti gravemente esposte qualora si fosse ammesso che norme di legge potessero perdere efficacia *ex tunc*, anche a rilevante distanza di tempo rispetto alla loro entrata in vigore.

In disparte però la circostanza per cui la tesi favorevole a riconoscere in capo alla dichiarazione d'incostituzionalità il significato dell'accertamento di una insanabile nullità-inesistenza non è riuscita a farsi largo e ad affermarsi né in seno alla nostra dottrina quasi unanime né – per ciò che più importa – nella giurisprudenza, la ricostruzione da essa caldeggiata era dagli stessi studiosi che se ne sono fatti portatori considerata valevole per qualunque caso d'invalidità costituzionale, senza che dunque fosse lecito fare distinzione alcuna tra l'una e l'altra specie di decisione di accoglimento.

¹⁵ La tesi può vedersi rappresentata in F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Giappichelli, Torino 2002, 137 ss., dove nondimeno si distingue tra il giudicato formatosi unicamente in rapporto al giudizio *a quo* rispetto a quello provvisto di generale valenza.

¹⁶ Ha, ancora non molto tempo addietro, fatto notare una dottrina particolarmente attenta alle questioni di giustizia costituzionale ed alle loro più salienti vicende, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012, 230, che, laddove "le ragioni dell'inammissibilità non sono rimediabili ... allora la pronuncia che la dichiara può, per

autenticamente *prescrittiva*, nei riguardi degli operatori restanti¹⁷. Una conclusione francamente amara, per non dire sconcertante: proprio le norme che vistosamente e frontalmente contrastano con la Costituzione rischiano infatti, per l'ipotesi ora ragionata, di essere considerate vigenti o, quanto meno, di seguitare ad essere applicate in quelle sedi giudiziarie in cui il verdetto della Corte resti inascoltato, nel mentre le norme non “anti” ma semplicemente “in-costituzionali” verrebbero private di efficacia, in applicazione di quanto prescrive l'art. 136 cost.¹⁸. Forse, è *anche* nella consapevolezza di quest'esito, giudicato inaccettabile e bisognoso pertanto di essere in ogni modo fugato, che la Corte costituzionale ha fatto luogo – come si diceva – alla riunificazione di ogni specie d'invalidità costituzionale, attraendo a sé la cognizione di ogni caso di contrasto tra norme costituzionali e norme a queste subordinate¹⁹.

Diverso è, ovviamente, il caso che si ha ogni qual volta la Corte accerti l'“inesistenza” di norme portate al suo giudizio ma in quanto non più *vigenti* perché abrogate o già annullate, non pure – come nel caso definito dalla 238 – in relazione a norme che vigono nell'ordinamento di appartenenza, in quanto la loro esistenza sia stata accertata dal giudice cui essa, per esplicito riconoscimento fatto dalla Consulta, esclusivamente compete²⁰. Non vige (in quanto non “esiste”), invece, ad opinione della Corte, la norma interna di adattamento, confermandosi, anche per quest'aspetto, l'ispirazione teorica essenzialmente dualista che sta a base della ricostruzione dei rapporti tra diritto internazionale e diritto interno fatta propria dal giudice costituzionale²¹, persino – come si viene dicendo – laddove si tratti di norme alle quali si applica (o *dovrebbe* applicarsi) il meccanismo dell'adattamento automatico²².

certi profili, equivalere ad una pronuncia di rigetto”, alla quale – rammento – per dottrina e giurisprudenza ormai costanti, pur se a mia opinione non persuasivamente, si suole riconoscere efficacia unicamente *inter partes*.

¹⁷ Anche in altri casi di acclarata inammissibilità della questione, d'altronde, resta esclusa l'efficacia generale della pronuncia che la dichiara: una rassegna dei “tipi” di pronunzie processuali (e, segnatamente, d'inammissibilità) e dei relativi effetti può, se si vuole, vedersi in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, cit., 145 ss.

¹⁸ Come però si è fatto più volte notare (ancora da ultimo, da R. LETELIER WARTENBERG, *Qual è l'efficacia della legge incostituzionale prima della dichiarazione d'incostituzionalità per opera delle Corti costituzionali?*, in AA.VV., *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità. Percorsi di diritto costituzionale interno e comparato*, a cura di D. Butturini e M. Nicolini, ESI, Napoli 2014, 105 ss. e 107, per il riferimento testuale immediatamente seguente), “se ritengo che la legge contrasti con la Costituzione, allora la norma va eliminata”. Il rischio, allora, a portare agli ultimi e conseguenti svolgimenti le premesse teoriche fissate nel testo, è che, se si lamenta un *eccessivo* contrasto con la Costituzione, un’“anticostituzionalità” appunto, la Corte poi rigetti per inammissibilità la questione, con gli esiti incerti, sopra prefigurati, discendenti da una dichiarazione siffatta.

¹⁹ Dico *anche* perché poi la ragione vera (o, comunque, quella determinante) è di ordine istituzionale, non avendo, *perlomeno per questo verso*, la Corte inteso lasciar spazio ad accertamenti d'incostituzionalità (per “inesistenza”) fatti dai giudici comuni (si danno, invece, altri elementi di “diffusione” del nostro sistema di giustizia costituzionale, uno dei più significativi dei quali è – come si sa – la tecnica dell'interpretazione conforme, ma di essi non giova ora dire). La pronuncia che ha dato l'occasione per queste notazioni offre un'ulteriore, particolarmente rilevante, testimonianza della preoccupazione costantemente avvertita dalla Corte di invasioni di campo da parte dei giudici comuni, portati talora ad appropriarsi del compito, che la Corte stessa ritiene essere esclusivamente suo proprio, di accertare l'incostituzionalità delle leggi e, in genere, delle norme di primo grado. Una preoccupazione che la Corte non ha taciuto di nutrire molte volte ed in relazione a plurime esperienze (ad es., per ciò che attiene alla eventuale applicazione diretta della CEDU in vece di leggi con essa incompatibili, risolutamente scartata).

²⁰ Altro è, dunque, chi ha titolo a concorrere alla formazione della norma (lo Stato, coi suoi organi) ed altro ancora chi ha titolo a darne il riconoscimento (un organo estraneo allo Stato, la Corte internazionale di giustizia). E, tuttavia, come sempre avviene in relazione alle norme consuetudinarie (anche di diritto interno), chi le produce per ciò stesso le... *riconosce*. Diverso è, ad ogni buon conto, l'organo giurisdizionale cui compete garantirne l'osservanza.

²¹ Di “a high peak of a new form of robust dualism” discorre, con riferimento alla decisione in commento, R. KOLB, *The relationship between the international and the municipal legal order: reflections on the decision no. 238/2014 of the Italian Constitutional Court*, in www.gil-qdi.org, 16 dicembre 2014, § 2 (e ancora: “... not a separation but a divorce of municipal and international law”: § 6).

²² La distinzione tra ciò che esiste nell'un ordinamento (internazionale) e ciò che (non) esiste nell'altro ordinamento (interno) va comunque tenuta ferma, per la elementare ragione che alle relazioni tra gli ordinamenti stessi (e le loro norme) non può che riguardarsi dalla prospettiva (e per le esigenze ricostruttive) dell'uno ovvero dell'altro, con conseguente, possibile diversità delle qualificazioni.

2. *Decisioni della Corte costituzionale giudicate “mostruose” e tecniche decisorie che le rendono palesi (esempi tratti dalla giurisprudenza pregressa, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale o sovranazionale)*

L’aporia di costruzione che risulta dallo iato tra la premessa (la qualifica come “inesistente” della norma oggetto del giudizio) e la conseguenza nell’utilizzo della tecnica decisoria (la dichiarazione d’infondatezza della questione) non è la sola tra quelle rilevabili in seno alla [sent. n. 238](#) al piano degli strumenti processuali. Ancora prima della pronuncia sul caso, vistosa (e francamente inaccettabile) è la dilatazione dell’oggetto del giudizio, che – come si è fatto altrove notare²³ – misteriosamente si sposta da una norma risultante da un “atto”, ad una norma non scritta, quella interna di adattamento.

Il punto è stato toccato in precedenti riflessioni e non indugio ora ad intrattenermi nuovamente su di esso. Parto tuttavia dalla constatazione appena fatta per interrogarmi sui suoi possibili sviluppi nella pratica di là da venire, specie – come si diceva – in quella giudiziale, circoscrivendo lo studio al solo campo di esperienza qui di specifico interesse e non ragionando dunque a riguardo di eventuali proiezioni delle conclusioni raggiunte nella [238](#) in altri campi²⁴.

Le alternative che, in astratto, al piano teorico si pongono sono, a mio avviso, radicali e stringenti, riducendosi ai tre corni seguenti: 1) di considerare quello effettuato con la [238](#) un giudizio del tutto “nuovo” (di “quinto tipo”, com’è stato chiamato da una sensibile dottrina²⁵) e, per ciò stesso, come mi è venuto di dire in altra occasione, “mostruoso” (e, di conseguenza, “inesistente”); 2) di considerarlo, invece, non “nuovo”, ma ugualmente “mostruoso”, a motivo delle contraddizioni logiche rese palesi dalla parte motiva della decisione, e perciò ancora una volta “inesistente”; 3) di prendere atto del verdetto emesso dalla Corte, senza sovrapporre alcun personale giudizio al giudizio emesso dalla Corte stessa, verificando quindi quali ne possano essere gli eventuali “seguiti”.

²³ Mi permetto di fare ancora un richiamo al mio *La Corte aziona l’arma dei “controlimiti”*, cit.; adde, ora, anche M. LUCIANI, *I controlimiti e l’eterogeneità dei fini*, cit.

²⁴ Dubito molto, in ogni caso, che la Corte possa spianare la via all’ammissione del sindacato su norme non scritte diverse da quelle cui fa riferimento l’art. 10, I c., quali ad es. le norme di diritto interno avente natura consuetudinaria. Ad oggi, come si sa, il loro richiamo è valso unicamente in sede di messa a fuoco del parametro costituzionale. Non saprei invero dire quale possa essere il pensiero della Corte nel caso che una norma siffatta dovesse apparire contraria alla Carta costituzionale (specie nei suoi principi fondamentali). Un’ipotesi, quella ora formulata, che giudico alquanto remota, dal momento che, diversamente dalle consuetudini internazionali, quelle aventi origine interna debbono la loro formazione ai massimi organi dello Stato, con l’acquiescenza della comunità che, non facendo ad esse resistenza, implicitamente ne riconosce la validità. Si tratta dunque di vicende governate e pressoché per intero segnate dal principio di effettività. *L’“inesistenza” della norma, dunque, sarebbe di mero fatto, non già il frutto di una qualificazione giuridicamente sanzionatoria*, quale quella che si è avuta nella [238](#). Accenno poi qui di sfuggita al fatto che negare la materiale esistenza della consuetudine in una congiuntura siffatta non equivale a negare in via generale l’esistenza delle norme consuetudinarie, così come invece argomentato da una sensibile dottrina (R. BIN, in più scritti, a partire da *L’ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano 1996, 38 ss., fino a *I fatti, le norme e la responsabilità dell’interprete*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Zagrebelsky*), con tesi tuttavia a mia opinione discutibile tanto al piano teorico-astratto quanto con specifico riferimento al nostro ordinamento (v., infatti, volendo, il mio *Costituzione e diritto costituzionale non scritto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012). Il misconoscimento della consuetudine come oggetto (non, dunque, come parametro) può, nei fatti, rinvenire giustificazione nella circostanza per cui essa – come si viene dicendo – gode del formidabile sostegno assicurato dall’adesione datavi da cittadini ed operatori. E invero non può realisticamente ignorarsi il diverso contesto che si ha laddove si faccia questione dell’ingresso in ambito interno di una norma altrove formatasi rispetto al caso di norma invece la cui gestazione risulti profondamente radicata nel tessuto politico-istituzionale del nostro ordinamento, una norma alla cui venuta alla luce un fattivo concorso sia dunque, verosimilmente, venuto dalla stessa Corte; e, così stando le cose, viene difficile immaginare che quest’ultima voglia smentire se stessa dopo un precedente avallo dato al fatto consuetudinario. Ad ogni buon conto, nella pur improbabile ipotesi che il giudice delle leggi dovesse trovarsi davanti ad una consuetudine riconosciuta come contraria a Costituzione, suppongo che la metterebbe puramente e semplicemente da parte, giudicandola cioè “irrelevante” al fine della risoluzione della controversia, astenendosi pertanto dall’“annullarla”, esattamente così come – si vedrà a breve – si ha per altre specie di norme, pure astrattamente suscettibili di essere portate alla cognizione della Corte stessa.

Di tutto ciò, tuttavia, in altro luogo.

²⁵ L. GRADONI, *Giudizi costituzionali del quinto tipo. Ancora sulla storica sentenza della Corte costituzionale italiana*, in www.sidi-isil.org, 10 novembre 2014.

La prima ipotesi mi sembra, per vero, sprovvista di solide basi teoriche. Il giudizio della Corte è stato incardinato con le forme usuali della rimessione per via incidentale e si è quindi svolto nelle forme parimenti proprie di quest'ultima. Non si è dunque in presenza di una competenza nuova, che la Corte si sarebbe data da sé (ciò che, di tutta evidenza, sarebbe stato aberrante, “mostruoso” appunto); si è piuttosto trattato di un uso assai peculiare (e, a dirla tutta, inaccettabile) della competenza a giudicare delle leggi e degli atti a queste equiparati. Ma questa è appunto cosa diversa rispetto alla invenzione di una nuova competenza. La dottrina che ha affacciato questa ipotesi, da me già altrove criticata, mi fa ora notare di non aversi voluto riferire ad una nuova “competenza” bensì ad un nuovo “giudizio” della Corte²⁶; poi però questo stesso studioso ancora una volta elenca i quattro “giudizi” propri della Corte stessa (quelli sulle leggi, sui conflitti, sull'ammissibilità delle domande referendarie, sulle accuse), che altro non sono che le “competenze” suddette. Insomma, possiamo anche cambiare il nome – se così più piace – ma la cosa resta sempre la stessa.

La seconda ipotesi sembra invece essere maggiormente argomentabile al piano teorico. Non c'è tuttavia da farsi alcuna meraviglia dell'esito, invero sconcertante, sulla sua base raggiunto. Non pochi sono, infatti, come si sa, i casi di verdetti francamente inspiegabili o, diciamo pure, “mostruosi” e che, come tali, da se medesimi si portano, a mia opinione, fuori dello scudo protettivo eretto dall'art. 137, ult. c., cost.²⁷, ove si convenga che esso presuppone la esistenza delle decisioni alle quali offre “copertura”, pur se le decisioni stesse appaiono astrattamente censurabili, non già la loro inesistenza quale conseguenza della mostruosità del verdetto²⁸.

Se n'è avuta più di una testimonianza proprio con riguardo alle relazioni tra diritto interno e diritto (in senso lato) esterno (e, segnatamente, internazionale, per un verso, e, per un altro verso, sovranazionale); e – si faccia caso – è la stessa giurisprudenza non poche volte a darla in modo esplicito, per il modo con cui fa utilizzo degli strumenti processuali, rendendo così manifeste le aporie delle costruzioni alle quali pone mano. Un particolare rilievo è infatti, a mia opinione, da assegnare proprio alle tecniche decisorie, più (e prima ancora) che agli indirizzi di merito a cui sostegno esse sono adottate, in sede di verifica della linearità degli svolgimenti argomentativi presenti nelle decisioni della Corte, da cui appunto può appunto dipendere la giuridica “esistenza” di queste ultime²⁹.

Faccio solo tre esempi a riprova di questo assunto (ma molti altri ancora potrebbero essere adottati).

Il primo ha riguardo al mutamento d'indirizzo segnato dalla [sent. n. 170 del 1984](#) in ordine alle tecniche decisorie con cui vanno risolte le antinomie tra diritto interno e diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario. In precedenza, come si sa, si ammetteva che le norme sovranazionali potessero, se sopravvenienti rispetto a quelle interne, determinare l'abrogazione (o, come che sia, la modifica) di queste ultime; la decisione sopra richiamata, invece, lo ha categoricamente escluso. Dapprima, le leggi “anticomunitarie” e successive rispetto alle norme sovranazionali erano sanzionate con la tecnica dell'annullamento da parte del loro giudice naturale, la Corte, per violazione indiretta dell'art.

²⁶ Ancora L. GRADONI, [Un giudizio mostruoso. Quarta istantanea della sentenza 238/2014 della Corte costituzionale italiana](#), in [www.sidi-isil.org](#), 15 dicembre 2014.

²⁷ Per quest'ordine di idee, si tratta poi di stabilire come fare in concreto valere la mancata “copertura” del disposto costituzionale ora richiamato; si vedrà a momenti che può, al riguardo, soccorrere il diritto di resistenza, nelle peculiari forme di cui si riveste nel campo della giustizia costituzionale.

²⁸ Che poi la esistenza stessa possa essere, ed effettivamente sia, in taluni casi di difficile e comunque opinabile riscontro è cosa diversa, secondo quanto si è già tentato di mostrare ragionando appunto della esistenza della parte motiva delle decisioni della Corte, resa palese da condizioni minime di interna coerenza e sufficienza [maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio *Note introduttive allo studio della motivazione delle decisioni della Corte costituzionale (ordini tematici e profili problematici)*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, 1 ss., spec. 24 ss.].

²⁹ In altri luoghi mi sono sforzato di mostrare che il rischio paventato già molti secoli addietro da Giovenale e racchiuso nell'inquietante interrogativo a riguardo di chi possa controllare i controllori può essere contenuto, se non interamente fugato, unicamente laddove si disponga di meccanismi o di indici sufficientemente sicuri, in grado di verificare la linearità degli svolgimenti argomentativi, di cui è parola nel testo. Allo scopo può appunto soccorrere la fedeltà della Corte rispetto a se stessa, un banco di prova particolarmente attendibile della quale si ha proprio sul terreno degli strumenti processuali, secondo quanto si vedrà meglio a momenti.

11 cost.; poi, sempre con la decisione in parola, la Corte stessa ha ammesso di avere sbagliato e si è determinata per la “non applicazione” delle norme interne (sempre che, ovviamente, quelle sovranazionali da esse violate risultino materialmente suscettibili di essere subito applicate in vece delle prime)³⁰.

Si faccia caso. Qui, non si è avuto un semplice mutamento, anche radicale, d’indirizzo giurisprudenziale giustificato da situazioni di fatto e/o di diritto sopravvenienti e appunto diverse da quelle anteriori³¹. Si è invece trattato, puramente e semplicemente, di una opzione teorica innovativa ed espressiva di un indirizzo metodico irriducibile rispetto a quello a base della precedente ricostruzione dei rapporti interordinamentali, un’opzione frutto – come si diceva – della ammissione di un “errore” anteriore cui era ormai tempo di porre rimedio. Un’ammissione dunque (e a dirla tutta) del carattere “mostruoso” del precedente indirizzo e dei verdetti ad esso conseguenti che, col senno di poi, avrebbero meritato di essere puramente e semplicemente messi da canto ma che, fintantoché non v’è stato il *placet* in tal senso dato dallo stesso giudice costituzionale, non si concepiva che potessero essere messi da chicchessia in discussione. Come dire, insomma, che – può piacere così come non piacere – la “copertura” dell’art. 137, ult. c., vale tanto per le decisioni “esistenti” quanto per quelle “inesistenti”, laddove – come si è tentato di mostrare – così non è (o, meglio, non *dovrebbe* essere)³².

Il secondo esempio è, per vero, più incerto ma credo di poter dire ugualmente fattibile; e concerne la condizione della legge di esecuzione della CEDU, specificamente nel caso, a giudizio della Corte

³⁰ Seguito a considerare inspiegabile il fatto che – fermo il bisogno di fare, ancora al presente, appello all’art. 11 a giustificazione, in ambito interno, del primato del diritto dell’Unione –, differenziate rimangano poi le tecniche con le quali il primato stesso si fa valere a seconda che le norme eurounitarie siano, o no, dotate dell’attitudine ad essere portate ad immediata applicazione, facendosi pertanto utilizzo ora dello schema della invalidità (per violazione di fonte interposta) ed ora invece di quello della “non applicazione” (che implica la validità della norma messa da canto), malgrado appunto la comune “copertura” in ogni caso offerta dall’art. 11 al diritto sovranazionale.

La situazione che viene allora a determinarsi, ogni qual volta una norma di legge non abbia prestato rispetto ad una norma dell’Unione autoapplicativa, parrebbe essere singolare, tale da dar vita ad un problema logicamente insolubile. Perché, per un verso, avendosi indiretta violazione dell’art. 11, dovrebbero comunque attivarsi le procedure volte alla caducazione dell’una norma da parte del suo giudice naturale, la Corte costituzionale, facendosi pertanto utilizzo dello schema usuale della fonte interposta. Solo che in tal modo verrebbe contraddetto il trattato che impone l’applicazione immediata delle norme dell’Unione che appunto presentino l’attitudine ad essere subito fatte valere. D’altro canto, facendosi luogo alla immediata applicazione di tali norme, si metterebbe da canto la “logica” della invalidità, che sarebbe imposta da quello stesso art. 11 che in ambito interno costituisce l’esclusivo e necessario fondamento del primato del diritto dell’Unione.

Insomma, il differenziato regime, articolato nelle due forme della invalidità e della non invalidità bensì della “non applicazione”, per l’uno o per l’altro aspetto, lascia comunque insoddisfatti. Mi chiedo allora se non si possa evocare in campo, a mo’ di *deus ex machina* in grado di dipanare una matassa in modo inestricabile aggrovigliata, una *metanorma consuetudinaria* giustificativa dello stesso, ancorché non ne sia chiara, dal punto di vista costituzionale, la *ratio*. Come che stiano al riguardo le cose, non è ad ogni buon conto di ciò che siamo oggi nuovamente a discorrere.

³¹ Il mutamento, infatti, richiede di conformarsi a ragionevolezza, di essere *quodammodo* prevedibile, appunto alla luce del diverso contesto positivo e fattuale in cui il giudizio di costituzionalità s’inscrive e svolge; restando, di contro, immutata la “situazione normativa” che lo connota e giustifica, il mutamento stesso si rivelerebbe il frutto di un atto di pura autorità, con grave pregiudizio, a un tempo, del carattere giurisdizionale della funzione esercitata (gli atti che ne danno esercizio bisognando sempre di essere congruamente motivati e, perciò, giustificati) e della certezza del diritto. Di conseguenza, potrebbe risultarne sollecitata l’attivazione di meccanismi difensivi da parte degli operatori restanti o degli stessi cittadini, volti a porre un argine alle derive autoritarie del massimo garante della legalità costituzionale, secondo quanto si vedrà meglio a momenti.

³² V’è tuttavia un modo, astrattamente configurabile, per argomentare che l’art. 137 possa valere a “copertura” degli stessi verdetti “inesistenti” della Corte, ragionando nuovamente nel senso che si sarebbe ormai formata per via consuetudinaria una metanorma di riconoscimento della non impugnabilità di *qualsiasi* pronunzia della Corte stessa, al cui avvento e radicamento nell’esperienza avrebbero dato il loro fattivo concorso gli operatori restanti e la stessa pubblica opinione, mostratisi acquiescenti nei riguardi delle pronunzie medesime. Si dovrebbe insomma immaginare l’esistenza di norme consuetudinarie non meramente integrative bensì derogatorie della Costituzione, giusta la lettura in premessa data del disposto di cui all’art. 137 che restringe la “copertura” in parola alle sole decisioni “esistenti”. A prescindere però dalle riserve cui va incontro la categoria delle consuetudini *contra Constitutionem* (e, per taluno, la stessa esistenza delle consuetudini costituzionali *tout court...*), è francamente assai arduo accedere all’ordine di idee secondo cui sarebbe consentito dare un avallo costituzionale a ciò che non... *esiste*.

astrattamente configurabile per quanto concretamente remoto, che una norma della Convenzione appaia essere incompatibile con norma costituzionale³³.

Ebbene, fino alla [sent. n. 311 del 2009](#) la Corte non ha mai taciuto che, verificandosi l'antinomia ora presa in considerazione, la norma convenzionale possa essere sanzionata nella forma usuale dell'annullamento della legge di esecuzione "*nella parte in cui...*". A partire dalla decisione ora richiamata, invece la Corte si è prudentemente limitata a rilevare l'inidoneità della norma convenzionale contraria a Costituzione ad integrare il parametro costituzionale. Una soluzione teorica, questa, da me già in altri luoghi caldeggiata³⁴, in cui si è rilevato che la norma convenzionale incostituzionale sarebbe da considerare "irrilevante" per la soluzione del caso, sì da poter appunto essere meramente "disapplicata" (o, diciamo meglio, "non applicata"), non ostando perciò alla perdurante applicazione di norme di legge con essa incompatibile³⁵.

Se si vuole, può intravedersi un'analogia tra la soluzione in parola e quella adottata con la [238](#), in un caso e nell'altro non producendosi la norma interna di recepimento della norma di origine esterna. Come si diceva, però, al piano dei rapporti tra diritto interno e CEDU (e, a me pare, Carte dei diritti in genere), la Corte non ha ancora esplicitato con chiarezza il suo pensiero sul punto.

Un'ulteriore assonanza può poi vedersi tra la fattispecie di cui alla [238](#) e quella che si ha ogni qual volta la CEDU entri in rapporto col diritto interno. In entrambi i casi, infatti, la Corte ha ammesso che le norme costituzionali sulla normazione, quali quelle di cui all'art. 10, I c., e 117, I c., cost., possano (e debbano) soggiacere a bilanciamento con altre norme costituzionali, e segnatamente con quelle espressive di diritti fondamentali, avuto specifico riguardo – ha fatto notare la giurisprudenza

³³ Ci dice la Corte: ... con *qualunque* norma costituzionale e non soltanto coi principi fondamentali della Carta, per quanto a me pare che, a motivo dei suoi contenuti e della trama a maglie larghe o larghissime dei suoi enunciati, in tutto e per tutto assimilabili a quelli propri delle Carte costituzionali, le norme della Convenzione siano *naturalmente* portate a confrontarsi esclusivamente con principi fondamentali della Costituzione o, comunque, con norme di diritto interno da questi "coperte". Per quest'aspetto, dunque, le differenze, usualmente intraviste al piano dei limiti, tra la CEDU e la Carta di Nizza-Strasburgo (questa, diversamente da quella, essendo tenuta alla sola osservanza delle norme costituzionali espressive di principi) risultano in concreto azzerate, secondo quanto è peraltro avvalorato dall'esperienza che non conosce casi di diverso trattamento all'una ed all'altra Carta riservato. L'assimilazione, poi, può spingersi anche ad altri profili: si pensi, ad es., all'eventualità, espressamente presa in considerazione dalla giurisprudenza, che la CEDU e la Carta dell'Unione (o altra Carta ancora) contengano norme sostanzialmente riproduttive di norme non scritte della Comunità internazionale; nel qual caso, il regime verrebbe a dipendere non già dalla *fonte* (dalla sua provenienza o dalla sua forma) bensì dalle sue *norme*, dall'essere appunto materialmente consuetudinarie, ancorché razionalizzate da questa o quella Carta. Una evenienza, dunque, che porta ad una dissociazione di regime in seno allo stesso documento normativo, alcune sue norme risultando provviste di forza "paracostituzionale" (o costituzionale *tout court*) ed andando pertanto incontro ai medesimi limiti ai quali soggiacciono le norme contenute in leggi costituzionali, mentre altre sono provviste di forza "subcostituzionale", quale – a dire della Consulta – sarebbe propria della CEDU. Alle une norme, dunque, sempre a stare all'ordine di idee patrocinato dalla giurisprudenza, potrebbe anche per il profilo ora considerato darsi in astratto la qualificazione della giuridica "inesistenza" in ambito interno, della quale si è ragionato poc'anzi.

³⁴ ... a partire da *Corte costituzionale e Corti europee: il modello, le esperienze, le prospettive*, in AA.VV., *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, a cura di F. Dal Canto - E. Rossi, Giappichelli, Torino 2011, 149 ss., spec. 168 ss.

³⁵ Si tratterebbe, insomma, di far qui uso, a ruoli invertiti, dello schema teorico fatto valere al piano dei rapporti tra diritto dell'Unione e diritto interno. Invece di "non applicare" la norma interna contraria al diritto stesso, nel caso ora discusso nel testo si dovrebbe "non applicare" la norma convenzionale incompatibile con la Costituzione: con la non secondaria differenza, però, che l'una antinomia può e deve esser rilevata direttamente dal giudice comune, mentre l'altra richiederebbe l'obbligatorio suo accertamento da parte del giudice costituzionale, a meno che non si ammetta (specie a seguito dell'entrata in vigore del prot. 16 allegato alla CEDU) che, una volta consultata la Corte di Strasburgo, possa lo stesso giudice comune (ma solo quello di ultima istanza) determinarsi in ordine alla sussistenza o meno dell'antinomia in parola.

Come che stiano al riguardo le cose e pur laddove dovesse essere tenuta ferma la competenza del giudice delle leggi in materia, a me pare che quest'ultimo potrebbe non tardare molto a dare esplicita accoglienza alla ricostruzione affacciata nel mio scritto da ultimo cit. e qui nuovamente proposta, tanto più dopo la decisione odierna sulla condizione delle norme internazionali consuetudinarie lesive di principi fondamentali: non "esistendo" la norma interna di adattamento, la norma internazionale di riferimento diventa dunque "irrilevante" per la soluzione del caso [l'accostamento tra la soluzione da me patrocinata al piano dei rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario o convenzionale con quella di cui alla [sent. 238](#) può ora vedersi anche in A. GUAZZAROTTI, *Novità nei rapporti tra giudici nazionali e Corte EDU: la dottrina del "doppio binario" alla prova dei casi (e dei conflitti) concreti*, in *Giur. cost.*, 3/2014, 3027 in nt. 9].

sulla CEDU³⁶ – al caso che le norme interne si dimostrino in grado di innalzare il livello della tutela dei diritti stesse rispetto a quello raggiungibile per effetto dell'applicazione di norme convenzionali incompatibili con norme legislative. Si sarebbe tuttavia in presenza di un bilanciamento... *sbilanciato*, risolvendosi esso ad esclusivo beneficio delle norme costituzionali sostantive, col conseguente accantonamento di quelle sulla normazione. Da ultimo, tuttavia, la Corte parrebbe aver preso le distanze da siffatto orizzonte teorico, non ragionando più di un possibile contrasto tra le une e le altre norme costituzionali³⁷. A mio avviso, giusta la ricostruzione qui datane e ripresa da studi precedenti, si tratta di una opportuna correzione di rotta, sol che si pensi che – ferma la premessa del previo accertamento della miglior tutela apprestata dal diritto interno rispetto alla Convenzione – nessuna violazione in tesi si dà nei riguardi dell'art. 117, I c., tale da porre l'operatore nella sofferta alternativa di dare la precedenza alla norma sulla normazione in parola ovvero ad altra norma costituzionale, di natura sostantiva, nei cui riguardi quella legislativa contraria a Convenzione si dimostri essere servente. Nessuna violazione, per la elementare ragione che – come si è fatto altrove notare – è la stessa Convenzione (art. 53) a volersi fare da parte davanti a norme interne idonee ad innalzare il livello della garanzia dei diritti.

Non importa, ora, ovviamente approfondire il punto, interrogandosi sullo scenario che potrebbe venirsi a determinare nel caso che il giudizio espresso dalla Corte circa la norma, interna ovvero esterna, idonea ad offrire la più intensa tutela risulti quindi contraddetto da un (anteriore o posteriore) giudizio della Corte europea. Né giova qui stabilire se, nell'ordine interno, siffatti accertamenti competano alla sola Corte costituzionale ovvero se possano (o, addirittura, debbano), *perlomeno in alcuni casi*, venire anche dai giudici comuni e persino solo da questi³⁸. Importa solo mettere in evidenza che – come si diceva – le tecniche decisorie possono col tempo cambiare, senza che peraltro si diano sopravvenienti elementi, di fatto o normativi, che ne diano la giustificazione o, al rovescio, che diano giustificazione delle tecniche vecchie ed abbandonate.

L'ultimo esempio riguarda proprio l'ambito di esperienza in cui si situa la pronunzia che ha dato lo spunto per questa riflessione. La Corte non confessa nella [238](#) di voler prendere le distanze dall'impostazione data ai rapporti tra norme internazionali non scritte e norme costituzionali con la [sent. n. 48 del 1979](#), specificamente per ciò che concerne il differenziato regime secondo quest'ultima decisione valevole rispettivamente con riguardo al caso che la norma consuetudinaria incompatibile con la Costituzione preceda ovvero segua l'entrata in vigore di quest'ultima: nell'un caso prevalendo, in virtù del principio di specialità, sopra ogni norma costituzionale (e persino sugli stessi principi fondamentali³⁹); nell'altro, invece, soggiacendo – come si è veduto – all'osservanza dei principi di base dell'ordinamento⁴⁰. Un regime, invece, ci dice l'odierna decisione che non può mutare, quale che sia l'ordine temporale delle norme in reciproco contrasto, i principi stessi ponendosi comunque a limite invalicabile dalle norme di origine esterna.

Non intendo, ancora una volta, per deliberato proposito, interrogarmi su quale sia la soluzione giusta. Non posso tuttavia trattenermi dal manifestare le mie perplessità nei riguardi della spiegazione ancora di recente data da un'autorevole dottrina a sostegno dell'applicazione in ogni caso delle stesse norme consuetudinarie anteriori, assumendosi che l'art. 10, I c., darebbe per provata una volta per tutte la loro compatibilità con la Carta stessa, sì da non potersi il giudice comune neppure porre la

³⁶ V., part., [sent. n. 317 del 2009](#) e successive.

³⁷ [Ord. n. 223 del 2014](#).

³⁸ Non è affatto detto, infatti, che due norme poste a confronto, allo scopo di accertare quale di esse porti più in alto il livello della tutela dei diritti, siano reciprocamente incompatibili, sì da giustificarsi che della questione sia investita la Consulta, il ricorso ai cui giudizi presuppone appunto la sospetta esistenza di un'antinomia (da una prospettiva e con svolgimenti argomentativi diversi da quelli di qui, la controversa questione relativa all'applicazione diretta della CEDU è nuovamente riconsiderata da A. GUAZZAROTTI, nello scritto sopra cit., 3025 ss.).

³⁹ Il possibile superamento di questi ultimi – checché se ne dica – nella [238](#) è *per tabulas* attestato dal fatto che, in sede di rimessione della questione decisa nel '79, è stata denunciata la violazione di principi fondamentali, nel merito della quale la Corte tuttavia non si è addentrata chiudendo subito la partita con l'appello al canone della specialità.

⁴⁰ L'*overruling* è stato prontamente segnalato dalla più attenta dottrina [P. PASSAGLIA, *Una sentenza (auspicabilmente) storica: la Corte limita l'immunità degli stati esteri dalla giurisdizione civile*, in [www.diritticomparati.it](#), 28 ottobre 2014, e, ora, T. GROPPI, *La Corte costituzionale e la storia profetica*, cit.].

domanda circa la loro validità o “esistenza”⁴¹. Si trascura tuttavia di considerare che – tranne casi macroscopici di reciproca e frontale contrapposizione, quale quello sopra richiamato a riprova della eventuale presenza di norme “anticostituzionali” – le antinomie non possono né ammettersi né escludersi in base alla data di nascita delle norme in campo, rendendosi pertanto palesi in astratto, *in vitro*, risultando piuttosto apprezzabili unicamente *in vivo*, alla luce cioè del caso, per il modo con cui esso porta alla ricognizione di senso dei materiali normativi in campo, alla loro mutua combinazione e complessiva messa a punto⁴².

Piuttosto, la soluzione favorevole a dar spazio a norme consuetudinarie seppur precedenti ed incompatibili rispetto a norme costituzionali, ferma nondimeno l’osservanza dei principi fondamentali⁴³, potrebbe ancora meglio essere argomentata, così come – si sa – si è fatto da un’accreditata dottrina, facendo appello al carattere “speciale” delle prime. Eppure, a questa stessa dottrina si è, con altrettanto buoni argomenti, opposto che la prevalenza delle norme costituzionali, ancorché inespressive di principi, nei riguardi di anteriori norme di diritto internazionale non scritto potrebbe giustificarsi nel rilievo che il principio dell’adattamento automatico in via generale stabilito per ogni norma internazionale consuetudinaria potrebbe essere derogato da altra norma costituzionale che appunto osti all’ingresso in ambito interno di norme con essa incompatibili, se anteriormente venute alla luce⁴⁴. Si avrebbe, in breve, una *rottura della Costituzione*, la norma costituzionale

⁴¹ G. GUARINO, *Corte costituzionale e Diritto internazionale: il ritorno dell’estoppel?*, in *Consulta OnLine*, 2014, 4 dicembre 2014, § 4.

⁴² Fa utilizzo di quest’argomento, da tempo in via generale avanzato e ora diffusamente circolante con riguardo alle esperienze della giustizia costituzionale, con specifico riferimento al caso di cui alla [238](#): P. DE SENA, *Norme internazionali generali e principi costituzionali fondamentali, fra giudice costituzionale e giudice comune (ancora sulla sentenza 238/2014)*, in [www.sidi-isil.org](#), 17 novembre 2014.

⁴³ Si è però veduto, richiamando la [sent. n. 48 del 1979](#), che secondo l’avviso al tempo manifestato dalla Corte il canone della specialità potrebbe far da scudo a norme internazionali pur contrarie ai principi di base dell’ordinamento, nel mentre secondo la [sent. n. 238 del 2014](#) l’intangibilità dei principi stessi dovrebbe esser comunque fatta salva.

A mio modo di vedere, entrambi i corni estremi dell’alternativa suddetta, nella loro radicale contrapposizione, non sono da accogliere, la soluzione giusta passando attraverso il costante e necessario bilanciamento tra gli interessi costituzionalmente protetti (e, perciò, le norme che se ne fanno cura), potendo di conseguenza portare ad esiti ora in un senso ed ora nell’altro. Per ragioni che si sono altrove rappresentate, è infatti altresì da prendere in considerazione il caso di norma (non importa se di origine esterna o interna) che, seppur incompatibile rispetto a questo o quel principio fondamentale, ugualmente abbia modo di affermarsi, laddove si dimostri servente nei riguardi di altri principi fondamentali prevalenti in sede di bilanciamento e, perciò, a conti fatti, risulti in grado di far valere al meglio, alle condizioni oggettive di contesto, la Costituzione come “sistema”. Può però aversi anche l’inverso; e norme internazionali confliggenti con norme interne che pure, in sé e per sé, non costituiscono principi possono trovarsi costrette a recedere davanti a queste ultime ove risulti provato che è solo così che la Costituzione può affermarsi al meglio di sé, in ragione del contesto in cui s’inscrive ed opera. Si tratta, dunque, di fare, una volta di più, applicazione del canone della tutela più “intensa” dei diritti e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti, visti appunto nel loro comporsi in “sistema”, facendo luogo ad un bilanciamento anche di tipo diacronico, vale a dire soppesando la “situazione normativa” quale si ha mantenendo in vita la norma *sub iudice* con quella che invece si avrebbe per effetto della sua caducazione ed interrogandosi circa quale di esse comporti il costo maggiormente tollerabile per la Costituzione ed i suoi valori.

Tutto ciò posto, preferisco ora non discostarmi dall’ordine di idee in cui si dispone la comune dottrina e fatto proprio dalla giurisprudenza, quale risulta appunto rappresentato, ancora da ultimo, nella decisione che ha offerto lo spunto per questa riflessione.

⁴⁴ Se invece le norme non scritte della Comunità internazionale dovessero venire a formazione posteriormente rispetto all’entrata in vigore delle norme costituzionali, potrebbero prevalere su queste ultime, a motivo della forza “paracostituzionale” di cui sono provviste. L’avvicendamento nel tempo delle norme in parola sarebbe, dunque, governato dal canone della *lex posterior*. Ci si è tuttavia chiesti se ciò che vale al piano dei rapporti tra norme consuetudinarie e norme della Costituzione possa in tutto e per tutto valere altresì a quello dei rapporti con norme di legge costituzionale, segnatamente se queste ultime possano derogare a norme internazionali ormai immesse in ambito interno. La deroga infatti – si è fatto notare – ridonderebbe in deroga al principio di “copertura”, di cui all’art. 10, I c. La qual cosa, mentre – come si vedrà – sarebbe consentita a *norma della Costituzione*, quale manifestazione genuina ed irripetibile del potere costituente, non lo sarebbe a *norma di legge costituzionale*, quale espressione di potere costituito, stante il carattere “fondamentale” del principio stesso. Ad una siffatta ambientazione della spinosa questione sembra però che si possa opporre proprio l’argomento utilizzato nella [238](#), vale a dire che le norme sulla normazione possono soggiacere a bilanciamento con norme sostantive, se del caso dunque recedendo davanti a queste ultime, laddove ciò sia richiesto al

“speciale” prevalendo su quella generale⁴⁵. Come che stiano le cose, sta di fatto che, riguardando ad esse dal punto di vista della Corte, è palese lo slittamento di piano e, di conseguenza, il mutamento d’indirizzo riscontrabile nel passaggio dalla [sent. n. 48 del 1979](#) alla [sent. n. 238 del 2014](#), quest’ultima palesemente abbandonando il precedente modo di ricostruire le relazioni tra gli ordinamenti (e le norme che vi danno espressione), grazie all’utilizzo di una tecnica decisoria innovativa rispetto a quella posta a base della precedente decisione, una tecnica dunque che – piaccia o no – a conti fatti smentisce e delegittima la vecchia.

Torna così a riproporsi il quesito dietro già formulato: che fare, dunque, laddove si reputi di essere in presenza di usi indebiti delle tecniche decisorie?

3. *L’eventuale, auspicato mutamento di giurisprudenza rispetto all’indirizzo avviato dalla 238, con conseguente correzione della tecnica decisoria in quest’ultima utilizzata*

Ora, è bensì vero che – come mi sono sforzato di mostrare in altri luoghi ed ho precisato anche nel mio precedente commento alla [238](#) –, davanti agli errori (specie se macroscopici, “mostruosi” appunto) dei massimi organi del sistema (e, più ancora, dell’organo che tutti può controllare senza essere controllato da alcuno, la Corte), non v’è altra via che quella dell’esercizio del diritto di resistenza, il quale peraltro – come subito si dirà – ha anche manifestazioni indolori o *soft*. È pur vero tuttavia che l’azionabilità del diritto stesso appare essere alquanto problematica e disagiata.

Non di rado (ed alcuni degli esempi dianzi fatti ne danno conferma), invero, i mutamenti di giurisprudenza della Consulta si devono a ripetute sollecitazioni delle autorità remittenti ovvero ad indicazioni risultanti dalle memorie di coloro che si costituiscono in giudizio. Alle volte, come si sa, si assiste ad un vero e proprio *pressing* dei giudici comuni che, non riconoscendosi nell’indirizzo della Corte, premono con vigore, infaticabilmente, per la sua correzione: vale per il merito e vale anche per le tecniche decisorie.

Non è perciò da scartare l’idea che la stessa questione già decisa con la [238](#) possa tornare davanti alla Corte: la dichiarazione d’“infondatezza”, in vece della inammissibilità, spiana la via a quest’esito. Anche così – se ci si pensa – si fa in modo morbido “resistenza” ad un verdetto della Corte sgradito, giudicato erroneo. L’operazione poi – come si sa – alle volte riesce. Non pochi sono infatti i casi in cui la Corte muta registro, persino convertendo un’anteriore pronuncia d’inammissibilità in una di merito, addirittura di accoglimento. Lo stesso giudice costituzionale, in qualche modo, in relazione a talune questioni o circostanze, mostra di voler incoraggiare quest’esito⁴⁶.

Possiamo, dunque, dividerci circa la qualificazione di siffatte pressioni da parte dei giudici comuni nei riguardi della Consulta, se cioè darne – come un momento fa si diceva – l’opportuna rappresentazione ricorrendo allo schema teorico del diritto di resistenza ovvero se facendo appello ad altre categorie teoriche. Il risultato pratico, nondimeno, non muta, trattandosi pur sempre di esperienze che prefigurano innovazioni anche radicali d’indirizzo della giurisprudenza costituzionale.

Nella circostanza che ha portato all’emanazione della [238](#), l’innovazione al piano delle tecniche decisorie sarebbe, a mia opinione, sommamente opportuna, se non altro al fine di rimuovere quelle aporie logiche di costruzione cui si è sopra fatto richiamo. Mi metto nei panni della Corte e, puntando

fine di assicurare l’ottimale affermazione della Costituzione come “sistema” (sul punto, v. infatti gli ulteriori svolgimenti di cui *infra*).

⁴⁵ In realtà, non tanto qui si ha riscontro del canone della specialità, usualmente fatto valere nei rapporti tra norme che si succedano nel tempo, quanto di quello sistematico, puntandosi alla riconciliazione di enunciati apparentemente incompatibili appartenenti al medesimo documento normativo e ricomposti ad unità significativa, appunto grazie alla sottrazione dalla cerchia dei comportamenti astrattamente riconducibili alla norma generale di quelli specificamente riportabili alla norma speciale.

⁴⁶ Penso, ad es., all’annosa questione del sovraffollamento delle carceri, giudicata inammissibile dalla [sent. n. 279 del 2013](#), che nondimeno si chiude con un vigoroso monito che prelude al possibile, futuro accoglimento della questione, laddove la condizione non dignitosa in cui versano i detenuti non dovesse risultare – come ci si attende – una buona volta protetta.

a tener fermo il sindacato accentrato (in buona sostanza sulle norme internazionali, seppur formalmente) sulla norma interna di adattamento – intento, questo, a chiare lettere enunciato nella decisione in esame –, consiglieri di dichiarare che la norma stessa *ordinariamente* si produce, tranne casi macroscopici di invalidità o d’“inesistenza”, per “anticostituzionalità”, della norma internazionale di riferimento. Tra l’altro, con un’affermazione siffatta, la Corte, per un verso, si allineerebbe alla propria giurisprudenza relativamente ai casi in genere di violazione dei principi fondamentali e, per un altro verso, non romperebbe bruscamente rispetto all’indirizzo delineato nella [238](#), facendo peraltro luogo ad un’indicazione connotata da interna duttilità di struttura concettuale (o, diciamo pure, da ambiguità), lasciandosi così le mani libere per soluzioni differenziate (anche al piano tecnico) dei casi che dovessero essere portati alla sua cognizione.

Tornando dunque a pronunciarsi sull’annosa questione dell’immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile, la Corte potrebbe far dipendere l’“esistenza” ovvero la non “esistenza” e la validità ovvero l’invalidità della norma interna di adattamento dalla situazione di fatto su cui s’innesta il diritto di cui reclama tutela chi fa appello al giudice nazionale⁴⁷.

Nel merito della soluzione fatta propria con la [238](#), non esito a dichiararmi convinto che il verdetto della Corte sia giusto, profondamente giusto, muovendo dall’assunto che la dignità della persona sia un bene non bilanciabile⁴⁸, ponendosi piuttosto – come già rilevavo nel mio precedente commento, riprendendo una felice immagine di un’autorevole dottrina – quale la “bilancia” su cui si dispongono i beni della vita bisognosi di reciproca ponderazione⁴⁹. Gracile ed incompiuta resta tuttavia l’argomentazione addotta dal giudice costituzionale con la [238](#), specificamente laddove sembra ignorare che le stesse norme sulla normazione (e, segnatamente, quelle che danno l’apertura dell’ordine interno all’ordine internazionale e sovranazionale) possono, per la loro parte, concorrere al pari di altre norme costituzionali alla salvaguardia di valori sostantivi (e, tra questi, dunque, la dignità)⁵⁰.

In realtà, il valore pacifista e quello personalista sono complementari, si danno mutuo ed indefettibile sostegno. Non può esservi piena tutela dei diritti fondamentali della persona se non nella (ed a mezzo della) pace e giustizia tra le Nazioni, che danno senso e sostegno al diritto internazionale

⁴⁷ D’altro canto, è di frequente riscontro nelle esperienze di giustizia costituzionale l’assunzione a parametro del “fatto”, che va perciò a riempire il “contenitore” costituzionale che fa ad esso rinvio, significativamente influenzando e talora, a conti fatti, determinando l’esito del giudizio (indicazioni al riguardo, se si vuole, nel mio [Fatti “interposti” nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell’etica pubblica repubblicana](#), in [Consulta OnLine](#), 2014, 6 novembre 2014).

⁴⁸ Così, ora, anche G.M. FLICK, [Elogio della dignità \(se non ora, quando?\)](#), in [www.rivistaaic.it](#), 4/2014. Ha, di contro, ancora una volta riproposto la sua tesi favorevole a che la stessa dignità possa soggiacere a bilanciamento M. LUCIANI, *I controlimiti e l’eterogenesi dei fini*, cit., spec. al § 4, il quale adduce a sostegno della sua posizione la circostanza per cui si danno condizioni di vita in cui la dignità sarebbe *per tabulas* sacrificata, quale quella dei detenuti. A me pare, tuttavia, che, seppur debba invero convenirsi che allo stato (e perlomeno in molti casi) la detenzione comporta una vistosa e reiterata violazione della dignità, in via di principio (e secondo modello costituzionale) essa può (e deve) aver luogo in modi tali da conciliarsi con l’integrale rispetto della dignità stessa. D’altronde, la stessa Corte costituzionale (nella [sent. n. 279 del 2013](#), sopra richiamata), al pari peraltro della Corte EDU, ha ripetutamente avvertito circa il bisogno di assicurare ai detenuti condizioni di vita comunque rispettose della loro dignità. Una cosa è dunque l’esperienza, un’altra cosa ciò che prescrivono la Costituzione e le altre Carte. Sarebbe, infatti, ben strano e – a dirla tutta – intrinsecamente contraddittorio che si sia prevista la privazione della libertà personale, alla quale – come si sa – si è costretti a far luogo a salvaguardia di beni costituzionalmente protetti dalle norme penali – nella consapevolezza che essa comunque comporti il sacrificio della dignità.

⁴⁹ L’immagine della “bilancia” è – come si sa – di G. SILVESTRI, [Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona](#), in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](#), 14 marzo 2008; dello stesso, v., ora, le precisazioni che sono in [La dignità umana dentro le mura del carcere](#), in [Dir. pubbl.](#), 1/2014, 3 ss.

⁵⁰ Dalla prospettiva ora adottata, è legittimo il disappunto della dottrina internazionalistica che, in larga schiera, ha deplorato il mancato bilanciamento tra le norme costituzionali sui diritti e quelle che danno l’apertura al diritto internazionale (per tutti, A. TANZI, [Sulla sentenza Cost. 238/2014: cui prodest?](#), in [www.forumcostituzionale.it](#), 26 novembre 2014, spec. al § 1; diversamente, L. GRADONI, *Un giudizio mostruoso*, cit.); con l’ulteriore precisazione, che mi permetto di affacciare nel testo, secondo cui le norme sulla normazione in genere possono *quodammodo* convertirsi esse pure in norme sostantive o, se si preferisce, esprimere valenze altresì al piano in cui si svolgono le vicende dei diritti, rendendosi dunque a pieno titolo confrontabili con le norme specificamente riguardanti questi ultimi.

e giustificazione alle sue espressioni in ambito interno, così come i valori evocati nell'art. 11 restano privi di significato senza l'effettivo appagamento dato ai diritti. Piuttosto, si tratta – come sempre – di far luogo ad un bilanciamento interno tra norme costituzionali, tutte ed in pari misura portatrici di valori fondamentali, un bilanciamento che non può che farsi in ragione del caso, delle esigenze complessive da esso espresse, del contesto in cui si situa ed ha luogo il bilanciamento medesimo.

Sarebbe, dunque, palesemente incongruo sovraccaricare di valenze ed effetti una decisione che – la si condivida o no – resta del tutto peculiare, fa storia a sé e non si presta – come si è venuti dicendo – ad indebite generalizzazioni, in relazione a “situazioni normative” diverse da quella specificamente giudicata. La Corte non s'è sognata neppure di dichiarare incostituzionale l'immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile *per ogni caso*; l'ha fatto unicamente per quello portato alla sua cognizione, considerando impossibile la produzione della norma di adattamento nella “situazione normativa” cui la questione di costituzionalità specificamente si riferiva, negli elementi fattuali e normativi che ne davano (e ne danno) la cifra identificante complessiva⁵¹.

4. *La sorte del giudicato civile poggiante sulla norma di adattamento dichiarata dalla Corte costituzionale “inesistente” e gli ulteriori “seguiti” che, anche al piano legislativo, potrebbero esser dati alla 238*

Opposto all'esito della “resistenza” fatta valere dai giudici comuni e dagli operatori in genere nei riguardi del verdetto emesso con la [238](#) è quello in cui si faccia questione del modo o dei modi con cui dare seguito al verdetto stesso.

Forse, la Corte non ha valutato appieno le conseguenze che potrebbero aversi a spingere fino ai loro ultimi e lineari svolgimenti le indicazioni date con la decisione odierna o, forse ed all'inverso, proprio tali conseguenze sono state volute... Chi potrà mai dirlo?

Ora, giusta la premessa secondo cui la norma interna di adattamento è, nella circostanza odierna, da considerare “inesistente”, a me pare che le pronunzie dei giudici comuni che ne hanno fatto applicazione, ancorché passate in giudicato, siano suscettibili di essere rimesse in discussione; il che vale come dire che il giudicato stesso possa, a sua volta, considerarsi affetto dal vizio radicale di giuridica “inesistenza”⁵². Il giudicato formatosi in applicazione di una norma la cui invalidità (in senso debole) sia stata acclarata e che sia stata pertanto annullata può restare non toccato dalla decisione che abbia accertato l'invalidità stessa, secondo i canoni usualmente vevoli in fatto di rapporti tra giudicato costituzionale e giudicato ordinario. Dubito tuttavia che il giudicato⁵³ che si faccia scudo di una norma “inesistente” possa reclamare la propria intangibilità, proprio perché lo scudo stesso in realtà non c'era, non *poteva* esserci⁵⁴. C'è dunque da attendersi – a me pare – la riapertura di processi già definiti.

Anche per l'aspetto ora considerato, la tesi favorevole a qualificare come “esistente” seppur invalida la norma di adattamento può disporre di un buon argomento a suo sostegno, sempre che – beninteso – si abbia a cuore di evitare la produzione di un effetto devastante, qual è quello che consegue alla dichiarazione d'invalidità per inesistenza della norma irrispettosa della Costituzione.

⁵¹ È tuttavia chiaro – così perlomeno a me sembra – che, ove si accolga in partenza l'idea della refrattarietà della dignità a soggiacere a bilanciamento alcuno, ogni qual volta essa dovesse venire in gioco in casi diversi la Corte dovrebbe tener fermo il punto di diritto enunciato nella [238](#), salvo a contraddirsi in modo insanabile, vale a dire fa dar vita ancora una volta a verdetti “mostruosi”. Non essendo invece in ballo la dignità, la partita resterebbe aperta ad ogni possibile esito.

⁵² Diversamente, F. SALERNO, *Giustizia costituzionale versus giustizia internazionale nell'applicazione del diritto internazionale generalmente riconosciuto*, in *paper*, § 2.

⁵³ Così, quello di cui a [Cass., Sez. Un., n. 1136 del 21 gennaio 2014](#), specificamente riguardante il diritto, negato, al risarcimento del danno delle vittime dei crimini nazisti.

⁵⁴ Potrebbe, dunque, qui trattarsi di uno di quei casi di pronunzia dal contenuto “impossibile” cui fa riferimento un'autorevole dottrina (A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*⁶, Jovene, Napoli 2014, 214) a riguardo delle sentenze civili inesistenti (in argomento, v., part., C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, Giappichelli, Torino 1997, e F. AULETTA, *Nullità e “inesistenza” degli atti processuali civili*, Cedam, Padova 1999, spec. 123 ss.).

Se, di contro, si vuol salvaguardare appieno la dignità delle vittime dei crimini nazisti, puntando all'obiettivo del rifacimento dei processi che hanno dato loro torto, allora è giocoforza tener ferma la qualifica della "inesistenza" della norma di adattamento.

So bene che la conclusione appena raggiunta sarà subito rigettata da quanti rimangono ancorati ad una lettura d'ispirazione formale-astratta dei canoni che governano il processo civile (e, segnatamente, dell'art. 395 c.p.c.), assumendo l'irrelevanza di qualsivoglia errore di diritto, la sua incapacità di travolgere il giudicato. La mia sarà pure una voce fuori del coro o, diciamo pure stonata, ma sento di dover qui incoraggiare una lettura costituzionalmente orientata dei canoni stessi, che saldamente ne ancori i significati ai valori fondamentali dell'ordinamento, primo su tutti appunto quello della dignità.

Se poi dovesse ritenersi che una lettura assiologicamente ispirata non sia comunque possibile, debordandone l'esito dai limiti invalicabili del testo, e che perciò il rifacimento dei processi non sia, allo stato attuale del diritto vigente, consentito, ebbene sarebbe allora da mettere in conto l'eventualità che la Corte, perdurando l'inerzia del legislatore, sia nuovamente adita allo scopo di colmare la lacuna legislativa in parola, analogamente a ciò che s'è fatto con la [sent. n. 113 del 2011](#) nel campo penale⁵⁵. Qui come lì, infatti, la soluzione più adeguata a me sembra essere quella di un'additiva di principio che faccia quindi rimando per i suoi congrui svolgimenti alla futura regolazione legislativa e, nel frattempo, dia modo ai giudici di estrarre dal principio somministrato dalla Consulta la regola buona per il caso. È vero che la soluzione ora prospettata è dubbio che possa dare ristoro ai soggetti penalizzati da pronunzie passate in giudicato, per quanto una volta sopravvenuta la dichiarazione d'incostituzionalità, nel senso qui ipotizzato, dell'art. 395 c.p.c. sia da prendere in considerazione l'eventualità che la pronunzia del giudice costituzionale rimetta in termini coloro che ne sono beneficiati, abilitati pertanto a chiedere la revocazione del precedente verdetto poggiante su norma inesistente. In ogni caso, la soluzione qui patrocinata gioverebbe a risolvere per l'avvenire, una volta per tutte, la questione in relazione a fatti rimasti ad oggi privi di esplicito riferimento legislativo⁵⁶.

La [238](#) non dà alcuna indicazione al riguardo, nel mentre avrebbe potuto far luogo ad un'operazione di giustizia costituzionale maggiormente raffinata e costruttiva, nel senso appunto di caducare la norma di adattamento (perciò "esistente"), aggiungendovi un principio idoneo a porre le basi per un congruo rifacimento del quadro normativo in atto vigente. Con il che si sarebbe, tra l'altro, fugato il rischio di discordanti "seguiti", astrattamente possibili", dati al verdetto del giudice costituzionale in difetto dell'annullamento "ricostruttivo" della norma del codice di rito, qui prefigurato⁵⁷.

Anche per ciò che attiene alle sorti delle pronunzie già passate in giudicato, la [238](#) offre indicazioni – a me pare – insanabilmente contraddittorie; ed è proprio su ciò che – come si avvertiva – può far leva la tesi del carattere "mostruoso" della pronunzia della Corte: in un senso, infatti, spinge la dichiarazione d'"inesistenza", che – come si è veduto – mina ed espone a revisione le pronunzie passate in giudicato; nel verso opposto, invece, spinge la dichiarazione d'infondatezza della questione.

Al di là di ciò che potrebbe aversi in relazione alle pronunzie dei giudici comuni ormai (*apparentemente...*) definite, quanto ai processi *in itinere* (e, ovviamente, a quelli non ancora avviati) è da mettere in conto l'immediato utilizzo a beneficio delle vittime dei crimini nazisti del punto di diritto fatto valere con la pronunzia qui nuovamente annotata (a meno che, come si diceva, non si

⁵⁵ Nel caso nostro, poi, a maggior titolo sembra giustificarsi l'intervento riparatore del legislatore, sol che si pensi che, mentre con riguardo al caso che ha indotto la Corte a far luogo alla pronunzia del 2011, sopra richiamata, il processo si è celebrato pur contravvenendo alle regole per esso stabilito, nel caso nostro invece è inesistente proprio la regola posta a base del verdetto.

⁵⁶ Non occorre qui evidenziare il vantaggio che si avrebbe per effetto dell'addizione al codice di rito, dal momento che essa varrebbe per ogni caso d'inesistenza di norma applicata in giudizio, offrendo dunque quelle garanzie di certezza che non possono comunque aversi in sua mancanza.

⁵⁷ Si sofferma sul punto, con opportuni rilievi, E. LAMARQUE, *Alcune domande sulla sentenza costituzionale relativa ai diritti delle vittime dei crimini di guerra e sui suoi effetti nell'ordinamento interno*, in corso di stampa in *Quest. giust.*, nonché in versione inglese in *Italian Journal of Public Law*, § 4.

diano casi di riproposizione, per iniziativa del giudice, della questione già decisa con la [238](#)). Come si faceva però notare in sede di primo commento alla decisione, non v'è da fare molto affidamento circa la possibilità di ottenere ristoro economico per i diritti fatti valere in giudizio⁵⁸. La qual cosa conferma che, malgrado le strutturali differenze esistenti tra tipi di decisione da cui si attendono effetti parimenti diversi e persino opposti, alle volte la situazione “conseguenziale” ai verdetti della Corte praticamente non muta, sia stata accolta ovvero rigettata la questione portata alla cognizione della Corte stessa. È una conclusione – dicevo nel mio precedente commento e debbo ora nuovamente confermare – davvero sconcertante e sconfortante: una vera e propria beffa quella per cui un diritto si trovi ad essere *riconosciuto* ma non pure *garantito*, *effettivamente garantito*. Uno scenario, questo, che non dovrebbe mai vedersi, concretarsi; se invece se ne ha riscontro è, evidentemente, perché sono difettosi i meccanismi di garanzia. Quali possano essere gli strumenti più adeguati per aggiustarli non è cosa di cui ci si debba qui fare carico: rientra nelle responsabilità del legislatore, nelle sue libere (o, come si preferisce dire, “discrezionali”) scelte, trovare il modo per dare una persuasiva risposta a chi, dolente, avanza la speranzosa domanda di protezione nei propri diritti (tanto più se a subire offesa è stata la dignità). Si può immaginare un intervento “sussidiario” del nostro Stato, che attinga ad un fondo allo scopo espressamente creato, per risarcire i ricorrenti i cui diritti lesi siano stati riconosciuti; un intervento che, da un certo punto di vista, può anche apparire ingiustificato ma che, da un altro angolo visuale, può invece trovare fondamento nella mancata protezione dallo Stato stesso a suo tempo assicurata ai suoi cittadini, divenuti preda dei criminali nazisti. Si può pensare ad altro ancora. Non è di qui, ad ogni buon conto, proseguire ulteriormente lo studio al piano *de iure condendo*, una volta fatta in partenza la scelta di fermare l'analisi alle sole vicende processuali ed ai loro possibili svolgimenti.

D'altro canto, il compito del giudice si arresta al momento in cui questi consegna i propri verdetti; e qui, oltre la soglia del riconoscimento dei diritti offesi il giudice non può, per suo insuperabile limite, portarsi.

La [238](#) incoraggia a proseguire la battaglia a difesa dei diritti costituzionali calpestati durante la seconda grande guerra; e questo è, in fondo, un merito che va riconosciuto alla Corte che, pur difettando nella tecnica decisoria adottata e negli argomenti che la sostengono, ha coraggiosamente voluto schierarsi dalla parte di persone che molto hanno sofferto in un passato non ancora remoto, che non va comunque dimenticato da coloro che hanno avuto la fortuna di non viverlo.

⁵⁸ Il punto è diffusamente rilevato in dottrina: così, per tutti, A. TANZI, *Sulla sentenza Cost. 238/2014*, cit., § 4 ss.; cfr., sul punto, ora, P. PALCHETTI, *Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In search of a way out*, in www.qil-qdi.org, 16 febbraio 2015, 44 ss.

Antonio Ruggeri

I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*

SOMMARIO: 1. La diversa condizione riservata dalla Carta costituzionale a cittadini e stranieri e il suo parziale superamento, specie per effetto della invenzione del *tertium genus* costituito dai cittadini “comunitari”. – 2. Il canone della tutela più “intensa” quale *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali e la sua generalizzata estensione (anche, dunque, al piano dei rapporti tra Carte internazionali dei diritti e Costituzione), con la conseguenza che le norme pattizie, di cui all’art. 10, II c., cost. possono, in applicazione del canone suddetto, derogare alle norme costituzionali relative alla distinzione tra cittadini e non cittadini, così come all’inverso le norme interne possono discostarsi da quelle internazionali in vista dell’ottimale affermazione del canone stesso. – 3. Le obiezioni mosse in dottrina avverso il canone della tutela più “intensa” e il tentativo qui avanzato di confutarle, con opzione per la tesi favorevole alla tendenziale estensione ai non cittadini dei medesimi diritti e doveri costituzionali propri dei cittadini. – 4. *Segue*: il peculiare regime valevole per i diritti politici, gli argomenti usualmente addotti a sostegno della esclusione dei non cittadini dal loro godimento e la loro critica, l’impossibile riconoscimento a tali soggetti dei diritti in parola per via interpretativa, con la conseguenza di dover far luogo a tal fine alle opportune modifiche costituzionali riguardanti la cittadinanza facendone poggiare le basi costitutive sulla stabile residenza nel territorio della Repubblica. – 5. Dal modello all’esperienza: schegge di legislazione e giurisprudenza che denotano il, maggiore o minore, scostamento della seconda dal primo. – 6. Una divagazione (apparentemente) *extra moenia*: i doveri costituzionali dei non cittadini. – 7. Una succinta notazione conclusiva, con riguardo alla mutazione genetica in corso tanto nella condizione dei cittadini quanto in quella dei non cittadini.

1. La diversa condizione riservata dalla Carta costituzionale a cittadini e stranieri e il suo parziale superamento, specie per effetto della invenzione del tertium genus costituito dai cittadini “comunitari”

Trattare della condizione del “non cittadino” – termine usualmente preferito a quello di “straniero“, a motivo della sua idoneità a comprendere in tutta la loro estensione i vari tipi di soggetti cui fa riferimento¹ – equivale a dire, allo stesso tempo e di necessità, anche di quella del cittadino, tornando così a riflettere su una nozione divenuta col tempo sempre più incerta e fatta oggetto di profondo ripensamento, persino nei suoi lineamenti essenziali. D’altronde, da una prospettiva di ancora più largo raggio, ad essere oggi ridiscussa è – come si sa – l’idea stessa di Stato, coi suoi tratti identificanti (e, tra questi, principalmente la sovranità), e, andando ancora più a fondo, l’idea di Costituzione, da una risalente e tuttavia ancora al presente fortemente radicata tradizione teorica legata a filo doppio, indissolubilmente, a quella di Stato, con cui intratterrebbe una relazione biunivoca, questo non essendo pensabile senza quella e viceversa. Un’idea solo in tempi relativamente recenti sottoposta a critica riconsiderazione, specie da parte di quanti si sono dichiarati favorevoli alla sua estensione altresì a talune organizzazioni sovranazionali, quale l’Unione europea².

Ma a tutto ciò si può ora riservare solo un cenno, dovendosi qui appuntare l’attenzione esclusivamente sulla condizione dei non cittadini, sforzandosi di metterne a fuoco i tratti maggiormente espressivi e qualificanti, tanto secondo modello costituzionale quanto secondo

* Relazione al convegno su *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Reggio Calabria 26-27 marzo 2015, alla cui data lo scritto è aggiornato. Avverto che, a motivo dell’ampiezza del campo materiale attraversato dall’indagine che ora si avvia, mi sono trovato costretto, per un verso, a tralasciare lo studio di questioni relative al versante dei rapporti internazionali (quali asilo, estradizione, protezione internazionale, ecc.) e, per un altro, a forti selezioni nei riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

¹ Rilievo corrente: per tutti, E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig./Disc. Pubbl.*, XV (1999), 159. Sul punto, precisazioni, ora, in L. RONCHETTI, *La Repubblica e le migrazioni: una premessa*, in AA.VV., *La Repubblica e le migrazioni*, a cura della stessa R., Giuffrè, Milano 2014, 7 ss., spec. 12 ss.

² Riferimenti a riguardo di questa vessata questione possono, se si vuole, aversi dal mio *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l’Europa unita*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*⁴, Giappichelli, Torino 2014, cap. I.

esperienza, quale risultante alla luce dei più marcati indirizzi delineati per mano della giurisprudenza e della legislazione man mano adottata in relazione a tali soggetti³.

Si diceva essere col tempo divenuta sempre più appannata e confusa l'immagine sia del *cittadino* che del *non cittadino*. È una delle tante conferme di cui si dispone della strutturale apertura del modello costituzionale, della sua attitudine cioè a farsi incessantemente riplasmare ed a caricarsi di nuovi significati alla luce del mutare del contesto in cui esso s'inscrive ed inverte.

Questa premessa, che può sembrare persino ovvia e scontata, non potendosi dubitare della vocazione del modello a disporsi alla sua rigenerazione semantica pur se entro limiti ad oggi teoricamente discussi, non merita di essere persa di vista al momento in cui ci si accinge ad una nuova rivisitazione del quadro costituzionale; e mostra come nessuna acquisizione teorica, per risalente ed accreditata che sia, possa reputarsi non soggetta a critica revisione. Il rinnovamento di sensi della Carta – è ormai provato – resta ad ogni buon conto soggetto a limiti⁴, se si conviene a riguardo dell'attitudine degli enunciati costituzionali a circoscrivere l'area materiale entro cui possono in modo corretto essere enucleati i loro possibili significati, senza far luogo ad inammissibili manipolazioni e veri e propri ribaltamenti concettuali. Oltre una certa soglia, pur se approssimativamente fissata, non è dunque consentito spingersi; e chi volesse invece portarsi oltre di essa dovrebbe, con onestà d'intelletto, patrocinare l'innovazione costituzionale con le forme sue proprie stabilite nell'art. 138, peraltro sempre che essa non faccia a pugni con principi strutturali della Carta, usualmente posti ad argine delle revisioni costituzionali. Rischio, questo, qui particolarmente incombente, sol che appunto si pensi che ad essere in gioco sono concetti elementari del diritto costituzionale, quali quelli di popolo e di sovranità.

Un dato di partenza mi parrebbe indiscutibile; ed è quello della diversa condizione, dalla Carta presupposta e al tempo stesso avallata, in cui versano cittadini e “stranieri” (per il linguaggio del tempo), secondo quanto avvalorano non soltanto i numerosi richiami ai primi sparsi qua e là per l'intero tessuto costituzionale ma anche, e specificamente, le formule di cui agli artt. 10, II c., e 22 cost. Immaginare, dunque, secondo alcune posizioni teoriche radicali, di appiattare in tutto e per tutto il trattamento giuridico riservato a tali soggetti non è, secondo diritto costituzionale vigente, in alcun modo possibile, se non col costo insopportabile di frodare non tanto i singoli precetti quanto la Carta nel suo insieme. Allo stesso tempo, è tuttavia da riconoscere che, per effetto di talune vigorose tendenze affermatesi nell'esperienza, si è registrata una vistosa convergenza tra le due condizioni soggettive, in passato tenute lontane, al punto che esse non soltanto oggi si toccano ma – di più – si integrano, pur se solo in parte.

Volendo ricorrere ad una immagine, potremmo dire che cittadini e non cittadini compongono due anelli reciprocamente intrecciati, dandosi un'area esclusivamente propria di ciascuno di essi ed una intermedia comune. Esattamente come negli anelli veri, poi, il legame che li unisce è mobile, potendosi elasticamente spostare in modo tale da far espandere ovvero restringere l'area comune. Ed è proprio ciò che avviene nell'esperienza, dal momento che le leggi che si sono man mano accavallate e vanno senza sosta sfornandosi, alle volte – a dirla tutta – con assai poco consistente costrutto, disciplinando questo o quell'aspetto della condizione dei non cittadini, sembrano volersi fare portatrici d'indirizzi politici non lineari e reciprocamente coerenti, siccome volti ora a far tornare gli stranieri nel ghetto in cui erano un tempo ed ora invece a dotarli dei medesimi diritti di cui dispongono i cittadini⁵. Dal suo canto, anche la giurisprudenza – come si vedrà più avanti con esempi – si mostra

³ In realtà, un esame più adeguato richiederebbe di prendere in considerazione anche le pratiche amministrative effettivamente invalse, per il tramite delle quali si fa ed incessantemente rinnova, in modo compiuto, il “diritto vivente”. Questa ulteriore estensione dell'analisi ora avviata è tuttavia in questa sede preclusa, a motivo del ristretto spazio disponibile per il suo svolgimento, così come, per la medesima ragione, quanto alla giurisprudenza, ci si troverà costretti a fermare l'attenzione unicamente su quella costituzionale, senza poter far riferimenti a quella comune, il cui studio pure sarebbe di estremo interesse.

⁴ E ciò, anche a prescindere dal rilievo che si reputi di dover assegnare all'*original intent* dei redattori della Carta, su cui – come si sa – la giurisprudenza ha, negli anni a noi più vicini, molto insistito (specie in [Corte cost. n. 138 del 2010](#)).

⁵ Di “un corpo normativo labirintico e frammentato” discorre, in relazione al tema specifico della sua analisi ma con considerazioni a mia opinione suscettibili di estensione anche oltre di esso, A. PUGIOTTO, “Purché se ne vadano”. *La*

non poco oscillante e variamente orientata, ora assecondando le più salienti espressioni della legislazione ed ora invece sanzionandole e variamente correggendole secondo occasionali convenienze.

Il moto – come si diceva – è continuo, al punto che si rivela essere un’impresa disperata (e, a mia opinione, comunque controproducente) tentare di fermarlo in un’immagine fotografica con la quale insensatamente si punta a convertire in statico ciò che invece è soggetto a continuo movimento. Merita nondimeno sin d’ora di essere messo in evidenza il dato cui si è appena fatto cenno, vale a dire della varietà di linee d’indirizzo persino per uno stesso campo materiale di esperienza, quale ad es. quello di centrale rilievo della gestione degli immigrati irregolari. Una questione – come si sa – di drammatica attualità, d’immani dimensioni, fronteggiata a tutt’oggi con misure palesemente inadeguate, espressive di molta, affannosa improvvisazione, confusione d’idee, incertezza di orientamenti.

Ora, ferma la distinzione suddetta tra cittadini e non cittadini, è pur vero che il dato testuale, qui come altrove, è considerato da sé solo insufficiente, comunque non risolutivo; e basti solo pensare, per averne riprova, alle interpretazioni prospettate dell’art. 3 che, pur nella varietà d’indirizzo teorico, convergono nell’esito ricostruttivo di ritenere possibile (ed anzi doveroso) riservare un identico trattamento a tutti tali soggetti, perlomeno in relazione ad alcuni dei fattori di eventuale discriminazione indicati dall’enunciato costituzionale⁶. È poi anche vero che il dettato della Carta, pur laddove considerato insuscettibile di adattamento interpretativo, è stato in buona sostanza rifatto a seguito dell’erompere del fenomeno “comunitario” (o – piace a me dire, in relazione all’oggi – “eurounitario”), che ha complicato il quadro in origine estremamente semplificato ed articolato nei due soli tipi del cittadino e dello straniero con la invenzione del *tertium genus* costituito dal cittadino “comunitario”⁷. Il quale poi – si faccia caso – è al suo interno non poco articolato e, per dir così, “graduato”, sol che si pensi che il patrimonio di diritti e doveri costitutivo dello *status* di cittadino dell’Unione risulta variamente esteso a motivo del carattere differenziato della integrazione sovranazionale e della circostanza per cui tempi e modi dell’adesione all’Unione stessa variano sulla base dei trattati che la riguardano⁸.

Così, nel momento stesso in cui la condizione di cittadini e non cittadini converge, secondo quanto si tenterà di mostrare tra non molto, la cittadinanza nella sua dimensione sovranazionale si articola ed esprime in forme plurime, anche significativamente diversificate. Tutto ciò ha preso corpo a mezzo di discipline normative cui è stato (ed è) dato ingresso in ambito nazionale malgrado le stesse fossero

tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Jovene, Napoli 2010, 385, con richiamo, in nt. 179, di una opinione di G. Bascherini.

⁶ Riferimenti in G. MOSCHELLA, *La parabola dei diritti umani nella legislazione italiana sull’immigrazione*, in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, a cura di S. Gambino - G. D’Ignazio, Giuffrè, Milano 2010, 481 ss.; P. STANCATI, *Le libertà civili del non cittadino: attitudine conformativa della legge, assetti irriducibili di garanzia, peculiarità degli apporti del parametro internazionale*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 25 ss., spec. 57 ss., e, ora, L. RONCHETTI, *La Repubblica e le migrazioni una premessa*, cit., spec. 37 ss., e A. SAITTA, *Il concetto di “noi” e di “altri” nella Costituzione e nella C.E.D.U.*, in [Consulta OnLine](#), 2014, 4 novembre 2014, § 3.

Come si tenterà di mostrare, il fondamento dell’eguaglianza è da vedere nel riconoscimento dei diritti inviolabili di ogni essere umano, l’art. 2 dunque dando sostegno all’art. 3; è provato però pure l’inverso. E il vero è che i due valori fondamentali si fanno costante e necessario rimando a vicenda, componendo la *coppia assiologica fondamentale* dell’ordinamento (sulle mutue implicazioni che tra di essi s’intrattengono, v., sopra tutti, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009).

⁷ Il punto è diffusamente rilevato da tempo: per tutti, E. ROSSI, *Immigrazione e diritti a quattordici anni dalla legge Turco-Napolitano*, in AA.VV., *La governance dell’immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, a cura di E. Rossi - F. Biondi Dal Monte - M. Vrenna, Il Mulino, Bologna 2013, 61 ss. Sui tratti identificativi della cittadinanza europea, per un quadro di sintesi, v. P. COSTANZO, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*⁴, cit., spec. 447 ss. Utili indicazioni, di recente, in A. BARAGGIA, *Dimensione sostanziale della cittadinanza europea e diritti fondamentali: una storia appena cominciata*, in [www.federalismi.it](#), 24/2014.

⁸ Sul carattere differenziato della integrazione sovranazionale, v., da ultimo, M. CONDINANZI, *L’Unione europea tra integrazione e differenziazione*, in [www.federalismi.it](#), 5/2015, 11 marzo 2015.

– ad esser franchi – assai problematicamente conciliabili coi principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale, perlomeno secondo una loro rigorosa lettura che parrebbe portare all’esito della contrapposizione “secca” tra cittadini “nazionali” e stranieri.

Si fermi, infatti, solo per un momento l’attenzione sul punto.

Dottrina e giurisprudenza corrente seguitano, a mia opinione sempre più stancamente, a ripetere che il diritto dell’Unione va incontro all’osservanza indefettibile dei “controlimiti”. Sta di fatto però che l’invenzione della cittadinanza dell’Unione, col regime suo proprio tanto secondo diritto sovranazionale quanto alla luce delle norme interne che vi hanno dato svolgimento, ha alterato la quiete di un modello risultante da principi fondamentali della Carta. Lo stesso art. 10, II c., che – come si sa – specificamente si indirizza agli stranieri, non vale per i cittadini “comunitari”, se non per il fatto che essi pure hanno la base del loro peculiare regime nei trattati, un regime che nondimeno risulta quindi appieno descritto da norme e pronunzie giurisprudenziali che hanno un complessivo regime giuridico in più punti – piaccia o no – dirompente rispetto alla separazione “secca” operata nella Carta tra cittadini e stranieri.

Per quest’aspetto, dovremmo dunque dire che l’invenzione in parola si è tradotta in una *rottura della Costituzione*, per prassi (o, dovremmo ormai dire, consuetudine) consolidata giustificata nell’art. 11, una rottura che però – qui è il punto – ha riguardato gli stessi principi fondamentali che danno la configurazione della cittadinanza, a partire proprio da quello che appunta nel solo “popolo” (tradizionalmente inteso) ogni potere sovrano.

Il vero è che il cittadino dell’Unione è nel nostro ordinamento, a un tempo, anche un cittadino, in relazione a taluni diritti e doveri, e un non cittadino per altri. Come si vedrà a momenti, questa doppia veste, sia pure in ordine a diritti e doveri diversi, ha anche lo straniero, in forza di una certa rilettura degli artt. 2 e 3, nel loro fare sistema con l’art. 10, II., che si tenterà di argomentare a breve. Non si trascuri poi il riferimento che, pure per taluni profili della condizione giuridica del non cittadino, va fatto allo stesso art. 10, I c., tanto per la parte in cui si è in presenza di norme internazionali non scritte riguardanti tutti gli stranieri e, ancora più largamente, tutti gli esseri umani, quanto con riferimento a norme internazionali pattizie razionalizzatrici di norme generalmente riconosciute. E, invero, entrambi i commi dell’art. ora cit., specie se riconsiderati alla luce degli sviluppi più recenti della giurisprudenza costituzionale, sono particolarmente istruttivi per ciò che concerne il trattamento che, secondo modello, va riservato ai non cittadini.

Di ciò dobbiamo dunque passare subito a dire, sia pure con la speditezza imposta a questo studio.

2. Il canone della tutela più “intensa” quale Grundnorm delle relazioni interordinamentali e la sua generalizzata estensione (anche, dunque, al piano del rapporti tra Carte internazionali dei diritti e Costituzione), con la conseguenza che le norme pattizie, di cui all’art. 10, II c., cost. possono, in applicazione del canone suddetto, derogare alle norme costituzionali relative alla distinzione tra cittadini e non cittadini, così come all’inverso le norme interne possono discostarsi da quelle internazionali in vista dell’ottimale affermazione del canone stesso

Trattando della condizione delle norme generalmente riconosciute della Comunità internazionale, la Consulta ha avuto modo da ultimo, in una sua molto discussa pronunzia⁹, di avvertire che nessun ingresso può esser concesso alle norme stesse laddove dovessero frontalmente contrastare con principi fondamentali dell’ordine costituzionale (e, in particolare, recare offesa alla dignità della persona umana). In una congiuntura siffatta, ad avviso del giudice costituzionale, la norma di adattamento, di cui all’art. 10, I c., non si produce, con la conseguenza che la consuetudine internazionale è da considerare radicalmente “inesistente” in ambito nazionale.

Non importa ora, ovviamente, tornare a discutere se siffatta qualifica sia, o no, da considerare appropriata. Prendendo per buono il punto di vista della Corte, ci si può tuttavia chiedere se esso possa ovvero debba trasporci alle stesse norme internazionali pattizie, qualificando pertanto come

⁹ Ovvio il riferimento alla [sent. n. 238 del 2014](#), ora ripresa dalla [ord. n. 30 del 2015](#).

giuridicamente “inesistente” (e non semplicemente invalida) la norma dell’atto interno che vi dà esecuzione, laddove le prime dovessero frontalmente confliggere con principi di struttura dell’ordine costituzionale. Un esito ricostruttivo, questo, che a fil di logica mi parrebbe non disagevolmente raggiungibile¹⁰, per quanto la stessa giurisprudenza – come si sa – abbia ripetutamente dichiarato che norme esterne non rispettose dei “controlimiti” possano essere impedito di produrre effetti sanzionando le leggi di esecuzione per la via usuale del loro annullamento “*nella parte in cui...*”.

Forse, a stare all’impostazione teorica maggiormente rigorosa e persuasiva, si dovrebbero tenere distinte le violazioni della Carta costituzionale, “graduandole” a seconda del *vulnus* recato ai principi e, dunque, riportandone alcune al “tipo” della *invalidità in senso forte*, quale causa d’inesistenza, ed altre al “tipo” della *invalidità in senso debole*, quale causa di annullamento¹¹, per quanto non sembra invero essere questo l’ordine concettuale nel quale si dispone la giurisprudenza costituzionale, rivista anche retrospettivamente e nel suo insieme.

Al di là dei profili di tecnica processuale, resta il fatto – e questo solo qui importa – che la giurisprudenza ha, nel caso deciso dalla 238 del 2014, riguardato ai rapporti tra diritto interno e diritto internazionale da una prospettiva assiologicamente orientata, facendosi cura di valutare l’impatto prodotto dalle norme di origine esterna sui valori fondamentali dell’ordinamento. È una linea di metodo delle relazioni interordinamentali che è già stata altre volte tracciata e che – come si tenterà ora di mostrare – appare gravida di implicazioni per ciò che attiene alla condizione giuridica dei non cittadini.

E, invero, non sembra corretta la conclusione cui pervengono quanti (e, come si sa, sono molti) restano legati ad una lettura “letteralistica” del II c. dell’art. 10, assumendo che le norme interne che fanno riferimento agli stranieri debbano sempre e comunque prestare ossequio alle norme internazionali, abilitate pertanto a porsi a parametro “interposto” di eventuali giudizi di costituzionalità aventi ad oggetto quelle norme. Ci insegna infatti la giurisprudenza (spec. in [sent. n. 317 del 2009](#)), con specifico riguardo alla condizione della CEDU in ambito interno ma con inquadramento suscettibile di generale valenza, che lo schema verticale che vede, nell’ordine, al primo posto la Costituzione, al secondo la norma internazionale ed all’ultimo la norma legislativa, obbligata a prestare osservanza alla seconda a pena di trasgredire la prima, può essere rifatto con la inversione di posto degli ultimi due termini normativi che lo compongono, laddove si acclari che la norma interna innalza il livello di tutela dei diritti fondamentali e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti, visti nel loro fare “sistema”¹². Nel qual caso, la precedenza va appunto accordata non già alla norma internazionale bensì a quella interna, con la conseguenza che la prima appare inidonea a porsi a parametro interposto in eventuali giudizi di costituzionalità aventi ad oggetto la seconda.

Insomma, il canone della tutela più “intensa”, quale autentica *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali, porta a qualificare la soggezione delle norme di diritto interno a quelle internazionali riguardanti i non cittadini come soggetta a condizione¹³. Ogni norma giuridica, se ci si

¹⁰ ... secondo quanto si è tentato di mostrare nel mio [Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quale i possibili “seguiti” della 238 del 2014?](#), in [Consulta OnLine](#), 1/2015, 4 marzo 2015, 78 ss.

¹¹ Riprendo qui nuovamente i termini prospettati da R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*², Giappichelli Torino 1992, 207 ss., per qualificare le varie specie d’invalidità; coincidente, in buona sostanza, è la bipartizione proposta da A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss., laddove distingue *anticostituzionalità* e *incostituzionalità*. In argomento, di recente, G. D’ALESSANDRO, *La nullità della legge. Percorsi della cultura giuridica italiana del Novecento*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012.

¹² Particolarmente insistito nell’ultima giurisprudenza il riferimento non al solo diritto di volta in volta in campo bensì all’intero “sistema” degli interessi costituzionalmente protetti. Non va nondimeno taciuto che del “sistema”, al quale è ovviamente doveroso fare appello, si fa talora un uso strumentale, ad es. allo scopo di discostarsi dal *pressing* di una giurisprudenza europea alle volte incalzante.

¹³ Ho già fatto applicazione del canone della tutela più “intensa”, con specifico riguardo alla condizione degli stranieri ed ai loro rapporti coi cittadini, nel mio *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, in [www.rivistaaic.it](#), 2/2011, part. al § 4 ss.; do, ora, ulteriori svolgimenti a taluni passaggi argomentativi nello scritto qui richiamato rimasti inesplicitati.

pensa, è in realtà prescrittiva *sub condicione*¹⁴: alla condizione, appunto, di poter servire al meglio, in ragione del contesto in cui s'inscrive ed opera, la Costituzione come "sistema", dandole modo di affermarsi, secondo l'aureo insegnamento di una non dimenticata dottrina¹⁵, *magis ut valeat*. Il che è come dire che i riconoscimenti fatti a beneficio dei diritti dalle norme internazionali costituiscono un *minimum* sopra il quale il diritto interno può in ogni caso portarsi, una soglia che può essere spostata a piacimento in avanti, mai però arretrata¹⁶.

Ora, questa indicazione, che è di metodo ancora prima che di teoria, vale a mia opinione a tutto campo, sempre: anche, dunque, laddove si pongano a raffronto le garanzie assicurate ai diritti, rispettivamente, dalla Costituzione e dalle Carte internazionali. Il che equivale a riconoscere che la Costituzione si dichiara "cedevole" a fronte di più avanzate tutele provenienti *ab extra*; e però lo fa – si badi – proprio al fine di potersi realizzare al meglio di sé, segnatamente nella coppia assiologica fondamentale di cui agli artt. 2 e 3, nel loro fare "sistema" coi principi che danno l'apertura dell'ordine interno al diritto di origine esterna (internazionale e sovranazionale), nonché coi principi fondamentali restanti. Riconoscendo la propria finitezza o, diciamo pure, imperfezione, la Carta si arricchisce e perfeziona, attingendo *ab extra* quelle risorse di cui non dispone¹⁷. Saldandosi agli enunciati in cui è il riconoscimento dei valori transepocali e tendenzialmente universali di libertà ed eguaglianza, il principio di cui all'art. 10, II c., può dunque inserirsi a mo' di cuneo nel corpo costituzionale, determinando l'allargamento degli spazi di godimento dei diritti a beneficio degli stranieri, *anche in deroga alla stessa Costituzione*, laddove si dimostri che ciò possa appunto tradursi in un ancora migliore servizio assicurato ai valori suddetti; ed allo scopo può soccorrere – come si accennava poc'anzi – lo stesso I c. dell'art. 10, ove si convenga che il principio di non discriminazione tra cittadini e stranieri assurge a contenuto di una norma di diritto internazionale non scritto¹⁸. Può darsi tuttavia anche l'inverso, la disciplina internazionale trovandosi – come si è venuti dicendo – costretta a recedere davanti a norme interne (costituzionali e non) che quel servizio siano in grado di apprestare in misura ancora più adeguata.

Il punto è però che, una volta trasposto lo schema teorico sopra succintamente delineato dal disegno all'esperienza, quale emblematicamente si rispecchia nel "diritto vivente", si ha modo di toccare con mano come la giurisprudenza sia fortemente riluttante a darvi lineare ed efficace seguito, piuttosto riproponendo stancamente l'idea secondo cui la legge fondamentale della Repubblica nulla ha mai da invidiare alle altre Carte, dimostrandosi sempre all'altezza di dare una risposta persuasiva

¹⁴ Faccio qui richiamo di un esito teorico-ricostruttivo che mi sono sforzato di argomentare in più scritti (e, tra questi, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in www.federalismi.it, 17/2013, spec. al § 3).

¹⁵ Ovvio qui il richiamo al magistero di V. Crisafulli.

¹⁶ Sul punto, anche E. CANNIZZARO - A. CALIGIURI, *sub art. 10*, in *Comm. Cost.*, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, I, Utet, Torino 2006, 251.

Come si vede, si ha, nell'ambito di esperienza qui interessante, in buona sostanza, qualcosa di analogo a ciò che si ha in altri ambiti, quale ad es. quello delle relazioni tra le leggi di Stato e Regioni, avuto specifico riguardo al caso che le prime diano la definizione dei "livelli essenziali" delle prestazioni offerte ai diritti, a norma dell'art. 117, II c., lett. m), livelli innalzabili dalle fonti regionali, senza che ne risultino violati gli atti statali "interposti" e, perciò, di riflesso, la norma costituzionale che vi dà "copertura" (in argomento, tra i molti altri, C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali*, in AA.VV., *Diritto costituzionale e diritto amministrativo: un confronto giurisprudenziale*, a cura di G. Campanelli - M. Carducci - N. Grasso - V. Tondi della Mura, Giappichelli, Torino 2010, 57 ss., e D. MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Giappichelli, Torino 2012).

¹⁷ La qual cosa poi – segnalato *per incidens* – avvalorata l'idea, nella quale da tempo mi riconosco, secondo cui anche le disposizioni sostantive, e non solo quelle organizzative, e persino quelle espressive di principi fondamentali sono passibili d'innovazione, segnatamente nelle forme allo scopo stabilite nell'art. 138. Sarebbe, d'altronde, ben strano che l'innovazione possa aversi per effetto di norme aventi origine esterna e non pure a mezzo delle procedure "ordinarie" di revisione costituzionale o che possa aversi dietro riconoscimento dei giudici e non pure per mano del legislatore.

¹⁸ Al riguardo, è frequentemente richiamata (ad es., da S. MABELLINI, *La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva del costituzionalismo multilivello*, in *Dir. soc.*, 2/2013, 311 ss.): cfr. [Corte cost. n. 306 del 2008](#), dove nondimeno il divieto di discriminazione è circoscritto ai soli stranieri regolarmente residenti nel territorio della Repubblica.

e pienamente appagante alle domande di giustizia che in modo viepiù pressante sono avanzate da quanti lamentano lesioni nei loro diritti costituzionali.

In realtà, la giurisprudenza, ieri come oggi, è internamente lacerata, oscillante, per un verso ammettendo essere la Carta costituzionale soggetta ad incessante rigenerazione semantica al confronto con altre Carte internazionali provviste di efficacia interna, per un altro però rilevando che la tutela data ai diritti dalla Costituzione non è, in ogni caso, meno intensa di quella delle Carte stesse¹⁹. Sta di fatto che ad oggi non si dà un solo caso – che io sappia – in cui la Consulta abbia riconosciuto essere più avanzata la tutela apprestata ai diritti dalle Carte di origine esterna, ritenendo di poter comunque far rientrare tra le maglie larghe (o larghissime) della struttura degli enunciati costituzionali i riconoscimenti fatti ai diritti al di fuori delle mura domestiche.

Come che si vedano al riguardo le cose, resta il fatto che, per effetto di tali riconoscimenti, la Costituzione è stata (ed è) sottoposta in sede interpretativa a sollecitazioni formidabili che ne hanno profondamente trasformato il volto, per come disegnato dal Costituente alla luce delle acquisizioni teoriche al tempo maturate.

Così stando le cose, la questione cruciale alla quale ci si deve sforzare di dare risposta è quale possa essere la ricaduta dell'impostazione di ordine generale ora adottata e poggiante sul canone fondamentale della tutela più "intensa" sulla distinzione tra cittadini e non cittadini. In breve: il canone in parola induce a tener ferma la distinzione stessa o, all'opposto, al suo superamento? E, se sì per il primo ovvero il secondo corno dell'alternativa, in ogni caso ovvero limitatamente ad alcuni ambiti materiali ed in relazione a certi diritti?

Su ciò occorre ora brevemente intrattenersi.

3. Le obiezioni mosse in dottrina avverso il canone della tutela più "intensa" e il tentativo qui avanzato di confutarle, con opzione per la tesi favorevole alla tendenziale estensione ai non cittadini dei medesimi diritti e doveri costituzionali propri dei cittadini

Va preliminarmente avvertito che avverso il canone della tutela più "intensa" è stato avanzato un rilievo critico *tranchant*, assumendosi da una autorevole dottrina²⁰ che la stessa comparazione delle tutele offerte dalle varie Carte sarebbe impossibile, dal momento che i diritti sono tutti a somma zero, l'innalzamento del livello di alcuni comportando, per logica ed ineluttabile necessità, l'abbassamento di quello di altri. Per la medesima ragione, la estensione di alcuni diritti ad una cerchia più ampia di soggetti, dapprima esclusi dal loro godimento, avrebbe riflessi negativi in merito alla effettiva tutela di altri diritti. Venendo a ciò che qui più da presso importa, allargare la cerchia dei soggetti beneficiari di diritti sociali, ammessi a vantaggio altresì dei non cittadini (o di alcune categorie di non cittadini) si tradurrebbe in un costo, forse insopportabile, per i cittadini (o alcune categorie di non cittadini). Insomma, l'alternativa sarebbe: *o noi o gli altri*.

L'obiezione è seria e, tuttavia, a me pare, non risolutiva.

Dichiaro subito di convenire sul rilievo per cui la comparazione è non poche volte inficiata dal fatto che le prospettive adottate dai giudici nazionali non sono (non dico coincidenti ma talora) convergenti con quelle dei giudici europei, così come non lo sono quelle di questi ultimi *inter se*. Questo dato, al quale è in via generale da prestare la massima importanza, non è tuttavia di specifico interesse ai fini dell'analisi ora svolta. È chiaro, infatti, che occorre pur riguardare alle Carte da una prospettiva data, sia essa interna ovvero esterna; qui, però, ai nostri fini importa solo "pesare" le tutele *dal punto di vista dell'ordine interno*, segnatamente da quello della Carta costituzionale, tentando

¹⁹ Emblematico e particolarmente istruttivo, al riguardo, quanto dichiarato in una risalente decisione della Consulta, la [n. 388 del 1999](#), laddove sta scritto che la Costituzione e le Carte internazionali dei diritti "si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione", precisandosi però poco innanzi che "i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione".

²⁰ V., ora, R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in www.rivistaaic.it, 1/2015, § 5, e già in altri scritti.

quindi di stabilire se quella offerta da quest'ultima risulti, in una data circostanza, ancora più avanzata ed efficace dell'altra o delle altre che potrebbero aversi alla luce di altre Carte.

Ciò che più conta è che il ragionamento fatto dalla dottrina sopra richiamata, lungi dal porsi come espressivo di quell'idea di Costituzione come "sistema", di cui pure la tesi dei diritti a somma zero si fa paladina (ma da una prospettiva e con svolgimenti argomentativi molto distanti da quelli da me consigliati), finisce col contraddire proprio quella idea, rivelando così di poggiare su basi metodiche non sufficientemente solide e pervenendo, di conseguenza, ad esiti teorico-ricostruttivi non persuasivi.

E, invero, non va perso di vista un dato di centrale rilievo proprio per chi, correttamente, vuol farsi carico non già delle sorti del singolo diritto bensì dell'intero sistema di diritti e, ancora più largamente, degli interessi meritevoli di tutela. Del sistema suddetto, infatti, è parte integrante quel valore della *solidarietà*, che fa tutt'uno con quello della dignità della persona umana, nei cui riguardi si pone in funzione servente, senza il quale il principio personalista – l'autentico cuore pulsante del corpo costituzionale – resterebbe un'idea astratta, retoricamente enunciata ma incapace di affermarsi e farsi, come si deve, valere²¹. Un valore, quello di solidarietà – dovrebbe esser superfluo qui rammentare, se non fosse perché di esso stranamente troppo spesso si sottovaluta la formidabile *vis* prescrittiva e pervasiva l'intero ordinamento –, che naturalmente spinge verso la condivisione delle esperienze di vita, nei benefici così come negli oneri di qualsivoglia fattura e consistenza, tra quanti stabilmente operano nel territorio della Repubblica²².

Si raggiunge così, attraverso un inusuale itinerario argomentativo, una meta alla quale molti – come si sa – pervengono, vale a dire che dal modello costituzionale verrebbe una direttiva metodica, d'azione, nel senso dell'allargamento anche ai non cittadini di diritti un tempo considerati propri dei soli cittadini²³: un modello, perciò, come si è soliti dire, *inclusivo*, che fonda e giustifica l'indicazione da esso offerta nel legame che unisce persona a persona e tutte al territorio in cui esse vivono ed operano, maturando esperienze comuni e condividendo aspettative non differenziabili in ragione di

²¹ In altro luogo (nel mio *Appunti per una voce di Enciclopedia sulla dignità dell'uomo*, in www.dirittifondamentali.it, 15 aprile 2014, § 3) mi sono sforzato di argomentare la tesi secondo cui solidarietà e fedeltà alla Repubblica sono, a conti fatti, la dignità *in action* (altri ragguagli più avanti).

²² Non si tralascino, peraltro, le proiezioni del principio suddetto verso l'esterno, assecondando la vocazione espansiva e diffusiva della solidarietà, naturalmente portata ad estendersi a quanti versano in condizioni di particolare bisogno cui sono quindi chiamati a far fronte uomini ed istituzioni pubbliche e private in grado di provvedere al riguardo [sul dovere di solidarietà nella dimensione sovranazionale hanno, con varietà di argomenti, posto l'accento molti autori: per tutti, A. SPADARO, del quale v., dunque, *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali". La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2005; *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in AA.VV., *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, a cura di R. Bifulco e A. D'Aloia, Jovene, Napoli 2008, 71 ss., e *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in www.rivistaaic.it, 4/2011; v., inoltre, A. LOLLO, *Il paradigma inclusivo della cittadinanza europea e la solidarietà transnazionale*, in AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, a cura di E. Cavasino - G. Scala - G. Verde, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, 391 ss.].

²³ Con specifico riguardo ai diritti fondamentali, gli argomenti che sostengono la loro estensione anche ai non cittadini possono, se si vuole, vedere rappresentati nel mio *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, cit. Per una valutazione d'assieme della condizione costituzionale dei non cittadini mi limito qui solo a segnalare, in aggiunta agli scritti già richiamati, gli studi monografici di G. D'ORAZIO, *Lo straniero nella Costituzione italiana. Asilo - condizione giuridica - estradizione*, Cedam, Padova 1992; P. BONETTI, *La condizione giuridica del cittadino extracomunitario*, Maggioli, Rimini 1993; L. MELICA, *Lo straniero extracomunitario. Valori costituzionali e identità culturale*, Giappichelli, Torino 1996; M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Cedam, Padova 1997; E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza. Profili ricostruttivi di un diritto*, Giuffrè, Milano 1997; F. TORIELLO, *La condizione dello straniero. Profili di diritto comparato e comunitario*, Cedam, Padova 1997; G. CORDINI, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza. Profili di diritto pubblico comparato*, Cedam, Padova 1998; C. CORSI, *Lo Stato e lo straniero*, Cedam, Padova 2001; R. CHERCHI, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso soggiorno e allontanamento*, Jovene, Napoli 2012; F. SCUTO, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Giuffrè, Milano 2012. Infine, L. RONCHETTI, *La "cittadinanza costituzionale" degli stranieri: una questione d'efficacia costituzionale*, in AA.VV., *La Repubblica e le migrazioni*, cit., 25 ss., e A. SAITTA, *Il concetto di "noi" e di "altri" nella Costituzione e nella C.E.D.U.*, cit.

meri dati soggettivi. Un legame, peraltro, che ha diversi “gradi” d’intensità, dal momento che alcuni diritti sono da riconoscere a chiunque si trovi, anche solo occasionalmente, sul territorio della Repubblica, mentre altri presuppongono una permanenza stabile sullo stesso, tale da comportare una larga e radicata comunanza di vita associativa²⁴.

4. Segue: *il peculiare regime valevole per i diritti politici, gli argomenti usualmente addotti a sostegno della esclusione dei non cittadini dal loro godimento e la loro critica, l'impossibile riconoscimento a tali soggetti dei diritti in parola per via interpretativa, con la conseguenza di dover far luogo a tal fine alle opportune modifiche costituzionali riguardanti la cittadinanza facendone poggiare le basi costitutive sulla stabile residenza nel territorio della Repubblica*

Un discorso a sé è comunemente fatto in relazione ai diritti politici, i soli – a giudizio di molti – per natura refrattari alla loro estensione al di fuori della cerchia ristretta dei cittadini²⁵.

Le giustificazioni addotte a sostegno di siffatta esclusione sono – come si sa – molte²⁶, per quanto non tutte appaiano irresistibili e fino in fondo coerenti con le premesse dalle quali muovono.

Così, si trascura talora la circostanza per cui alle stesse radici della rappresentanza politica di stampo liberale v’è lo stretto legame che stringe la rappresentanza stessa alla partecipazione, da parte di coloro cui è riconosciuta, alle esigenze dell’erario, all’insegna del noto motto *no taxation without representation*²⁷. Oppure si sottovaluta l’altra circostanza per cui il rapporto che si costituisce tra

²⁴ Come si vedrà meglio a breve, poi, uno stesso diritto (ad es., quello alla salute) è riconosciuto con diversa estensione ai diversi tipi di non cittadino, a seconda che siano regolari o irregolari (agli uni in ogni sua parte, agli altri unicamente nel suo “nucleo duro”).

²⁵ Tratto ora, per speditezza, specificamente dell’annosa questione del riconoscimento del diritto di voto ai non cittadini, tralasciando altri aspetti pur meritevoli della massima considerazione, quale ad es. quello relativo alla iscrizione ai partiti politici (in merito alla quale, di recente, M. PLUTINO, *Stranieri e diritto di associazione in partiti*, in AA.VV., *Multiculturalismo*, a cura di V. Baldini, Cedam, Padova 2012, 293 ss.).

²⁶ Possono vedersi, unitamente però a quelle di segno opposto, tra gli altri, in M. LUCIANI, *Il diritto di voto agli immigrati: profili costituzionali*, in AA.VV., *Partecipazione e rappresentanza politica degli immigrati*, Atti del Convegno della Commissione per le politiche di integrazione degli immigrati, Roma 21 giugno 1999, in www.cestim.it, 32, e, dello stesso, *La partecipazione politica e i migranti*, in AA.VV., *La Repubblica e le migrazioni*, cit., 77 ss.; E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza*, cit., 200 ss.; E. GROSSO, *La titolarità del diritto di voto. Partecipazione e appartenenza alla comunità politica nel diritto costituzionale europeo*, Giappichelli, Torino 2001; A. CIANCIO, *I diritti politici tra cittadinanza e residenza*, in *Quad. cost.*, 1/2002, 63 ss.; G. FRANCHI SCARSELLI, *Sul riconoscimento del diritto di voto agli stranieri*, in *Dir. immigraz. citt.*, 3/2003, 35 ss.; E. BETTINELLI, *Cittadini extracomunitari, voto amministrativo e Costituzione inclusiva*, in *Quad. n. 15 dell’Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Seminario 2004, a cura di P. Caretti, Giappichelli, Torino 2005, 44 ss.; G. BASCHERINI, *L’immigrazione e i diritti*, in AA.VV., *I diritti costituzionali*, I, a cura di P. Ridola - R. Nania, Giappichelli, Torino 2006, 464 e, dello stesso, *Immigrazione e diritti fondamentali. L’esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Jovene, Napoli 2007, 392 ss.; A. ALGOSTINO, *I diritti politici dello straniero*, Jovene, Napoli 2006 e, della stessa, *Il ritorno dei meteci: migranti e diritto di voto*, in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, cit., 427 ss.; C. LUCIONI, *Cittadinanza e diritti politici. Studio storico-comparatistico sui confini della comunità politica*, Aracne, Roma 2008, spec. 312 ss.; D. SARDO, *Il dibattito sul riconoscimento del diritto di voto agli stranieri residenti*, in *Dossier Immigrazione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; A. SCIORTINO, *Migrazioni e trasformazioni della partecipazione politica. Una riflessione sul riconoscimento del diritto di voto ai non cittadini stabilmente residenti*, in *Studi in onore di L. Arcidiacono*, VI, Giuffrè, Milano 2010, 3025 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO, *I diritti politici dei “non cittadini”. Ripensare la cittadinanza: comunità e diritti politici*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 133 ss.; T.F. GIUPPONI, *Stranieri e diritti politici*, in *Scritti in memoria di F. Fenucci*, I, a cura di A. Barbera - A. Loiodice - M. Scudiero - P. Stanzone, Rubbettino, Soveria Mannelli 2010, 217 ss.; A. SAITTA, *Il concetto di “noi” e di “altri” nella Costituzione e nella C.E.D.U.*, cit., § 1; M. CARTA, *La partecipazione alla vita pubblica dello straniero nella prospettiva del diritto internazionale*, in www.federalismi.it, 5/2014.

²⁷ Invitano a fermare l’attenzione sul punto anche G. BASCHERINI, *I doveri costituzionali degli immigrati*, in AA.VV., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - E. Grosso - J. Luther, Giappichelli, Torino 2007, 121 s., e D. SARDO, *Il dibattito sul riconoscimento del diritto di voto agli stranieri residenti*, cit., § 5. Sul concorso offerto dagli stranieri all’erario, v., ora, A. MAGLIARO, *Cittadinanza, territorialità e residenza nel diritto tributario*, in AA.VV., *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza*, a cura di F. Cortese - G. Cantucci - A. Simonati, Editoriale Scientifica, Napoli 2014 (consultabile anche *on line*), 201 ss.

elettori ed eletti in seno alle assemblee locali presenta esso pure, *in nuce*, carattere “politico”, sì da non giustificarsi, per quest’aspetto, il riconoscimento del diritto di voto ad alcune categorie di non cittadini per le c.d. elezioni “amministrative” e non pure per quelle “politiche”.

A quest’ultimo riguardo, è stato, ancora di recente, fatto notare da una sensibile dottrina²⁸ che ai soli cittadini può esser dato di partecipare all’approvazione delle leggi, quali atti espressivi di volontà generale e per antonomasia volti alla cura del pubblico interesse. Atti siffatti sono, tuttavia, anche quelli normativi posti in essere in ambito locale, pur se la loro efficacia resta ovviamente circoscritta al solo ambito spaziale di riferimento; tanto più laddove (con riguardo alle Regioni ed alle due Province autonome) essi pure sin rivestano delle forme proprie delle leggi e di queste ultime abbiano le garanzie in sede di giudizio davanti alla Corte costituzionale.

Il vero è che la differenza di *status*, al piano “politico” (nella sua più ristretta accezione), sembra qui farsi poggiare sulla risalente (ma, a mia opinione, non più proponibile, perlomeno nei termini ormai inesorabilmente invecchiati di un tempo) distinzione e vera e propria contrapposizione tra sovranità ed autonomia: nelle sedi in cui prende forma ed emblematicamente si esprime la prima non possono trovare alloggio i non cittadini, ai quali può essere invece concesso, dietro scelta discrezionale del legislatore²⁹, di prender posto nelle sole sedi in cui si esercita la seconda. Una distinzione, però, che – come si è tentato di mostrare altrove – non può ormai più, se mai ha potuto, trovare giustificazione in un contesto in cui tutti i poteri sono comunque, e sia pure a diverso titolo, “derivati” dal solo potere originario, autenticamente sovrano, la Costituzione (e, ulteriormente specificando, la tavola dei valori fondanti la Repubblica³⁰).

La sola, penetrante obiezione che, a tutta prima, parrebbe irresistibile è quella che ha riguardo alla formazione delle leggi costituzionali, a mezzo delle quali il vero sovrano può diventare bersaglio ed essere trasformato (non comunque, si faccia caso, nella sua essenza), per effetto delle innovazioni apportate alla Carta a mezzo delle procedure di cui all’art. 138.

L’obiezione tuttavia regge solo fino ad un certo punto: vuoi per la elementare ragione che le stesse innovazioni in parola non possono comunque portarsi oltre una certa soglia, pur se invero incertamente determinata, con la conseguenza che non possono risentirne diritti e doveri discendenti in capo a cittadini e non cittadini da principi fondamentali, e vuoi pure per il fatto che le innovazioni costituzionali, in un ordinamento, quale il nostro, non chiuso in se stesso bensì aperto verso l’alto, e segnatamente il diritto internazionale e sovranazionale, possono aversi anche per effetto di norme eurounitarie o di norme di diritto internazionale (quanto meno, secondo comune opinione, di quelle di diritto non scritto, ma anche – come si è venuti dicendo –, per la tesi qui patrocinata, di quelle di diritto scritto idonee a servire ancora meglio la Costituzione come “sistema”). E, se così stanno le cose, non si capisce come possano essere esclusi quanto meno i cittadini di altri Stati dell’Unione stabilmente residenti dalle elezioni riguardanti le assemblee parlamentari, una volta che sia ormai provato che le modifiche alla Carta non vengono esclusivamente dalle leggi dotate di forma costituzionale.

Ma poi il vero è che una contraddizione grave, non rimossa, si annida nella ricostruzione data dell’art. 1 della legge fondamentale della Repubblica da parte di quanti restano legati alla nozione tradizionale di “popolo”³¹, quale titolare di poteri sovrani (e, perciò, in via esclusiva detentore dei diritti politici), sol che si convenga – come devesi – essere strutturalmente non democratico un

²⁸ M. LUCIANI, *Intervento*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 423; in argomento, ora, A. MORRONE, *Le forme della cittadinanza*, in corso di stampa in *Quad. cost.*

²⁹ La distinzione tra diritti “legislativi” e diritti “costituzionali” è rilevata da una sensibile dottrina (part. M. LUCIANI, *Cittadini e stranieri come titolari dei diritti fondamentali. L’esperienza italiana*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 225), con argomenti che tuttavia non persuadono, per le ragioni che mi sono sforzato di rappresentare nel mio *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, cit., § 3. Aggiungo ora ulteriori notazioni a sostegno della tesi nella quale mi riconosco.

³⁰ Sulla “sovranità dei valori”, v., sopra tutti, G. SILVESTRI, *Lo stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005.

³¹ Su di che, indicazioni in R. ROMBOLI, *Problemi interpretativi della nozione giuridica di popolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/1984, 166 ss., e D. NOCILLA, *Popolo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV (1985), 341 ss.

ordinamento che, paradossalmente, escluda dalla partecipazione alle massime decisioni politiche, adottate in forma di legge, proprio coloro che ne dovrebbero essere quindi assoggettati³² e – ciò che forse maggiormente importa – col loro lavoro e il complessivo, quotidiano impegno sociale assicurano la continuità e l'identità stessa dell'ordinamento nel tempo.

Si impone dunque una scelta di campo, non già una di compromesso, diciamo pure di basso profilo, qual è quella da molti patrocinata e che vuole il riconoscimento del voto agli stranieri circoscritto ai soli Consigli degli enti locali³³, facendo piuttosto luogo al riconoscimento stesso a tutto campo ovvero escludendolo parimenti per ogni sede istituzionale, centrale o periferica che sia.

Di qui, l'urgenza di far luogo ad un profondo ripensamento critico della nozione di cittadinanza³⁴, ponendo di conseguenza mano alla revisione dei modi di accesso alla stessa e legandola non più al vincolo di sangue³⁵, così com'è per l'opzione che sta a base del nostro sistema, ma facendola poggiare su quel rapporto stabile col territorio che dà sostegno ed alimento alla comunanza delle esperienze di vita associativa, di cui si è venuti dicendo³⁶. Che poi, portato ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti, il ragionamento possa portare a privare i cittadini che non abbiano mai risieduto o che non più risiedano da un certo numero di anni dell'elettorato attivo e passivo è, ovviamente, da mettere in conto. Si tratta, nondimeno, di una conseguenza – a me pare – linearmente discendente dalle premesse sopra poste, che ad ogni buon conto non esclude il sempre possibile riacquisto di ciò che si è dapprima perduto, ricorrendone le condizioni.

E, tuttavia, una revisione concettuale per via interpretativa dei disposti costituzionali che fanno menzione della cittadinanza in ordine al godimento dei diritti politici (e, segnatamente, al diritto di

³² ... a partire proprio dalle decisioni concernenti le regole sull'esclusione e l'inclusione (così, di recente, F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino 2013, 264, con richiamo ad un pensiero di S. Benhabib; v., inoltre, già, V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 20, e B. CARAVITA DI TORITTO, *I diritti politici dei "non cittadini"*, cit., 133 ss.).

³³ Riferimenti in A. LOLLO, *Note minime sulla partecipazione alla vita democratica del non cittadino (La giurisprudenza costituzionale sui diritti politici degli stranieri)*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, Osservatorio, novembre 2013, e F. BAILO, *Autonomie e elettorato*, in AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli - L. Trucco, Giappichelli, Torino 2014, 15 ss., spec. 20 ss.

³⁴ In argomento, dense notazioni in C. SALAZAR, *"Tutto scorre": riflessioni su cittadinanza, identità e diritti alla luce dell'insegnamento di Eraclito*, in *Pol. dir.*, 3/2001, 374 ss. Sulle radici storico-teoriche della cittadinanza, v., spec., E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza. Le grandi radici. I modelli storici di riferimento*, Cedam, Padova 1997, del quale v. pure, ora, *Si fa presto a dire "ius soli". Considerazioni sparse sull'acquisto della cittadinanza nel diritto comparato*, in *Dir. immigraz. citt.*, 2/2013, 13 ss. e, nella stessa *Rivista*, C. PINELLI, *I "nuovi italiani" e lo spazio della politica costituzionale*, 37 ss.; altri riferimenti in S. ROSSI, *La porta stretta: prospettive della cittadinanza post-nazionale*, in www.forumcostituzionale.it, 23 aprile 2008.

³⁵ Ci si deve, infatti, chiedere, rifuggendo da ogni suggestione di ordine ideologico o di dottrina, se abbia senso che possa acquistare la cittadinanza per sangue chi non è nato nel territorio della Repubblica, non vi ha mai messo piede né parla la nostra lingua, mentre resta escluso dalla cittadinanza chi è nato, vive e parla italiano, condividendo coi cittadini residenti esperienze fondamentali di vita. Il rischio infatti – come avvertito da una sensibile dottrina (G. AZZARITI, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Dir. pubbl.*, 2/2011, 447) – è che si dia "una rappresentanza politica a chi non c'è, per poi sterilizzare la rappresentanza politica di chi invece c'è". Una questione che poi – come si è venuti dicendo – non dovrebbe riguardare i soli figli di immigrati (su di che, ora, M. CAPECIOTTI, *Su alcune novità legislative e giurisprudenziali in tema di seconde generazioni dell'immigrazione*, in www.rivistaaic.it, 1/2014).

³⁶ Sulle implicazioni discendenti dal legame sussistente tra persone e territorio di residenza, v., almeno, Aless. DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Giuffrè, Milano 2010, spec. l'ult. cap. Sull'esito raggiunto nel testo conviene una dottrina che si fa ogni giorno che passa crescente: per tutti, P. CARROZZA, *Noi e gli altri. Per una cittadinanza fondata sulla residenza e sull'adesione ai doveri costituzionali*, in AA.VV., *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, cit., 27 ss., spec. 50 ss. Fa il punto sullo stato della discussione teorica al riguardo, di recente, M. MANETTI, *Profili costituzionali in materia di diritto alla cittadinanza degli immigrati*, in *Rass. parl.*, 3/2014, 515 ss.. In prospettiva comparata, v., infine, G. SACERDOTI, *Leggi sulla cittadinanza: modelli europei a confronto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, III/2013, 807 ss.

voto) non mi pare, in tutta onestà, sostenibile³⁷. Verrebbe infatti a determinarsi una torsione insopportabile del linguaggio costituzionale, piegato strumentalmente al servizio di una causa pur tuttavia giusta, ed uno scostamento troppo vistoso, incolmabile, rispetto alla *ratio* immanente degli enunciati in parola, nella quale si specchia un chiaro *original intent* a finalità esclusiva manifestato in occasione della redazione della Carta. La qual cosa, dunque, obbligherebbe ad una inammissibile manipolazione dello stesso “nucleo duro” racchiuso nell’art. 48³⁸. D’altro canto, l’intenzione del Costituente era (e, forse, ancora oggi è) sorretta da una risalente e consolidata tradizione storico-positiva, un’autentica consuetudine sistematicamente osservata, volta ad escludere gli stranieri dal campo dei diritti politici, riservato all’esclusivo dominio dei *cives*.

Si ha qui, insomma, ancora una riprova di quell’attitudine degli enunciati a delimitare pur sempre l’area materiale entro cui può correttamente aver luogo la ricerca dei significati più adeguati ai tempi, di cui si diceva all’inizio di questa riflessione. Se la cittadinanza così com’è, dunque, non piace, per le ragioni che si è tentato di rappresentare, la via lineare da battere è quella della revisione, non già l’altra della manipolazione mascherata sotto forma d’interpretazione.

Lo scarto tra le previsioni di cui agli artt. 48 ss. della Carta ed i principi fondamentali di cui agli artt. 1, 2, 3, 10 ed 11 ai miei occhi appare, pertanto, essere vistoso: questi si sono proiettati molto in avanti; quelli sono rimasti indietro, avvinti ad un’idea di “popolo” dalle pur nobili tradizioni storico-teoriche ma ormai inesorabilmente invecchiata, in essa non rispecchiandosi più una realtà sociale caratterizzata da un crescente e diffuso pluralismo di culture, nondimeno tenute assieme da esperienze di vita comunitaria poggianti sulle medesime basi sostanziali. 5. *Dal modello all’esperienza: schegge di legislazione e giurisprudenza che denotano il, maggiore o minore, scostamento della seconda dal primo*. Se questo è, per grandi linee, il modello costituzionale, è da chiedersi se ed in che misura rispetto ad esso appaia conforme (o, quanto meno, compatibile) quello risultante dalla legislazione³⁹, rivista alla luce di alcuni dei più significativi orientamenti giurisprudenziali⁴⁰.

³⁷ Cfr. sul punto, tra gli altri, F. LANCHESTER, *Voto (diritto di): a) Diritto pubblico*, in *Enc. dir.*, XLVI (1993), 1107 e 1123 ss.; G. CHIARA, *Titolarietà del voto e fondamenti costituzionali di libertà ed eguaglianza*, Giuffrè, Milano 2004, 131 ss.; T.E. FROSINI, *Gli stranieri tra diritto di voto e cittadinanza*, in www.forumcostituzionale.it, 8 novembre 2014.

³⁸ Il dibattito sui limiti entro cui può darsi rilievo all’*original intent* è tornato da noi a riaccendersi – come si sa – specie dopo [Corte cost. n. 138 del 2010](http://www.corteconstituzionale.it). Senza che se ne possa qui dire neppure con cenni, con specifico riferimento alla questione ora discussa nel testo mi parrebbe tuttavia provato che tutto cospira avverso il riconoscimento immediato, per la sola via interpretativa, del diritto di voto attivo e passivo a beneficio degli stranieri stabilmente residenti, restando pertanto obbligata la sola alternativa del rifacimento complessivo dell’istituto della cittadinanza.

³⁹ Nella ormai amplissima lett. a commento, tra gli altri, v. AA.VV., *Diritto degli stranieri*, a cura di B. Nascimbene, Cedam, Padova 2004 (ed *ivi*, part., i contributi di P. Bonetti); AA.VV., *I problemi costituzionali dell’immigrazione in Italia e Spagna*, Giuffrè - Tirant lo Blanch, Milano - Valencia 2004; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit.; AA.VV., *Immigrazione e diritti umani nel quadro legislativo attuale*, a cura di P. Costanzo - S. Mordegli - L. Trucco, in *Ann. Fac. Giur. Univ. Genova*, Giuffrè, Milano 2008; S. SILVERIO, *Sulla condizione dello straniero extracomunitario: in particolare sull’immigrato clandestino ovvero irregolare*, in *Pol. dir.*, 4/2009, 639 ss.; F. DI MARTINO - M.V. PELLEGRINI, *Diritto degli stranieri e immigrazione. Questioni processuali*, Giuffrè, Milano 2009; L. D’ASCIA, *Diritto degli stranieri e immigrazione. Percorsi giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano 2009; AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, cit.; F. SCUTO, *Il difficile rapporto tra immigrazione “irregolare” e tutela dei diritti della persona: un confronto tra Spagna e Italia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2010, 156 ss.; M.C. LOCCHI, *Facta sunt servanda: per un diritto di realtà in tema di uguaglianza degli stranieri*, in *Quad. cost.*, 3/2010, 571 ss.; M.T. DENARO, *Soggetti deboli, soggetti indeboliti e diritti fondamentali: spunti e riflessioni*, in *Nuove aut.*, 3/2010, 727 ss.; AA.VV., *La protezione internazionale degli stranieri in Italia. Uno studio integrato sull’applicazione dei decreti di recepimento delle direttive europee sull’accoglienza, sulle qualifiche e sulle procedure*, a cura di M. Benvenuti, Jovene, Napoli 2011; AA.VV., *Pacchetto sicurezza e immigrazione clandestina. I riflessi sull’attività della pubblica amministrazione*, a cura di G. Savorani, Giappichelli, Torino 2011; AA.VV., *La Repubblica e le migrazioni*, cit. (ed *ivi*, part., S. CONGIA, *La governance multilivello per le politiche d’integrazione*, 87 ss.); AA.VV., *La governance dell’immigrazione*, cit.; AA.VV., *Diritto dell’immigrazione e diritti dei migranti*, a cura di M. Immordino - C. Celone, in *Nuove aut.*, 2-3/2013; L. DEGL’INNOCENTI, *Stranieri irregolari e diritto penale*³, Giuffrè, Milano 2013; AA.VV., *Immigrazione e integrazione*, I e II, a cura di F. Rimoli, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; utili indicazioni anche in AA.VV., *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza*, cit., e AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, cit., spec. alla parte III, dedicata ai diritti sociali.

⁴⁰ Un quadro, peraltro *ratione temporis* non aggiornato, delle ormai numerose pronunzie emesse dalla Corte costituzionale riguardanti gli stranieri può vedersi in *La condizione giuridica dello straniero extracomunitario*, Quaderno

Rispondere alla domanda è estremamente disagiata, sol che si consideri la varietà e vastità dei campi materiali sui quali l'analisi dovrebbe svolgersi, in ragione dei diritti di volta in volta interessati, nonché la ancora maggiore varietà di orientamenti persino per uno stesso diritto manifestati tanto dal legislatore quanto dai giudici (e, segnatamente, dalla Corte costituzionale), secondo quanto si è accennato all'inizio di questa riflessione. Un'impresa, dunque, davvero improba, a far fronte anche solo in modo largamente approssimativo alla quale si oppongono lo spazio ridotto qui disponibile e – ad esser franchi – soprattutto le esigue energie di cui sento di disporre. Mi trovo pertanto costretto ad un'estrema sintesi, puntando specificamente l'attenzione unicamente sulle linee maggiormente marcate e diffuse nell'esperienza, espressive di tendenze che vanno sempre di più radicandosi ed affermandosi. Il tratto di maggiore evidenza sembra esser dato dal condizionamento sempre più vistoso esercitato da fenomeni per vero già da tempo esistenti ma non nella misura e coi caratteri complessivi di cui si ha oggi riscontro. Il primo di essi è dato dall'ingresso massiccio e crescente di persone entro i confini nazionali, molte delle quali peraltro – come si sa – in modo clandestino, nell'intento di sottrarsi a condizioni di vita di palese sofferenza, spesso disumane, alle quali sono costrette nei Paesi di origine (e basti solo pensare alle ormai quotidiane ondate di sbarco sulle nostre coste, spesso accompagnate da perdite umane consistenti). Un fenomeno che – come si sa – è stato, ed è, affrontato con misure palesemente inadeguate⁴¹, che denunciano la mancanza di responsabilità collettive, specie in ambito internazionale ed europeo⁴², e che – per ciò che più da presso importa il nostro tema – ha indotto il nostro Stato ad un inasprimento del trattamento riservato a tali persone. Coglie in buona sostanza nel vero, pur con una certa, eccessiva esasperazione di un dato nondimeno reale, il giudizio di una sensibile dottrina che ha opportunamente intitolato una sua approfondita analisi “*Purchè se ne vadano*”⁴³, volendo con ciò evidenziare come la legislazione da noi adottata

predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali italiana, spagnola e portoghese, Madrid, 25-26 settembre 2008, a cura di S. Magnanensi - P. Passaglia - E. Rispoli, in www.cortecostituzionale.it.

⁴¹ Un giudizio, questo, che a mia opinione vale anche per taluni provvedimenti di recente adottati, quali la legge europea 2013-bis (legge n. 161 del 2014), il cui art. 3 contiene disposizioni in materia di immigrazione e rimpatri modificative del testo unico n. 286 del 1998, e il D.P.R. 12 gennaio 2015, n. 21 (in materia di procedure per il riconoscimento e la revoca della protezione internazionale); provvedimenti che comunque non s'inscrivono in un quadro normativo organico ed incisivo, idoneo a far fronte in modo adeguato al fenomeno della immigrazione di massa, perlomeno per ciò che concerne la sua gestione in ambito interno (su tutto ciò, ora, A. COSSIRI, *Cambio di stagione? Rilevanti novità in tema di detenzione amministrativa degli stranieri*, in www.forumcostituzionale.it, 12 marzo 2015). Ad ogni buon conto, è chiaro che la questione richiede di essere affrontata come si deve al livello internazionale e sovranazionale, predisponendo le condizioni che possano arginare il fenomeno stesso, se non pure rimuoverlo del tutto in radice.

⁴² Con specifico riguardo alle misure adottate dall'Unione per far fronte al fenomeno, tra gli altri, G. CAGGIANO, *L'integrazione europea “a due velocità” in materia di immigrazione legale ed illegale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2008, 1098 ss. e, nella stessa *Rivista*, P. BENVENUTI, *Alla ricerca di un futuro per la politica europea sull'immigrazione*, 4/2008, XIII ss.; A. ALGOSTINO, *La direttiva “rimpatri”: la fortezza Europa alza le mura*, in www.forumcostituzionale.it, 16 luglio 2008; C. FAVILLI, *I principali atti adottati dall'Unione europea in dieci anni di politica di immigrazione e di asilo*, in *Dir. immigraz. citt.*, 3/2009, 13 ss. e, nella stessa *Rivista* e della stessa A., *Il Trattato di Lisbona e la politica dell'Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione*, 2/2010, 13 ss.; inoltre, C. FIORAVANTI, *Scatole cinesi. Quale controllo democratico sulla cooperazione “italo-libica-europea” in materia d'immigrazione?*, in *Scritti in onore di L. Carlassare, Il diritto costituzionale come regola e limite al potere, II, Dell'organizzazione costituzionale*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, Jovene, Napoli 2009, 539 ss.; A. VANNUCCI, *Permessi temporanei e rimpatri. La partita tra Lampedusa, Roma e Bruxelles*, in www.federalismi.it, 8/2011; AA.VV., *La protezione internazionale degli stranieri in Italia*, cit. Utili indicazioni, in prospettiva comparatistica, possono poi aversi da S. RIEDEL, *Illegale Migration im Mittelmeerraum. Antworten der südlichen EU-Mitgliedstaaten auf nationale und europapolitische Herausforderungen*, SWP-Studien, Berlin 2011, riprodotto in www.astrid-online.it e, pure ivi, *Euromed Migration II (2008-2011). Migration Legislation, Institutions and Policies in the Euromed Region*. Infine, ampia trattazione nel *paper* di P. BONETTI, *I diritti dei non cittadini nelle politiche dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, fatto circolare in occasione del nostro incontro.

⁴³ Il riferimento è – come si sa – ad A. PUGIOTTO, “*Purchè se ne vadano*”. *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, cit., 333 ss., del quale v. pure *La “galera amministrativa” degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 573 ss. Il carattere complessivamente, marcatamente repressivo delle politiche nazionali in fatto d'immigrazione è, con dovizia di argomenti, rilevato da numerosa dottrina [per tutti, AA.VV., *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di*

abbia perlopiù fatto di tutto per respingere ed escludere, non già accogliere ed includere quanti si sono a noi disperatamente rivolti allo scopo di avere finalmente condizioni di vita dignitose⁴⁴. Aggiornando poi i dati acutamente analizzati da questa dottrina ai più recenti riferimenti normativi, il crudo giudizio sopra richiamato riceve ulteriori ed ancora più probanti conferme.

Ora, il fenomeno qui evocato, assai noto sì da non richiedere di essere nuovamente illustrato, lascia un segno profondo praticamente in ogni campo materiale di esperienza, ovunque irradiandosi a raggiera e condizionando gravemente il godimento dei diritti da parte dei non cittadini. Si aggiunga, poi, un altro dato, al primo connesso ma anche da esso in parte indipendente, costituito dal terrorismo internazionale ormai dilagante, che obbliga talora a “bilanciamenti” su basi di valore fortemente attratti verso il polo della sicurezza ed a discapito di altri beni o interessi costituzionalmente protetti⁴⁵. Se poi si considera che tutto questo si iscrive in un contesto segnato da una crisi economica senza precedenti, che già di per sé obbliga i diritti di tutti (a partire dagli stessi cittadini) ad una vistosa contrazione della loro naturale *vis* espansiva, riducendone e menomandone le aspettative di tutela, se ne ha un quadro complessivo sensibilmente discosto dal modo con cui è delineato nella Carta.

Eppure, malgrado le difficoltà notevoli cui in misura crescente vanno incontro i diritti, la tendenza alla convergenza, se non proprio all'immedesimazione, della condizione del cittadino e di quella del non cittadino ha avuto ugualmente modo di esprimersi, specie in relazione a taluni ambiti materiali (e, per essi, a taluni diritti).

Sembra nondimeno di poter mantenere, pur con le opportune precisazioni, la *summa divisio* tra diritti etico-sociali e diritti economico-sociali, dal momento che negli uni, in generale e diversamente

giurisdizione, a cura di R. Bin - G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, Giappichelli, Torino 2001; F. PUGLIESE, *L'Italia tra migrazioni internazionali e migrazioni interne*, Il Mulino, Bologna 2002; G. BASCHERINI, in molti scritti (e, tra questi, *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., e *A proposito delle più recenti riforme in materia di trattenimento dello straniero nei centri di identificazione ed espulsione*, in www.rivistaaic.it, 1/2012); M. BELLINA, *La detenzione amministrativa dello straniero nel "paradigma del nemico"*, in AA.VV., *Sicurezza collettiva e diritti fondamentali in tempo di terrorismo*, a cura di S. Lorenzon - G. Vaccai - V. Zanetti, Aracne, Roma 2008, 125 ss.; L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Dir. immigraz. citt.*, 4/2009, 9 ss.; AA.VV., *Immigrazione e diritti umani nel quadro legislativo attuale*, cit.; AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, cit.; AA.VV., *Le nuove frontiere del diritto dell'immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, a cura di F. Angelini - M. Benvenuti - A. Schillaci, Jovene, Napoli 2011; C. SALAZAR, *Leggi statali, leggi regionali e politiche per gli immigrati: i diritti dei "clandestini" e degli "irregolari" in due recenti decisioni della Corte costituzionale (sentt. nn. 134 e 269/2010)*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 3237 ss.; R. CHERCHI, *Il respingimento dello straniero*, in *Gli stranieri*, 3/2011, 75 ss., e, dello stesso, *Lo straniero e la Costituzione*, cit.; E. ROSSI, *Immigrazione e diritti a quattordici anni dalla legge Turco-Napolitano*, cit., spec. 68 ss.; C. MAZZA, *La prigione degli stranieri. I Centri di Identificazione e di Espulsione*, Ediesse, Roma 2013; G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Carocci, Roma 2013; Alb. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in *Dir. immigraz. citt.*, 1/2014, 17 ss. e, nella stessa Rivista, M. BORRACCETTI, *La prima assistenza ai migranti in arrivo tra diritti fondamentali e zone franche*, 2/2014, 13 ss.; L. MASERA, *Il 'caso Lampedusa': una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, in *Dir. um. dir. int.*, 1/2014, 83 ss.; A. COSSIRI, *Cambio di stagione? Rilevanti novità in tema di detenzione amministrativa degli stranieri*, cit. Sulla "criminalizzazione" degli immigrati, v., poi, oltre ai contributi di L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati (note a margine della legge n. 94 del 2009)*, in *Quest. giust.*, 5/2009, 9 ss., e A. SCERBO, *Criminalizzazione degli immigrati vs. diritti fondamentali. La recente evoluzione del diritto dell'Unione europea nella prospettiva di adesione alla Convenzione europea*, che è in AA.VV., *Immigrazione e diritti fondamentali fra Costituzioni nazionali, Unione europea e diritto internazionale*, cit., 317 ss., part. i contributi che sono nella sez. II di *Immigrazione e garanzie dei diritti fondamentali*, a cura di G. Verde - A.A. Genna, Giappichelli, Torino 2012. Ulteriori indicazioni in S. SILVERIO, *La capacità di diritto pubblico. Dalla titolarità all'esercizio dei diritti fondamentali*, ESI, Napoli 2013, 101 ss.].

⁴⁴ Fanno il punto sullo stato delle cose al riguardo, di recente, gli scritti riuniti in *La governance dell'immigrazione*, cit.

⁴⁵ In argomento, tra gli altri, v. T.F. GIUPPONI, in molti scritti (e, spec., in *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Libreria Bonomo, Bologna 2010, con le ulteriori precisazioni che lo stesso ora fa in *Sicurezza, migrazioni e autonomie territoriali*, in AA.VV., *La Repubblica e le migrazioni*, cit., 105 ss.); M. RUOTOLO, *Le declinazioni costituzionali del concetto di sicurezza. Il problema del bilanciamento tra sicurezza e diritti fondamentali*, in ID., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal "diritto alla sicurezza" alla "sicurezza dei diritti"*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, 15 ss.; C. MOSCA, *La sicurezza come diritto di libertà. Teoria generale delle politiche della sicurezza*, Cedam, Padova 2012. Infine, A. PACE, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 1/2015.

dagli altri, la tendenza suddetta ha trovato (e trova) frequente riscontro. È strano però che non ci si avveda appieno delle mutue implicazioni che si intrattengono tra l'una e l'altra specie di diritti.

Così, se si guarda ad alcuni tra i più marcati orientamenti della giurisprudenza costituzionale, è agevole avere conferma del fatto che, laddove i diritti costano (o, diciamo meglio, costano molto, essendo ormai assodato che un costo si dia comunque), la Corte abbia non poche remore ad estenderne il godimento anche ai non cittadini (o, ad esser più precisi, ad alcuni "tipi" di non cittadini), offrendo così un fin troppo generoso e discutibile avallo ad indirizzi legislativi fortemente restrittivi e penalizzanti⁴⁶ e non rendendosi tuttavia conto del fatto che il riconoscimento alle stesse persone di alcuni diritti che a prima vista costano poco o non costano nulla può riflettersi anche sui diritti restanti. Il caso forse maggiormente emblematico è quello del diritto alle nozze, di cui dopo [Corte cost. n. 245 del 2011](#) godono anche gli stranieri irregolari, per effetto delle quali questi ultimi in tempi brevi possono acquistare la cittadinanza, trovandosi quindi a beneficiare di diritti di cui non hanno disponibilità gli stessi stranieri regolari.

In alcune situazioni, poi, il diritto non è paritariamente riconosciuto a cittadini e non cittadini in ordine all'*an* ma solo al *quomodo*. Così, ad es., per ciò che concerne il lavoro, in merito al quale ancora di recente una sensibile dottrina⁴⁷ ha patrocinato la tesi secondo cui i non cittadini non avrebbero il diritto di accedere ad uguali condizioni rispetto ai cittadini a posti di lavoro ovvero ad alcuni tipi di lavoro (quali quelli nelle pubbliche amministrazioni⁴⁸); una volta però che il lavoro stesso sia loro dato, non è ammesso un trattamento giuridico ed economico per essi differenziato rispetto a quello riservato ai cittadini (ad es., palesemente inaccettabile, per violazione del principio di eguaglianza, sarebbe una disciplina legislativa che desse la precedenza in ordine ai licenziamenti ai non cittadini, senza che soccorra al riguardo altra causa di tipo oggettivo giustificativa degli stessi).

È interessante notare che alcuni diritti sono, poi, fatti espandere ovvero contrarre a fisarmonica, in ragione della qualità dei soggetti sui quali si appuntano, secondo quanto si è già veduto con l'esempio dietro fatto della salute, il cui diritto è agli irregolari riconosciuto da [Corte cost. n. 61 del 2011](#) unicamente nel suo "nucleo duro", nel mentre cittadini e stranieri regolari ne godono in modo pieno⁴⁹.

⁴⁶ L'impossibilità di riservare un trattamento differenziato a cittadini e non cittadini sul terreno dei diritti sociali è ormai rilevata da tempo da una nutrita dottrina (per tutti, B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza: i diritti sociali del non-cittadino*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 221, che fa efficacemente notare che i diritti sociali "appartengono alla *catena del personalismo*, in cui va applicato il *divieto di discriminazione*"), che nondimeno non trascura di segnalare il perdurante ritardo della legislazione nel conformarsi appieno al modello costituzionale (vari punti di vista al riguardo in AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia*, cit.).

Da una prospettiva di più ampio respiro, va qui nuovamente rilevato come assai di frequente il giudice costituzionale, al pari di altri giudici, mostri di farsi marcatamente impressionare da situazioni di fatto costituzionalmente inaccettabili, per il cui impianto e radicamento gravi responsabilità incombono sui decisori politici (e, dunque, in primo luogo sul legislatore). Maggiori ragguagli, con esempi, possono, se si vuole, aversi dal mio [Fatti "interposti" nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana](#), in [Consulta OnLine, 2014](#), 6 novembre 2014. Con specifico riferimento ai diritti sociali, poi, si è da ultimo fatto notare da una sensibile dottrina (E. ROSSI, *relaz. al Seminario su Il futuro dei diritti fondamentali: una visione comparata*, conclusivo del IV Corso di Alta Formazione in *Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti*, Pisa 30 gennaio 2015, in *paper*) che i tagli alla spesa pubblica non dovrebbero riguardare i diritti fondamentali della persona ma ambiti meno "sensibili", quali gli armamenti militari, eventi fastosi, missioni internazionali, ecc.

⁴⁷ R. ROMBOLI, *Notazioni introduttive ai lavori della prima sessione (dedicata a *Políticas públicas, trabalho e fronteiras*) delle VII Giornate internazionali di diritto costituzionale (Brasile-Spagna-Italia) su *Nas fronteiras do direito: sustentabilidade e desenvolvimento*, Foz do Iguaçu (Brasile), 23-24 ottobre 2014, in *paper*, spec. al § 4.*

⁴⁸ ... nelle quali, nondimeno, il quadro appare ad oggi alquanto articolato e fluido, secondo quanto ha ora egregiamente dimostrato il contributo offerto al nostro incontro da A. RAUTI, *Stranieri disabili ed accesso al pubblico impiego: una "storia infinita"?*, in *paper*.

⁴⁹ Sulla "misura" assicurata alla tutela della salute degli stranieri indicazioni possono aversi da M. IMMORDINO, *La salute degli immigrati irregolari tra "certezza" del diritto e "incertezza" della sua effettività*, in *Nuove aut.*, 2-3/2013, 197 ss., e A. RANDAZZO, *Salute degli stranieri*, in AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, cit., 306 ss.

Va nondimeno segnalato lo sforzo prodotto dalla più recente giurisprudenza al fine di assicurare un'adeguata protezione del bene-salute: di recente, v. [sent. n. 22 del 2015](#) nella quale, facendosi richiamo alla [sent. n. 40 del 2013](#), tra l'altro si rileva esser "arduo giustificare, nella dimensione costituzionale della convivenza solidale, una condizione

Come dire, insomma, che quando c'è da mettere le mani in tasca, *gli stranieri sono gli "altri", non siamo tutti, in egual misura, "noi"*.

Qui, come si vede, lo scostamento dal dovere di solidarietà è vistoso, intollerabile.

Molti diritti, salute compresa, sono inoltre chiamati a un bilanciamento sempre più sofferto e stringente con la sicurezza, bene della vita prezioso e tuttavia fatto talora oggetto di talune sottolineature eccessive, specie allo scopo di reagire efficacemente al terrorismo internazionale, della cui pericolosità la strage di Tunisi di pochi giorni addietro costituisce l'ennesima, lampante, dolorosissima conferma⁵⁰. La qual cosa non ha tuttavia impedito che, consentendolo le circostanze, la salute sia stata anteposta alla stessa sicurezza⁵¹.

La distinzione, che molti fanno, tra le *politiche dell'immigrazione*, specificamente per l'aspetto della sicurezza, e le *politiche degli immigrati*, in particolare per ciò che concerne il riconoscimento dei diritti sociali, mostra un sensibile scostamento d'indirizzo delle prime rispetto alle seconde, segnato da una marcata involuzione di quelle, anche (ma non solo) in conseguenza delle paure legate al terrorismo. L'obiettivo di far fronte a tutti i costi a quest'ultimo ha indotto – come si diceva – a misure abnormi e portato a bilanciamenti... *sbilanciati* con altri beni costituzionalmente protetti.

Non è – come si sa – una novità; e basti solo rammentare i provvedimenti straordinari adottati ai tempi in cui imperversavano le brigate rosse, ai quali la Consulta ha prestato il suo generoso avallo (con la famosa [sent. n. 15 del 1982](#)), pur avendo qualificato eufemisticamente le misure in parola come "insolite" (espressione con cui si è pudicamente mascherato un giudizio di sostanziale incostituzionalità che – si faccia caso – finiva con l'incidere pesantemente sulla dignità delle persone detenute in attesa di giudizio⁵²).

Così stando le cose, tuttavia, è da chiedersi se, ancora una volta, si giustifichi l'applicazione di un metro diverso per cittadini e stranieri, in un contesto di emergenza che in realtà tutti in pari misura avvolge e coinvolge. È da chiedersi, cioè, se in nome dell'emergenza non si possano (e debbano) criticamente ripensare antiche e consolidate credenze che, una volta di più, portano ad allargare innaturalmente la forbice tra cittadini e non cittadini.

Tento di spiegarmi meglio, facendo l'esempio forse maggiormente eclatante ed emblematico di queste esperienze.

ostativa – inevitabilmente discriminatoria – che subordini al possesso della carta di soggiorno la fruizione di benefici intrinsecamente riaccolti alla necessità di assicurare a ciascuna persona, nella più ampia e compatibile misura, condizioni minime di vita e di salute".

⁵⁰ Sull'emergenza terroristica e sulla sua gestione la letteratura è ormai incontenibile: solo per una prima informazione, P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Il Mulino, Bologna 2006; M. TONDINI - J.P. PIERINI, *Tavole di legislazione e giurisprudenza comparata sul fenomeno del terrorismo internazionale*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 20 luglio 2007; AA.VV., *Sicurezza collettiva e diritti fondamentali in tempo di terrorismo*, cit.; AA.VV., *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, a cura di P. Gargiulo - M.C. Vitucci, Editoriale Scientifica, Napoli 2009; AA.VV., *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, a cura di M. Cavino - M.G. Losano - C. Tripodina, Giappichelli, Torino 2009; M.E. BARTOLONI, *Articolazione delle competenze e tutela dei diritti fondamentali nelle misure UE contro il terrorismo*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2009, 47 ss.; O. POLLICINO - V. SCIARABBA, *Lotta al terrorismo, diritti e principi fondamentali, rapporti tra ordinamenti: un importante capitolo della giurisprudenza "costituzionale" europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2009, 159 ss., e, nella stessa *Rivista*, S. GAMBINO - A. SCERBO, *Diritti fondamentali ed emergenza nel costituzionalismo contemporaneo. Un'analisi comparata*, 4/2009, 1497 ss.

⁵¹ Un'importante indicazione è, al riguardo, di recente venuta da Corte giust., 18 dicembre 2014, in causa 562-13, con la quale si è stabilita la sospensione del rimpatrio di soggetti irregolari, in applicazione di quanto disposto dalla direttiva 2008/115/CE, laddove affetti da grave malattia, suscettibile di deterioramento.

⁵² Per quest'ultimo aspetto, qualcosa di analogo potrebbe dirsi in merito all'orientamento manifestato dal giudice delle leggi (in [sent. n. 279 del 2013](#)) con riguardo alla condizione dei detenuti in genere, costretti – come, in fondo, riconosce lo stesso giudice – ad espiare la pena in condizioni palesemente inconciliabili col valore di dignità, senza che tuttavia la disciplina legislativa che tutto ciò consente sia stata sanzionata (neppure nella forma *soft* dell'additiva di principio, così come si è fatto nella pronuncia immediatamente precedente in relazione alla disciplina legislativa che non dava modo al figlio di poter conoscere le proprie origini biologiche o nella [sent. n. 170 del 2014](#), con riguardo alla condizione, ad oggi sprovvista di tutela, del transessuale già coniugato e del suo *ex coniuge*). Sta di fatto che, nei casi ora richiamati, nessuna discriminazione è comunque fatta tra cittadini e non cittadini.

Una tesi particolarmente accreditata⁵³ individua il *quid proprium* dello *status* di cittadino nel diritto esclusivo di quest'ultimo di entrare ed uscire a piacimento dal territorio nazionale, di cui non potrebbe comunque essere privato. Ebbene, supponiamo che un cittadino sia sospettato di appartenenza ad organizzazioni terroristiche. La domanda è: come difenderci? Possiamo immaginare una disciplina legislativa o una pronuncia di un giudice che, all'esito di un'operazione di bilanciamento tra il bene della sicurezza e il diritto del cittadino, si opponga alla tutela di quest'ultimo, segnatamente per ciò che attiene alla sua volontà di rientrare nel territorio dello Stato⁵⁴? Non si trascuri, prima di affrettare una risposta in linea con l'indicazione teorica data dalla dottrina ora richiamata, che è ormai provato che di alcune organizzazioni islamiche fanno parte occidentali "convertiti" alla causa terroristica ed operanti fuori dei confini nazionali. Consentire il loro rientro nel territorio nazionale, ove si abbia il fondato sospetto della loro appartenenza alle organizzazioni suddette, potrebbe far correre rischi micidiali per la sicurezza non solo nel nostro Paese ma anche in altri. Se, dunque, la risposta ai quesiti sopra posti dovesse essere affermativa, se ne avrebbe un'ulteriore, forte assimilazione nel trattamento tra cittadini e "non cittadini".

Insomma, nulla di sicuro, di acquisito una volta per tutte alla categoria della cittadinanza ed *ex adverso* a quella, internamente varia ed articolata, della "non cittadinanza" può dirsi in partenza e tutto può (e deve) essere ridiscusso in ragione dei casi e di una composizione degli interessi in campo congrua rispetto alle loro complessive esigenze. Nessun preorientamento, ideologico o di dottrina, può pertanto portare alla ridefinizione e stabilizzazione dei concetti di cittadino e non cittadino.

6. Una divagazione (apparentemente) extra moenia: i doveri costituzionali dei non cittadini

Questa conclusione, che – come si vede – non porta certezze ma induce a ripensare criticamente a quelle di un tempo, è, a mia opinione, valevole anche sul fronte opposto dei doveri costituzionali⁵⁵.

Non se ne deve qui dire, neppure per cenni, richiedendosi un'indagine non meno complessa ed approfondita di quella che è richiesta sul versante dei diritti. Mi limito solo ad enunciare, senza argomentare, il convincimento che mi sono al riguardo formato ed è che lo schema metodico-teorico della *inclusione* è qui pure da considerare tendenzialmente valevole: non solo – come si è veduto – per ciò che attiene al dovere di solidarietà, in ciascuna delle sue plurime forme espressive, o di contribuzione alle esigenze dell'erario ma anche per doveri tradizionalmente considerati tipici del cittadino.

La stessa fedeltà alla Repubblica o la difesa della patria non si sottraggono, a mia opinione, a quest'esito, laddove verso di esso spinga – come di consueto – un bilanciamento adeguato tra i valori costituzionali in campo.

D'altro canto, la giurisprudenza ha – com'è noto – da tempo aperto degli spiragli in tal senso, come a riguardo del dovere da ultimo menzionato, di cui sono stati gravati anche gli apolidi ([sent. n. 172](#)

⁵³ G.U. RESCIGNO, *Note sulla cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 755; inoltre, sul punto, V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 14 s., e B. PEZZINI, *Una questione che interroga l'uguaglianza*, cit., 215.

⁵⁴ Più complicato è il caso inverso, con riferimento alla eventuale espulsione del cittadino fuori dei confini nazionali, specie laddove questi non sappia dove andare (categoricamente esclusa, ancora una volta, la liceità della espulsione stessa dalla dottrina che non ammette la preclusione al rientro del cittadino entro i confini nazionali: per tutti, F. FABBRINI, *Cittadinanza e diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, IV/2013, 1160 ss., spec. 1174, con richiamo ad una nota tesi di G. Biscottini).

Ovviamente, le due ipotesi ora succintamente ragionate, essendo speculari, parrebbero sollecitare identica soluzione. Confesso tuttavia di non sentirmi del tutto sicuro su questa conclusione.

⁵⁵ Tra gli studi più di recente apparsi, segnalo qui solo quelli di B. DE MARIA, *Etica repubblicana e Costituzione dei doveri*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013; A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013, e F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014. Con specifico riguardo agli stranieri, v., part., E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, in AA.VV., *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 229 ss. e, da ultimo, A. SAITTA, *Il concetto di "noi" e di "altri" nella Costituzione e nella C.E.D.U.*, cit., § 1.

[del 1999](#)⁵⁶). Una volta di più, tuttavia, le premesse del ragionamento della Corte non sembra che siano state portate ai loro conseguenti svolgimenti.

Ora, se la difesa della patria è intesa nella sua ristretta seppur non esclusiva⁵⁷ accezione, che la vede in funzione della salvaguardia della integrità del territorio, allora non si comprende come anche alcune categorie di non cittadini (e, segnatamente, coloro che stabilmente risiedono nel territorio dello Stato) possano considerarsi non gravate dell'adempimento del dovere in parola, sì da non potere così concorrere a difendere anche... *se stessi*. L'obiezione usualmente addotta da parte di quanti⁵⁸ considerano non riferibile il termine di patria a quello di non cittadino muove dall'assunto che il primo serbi ancora oggi lo stesso significato che aveva al tempo in cui cittadini e stranieri erano tenuti rigidamente distanti; un assunto che, nondimeno, richiede di essere dimostrato e non meramente affermato, non potendosi escludere in partenza la necessità di un adattamento semantico del termine stesso che tenga conto della doppia appartenenza che, sia pure a diverso titolo, connota il rapporto che il non cittadino intrattiene col Paese di origine e con quello in cui ha deciso di stanziarsi e dove vive, magari da molti anni⁵⁹.

La questione si fa, invero, particolarmente spinosa con riferimento ai casi in cui l'attacco provenga dallo Stato di provenienza dello straniero, in tal modo messo in croce per effetto della sua doppia appartenenza, culturale e giuridica. Ancora una volta, però, se prima non si risponde alla domanda *cosa o chi* si è chiamati a difendere, non si può dire neppure su quali teste si appunta il dovere in parola.

Quanto poi alla fedeltà alla Repubblica, ove la si intenda – come consigliato dalla più sensibile dottrina⁶⁰ – in prospettiva assiologicamente orientata, diventa assai arduo argomentare che dall'osservanza del relativo dovere possano considerarsi sgravati coloro che hanno deciso di stabilirsi nel territorio dello Stato e di condividere pertanto coi cittadini le medesime esperienze di vita associativa. La comunanza nel godimento dei diritti fondamentali e nell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà attrae a sé e giustifica il dovere di fedeltà, così come questo, dal suo canto, ulteriormente avvalora e rafforza l'imputazione degli uni e degli altri in capo a quanti vivono stabilmente ed operano nel territorio della Repubblica⁶¹.

Una irrisolta aporia – va riconosciuto – fa tuttavia da intralcio al pieno riconoscimento del dovere di fedeltà e di quello di difesa della patria (nei limiti in cui possa essere fino in fondo tenuto dal primo distinto) in capo ai non cittadini; e si riporta appunto alla questione, su cui ci si è dietro succintamente intrattenuti, relativa al godimento da parte di tali soggetti dei diritti politici. Quest'ultimo, infatti, parrebbe costituire il presupposto necessario, ancorché non sufficiente, per l'imputazione dei doveri in parola: senza i diritti, insomma, non possono aversi i doveri.

⁵⁶ Tra i suoi molti commenti, E. GROSSO, *Sull'obbligo di prestazione del servizio di leva da parte degli apolidi. Spunti di riflessione verso possibili nuove concezioni della cittadinanza*, e G. MOSCHELLA, *Sul mantenimento dell'obbligo del servizio militare di leva per gli apolidi: un'interpretazione discutibile della Corte*, entrambi in *Giur. cost.*, 1999, rispettivamente, 1705 ss. e 1728 ss.

⁵⁷ Opportunamente la più sensibile dottrina ha optato per una più larga accezione del dovere in parola, per quanto quella richiamata nel testo costituisca – come si sa – proprio la originaria ed ancora oggi maggiormente espressiva e gravida di implicazioni.

⁵⁸ ... e, tra questi, M. LUCIANI, *Intervento*, cit., 422.

⁵⁹ Come negare, infatti, che un nostro cittadino nato e cresciuto in altro Paese possa a quest'ultimo sentirsi ancora più legato che a quello da cui provengono coloro che gli hanno dato i natali e che gli hanno trasmesso la qualità di cittadino? E così pure, dunque, nel caso inverso di straniero nato e cresciuto da noi.

⁶⁰ Su ciò, v., nuovamente, l'approfondito studio monografico di A. MORELLI, sopra richiamato, ed *ivi* altri riferimenti di dottrina di vario segno; *adde*, dello stesso M., ora, *I principi costituzionali in materia di doveri inderogabili di solidarietà*, in AA.VV., *I principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, in corso di stampa per i tipi della Giuffrè, spec. § 6 ss.

⁶¹ Maggiori ragguagli sul punto nel mio *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, cit., § 8. V., poi, nuovamente, per una complessiva riconsiderazione della spinosa questione, la cit. monografia di A. MORELLI, spec. 251 ss., a cui opinione a giustificazione della esclusione degli stranieri dall'esercizio del dovere di fedeltà sarebbe la "logica stessa della solidarietà politica" (255); lo stesso M., tuttavia, non trascura di far notare come alcuni stranieri abbiano maturato il tempo di integrarsi nel tessuto sociale. Ed è proprio ciò che, per la tesi qui patrocinata, è predicabile con riferimento a coloro che stabilmente risiedono nel territorio della Repubblica.

L'obiezione è seria e merita che su di essa si svolga un'approfondita riflessione, quale tuttavia non può qui, per evidenti ragioni, aversi. Mi limito solo a far notare come il ragionamento possa essere rovesciato su se stesso, ove si convenga che *non sono i diritti a fondare e giustificare i doveri bensì questi ultimi i primi*; ed è perciò a questi che specificamente si legano le questioni di fondo concernenti la cittadinanza costituzionale, per una sua aggiornata ridefinizione conforme al contesto in cui s'inscrivono le sue più salienti vicende. Diritti e doveri, poi, fanno naturalmente rimando alla condivisione del patrimonio assiologico che ha portato alla nascita della Repubblica, dandone la identità e complessiva caratterizzazione, e che la sostengono, consentendone la integra trasmissione nel tempo, pur nella interna, incessante evoluzione in ragione del contesto in cui s'inscrivono le più significative esperienze della sua forma ordinamentale ed istituzionale, ovverosia, per adoperare un linguaggio maggiormente diffuso, della sua forma di Stato e di governo.

Ora, è chiaro che i non cittadini possono avere una loro identità culturale, assiologico-sostanziale, per quanto – come si sa – non uguale sia assai spesso la condizione degli immigrati di prima generazione rispetto a quella delle generazioni successive. Eppure, per il solo fatto di vivere stabilmente nel territorio della Repubblica, anche coloro che non possiedono lo *status* di cittadino devono pur sempre prestare rispetto ai valori fondanti la Repubblica stessa, pur laddove non li sentano davvero e fino in fondo come propri. Nessuno è, ovviamente, in grado di entrare nell'intelletto e nel cuore di alcun essere umano allo scopo di stabilire cosa ciascuno di essi davvero “senta”: gli stessi cittadini potrebbero, in gran numero, non “sentire” con uguale intensità la comune appartenenza alla Repubblica e ai suoi valori, a ciò che l'una e gli altri hanno rappresentato e rappresentano. Quando, dunque, discutiamo della “condivisione” dei valori *presumiamo*, ed è una presunzione che non ammette la prova del contrario, che essa abbia un effettivo e solido sostrato e radicamento sociale. Lo stesso – a me pare – non può allora che dirsi anche per quanti hanno deciso di vivere *da noi e con noi*.

Certo, il cerchio va chiuso, perfezionato, anche sul terreno su cui maturano le esperienze relative alla partecipazione alla vita politica delle istituzioni, prima su tutte quella in cui s'incarna ed emblematicamente esprime la democrazia per il tramite del filtro della rappresentanza. Il modello costituzionale – per come è qui visto – presenta dunque uno sfilacciamento interno che va urgentemente riparato. Non per ciò, tuttavia, la sua immagine complessiva appare appannata o, diciamo pure, oscura; si tratta solo di rifinire il quadro adeguandolo al presente contesto segnato da un multiculturalismo (o, forse meglio, interculturalismo⁶²) già molto avanzato e tuttavia bisognoso ancora di fare un lungo tratto di strada e di molte cure, a far fronte alle quali in modo adeguato si rende opportuno, in primo luogo, come si diceva, l'aggiornamento della Carta e, a seguire, i necessari, organici suoi svolgimenti al piano legislativo e della pratica giuridica in genere (giurisprudenziale ed amministrativa).

Così stando le cose, già al presente può – a me pare – argomentarsi la tesi favorevole al riconoscimento al non cittadino stabilmente residente nella Repubblica dei doveri in genere, persino di quelli comunemente considerati esclusivi del cittadino, in forza dell'accettazione, che tutti accomuna, dei valori che stanno a fondamento della Repubblica stessa, senza di che non troverebbe giustificazione il perdurante stabilimento nel territorio nazionale⁶³.

Non aggiungo altro, se non che sul fronte dei doveri lo scarto tra l'esperienza e il modello, per come viene nei suoi lineamenti essenziali ad emergere dal dettato costituzionale, appare tuttavia ancora più vistoso di ciò che invece risulta sul versante dei diritti.

⁶² Su ciò, opportuni rilievi in L. D'ANDREA, *Diritto costituzionale e processi interculturali*, in www.forumcostituzionale.it, 29 aprile 2009; v., inoltre, V. BALDINI, *La società multiculturale come “questione” giuridica*, in www.gruppodipisa.it, 15 febbraio 2011.

⁶³ Tesi questa che, portata fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti, dovrebbe dunque – come si è venuti dicendo – pari pari valere per gli stessi cittadini, soprattutto per quelli che scopertamente agiscono per abbattere le fondamenta della Repubblica e i valori ai quali esse si ispirano. Dovrebbe, a questo punto, nuovamente riprendersi l'antica e vessata questione relativa alla tolleranza verso gli intolleranti, la cui riconsiderazione tuttavia porterebbe troppo oltre l'ambito materiale entro il quale questa riflessione è tenuta a stare.

7. *Una succinta notazione conclusiva, con riguardo alla mutazione genetica in corso tanto nella condizione dei cittadini quanto in quella dei non cittadini*

Appropriato, alla luce delle brevi riflessioni svolte, appare il titolo dato dagli organizzatori del nostro incontro, in cui si discorre di “metamorfosi” della cittadinanza⁶⁴, con l’avvertenza che la stessa è in atto, non si è cioè ad oggi perfezionata né si sa se mai giungerà a piena maturazione e con quali connotati complessivi. Cittadini e non cittadini sono, insomma, in mezzo ad un guado, tutti alla ricerca di una nuova identità non raggiunta e – temo – problematicamente raggiungibile, perlomeno in tempi brevi.

I primi non sono più com'erano un tempo, dal momento che il carattere chiuso e *quodammodo* autoreferenziale dell'ordinamento statale non è più riproponibile negli stessi termini del passato e che essi sono chiamati – piaccia o no – a condividere esperienze di vita associativa con varie figure di non cittadini: una condivisione che è tanto negli oneri che nei vantaggi o, meglio, in molti oneri ed in molti vantaggi, se non pure a tutt'oggi in tutti.

I secondi non sono più *pleno iure* “stranieri”, ancora una volta così come un tempo, ma non sono neppure “cittadini”.

Un'autentica mutazione genetica è, dunque, in corso. L'osservatore di oggi, tuttavia, è costretto ad arrestarsi qui, non potendo anticipare il futuro, ridisegnandolo a proprio piacimento. Limitiamoci, perciò, a segnalare che cittadini e non cittadini sono in cammino e che molta strada ancora dovranno fare, *tutti assieme*, prima di giungere alla meta.

⁶⁴ L'etichetta, peraltro, come si sa, non è nuova: v., ad es., A. ASCENZI, *Metamorfosi della cittadinanza. Studi e ricerche su insegnamento della storia, educazione civile e identità nazionale in Italia tra Otto e Novecento*, Eum, Macerata 2009, e F. STRUMIA, *La duplice metamorfosi della cittadinanza in Europa*, Jovene, Napoli 2013.

Antonio Ruggeri

Passo falso della Consulta in tema di rinvio pregiudiziale ad opera dello stesso giudice costituzionale (nota minima a [Corte cost. n. 56 del 2015](#))

Singolare, francamente sorprendente, l'affermazione fatta nella pronunzia cui si riferisce questo succinto commento, circoscritto al solo punto di diritto evocato nel titolo ad esso dato. Ci dice infatti il giudice delle leggi, al punto 3.1 del *cons. in dir.*, di poter far luogo al rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione alla sola condizione di essere investito di una questione di legittimità costituzionale che evochi in campo quali norme-parametro quelle di cui agli artt. 11 e 117, I c., cost. In altri termini, la questione pregiudiziale avrebbe bisogno di poggiare *sempre* su una previa questione di costituzionalità sollevata in relazione alle norme suddette e di essere *quodammodo* da essa veicolata, portata avanti. Parimenti singolare è la motivazione addotta a sostegno della tesi patrocinata dalla Corte. Poiché l'oggetto del giudizio di costituzionalità è determinato dai termini positivi indicati nell'atto introduttivo del giudizio stesso, se ne ha che ulteriori questioni addotte dalle parti non possono trovare accoglienza presso la Consulta: tra queste, appunto, quella che giustificherebbe il rinvio alla Corte dell'Unione.

Ora, tra la premessa e la conclusione del ragionamento fatto dalla Corte non c'è alcuna consequenzialità necessaria. Perché mai dovrebbe, infatti, escludersi in partenza che il giudice costituzionale possa sollevare una questione pregiudiziale alla Corte dell'Unione (non già in via generale bensì) in relazione alle stesse norme richiamate nell'ordinanza di rimessione del giudice *a quo*?

Il quesito è generalizzabile, riproponendosi anche per i giudizi in via principale e, in genere, per ogni competenza della Corte. E, invero, quand'anche l'atto di ricorso non contenga alcun richiamo agli artt. 11 e 117, nulla vieta – a me pare – alla Consulta di rivolgersi alla Corte dell'Unione in sede di rinvio pregiudiziale sia di validità che d'interpretazione, *laddove ciò sia indispensabile al fine della definizione del giudizio*.

Ma, restiamo al caso nostro. Con ogni probabilità, il giudice delle leggi ha qui ritenuto che fosse necessario il riferimento alle norme-parametro suddette (non è chiaro se ad entrambe o magari ad una sola di esse) nel presupposto che, ove la questione di “comunitarietà” (se così vogliamo ancora chiamarla, malgrado l'uscita di scena della Comunità) avesse rilievo per il giudizio in via principale, avrebbe dovuto essere lo stesso giudice di quest'ultimo a rivolgersi *in ogni caso* dapprima alla Corte dell'Unione e solo (ed eventualmente) in seconda battuta alla stessa Corte costituzionale, in applicazione della nota dottrina della necessaria precedenza delle questioni di “comunitarietà” su quelle di costituzionalità.

Non intendo qui rimettere in discussione la soluzione fatta propria dalla Consulta, come pure sarei tentato di fare non condividendola. Mi limito solo ad osservare che nulla vieta che possa essere la Corte *autonomamente* ad essere investita di un dubbio che potrebbe giustificare l'attivazione dello strumento del rinvio, un dubbio senza il cui scioglimento il verdetto non potrebbe essere a buon titolo emesso. Altrimenti opinando, dovremmo immaginare che la Corte che si ponga da se medesima una questione di “comunitarietà”, dovrebbe rimandare gli atti al giudice *a quo*, sollecitandolo ad investire della questione stessa la Corte dell'Unione. Una ipotesi, tuttavia, che di tutta evidenza non sta in piedi, non essendo in potere della Corte insinuare dubbi all'autorità remittente che quest'ultima non ha avuto (o, realisticamente, talora non *voleva* avere...).

D'altro canto, non si vede come possa la Corte definire il giudizio sottopostole laddove reputi a ciò necessario adire il giudice dell'Unione, allo stesso tempo però considerando esserle preclusa questa facoltà.

Il vero è che qui ad essere distorta è la prospettiva dalla quale la Corte mostra, nella odierna pronunzia, di aver inquadrato il problema, non riuscendo a mia opinione a metterlo a fuoco come si conviene.

Contrariamente a quanto dichiarato nella pronunzia qui annotata, infatti, la Corte non si porterebbe oltre l'area materiale i cui confini sono segnati da oggetto e parametro indicati nell'ordinanza del

giudice *a quo* nel momento in cui dovesse reputare necessario sollevare una questione di “comunitarietà” a vario titolo interferente coi termini normativi suddetti e sempre che si dia una oggettiva connessione (una sorta di “nesso funzionale”) tra i termini stessi e norme dell’Unione rilevanti per la definizione del giudizio.

Sul fronte del parametro, ad es., potrebbe darsi il caso che le norme costituzionali evocate dall’ordinanza di rimessione, laddove inespressive di principi fondamentali dell’ordinamento, siano da considerare rimosse da norme dell’Unione e che, perciò, al fine di stabilire come stanno realmente le cose, la Corte abbia necessità di interrogare il giudice dell’Unione stessa, indipendentemente dalla circostanza che di questa necessità si sia, o no, mostrato avvertito il giudice *a quo*, secondo quanto si è peraltro al riguardo ripetutamente affermato nella stessa giurisprudenza costituzionale in ordine alle verifiche necessarie della “bontà” del parametro (ad es., in merito al rilievo interno della CEDU ed alla sua idoneità ad integrare il dettato costituzionale: da ultimo, v. [Corte cost. n. 49 del 2015](#)). Una ipotesi, questa, ovviamente valevole anche per il caso che il parametro sia dato da fonte interna “interposta” sospetta di essere incompatibile con fonte dell’Unione.

Sul fronte dell’oggetto, poi, la questione potrebbe rivelarsi inammissibile nel caso che la norma interna dovesse risultare meritevole di essere messa da canto (“non applicata”) in quanto incompatibile con norma dell’Unione *self-executing*; ed è francamente singolare che la Corte possa *motu proprio* constatare l’irrelevanza di questioni sollevate in relazione a norme di legge abrogate o a vario titolo inapplicabili nel giudizio *a quo*, mentre non possa farlo laddove a ciò osti l’osservanza del diritto dell’Unione.

Più complessa la questione con riferimento a norme interne incompatibili con norme sovranazionali insuscettibili d’immediata applicazione. Per un verso, infatti, si sarebbe tentati di dire che il rinvio qui non si giustifichi proprio per la ragione addotta dalla Corte. Giusta, infatti, la tesi patrocinata dalla giurisprudenza costituzionale, secondo cui la violazione di norme dell’Unione prive dell’attitudine ad essere portate ad immediata applicazione si tradurrebbe in violazione delle norme di “copertura”, di cui agli artt. 11 e 117 cost., se ne avrebbe un indebito allargamento del parametro rispetto al modo con cui è posta la questione di costituzionalità.

Per un altro verso, però, nulla esclude che si dia una stretta, inscindibile correlazione tra la violazione della norma sovranazionale e quella delle norme-parametro indicate nell’ordinanza di rimessione, tale che la seconda possa dipendere dalla prima. Di modo che, nuovamente, il giudice delle leggi non potrebbe sciogliere il dubbio prospettatogli facendo a meno del previo interpello del giudice dell’Unione. Si tratta, insomma, di distinguere caso da caso: un’*autonoma* causa d’invalidità, per contrasto con norma sovranazionale non *self-executing*, non potrebbe giustificare l’utilizzo dell’arma del rinvio ma una invalidità – diciamo così – *per connessione*, a mia opinione, sì. D’altronde, la stessa giurisprudenza c’insegna che connessioni siffatte possono aversi; e basti al riguardo rammentare la nota giurisprudenza in ordine ai vizi denunziabili dalle Regioni, che portino appunto ad impugnare le leggi dello Stato anche nel caso che violino norme costituzionali diverse da quelle sulla competenza ma a queste legate. Ed allora ci si dovrebbe chiedere perché questa “logica” possa valere in un ambito di esperienza e non pure per l’altro.

Se, poi, la soluzione qui patrocinata di un ricorso diretto da parte della Corte allo strumento del rinvio dovesse considerarsi *in ogni caso* impraticabile, si potrebbe pensare di battere la via più lunga ed invero tortuosa che passa attraverso la previa autorimessione di una questione di legittimità costituzionale sulla quale si faccia quindi poggiare il rinvio stesso. Un’ipotesi, questa, che tuttavia mi parrebbe francamente artificiosa o, diciamo pure, barocca, in vista del raggiungimento di uno scopo che potrebbe invece – come si è venuti dicendo – essere centrato senza dover battere vie traverse ed impervie.

Sta di fatto che, a prendere per buona, alla lettera, l’affermazione ora fatta dalla Consulta, intendendola cioè come una sorta di dichiarazione d’intenti valevole di qui in avanti, si avrebbe una significativa contrazione dell’area materiale entro cui possono prendere corpo le questioni pregiudiziali per iniziativa della stessa Corte. Se poi si considera il fatto che il canale che mette in diretto rapporto quest’ultima con la Corte dell’Unione si è ad oggi dimostrato estremamente asfittico,

è facile previsione quella per cui le questioni pregiudiziali ad iniziativa dello stesso giudice costituzionale continueranno a contarsi sulle dita di una mano. Una conferma, quella venuta dalla decisione odierna, di certo non incoraggiante, che ripropone antichi ed irrisolti dilemmi circa le prospettive (temo, non rosee) per il prossimo futuro del giudizio in via incidentale, alla cui emarginazione la stessa Consulta purtroppo – come testimoniano taluni segni inquietanti avutisi di recente (e penso, ora, soprattutto a [Corte cost. n. 10 del 2015](#)) – non fa mancare il proprio apporto.

Antonio Ruggeri

Il matrimonio “a tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile?
(A prima lettura di [Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015](#))

SOMMARIO: 1. Lo scarto tra la motivazione e il dispositivo presente in [Corte cost. n. 170 del 2014](#) e la singolare regola dalla Cassazione estratta dal principio aggiunto dalla Consulta, con l’artificiosa invenzione di un istituto che... *non c’è: il matrimonio “a tempo”*. – 2. La torsione subita dal modello delle additive di principio, con l’estrazione di una regola qui giudicata come l’*unica* possibile, laddove il principio stesso, quando è davvero tale, si apre sempre a raggiera disponendosi ad esprimere plurime regole, tra le quali l’operatore è quindi chiamato a scegliere quella buona per il caso; ciò che qui non s’è fatto, il principio confermando il paradigma eterosessuale del matrimonio e, allo stesso tempo, sollecitando una disciplina legislativa congrua alle peculiari esigenze dei soggetti componenti la coppia *divenuta* omosessuale, non già il mantenimento del matrimonio da essi contratto al tempo in cui avevano sesso diverso. – 3. Un problema non risolvibile dal giudice in via “sussidiaria” rispetto al legislatore ma unicamente da quest’ultimo e la conferma che se ne ha del fatto che il vizio, nel nostro come in altri casi, sta nell’uso da parte del giudice delle leggi di tecniche decisorie reciprocamente alternative e tuttavia sostanzialmente produttive dei medesimi effetti. – 4. Ragionando a riguardo dei rimedi astrattamente possibili avverso i “seguiti” infedeli dati dalla Cassazione e, in genere, dai giudici comuni alle decisioni del giudice costituzionale (dal ricorso per conflitto tra poteri sollevato da quest’ultimo avverso il provvedimento giurisdizionale che ne abbia menomato le attribuzioni a nuove questioni di costituzionalità proposte da altri giudici “ribelli” nei confronti del verdetto della Cassazione).

1. Lo scarto tra la motivazione e il dispositivo presente in [Corte cost. n. 170 del 2014](#) e la singolare regola dalla Cassazione estratta dal principio aggiunto dalla Consulta, con l’artificiosa invenzione di un istituto che... non c’è: il matrimonio “a tempo”

Alle volte si hanno problemi, giuridici e non, che sembrano irrisolvibili, dal momento che gli unici esiti logicamente possibili, per l’una o l’altra ragione, sono da scartare. Se si è fatto buon uso della logica stessa, non resta che pensare che siano errate le premesse del ragionamento svolto, vale a dire che quest’ultimo sia fatto poggiare su basi teoriche inadeguate a reggerlo e a dargli modo di pervenire alle sue naturali e lineari conseguenze.

Vado subito al cuore del nostro problema. Le basi stesse non si devono alla Cassazione, che le avrebbe artificiosamente inventate e in modo maldestro poste, per quanto la decisione in esame non sia a mia opinione da condividere dal suo primo all’ultimo rigo; si devono, piuttosto, alla Consulta, resasi responsabile di un autentico pasticcio fatto con la [n. 170 del 2014](#), alla quale la odierna pronuncia della Cassazione vorrebbe funzionalmente raccordarsi, dandovi “seguito” (anzi, ci dice la pronuncia stessa, l’*unico*, necessitato “seguito” possibile), concludendo così il giudizio *a quo* rimasto sospeso in attesa del verdetto della Consulta stessa.

Il caso è noto e non occorre, dunque, rammentarlo neppure in sunto¹. Mi limito solo a far notare, richiamando quanto ho avuto modo di scrivere a commento della [sent. n. 170](#), come la stessa abbia fatto un uso forzoso delle tecniche decisorie di cui la Corte dispone apportando una nuova norma di principio ad una legge “sbagliata”, secondo quanto ha altresì rilevato, con la sua consueta lucidità, R. Romboli². La Corte infatti ci ha detto, con estesa argomentazione³, che la norma di legge che prevede

¹ L’antefatto della vicenda è accuratamente descritto da A. LORENZETTI, *Diritti “in transito”. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Franco Angeli, Milano 2013, 105 ss.; v. anche i contributi che sono in [GenIUS](#), 1/2014.

² R. ROMBOLI ha argomentato il suo pensiero sul punto nel suo [La legittimità costituzionale del “divorzio imposto” \(quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice\)](#), in [Consulta OnLine](#), 2014 (1° luglio 2014); quanto al mio commento evocato nel testo, può vedersi in [Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità \(a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014\)](#), in [Consulta OnLine](#), 2014 (13 giugno 2014).

³ ... un’argomentazione – si faccia caso – che smonta punto per punto il ragionamento fatto dalla Cassazione nella ordinanza di rimessione (lo rileva P. VERONESI, *Un’anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”*: il

lo scioglimento automatico del matrimonio del soggetto che sia transitato ad altro sesso non è affatto contraria a Costituzione; tutt'all'inverso, è l'*unica* soluzione normativa possibile, discendente “a rime obbligate” dall'art. 29 cost., che prescrive in modo inderogabile ed esclusivo il paradigma eterosessuale del matrimonio, nel mentre le coppie omosessuali – siano originarie ovvero sopravvenute, quale quella protagonista della vicenda oggetto della [n. 170](#) – rinvergono unicamente nell'art. 2 della Carta il fondamento della tutela delle loro aspettative. La *norma* impugnata davanti al giudice costituzionale, dunque, non è illegittima; è illegittima la *legge* (in realtà, un'altra legge, che non c'è...) nella parte in cui non prevede una peculiare disciplina che regoli la parimenti peculiare condizione della coppia in parola, che ha un “pregresso vissuto” – rileva la Corte – che altre coppie anche di omosessuali (*originari...*) non hanno⁴.

È venuto così a determinarsi uno scarto tra la parte motiva e il dispositivo⁵ o – il che è praticamente lo stesso – si è assistito ad una “doppia pronuncia”, a un tempo di rigetto e di accoglimento: solo che la prima componente è rimasta occulta, mascherata tra le pieghe della parte motiva, mentre è stata proiettata in primo piano dal dispositivo la seconda componente. Non si tratta, peraltro, di una novità, non pochi essendo i casi di pronunzie “miste”, come testimonia un approfondito studio monografico ad esse dedicato⁶ e come peraltro conferma una recente, discussa e discutibile, decisione, la [n. 10 del 2015](#), la cui struttura “complessa” è stata prontamente evidenziata già dai suoi primi commenti⁷.

Rigetto, dunque, quanto alla questione concernente la norma sullo scioglimento del matrimonio; accoglimento di una omissione – si badi – “totale”, non “parziale”, a riguardo della disciplina della condizione della coppia *divenuta* omosessuale. È importante rilevare il carattere “totale” della

“caso Bernaroli” nella sentenza n. 170/2014, in [www.forumcostituzionale.it](#), 6 luglio 2014, § 2, rifacendosi ad un pensiero di C. SALAZAR, *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, in [www.confrontocostituzionali.it](#), 27 giugno 2014, § 2, nel quadro nondimeno di una ricostruzione complessiva della vicenda diversamente orientata da quella che ne ho fatto nel commento sopra cit. e traendone conseguenze parimenti diverse). La qual cosa già di per sé la dice lunga a riguardo di quello scostamento dalla decisione della Consulta della pronunzia della Cassazione stessa che vi dà “seguito”, di cui si dirà subito appresso.

⁴ Può non piacere, come a molti (e, tra questi, G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti: la sentenza n. 170 del 2014 sul c.d. “divorzio imposto”*, in [www.articolo29.it](#), 26 giugno 2014, ult. §, e, della stessa, *Dimensione antidiscriminatoria del principio di eguaglianza e diritto fondamentale di contrarre matrimonio*, in [GenIUS](#), 2/2014, 6 ss., e, pure *ivi*, B. PEZZINI, *Riconoscere, negare o giustificare la discriminazione matrimoniale delle persone omosessuali? A proposito dell'interpretazione sistematico-originalista del matrimonio nell'art. 29 Cost.*, 12 ss.) non piace, che possano darsi forme plurime e reciprocamente tipizzate di unioni intersoggettive, ciascuna dotata di connotati suoi propri non assimilabili nel trattamento a quelli riservati alle altre, a pena di disattendere il canone della ragionevolezza, ma la Costituzione è chiara nel pretendere dal legislatore tutele parimenti differenziate, congrue con ciascuna specie di unione, perlomeno fintantoché l'art. 29 avrà il tenore che ha. Tutele che non possono in tutto e per tutto coincidere con quella data alla coppia coniugata ma neppure, però, essere radicalmente diverse, a pena di sacrificare legittime aspettative dei componenti le coppie omosessuali. Ed è francamente singolare che da molti si lamenti l'intollerabile discriminazione patita dalle coppie omosessuali in conseguenza della preclusione loro fatta ad accedere al matrimonio, quando è proprio il principio di eguaglianza a volere – come si sa – che si abbiano trattamenti diversi per situazioni parimenti diverse, tali riconosciute dalla stessa Costituzione nella parte in cui, secondo l'interpretazione dell'art. 29 che proviene dal suo più autorevole interprete, il giudice delle leggi, definisce la famiglia, nella sua ristretta e propria accezione, quale unione esclusivamente fondata sul carattere eterosessuale della coppia. Che, poi, si reputi conveniente innovare alla Carta, con le procedure sue proprie, è una questione che non possiamo riprendere qui (sulla quale, v., spec., A. SPADARO, *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolvibile dal legislatore ordinario e dalla Corte*, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale, in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. Giuffrè - I. Nicotra, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, 345 ss.); pretendere, invece, che possa farvi luogo la Consulta a colpi di sentenze equivale a chiederle di farsi organo della revisione costituzionale; ed una deroga alla Carta ha, perciò, fatto – come si tenterà di argomentare – la stessa cassazione con la pronunzia qui annotata, legittimando un matrimonio che non c'è e non può esservi, pur se solo per un certo tempo.

⁵ Lo riconosce anche quella dottrina (tra gli altri, G. BRUNELLI, nel primo degli scritti sopra richiamati) che pure iscrive la propria qualificazione della decisione della Consulta in una cornice teorica non poco distante da quella delineata nel mio commento sopra cit. e qui pure confermata.

⁶ C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013.

⁷ Specificamente sul punto, A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 3 aprile 2015.

omissione, proprio perché l'addizione normativa si è innestata – come si diceva – su una legge in realtà inadeguata ad accoglierla e portarla a frutto. E le conseguenze negative si vedono proprio con la pronunzia della Cassazione cui si riferisce questo breve commento.

Se ne vuole la prova? Detto fatto.

La Cassazione, rifacendosi ad una soluzione prospettata da una sensibile dottrina a commento della [n. 170](#)⁸, ritiene che l'unica soluzione possibile, al fine di chiudere in modo soddisfacente il caso, è quella di tenere in piedi il matrimonio del transessuale e del suo *partner* (lo chiamo così per non impegnarmi, dal momento che esso – come si vedrà a momenti – dovrebbe essere qualificato allo stesso tempo come *ex coniuge* e come... *coniuge*): in piedi, sì, e però *a tempo*, per quanto sia incerto il *dies ad quem*, legato all'alea del varo da parte del legislatore dell'auspicata disciplina che regoli la condizione della coppia suddetta e che lo faccia – si precisa – dando vita ad “uno statuto sostanzialmente equiparabile, sul tema di diritti e doveri di assistenza economico patrimoniale e morale reciproci, a quello derivante dal vincolo matrimoniale”⁹. Che, poi, *ope juris prudentiae* sia stato inventato un matrimonio “a tempo” ovvero lo si sia configurato come sottoposto a condizione risolutiva è cosa a dir poco singolare, pur se agli occhi dei giudici della legittimità essa appaia una conseguenza naturale, linearmente discendente dalla decisione della Consulta. E, invece, innaturale è quest'ultima e innaturale è del pari la decisione della Cassazione che vi dà “seguito”.

2. La torsione subita dal modello delle additive di principio, con l'estrazione di una regola qui giudicata come l'unica possibile, laddove il principio stesso, quando è davvero tale, si apre sempre a raggiera disponendosi ad esprimere plurime regole, tra le quali l'operatore è quindi chiamato a scegliere quella buona per il caso; ciò che qui non s'è fatto, il principio confermando il paradigma eterosessuale del matrimonio e, allo stesso tempo, sollecitando una disciplina legislativa congrua alle peculiari esigenze dei soggetti componenti la coppia divenuta omosessuale, non già il mantenimento del matrimonio da essi contratto al tempo in cui avevano sesso diverso

Il punto cruciale è, però, che la soluzione in parola non è affatto quella che avrebbe dovuto, a mia opinione, imporsi al caso. Cosa ci insegna la giurisprudenza costituzionale sulle additive di principio? Ci insegna che il giudice *a quo*, unitamente agli altri giudici, in attesa dell'intervento regolatore del legislatore (con ogni probabilità, teoricamente doveroso ma praticamente incoercibile¹⁰), può (e deve) estrarre dal principio somministrato dalla Consulta la regola buona per il caso; o, meglio, che può (e deve) farlo *fintantoché materialmente possibile*¹¹, perché alle volte è invero richiesta allo scopo una

⁸ B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in www.articolo29.it, 15 giugno 2014, il cui pensiero sembra essere stato preso di peso e fedelmente trascritto nella pronunzia della Cassazione qui annotata. Una soluzione, quella caldeggiata da questa studiosa, definita da alcuni annotatori “audace” (P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”*, cit., § 7), da altri ancora (come G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti*, cit., § 2) “ragionevole, rispettosa delle diverse competenze costituzionali e, soprattutto, idonea a tutelare le posizioni soggettive dei coniugi”.

⁹ Invita a fermare l'attenzione su questo passo M. GATTUSO, nel suo commento uscito lo stesso giorno della pubblicazione della decisione, dal titolo *La vittoria delle due Alessandre: le due donne restano sposate sino all'entrata in vigore di una legge sulle unioni civili*, in [GenIUS](http://GenIUS.it), 21 aprile 2015. Mi corre, nondimeno, l'obbligo qui di rammentare nuovamente un concetto sopra espresso, vale a dire che il regime complessivo delle unioni composte tra persone omosessuali, lo siano sin dall'inizio ovvero per effetto di successivo passaggio ad altro sesso, non può essere in tutto e per tutto eguale a quello proprio delle coppie coniugate, *ex art. 29 cost.*, avendosi altrimenti l'aggiramento del precetto costituzionale che – piaccia o no – riserva la nozione di “matrimonio” unicamente ad unioni legali fondate sul paradigma eterosessuale e dunque tipizza la “famiglia”, nella sua ristretta e propria accezione, rispetto ad unioni “parafamiliari”, comunque diverse da questa.

¹⁰ Sta proprio qui la differenza, sottile come la lama di un rasoio, tra una pronunzia di rigetto con monito ed un'additiva di principio, solo dalla seconda e non pure dalla prima discendendo un obbligo giuridico di *facere* a carico del legislatore, per quanto non di rado anche i moniti contenuti nella prima specie di pronunzie siano dalla Corte presentati come espressivi di vincoli giuridicamente rilevanti per i loro destinatari.

¹¹ Trovo strano che anche autori (come G. BRUNELLI, *Quando la Corte costituzionale smarrisce la funzione di giudice dei diritti*, cit., § 2) che considerano le additive di principio idonee ad essere comunque portate ad effetto nella pratica

complessa ed articolata attività di produzione “normativa” (e che tale, nella sostanza, resta, malgrado il carattere solo *inter partes* delle decisioni emesse dai giudici comuni¹²), un’attività che si presenta assai ardua da svolgere in modo adeguato, e pur con tutta la buona volontà e capacità di chi la ponga in essere.

Questo è, a mio modo di vedere, proprio uno dei casi in cui ciò non può farsi. Il principio ci dice che le coppie di soggetti già coniugati e quindi *divenuti* dello stesso sesso hanno bisogno (aggiungo: urgente bisogno) di una disciplina congrua con la loro peculiare condizione (il loro “pregresso vissuto”, come si diceva). Può inventarsela il giudice? Mi pare che si debba convenire che non sia possibile¹³.

Sta di fatto che è da questo principio, *e solo da esso*, che il giudice deve (o, meglio, *dovrebbe*) estrarre la regola con cui definire il caso. Invece, la Cassazione sposta il tiro ed estrae una regola da un principio che la Consulta non solo non ha posto ma, anzi, ha categoricamente escluso: quello per cui persone (*divenute*) omosessuali possono restare coniugate, pur se eccezionalmente e, appunto, a termine¹⁴.

Che l’operazione posta in essere dalla Cassazione sia fuori centro lo dimostra un dato elementare, di lampante evidenza, che è dato dal fatto che la regola desunta è, per esplicito riconoscimento, il frutto di una “opzione ermeneutica ... costituzionalmente obbligata”, vale a dire è appunto – come si segnalava poc’anzi – l’*unica* norma desumibile, “a rime obbligate”, dal principio. Solo che, se le cose stessero davvero così, non si capirebbe perché mai la regola stessa non sia stata aggiunta dallo stesso giudice costituzionale. Di contro, come si sa, il principio si apre, per sua indeclinabile vocazione, a plurimi svolgimenti “normativi” da parte dei giudici e – manco a dirlo – del legislatore. È proprio per ciò che la Corte costituzionale ritiene di doversi arrestare e di non potersi spingere oltre nell’opera di rifacimento del tessuto normativo oggetto della sua manipolazione, assumendo che altrimenti inciderebbe sulle libere scelte la cui adozione è rimessa in via esclusiva al legislatore. È vero che l’incisione, in realtà, si consuma per mano del giudice comune; e, tuttavia, l’atto di quest’ultimo, diversamente da quello del giudice costituzionale, non è provvisto di effetti generali e, dunque, si giustifica o diciamo pure che *si tollera* l’oggettiva invasione del campo rimesso alla coltivazione del legislatore, quale soluzione comunque preferibile rispetto a quella che si avrebbe in assenza di regola alcuna, pur se valevole unicamente per il caso.

Sta in ciò – se ci si pensa – la ragione giustificativa delle additive di principio in vece delle decisioni di rigetto con monito, una volta riguardate dal punto di vista dei soggetti che al giudice

giuridica facciano richiamo di un pensiero di G. ZAGREBELSKY e V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2012, 403, laddove rilevano spettare “ai giudici comuni, caso per caso, *quando è possibile*, ... di reperire nell’ordinamento la regola del caso concreto, in attesa di un intervento legislativo puntuale” (mio il corsivo).

¹² In realtà, a riguardo del carattere della “normatività” posseduto dalle regole frutto di produzione giurisdizionale si dovrebbe fare un lungo discorso, di cui di tutta evidenza è altra la sede. Se esso si considera esclusivamente e necessariamente legato alla estensione degli effetti discendenti dalle regole stesse, generali quelli perché queste possano dirsi propriamente “normative”, ovviamente va escluso; se di contro, come a me pare, esso deve piuttosto riferirsi alla *vis* innovativa di cui le regole stesse sono provviste, allora non può negarsi che il carattere in parola ricorra in capo ad un’attività giurisdizionale siffatta. Ciò che, poi, per la sua parte conferma che, almeno in casi quale quello di cui ora si discute, il giudice sia chiamato a svolgere un’attività non meramente *applicativa*, quale sempre dovrebbe essere per una rigorosa dottrina [M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in www.rivistaaic.it, 3/2012, spec. al § 4, ma *passim*], bensì – e di più – *attuativa* nei riguardi degli atti che fa valere in giudizio, siano essi leggi come pure sentenze della Corte costituzionale comunque bisognose di ulteriore svolgimento “normativo”.

¹³ Anche altri autori convengono con quest’esito cui sono pervenuto nel mio commento alla 170, sopra cit.: tra gli altri, F. BIONDI, *La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio “imposto”: un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto*, in www.forumcostituzionale.it, 24 giugno 2014, a cui opinione “il principio fissato dalla Corte è generico ed indeterminabile e, pertanto, attuabile dal legislatore, ma non anche utile per il giudice *a quo* a risolvere il caso concreto”.

¹⁴ L’“incongruenza” tra il giudicato costituzionale e il verdetto della Cassazione è stata prontamente rilevata già dai primi commenti a quest’ultimo (così, V. BALDINI, *Riflessioni a caldo sulla sentenza n. 8097/15: il giudice della nomofilachia smentisce la Corte costituzionale in tema di matrimonio tra omosessuali?*, in www.dirittifondamentali.it; v., in specie, al § 4 il termine qui testualmente trascritto).

chiedono tutela per aspettative comunque inappagate da parte del legislatore. E tuttavia qui pure sta il limite delle additive stesse che possono essere portate a frutto nelle vicende processuali nelle quali si fanno valere, a beneficio dei diritti costituzionali trascurati dal legislatore, unicamente alla condizione che dal principio somministrato dalla Consulta possano, sì, astrattamente desumersi plurime regole ma che sia sufficiente l'applicazione di *una sola* di esse per venire incontro alle aspettative soggettive neglette dalla legge, non già – come si viene dicendo – laddove si richieda l'adozione di un articolato complesso, risultante da plurimi ed organici disposti normativi¹⁵.

Quel che, ad ogni buon conto, è certo è che la Consulta ha sbarrato le porte al matrimonio tra persone omosessuali, sia *ab origine* che *ex post*, mentre la Cassazione considera i protagonisti della nostra vicenda ancora coniugi a tutti gli effetti e tali, peraltro, rimarranno chissà fino a quando. Insomma, *ex* coniugi, per l'una Corte, e coniugi per l'altra, allo stesso tempo. Un autentico pasticcio, si diceva.

3. Un problema non risolvibile dal giudice in via “sussidiaria” rispetto al legislatore ma unicamente da quest’ultimo e la conferma che se ne ha del fatto che il vizio, nel nostro come in altri casi, sta nell’uso da parte del giudice delle leggi di tecniche decisorie reciprocamente alternative e tuttavia sostanzialmente produttive dei medesimi effetti

D'altro canto, che il problema, per come impostato dalla Consulta e risolto dalla Cassazione, fosse in realtà insolubile, come si segnalava all'inizio di questa riflessione, è avvalorato dal fatto che, considerandosi ormai sciolto il matrimonio tra tali soggetti, le loro aspettative di tutela non verrebbero appagate: si avrebbe, sì, il *riconoscimento* del diritto costituzionale alla legalizzazione della unione tra i soggetti stessi (pur se in forma diversa da quella cui fa riferimento l'art. 29 cost.) ma non la sua effettiva *garanzia*.

Qui ha ragione – non può non convenirsi – la Cassazione, che riprende peraltro una preoccupazione avvertita dalla più sensibile dottrina¹⁶. Perché l'alternativa al mantenimento, pur se precario, del matrimonio non può che essere, ovviamente, che quella del suo scioglimento, che tuttavia in mancanza di disciplina legislativa della peculiare formazione sociale composta dai soggetti protagonisti della nostra vicenda sacrificerebbe senza riparo i loro diritti¹⁷.

Il vero è che v'era, e v'è, solo un modo per soddisfare le attese della coppia protagonista di questa anomala e sofferta vicenda: quella, appunto, di un intervento adeguato da parte del legislatore, alla cui mancanza il giudice – come si è venuti dicendo – non può in via “sussidiaria” ovviare, neppure a titolo precario. Il che vale come dover prendere atto che un'additiva, quale quella posta in essere con

¹⁵ Così, per fare ora solo un paio di esempi tra i molti che potrebbero essere al riguardo addotti, per ciò che concerne il ricorso alla fecondazione medicalmente assistita, una volta caduto (con la [sent. n. 162 del 2014](#)) il divieto di eterologa, o per ciò che riguarda il diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche (dopo la [sent. n. 278 del 2013](#)). Nel primo caso, se non si stabilisce il numero massimo delle donazioni del seme, l'età massima della donna che si sottoponga alla tecnica di inseminazione, e via discorrendo, come far luogo alla fecondazione stessa? Nel secondo, che fare se non si definiscono previamente garanzie, condizioni e limiti in osservanza dei quali far luogo alla ricerca ed all'eventuale interpellato del genitore?

¹⁶ Tra gli altri, ancora R. ROMBOLI, nello scritto sopra richiamato, e A. D'ALOIA, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una incostituzionalità “per mancanza di alternative”*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 672 ss., spec. 674.

¹⁷ Ad avviso di una sensibile dottrina (P. VERONESI, *Un'anomala additiva di principio in materia di “divorzio imposto”*, cit., § 8), non sarebbe nondimeno preclusa “la prosecuzione non giuridicamente indifferente della relativa convivenza”. Non è tuttavia chiaro sotto l'imperio di quale disciplina normativa possa ricadere una convivenza siffatta, in difetto della sua specifica ed adeguata regolazione in modo organico da parte della legge. Non sono dunque altri a dover provare che le rivendicazioni avanzate dai componenti la coppia e riferite proprio alla loro condizione di coppia sono escluse dalla legge, quanto quest'ultima ad addurre il fondamento legislativo che le giustifica, che però in tesi non c'è, perlomeno in un atto che in modo organico ed esaustivo lo appresti. Cosa diversa è, ovviamente, che riscontrati singoli e circoscritti vuoti legislativi, in ambiti materiali di esperienza parimenti delimitati, si possa fare domanda al giudice delle leggi perché li colmi con altre additive, di principio e non (su ciò, nuovamente, C. SALAZAR, *Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento*, cit., § 4). Com'è chiaro, si tratta ad ogni buon conto di una soluzione rabberciata, tollerabile unicamente per lo stretto necessario.

la [sent. n. 170](#), finisce col coincidere, quanto agli effetti, con una pronunzia di rigetto accompagnata da un monito, per vigoroso che sia, indirizzato al legislatore perché, rompendo ogni indugio, ponga finalmente mano alla regolazione della condizione della coppia suddetta¹⁸.

Si ha, perciò, conferma del fatto che alle volte – può non piacere ma è così – tecniche decisorie diverse (anzi, alternative) finiscono col produrre i medesimi effetti. È una constatazione, questa, che, peraltro, ha trovato (e trova) non pochi riscontri, specie nella più recente giurisprudenza e che appunto dimostra come un utilizzo non vigilato degli strumenti decisorii può far pervenire ad esiti abnormi, dando vita a situazioni aggrovigliate alle quali non si sa poi come far fronte.

È vero che – come si diceva –, a differenza delle pronunzie di rigetto con monito, le additive di principio che abbisognano del necessario e previo intervento del legislatore allo scopo di essere portate a frutto nelle vicende processuali alle quali si applicano esprimono un vincolo giuridico di cui le prime sono prive. Si comprende, dunque, la ragione per cui nella circostanza *de qua* la Consulta, sfiduciata a motivo dei non pochi casi in cui i propri moniti sono rimasti privi di ascolto (secondo quanto avvalorato proprio con riguardo alla disciplina delle coppie composte tra omosessuali dal mancato seguito dato alla [n. 138 del 2010](#)), si è con coraggio (o, ad esser franchi, temerarietà) alfine determinata a far luogo nella [n. 170](#) ad un’additiva di principio.

Non sappiamo se quest’ultima sortirà l’effetto sperato; forse, se lo si avrà, piuttosto lo si dovrà proprio all’originale soluzione escogitata dalla decisione della Cassazione qui annotata che, dando vita ad un effetto abnorme, sconosciuto al nostro ordinamento, il *matrimonio a tempo*, potrà far breccia nella colpevole inerzia che ha fin qui caratterizzato l’indirizzo di un legislatore ingiustificatamente latitante. Forse, un’ulteriore spinta in tal senso potrebbe aversi qualora si raccogliesse uno spunto affacciato dalla procura nel giudizio svoltosi davanti alla Cassazione e ripreso da una indicazione data da una coraggiosa dottrina¹⁹, secondo cui la perdurante assenza di regolazione legislativa della condizione della coppia coniugata *divenuta* omosessuale sarebbe idonea a giustificare una chiamata a responsabilità patrimoniale dello Stato similmente a quanto si ha in caso d’inadempimento degli obblighi discendenti dall’Unione. Uno spunto non trascurabile, per quanto solo sfiorato dalla pronunzia della Cassazione qui annotata, su cui, per la mia parte, mi permetto di invitare a fermare l’attenzione, valutandolo senza alcun preorientamento di ordine ideologico o teorico, legato a schemi mentali a noi familiari ma bisognosi di urgente e profondo svecchiamento.

Insomma, se non si mettono gli organi della direzione politica con le spalle al muro, è improbabile che si risvegliano dal loro annoso letargo e pongano dunque mano a quella disciplina legislativa che da troppo tempo tarda a venire alla luce e che la vicenda qui annotata dimostra essere ormai non più procrastinabile.

4. Ragionando a riguardo dei rimedi astrattamente possibili avverso i “seguiti” infedeli dati dalla Cassazione e, in genere, dai giudici comuni alle decisioni del giudice costituzionale (dal ricorso per conflitto tra poteri sollevato da quest’ultimo avverso il provvedimento giurisdizionale che ne abbia menomato le attribuzioni a nuove questioni di costituzionalità proposte da altri giudici “ribelli” nei confronti del verdetto della Cassazione)

Un’ultima notazione, con specifico riguardo a questo caso e, però, allo stesso tempo dotata di generale valenza.

Come si è venuti dicendo, la Cassazione ha qui fatto luogo ad un “seguito” della [n. 170](#) che non rispecchia la genuina intenzione della Consulta, per come estesamente rappresentata nella parte

¹⁸ Tengo – come si vede – oggi ferma una conclusione alla quale sono già pervenuto nel mio commento alla 170, sopra cit.

¹⁹ R. CONTI, *Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”*: in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza dei giudici comuni, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, relazione alle Giornate di studio svoltesi a Messina il 21 e 22 novembre 2014, i cui Atti sono in corso di stampa, § 6.

motiva della decisione suddetta: insomma, il “seguito” si è rivelato infedele²⁰, malgrado le attenuanti che – come si è veduto – vanno concesse al giudice cui esso si deve, a motivo del vizio di origine che inficia la pronunzia della Consulta stessa. Come allora – è questo il quesito che dobbiamo porci – porvi rimedio? E, più in genere, cosa possono fare, in una congiuntura siffatta, altri giudici che non si riconoscano nel verdetto della Corte della legittimità?

In astratto, le soluzioni non mancano; che, poi, si diano le condizioni di contesto per la loro messa in atto è, ovviamente, un altro discorso.

In primo luogo, potrebbe immaginarsi una reazione della stessa Corte costituzionale che, considerando aggirato, frainteso, il proprio verdetto, potrebbe far ricorso a se stessa in sede di conflitto di attribuzioni, *sub specie* di conflitto da menomazione. Come sappiamo, il giudice costituzionale ha in più occasioni lamentato la lesione del giudicato costituzionale, in ispecie ad opera del legislatore che abbia riprodotto norme di legge dapprima dichiarate costituzionalmente illegittime, minacciando di conseguenza l’attivazione dell’arma del conflitto interorganico a salvaguardia del giudicato stesso. Nulla, naturalmente, vieta che lo stesso possa aversi sul versante dei rapporti col giudiziario.

Dubito tuttavia che nel caso nostro di ciò possa aversi riscontro. In fondo, come si accennava, le due Corti sono accomunate dall’intento di pungolare il legislatore affinché dia una buona volta luogo alla formazione di una legge che possa appagare le istanze delle unioni omosessuali: lo fanno entrambe forzando le tecniche decisorie di cui dispongono e le argomentazioni che le sostengono e giustificano ma, appunto, convergono nello scopo pur divergendo, a mia opinione, nei percorsi intrapresi per raggiungerlo. E, poi, immaginare una nuova “guerra tra le due Corti”, malgrado il cruciale rilievo della posta in palio, sembra essere una ipotesi francamente remota e, forse, pure non auspicabile.

Più praticabile, pur se non poco impervia, è, invece, la strada di una reazione da parte dei giudici comuni che, investiti di analoghe istanze a quella che ha portato al verdetto odierno della Cassazione, si determinino in un senso diverso da questa. Non è, invero, probabile che avvenga ma, appunto, non impossibile. E così, nulla esclude che si assista alla presentazione di una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la regola desunta dalla Cassazione, pur se non scritta nel testo della legge a suo tempo fatta oggetto di manipolazione da parte della Consulta, assumendosi dunque la incompatibilità con la Carta costituzionale del matrimonio a tempo. In altri termini, si tratta di portare il punto di diritto enunciato dalla Cassazione oltre la specifica vicenda processuale che l’ha generato, dotandolo quindi di generale valenza per tutti i casi oggettivamente connotati allo stesso modo. Non è agevole argomentare questa manovra, sol che si pensi che la regola... *non c’è*, essendo frutto di pura invenzione da parte del giudice della nomofilachia, mentre c’è di sicuro il principio, indiscutibile nella sua conformità a Costituzione se non altro in quanto posto dallo stesso giudice delle leggi, fatto discendere “a rime obbligate” dalla Costituzione stessa.

È ovvio che il giudice che ponga la questione sulla regola in parola dovrebbe assumere che essa sia la *sola* desumibile dal principio, in linea peraltro con la dottrina dell’interpretazione conforme; e, poiché il principio stesso si deve ad una “invenzione” del giudice costituzionale, se ne ha che la questione verosimilmente sarebbe rigettata. Tuttavia, il fatto stesso che sia posta offrirebbe l’opportunità alla Consulta, che la pensi diversamente dalla Cassazione, di escludere che la regola suddetta costituisca l’*unica* opzione interpretativa possibile, comunque quella correttamente desumibile dal principio. In altri termini, la questione sarebbe verosimilmente respinta per inammissibilità, trattandosi in realtà di una questione d’interpretazione mascherata da questione d’incostituzionalità; ciononostante, la sua presentazione darebbe il destro alla Consulta per mettere a nudo il procedimento ermeneutico errato posto in essere dal remittente. E così il giudice delle leggi

²⁰ Profitto qui dell’opportunità offertami dalla vicenda ora annotata per segnalare quanto sia rilevante poter conoscere i “seguiti” dati dai giudici *a quibus* alla ripresa dei processi rimasti sospesi, al fine di verificare se ed in che misura si siano attenuti alle indicazioni date dalla Consulta. Se le Riviste specialistiche ed i siti *on line* che trattano di questioni di diritto costituzionale potessero offrirci questi dati assicurerebbero un servizio prezioso sia alla teoria che alla pratica giuridica.

potrebbe prendere le distanze dalla Cassazione in modo *soft*, senza dover ricorrere al gesto eclatante, espressivo di un'autentica dichiarazione di guerra, dell'esperimento del conflitto interorganico davanti a se stesso. Si tratta poi di vedere quale delle due Corti ha più tela da tessere, persuadendo i giudici comuni della bontà della tesi in cui ciascuna di esse si riconosce, sì da incoraggiare la formazione di un nuovo "diritto vivente" nel senso da esse auspicato. Come sempre, insomma, spetta poi proprio ai giudici comuni, in fin dei conti, assumersi le maggiori e dirette responsabilità, morali ancora prima che giuridiche, nei riguardi dei soggetti che ad essi si rivolgono per avere giustizia e, di riflesso, della intera collettività²¹.

Come si vede, si avrebbe una sostanziale dichiarazione di *fondatezza* della questione rivestita però delle forme della sua... *inammissibilità*, a motivo della "invenzione" di un istituto che non esiste (e non può esistere) nel nostro ordinamento, alla luce del combinato disposto degli artt. 29 ss., 2 e 3 della Carta, nelle mutue ed inscindibili implicazioni che tra di essi si intrattengono²²: il *matrimonio "a tempo"*.

²¹ Sulla delicatezza e centralità del ruolo giocato dai giudici comuni ha, a più riprese e con vigore, insistito una sensibile e raffinata dottrina: per tutti, R. CONTI, del quale, tra i suoi molti scritti, richiamo qui solo il suo *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*², Aracne, Roma 2014.

²² Su di che, sopra tutti, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009.

Antonio Ruggeri
Attività di garanzia e attività d'indirizzo politico,
a salvaguardia dei diritti fondamentali*

SOMMARIO: 1. Il quadro delle possibili combinazioni cui le attività qui fatte oggetto di studio possono dar vita, ponendosi in rapporto coi diritti. – 2. La tendenza alla politicizzazione delle attività di garanzia e i suoi indici maggiormente salienti (esemplificazioni, con specifico riguardo ai casi di deviazione della Consulta dai canoni che presiedono all'adozione delle sue pronunzie, del matrimonio del transessuale, della manipolazione del parametro costituzionale, col rischio che il massimo garante della legalità costituzionale innaturalmente si converta nel massimo decisore politico e, perciò, in buona sostanza, in un autentico *potere costituente permanente*). – 3. Ciò che il legislatore (costituzionale prima ed ordinario poi) può e deve fare a beneficio dei diritti, a mezzo di discipline caratterizzate da essenzialità di disposti e duttilità di struttura nomologica, sì da adattarsi alla varietà dei casi e delle mobili combinazioni degli interessi bisognosi di tutela. – 4. La riduzione delle garanzie apprestate ai diritti in sede giurisdizionale in nome del “sistema”, che obbliga a bilanciamenti, alle volte molto gravosi per i diritti stessi, con altri interessi costituzionalmente protetti. – 5. Il “dialogo” tra le Corti (specie con quelle europee) quale risorsa avverso l'innaturale commutazione dell'attività di garanzia in attività politica, la tentazione cui ciascuna Corte rimane non di rado esposta a porsi quale *superiorem non recognoscens*, discostandosi così da quel canone della massimizzazione della tutela che dovrebbe costantemente presiedere ai loro rapporti ed a salvaguardia dei diritti, l'ordinazione “orizzontale” delle Carte (e delle Corti) quale la più efficace risorsa avverso lo snaturamento della funzione di garanzia e il suo porsi quale la massima espressione della direzione politica.

1. Il quadro delle possibili combinazioni cui le attività qui fatte oggetto di studio possono dar vita, ponendosi in rapporto coi diritti

Avverto subito che la riflessione che ora si avvia non ha l'ambizione, che potrebbe trasparire dal titolo datovi, di far luogo ad una trattazione (non dico esaustiva ma quanto meno) organica del tema evocato dal titolo stesso, sì da distendersi fino a coprire un campo materiale vastissimo, praticamente sconfinato. L'obiettivo è, in realtà, assai più modesto e circoscritto e, di conseguenza, lo è l'ambito di suo specifico interesse: mi prefiggo, infatti, l'obiettivo di porre le basi per successive analisi, mettendo dunque ora a fuoco unicamente gli elementi indispensabili per l'inquadramento del tema e tracciando un percorso a mia opinione proficuamente battibile a finalità teorico-ricostruttiva.

Comincio col dire che una particolare attenzione va prestata, quanto alle une attività, a quelle poste in essere dagli organi giurisdizionali (per ciò che in questo studio maggiormente interessa, dalla Corte costituzionale, fermo restando il ruolo di certo non secondario esercitato dai giudici comuni a tutela dei diritti¹) e, quanto alle altre, a quelle che prendono forma in via legislativa e normativa in genere².

* Testo rielaborato di un Seminario svolto all'Università Bocconi di Milano il 12 maggio 2015, alla cui data lo scritto è aggiornato. Avverto che la vastità del campo coperto da questo studio richiederebbe un parimenti vasto apparato di note e di riferimenti bibliografici, qui nondimeno ridotti a quanto strettamente necessario alla comprensione degli argomenti esposti nel testo.

¹ Tra gli studi di recente venuti alla luce in cui l'operato dei giudici è giustamente evidenziato, rammento qui solo, quanto al versante dei rapporti con la Corte costituzionale, quello di E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari 2012 e, quanto al versante dei rapporti interordinamentali (e, segnatamente, con la Corte di Strasburgo), quelli di R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2011, e, ora, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*², Aracne, Roma 2014. Utili indicazioni, inoltre, in I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, Milano 2012; AA.VV., *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di G. Chiodi - D. Pulitanò, Giuffrè, Milano 2013; E. CECCHERINI, *L'integrazione fra ordinamenti e il ruolo del giudice*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, II/2013, 467 ss., e, con specifico riguardo alla materia penale, V. MANES, del quale, tra gli altri suoi scritti, v. almeno *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale*, Aracne, Roma 2012.

² Mi riprometto, poi, di dedicare un altro studio alle garanzie apprestate ai diritti da organi diversi da quelli qui presi in esame (e, segnatamente, dal Capo dello Stato), così come al rilievo al riguardo giocato da attività di direzione politica svolte in forme diverse da quelle normative.

La ragione è presto detta e non richiede un lungo discorso a sua chiarificazione.

Per l'un verso, sul fronte delle garanzie, i giudici, *tutti* i giudici ma, in ispecie, quelli costituzionali³ sono, senza alcun dubbio, i protagonisti dell'azione quotidianamente svolta a presidio dei diritti⁴, che rimarrebbero dunque gravemente esposti a minacce ed insidie fattesi col tempo crescenti senza il servizio, perlopiù in modo discreto, non appariscente e non di rado sofferto, ad essi apprestato dalle sedi in cui si amministra giustizia. Chi dunque si prefigga l'obiettivo di indagare in quali forme e fino a che punto i diritti stessi siano salvaguardati non può che far capo proprio alle attività allo scopo poste in essere dai giudici.

Per l'altro verso, sul fronte delle attività di direzione politica, malgrado la varietà delle forme in cui esse si manifestano e della pluralità delle sedi che vi fanno luogo, non c'è parimenti dubbio alcuno che gli atti per eccellenza espressivi d'indirizzo restino ancora oggi le leggi e, in genere, gli atti di normazione. Atti – come suol dirsi, con termine mutuato da una risalente e nobile tradizione, pur se maturata in un contesto assai diverso da quello del tempo presente – “politici” per antonomasia⁵, anche se il termine stesso richiederebbe oggi di essere a fondo ripensato, così come peraltro in parte si sta facendo per gli schemi teorici più strettamente legati alla sovranità ed a quant'altro rimanda allo Stato quale punto primario di riferimento dell'esperienza costituzionale, il perno attorno al quale la stessa ruota e dal quale stabilmente si tiene, perlomeno a stare alle sue più accreditate ricostruzioni, per quanto ad oggi fatte oggetto di radicale, critica riconsiderazione.

Ora, due essendo i termini della relazione, quattro parrebbero essere le soluzioni logicamente possibili, peraltro – anticipo – tutte, quale più quale meno, avvalorate dall'esperienza, secondo lo schema che passo subito ad esporre; in realtà, come pure si vedrà, il quadro complessivo appare essere assai più articolato e composito.

La prima eventualità è quella poc'anzi evocata e che vede nelle attività di direzione politica (e, in ispecie, come si diceva, in quelle in forma di legge) una fonte di possibili violazioni dei diritti e nelle attività di garanzia lo scudo eretto a loro protezione.

³ ... termine che qui, come già in altri studi, intendo *in senso materiale*, ricomprendendovi altresì le Corti sovranazionali le quali pure, malgrado la loro peculiare natura, di certo non accostabile in tutto e per tutto a quella dei tribunali costituzionali di diritto interno, manifestano ad ogni buon conto nel tempo presente una spiccata tendenza appunto alla loro *costituzionalizzazione* (su ciò, tra gli altri, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; O. POLLICINO, che ne ha trattato a più riprese: ancora di recente, in *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in www.forumcostituzionale.it, 31 dicembre 2013; altri riferimenti in A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 2013, 3657 ss.).

⁴ Avverto che, per ragioni di scorrevolezza espositiva, il più delle volte nello studio ora avviato non aggiungerò al sostantivo l'aggettivo qualificativo “fondamentale”, considerandolo implicitamente riferito ai diritti dei quali solo faccio qui parola.

⁵ Siffatta qualifica, poi, richiederebbe tutta una serie di precisazioni, sia di ordine generale che con specifico riguardo ad alcuni ambiti di esperienza, ai quali usualmente si applica, di cui nondimeno non è questa la sede. Basti solo far caso al diverso modo di essere espressione d'indirizzo politico che è proprio, rispettivamente, delle leggi dello Stato e delle leggi regionali, specie a motivo dei vincoli ai quali le seconde vanno soggette, al punto che – come si ricorderà – un'avvertita dottrina ne discorreva in termini di fonti “subprimarie”. Vincoli che, nondimeno, secondo una raffinata ricostruzione teorica, non valevano (e non valgono) ad inficiare il carattere “politico” delle leggi in parola e, in genere, dell'autonomia di cui esse sono espressione (così, sopra tutti, T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 100 ss.). Tesi che può, invero, ancora oggi essere accolta, ove si ammetta – come, a quanto pare, devesi – che il “politico” comprende in sé “gradi” diversi – se così può dirsi – di libero apprezzamento e autodeterminazione. Va tuttavia riconosciuto che, a guardare in faccia la realtà, “subprimarie” dovrebbero, forse, oggi dirsi le stesse leggi dello Stato, quanto meno con riferimento ai numerosi campi della vita sociale nei quali vanno incontro a limiti alle volte schiaccianti provenienti dalla Comunità internazionale e dall'Unione europea. Sta di fatto che, malgrado i vincoli ai quali sono soggette, le stesse leggi regionali e gli atti di autonomia in genere molto possono, per la loro parte, fare al servizio dei diritti, secondo quanto ha, ancora di recente, testimoniato il corposo studio di AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli - L. Trucco, Giappichelli, Torino 2014; e, già solo per ciò, il loro carattere “politico” sembra dunque accreditato e – appunto, con le dovute precisazioni – essere ancora oggi utilizzato.

La seconda si ha con inversione dei ruoli, i diritti essendo tutelati dalle leggi ed invece sacrificati, sia pure alle volte solo in parte, dagli atti dei giudici, per effetto di operazioni di bilanciamento con altri interessi considerati meritevoli di prioritaria protezione⁶.

La terza è data dal fattivo concorso posto in essere dalle une e dalle altre attività in vista dell'appagamento ottimale, alle condizioni oggettive di contesto, da apprestare ai diritti.

La quarta si ha laddove i diritti stessi sono sacrificati tanto al piano della direzione politica quanto a quello delle garanzie: ad es., laddove si riscontrino gravi ed estese lacune ed una palese inadeguatezza della disciplina legislativa a far fronte ad almeno alcuni dei più pressanti e diffusi bisogni avvertiti in seno al corpo sociale e, allo stesso tempo, alla insufficienza della salvaguardia apprestata dai giudici.

Qui, come si diceva, parrebbero arrestarsi le possibili combinazioni dei termini costitutivi della relazione in esame. Si danno tuttavia, come pure si avvertiva, ulteriori evenienze, le più significative delle quali mi sembrano essere le seguenti: *a*) che la tutela avverso le lesioni determinate dalle leggi si abbia ma non nelle forme e nei limiti propri dell'esercizio della giurisdizione bensì in forme abnormi (rileva al riguardo, in particolare, il ruolo di "supplenza" – come si suole chiamarlo – svolto dai giudici nei confronti del legislatore, quale prende corpo a mezzo di vere e proprie *sentenze-legge*, provviste di efficacia normativa, alle volte "paralegislativa" ed altre persino "paracostituzionale"⁷); *b*) che i diritti siano tutelati solo... *a metà*, e segnatamente: *b*¹) in quanto si dia la base legislativa ma facciano difetto i suoi ulteriori, necessari svolgimenti normativi (ad es., manchi la disciplina regolamentare di esecuzione, senza la quale la legge è destinata a restare lettera morta), ovvero *b*²) in quanto gli organi della direzione politica non diano il necessario "seguito" a pronunzie della Corte costituzionale bisognose di essere adeguatamente svolte al fine di produrre in modo compiuto effetto, o ancora *b*³) il "seguito" stesso non sia dato dai giudici comuni ai quali la Corte consegni il punto di diritto enunciato nelle sue decisioni per il suo opportuno inveramento nell'esperienza⁸.

È interessante notare, già ad una prima, superficiale osservazione dello schema appena esposto, come la tipicità dei ruoli degli organi (e delle attività dagli stessi svolte) si trovi spesso sotto *stress*, nel mentre sembra affermarsi, vistosa, la tendenza piuttosto alla loro commistione, persino al ribaltamento dei ruoli stessi, il loro appuntarsi cioè in capo agli organi "sbagliati", dai quali dovrebbero restare istituzionalmente, nettamente separati. A conti fatti, solo l'ipotesi enunciata per prima parrebbe rispecchiare fedelmente lo schema tradizionale, posto a base delle stesse nozioni storico-teoriche di "garanzia" e di "direzione politica", nel mentre le ipotesi restanti, per l'uno o per l'altro verso, sembrano discostarsi dallo schema stesso.

Si noti inoltre, con riserva di approfondimento più avanti, che anche nell'ambito degli organi della medesima specie (in larga accezione), in quanto chiamati all'esercizio, pur se in forme e con effetti diversi, della medesima funzione, si assiste alla operatività di ruoli differenziati, al punto di potersi dubitare della loro appartenenza al medesimo *genus*, pur se internamente articolato. E basti solo considerare, sia pure di sfuggita, come sia diverso, secondo modello, il ruolo giocato dalle norme costituzionali rispetto a quelle di rango primario in ordine al riconoscimento ed alla tutela dei diritti, secondo quanto si dirà meglio a momenti, e come parimenti diverso sia il ruolo esercitato da questo

⁶ Avverto che discorro qui di "tutela" dei diritti, da parte del legislatore così come dei giudici, in larga accezione, riferendomi ad ogni forma di regolazione o garanzia apprestata ai diritti stessi, senza al momento impegnarmi in ulteriori tipizzazioni in ragione dei diritti stessi (e, segnatamente, a seconda che si tratti delle libertà classiche ovvero dei diritti sociali), che secondo un'argomentata opinione richiederebbero piuttosto l'uso di termini diversi (v., ora, Q. CAMERLENGO - L. RAMPA, *I diritti sociali fra istituti giuridici e analisi economica*, in *Quad. cost.*, 1/2015, 59 ss., spec. 68 ss., laddove si distingue tra la "tutela" in senso stretto e la "valorizzazione/promozione").

⁷ La qual cosa, poi, ripropone in termini viepiù pressanti ed urgenti l'annosa questione della legittimazione della magistratura in un ordinamento di tradizioni liberaldemocratiche, quale il nostro (su di che, di recente, G. MOSCHELLA, *Magistratura e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano 2010, e, dello stesso, ora, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, relaz. alle Giornate di studio su *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Messina 21-22 novembre 2014, in *paper*).

⁸ Avverto, al riguardo, che l'ipotesi ora considerata non si riferisce ai soli casi di cattiva "attuazione" data alle additive di principio ma, in genere, ai seguiti infedeli dati alle decisioni della Consulta, anche dunque alle pronunzie di accoglimento o di rigetto "secco", ove si tratti di farne pura e semplice "applicazione". Su tutto ciò, *infra*.

o quel giudice (e, segnatamente, da quello comune ovvero da quelli costituzionali, nell'accezione materiale sopra indicata) a protezione dei diritti stessi. È sufficiente al riguardo porre mente alla circostanza per cui il giudice delle leggi è comunemente annoverato tra gli organi di "garanzia" (anzi, l'organo di garanzia per antonomasia), anche se le attività a mezzo delle quali la funzione in parola si concreta appaiono essere tra di loro significativamente differenziate, esprimendo "gradi" di "normatività" parimenti differenziati, a seconda dello strumento di volta in volta posto in essere e che porti ora a lasciare integro il materiale normativo col quale il giudice stesso lavora ed ora invece – come suol dirsi – a "manipolarlo"⁹, dovendosi peraltro allo scopo ulteriormente distinguere i casi in cui la "manipolazione" stessa si arresti all'oggetto da quelli, ancora più incisivi ancorché abilmente mascherati, in cui si volga nei riguardi dello stesso parametro, sostanzialmente "riscritto" per via d'interpretazione¹⁰. E ancora si considerino i casi in cui i giudici comuni non si limitano a fare – come si accennava poc'anzi – mera "applicazione" di una pronuncia del giudice delle leggi ma – di più – a darvi "attuazione", svolgimento "normativo", pur se ovviamente limitato *quoad effectum* al caso: un'attività, questa seconda, che una rigorosa dottrina¹¹, dalle risalenti tradizioni teoriche, giudica essere preclusa al giudice comune, proprio nella consapevolezza del suo carattere intrinsecamente, sostanzialmente "normativo" ma che – piaccia o no – è inevitabile che questi svolga, perlomeno *laddove ciò sia materialmente possibile*¹², in attesa dell'opportuno intervento riparatore del legislatore.

Insomma, parrebbe che non si sappia più dove finisca l'una attività e inizi l'altra, quali cioè siano i confini degli ambiti materiali nei quali esse possono (e devono), conformemente alla loro natura, svolgersi. Ciò che, poi, può dar luogo ad ulteriori effetti distorsivi dell'intero sistema ed obbliga, per un verso, ad un profondo ripensamento complessivo delle pubbliche funzioni e, per un altro verso, a por mano alla ricerca dei possibili rimedi a questo stato di cose che, riguardato alla luce appunto degli schemi teorici della tradizione, parrebbe essere non conforme al modello e foriero di guasti assai gravi, forse ad oggi non colti in tutta la loro consistenza ed incidenza.

Siamo però sicuri che le cose stanno davvero così? E, se così non dovesse essere, cosa rientra nella "normalità" costituzionale e cosa invece da essa deborda o ad essa frontalmente si contrappone?

2. La tendenza alla politicizzazione delle attività di garanzia e i suoi indici maggiormente salienti (esemplificazioni, con specifico riguardo ai casi di deviazione della Consulta dai canoni che presiedono all'adozione delle sue pronunzie, del matrimonio del transessuale, della manipolazione del parametro costituzionale, col rischio che il massimo garante della legalità costituzionale innaturalmente si converta nel massimo decisore politico e, perciò, in buona sostanza, in un autentico potere costituente permanente)

In realtà, uno studio che specificamente si volga a mettere in primo piano l'esperienza si trova costretto ad ammettere che la funzione di garanzia e quella di direzione politica, pur nelle loro plurime articolazioni interne e varie manifestazioni, faticano a tenersi fino in fondo distinte. Questa

⁹ Sulla varietà delle forme in cui la "manipolazione" stessa è idonea ad esprimersi e, di conseguenza, degli effetti dalla stessa prodotti, v., ora, lo studio accurato di C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013.

¹⁰ Su siffatte forme di "manipolazioni" apicali ho avuto modo di intrattenermi a più riprese, a partire da *La Costituzione allo specchio: linguaggio e "materia" costituzionale nella prospettiva della riforma*, Giappichelli, Torino 1999, 155 ss., spec. 187 ss.

¹¹ Di recente, M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in www.rivistaaic.it, 3/2012, spec. al § 4, ma *passim*, e, dello stesso, *Legislature e giudici nella protezione dei diritti fondamentali*, relaz. alle VI Giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale, su *La protección de los derechos en un ordenamiento plural*, Barcellona 17-18 ottobre 2013, in *paper*.

¹² Alle volte, infatti, il giudice parrebbe esser obbligato a far luogo ad una particolarmente incisiva attività di produzione "normativa", non volendo incorrere nell'illecito della denegata giustizia, e però, allo stesso tempo, l'attività stessa gli è preclusa a motivo del fatto che, al fine di svolgerla, sarebbe richiesta una regolazione articolata e complessa, quale solo il legislatore è attrezzato a porre in essere, secondo quanto si vedrà meglio a suo tempo.

conclusione, avvalorata da molti ed inequivoci segni, ha costituito oggetto – come si sa – a più riprese di razionalizzazione teorica, ha cioè portato alcuni studiosi a ritenere che sia lo stesso modello costituzionale, con le sue strutturali carenze ed ambiguità espressive, a non dar spazio alla distinzione in parola. È una tesi, questa, che – come pure è assai noto – ha trovato il campo elettivo per la sua affermazione al piano dei rapporti tra Capo dello Stato e organi della direzione politica (e, tra questi, specificamente il Governo), negli ordinamenti a regime parlamentare, secondo quanto da noi avvalorato dalla nota teorizzazione di C. Esposito, quindi ripresa ed arricchita da G.U. Rescigno, in tema di controfirma ministeriale, quale attestante una generica ed indistinta “cooperazione” tra firmante e controfirmante, e, più di recente, dalla ricostruzione di ordine generale delle pubbliche funzioni prospettata da O. Chessa¹³. Ma è una tesi riproposta, nel suo nucleo concettuale, anche per ciò che attiene alle relazioni tra Corte costituzionale ed organi d’indirizzo, specificamente da quanti reputano essersi ormai formata una vera e propria consuetudine integrativa (o, forse, derogatoria) del dettato costituzionale e favorevole alla ammissione delle sentenze “normative” della Corte costituzionale¹⁴, le quali – si faccia caso – sono, sì, non di rado oggetto di critiche penetranti ma in ordine a talune eccessive o non argomentate applicazioni, non già appunto in merito alla teorica ammissibilità degli strumenti in parola, annoverati a pieno titolo accanto a quelli espressamente previsti dalle norme legislative che regolano il funzionamento della Corte.

È pur vero, tuttavia, che si è fatta sempre più marcata e vistosa la tendenza alla politicizzazione degli organi di garanzia, sia esso il Capo dello Stato e sia pure il giudice costituzionale e persino i giudici comuni, una tendenza che poi, per la sua parte, dà conferma di quella fluidificazione e commistione dei ruoli, di cui qui si viene dicendo. Altro è però il prendere atto di questo stato di cose, che nondimeno sollecita a verificare fino a che punto possa essere tollerato e *quodammodo* assorbito dal sistema senza che quest’ultimo ne venga travolto, ed altro ancora ragionare – così come fa la dottrina sopra richiamata – nel senso che lo stesso modello costituzionale farebbe propria la indistinzione dei ruoli, offrendo pertanto benevola “copertura” a pratiche a dir poco discutibili, da questa o quella parte adottate e connotate da improvvisazione, secondo occasionali convenienze.

Senza dover far qui richiamo all’originaria intenzione dei *framers*, testimoniata dall’intero andamento dei dibattiti alla Costituente, da cui in modo inequivoco risulta la netta tipizzazione dei ruoli¹⁵, è sufficiente già il dato della pluralità degli organi componenti la trama istituzionale, il diverso modo con cui ha luogo la provvista degli uffici, le diverse competenze ad essi spettanti per dare conferma della impossibilità di teorizzare l’esercizio in anomala “sussidiarietà” delle funzioni proprie degli uni da parte degli altri. Possiamo – questo sì – discutere e dividerci tra di noi, così come siamo non poco divisi, a riguardo della spettanza di questa o quella competenza, vale a dire della sua attrazione alla sfera di questo o quell’organo o, ancora, dei modi e soprattutto dei limiti del suo esercizio, delle condizioni che ne giustificano l’attivazione, e via dicendo. Non possiamo però pervenire alla sconcertante conclusione secondo cui sarebbe, *per Costituzione*, indifferente che essa sia svolta dall’uno ovvero dall’altro organo o che la Carta resti muta e neutra, lavandosi

¹³ V., nell’ordine, del primo, part., il *Saggio sulla controfirma ministeriale*, Giuffrè, Milano 1962 e la voce *Controfirma ministeriale*, per l’*Enc. dir.*, X (1962), 285 ss.; del secondo, tra gli altri suoi scritti, *Le convenzioni costituzionali*, Cedam, Padova 1972; infine, del terzo, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un’interpretazione della forma di governo*, Jovene, Napoli 2010, del quale v., inoltre, *Capo dello Stato, politica nazionale e interpretazione costituzionale. Una replica ai critici*, in www.forumcostituzionale.it, 24 gennaio 2012. Sul pensiero di quest’autore, v. i contributi di AA.VV., *Dibattito sul Presidente della Repubblica. Il Capo dello Stato nell’ordinamento costituzionale italiano*, a cura di M. Cecchetti - S. Pajno - G. Verde, :duepunti, Palermo 2012. Ho motivato il mio dissenso nei riguardi della proposta ricostruttiva in questi scritti avanzata nel mio *Controfirma ministeriale e teoria della Costituzione*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, II, *Dell’organizzazione costituzionale*, Jovene, Napoli 2009, 693 ss., nonché in www.forumcostituzionale.it.

¹⁴ Per tutti, v. G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova 1985, 755 ss.; v., poi, nuovamente, la monografia, dietro già richiamata, di C. PANZERA.

¹⁵ Sui limiti ai quali va incontro l’*original intent*, nondimeno bisognoso di essere preservato nel suo “nucleo duro”, rammento qui la nota (e discussa) posizione adottata da [Corte cost. n. 138 del 2010](#).

pilatescamente le mani, davanti alle forme del suo esercizio, i limiti e quant'altro insomma fa la competenza stessa, qualunque sia il modo con cui essa si presenta ed afferma.

Tutto ciò posto, non possiamo nondimeno chiudere gli occhi davanti alla realtà o fingere che essa non vi sia o che sia diversa da come vorremmo che fosse.

Si diceva un momento addietro che nel corso degli anni a noi più vicini il ruolo degli organi di garanzia, specie di quelli supremi, ha assunto una coloritura politica viepiù marcata¹⁶; e non è al riguardo inopportuno rammentare che non si tratta di un fenomeno isolato, esclusivamente nostro, bensì comune, pur se con toni o “gradi” diversi, a tutte le principali liberaldemocrazie (e, forse, non solo ad esse). È un indice alquanto eloquente, attendibile, del fatto che non è solo il contesto politico-istituzionale interno ma anche, in rilevante misura, quello internazionale a spingere vigorosamente in questa direzione, alimentando la tendenza in parola.

Due, in particolare, a mia opinione, le cause principali di questo stato di cose, che peraltro sembra non essere transitorio bensì endemico, di sistema: l'*escalation* del terrorismo (specie, appunto, di quello internazionale ma in alcuni ordinamenti o in alcuni periodi della storia di uno stesso ordinamento, anche di quello interno, com'è stato da noi ai tempi del brigatismo rosso) e la crisi economica soffocante in atto.

L'uno sollecita l'adozione di misure alle volte abnormi¹⁷, nonché la messa in atto di forme di bilanciamento singolari e fortemente discutibili tra la sicurezza ed altri beni costituzionalmente protetti, tra i quali appunto in primo luogo i diritti, non di rado obbligati a patire restrizioni insopportabili, fino ad esserne sacrificati del tutto¹⁸.

L'altra, poi, obbliga i diritti stessi a forti contrazioni del loro formidabile potenziale espressivo, che nuovamente si traducono, al tirar delle somme, in sacrifici inusuali, persino al sostanziale accantonamento, specie dei diritti maggiormente esposti davanti al vento impetuoso della crisi, quelli c.d. “sociali”¹⁹. Emblematica di questo stato di cose che ha indotto gli organi di garanzia (e,

¹⁶ Emblematico, con riferimento al ruolo del Capo dello Stato, il titolo dato ad un recente studio sulla Presidenza Napolitano: v., dunque, G. SCACCIA, *Il Re della Repubblica. Cronaca costituzionale della Presidenza di Giorgio Napolitano*, in Quad. de *Lo Stato*, Mucchi, Modena 2015.

¹⁷ “Insolite” (non volendo dire apertamente incostituzionali) le ha pudicamente definite la Consulta, in sua nota decisione, la [n. 15 del 1982](#), con cui è stata fatta salva una disciplina legislativa che prolungava irragionevolmente i termini massimi della carcerazione preventiva, mandata assolta unicamente in ragione dello stato di emergenza costituito dal brigatismo rosso, al contempo tuttavia avvertendo che la disciplina stessa avrebbe perso legittimità una volta cessata l'emergenza medesima. Per quest'aspetto, dunque, “insolita” – come si vede – è stata la decisione in parola, giustificata unicamente nella eccezionale, particolarmente sofferta, congiuntura al tempo riscontrata.

¹⁸ ... come, appunto, si è avuto nel corso della vicenda rammentata in nt. prec. In argomento, da un punto di vista generale, tra i molti altri, v. T.F. GIUPPONI, in molti scritti (e, spec., in *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Libreria Bonomo, Bologna 2010, e, dello stesso, *Sicurezza, migrazioni e autonomie territoriali*, in AA.VV., *La Repubblica e le migrazioni*, a cura di L. Ronchetti, Giuffrè, Milano 2014, 105 ss.); M. RUOTOLO, *Le declinazioni costituzionali del concetto di sicurezza. Il problema del bilanciamento tra sicurezza e diritti fondamentali*, in ID., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal “diritto alla sicurezza” alla “sicurezza dei diritti”*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, 15 ss.; C. MOSCA, *La sicurezza come diritto di libertà. Teoria generale delle politiche della sicurezza*, Cedam, Padova 2012; AA.VV., *L'ordinamento della sicurezza: soggetti e funzioni*, a cura di N. Gallo e T.F. Giupponi, Franco Angeli, Milano 2014. Infine, A. PACE, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in [www.rivistaaic.it](#), 1/2015.

¹⁹ Trattasi di notazione largamente diffusa (tra i molti altri, A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”): più sobrio, solidale e sostenibile*), in [www.rivistaaic.it](#), 4/2011; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, spec. l'ult. cap.; AA.VV., *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. Angelini - M. Benvenuti, Jovene, Napoli 2012; I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Aracne, Roma 2012; AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, a cura di E. Cavasino - G. Scala - G. Verde, Editoriale Scientifica, Napoli 2013; AA.VV., *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, a cura di R. Bifulco - O. Roselli, Giappichelli, Torino 2013; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in [www.rivistaaic.it](#), 4/2013, e, della stessa, quindi, *Diritti fondamentali e sviluppo sostenibile: un binomio complesso*, Relaz. alle Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto costituzionale su *Nas fronteiras do direito: sustentabilidade e desenvolvimento*, Foz do Iguaçu (Brasile), 23-24 ottobre 2014, in *paper*, e *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il “principe dei diritti sociali”?*, in corso di stampa negli *Scritti in onore*

segnatamente, il giudice costituzionale) ad adottare misure draconiane di contenimento della spesa pubblica la soluzione originale di recente adottata da [Corte cost. n. 10 del 2015](#) che, pur di raggiungere l'obiettivo prefissosi, non ha esitato ad immolare sull'altare dell'equilibrio di bilancio persino la regola (ad opinione mia e di altri, indisponibile) della incidentalità²⁰. È pur vero, tuttavia, che da ultimo la Corte non si è fatta cura delle conseguenze di ordine economico-finanziario discendenti da una sua pronuncia ablativa, la [n. 70 del 2015](#), ed ha caducato una norma varata dal Governo Monti che stabiliva il blocco del meccanismo di rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici superiori ad un certo importo, obbligando l'erario a reperire numerosi miliardi di euro (e forse di più...) per far fronte al buco nei conti pubblici causato dalla Consulta²¹.

In un caso e nell'altro, si è assistito – a me pare – ad una esibizione di “forza” politica della Consulta – per riprendere una fortunata immagine del mio compianto Maestro, T. Martines²² – quale peraltro non di rado si è avuta (e si ha). La “logica” machiavellica del fine che giustifica il mezzo, *qualunque* mezzo, sembra dunque affermarsi, in queste come in altre circostanze: che poi, pur di centrare l'obiettivo, occorra passare sopra, come un ruolo compressore, gli stessi canoni che governano l'esercizio delle funzioni della Corte (e che, perciò, ne legittimano e giustificano l'operato) è, evidentemente un pensiero cui la Corte stessa non dà particolare rilievo o, diciamo pure, non ne dà alcuno.

Dalla prospettiva ora adottata, poco importa, perlomeno dal mio punto di vista, che tutto ciò si faccia ora a discapito ed ora a beneficio dei diritti, come nei due esempi sopra richiamati. Non si trascuri tuttavia la circostanza per cui, se è vero che la Corte è solita interrogarsi circa le possibili conseguenze derivanti dalle proprie decisioni, è pur vero però che non sempre i calcoli sono fatti nel modo giusto; e basti solo por mente al fatto che il “buco” nei conti pubblici causato dalle pronunzie della Corte che costano (o, meglio, che costano molto), quale quella sopra indicata, dovrà pur essere, in un modo o nell'altro, colmato (e, purtroppo, non è detto che ciò si abbia prestando la dovuta attenzione ai soggetti meno abbienti). È vero che non è affare della Corte chiedersi come ciò possa aver luogo; il problema, nondimeno, resta ugualmente aperto.

Due, ad ogni buon conto, gli indici a mia opinione maggiormente indicativi ed attendibili del “tasso” di politicità espresso dalle pronunzie della Corte (specie, appunto, da alcune di esse).

Il primo indice è costituito dalla messa da canto, come nel caso di cui alla [sent. n. 10](#) sopra cit., dei canoni che presiedono al funzionamento della Corte.

di G. Silvestri; G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 27 novembre 2013; R. CALVANO, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, in [www.costituzionalismo.it](#), 20 gennaio 2014; gli scritti che sono in *Quad. cost.*, 1/2014, part. quello di A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, 79 ss., del quale v., ora, pure *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in [www.rivistaaic.it](#), 3/2014; S. GAMBINO, *El Estado social y democrático de derecho: desarrollo histórico y conceptual*, in [www.federalismi.it](#), 23/2014; A. DI PASCALE, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea: diritti fondamentali?*, in *Riv. dir. int.*, 4/2014, 1148 ss.; inoltre, utili indicazioni in molti degli scritti che sono in [www.federalismi.it](#), 19/2014; F. BILANCIA, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria*, in [www.rivistaaic.it](#), 2/2014, e, nella stessa *Rivista*, A. CANEPA, *Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una prima rassegna e classificazione di meccanismi e strumenti adottati nella recente crisi economico-finanziaria*, 1/2015; A. RANDAZZO, *Crisi economica e Costituzione: notazioni “fuori dal coro”*, in [www.dirittifondamentali.it](#), 19 marzo 2015. Infine, se si vuole, il mio *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in questa *Rivista*, 2012 (21 settembre 2012).

²⁰ La pronuncia ha costituito oggetto di una pioggia di commenti, perlopiù fortemente critici. Se n'è discusso in occasione di un incontro svoltosi presso la casa editrice Il Mulino il 18 marzo 2015 (alcuni dei contributi possono vedersi in [www.forumcostituzionale.it](#)).

Su “incidentalità”, “pregiudizialità” e “rilevanza”, v., da ultimo, le precisazioni che sono in R. ROMBOLI, [La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363, 3° comma, c.p.c.](#), in questa *Rivista*, 2015/II (5 maggio 2015), 352 ss.

²¹ Singolare e francamente sconcertante il balletto delle cifre, di cui si è avuta notizia attraverso i grandi mezzi d'informazione, che testimonia come neppure nelle sedi istituzionali competenti si sappia esattamente quanto potrà costare il ripianamento del buco suddetto.

²² Di T. MARTINES, v. l'ormai classico *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche* (1957), ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, spec. 196 ss. e 206 ss.

Alle volte ciò si deve, come si diceva, non già allo scopo di far contrarre l'area della tutela dei diritti bensì all'intento di dare comunque a questi ultimi un appagamento di cui resterebbero altrimenti privi. Così, ad es., è stato in occasione dell'adozione della nota [sent. n. 238 del 2014](#), laddove la Corte, pur di centrare l'obiettivo prefissosi, ha acconsentito a svolgere (sia pure in forma peculiare) il proprio sindacato su una norma non scritta (quella di adattamento a norma internazionale generalmente riconosciuta), qualificandola peraltro come "inesistente" per il fatto di risultare incompatibile con principi fondamentali della Carta e, segnatamente, col valore indisponibile della dignità della persona umana, senza peraltro indugiare a spiegare perché mai nella circostanza, e diversamente da altre analoghe, la norma responsabile della violazione dei principi stessi sia stata considerata affetta da nullità-inesistenza e non già suscettibile di annullamento con le forme consuete del sindacato accentratore (si rammenti la nota dottrina dei "controlimiti" al diritto dell'Unione)²³.

Preoccupano, in particolare, come si viene dicendo, talune vistose oscillazioni nell'uso del meccanismo incidentale di controllo sulle leggi, testimoniate ad es. dal ricorso non infrequente a tecniche decisorie diverse (e persino opposte) in relazione a casi non diversamente connotati per l'aspetto oggettivo, tecniche che – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – sono innaturalmente piegate alla produzione di effetti sostanzialmente non dissimili. La qual cosa poi obbliga gli organi della "esecuzione" del giudicato costituzionale (e, in special modo, i giudici comuni) ad operazioni ardite, acrobatiche, esse pure non poco discutibili, al fine di dar seguito ai verdetti della Corte. Viene, insomma, a determinarsi una "catena" di atti che, secondo modello, dovrebbero presentarsi funzionalmente connessi e convergenti nello scopo e che, però, in conseguenza di una errata manovra posta in essere presso la Consulta, possono a conti fatti risultare reciprocamente scollegati e comunque complessivamente devianti dall'obiettivo finale.

Faccio solo un esempio che mi sembra essere particolarmente istruttivo di questo stato di cose, a riguardo del matrimonio del transessuale.

Come si sa, volendo spingere vigorosamente per la regolazione della condizione della coppia di coniugi il cui matrimonio debba considerarsi ormai sciolto per effetto del mutamento di sesso di uno dei suoi componenti, la Corte ha con [sent. n. 170 del 2014](#) fatto luogo ad una additiva di principio in vece della consueta pronuncia di rigetto con monito, quale quella di cui alla [sent. n. 138 del 2010](#). Il principio aggiunto è appunto quello per cui la coppia in parola, connotata da un "pregresso vissuto" – ci dice la Corte – non comune ad altri soggetti dello stesso sesso che pure aspirino ad aver riconosciuto il diritto alle nozze, appare esser bisognosa di una speciale protezione, che dovrà essere urgentemente apprestata dal legislatore.

Alla ripresa del processo rimasto pendente, la Cassazione, consapevole di non riuscire a desumere dal principio in parola una regola immediatamente valevole per il caso, ha spostato il tiro e, facendo propria una proposta venuta da una sensibile dottrina²⁴, ha considerato ancora oggi sussistente il vincolo matrimoniale intercorrente tra i soggetti in questione, sia pure sottoponendolo alla condizione risolutiva del suo scioglimento una volta sopravvenuta l'attesa regolazione da parte del legislatore ([sent. n. 8097 del 2015](#)). Abbiamo così assistito alla "invenzione" di un istituto originale, che in realtà non c'è (e non può esserci): il *matrimonio "a tempo"*²⁵.

La vicenda è assai istruttiva per plurime ragioni.

In primo luogo, testimonia quello scollamento esistente tra la decisione dell'una e quella dell'altra Corte, di cui un momento fa si diceva, uno scollamento peraltro dovuto al salto logico riscontrabile

²³ Questi ed altri rilievi critici possono, volendo, vedersi nelle mie note alla decisione in parola, dal titolo [La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria \(a margine di Corte cost. n. 238 del 2014\)](#), in questa [Rivista](#), 2014 (17 novembre 2014), e, pure [ivi](#), [Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quale i possibili "seguiti" della 238 del 2014?](#), 2015/I (5 marzo 2015), 78 ss.

²⁴ Il riferimento è, ovviamente, a B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in [www.articolo29.it](#), 15 giugno 2014.

²⁵ Riprendo qui una critica che è nella mia nota [Il matrimonio "a tempo" del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile? \(A prima lettura di Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015\)](#), in questa [Rivista](#), 2015/I (28 aprile 2015), 304 ss.

nella pronunzia del giudice costituzionale che nella parte motiva fa salva la norma di legge che prevede lo scioglimento del matrimonio del transessuale mentre poi nel dispositivo produce una norma, che in quella legge mancava e non avrebbe potuto esservi ma che piuttosto avrebbe dovuto trovare posto in altra legge, volta alla disciplina della condizione della coppia in parola²⁶.

Per la Consulta, dunque, i componenti la coppia stessa sono ormai da considerare a tutti gli effetti *ex coniugi*; di contro, per la Cassazione sono ancora coniugi, mentre cesseranno di esserlo solo quando il legislatore offrirà loro la peculiare protezione cui hanno nondimeno diritto.

In secondo luogo e proprio perché i “terminali” della complessiva manovra posta in essere dalla Consulta sono i giudici comuni, l’obiettivo avuto di mira non viene centrato, mentre il bersaglio colpito risulta essere diverso da quello prefiguratosi dal giudice costituzionale. È vero, però, che – come pure si diceva – le due Corti hanno in comune lo scopo di esercitare una pressione sul legislatore perché finalmente si svegli dall’annoso letargo in cui versa e dia al diritto costituzionale leso la dovuta protezione.

La morale che poi si trae da questa intricata e sofferta vicenda è che “politica” è stata la decisione della Consulta e ugualmente (e, forse, più ancora...) “politica” la decisione della Cassazione: lo è stata la prima, che ha riservato al matrimonio tra persone dello stesso sesso, originario o sopravvenuto che sia, un trattamento diverso, dando vita la seconda volta ad una decisione di accoglimento comunque inidonea ad essere portata ad immediata applicazione, a motivo della complessità delle regole allo scopo necessariamente richieste. Lo è stata anche la seconda, indotta in errore dalla prima, che ha oggettivamente incoraggiato il giudice dell’“esecuzione” non già ad estrarre una regola dal principio somministrato dalla Consulta bensì ad inventarsi di sana pianta una regola non riportabile al principio stesso, una regola che in realtà non aveva, non poteva avere, titolo per farsi valere a motivo della sua palese incompatibilità col paradigma eterosessuale del matrimonio prescritto dall’art. 29 della Carta.

Come si vede, pur laddove le tecniche decisorie siano dalla Consulta piegate per una giusta causa, alle volte possono a mo’ di *boomerang* rivoltarsi contro chi se ne avvale, dal momento che – al di là della innegabile pressione esercitata, come si è veduto, sul legislatore²⁷ – resta il fatto che il matrimonio considerato dal giudice costituzionale ormai sciolto è stato dal giudice comune miracolosamente “resuscitato” (anzi, non è mai morto...).

Il secondo indice è dato da quella manipolazione del parametro, in vece dell’oggetto ovvero unitamente a questo, cui pure si è poc’anzi fatto cenno. Certo, non è facile darne la prova, per quanto si siano date e si diano vicende altamente emblematiche in tal senso; e basti solo por mente alle numerose “riscritture” del Titolo V avutesi *ope juris prudentiae*, al punto che il volto dello Stato regionale italiano, qual è secondo “diritto vivente”, fatica ormai a riconoscersi o diciamo pure che non si riconosce affatto nella sua immagine disegnata nella Carta.

Non occorrono esempi, tanto numerosi e lampanti, essi sono, praticamente in ogni campo materiale di esperienza, avuto cioè riguardo al terreno su cui maturano le esperienze della legislazione (e della normazione in genere), dell’amministrazione, della finanza, senza peraltro trascurare taluni profili non secondari dell’organizzazione, tanto con riguardo alla forma di governo quanto in merito alla “forma di Regione”, per riprendere, adattandolo alla dimensione regionale, un concetto familiare alle vicende statali (applicato, appunto, alle relazioni intercorrenti tra comunità governata ed apparato governante).

Insomma, una Corte che si mostra sempre più intraprendente, incisiva, insofferente a restare rispettosa delle regole che presiedono all’esercizio delle sue funzioni, persino – si faccia caso – a quelle che essa stessa s’è data, ad integrazione del dettato costituzionale e legislativo. La qual cosa

²⁶ Che l’addizione normativa sia stata operata dalla Consulta su legge “sbagliata” è stato prontamente rilevato da una sensibile dottrina: v., dunque, R. ROMBOLI, [La legittimità costituzionale del “divorzio imposto” \(quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice\)](#), in questa [Rivista](#), 2014 (1° luglio 2014), nonché – se si vuole – anche nel mio [scritto](#) da ultimo richiamato.

²⁷ In realtà, la maggiore pressione – a me pare – è, nei fatti, esercitata, più ancora che dalla additiva della Consulta, dal forzato mantenimento del matrimonio tra persone (divenute) dello stesso sesso operato dalla Cassazione, che dovrebbe finalmente indurre – la speranza è questa – il legislatore all’azione.

poi ripropone l'inquietante interrogativo di Giovenale a riguardo di chi mai possa controllare i controllori, impedendo alla Corte, che è, e deve restare, il massimo garante della legalità costituzionale di convertirsi innaturalmente nel massimo decisore politico, non più dunque un *potere costituito*, bensì un *potere costituente permanente*.

Qui è il cuore della questione ora nuovamente discussa, il suo *punctum crucis*.

3. *Ciò che il legislatore (costituzionale prima ed ordinario poi) può e deve fare a beneficio dei diritti, a mezzo di discipline caratterizzate da essenzialità di disposti e duttilità di struttura nomologica, sì da adattarsi alla varietà dei casi e delle mobili combinazioni degli interessi bisognosi di tutela*

Avverto subito che, a mia opinione, il rischio micidiale insito nello scenario appena descritto non può essere parato efficacemente fino in fondo; e ciò, per la elementare ragione che la Corte può in ogni tempo rivendicare per sé il titolo di dire l'ultima parola sulle controversie di diritto costituzionale e di diritti costituzionali, chiudendo la partita aperta con gli altri operatori istituzionali, siano essi organi della direzione politica e siano pure giudici diversi, comuni e non²⁸. Su quest'ultimo punto, nondimeno, tornerò a momenti; tengo tuttavia da subito a precisare che l'idea di una Corte *Constitutioni soluta*, sol perché protetta dallo scudo impenetrabile eretto dall'art. 137, ult. c., a norma del quale le pronunzie della Corte stessa non soggiacciono ad alcuna "impugnazione"²⁹, non è in alcun modo accettabile, ove la si intenda come espressiva di una *sovranità della Corte* in grado d'imporsi sulla stessa *sovranità della Costituzione* e dei suoi valori³⁰, non dandosi in tesi rimedio alcuno che possa impedire al massimo garante della Carta di commutarsi – come si diceva – nel massimo decisore politico, in quanto appunto interprete privilegiato, se non pure esclusivo, l'unico comunque insindacabile, della Carta stessa.

Si tratta, ad ogni buon conto, di stabilire, al di là delle parole e degli schemi teorici, anche i più accurati e raffinati, a mezzo di esse forgiati, cosa possa in concreto farsi allo scopo – come si diceva – di arginare fin dove possibile questo rischio.

La prima, elementare e persino ovvia, considerazione che viene da fare, riprendendo il quadro inizialmente delineato a riguardo delle relazioni tra l'una e l'altra specie di attività, è che molto può (e deve) fare al riguardo il legislatore che, col fatto stesso di esercitare a modo la funzione sua propria, può porsi quale una sorta di *garante preventivo* avverso gli usi abnormi della giurisdizione in genere e costituzionale in ispecie.

Il punto è di centrale rilievo e merita che su di esso si fermi, sia pure con la necessaria speditezza imposta a questo studio, l'attenzione.

Una delle ipotesi sopra fatte è – come si rammenterà – quella per cui tanto gli organi di garanzia quanto (e prima ancora) quelli della direzione politica offrono, ciascuno per la propria parte e nel rispetto del ruolo che gli spetta, un fattivo concorso all'appagamento dei diritti.

²⁸ Non si dimentichi che la Corte può giudicare l'operato di *tutti* gli organi, compreso l'altro massimo organo di garanzia, il Capo dello Stato, tanto in sede di conflitti interorganici quanto per responsabilità penale, senza essere giudicata da alcuno.

²⁹ Sul peculiare significato che il termine assume nelle sue applicazioni alle esperienze della giustizia costituzionale mi permetto rinviare al mio *Storia di un "falso". L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990, con le ulteriori precisazioni che vi ho dato in *Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - J. Luther, Giappichelli, Torino 2011, 349 ss.

³⁰ Sulla desoggettivizzazione della sovranità e il suo compiuto inquadramento ed apprezzamento in prospettiva assiologicamente orientata, v., sopra tutti, G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005, sul cui pensiero, ora, E. CASTORINA - C. NICOLOSI, "Sovranità dei valori" e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull'evoluzione della giurisprudenza statunitense, in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Silvestri*.

Soprattutto nel tempo presente, in cui le pretese di tutela vantate dai diritti e da coloro che ne sono portatori si fanno viepiù crescenti e pressanti, è solo dallo sforzo congiunto – ripetesi: *nella tipicità dei ruoli* – prodotto a plurimi livelli istituzionali che può fondatamente nutrirsi la speranza che la tutela stessa possa, almeno in una certa, non disprezzabile misura, essere raggiunta.

La prima mano, come si diceva, è chiamata a giocarla il legislatore, cui compete di dare il primo e necessario sviluppo alle previsioni della Carta costituzionale e delle altre Carte che danno il *riconoscimento* (nella ristretta e propria accezione del termine) dei diritti.

Qui si pongono due formidabili questioni: l'una è relativa a ciò che il riconoscimento stesso significa, non tanto con riferimento ai diritti “vecchi”, avvalorati da una tradizione storico-positiva ormai risalente e consolidata, quanto in merito ai “nuovi” o ai “nuovissimi”; l'altra attiene, poi, al modo o alla misura con cui al riconoscimento stesso deve far seguito la sua prima attuazione ad opera della legge, vale a dire fin dove questa è tenuta a spingersi, conformemente al ruolo disegnato per il legislatore nella Carta, e dove invece deve arrestarsi per far posto ad altre attività, alle volte “applicative” ed altre invece – come si è già accennato – “attuative”, poste in essere dai giudici e dai pratici in genere al servizio dei diritti ed in vista del loro ottimale appagamento, alle condizioni oggettive di contesto.

La prima è la somma questione, quella che più di ogni altra rimette in gioco, a un tempo, l'essenza delle pubbliche funzioni, a partire appunto da quella legislativa (e di predisposizione normativa in genere), e l'essenza della Costituzione, quale documento cioè che ha la sua tipica ed irripetibile ragione d'essere nel dare appunto il *riconoscimento* ai diritti, secondo l'aureo, ad oggi attualissimo, insegnamento datoci dai rivoluzionari francesi col famigerato art. 16 della *Dichiarazione* dell'89 (una proprietà, questa, che oggi la Costituzione condivide con altri documenti parimenti “costituzionali” *in senso materiale*, le Carte internazionali dei diritti).

Ora, tornando qui ad interrogarci circa ciò che fa la “fondamentalità” di un diritto³¹, a me pare che la risposta linearmente discenda dalla premessa, che non mi sembra da alcuno contestata, secondo cui le Costituzioni di stampo liberale (e, tra queste, dunque la nostra) hanno nel *principio personalista* il perno attorno al quale ruotano tutte le norme della Costituzione stessa, le organizzative al pari delle sostantive, tutte infatti essendo in funzione della salvaguardia dell'uomo, dell'affermazione della sua personalità, della soddisfazione dei suoi elementari bisogni³². “Fondamentali” sono, pertanto, i diritti (e solo quei diritti) che si dimostrano essere *direttamente, immediatamente e necessariamente* serventi il valore della dignità, l'“assoluto costituzionale”, secondo la efficace qualificazione datane da un'autorevole dottrina³³, il bene cioè non bilanciabile con alcun altro e che però resterebbe senza riparo sacrificato ove non si avesse il riconoscimento e, come si vedrà a breve, l'effettiva salvaguardia di quei diritti.

Il legislatore può (e deve) portare alla luce ciò che nella Carta è rimasto, per ragioni storico-politiche (e, in ultima istanza, culturali), inesplicitato e compresso, dandovi quindi modo di espandersi ed inverarsi nell'esperienza, di farsi fin dove possibile valere.

Al legislatore non è dato di porre nuovi principi fondamentali – ciò che è attributo esclusivo del potere costituente – ma è dato di porre “nuovi” diritti fondamentali, che poi veramente “nuovi” non sono (e non possono essere), siccome comunque bisognosi di farsi riportare alla previsione larga, ma non senza confini, di cui all'art. 2 della Carta, nelle mutue implicazioni che quest'ultimo intrattiene con l'art. 3 e nel suo fare “sistema” coi principi fondamentali restanti (specie, come si dirà, con quelli

³¹ Per i vari modi d'intendere i diritti in parola, v., ora, A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in questa *Rivista*, 2015/I (26 gennaio 2015), 10 ss.

³² Del principio in parola si tratta nel mio *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in www.federalismi.it, 17/2013, cui mi permetto dunque di far rinvio anche per risalenti indicazioni di lett.

³³ G. SILVESTRI, cui peraltro si deve la felice, citatissima, definizione della dignità quale la “bilancia” su cui possono effettuarsi le operazioni di bilanciamento tra i beni della vita costituzionalmente protetti (l'A. ha iniziato a discorrerne nel suo *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 14 marzo 2008, e quindi in altri scritti, tra i quali, di recente, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, intervento al Seminario organizzato dall'AIC su *Il significato della pena. A un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Roma 30 maggio 2014, in www.rivistaaic.it, 2/2014).

di cui agli artt. 10 e 11, che danno l'apertura dell'ordine interno al diritto internazionale e sovranazionale). Solo i diritti che servono libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità), in quanto appunto indispensabili al fine di farli valere, possono fregiarsi del titolo di autenticamente, genuinamente “fondamentali”; e, *proprio per ciò*, essi sono “inviolabili”.

Così stando le cose, ci si avvede che lo strumento secondo modello congeniale alla posizione (*rectius*, al *riconoscimento*) di “nuovi” diritti fondamentali è la legge costituzionale; quella comune entra in campo, a mio modo di vedere, solo in seconda battuta, al fine di dare ulteriore svolgimento alla prima, la sua più immediata (e, come si vedrà, di necessità contenuta) specificazione-attuazione.

Di questa idea sono convinto da tempo e – confesso – in essa mi vado sempre di più radicando, pur consapevole che la soluzione da me preferita seguita a faticare ad affermarsi nella teoria come, e più ancora, nella pratica³⁴. Trovo nondimeno singolare e francamente inspiegabile che si pensi sufficiente allo scopo di dare il *riconoscimento* suddetto lo strumento della legge comune, quando non addirittura quello diretto da parte dei giudici.

Al di là di ogni riserva che solleva lo scenario che veda la legge comune, quale atto per antonomasia espressivo d'indirizzo politico (e, dunque, atto di parte), far luogo al *riconoscimento* stesso facendo al riguardo valere quella logica di schieramento che dovrebbe restare estranea alla definizione della stessa essenza della materia costituzionale³⁵, soccorre a sostegno della tesi qui patrocinata il dato elementare, di tutta evidenza, costituito dal fatto che i diritti “vecchi” hanno tutti avuto il loro *riconoscimento* dalla stessa Carta costituzionale, nel mentre la legge comune, cui la stessa Carta rinvia, entra in campo solo *dopo*, per ciò che attiene alla disciplina dei limiti all'esercizio dei diritti stessi, così come *dopo ancora* entra in campo la giurisdizione, cui è riservata l'attivazione dei limiti stessi ovvero la verifica della loro osservanza da parte degli organi cui è demandata la materiale adozione dei provvedimenti restrittivi dei diritti³⁶. C'è, insomma, una consecuzione, assiologico-positiva e temporale, nell'esercizio della funzione legislativa e di quella giurisdizionale, a salvaguardia dei diritti riconosciuti dalla *sola* norma a ciò, per sua indeclinabile vocazione, abilitata: la norma costituzionale³⁷.

Perché mai allora – qui è il punto – questo schema non dovrebbe valere altresì per i “nuovi” diritti? Piuttosto, ove appunto non dovesse considerarsi per essi valevole, il dubbio assai elevato è che non si tratti di *veri* diritti “fondamentali”, la “fondamentalità” essendo rivelata ed emblematicamente rappresentata proprio dallo strumento per eccellenza preposto a dare la prima ed essenziale disciplina della “materia” costituzionale, anzi del cuore della stessa: la legge costituzionale.

La legge comune – come si diceva – entra in campo solo *dopo*, perlomeno *secondo modello*; e lo fa, è opportuno che lo faccia, a mezzo di discipline comunque segnate da duttilità di struttura nomologica ed agilità di movenze: da discipline, dunque, esse pure contenute per svolgimento normativo, non tanto per articolazione delle disposizioni di cui si compongono, quanto per la loro attitudine ad adattarsi a plurime, continuamente cangianti, situazioni dalle stesse regolate. È perciò inevitabile la “delega” – come suole essere chiamata – fatta ai giudici, a quelli costituzionali come a quelli comuni, non di rado dunque sollecitati a quell'opera di *attuazione*, e non di mera *applicazione*,

³⁴ Non a caso, i dibattiti sulle riforme costituzionali, pur nelle laceranti divisioni tra i fautori di questa o quella soluzione, risultano tutti convergenti in ordine alla necessità di lasciare al di fuori della traiettoria delle future innovazioni della Carta le norme sostantive in genere e quelle relative ai diritti in specie.

³⁵ Si potrà, forse, anche accedere all'ordine di idee favorevole a che le revisioni della Carta abbiano luogo a colpi di maggioranza (un esito, questo, nel quale nondimeno non mi riconosco), ma non ho esitazione alcuna ad escludere categoricamente che ciò possa aver luogo per ciò che attiene al *riconoscimento* di nuovi diritti fondamentali, all'essenza appunto della materia costituzionale.

³⁶ Sul significato e la funzione delle riserve di legge, con specifico riguardo alla materia processuale ma con interessanti notazioni di ordine generale, v., ora, G. SORRENTI, *Riserva di legge in materia processuale e latitudine del sindacato di costituzionalità*, in *Dir. pubbl.*, 3/2014, 807 ss.

³⁷ Riprendo qui, con ulteriori precisazioni, l'esito di precedenti indagini, tra le quali *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibrio istituzionale in un ordinamento “intercostituzionale”*, in www.rivistaaic.it, 4/2013, e *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in www.forumcostituzionale.it, 29 novembre 2014.

di cui poc' anzi si diceva, senza peraltro escludere l'ulteriore opera di produzione normativa alle volte indispensabile per l'effettiva implementazione della disciplina legislativa³⁸.

Quando poi la disciplina legislativa non risulti dotata della necessaria flessibilità, questa si è molte volte avuta (e si ha) a forza, attraverso l'adattamento della disciplina stessa, inizialmente eccessivamente rigida, da parte del giudice costituzionale e talora direttamente da parte dei giudici comuni, cui pure si devono non infrequenti "manipolazioni" dei testi di legge mascherate sotto le vesti candide dell'interpretazione conforme.

Come si vede, laddove il legislatore viene del tutto meno al suo compito ovvero lo esercita malamente³⁹, questo obbliga i giudici ad un innaturale ruolo di supplenza e, perciò, alla *commutazione dell'attività di garanzia in attività politica*. Non consola il fatto che i giudici adducono, a giustificazione del loro operato, la circostanza per cui della Costituzione (e – aggiungo – delle altre Carte dei diritti) può alla bisogna farsi applicazione diretta. Quando infatti le regole non ci sono e gli stessi principi sono enunciati in termini sommamente vaghi e reticenti, la loro "manipolazione" in sede giudiziaria, pur se effettuata con le migliori intenzioni, resta una evenienza da mettere in conto, forse talora davvero inevitabile⁴⁰.

Se, di contro, il legislatore fa il proprio lavoro come si conviene, questa è già la prima e rilevante, pur se da sola non sufficiente, risorsa di cui si dispone avverso siffatti indebiti mescolamenti funzionali, quanto meno – come si diceva – allo scopo di contenerne talune esasperate, irragionevoli manifestazioni.

4. La riduzione delle garanzie apprestate ai diritti in sede giurisdizionale in nome del "sistema", che obbliga a bilanciamenti, alle volte molto gravosi per i diritti stessi, con altri interessi costituzionalmente protetti

Non fanno, poi, difetto i casi, ai quali pure si è accennato in sede di notazioni iniziali, in cui i diritti provvisti di riconoscimento costituzionale sono stati, in tutto o in parte, sacrificati dai giudici a mezzo di operazioni di bilanciamento che hanno portato all'esito di privilegiare altri interessi giudicati meritevoli di prioritaria tutela.

Questa esperienza ha molti volti e non è qui possibile passare in rassegna neppure alcune delle sue più salienti espressioni. Mi limito solo, riprendendo un esempio dietro fatto, a rammentare i sempre più ricorrenti casi in cui si è assistito ad una vistosa compressione dei diritti e persino della stessa dignità, che – come si è fatto notare – dovrebbe andare esente da bilanciamento alcuno, allo scopo di far fronte ora al dilagante terrorismo internazionale ed ora alla soffocante crisi economica in atto.

La principale argomentazione alla quale si è fatto (e si fa), in tali congiunture, ricorso è quella che fa riferimento al "sistema", al bisogno cioè di guardare all'intera gamma degli interessi costituzionalmente meritevoli di protezione e di ricercarne quindi la sintesi ottimale, in ragione del contesto, in vista dell'affermazione della Costituzione *magis ut valeat*, come "sistema" appunto,

³⁸ Ricordo ora, per tutti, il caso, drammaticamente venuto alla luce molti anni addietro, del piccolo Alfredino Rampi precipitato in un pozzo artesiano, dove trovò la morte, che mise a nudo la mancata attuazione della legge sulla protezione civile, con vigore denunciata alla pubblica opinione dal Presidente della Repubblica Pertini.

³⁹ A riguardo delle carenze della legislazione, distingue tra diritti senza legge *in senso relativo* e diritti senza legge *in senso assoluto* A. MORELLI, *I diritti senza legge*, cit., 10 ss., spec. 20 ss.

⁴⁰ Rammento qui, per tutti, il caso Englaro e rammento altresì che a tutt'oggi la latitanza del legislatore nel far luogo ad un'adeguata disciplina delle esperienze di fine-vita perdura senza che si sia riusciti a porvi riparo: dobbiamo, forse, aspettarci un nuovo caso Englaro per avere la speranza che la disciplina stessa possa finalmente venire alla luce? (Su tutto ciò, nella ormai nutrita lett., per tutti, v. S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e, dello stesso, più di recente, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all'epoca della rivoluzione biologica*, in www.rivistaic.it, 1/2014, § 5 ss.).

fissando pertanto il più in alto possibile il punto di realizzazione dei valori fondamentali dell'ordinamento⁴¹.

Ci si intenda. Il “sistema” è un dato oggettivo ed un fine allo stesso tempo, bisognoso di essere ogni volta ricercato, raggiunto, preservato, in ragione dei casi. Insomma, non si discute. Lo stesso legislatore, d'altronde, quando pone mano a dare tutela normativa ai diritti e, in genere, agli interessi dei quali intende farsi cura non può non tenere costantemente fisso lo sguardo sul “sistema”. Solo che i bilanciamenti insiti nelle discipline legislative presentano il difetto congenito ed ineliminabile della rigidità e dell'astrattezza, secondo quanto è proprio di ogni previsione di accadimenti o comportamenti futuri. Questi bilanciamenti sono sempre, tutti, condizionati dai casi che, nella loro incontenibile varietà, portano a combinazioni delle norme (o, se si preferisce, degli interessi dalle stesse regolati) parimenti varie, così come varie sono le combinazioni dei valori evocati in campo dai casi stessi. Al primo bilanciamento operato dal legislatore fa dunque seguito, di necessità, un secondo bilanciamento posto in essere dai pratici, e segnatamente dai giudici. Ed è presso questi ultimi che la partita, a conti fatti, si gioca e si chiude.

Ora, i bilanciamenti davanti ai giudici richiedono, al fine di essere convenientemente fatti, che i giudici stessi dispongano di spazi adeguati al fine di ricercare l'ottimale realizzazione del sistema, in conformità di quello che – come si è veduto – appare essere una sorta di “metacriterio” o di “metanorma”: la ricerca della massima tutela possibile dell'intera gamma degli interessi costituzionalmente meritevoli⁴².

Qui è il cuore della questione oggi nuovamente discussa. Perché gli spazi in parola non possono essere né troppo estesi né troppo ristretti: non l'una cosa, conseguente all'eccessiva laconicità o, addirittura, alla totale carenza della disciplina legislativa (ciò che porterebbe a quella innaturale conversione dell'attività di garanzia in attività politico-normativa, di cui è dietro discorso) e neppure però l'altra, conseguente alla eccessiva minuzia e rigidità della regolazione legislativa, incapace di adattarsi alla varietà del reale, con le peculiari esigenze manifestate da ciascun caso.

V'è, dunque, un fatto (anzi, un problema) di “misura”, di ragionevolezza, cui devono conformarsi tutte le pubbliche funzioni e tutti gli atti, anche espressivi della medesima funzione, nel loro disporsi in “catene” teleologicamente orientate verso lo scopo, a tutti gli atti per modello comune, della massimizzazione della tutela⁴³.

⁴¹ Sul bisogno di salvaguardare il “sistema” la giurisprudenza costituzionale ha, specie in tempi recenti, insistito con particolare frequenza e vigore (v., tra le molte altre, le [decc. nn. 236 del 2011](#); [264 del 2012](#); [1, 170](#) e [202 del 2013](#) e, ora, [10](#) e [49 del 2015](#)).

⁴² Su quest'autentica *Grundnorm* che presiede alla composizione delle norme in sistema e, prima ancora, agli stessi processi interpretativi che portano alla loro individuazione, tra i molti altri e di recente, v. S. GAMBINO, *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali, Costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti. Effetti politici nel costituzionalismo interno ed europeo*, in [www.federalismi.it](#), 13/2014; G. D'AMICO, *Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”: in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza costituzionale*, relaz. alle Giornate di studio su *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, cit., in *paper*, spec. al § 5, e, dello stesso, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss., nonché negli *Scritti in onore di G. Silvestri*; pure *ivi*, E. CASTORINA - C. NICOLOSI, *“Sovranità dei valori” e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull'evoluzione della giurisprudenza statunitense*; L. CAPPUCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, e C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali (prime notazioni)*, spec. al § 3; v. inoltre, L. TRIA, *La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L'abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro*, in [www.cortecostituzionale.it](#), dicembre 2014; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2014, 389 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss., nonché, se si vuole, ora, il mio *Pluralismo assiologico, pluralismo istituzionale, integrazione di sistemi*, in [www.dirittifondamentali.it](#), 24 marzo 2015, spec. §§ 4 e 5, e già in altri scritti.

⁴³ Si ha dunque, ancora una volta, conferma che la ragionevolezza costituisce – secondo la fortunata immagine di una sensibile dottrina (L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano 2005) – un autentico “principio architettonico del sistema”.

Restare nel giusto mezzo – com'è chiaro – è quanto di più arduo vi sia. Se poi si considera che soprattutto i “nuovi” diritti, che gravitano nell'orbita del c.d. biodiritto, sono da noi in larga misura “scoperti”, al di fuori di alcune indicazioni offerte dalle Carte dei diritti (ma non – ahimè – dalla Carta costituzionale, che anche per quest'aspetto appare a mia opinione bisognosa di aggiornamento), se ne ha che del problema della “misura” suddetta devono farsi carico particolarmente i giudici che, in conseguenza delle annose carenze del legislatore, vengono davvero ad essere messi in croce. Perché, per un verso, sono sollecitati a quel ruolo di “supplenza”, di cui si diceva, allo scopo di non lasciare sguarniti di protezione i diritti; per un altro, però, sanno di non potersi spingere troppo in avanti, quanto meno laddove vogliano restare fedeli al proprio ruolo, non snaturandolo.

Si tratta allora di stabilire di quali risorse, interne all'apparato dei giudici, si dispone al fine di potersi muovere in equilibrio lungo questo crinale sottilissimo, senza cadere nel difetto della denegata giustizia ovvero nell'eccesso di una normazione per via (non legislativa ma) giudiziaria dei diritti.

5. Il “dialogo” tra le Corti (specie con quelle europee) quale risorsa avverso l'innaturale commutazione dell'attività di garanzia in attività politica, la tentazione cui ciascuna Corte rimane non di rado esposta a porsi quale superiore non recognoscens, discostandosi così da quel canone della massimizzazione della tutela che dovrebbe costantemente presiedere ai loro rapporti ed a salvaguardia dei diritti, l'ordinazione “orizzontale” delle Carte (e delle Corti) quale la più efficace risorsa avverso lo snaturamento della funzione di garanzia e il suo porsi quale la massima espressione della direzione politica

Molto di buono al riguardo ha già fatto ed ancora di più potrà fare nel prossimo futuro il c.d. “dialogo” tra le Corti, tanto in ambito interno (al piano cioè dei rapporti tra giudici comuni e Corte costituzionale) quanto a quello internazionale e sovranazionale (al piano dei rapporti tra giudici nazionali e Corti europee): una risorsa preziosa, spendibile a doppio verso, sia al fine del rinnovamento che a quello della stabilizzazione delle giurisprudenze.

Devesi subito far luogo ad un'avvertenza, cui qui si assegna uno speciale significato; ed è che il “dialogo”, pur laddove porti i frutti migliori che da esso si attendono, non è detto che riesca a fare da argine alle tendenze di frequente affioranti alla “politicizzazione” delle pronunzie dei giudici e degli indirizzi dalle stesse composti; potrebbe, di contro, ancora di più rimarcare il “tasso” di politicità insito negli indirizzi medesimi. Allo stesso modo, il loro radicamento nell'esperienza potrebbe giocare sia nel senso di esercitare una vigorosa pressione nei riguardi del legislatore perché finalmente si attivi a dare ai diritti l'attesa regolazione ovvero ad aggiornare una regolazione preesistente, quanto però nel senso opposto di incoraggiare l'ulteriore riprodursi di una iniziale inerzia, in considerazione del fatto che una qualche disciplina pur sempre si ha, anche se di anomala, “sussidiaria” formazione giurisprudenziale: un esito, questo, in particolare sollecitato a venire alla luce laddove la disciplina stessa si debba a pronunzie provviste di efficacia generale, quali sono quelle della Corte costituzionale (segnatamente, secondo comune opinione, quelle di accoglimento) e, più ancora, quelle della Corte dell'Unione, idonee a distendersi all'occorrenza su tutti i territori degli Stati membri, e, sia pure in via di mero fatto, talora anche quelle della Corte di Strasburgo, in ispecie laddove i punti di diritto in esse enunciati riescano a farsi valere oltre il caso che dà modo alla loro definizione.

La convergenza delle giurisprudenze rimane, ad ogni buon conto, un fatto altamente positivo, una risorsa appunto. Un fatto che ha però da essere costantemente sostenuto ed alimentato da un *animus* che, per vero, tarda ancora oggi ad affermarsi e a radicarsi nella cultura giuridica del nostro tempo e – ciò che più importa – ad essere recepito e *quodammodo* metabolizzato dai protagonisti del “dialogo” stesso, le Corti, ed al quale è, tuttavia, a mia opinione da assegnare cruciale rilievo. Mi riferisco all'abbandono, senza indugi e rimpianti, di un'antica e però ad oggi attualissima credenza che induce ciascuna Corte a considerarsi “superiore” alle altre, nell'assunto del tutto privo di fondamento che “superiore” sia la Carta di cui ciascuna di esse è istituzionalmente garante rispetto alle Carte restanti.

È una tentazione, questa alla quale le Corti restano non di rado soggette e di cui non riescono a liberarsi, condizionate da un malinteso “nazionalismo” o “patriottismo” costituzionale che, specie nelle sue più esasperate manifestazioni, finisce a conti fatti col ritorcersi a detrimento dei diritti. Si difende, cioè, con le unghie e coi denti la disciplina contenuta nella *propria* Carta, pur laddove essa si riveli meno attrezzata di altre Carte nel dare tutela ai diritti evocati in campo dai casi, anche – come si è veduto – nel loro fare “sistema” con altri beni della vita meritevoli di protezione. Insomma, viene messo in buona sostanza da parte quel canone della massimizzazione della tutela che dovrebbe invece stare a base dello svolgimento delle pratiche giuridiche, qualunque sia il livello istituzionale al quale esse prendono forma. Ed è singolare, francamente malinconico, che a parole tutte le Corti dichiarino di riconoscersi nel canone stesso né potrebbero fare altrimenti, dal momento che esso è esplicitamente enunciato nelle Carte europee (art. 53 sia della CEDU che della Carta di Nizza-Strasburgo) e chiaramente desumibile dalla Carta costituzionale (segnatamente, dagli artt. 2 e 3, espressivi – come si è veduto – della *coppia assiologica fondamentale* dell’ordinamento), quando poi da esso nei fatti si discostino.

Basti solo por mente all’idea del primato del diritto dell’Unione di cui la Corte dell’Unione stessa mostra di volersi fare portatrice e di cui ha reso, ancora di recente, testimonianza nel famoso parere reso a riguardo dell’adesione alla CEDU, che ha posto condizioni praticamente impossibili, tali in buona sostanza da aggirare il precetto di cui all’art. 6 del trattato di Lisbona.

Oppure si pensi all’avventata dichiarazione resa dal nostro giudice costituzionale in una sua risalente, ma non per ciò inattuale, pronuncia, la [n. 388 del 1999](#), nella parte in cui con sicumera si dichiara che la tutela offerta dalla nostra Carta ai diritti non è in ogni caso meno intensa di quella data dalle Carte restanti. È vero che subito appresso si aggiunge che le Carte tutte “*si integrano reciprocamente nella interpretazione*”: un’affermazione, questa, che dà voce ad una concezione delle Carte stesse quali idonee ad ambientare i loro rapporti su un piano “orizzontale”, improntandoli a reciproca parità, diversamente dalla prima affermazione che invece ordina le Carte in modo “verticale”, assumendo che quella costituzionale detenga in sovrana solitudine il primato sopra ogni altra.

Ancora da ultimo, poi, con [sent. n. 49 del 2015](#) il nostro giudice delle leggi ha avuto modo di precisare il proprio pensiero in ordine al rilievo in ambito interno della CEDU, confermandone il carattere irriducibilmente “subcostituzionale” ed abilitando i giudici nazionali (dunque, quelli comuni ma anche... *se stesso*) a discostarsi dalla giurisprudenza della Corte europea, segnatamente laddove le pronunzie di volta in volta di riferimento siano inespressive di un indirizzo “consolidato” ovvero non si sia in presenza di una *sentenza-pilota*⁴⁴. Quando poi il vincolo interpretativo risulti essere stringente, per il ricorrere dell’una ovvero dell’altra delle condizioni ora indicate, ebbene è pur sempre data la facoltà del giudice nazionale di portare la norma CEDU sospetta di violare la Costituzione alla cognizione della Consulta perché la rende inoffensiva, annullando la legge di esecuzione della Convenzione “*nella parte in cui...*”. Come si vede, un orientamento del nostro giudice costituzionale, questo manifestato con la [decisione sopra cit.](#), che appare palesemente dettato da un *animus* difensivo, incoraggiato cioè a formarsi da un *pressing* della Corte europea che alle volte dev’esser apparso insopportabile.

⁴⁴ La decisione ha subito attratto l’attenzione dei commentatori, molti dei quali non hanno mancato di evidenziarne il carattere esasperatamente “nazionalista” [variamente sul punto, F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it, 1° aprile 2015; nella stessa Rivista e con la stessa data, M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, nonché, ancora *ivi*, V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, 13 aprile 2015; inoltre, R. CONTI, [La CEDU assediata? \(Osservazioni a Corte cost. n. 49 del 2015\)](#), in questa [Rivista](#), 2015/I (9 aprile 2015), 181 ss.; P. MORI, *Il “predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU”: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della “normalizzazione” dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in www.sidi-isil.org, 15 aprile 2015; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in www.forumcostituzionale.it, 30 aprile 2015. Infine, volendo, anche il mio *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 aprile 2015].

In realtà, il giudice di Strasburgo, a seconda dei diritti in campo e dei contesti in cui maturano le operazioni di bilanciamento, usa a mo' di elastico la dottrina del consenso e del margine di apprezzamento, ora ritraendosi e lasciando spazio alle giurisprudenze (e, in genere, alle autorità nazionali perché possano dar modo all'identità costituzionale di espandersi e farsi valere ed ora invece spingendosi vigorosamente in avanti in ambito nazionale, sì da obbligare le giurisprudenze (e le autorità suddette) ad allinearsi agli indirizzi definiti a livello europeo⁴⁵.

Il punto è che i giudici europei da un canto, i giudici nazionali dall'altro, hanno da prendere finalmente consapevolezza del fatto che tutte le Carte, specie nel presente contesto multiculturale, o sono da considerare – piace a me dire⁴⁶ – come “intercostituzionali” oppure semplicemente non sono.

Le Carte europee non possono fare a meno di attingere e costantemente alimentarsi dalle “tradizioni costituzionali comuni”, così come le Carte costituzionali non possono assumere di poter assicurare sempre l'ottimale tutela ai diritti rinchiudendosi insensatamente, in modo autoreferenziale, in se stesse ed hanno dunque bisogno di rigenerarsi culturalmente facendo capo alle Carte di origine esterna.

Ogni immagine “verticale”, nel senso sopra detto, delle Carte ha un solo esito, obbligato: quello di fare – come si è veduto – della Corte apicale, posta al vertice del “sistema di sistemi”, un *potere costituente permanente*, non più un garante bensì il massimo decisore politico. L'immagine “orizzontale”, che mostra ogni Carta piegarsi davanti a ciò che di più e di meglio hanno le altre Carte da offrirle in vista dell'ottimale appagamento dei diritti e, in genere, degli interessi meritevoli di tutela considerati nel loro fare “sistema”, invece preserva il ruolo “giurisdizionale” (nella sua ristretta e propria accezione) dei giudici (di *tutti* i giudici) o, quanto meno, si pone quale preconditione necessaria, seppur non sufficiente, perché il ruolo stesso possa essere, nelle singole circostanze alle quali si applica, preservato. Di lì in avanti, poi, spetta direttamente ed esclusivamente ai giudici assumersi le responsabilità, morali e giuridiche, che loro competono per mantenersi fedeli al proprio ruolo, senza dar vita né a difetti né ad eccessi in occasione del suo esercizio. Ma per far ciò, come si diceva, hanno da essere sostenuti ed incoraggiati dal legislatore, così come quest'ultimo ha poi bisogno della “leale cooperazione” di quelli al fine di vedere portate linearmente e con profitto ad effetto le soluzioni normative apprestate a beneficio dei diritti.

Il rischio della “politicizzazione” (o “iperpoliticizzazione”) dei giudici e dei giudizi può essere, dunque, fugato solo in un modo, ad una condizione: che ciascun operatore faccia per intero e fino in fondo, come deve, la propria parte. È solo così che può allontanarsi e dissolversi l'esito di una fatale politicizzazione dei giudici, che renderebbe testimonianza di una sia pur tardiva e sterile rivincita di Schmitt su Kelsen, estesa oltre il campo in cui maturano le esperienze della giustizia costituzionale e perciò portata fino a ricomprendere le esperienze della giustizia comune.

⁴⁵ Sulle esperienze al riguardo maturate, notazioni di vario segno possono vedersi in J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti - A. Morrone, Giappichelli, Torino 2011, 87 ss.; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, University Press, Oxford 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi*, cit., spec. 88 ss. e 110 ss.; G. RAIMONDI, *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8-11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.europeanrights.eu, 11 gennaio 2013; i contributi che sono nella parte II.A di AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Intersentia, Cambridge 2013; R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, cit., spec. 214 ss., e, con specifico riguardo alle prospettive aperte per la sua ulteriore valorizzazione dal prot. 15, E. CRIVELLI, *I protocolli n. 15 e n. 16 alla CEDU: nel futuro della Corte di Strasburgo un rinvio pregiudiziale di interpretazione?*, in *Quad. cost.*, 4/2013, 1021 ss.; E. CANNIZZARO - B.I. BONAFÈ, *Beyond the archetypes of modern legal thought. Appraising old and new forms of interaction between legal orders*, in AA.VV., *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, a cura di M. Maduro - K. Tuori - S. Sankari, University Press, Cambridge 2014, 84 ss.; C. CINELLI, *Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale italiana e margine di apprezzamento*, in *Riv. dir. internaz.*, 3/2014, 787 ss.; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, cit., 387 ss.

⁴⁶ Di un ordine “intercostituzionale” ho cominciato a discorrere nel mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2001, 544 ss.

Il cerchio si chiude e si torna così alla partenza dell'itinerario qui percorso, l'equilibrio complessivo del sistema, anche nel suo porsi come "sistema di sistemi", dipendendo dal costante, necessario equilibrio tra organi di garanzia ed organi della direzione politica, senza il quale i diritti non hanno, non possono avere, né presente né futuro⁴⁷.

⁴⁷ Un opportuno richiamo all'equilibrio complessivo del sistema istituzionale è, ora, anche nella chiusa del saggio su *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, cit., di G. MOSCHELLA.

Antonio Ruggeri
Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come “sistema”
(notazioni di metodo)*

SOMMARIO: 1. La questione preliminare, relativa alla problematica connotazione dei diritti “sociali” rispetto ai “non sociali”, sotto lo specifico profilo del costo comunque richiesto dall’appagamento di tutti, quanto meno per ciò che attiene ai “livelli essenziali” della loro tutela. – 2. La questione relativa a come conciliare il variare dei “livelli” delle prestazioni relative ai diritti, in ragione del variare dei contesti, col carattere intangibile della relativa “essenza” e la sua soluzione nel riferimento alla *Costituzione come “sistema”*. – 3. Le proiezioni dell’idea della Costituzione come “sistema” al piano delle esperienze della giustizia costituzionale: in specie, la distensione del sindacato di costituzionalità sull’intero ordinamento e i casi di abnorme bilanciamento tra i canoni che governano lo svolgimento del sindacato stesso e le norme relative ai diritti (esempi tratti dall’ultima giurisprudenza). – 4. Il sistema quale “*sistema di sistemi*”, la Costituzione e le altre Carte dei diritti quali documenti “*intercostituzionali*” e la loro mutua integrazione in applicazione della *Grundnorm* della massimizzazione della tutela. – 5. Davvero minore, come comunemente si pensa, la tutela dei diritti sociali in ambito europeo rispetto all’ambito interno? – 6. Se i diritti sociali godano di buona salute e cosa possa farsi al fine di migliorarne la condizione, specie facendo leva sulla cooperazione interistituzionale. – 7. Al tirar delle somme: promuovere i diritti sociali attraverso la solidarietà.

1. La questione preliminare, relativa alla problematica connotazione dei diritti “sociali” rispetto ai “non sociali”, sotto lo specifico profilo del costo comunque richiesto dall’appagamento di tutti, quanto meno per ciò che attiene ai “livelli essenziali” della loro tutela

Tornare oggi a discutere dei c.d. “diritti sociali” è come addentrarsi in un labirinto, girare e rigirare al suo interno senza riuscire ad imboccare l’uscita; e ciò, per plurime ragioni che tenterò, nei limiti dello spazio di cui ora dispongo, di riassumere brevemente.

Credo che pochi dubbi possano aversi a riguardo del fatto che i diritti fondamentali (che d’ora innanzi, per comodità, indicherò senza dover ogni volta ripetere l’aggettivo che li qualifica) richiedano analisi differenziate, ciascuno insomma la sua propria, diversi essendone il riconoscimento costituzionale, i modi della tutela e, soprattutto, l’effettivo “grado” o la “misura” della stessa conseguiti (ad opera del legislatore ovvero, e sempre più di frequente, dei giudici), pur nelle obiettive difficoltà dell’accertamento, chiamato non di rado a svolgersi su un terreno scivoloso ed in un contesto complessivamente appannato e confuso.

Per altro verso, i diritti stessi manifestano una palese insofferenza a farsi riguardare – come in passato e, però, come ancora oggi molti sono soliti fare – *per categorie*, distinguendosi appunto i diritti dei quali siamo oggi chiamati a discorrere da altri “tipi”, a partire dalle classiche libertà negative per la cui tutela – come si sa – basterebbe (o, diciamo meglio, si pensava un tempo che sarebbe bastato) un mero *non facere* da parte dei pubblici poteri. Per quest’aspetto, i diritti parrebbero invero richiedere un discorso unitario che tutti li comprenda, “sociali” e non; solo che, così facendo, verrebbe appunto a smarrirsi il *quid proprium* di alcuni diritti, oltre una certa soglia l’analisi non potendo più restare indifferenziata, *allgemeingültig*.

Molti argomenti possono essere addotti a sostegno di quest’assunto.

Innanzitutto, per l’aspetto oggettivo, si hanno evidenti difficoltà a separare in modo netto l’area materiale ricoperta da ciascun “tipo”, segnandone in modo marcato e fisso i confini, a motivo delle mutue implicazioni che tra i diritti tutti s’intrattengono, in un “gioco” senza fine di dare-avere di cui è praticamente impossibile stabilire sia l’inizio che la fine¹; e ciò, in disparte l’infelice scelta

* Lo scritto riproduce, con minimi aggiornamenti e riferimenti di lett., il testo di un intervento svolto in occasione del Seminario su *Salute, assistenza sociale, istruzione fra garanzie costituzionali e innovazione normativa in alcuni ordinamenti statali*, Università della Calabria, Arcavacata di Rende (CS) 4-5 giugno 2015.

¹ Di ciò si ha consapevolezza anche fuori delle mura statali, come ancora di recente ci viene opportunamente rammentato (A. GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, in

terminologica adottata per designare i “tipi” stessi, essendo ormai provato che tutti i diritti rimandano a relazioni intersoggettive e, per ciò stesso, sono, tutti... *sociali*². Né soccorre ormai più, se mai ha potuto davvero soccorrere, il criterio che ha riguardo ai costi richiesti per l’appagamento dei diritti stessi, dal momento che – come pure è noto³ – ad essi vanno incontro, quale più quale meno, tutti i diritti. Diciamo pure, allora, che si è ormai formata una vera e propria *consuetudine culturale* diffusa, da noi come altrove, che porta ad etichettare alcuni diritti appunto come “sociali” ed altri come “non sociali”; e consuetudini siffatte – come si sa – esprimono alle volte una *vis* prescrittiva ancora più intensa di quella che è propria di molte norme giuridiche (scritte e non).

La questione dei costi è di centrale rilievo; e obbligherebbe ad un lungo ed articolato discorso qui evidentemente impossibile a farsi.

Mi limito solo, al riguardo, a due sole notazioni, l’una con riferimento al modello costituzionale e l’altra all’esperienza.

Per l’un verso, che le cose stiano così come si è appena rammentato se ne ha conferma dall’art. 117, II c., lett. m) che considera unitariamente bisognosi di prestazioni tanto i diritti “civili” quanto appunto quelli “sociali”, con ciò, allo stesso tempo, dando mostra della necessità di distinguere gli uni dagli altri e però anche di unificarne, almeno per alcuni aspetti, il regime: tutti, dunque, bisognosi di prestazioni, nondimeno differenziate⁴.

Per l’altro verso, il discorso appare essere molto complesso, sol che si pensi alla opacità del contesto ed alla estrema mutevolezza degli elementi di cui esso si compone, che variamente si combinano tra di loro dando vita a forme continuamente cangianti e mostrandosi sfuggenti e refrattari ad una loro stabile sistemazione e descrizione. Per avvedersene, basti solo tener conto del fatto che, accanto ai costi *diretti* ed immediatamente *visibili*, se ne hanno altri *indiretti* ed *occulti*, conseguenti molte volte al modo con cui altri diritti, anche di specie diversa, sono fatti oggetto di tutela.

Un solo esempio per tutti.

Una volta riconosciuto anche allo straniero irregolare il diritto al matrimonio col cittadino (e, ovviamente, a questi con quello)⁵, dal matrimonio stesso discendono subito alcuni diritti sociali e, quindi, a seguito dell’acquisto della cittadinanza da parte dello straniero, tutta una serie di diritti, anche non sociali, e di relative prestazioni, di cui tale soggetto non avrebbe altrimenti beneficiato.

Si diceva un momento fa che il disposto costituzionale sopra richiamato non consente di riprodurre l’antica partizione teorica tra diritti *con* e diritti *senza* prestazioni, per tutti comunque necessarie. È pur vero, tuttavia, che i “livelli essenziali”, di cui è ivi fatta parola, possono essere, così come sono, non solo diversi per ciascun “tipo” ma anche per uno stesso “tipo”, con riferimento ai singoli diritti che vi appartengono, e, persino, con riferimento ad uno stesso diritto nel corso del tempo.

Quella appena fatta può sembrare una osservazione persino ovvia; il punto è però che non è affatto chiaro fin dove questa tesi possa spingersi e dove invece si trovi costretta ad arrestarsi a pena di sacrificare la garanzia costituzionale.

È fuor di dubbio che il legislatore, cui spetta la fissazione dei “livelli” suddetti, goda di un ampio (anzi, amplissimo) margine di discrezionalità valutativa sia nella fissazione iniziale che nei successivi spostamenti del... *livello dei livelli*; ed è parimenti chiaro che le discipline allo scopo prodotte soggiacciono ad un giudizio che è, a un tempo, di *competenza* e di *ragionevolezza*, o meglio di una competenza che, a conti fatti, si apprezza e appunto *misura* per il tramite della ragionevolezza. La quale ultima, poi, a sua volta, si proietta tanto *verso il basso*, al piano cioè degli interessi

AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, a cura di E. Cavasino - G. Scala - G. Verde, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, 379, con richiamo a Corte EDU, *Airey c. Irlanda*).

² La vacuità delle formule di “diritti sociali” o “Stato sociale” è da tempo rilevata dalla più avvertita dottrina [di recente, A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in www.rivistaaic.it, 4/2011].

³ Ancora da ultimo, ce lo rammenta S. GAMBINO, nel suo corposo *paper* illustrato in occasione del nostro incontro di oggi, dal titolo *Crisi economica e diritti sociali*.

⁴ La norma, poi, non chiarisce se siffatta differenziazione riguardi le categorie in quanto tali ovvero ciascun diritto indipendentemente dall’appartenenza a questa o quella categoria; ma, di ciò, subito *infra*.

⁵ Il riferimento è, ovviamente, a [Corte cost. n. 245 del 2011](#).

costituzionalmente protetti, rendendosi palese per il modo con cui le discipline positive si risolvano (riescano effettivamente a risolversi) nella congruità rispetto agli interessi oggetto di regolazione, quanto *verso l'alto*, la tavola dei valori costituzionali nel loro fare “sistema”, dovendosi ricercare sintesi assiologiche apprezzabili tra tutti gli interessi suddetti, nell'intento di fissare il più in alto possibile il punto di realizzazione della Costituzione come “sistema”, *magis ut valeat*, secondo la magistrale indicazione teorica di una indimenticata dottrina⁶.

Tutto ciò, secondo modello; e, però, come tutti sanno, è estremamente disagevole averne effettivo riscontro nella pratica giuridica, a motivo del carattere sommamente incerto di ogni qualificazione secondo ragionevolezza⁷. La stessa idea della *Costituzione come “sistema”*, sulla quale la giurisprudenza costituzionale, specie la più recente, è molto insistente⁸, appare essere uno strumento multiuso, idoneo a tradursi in plurime combinazioni di ordine assiologico, secondo occasionali convenienze⁹. Ricercare un minimo di obiettività nelle concrete applicazioni di quest'idea appare essere un'impresa pressoché disperata; eppure a questo sforzo non possiamo (e dobbiamo) sottrarci, altrimenti sarebbe come ammettere che la giurisprudenza *si serva* della Costituzione e dei suoi valori, piegandoli alle decisioni che di volta in volta intende adottare, anziché *servirli*, come dev'essere e come, ad onor del vero, molte volte (ma, appunto, non sempre) è.

2. *La questione relativa a come conciliare il variare dei “livelli” delle prestazioni relative ai diritti, in ragione del variare dei contesti, col carattere intangibile della relativa “essenza” e la sua soluzione nel riferimento alla Costituzione come “sistema”*

Dunque, che il “livello dei livelli”, di cui si dice nel disposto costituzionale sopra richiamato, possa e debba variare (e, comunque, è inevitabile che varî) non si discute. Si dà tuttavia un ostacolo teorico preliminare all'ammissione di questa eventualità; ed è legato al carattere “essenziale” dei livelli. Una formula che, come si sa, ha animato un fitto (e ad oggi non finito) dibattito, i cui termini... *essenziali* – mi scuso per il bisticcio di parole – qui non è possibile riferire neppure in sunto¹⁰. Sta di fatto però che, se “essenziale” è ciò di cui non è possibile comunque fare a meno risultandone altrimenti pregiudicata la stessa esistenza “libera e dignitosa” della persona (per riprendere qui, generalizzandola, una incisiva espressione della Carta), è da chiedersi come possa siffatta “essenza” andare soggetta a cambiamenti, in particolare soffrire una diminuzione di prestazioni, quale quella in modo sempre più vistoso imposta dalla crisi economica soffocante, forse destinata a non avere fine¹¹, in atto¹².

⁶ Ovvio il riferimento al magistero di V. Crisafulli. Quanto, poi, all'idea di *Costituzione come “sistema”* e dei modi con cui può aversene riscontro nell'esperienza, specie al piano delle relazioni interordinamentali (sulle quali qui pure torno a riflettere), ne ho più volte discusso nelle mie più recenti riflessioni (di recente, in *Pluralismo assiologico, pluralismo istituzionale, integrazione di sistemi*, in www.dirittifondamentali.it, 24 marzo 2015).

⁷ Indicazioni a riguardo dei modi con cui essa prende forma nelle esperienze della giustizia costituzionale possono, colendo, aversi da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, Giappichelli, Torino 2014, 115 ss.

⁸ Tra le altre, decc. [nn. 236 del 2011](#); [264 del 2012](#); [1, 170 e 202 del 2013](#) e, ora, [10 e 49 del 2015](#).

⁹ Ad es., al piano dei rapporti interordinamentali, più volte la Consulta se n'è avvalsa al fine di smarcarsi dal *pressing* delle Corti europee, specie di quella di Strasburgo, unitamente ad altre tecniche retorico-argomentative, quale quella secondo cui la giurisprudenza di quest'ultima Corte va osservata unicamente nella sua “sostanza” o – com'è stato da ultimo precisato ([sent. n. 49 del 2015](#), sopra cit.) – laddove si esprima in indirizzi “consolidati” ovvero a mezzo di sentenze-pilota.

¹⁰ Indicazioni in D. MESSINEO, *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Giappichelli, Torino 2012, e N. LONGO, *I livelli essenziali delle prestazioni quale clausola di omogeneità sul territorio nazionale*, Aracne, Roma 2012.

¹¹ Diffuso è, infatti, il timore che si tratti di crisi di “sistema”, di modello complessivo di organizzazione e di relazioni sociali, coinvolgente a conti fatti l'intero pianeta.

¹² Forse, si è poco fatto caso alla circostanza per cui l'abbassamento del livello delle prestazioni si deve altresì alla “invenzione” di sempre nuovi diritti e bisogni in genere meritevoli di appagamento che, posta in correlazione alla disponibilità complessiva delle risorse, comporta una spartizione viepiù parcellizzata di queste ultime.

La ragionevolezza – si è veduto – si apprezza e in modo incessante rimette a punto, nelle sue non di rado incerte e sofferte applicazioni, attraverso il contemporaneo e duplice riporto al “fatto” ed ai valori: dunque, si storicizza e contestualizza ed è pertanto, per sua indeclinabile vocazione, soggetta a mutamento, ciò che era ieri ragionevole potendo non esserlo più oggi o un domani, e viceversa¹³. Si dà, pur tuttavia, una soglia invalicabile, al di sotto della quale cioè non è possibile scendere, altrimenti smarrendosi l'*umanità* stessa della persona, la sua essenza, la dignità¹⁴.

Questa soglia – contrariamente ad una diffusa credenza – non può considerarsi rimessa all'esclusivo apprezzamento di ciascun soggetto, dotato di piena autodeterminazione in ordine a quelli che sono i suoi bisogni primari e, dunque, a ciò che è la sua dignità. È una tesi che – come si sa – si è fatta strada specie con riferimento alle vessate questioni riguardanti inizio e fine vita, laddove invero il bilanciamento tra interessi costituzionalmente protetti risulta essere di estrema delicatezza¹⁵; ma è una tesi che – come si viene dicendo – va altresì sottoposta a verifica nelle sue proiezioni di ordine teorico-generale. Giusta l'accezione “soggettiva” di “esistenza libera e dignitosa” e portata fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni, dovrebbe infatti ammettersi – ciò che, però, palesemente non si può – che ciascuno di noi sia abilitato a fissare il livello delle prestazioni richieste per l'appagamento di un proprio diritto (e di tutti assieme), a partire da quello relativo alla retribuzione, rapportata ai parametri costituzionali della quantità e qualità dell'attività lavorativa svolta e, in ogni caso, a quanto è appunto richiesto per una esistenza “libera e dignitosa”¹⁶.

D'altro canto, non vedo come possa in tutta franchezza sostenersi l'idea che si darebbe un'accezione soggettiva della dignità in un certo campo materiale di esperienza ed una invece oggettiva in un altro. Non si nega che l'autodeterminazione trovi ampio riconoscimento nella Carta; la tesi c.d. “oggettiva” della dignità, cui qui pure si è appena fatto richiamo, di certo non intende appiattare e svilire l'autodeterminazione stessa, così come, di rovescio, la tesi “soggettiva” non può negare che si diano limiti e vincoli di sistema, di ordine normativo, al libero spiegarsi e realizzarsi della personalità di ciascun soggetto.

Il vero è che l'autodeterminazione – come mi sono sforzato di mostrare altrove – non è né *tutto* né *niente*; è un bene della vita o, se più piace, un valore che richiede di essere bilanciato con altri beni o valori e che ha appunto nella dignità, a un tempo, il suo *fine* e il *confine*, la *meta* e il *limite*.

Ora, tornando alla questione dianzi posta, il “livello dei livelli” può, sì, abbassarsi, malgrado designi ciò che è “essenziale”, a condizione tuttavia che trovi compenso nell'innalzamento del livello riguardante altro o altri diritti (e, più in genere, beni della vita costituzionalmente protetti¹⁷) e, comunque, non comporti il complessivo degrado della persona, lo smarrimento del suo vivere in modo libero e dignitoso.

¹³ In realtà, soggetta a mutamento non è la ragionevolezza *ut sic*, quanto gli esiti delle sue costanti ed uniformi applicazioni in ragione del diverso contesto nel quale s'inscrivono. Ciò che è “logico” o, appunto, “ragionevole”, quale attività intellettuale espressiva di certi canoni che la orientano e ne sorreggono lo svolgimento, è sempre identico a sé. Il risultato pratico, ad ogni buon conto, non cambia, pur con questa precisazione.

¹⁴ Che la dignità appartenga ad ogni uomo in quanto tale e ne identifichi appunto l'essenza può considerarsi ormai provato; su ciò, d'altronde, come si sa, le menti più lucide di ogni tempo hanno trovato il loro *punctum unionis*, al di là poi delle divergenti qualificazioni datane per altri aspetti, anche di non secondario rilievo (nel senso qui nuovamente accolto, da ultimo e per tutti, G. SILVESTRI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana: bilanciamenti, conflitti e integrazioni delle tutele*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, in corso di stampa per i tipi della Giuffrè, § 2, a cui opinione la dignità “non deve essere ‘meritata’ dal singolo individuo e non può mai essere perduta”).

¹⁵ Riferimenti, nella ormai incontestabile lett., per tutti, in S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, e II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e, dello stesso, più di recente, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all'epoca della rivoluzione biologica*, in www.rivistaic.it, 1/2014.

¹⁶ Quest'appunto critico è presente nel mio *Appunti per una voce di Enciclopedia sulla dignità dell'uomo*, in www.dirittifondamentali.it, 15 aprile 2014, dove sono talune notazioni di ordine generale a riguardo altresì della opposta accezione “oggettiva” di dignità, qui pure riprese ed ulteriormente precisate.

¹⁷ Si pensi, ad es., all'impiego di risorse finanziarie anche cospicue che si rende oggi indispensabile nel campo della sicurezza, allo scopo di far fronte all'emergenza dilagante del terrorismo dilagante (su ciò, anche a breve).

Il punto è di cruciale rilievo proprio nel quadro di una riflessione, quale quella che ora si avvia, avente ad oggetto i diritti sociali, i più esposti a palese sofferenza a motivo della crisi¹⁸. Come suol dirsi, però, non di solo pane è fatta l'esistenza di ciascuno di noi; e di non minor peso sono i condizionamenti discendenti da misure fortemente coercitive per la persona in ragione della peculiare congiuntura segnata dal terrorismo internazionale, per far fronte alla quale si vanno adottando, da noi come altrove, misure invasive della persona umana, frutto di un bilanciamento vistosamente attratto verso il polo della sicurezza, individuale e collettiva, a discapito del polo che vorrebbe appieno salvaguardata l'integrità fisica e morale della persona¹⁹.

Sta di fatto che, laddove dovesse assistersi ad un mutamento dei livelli, si tratta ogni volta di chiedersi quale ne possa essere la ricaduta sull'intero sistema, sulla *Costituzione come "sistema"* appunto. È interessante notare come la questione si ponga tanto nel caso (realisticamente più frequente) di mutamento *in peius*, quanto in quello (sia pur remotamente, ugualmente configurabile) di mutamento *in melius*, ove si consideri che la maggior cura dedicata ad un diritto può risolversi in

¹⁸ Opinione corrente; non coincidenti sono, invece, le valutazioni a riguardo di come uscire da questa situazione fattasi insopportabile per fasce sempre più larghe del corpo sociale o, quanto meno, attutire i negativi effetti della crisi [in argomento, *ex plurimis*, A. SPADARO, [I diritti sociali di fronte alla crisi, cit., e, dello stesso, ora, Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL](#), in questa *Rivista, Studi, 2015/II* (3 giugno 2015), 504 ss.; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, spec. l'ult. cap.; AA.VV., *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. Angelini - M. Benvenuti, Jovene, Napoli 2012; I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Aracne, Roma 2012; AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, cit.; AA.VV., *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, a cura di R. Bifulco - O. Roselli, Giappichelli, Torino 2013; S. GAMBINO - W. NOCITO, *Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto*, in L. CHIARA - F. FORTE - S. GAMBINO - G. MOSCHELLA - P. NAVARRA - W. NOCITO - A. RUGGERI, *Crisi dello Stato, governo dell'economia e tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano 2013, 75 ss.; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in [www.rivistaaic.it](#), 4/2013, e, della stessa, quindi, *Diritti fondamentali e sviluppo sostenibile: un binomio complesso*, Relaz. alle Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto costituzionale su *Nas fronteiras do direito: sustentabilidade e desenvolvimento*, Foz do Iguaçu (Brasile), 23-24 ottobre 2014, in *paper*, e *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il "principe dei diritti sociali"?*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Silvestri*; G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 27 novembre 2013; R. CALVANO, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, in [www.costituzionalismo.it](#), 20 gennaio 2014; gli scritti che sono in *Quad. cost.*, 1/2014, part. quello di A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, 79 ss., del quale v., ora, pure *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in [www.rivistaaic.it](#), 3/2014; S. GAMBINO, *El Estado social y democratico de derecho: desarrollo histórico y conceptual*, in [www.federalismi.it](#), 23/2014, e, dello stesso, ora, *Crisi economica e diritti sociali*, cit.; inoltre, utili indicazioni in molti degli scritti che sono in [www.federalismi.it](#), 19/2014; F. BILANCIA, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria*, in [www.rivistaaic.it](#), 2/2014, e, nella stessa *Rivista*, A. CANEPA, *Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una prima rassegna e classificazione di meccanismi e strumenti adottati nella recente crisi economico-finanziaria*, 1/2015; Q. CAMERLENGO - L. RAMPA, *I diritti sociali fra istituti giuridici e analisi economica*, in *Quad. cost.*, 1/2015, 59 ss.; A. RANDAZZO, *Crisi economica e Costituzione: notazioni "fuori dal coro"*, in [www.dirittifondamentali.it](#), 19 marzo 2015, nonché, se si vuole, il mio [Crisi economica e crisi della Costituzione](#), in questa *Rivista, Studi, 2012* (21 settembre 2012). Infine, con specifico riguardo al discusso (e discutibilissimo) *Jobs Act*, da ultimo e per tutti, oltre allo scritto di C. Salazar sopra cit., F. ANGELINI, *Il Governo, il lavoro e la Costituzione nel c.d. "Jobs Act"*, in [www.costituzionalismo.it](#), 1/2015, 3 giugno 2015].

¹⁹ In argomento, tra i molti altri, T.F. GIUPPONI, in molti scritti (e, spec., in *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Libreria Bonomo, Bologna 2010, e, dello stesso, *Sicurezza, migrazioni e autonomie territoriali*, in AA.VV., *La Repubblica e le migrazioni*, a cura di L. Ronchetti, Giuffrè, Milano 2014, 105 ss.); M. RUOTOLO, *Le declinazioni costituzionali del concetto di sicurezza. Il problema del bilanciamento tra sicurezza e diritti fondamentali*, in ID., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal "diritto alla sicurezza" alla "sicurezza dei diritti"*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, 15 ss.; C. MOSCA, *La sicurezza come diritto di libertà. Teoria generale delle politiche della sicurezza*, Cedam, Padova 2012; AA.VV., *L'ordinamento della sicurezza: soggetti e funzioni*, a cura di N. Gallo e T.F. Giupponi, Franco Angeli, Milano 2014; A. PACE, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in [www.rivistaaic.it](#), 1/2015. Infine, G. DE MINICO, *Le libertà fondamentali in tempo di ordinario terrorismo*, in [www.federalismi.it](#), 10/2015, 20 maggio 2015.

una minore protezione per altri, quanto meno appunto laddove ciò comporti spostamenti consistenti di risorse necessarie per le prestazioni ad essi offerte.

La qual cosa non porta – a me pare – di necessità acqua al mulino della tesi, come si sa ricorrente²⁰, che induce a qualificare tutti i diritti “a somma zero” e non comparabili le tutele agli stessi apprestate in seno ad uno stesso ordinamento nel corso del tempo ovvero, in uno stesso tempo, da più ordinamenti o Carte. Una tesi che, nella sua rigida formulazione, non può essere accolta; in particolare, essa va, a mia opinione, incontro ad una non rimossa aporia di costruzione per il fatto di portare all’esito fatale di considerare comunque diverse e non “soppesabili” le tutele. La qual cosa equivarrebbe però a dire che non sarebbe possibile disporre di un criterio certo, con profitto utilizzabile in sede di sindacato di costituzionalità avente ad oggetto le soluzioni legislative al riguardo adottate, sotto lo specifico aspetto dell’indebito abbassamento dei “livelli essenziali” delle prestazioni assicurate a questo o quel diritto.

Ora, senza disconoscere le difficoltà al riguardo obiettivamente esistenti, che il sindacato stesso possa (e debba) aver luogo ai miei occhi appare un punto fermo, indiscutibile, se si vuol continuare a dare teorico e pratico senso all’idea della Costituzione quale legge fondamentale della Repubblica, i cui disposti possiedono valore autenticamente *prescrittivo*, e non meramente *persuasivo*, pur nella varia *intensità* della prescrizione stessa, anche in ragione della maggiore ovvero minore apertura esibita dalla struttura nomologica dei singoli enunciati, alcuni dei quali – come si sa – sono afflitti da un tasso assai elevato di vaghezza concettuale²¹.

Fermo questo punto, dunque, si tratta ogni volta di non circoscrivere l’esame al solo ambito materiale in cui si impiantano e svolgono le esperienze relative al singolo diritto ma di allargarlo all’intero sistema di diritti, tentando di stabilire se si mantenga ovvero si pregiudichi l’“essenzialità” dello stesso, della sua tutela²².

3. Le proiezioni dell’idea della Costituzione come “sistema” al piano delle esperienze della giustizia costituzionale: in specie, la distensione del sindacato di costituzionalità sull’intero ordinamento e i casi di abnorme bilanciamento tra i canoni che governano lo svolgimento del sindacato stesso e le norme relative ai diritti (esempi tratti dall’ultima giurisprudenza)

Si ha così conferma del fatto che il giudizio di costituzionalità, pur laddove abbia riguardo ad una singola disposizione di legge relativa ad un diritto dato, coinvolge sempre l’intero sistema legislativo e l’intero sistema dei diritti. È questa, a mia opinione, la lineare ed obbligata conseguenza teorico-ricostruttiva della previa adozione della “situazione normativa” quale oggetto del sindacato di costituzionalità²³. Ed è per la medesima ragione che il sindacato, pur facendo riferimento a specifici parametri di costituzionalità evocati nell’atto introduttivo del giudizio, in realtà finisce con l’irradiarsi all’intero spettro dei parametri, non potendosi altrimenti stabilire se la Costituzione come “sistema” riceva effettivo appagamento ed inveroamento nell’esperienza²⁴.

²⁰ Vedila, ancora di recente, riproposta da R. BIN, *L’interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in www.rivistaaic.it, 1/2015, § 5.

²¹ La qual cosa – come pure è noto – si riscontra proprio negli enunciati espressivi di valore in grado eminente, vale a dire nei principi fondamentali, con l’effetto che proprio le norme apicali dell’ordinamento ed usualmente considerate dotate della maggiore *durezza*, al punto di mostrarsi refrattarie alla loro innovazione per via legale, sono quelle provviste della minore *intensità prescrittiva* e, perciò, esposte a frequenti ed incisive, pur se non sempre nitidamente visibili, manipolazioni (ahimè, non solo ad opera dei decisori politici ma degli stessi garanti, a partire dal massimo di essi, la Corte costituzionale).

²² L’“essenzialità”, insomma, come si è tentato di mostrare, è attribuito, più che del singolo diritto, del “sistema” dagli stessi composto, quale risultante da operazioni di bilanciamento assiologicamente ispirate.

²³ ... nei termini che si è tentato di precisare altrove (ancora di recente, in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, cit., 93 ss.).

²⁴ Raggiungo così nuovamente, attraverso un diverso percorso argomentativo, una meta cui sono già pervenuto altrove (in particolare, nel mio *Storia di un “falso”. L’efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990).

Ogni questione di costituzionalità è “tagliata” in un certo modo, avendo oggetto e parametro suoi propri, così come risultando denunziati taluni vizi e non altri, ma finisce sempre col riguardare l’intero sistema, dovendosi stabilire se quest’ultimo ne soffra ovvero ne abbia un guadagno per effetto della introduzione della norma sottoposta a giudizio e, dunque, per effetto del verdetto adottato a conclusione di quest’ultimo.

La qual cosa, poi, riconsiderata al piano delle dinamiche della normazione, dà ulteriore conferma del segno lasciato sulle stesse da qualificazioni secondo valore, alle quali cioè si pervenga riguardando all’intero sistema, ai modi della sua composizione e dell’incessante rinnovamento interno, in prospettiva assiologicamente orientata, puntando diritto a verificare se, ora caducando la norma sottoposta a giudizio ed ora invece mantenendola in vigore, si dia modo alla Costituzione di affermarsi al meglio di sé, alle condizioni oggettive di contesto. Ecco perché non di rado si assiste all’attivazione di limiti all’innovazione normativa, in deroga al canone della *lex posterior* e, talora, persino della gerarchia e della separazione delle competenze²⁵, laddove cioè sia provato che, per effetto della innovazione stessa, risulti inciso un parametro costituzionale che offra “copertura” all’atto anteriore o – possiamo ora ancora meglio dire – risulti pregiudicata la realizzazione della Costituzione come “sistema”. Il giudice delle leggi, infatti, è quotidianamente chiamato a soppesare la situazione normativa qual è con la norma sindacata in vigore con la situazione normativa quale invece potrebbe essere a seguito della caducazione della norma stessa, è chiamato cioè a far luogo a bilanciamenti di tipo diacronico (estesi, come si vedrà a momenti, altresì al piano delle relazioni interordinamentali), in occasione della cui messa in atto un cruciale rilievo acquista il contesto in cui le norme s’inscrivono e fanno valere, restando quindi rimesse all’apprezzamento del giudice²⁶.

Così stando le cose, si capisce perché alle volte si ammetta che la norma giudicata debba esser fatta salva malgrado risulti di dubbia compatibilità (o, diciamo pure, di provata incompatibilità) con questo o quel parametro costituzionale, persino se espressivo di un principio fondamentale dell’ordinamento.

Molti sono gli esempi che potrebbero essere al riguardo addotti, anche solo a circoscrivere l’esame al campo materiale qui specificamente coltivato. Piuttosto, va rilevato che talora la giurisprudenza dà invero l’impressione di essersi portata oltre il rigo, immolando sull’altare in cui si dispongono beni pure meritevoli di ogni considerazione canonici che parrebbero essere indisponibili, quanto meno ove si abbia a cuore di preservare la “giurisdizionalità” dell’attività svolta dalla Corte, condizione questa senza la cui scrupolosa osservanza verrebbe meno la legittimazione stessa della Corte, il titolo cioè che ne fonda e giustifica la posizione e il ruolo nel sistema, spianando la via per la messa in atto dei bilanciamenti suddetti.

Il carattere “giurisdizionale” (nella sua ristretta e propria accezione) rimanda infatti, al fine del suo riconoscimento ed apprezzamento, al previo rispetto dei canoni che presiedono allo svolgimento delle

²⁵ Un caso che ha fatto molto discutere in cui una disciplina normativa è stata fatta salva, ancorché riconosciuta viziata per incompetenza, a motivo del servizio da essa prestato a diritti sociali è quello di cui a [Corte cost. n. 10 del 2010](#) (con riguardo alla introduzione della *social card*); ma altri ancora potrebbero essere adottati nel medesimo senso. La giurisprudenza costituzionale appare, nondimeno, ad oggi incerta per ciò che attiene l’assoggettabilità delle norme sulla normazione (segnatamente, al piano dei rapporti tra leggi statali e leggi regionali) a bilanciamento con norme sostantive, specie laddove volte a dare protezione ai diritti sociali. In senso affermativo, oltre alla decisione appena richiamata, può vedersi [Corte cost. n. 62 del 2013](#); in senso negativo, invece, [nn. 39 del 2013](#) e [99 del 2014](#), nelle quali ultime è altresì un richiamo a [sentt. nn. 148 e 151 del 2012](#) (altri riferimenti, anche in prospettiva comparata, di recente, in S. COCCHI, *Constitutional Courts in the age of crisis a look at the European Mediterranean Area*, in [www.federalismi.it](#), 21/2014, spec. al § 2.1 ss.). Il superamento delle competenze è, poi, stato riconosciuto (da [Corte cost. n. 317 del 2009](#) e succ.), con specifico riguardo ai rapporti tra CEDU e diritto interno (ma con considerazioni che, a mia opinione, posseggono generale valenza), in applicazione del canone della massimizzazione della tutela, del quale si dirà tra non molto.

²⁶ ... al punto che – come si è tentato di mostrare altrove – il contesto può farsi esso stesso parametro, specie laddove si tratti appunto di vagliarne la ricaduta sulla tutela dei diritti sociali (indicazioni, di recente, nel mio [Fatti “interposti” nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell’etica pubblica repubblicana](#), in questa [Rivista, Studi, 2014](#) (6 novembre 2014).

funzioni della Corte²⁷, canoni che proprio nella loro uniforme ripetizione temporale hanno la cifra identificante e complessiva valenza, secondo quanto è d'altronde proprio sia delle norme sulla normazione che di quelle sulla giurisdizione.

Qui, infatti, non è in gioco tanto la credibilità di questa o quella pronunzia, vale a dire la sua plausibilità in ragione dei termini della questione, per il modo con cui sono nel merito vagliati e posti a reciproco confronto, quanto piuttosto la stessa *riconoscibilità* di una pronunzia che non risulti rispondente alle norme stabilite per la sua adozione²⁸.

Nessuno dubita del fatto che possiamo riconoscere un atto come appartenente al tipo “legge” in quanto posto in essere da un organo chiamato Parlamento o Consiglio regionale, secondo un certo procedimento, rivestito di certe forme, complessivamente idoneo a produrre certi effetti. Ma una “legge” approvata da un organo diverso – come si è, peraltro, avuto in un caso che ha molto fatto discutere²⁹ – da quelli sopra indicati non potrebbe essere riconosciuta come tale e, pertanto, sarebbe da considerare radicalmente *nullo-inesistente*, insuscettibile di produrre persino l'effetto della sua assoggettabilità al sindacato di costituzionalità; di modo che questioni che lo riguardino dovrebbero essere subito respinte per manifesta inammissibilità.

Che dire allora di pronunzie della Consulta che assumano di poter essere adottate su oggetto impossibile (quali sono norme non scritte: [sent. n. 238 del 2014](#)) o di disporre dei propri effetti, laddove gli stessi risultano precostituiti e alle stesse pronunzie prescritti ([sent. n. 10 del 2015](#))?

Proprio i casi ora richiamati, sui quali – come si sa – si è assistito ad nutrito dibattito ad oggi in corso – si presentano di particolare interesse ai fini del discorso che si va ora facendo. Entrambi sono infatti relativi a diritti, e non a caso; e ci si deve quindi chiedere come mai abbiano ricevuto dalla Corte il trattamento che sappiamo. La risposta è – a me pare – subito pronta: la Corte ha fatto ciò che ha fatto, esponendosi al rischio incombente (per non dire, alla certezza...) della propria delegittimazione in ragione della posta in gioco, perché cioè sapeva (o riteneva) di non potere fare altrimenti.

Per il resto, i due casi sono molto diversi. Nel primo, davanti alla dignità di persone che hanno molto sofferto durante il secondo conflitto bellico, la Corte è passata sopra ogni regola, posponendo tutto: ha preso in esame – come si diceva – una norma consuetudinaria, qualificandola come inesistente in ambito interno (o, ad esser più precisi, qualificando inesistente la norma interna di adattamento), laddove fin qui anche le violazioni di principi fondamentali è stata considerata quale causa di possibile annullamento di norme che se ne siano rese responsabili, dunque considerate esistenti³⁰.

Nel secondo, nel corso del quale – come si sa – la Consulta ha dichiarato che la propria decisione non avrebbe prodotto effetti per il passato (neppure con riguardo al giudizio *a quo*), il diritto è stato invece sacrificato: paradossalmente, *riconosciuto meritevole di protezione ma poi non effettivamente tutelato*. A dire del giudice delle leggi, infatti, lo sfioramento dei conti pubblici conseguente alla perdita di effetti della norma incostituzionale anche con riferimento al giudizio principale (e, in genere, ai rapporti pendenti) avrebbe comportato un costo comunque insopportabile: il bilanciamento

²⁷ Un fermo richiamo a siffatto rispetto è stato (ed è) indirizzato alla Corte dalla più avvertita dottrina (sopra tutti, R. ROMBOLI, in molti scritti, tra i quali, da ultimo, *L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale* ab origine: *natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in www.forumcostituzionale.it, 6 aprile 2015).

²⁸ È questa la ragione per cui, a mia opinione, pronunzie irrispettose dei canoni in parola vanno a rigore qualificate come *nulle-inesistenti* e, perciò, sprovviste della “copertura” in via generale offerta alle decisioni della Corte dall'art. 137, ult. c., cost.

²⁹ Una “legge” era stata infatti adottata dal Presidente della Regione Calabria, giustamente qualificato dalla Consulta una “mera parvenza di legge” ([sent. n. 361 del 2010](#)). Sulla nullità delle leggi, v., part., G. D'ALESSANDRO, *La nullità della legge. Percorsi della cultura giuridica italiana del Novecento*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012; altri riferimenti in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, cit., 98 ss.

³⁰ La Corte non ha chiarito la ragione per cui proprio in quel caso, e non in altri, la violazione della Carta veniva a risolversi nella qualifica della inesistenza della norma che se ne è resa responsabile né ha detto come stabilire per l'avvenire quando la violazione stessa possa esser causa ora di una dichiarazione di nullità-inesistenza ed ora invece di una di annullamento.

tra il principio costituzionale della parità del bilancio e il diritto in campo non poteva dunque che risolversi, ad avviso del giudice costituzionale, che a beneficio del primo.

Se posso esser franco, a me sembra mostruoso che possa farsi applicazione nei rapporti pendenti (e persino nello stesso giudizio *a quo*) di una norma la cui incostituzionalità sia acclarata. Tanto mostruosa questa evenienza che l'autorità remittente si è apertamente ribellata al verdetto del giudice costituzionale, disattendendolo³¹. Ha così preso forma una catena di illeciti costituzionali, per quanto quello commesso dal giudice comune sia stato posto in essere al fine di porre riparo ad una decisione viziata della Consulta, la quale *potrebbe* rivendicare per sé la “copertura” dello scudo protettivo eretto dall'art. 137, ult. c., nella circostanza con disinvoltura messo da canto³².

La cosa singolare è che però, a brevissimo turno di tempo, il bilanciamento tra i medesimi beni della vita in campo si è risolto a beneficio del diritto e con il conseguente sacrificio delle esigenze di bilancio³³.

Questa vicenda è particolarmente istruttiva, per almeno tre ragioni.

La prima è che è assai poco credibile, come si diceva, una Corte che, in un contesto non dissimile, reputi di poter far luogo a bilanciamenti di cui risulti assai problematica la *reductio ad unum*, la reciproca armonizzazione.

La seconda è che, con specifico riguardo alla questione definita con la pronuncia da ultimo richiamata, la Corte dà mostra di non aver tenuto presente che, per effetto della decisione presa, potrebbero essere adottate misure fortemente penalizzanti per altri diritti non meno meritevoli di considerazione di quello nella circostanza in gioco. È chiaro che il problema del “seguito” normativo alle sentenze d'incostituzionalità è affare di cui deve farsi carico specificamente il legislatore. Qui però il vuoto aperto nei conti pubblici rischia di rivelarsi un'autentica voragine, specie laddove – come prevedibile – si abbia quindi una valanga di ricorsi avverso i provvedimenti-tampone varati dal legislatore per colmare almeno in parte il vuoto causato dalla Consulta³⁴. Né, ovviamente, si ha alcuna certezza e garanzia che le risorse finanziarie indispensabili al fine di ripianare il vuoto stesso non saranno attinte proprio dalle stremate casse di larghi strati della società, determinando quindi palesi e gravi sacrifici a carico di persone già particolarmente bisognose ed esposte al vento impetuoso della crisi.

La terza fa riferimento al fatto che, pur essendo adottata a parametro una norma costituzionale, si dà altresì un parametro occulto, sullo sfondo, che poi sta a base della stessa modifica apportata all'art. 81 e che è dato dall'osservanza dei vincoli discendenti dall'Unione europea, vincoli fattisi col tempo viepiù stringenti, alla cui osservanza – piaccia o no – a quanto pare si ritiene di non potersi sottrarre. Nessuna concessione, dunque, alla dottrina dei “controlimiti”, pure – come si sa – ripetutamente predicata ma nei fatti non praticata³⁵.

³¹ V. [Comm. trib. prov. Reggio Emilia, n. 217/3/15](#), Per vero, si è sottilmente distinto tra il formale rispetto del dispositivo e la sostanziale messa da canto della motivazione della decisione della Consulta (una previsione in tal senso era stata prontamente affacciata da R. ROMBOLI, nel suo scritto da ultimo cit.). In disparte però la circostanza per cui l'art. 136 della Carta, richiamato nel dispositivo, è stato costantemente inteso come non preclusivo della efficacia retroattiva delle decisioni di accoglimento, anche in forza di quanto al riguardo stabilito nell'art. 30, l. n. 87 del 1953, resta il vizio di fondo della mancata osservanza del canone della “totalità” della decisione (per questo ed altri rilievi critici, A. MORELLI, [Principio di totalità e «illegittimità della motivazione»: il seguito giurisprudenziale della sentenza della Corte costituzionale sulla Robin Tax \(a proposito di Comm. trib. prov. di Reggio Emilia, 12 maggio 2015, n. 217/3/15\)](#), in questa [Rivista, Studi, 2015/II](#) (28 maggio 2015), 483 ss.

³² Dico “parrebbe”, perché poi si tratta di vedere se il vizio in discorso sia da considerare “di tipo debole”, tale da esporre l'atto che ne sia affetto a possibile annullamento (nella circostanza, però, impraticabile proprio per effetto della previsione costituzionale), ovvero – come a me pare – “di tipo forte”, sì da far qualificare come radicalmente nullo-inesistente l'atto stesso che perciò, sprovvisto della “copertura” suddetta, potrebbe essere subito disapplicato, come appunto ha fatto nella circostanza il giudice *a quo*.

³³ Il riferimento è, ovviamente, alla discussa questione della indicizzazione delle pensioni, di cui alla [sent. n. 70 del 2015](#).

³⁴ Diffuso è il rilievo secondo cui il “seguito” dato dal legislatore alla decisione della Consulta sarebbe riduttivo e parziale.

³⁵ ... quanto meno, appunto, sul suo terreno elettivo, dei rapporti con l'ordinamento dell'Unione, mentre se n'è fatto uso nella già richiamata [sent. n. 238 del 2014](#), al piano dei rapporti col diritto internazionale non scritto.

Proprio qui è, a mia opinione, il *punctum crucis* della questione oggi nuovamente discussa. Perché nel presente contesto segnato da una integrazione sovranazionale ormai avanzata, oltre che da vincoli viepiù stringenti venuti dalla Comunità internazionale, la ricerca del modo con cui, in una singola esperienza data, pervenire all'affermazione della Costituzione come “sistema” richiede di essere ambientata al piano delle relazioni interordinamentali, più (e prima ancora) che a quello delle relazioni di diritto interno e delle loro complessive vicende.

Di questo bisogno mostra in via generale di essere avvertita la stessa giurisprudenza costituzionale (e, più largamente, la giurisprudenza in ogni sua espressione), secondo quanto, peraltro, testimoniano i sempre più insistiti richiami a Carte dei diritti diverse da quella costituzionale, pur se esse stesse *materialmente* costituzionali, specie nel loro farsi “diritto vivente”, per il modo cioè con cui prendono forma a mezzo della giurisprudenza delle Corti che ne sono istituzionalmente garanti.

Di ciò dobbiamo ora, con la massima speditezza, passare a dire.

4. *Il sistema quale “sistema di sistemi”, la Costituzione e le altre Carte dei diritti quali documenti “intercostituzionali” e la loro mutua integrazione in applicazione della Grundnorm della massimizzazione della tutela*

Che il “sistema” sia, in struttura e funzione, un “sistema di sistemi” discende, a mia opinione, dal modo di essere, in struttura e funzione, della Costituzione per un verso, delle altre Carte per un altro: documenti tutti – come mi sono sforzato di mostrare in altri luoghi³⁶ – “intercostituzionali”. Termine col quale intendo dar voce ad un’indicazione venuta dalla stessa giurisprudenza costituzionale, in una sua ormai lontana ed ispirata pronunzia, la [n. 388 del 1999](#), laddove si mette in chiaro che i documenti stessi “si integrano reciprocamente nella interpretazione”.

Non importa qui indagare circa il grado raggiunto dalla integrazione sovranazionale al piano istituzionale; cosa che, peraltro, richiederebbe approfondimenti d’indagine estesi a praticamente tutti i campi materiali di esperienza, verificando per ciascuno di essi quanta parte della sovranità un tempo riservata allo Stato sia trasmigrata altrove (e, segnatamente, appunto in capo all’Unione). Un’indagine improba, comunque esorbitante l’ambito entro cui questa riflessione è tenuta a stare. Importa solo che l’integrazione stessa si abbia al piano della tutela dei diritti e per effetto di essa. La qual cosa può dirsi provata, testimoniata appunto dai numerosi e sempre più fitti richiami che le Corti si fanno a vicenda e dalle non infrequenti convergenze d’indirizzo delle relative giurisprudenze, pur nelle parimenti non infrequenti divergenze e persino negli aperti, aspri contrasti.

Sulle une e sugli altri molto è stato detto e molto ancora potrebbe invero dirsi. Mi preme tuttavia qui far nuovamente osservare, dopo averne già detto in altri luoghi, che secondo modello l’integrazione delle Carte è un fatto dovuto, per la elementare ed ovvia ragione che è prescritta dalle Carte stesse, tutte riconoscendosi nel “superprincipio”, un’autentica *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali, della *massimizzazione della tutela*, che le chiama a ritagliarsi per sé un ruolo “sussidiario”, a poter cioè valere in ambito interno alla condizione che sia provata la loro attitudine ad innalzare il livello della tutela stessa rispetto a quello raggiungibile in applicazione delle altre Carte³⁷. In realtà, come si è tentato di mostrare altrove, il principio suddetto, ancora prima di

³⁶ L’affermazione che subito segue trovasi argomentata, sotto diversi profili e per esigenze di ordine teorico-costruttivo parimenti diverse, in alcuni miei scritti, tra i quali, di recente, *L’interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registratisi nell’esperienza, gli auspicabili rimedi*, in www.federalismi.it, 10/2015, 20 maggio 2015.

³⁷ Del principio in parola si è molto discusso e si seguita a discorrere senza sosta: tra gli altri e variamente, G. SILVESTRI, *L’effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2009, 13 ss.; S. GAMBINO, *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell’Unione, convenzioni internazionali, Costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti. Effetti politici nel costituzionalismo interno ed europeo*, in www.federalismi.it, 13/2014; G. D’AMICO, *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell’uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss., nonché negli *Scritti in onore di G. Silvestri*; pure *ivi*, E. CASTORINA - C.

presiedere alla scelta della norma (o, meglio, del “sistema” di norme) che possa dare giovamento per il caso, orienta ed illumina il processo interpretativo degli enunciati relativi ai diritti, un processo – vorrei qui ribadire – *unitario*, proprio per il fatto che nessuna norma può estrarsi in modo compiuto restando nel chiuso di ciascuna Carta (e, più largamente, di ciascun ordinamento), ogni enunciato attingendo semanticamente dagli altri e tutti assieme appunto componendosi in “sistema”.

Gli ordinamenti restano, sì, distinti e, almeno in parte, separati, secondo quanto specificamente attestato dai rapporti tra diritto interno e diritto internazionale pattizio, e distinte dunque ne sono le *fonti* ma integrate le *norme*, in special modo – come si viene dicendo – quelle riguardanti i diritti.

Integrate le norme ed integrati alle volte gli indirizzi giurisprudenziali, che si compongono in “catene” connotate da proiezione interordinamentale; e basti solo al riguardo por mente alla fioritura di pronunzie “di principio” cui danno vita le Corti (le “sentenze-pilota” della Corte di Strasburgo, le additive di principio della nostra Corte, ecc.) che, al tempo stesso in cui sollecitano l’intervento riparatore del legislatore, per l’intanto si affidano ad altri giudici per la loro opportuna implementazione in ambito interno.

Ciò che maggiormente preme ora mettere in chiaro è che, nel quadro qui sommariamente descritto, in disparte i vincoli di ordine giuridico discendenti dal regime stabilito in ordine agli effetti propri di ciascuna specie di decisione, uno speciale significato va assegnato all’incidenza culturale esercitata dall’un orientamento giurisprudenziale nei riguardi dell’altro o degli altri. Stabilire ciò che più si dà ovvero si riceve nel circolo interpretativo è, tuttavia, impresa assai ardua, comunque incerta ed approssimativa negli esiti ricostruttivi; e, così, assai disagevole è, ad es., fissare il punto di effettivo rilievo delle “tradizioni costituzionali comuni” in ordine alla elaborazione degli indirizzi della Corte dell’Unione, come pure “misurare” o soppesare il condizionamento che le stesse, una volta metabolizzate in ambito sovranazionale e fatto quindi ritorno in ambito interno, sono in grado di esercitare nei confronti degli indirizzi giurisprudenziali in quest’ultimo formatisi³⁸; e così pure, ovviamente, al piano delle relazioni dei giudici nazionali con la Corte di Strasburgo, oltre che di quest’ultima con l’altra Corte europea.

Non si trascurino, poi, i flussi di materiali normativi e giurisprudenziali e delle indicazioni da essi desumibili al piano delle relazioni “orizzontali”, degli ordinamenti statali *inter se*, per quanto quest’ultimo fronte sia invero ancora oggi scarsamente battuto e coltivato, laddove invece anche da esso potrebbero aversi stimoli di non secondario rilievo al fine della incessante rigenerazione semantica degli enunciati delle Carte (e, per ciò pure, degli indirizzi giurisprudenziali che li hanno ad oggetto)³⁹.

Insomma, se l’obiettivo si sposta dal piano delle *fonti* a quello delle *norme* l’integrazione, con specifico riguardo alle esperienze relative ai diritti, ha largo e diffuso riscontro, pur se alle volte sembri scarsamente o, addirittura, nient’affatto visibile, a motivo del fatto che i flussi culturali hanno

NICOLOSI, “Sovranità dei valori” e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull’evoluzione della giurisprudenza statunitense; L. CAPPUCCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, e C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, spec. al § 3 (quest’ultimo può vedersi anche in questa *Rivista, Studi, 2015/II* (3 giugno 2015), 488 ss.; v. inoltre, L. TRIA, *La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L’abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro*, in www.cortecostituzionale.it, dicembre 2014; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2014, 389 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss.; A. SPADARO, *Sull’aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale*, cit.

³⁸ Riferimenti, di recente, alle questioni ora accennate in O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero sia l’incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell’Unione*, in questa *Rivista, Studi, 2015/I* (21 aprile 2015), 242 ss.

³⁹ Ecco perché giuridico sommamente fruttuosi incontri di studio, quale quello nostro di oggi, nel corso del quale si confrontano esperienze di Paesi diversi, da cui possono venire preziose indicazioni tanto in sede di reinterpretazione del diritto vigente quanto in vista del suo eventuale aggiornamento positivo. D’altro canto, senza la comparazione, nel presente contesto proiettato verso una crescente integrazione sovranazionale, non si costruisce nulla di buono.

sovente un andamento carsico, solo in taluni punti ed occasioni mostrandosi alla luce e per il resto scorrendo per via sotterranea, ma non per ciò perdendo il vigore e la spinta che li porta alla meta.

5. *Davvero minore, come comunemente si pensa, la tutela dei diritti sociali in ambito europeo rispetto all'ambito interno?*

Se le cose stanno come qui son viste e tenuto conto del fatto che il contesto in cui maturano le esperienze riguardanti i diritti va sempre di più complicandosi, anche per effetto dei sempre più frequenti richiami che – come si diceva – le Corti si fanno a vicenda, appare impostata su basi metodico-teoriche assai fragili, per non dire del tutto inconsistenti, la comune opinione che reputa essere senza dubbio alcuno maggiormente efficace la tutela assicurata ai diritti (in ispecie, appunto, a quelli sociali ma, per taluno, ai diritti *tout court*) dalla Costituzione e, in genere, da fonti di diritto interno rispetto a quella invece apprestata da altre Carte (e fonti). Non nego che questo, ovviamente, possa talora (e, se si vuole, non poche volte) aversi; d'altronde sono le stesse Carte di origine esterna (e, segnatamente, la CEDU e la Carta dell'Unione, entrambe all'art. 53) ad ammettere questa eventualità, ritagliando di conseguenza per se stesse un ruolo – come si rammentava poc'anzi – meramente “sussidiario”. Solo che, per un verso, “sussidiario” non può che essere altresì il ruolo della stessa Costituzione, salvo a ritenere assiomaticamente che essa sia perfetta, esente da menda alcuna, autosufficiente (e, però, anche autoreferenziale), così come è portata a credere non poca dottrina e la stessa giurisprudenza che paiono ispirarsi ad un nazionalismo o patriottismo ingenuo ed infecondo. Per un altro verso, poi, il vero è che la conclusione suddetta sembra afflitta da un vizio di fondo, che è appunto metodico ancora prima che teorico-ricostruttivo, per il fatto di immaginare come plurimi e reciprocamente in modo netto separati, esenti da ogni possibile influenza o contaminazione esterna, i processi interpretativi.

Debbo però convenire a riguardo del fatto che la tesi qui criticata dispone a suo sostegno di non pochi argomenti alimentati da prassi assai discutibili cui le stesse Corti danno frequentemente vita. Perché il vero è che sono proprio le Corti che, pur facendosi – come si diceva – continui richiami, sono restie ad ammettere che Carte diverse da quella di cui ciascuna di esse è istituzionalmente garante possano innalzare il livello della tutela, in ragione delle peculiari esigenze del caso.

La stessa [sent. n. 388 del 1999](#), dietro richiamata, pur dichiarando che la Costituzione e le altre Carte si integrano a vicenda nei fatti interpretativi, allo stesso tempo con sicumera rileva essere in ogni caso non meno intensa la tutela apprestata ai diritti dalla nostra Carta; e non dissimile è l'atteggiamento di orgogliosa rivendica di una *primauté* incondizionata a vantaggio delle Carte europee in molte occasioni manifestato dalle relative Corti. Una pretesa, questa volta a stabilire ordini precostituiti di natura gerarchica tra le Corti, che – com'è stato efficacemente fatto notare⁴⁰ – appare essere “tanto assurda quanto stabilire se i tenori siano più importanti dei bassi o i soprani più dei contralti”: a dimostrazione del fatto che a fare “orchestra” tutti i “suonatori” sono comunque necessari.

Sarebbe tuttavia un grave errore di metodo desumere che prassi devianti dal modello possano invece farsi esse stesse... *modello*. La stessa esperienza, peraltro, come si è venuti dicendo, appare essere alquanto articolata, oscillante, discontinua; ed allora il rischio è quello di generalizzare critiche pur fondate indirizzate a singole pronunzie (quali quelle che, in materia sociale, sono state diffusamente rivolte nei riguardi di *Viking*, *Lavall*, *Rüffert*, ed altre ancora), trascurando però il concorso che la stessa giurisprudenza sovranazionale ha dato (e dà) allo svecchiamento della giurisprudenza interna, nonché di taluni schemi teorici ormai logori messi a punto in sede dottrinale.

Vi è, poi, un dato al quale occorre prestare la massima attenzione, che si fa riportare a quelle mutue implicazioni che si intrattengono tra i diritti delle diverse specie, nonché pure tra quelli appartenenti alla medesima specie, di cui si diceva poc'anzi. Le dinamiche che prendono corpo in seno al sistema dagli stessi composto somigliano infatti a quelle proprie del sistema dei vasi comunicanti, di cui

⁴⁰ C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, cit., § 7.

riproducono la “logica” e le più salienti movenze. E, invero, non di rado diritti di per sé non “sociali” – a stare agli antichi schemi teorici d’inquadramento – ottengono effettiva tutela anche (e talora soprattutto) grazie all’operosa e coraggiosa intraprendenza delle Corti europee; una tutela che quindi s’irradia altresì al piano sociale ed in ambito interno, ora portando alla estensione della cerchia dei beneficiari di certi diritti ed ora variamente concorrendo all’appagamento di quelli di già riconosciuti nell’ambito stesso⁴¹.

Soprattutto a quanti hanno mosso (e muovono) aspre critiche alla giurisprudenza dell’Unione sembra, dunque, di dover rivolgere l’invito a riconsiderare le non poche novità registratesi nella giurisprudenza interna (costituzionale e non) per effetto della sistematica profondamente innovativa della Carta di Nizza-Strasburgo⁴² e della giurisprudenza “eurounitaria” – come a me piace chiamarla – sia precedente che successiva alla sua entrata in vigore, senza peraltro tacere il ruolo viepiù rilevante al riguardo giocato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁴³.

Non nego che si dia un qualche “*deficit sociale europeo*” – com’è stato chiamato da una sensibile dottrina⁴⁴ – che fa il paio con il più noto, annoso *deficit* democratico: nel senso, però, che la giurisprudenza dell’Unione potrebbe fare ancora di più e di meglio di quanto ha fin qui fatto a salvaguardia dei diritti c.d. “sociali”, non già nell’accezione drasticamente negativa che la dottrina sopra richiamata sembra invero assegnare alla formula suddetta. Onestà intellettuale tuttavia c’impone di riconoscere che non meno vistoso appare essere l’effettivo “*deficit sociale nazionale*”, per lo specifico aspetto della insufficiente attenzione manifestata dagli operatori di diritto interno verso le Carte dei diritti, che invece avrebbero potuto (e potrebbero) esser di non poco giovamento per le aspettative di tutela dei diritti stessi; e basti solo al riguardo rilevare lo scarso rilievo assegnato nelle pratiche giurisprudenziali di diritto interno alla Carta sociale europea⁴⁵, malgrado la “copertura” di cui essa pure risulti astrattamente provvista dalla Costituzione (e non solo, come comunemente si dice, dall’art. 117, I c., bensì, ancora prima e di più, dagli artt. 2 e 3 nel loro fare “sistema” coi principi fondamentali restanti⁴⁶).

Ogni medaglia ha due facce: tenere nascosta l’una e portare alla luce l’altra non è, dunque, darne una compiuta e fedele rappresentazione.

⁴¹ Un esempio per tutti può valere a rendere meglio il concetto. E, dunque, si pensi al diritto alla vita privata e familiare, con specifico riferimento alle sue applicazioni a vicende nel corso delle quali si è avuto tangibile riscontro della protezione ad esso assicurata dalle Corti europee (a coppie di conviventi, ecc.), una protezione che ha quindi avuto non poche volte il suo opportuno “seguito” ad opera dei giudici nazionali. L’espansione di diritti “non sociali” può, insomma, produrre un effetto di trascinamento, specificamente percepibile al piano dei rapporti interordinamentali, determinando perciò talora una espansione “conseguenziale” dei diritti “sociali” nell’ordine interno.

Questo fenomeno attende ancora oggi di essere indagato come si conviene.

⁴² Si pensi solo al significato posseduto dal riconoscimento della dignità e della solidarietà, nel vario combinarsi e ricaricarsi a vicenda, secondo quanto peraltro si avrà modo di vedere meglio sul finire di questa esposizione.

⁴³ Basti solo pensare ai benefici di ordine economico conseguenti alla presa di posizione da tale Corte assunta in merito all’uso delle leggi d’interpretazione autentica (come nella vicenda dei dipendenti ATA).

⁴⁴ D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, in AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia*, cit., 94.

⁴⁵ Lo rilevano, opportunamente, ora, A. SPADARO, *Sull’aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale*, spec. §§ 4 ss., e C. PANZERA, nello scritto sopra cit., spec. al § 4 ss.

⁴⁶ L’orientamento dell’analisi verso questo o quel parametro è espressivo di un indirizzo metodico ora formalmente ed ora assiologicamente ispirato. Di solito, fanno capo all’art. 117, I c., quanti guardano alle *fonti*, assumendo che alcune di esse godano comunque, quali che siano le *norme* dalle stesse prodotte, di “copertura” costituzionale. Una prospettiva – come si vede – che non distingue tra questo o quel documento normativo, tutti comunque, a motivo della loro provenienza dalla Comunità internazionale o dall’Unione europea, ugualmente protetti. Guardare, invece, ai principi di cui agli artt. 2 e 3 della Carta, nei quali emblematicamente si riassumono ed esprimono i valori fondanti la Repubblica, significa impostare lo studio delle dinamiche della normazione in prospettiva assiologicamente orientata. La giurisprudenza costituzionale sembra risolutamente attratta verso il primo polo, pur non facendo difetto “schieghe” di giurisprudenza – come le si è altrove chiamate – riportabili al secondo; e basti solo, a quest’ultimo riguardo, pensare ai casi in cui si è ammesso che uno stesso documento normativo possa esprimere norme di natura e grado diversi (ad es., un trattato internazionale che “razionalizzi” norme non scritte della Comunità internazionale) ovvero al criterio della massimizzazione della tutela, cui si è dietro accennato, che può portare (ed effettivamente porta) all’abbandono delle usuali sistemazioni secondo forma, vale a dire alla conversione della *gerarchia delle fonti* in *gerarchia delle norme*.

6. *Se i diritti sociali godano di buona salute e cosa possa farsi al fine di migliorarne la condizione, specie facendo leva sulla cooperazione interistituzionale*

Dobbiamo, a questo punto, chiederci è se i diritti sociali (e i diritti in genere) godano, o no, di buona salute e cosa possa farsi al fine comunque di migliorarne la condizione⁴⁷.

Credo di aver già implicitamente risposto ad entrambe le domande ma, a fugare ogni dubbio, desidero esplicitare ancora meglio il mio pensiero.

Che i diritti, specie nella presente congiuntura profondamente segnata da una crisi economica devastante, si trovino in uno stato di palese sofferenza è un dato sotto gli occhi di tutti, su cui sarebbe ozioso indugiare ulteriormente. Tutto ciò posto, sarebbe ingeneroso, espressivo di una visione miope e parziale, non prendere atto dei non pochi passi avanti fatti nel corso degli anni a tutela di diritti che, fino a non molto tempo addietro, ne erano sprovvisti. Una tutela che ha tratto non poco beneficio dal c.d. “dialogo” tra le Corti, malgrado lo stesso sia stato non di rado inquinato da irrigidimenti di posizione da una parte e dall’altra, espressivi di quell’exasperato “patriottismo costituzionale”, di cui un momento fa si diceva.

Il metodo del “dialogo” non si discute. Può anche non piacere, come a più d’uno non piace⁴⁸; improponibile è, ad ogni buon conto, l’idea però di un ritorno ad un passato che vedeva la Costituzione quale unico punto di unificazione-integrazione dell’ordinamento e, per ciò pure, quale il solo punto di riferimento dei diritti, specie di quelli maggiormente bisognosi di garanzia. Il presente e – viene da pensare – ancora di più il prossimo futuro è, infatti, nel segno di un ordine “intercostituzionale”, caratterizzato da un “gioco” cui la Costituzione e le altre Carte (e queste ultime *inter se*) danno vita combinandosi in vario modo, all’insegna della *Grundnorm* della miglior tutela; un “gioco” idoneo a risolversi a beneficio di questa ovvero di quella Carta, senza alcun ordine di priorità astrattamente preconstituito, e, auspicabilmente, di tutte assieme, reciprocamente integrate nell’interpretazione.

A questo “gioco” tutte le Carte, Costituzione inclusa, non possono sottrarsi; non può, per ciò che maggiormente qui preme mettere in evidenza, farlo la nostra Carta, ove si convenga – come devesi – che il principio dell’apertura al diritto di origine esterna (internazionale e sovranazionale) rientra a pieno titolo tra i principi fondanti della Repubblica (artt. 10 ed 11) e che lo stesso è, a sua volta, obbligato a combinarsi coi principi fondamentali restanti, a fare cioè “sistema”, in ispecie a porsi al servizio della “coppia assiologica fondamentale” – come la si è altrove chiamata – costituita da libertà ed eguaglianza (e, ancora più in alto o a fondo, dignità).

L’idea “curtense” di Costituzione, appieno autosufficiente e perfetta in se stessa, è dunque rigettata, a un tempo, dalla stessa Costituzione e da un contesto complessivamente ed irreversibilmente segnato dall’abbattimento delle barriere statali e da una integrazione sovranazionale che parrebbe essere, per un verso, minacciata dalla crisi ma anche incoraggiata a portarsi ulteriormente in avanti⁴⁹.

Il vero è che le pretese di tutela dei diritti, specie appunto di quelli sociali, possono essere almeno in parte appagate unicamente dallo sforzo congiunto prodotto a plurimi livelli istituzionali e frutto di “leale cooperazione” di tutti gli operatori. Una cooperazione, innanzi tutto, apprezzabile – come si è venuti dicendo – al piano delle relazioni interordinamentali e quindi, in seno ad uno stesso

⁴⁷ Utili indicazioni, anche in prospettiva comparata, sono venute proprio dagli studi, pur vari per ambito tematico coltivato ed orientamento, i cui esiti sono stati esposti in occasione del nostro incontro odierno.

⁴⁸ E ciò, a prescindere dalla critica radicale venuta da un’autorevole dottrina in ordine all’uso stesso del termine per ciò che attiene alle relazioni tra le Corti (G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna 2010).

⁴⁹ La crisi, infatti, può spingere verso l’uscita di alcuni Stati (a partire dalla Grecia) dall’Unione; e, però, incoraggia all’adozione di misure di contenimento concertate in ambito internazionale ed eurounitario, destinate quindi ad essere perfezionate nei singoli ordinamenti nazionali. È una delle tante, apparenti contraddizioni del tempo presente.

ordinamento, al piano delle relazioni tra organi ed enti, i quali possono (e devono) attingere a tutte le risorse di cui sono dotati in vista del conseguimento dello scopo comune.

Dunque, una cooperazione, in primo luogo, tra legislatore e giudici: all'uno spettando il compito di dare il primo, diretto e necessario svolgimento alle scarse indicazioni costituzionali (della Carta nazionale come delle altre Carte) e di darlo a mezzo di discipline normative essenziali, duttili, *per principia* insomma, che quindi si affidino ai giudici per le loro opportune specificazioni-attuazioni⁵⁰ e i necessari bilanciamenti richiesti dai casi⁵¹.

Una cooperazione, in secondo luogo, tra tutti gli enti (specie a base territoriale) in cui si articola la Repubblica, da ciascuno di essi attendendosi prestazioni idonee a dare beneficio ai diritti; e basti solo al riguardo pensare a quanto già hanno fatto ed a quanto ancora di più possono fare, ad es., le Regioni al servizio dei diritti⁵². Non è a caso che la crisi in cui versa – temo, senza riparo – l'autonomia regionale si sia accompagnata alla sensibile contrazione della tutela dei diritti sociali. La qual cosa conferma che l'autonomia fa tutt'uno coi diritti e gode dunque di buona salute se stanno bene anche questi, e viceversa: i diritti potendo avere giovamento da un'adeguata promozione dell'autonomia, in linea con l'indicazione data dal principio di cui all'art. 5, nel suo fare “sistema” coi principi di libertà ed eguaglianza⁵³.

7. Al tirar delle somme: promuovere i diritti sociali attraverso la solidarietà

Al tirar delle somme, un'accresciuta e complessivamente adeguata protezione dei diritti, nei limiti consentiti dai tempi, non sembra possa aversi se non per effetto di un mutamento di mentalità, di metodo appunto, nel modo con cui ci si deve correttamente porre davanti ai diritti stessi, dando ascolto alle loro pressanti e diffuse richieste di salvaguardia.

Questo mutamento si rende apprezzabile – come si è tentato di mostrare – attraverso un profondo e critico ripensamento dei rapporti tra le Corti e di queste col legislatore; allo stesso tempo vanno sottoposti a revisione antichi e collaudati schemi teorici d'inquadramento, a partire da quello che vede i diritti tenuti rigidamente separati dai doveri e giudicati comunque meritevoli di prioritaria considerazione. Si trascura, tuttavia, di considerare che alla radice di molte delle carenze riscontrate al piano della salvaguardia dei diritti sta una distorta rappresentazione del rapporto intercorrente tra

⁵⁰ Che i giudici siano talora chiamati ad un'attività di “attuazione”, anziché – come pure opina un'accreditata dottrina [M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in www.rivistaaic.it, 3/2012, spec. al § 4, ma *passim*] – meramente “applicativa”, che perciò si connota come “normativa” pur laddove le decisioni che vi fanno luogo risultino improduttive di effetti generali, è provato – a tacer d'altro – dai non infrequenti casi in cui l'attività stessa si raccorda a precedenti decisioni “di principio”, al fine di darvi l'opportuno “seguito” (in argomento, da ultimo, A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari 2015).

⁵¹ Del bisogno di un complessivo riequilibrio dei rapporti tra legislatore e giudici molti si mostrano avvertiti, pur nella diversità delle prospettive da cui si guarda ai rapporti stessi e dei conseguenti esiti teorico-ricostruttivi (di recente e per tutti, G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, relaz. alle Giornate di studio su *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, Messina 21-22 novembre 2014, in *paper*. Infine, volendo, può vedersi anche il mio *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in www.forumcostituzionale.it, 29 novembre 2014).

⁵² Particolarmente istruttivo, al riguardo, il quadro risultante dalla corposa ricerca di AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli - L. Trucco, Giappichelli, Torino 2014.

⁵³ Che l'autonomia abbia la sua cifra identificante e più genuinamente espressiva proprio nel suo porsi al servizio dei diritti e nel riuscire a dare un'effettiva e non meramente nominale tutela agli stessi è argomentato in alcuni miei scritti, tra i quali *L'autonomia regionale (profili generali)*, cap. II dei *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Sicilia*, a cura mia e di G. Verde, Giappichelli, Torino 2012, nonché in www.federalismi.it, 24/2011.

Sull'incidenza della crisi tanto sull'autonomia quanto sui diritti, varie notazioni, oltre che nei contributi di AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, cit., in C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, cit.; S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere*, in www.rivistaaic.it, 4/2013; G.G. CARBONI, *Lo Stato regionale al tempo del rigore finanziario*, in www.rivistaaic.it, 2/2014; F. BILANCIA, *Spending review e pareggio di bilancio. Cosa rimane dell'autonomia locale?*, in www.astrid-online.it, 17/2014. Infine, *L'impatto della crisi sulla tutela dei diritti nelle Regioni. La prospettiva italiana, spagnola ed europea*, Università Lumsa di Roma, 13 novembre 2014.

diritti e doveri, in ispecie una insufficiente percezione di ciò che può (e deve) fare il dovere di solidarietà, unitamente al dovere di fedeltà alla Repubblica, al servizio dei diritti⁵⁴.

Ho sempre pensato (e vado sempre di più radicandomi in questo mio convincimento) che il dovere di solidarietà, al pari del cervello umano, sia stato sfruttato (e, prima ancora, conosciuto) per non più del cinque per cento del suo formidabile potenziale espressivo. Se solo si fosse finalmente messo a punto un organico programma di giustizia sociale, volto ad una complessiva redistribuzione della ricchezza, unitamente alla lotta all'evasione fiscale ed alla corruzione, in vista del recupero di un minimo etico in seno al tessuto sociale, molti degli ostacoli che ad oggi impediscono un effettivo e sostanziale appagamento dei diritti sociali potrebbero considerarsi rimossi e spianata, perciò, la via per un armonico sviluppo della persona umana.

La solidarietà – è stato opportunamente messo in luce dagli studi di sensibili studiosi⁵⁵ – ha da aprirsi e spiegarsi a raggiera, praticamente per ogni dove, facendosi apprezzare altresì nelle sue proiezioni intergenerazionali e al piano delle relazioni interordinamentali.

Il legislatore, per un verso, e le Corti, per un altro, come si è tentato di mostrare, possono (e devono) fare molto a questo fine, senza di che i diritti sociali (e, riassuntivamente, la dignità) rischiano di restare confinati tra le mere, generose ma ingenuie, declamazioni, incapaci tuttavia – per riprendere la metafora iniziale – di uscire dal labirinto nel quale si trovano.

⁵⁴ Particolarmente complessa ed impegnativa la questione relativa al rapporto tra solidarietà e fedeltà. Una interessante proposta ricostruttiva è di recente venuta da A. MORELLI, *I principi costituzionali in materia di doveri inderogabili di solidarietà*, in www.forumcostituzionale.it, 20 aprile 2015. A mia opinione, entrambe sono, e cioè fanno, la dignità *in action*.

⁵⁵ Per tutti, A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi*, cit.

Antonio Ruggeri
Il diritto regionale, una disciplina “in declino”?*

SOMMARIO: 1. Il “declino” degli studi di diritto regionale: uno *slogan* che stancamente si ripete, frutto di una lettura eccessivamente semplificante e forzosa di una complessiva tendenza teorica. – 2. *Costituzionalizzazione positiva e costituzionalizzazione scientifica* di nuovi campi materiali, sovrapposizioni tra gli stessi ed intreccio tra gli studi ad essi relativi (con specifico riguardo a quelli di diritto regionale ed a quelli relativi ai diritti). – 3. “Declino” dell’autonomia regionale, rispetto a che cosa? Ad una sua idea mitica o ideale, frutto di una lettura raffinata e generosa (e, però, pure ingenua) del dettato costituzionale mai realizzatasi? – 4. La riconsiderazione dell’autonomia nella prospettiva della riforma e la rilettura degli enunciati costituzionali alla luce del contesto. – 5. Conferma della vitalità degli studi di diritto regionale che viene dalla pluralità e dalle oscillazioni degli indirizzi metodico-teorici (in particolare, l’esempio emblematico offerto dalla ricostruzione dei rapporti tra leggi statali e leggi regionali, tra *separazione ed integrazione* delle competenze). – 6. Una notazione conclusiva: il bisogno di un profondo ripensamento e svecchiamento metodico-teorico, specie per ciò che attiene al ricorso, di cui si ha ad oggi riscontro in misura complessivamente inappagante, alla comparazione ed alla integrazione interdisciplinare.

1. Il “declino” degli studi di diritto regionale: uno slogan che stancamente si ripete, frutto di una lettura eccessivamente semplificante e forzosa di una complessiva tendenza teorica

Circola oggi diffusamente l’idea secondo cui il diritto regionale sarebbe una disciplina “in declino”. Di questa idea si sono fatti interpreti alcuni giovani ed impegnati studiosi che la considerano talmente sicura, assodata, da non discuterla più: l’assumono, cioè, come un dato inconfutabile, che può piacere come non piacere (e credo che a loro non piaccia), ma che è appunto quello che è; e si tratta, allora, di interrogarsi sulle cause della sua affermazione in seno alla cultura giuridica del nostro tempo. Cause che, poi, principalmente sono riportate alla crisi, ed anzi al vero e proprio stato di agonia, in cui versano le Regioni, che poi in modo nefasto contagerebbe la disciplina scientifica che le assume ad oggetto di studio.

In un siffatto argomentare a me pare che vi sia una parte di vero, che è però esasperata e radicalizzata, sì da far pervenire ad esiti teorico-ricostruttivi forzosi ed approssimativi, comunque bisognosi, a mia opinione, di non poche precisazioni e non marginali correzioni.

Mi si consenta un riferimento alla mia personale vicenda universitaria, osservando che la cerchia degli studiosi si è, perlomeno, decuplicata dai tempi in cui, esattamente quarantacinque anni addietro, muovevo i primi passi nel campo della ricerca. Mi sono laureato lo stesso anno in cui veniva varata la legge finanziaria n. 281 che dava – come si sa – l’avvio al processo di istituzione generalizzata delle Regioni. Al tempo, era del tutto naturale, comprensibile, un rinnovato interesse per l’istituto regionale nutrito, specie (ma non solo) dalle più giovani leve di studiosi, sulla scia delle illuminanti aperture offerte dalle riflessioni dei Virga, Giannini, Mortati, Crisafulli, Martines ed altri ancora. Direi che v’era nell’aria, si palpava, un entusiasmo diffuso e contagioso, alimentato dalla fiducia che l’idea (anzi, l’ideale) di quell’ordinamento decentrato e fondato sulle autonomie mirabilmente sintetizzato nell’art. 5 della Carta potesse finalmente, nel volgere di pochi anni, vedere la luce ed impiantarsi a beneficio di alcuni dei più larghi ed intensamente avvertiti bisogni delle comunità stanziate sui territori in cui si divide ed articola la Repubblica. Ancora prima dell’approvazione della legge suddetta, quando già molti segni facevano intravedere che il varo delle Regioni di diritto comune non sarebbe tardato molto, si era assistito ad una fioritura di scritti alle Regioni stesse dedicati, che hanno, per la loro parte, concorso al radicamento nella cultura del tempo dell’idea regionale e, perciò, dato una spinta all’accelerazione del processo politico-istituzionale volto alla sua realizzazione.

* Destinato anche alla rivista telematica [Diritti Regionali](#), nonché agli *Scritti in memoria di P.A. Capotosti*.

Proseguendo nel racconto congiunto di questa vicenda con quella dei miei primi passi nel mondo universitario, credo che non sia stato affatto un caso che il mio compianto Maestro, Temistocle Martines, la cui sensibilità per le istanze dell'autonomia si era tradotta in studi fondamentali ad essa dedicati¹, mi abbia sollecitato a svolgere la mia tesi di laurea proprio sui principi costituzionali dell'autonomia e del decentramento, incoraggiandomi quindi negli anni immediatamente seguenti a proseguire lungo il solco tracciato da quel mio primo, palesemente immaturo, studio e, perciò, a dedicarmi a questioni e temi di diritto regionale (la mia prima pubblicazione – lo rammento ancora oggi con una certa commozione –, aveva ad oggetto proprio uno di questi temi e faceva riferimento – per strana ironia della sorte – ad un frammento di disposto normativo rimasto sulla carta²). E così la sua passione divenne anche la mia: credo che la teoria dell'*imprinting* abbia qui avuto una delle sue tante, probanti conferme.

D'altro canto, erano quelli gli anni in cui alcune esperienze emerse in campi diversi dal diritto regionale non avevano ancora avuto modo di affermarsi nel modo vistoso e prepotente con cui sono successivamente maturate. Penso, ora, soprattutto, alle relazioni interordinamentali ed a tutto ciò che è ad esse legato. Certo, le Comunità europee – come allora si chiamavano – esistevano già da anni ma il processo d'integrazione sovranazionale non aveva ancora raggiunto uno stadio di avanzamento quale si sarebbe avuto solo in seguito.

E così, ancora, il campo dei diritti fondamentali e dei modi del loro riconoscimento e della loro tutela era stato – come si sa – *ab antiquo* coltivato ma l'incidenza esercitata dalle Corti europee e dalla stessa Corte costituzionale, nonché (e più ancora) dai loro rapporti (dal loro “dialogo”, com'è oggi di moda, con una certa improprietà, chiamarlo), non era ancora pervenuta alle marcate espressioni avutesi negli anni a noi più vicini, attirando l'attenzione di schiere innumerevoli di studiosi, giovani e non.

È dunque del tutto comprensibile, naturale, che all'emersione prepotente di un fenomeno sconosciuto ovvero alla crescita e diffusione in forme inusuali di fenomeni pure risalenti si accompagnasse la fioritura di studi a ciò specificamente dedicati. È un caso che l'inasprirsi della crisi economica e l'*escalation* del terrorismo internazionale abbiano alimentato (ed alimentino a getto continuo) una messe di analisi di vario segno che vedono coinvolti, unitamente ai giuristi, studiosi di altre discipline (dalla sociologia alla politologia, all'economia, ecc.)?

Tutto ciò è assai noto e non merita dunque che vi si dedichi altro discorso. Va, nondimeno, messo in evidenza, a fronte dell'idea di cui si diceva all'inizio di questa riflessione, che l'interesse per il diritto regionale non è mai venuto meno; solo che, crescendo il numero degli studiosi, è pur vero che una larga parte di essi ha volto lo sguardo verso altri campi.

Non v'è, a mia opinione, alcun automatismo tra la premessa costituita dall'indubbio stato di sofferenza in cui versa l'autonomia regionale (in merito al quale, tuttavia, farò di qui ad un momento alcune precisazioni) e la conseguenza del supposto carattere recessivo degli studi di diritto regionale, il quale – ammesso che vi sia (ed è da dimostrare) – vi sarebbe pur sempre in rapporto a studi diversamente orientati, avrebbe cioè *carattere relativo* (o, meglio, *relazionale*), ma non assoluto.

2. Costituzionalizzazione positiva e costituzionalizzazione scientifica di nuovi campi materiali, sovrapposizioni tra gli stessi ed intreccio tra gli studi ad essi relativi (con specifico riguardo a quelli di diritto regionale ed a quelli relativi ai diritti)

Va subito fatta, al riguardo, una ulteriore precisazione, che riprendo da una riflessione svolta ormai molti anni addietro (con specifico riferimento alle prospettive di riforma al tempo coltivate) e che,

¹ ... tra i quali mi piace qui rammentare il corposo *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, uscito sulla *Riv. trim. dir. pubbl.* del 1956, 100 ss.

² Lo scritto aveva per titolo *L'“interesse di altre Regioni” come limite di merito alla potestà legislativa regionale*, ed è uscito in *Rass. dir. pubbl.*, 2-3/1972, 383 ss., la quale poi – per ulteriore sfortuna – ha poco dopo cessato le pubblicazioni ed ha dovuto attendere – come si sa – molti anni prima di rivedere in mutata veste la luce.

nondimeno, mi sembra avvalorata dagli sviluppi successivamente avutisi nelle esperienze di rilievo costituzionale, in relazione cioè alla dilatazione dei campi materiali in cui gli studi di diritto costituzionale si situano (in breve, della c.d. “materia costituzionale”)³. Abbiamo infatti assistito col tempo alla *costituzionalizzazione* – se così posso dire – di “materie” un tempo lasciate fuori dalle riflessioni dei costituzionalisti, all’attrazione cioè nella sfera che questi ultimi considerano loro propria di oggetti dapprima ad essa estranei.

Persino le fonti del diritto erano in un tempo ormai risalente – come si sa – appannaggio di altri studiosi (e, segnatamente, dei civilisti), mentre oggi ce ne siamo impossessati e saldamente le deteniamo, considerandole ormai acquisite al patrimonio indisponibile dei nostri studi, pur condividendolo coi cultori di altre discipline e, nondimeno, ritagliando a nostro beneficio la più consistente porzione⁴.

Con specifico riguardo alle questioni di ordine istituzionale, in un ormai lontano passato, lo studio si appuntava specificamente e pressoché esclusivamente sulla dinamica delle relazioni tra gli organi supremi dello Stato, restava cioè confinato nel chiuso del triangolo Capo dello Stato-Parlamento-Governo. Corte costituzionale e Regioni sono venute dopo, molto dopo. Quelle che, già ai tempi della Costituente, erano considerate le più salienti e dirimpenti novità rispetto alla trama semplificata dell’apparato istituzionale di ottocentesca memoria, una volta previste nella Carta e, soprattutto, in concreto istituite hanno immediatamente attratto l’attenzione degli studiosi, che hanno percepito che non soltanto per effetto della loro venuta alla luce cambiava la forma di governo ma, ancora di più (e più a fondo), cambiava la forma stessa dello Stato, il modo cioè di porsi e rinnovarsi dei rapporti tra comunità ed apparato di governo⁵. Insomma, la *costituzionalizzazione positiva* di oggetti non previsti nelle Carte ottocentesche (per ciò che qui specificamente importa, nel nostro statuto) ha avuto la sua naturale proiezione e il fedele riflesso, al piano della speculazione teorica, nella *costituzionalizzazione scientifica* degli oggetti stessi, che hanno subito attratto sopra di sé la riflessione di schiere numerose di studiosi.

L’emersione prepotente della giustizia costituzionale ed il suo radicamento nel terreno dell’esperienza costituzionale, in particolare, ha al riguardo esercitato un ruolo di prima grandezza: è stata causa ed effetto allo stesso tempo di questo stato di cose, per un verso concorrendo a quella *costituzionalizzazione* di materie, di cui si diceva, e, per un altro, rendendo testimonianza e conferma di una tendenza teorica che andava sempre di più radicandosi nella cultura giuridica⁶.

Oggi che la società civile è attraversata da profonde tensioni e non poche, gravi lacerazioni e contraddizioni, che viepiù pressanti si sono fatte le aspettative di spazi nuovi e più ampî in cui far valere i diritti fondamentali e coltivare l’aspirazione ad un complessivo appagamento della personalità degli individui, anche temi un tempo appannaggio pressoché esclusivo dei civilisti o dei cultori di altre discipline, senza ovviamente cessare di essere coltivati da questi studiosi, sono stati tuttavia essi pure *costituzionalizzati*, nel senso appena precisato.

³ V., dunque, il mio *La Costituzione allo specchio: linguaggio e “materia” costituzionale nella prospettiva della riforma*, Giappichelli, Torino 1999, spec. 29 ss.

⁴ Questa vicenda ha una sua spiegazione nella circostanza per cui – com’è stato fatto notare da un’autorevole dottrina (L. PALADIN, *Costituzione, preleggi e codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 19 ss.) – la “vera” Costituzione *in senso materiale* al tempo dello statuto, stante la stringatezza di quest’ultimo, era data dal codice civile; e “civilistici”, nell’ispirazione così come negli schemi concettuali entro cui venivano inquadrati gli istituti, erano i metodi di studio dei costituzionalisti, quanto meno di una loro parte consistente.

⁵ Questa percezione, tuttavia, non si è tradotta nella dismissione di antichi e collaudati schemi teorici ovvero nel loro corposo rifacimento. Ad es., malgrado la diffusa consapevolezza della “forza politica” posseduta dai massimi garanti del sistema (e, segnatamente, dalla Corte costituzionale) – per riprendere una fortunata etichetta di T. MARTINES, del quale v., almeno, l’ormai “classico” *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche* (1957), ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, 196 ss. –, non di rado espressasi in forme abnormi, non si è dubitato che la forma di governo sia rimasta quella “parlamentare”, pur andando ovviamente soggetta col tempo a non secondarie evoluzioni.

⁶ È poi interessante notare che questo *trend* si è reso manifesto da noi come altrove, pur se in forme peculiari di ciascun ordinamento, a riprova del fatto che la vicenda che si sta ora sinteticamente rappresentando ha avuto dimensioni tali da portarsi ben oltre le mura domestiche degli ordinamenti stessi.

Questioni, quali quelle relative alla fecondazione medicalmente assistita, al matrimonio tra persone dello stesso sesso o all'adozione da parte di tali persone, e, ancora, questioni relative alle esperienze di fine-vita e, in genere, a temi eticamente sensibili hanno visto – giustamente – impegnati in prima linea *anche* (non dico *solo*) i costituzionalisti.

E gli esempi si potrebbero moltiplicare.

Tutto ciò ha comportato un “tono” viepiù dimesso degli studi di diritto regionale? Non direi. Col tempo, anzi, si è avvertito il bisogno di affiancare agli studi – per dir così – “generalisti”, in cui cioè si trattano questioni di ordine generale, altri studi specialistici e settoriali, nella consapevolezza che l'ordinamento regionale non rimane sempre uguale a se stesso, riproducendosi con identità di caratteri in ciascun territorio in cui si articola la Repubblica, ma presenta caratteri significativamente diversificati nel passaggio da una Regione all'altra, meritevoli pertanto di essere fatti oggetto d'indagini parimenti distinte⁷.

Allo stesso tempo in cui gli studi di diritto regionale vanno spingendosi viepiù a fondo nel terreno loro proprio si espandono altresì in superficie, portandosi in campi diversi ed integrandosi in modo inscindibile con studi che a questi ultimi fanno tipicamente capo, fino appunto a fare tutt'uno con essi.

Gli studiosi maggiormente accorti e sensibili hanno, infatti, subito colto l'intreccio esistente tra i campi di cui si compone la “materia costituzionale”. Non è un caso che, essendo proprio quello dei diritti uno dei temi portanti (forse, proprio quello oggi più “trainante” di ogni altro), si sia pensato da parte di alcuni di legare ad esso lo studio di talune questioni di diritto regionale, ragionando pertanto sull'esperienza al riguardo maturata e tentando di fare il punto non solo su ciò che le Regioni hanno fatto al servizio dei diritti ma anche su quanto di più e di meglio potrebbero fare, dando fondo alle potenzialità racchiuse nel patrimonio dell'autonomia di cui dispongono.

Il corposo volume curato da A. Morelli e L. Trucco su *Diritti e autonomie territoriali*⁸ costituisce una testimonianza, a un tempo, di un interesse vivo e largamente diffuso (specie tra i giovani studiosi) per la nostra disciplina⁹ e di un metodo almeno in parte inusuale di riguardare ad essa, di offrirle cioè l'opportunità di distendersi sopra ambiti materiali tradizionalmente trascurati, riscoprendo così e coltivando la propria genuina vocazione, che è appunto quella di rappresentare fedelmente (e, però, pure criticamente) i modi con cui l'autonomia può, nelle quotidiane esperienze di governo, convertirsi in *servizio* per i diritti e, in genere, i bisogni maggiormente avvertiti in seno al corpo sociale.

Il punto è di cruciale rilievo.

Da tempo mi sono fatto convinto (e vado sempre di più radicandomi in siffatto mio convincimento) che il potenziale di autonomia in concreto sfruttato sia solo una minima parte di quello che potrebbe invece essere speso a beneficio della collettività. Le Regioni danno alle volte la stessa impressione che dà l'uomo che conosce appena il cinque o sei per cento del proprio cervello e che, perciò, non lo sfrutta se non in minima parte; e così, appunto, anche le Regioni con l'autonomia.

Si badi. È vero che esse, come si accennava poc'anzi, non sono state agevolate in questo loro compito (ed anzi sono state scopertamente ostacolate) dagli organi statali della direzione politica, per un verso, e, per un altro verso, dallo stesso giudice costituzionale, che ha svolto un ruolo “arbitrale”... *squilibrato*, marcatamente propenso a far valere maggiormente le istanze di cui si è fatto (e si fa) portatore lo Stato piuttosto che quelle che fanno capo alle Regioni e sono da esse rappresentate. E, tuttavia, malgrado gli spazi si siano fatti sempre più ristretti, restando confinata l'autonomia ai margini dei campi materiali ad essa affidati dalla Carta, ugualmente essa avrebbe, a mia opinione, potuto dare di più, molto di più di ciò che invece ha dato (e dà), specie in alcuni territori della Repubblica, al servizio di quanti in essi risiedono ed operano.

⁷ Sta qui la giustificazione della nascita, or sono pochi anni, di una nuova collana di *Studi di diritto costituzionale regionale*, edita dalla Giappichelli, che ha quali responsabili scientifici P. Costanzo e lo scrivente e che si divide in due sezioni, l'una dedicata alla manualistica e l'altra a saggi aventi oggetto tematico e respiro monografico.

⁸ ... che ha inaugurato, nel 2014, la seconda serie della collana sopra richiamata.

⁹ ... di cui, peraltro, ancora di recente si sono avute numerose e significative conferme (ad es., dal convegno del Gruppo di Pisa svoltosi il 6 e 7 giugno a Bergamo su *Il valore delle autonomie. Territorio, potere e democrazia*, a cura di B. Pezzini e S. Troilo, Editoriale Scientifica, Napoli 2015).

3. “Declino” dell’autonomia regionale, rispetto a che cosa? Ad una sua idea mitica o ideale, frutto di una lettura raffinata e generosa (e, però, pure ingenua) del dettato costituzionale mai realizzatasi?

Dobbiamo, dunque, metterci d’accordo su cosa intendiamo sia per “declino” della disciplina del diritto regionale che per “declino” dell’autonomia regionale.

In che cosa quest’ultima è consistita? Rispetto a che cosa se ne può predicare la esistenza?

“Declino” certamente sì al confronto di un’idea mitica o ideale di Regione e di autonomia regionale, alla quale hanno dato voce taluni studi raffinati venuti alla luce specie negli anni cinquanta e sessanta del secolo scorso: studi appassionati e al tempo stesso tecnicamente pregevoli, posti in essere dalla più elevata espressione della cultura costituzionalistica del tempo, da studiosi che avevano vissuto sulla loro pelle l’esperienza tragica dello Stato autoritario e della guerra di cui si era reso corresponsabile il regime fascista e che vedevano nella massima distribuzione possibile della sovranità, in orizzontale tra i poteri dello Stato ed in verticale tra quest’ultimo e gli enti autonomi territoriali (Regioni in testa), la soluzione naturale, obbligata, per chiudere definitivamente col passato e ricostruire su basi nuove la Repubblica, facendo del principio personalista il perno attorno al quale l’intero ordinamento avrebbe dovuto incessantemente ruotare e dal quale stabilmente tenersi, al servizio dell’uomo, dei suoi più impellenti ed indisponibili bisogni, dei suoi diritti, della sua dignità.

Di qui, una lettura generosa ma anche – ad esser franchi – alquanto ingenua del dettato costituzionale, secondo la quale l’autonomia avrebbe potuto aprirsi a ventaglio e tradursi in una pluralità di soluzioni autenticamente originali, espressive di una varietà di indirizzi politici anche profondamente discosti l’uno dall’altro e dall’indirizzo dello stesso Stato: un’autonomia, insomma, autenticamente “politica”¹⁰.

Non nego che quest’esito avrebbe potuto essere astrattamente raggiunto, sol che appunto lo si fosse voluto: il dettato costituzionale, nella sua sostanziale vaghezza e strutturale apertura non vi si opponeva ma neppure – qui è il punto – lo agevolava (e lo agevola). Perché i limiti, ieri come oggi (e, come dirò a momenti, anche domani, qualora la riforma Renzi dovesse giungere in porto), erano e sono tutti lì, pesanti come macigni pur se suscettibili di duttili ed estremamente varie letture ed applicazioni, a porre un argine alla conversione dell’autonomia in una pluralità di indirizzi *stricto sensu* politici.

Oggi siamo in tanti a lamentarci della “riscoperta” dell’interesse nazionale e del modo pressante, schiacciante, con cui potrebbe farsi valere per il tramite della clausola di supremazia, quale prefigurata dal disegno Renzi; ma abbiamo già dimenticato che l’originario dettato costituzionale non solo prevedeva l’interesse nazionale ma ad esso affiancava anche quello, non meglio precisato (e rimasto misterioso) di altre Regioni, tutti demandandone la protezione al Parlamento, e cioè ad uno degli organi della direzione politica dello Stato?

“Declino” dell’autonomia, dunque, rispetto a che cosa? Rispetto ad un *certo* modello costituzionale, raffigurato in un *certo* modo? All’esperienza invalsa già a partire dagli esordi dell’istituto regionale? O a cos’altro ancora?

Il vero è che, come sempre, le pagine della Carta sono state (e sono) fatte oggetto di scritture e riscritture metodico-teoriche di vario segno, esattamente come una lavagna soggetta a continue cancellazioni e riempita ogni volta dei contenuti più varî, secondo le personali tendenze di chi vi fa luogo (non dico, l’“ideologia”, solo perché il termine non va più di moda e v’è sempre il rischio che il suo utilizzo si presti a fraintendimenti), sia esso un operatore politico, un garante o, appunto, uno studioso.

¹⁰ Il riferimento è d’obbligo, ancora una volta, allo *Studio sull’autonomia politica delle Regioni in Italia*, dietro cit., di T. MARTINES.

4. La riconsiderazione dell'autonomia nella prospettiva della riforma e la rilettura degli enunciati costituzionali alla luce del contesto

È con questa generale avvertenza che giova, a mia opinione, guardare alla riforma in cantiere. Il parametro di raffronto non ha, infatti, generale e assoluta valenza, ha carattere – come dicevo – *relativo* (o *relazionale*).

Pochi dubbi invero possono aversi a riguardo del fatto che rispetto al Titolo V revisionato nel 2001 sono più i passi all'indietro che quelli in avanti fatti; e non occorre ora indulgiare a rappresentarne le ragioni, tanto numerosi e convergenti sono – come si sa – i commenti in tal senso¹¹. Rispetto all'originario dettato della Carta, invece, la questione appare essere assai più complessa e credo che vi siano buoni argomenti a favore sia dell'una che dell'altra tesi.

Non è però qui il punto. Il punto è che l'elastico costituzionale è pur sempre dotato di formidabili capacità, sì da potersi contrarre ed espandere in considerevole misura: non però in modo illimitato, se è vero – com'è vero – che la Costituzione non è fatta, come pure si è talvolta affermato, di “pagine bianche” e che il linguaggio costituzionale pur sempre fissa i confini di un'area materiale entro cui possono ricercarsi i significati degli enunciati maggiormente congrui rispetto ai contesti di riferimento. Ed allora è proprio il contesto, oggi sempre di più quello internazionale e sovranazionale e di meno quello esclusivamente interno, per un verso, ad apprestare il terreno e a dare la spinta alla emersione ed affermazione di certe esperienze piuttosto che altre (a riplasmare cioè senza sosta la “materia costituzionale”) e, per un altro verso, ad orientare in un senso piuttosto che in un altro, metodicamente e teoricamente, lo studio delle esperienze stesse.

L'integrazione sovranazionale avanzata da un canto, la crisi economica dall'altro, spingono – come si diceva – vigorosamente per un marcato schiacciamento dell'autonomia ed obbligano a ricercare i rimedi a questo stato di cose non oltre modo sopportabile, specie ove si convenga – come a me pare debba convenirsi – che l'uno e l'altro fattore non richiedono, per ineluttabile necessità e – se posso esser franco – per una vera e propria maledizione, che in conseguenza di essi si abbia una piatta, incolore e soffocante uniformità delle discipline positive ed un parimenti soffocante accentramento di funzioni.

“Declino” degli studi di diritto regionale? Dopo le cose dette, credo dunque di poter rispondere a buon titolo negativamente al quesito; e basti solo por mente ai numerosi contributi scientifici dedicati proprio ai rapporti tra Unione europea e Regioni (in fase sia ascendente che discendente), nei quali si tenta un pur problematico recupero a beneficio dell'autonomia di un ruolo non secondario in tale ambito giocato dalle Regioni.

5. Conferma della vitalità degli studi di diritto regionale che viene dalla pluralità e dalle oscillazioni degli indirizzi metodico-teorici (in particolare, l'esempio emblematico offerto dalla ricostruzione dei rapporti tra leggi statali e leggi regionali, tra separazione ed integrazione delle competenze)

Vi è di più. Considero una testimonianza particolarmente attendibile della vitalità degli studi di diritto regionale, in uno con la loro consistenza quantitativa, la varietà degli orientamenti metodico-teorici di cui essi sono espressione. Il dato, ovviamente, non è nuovo né peculiare di tali studi; in questi, però, esso si presenta in forme almeno in parte inusuali, comunque vistose e conducenti – come dicevo – all'esito di dare conferma della tesi qui patrocinata.

L'esperienza, coi suoi tratti maggiormente marcati e gli sviluppi avuti nel corso della vicenda regionale, ha lasciato – e non poteva, d'altronde, essere diversamente – un segno profondo negli orientamenti in parola.

¹¹ Richiamo qui, per tutti, i contributi di recente offerti in occasione del Seminario AIC su *I costituzionalisti e le riforme*, svoltosi a Bologna l'11 giugno 2015, consultabili in www.rivistaaic.it.

Non è a caso, dunque, se già prima dell'avvento delle Regioni (quanto meno della loro compiuta realizzazione, estesa all'intero territorio della Repubblica) e ancora nei primi anni del loro funzionamento, al piano della teoria delle fonti, dominava pressoché incontrastata (e pur con alcuni autorevoli *distinguo*) la tesi secondo cui i rapporti tra le leggi di Stato e Regioni avrebbero dovuto svolgersi, per Costituzione, all'insegna della "logica" della separazione delle competenze: uno strumentario teorico, questo, sorretto da fini argomenti e a bella posta piegato allo scopo di garantire al meglio il soggetto debole della relazione, l'ente "derivato" – come si era (e si è) soliti chiamarlo – dal solo e vero ente "sovrano", lo Stato¹².

Lo sforzo al tempo prodotto per avvalorare l'idea della parità giuridica dei due enti, siccome entrambi dotati di una propria sfera di competenze costituzionalmente stabilita, tuttavia si scontrava, per un verso, con la premessa costituita dalla diversa condizione considerata loro propria ("sovrano" l'uno, "autonomo" l'altro) e, per un altro verso, con la circostanza per cui la regolamentazione (non tanto, per vero, ad opera della Carta quanto delle leggi adottate per darvi attuazione) dei rapporti suddetti portava obiettivamente al loro squilibrio, specie nei giudizi davanti alla Corte (sia per le diverse modalità del controllo che con riguardo ai vizi denunciabili). L'anima "garantista" racchiusa dentro questa struttura concettuale era, cionondimeno, dalla più accreditata e seguita dottrina considerata indiscutibile, un autentico tabù insomma.

Sta di fatto che l'esperienza si spingeva in modo vigoroso e vistoso in altra direzione. D'altro canto, la tesi "garantista", portata ai suoi ultimi e coerenti svolgimenti, andava incontro a non lievi difficoltà di ordine teorico, che poi, per una singolare eterogenesi del fine, avrebbero potuto risolversi in un grave pregiudizio proprio per quell'autonomia che si voleva in ogni modo salvaguardare.

Basti solo pensare ai problemi cui avrebbe potuto dar luogo la mancata emanazione delle leggi-cornice ovvero delle leggi regionali, ove non si fosse, nell'un caso, concessa alle Regioni l'opportunità di legiferare ugualmente e, nell'altro caso, riconosciuto alle leggi statali il titolo di porre, unitamente ai "principi fondamentali" e sia pure a titolo precario (con carattere "cedevole") la disciplina di dettaglio in svolgimento dei principi stessi ed in attesa dell'adozione delle norme regionali. Una soluzione obbligata, questa favorevole alla regolazione in sussidiarietà da parte dello Stato, allo scopo di porre un qualche rimedio all'inerzia regionale; e, tuttavia, una soluzione stranamente ritenuta non valevole per il caso ad essa speculare, inverso, di carenza di norme statali, non essendosi riconosciuto alle Regioni il titolo di poter supplire a siffatta mancanza.

Il rimedio suddetto, ad ogni buon conto, era (ed è) – si badi – pur sempre parziale e, comunque, insufficiente, se si conviene a riguardo del fatto che, secondo modello, la disciplina maggiormente congrua rispetto alla *natura degli interessi* bisognosi di protezione (laddove è il vero criterio distintivo delle sfere di competenza) è quella regionale, non pure l'altra prodotta lontano dal territorio di riferimento e dall'ente per Costituzione "inadeguato" a siffatto ruolo sussidiario.

Insomma, la "logica" della integrazione delle competenze si imponeva per forza di cose (se vogliamo, quale una sorta di male minore); e, per fortuna, come si diceva, l'elasticità di struttura degli enunciati costituzionali non vi si opponeva frontalmente, pur lasciandosi in essi intendere che ogni ente aveva un "posto" a sé nel sistema istituzionale, un modo cioè peculiare di partecipare ai processi di produzione giuridica, pur facendo capo a termini di riferimento concettuale alquanto incerti, quali quelli componenti la coppia "principio-regola".

Desidero fare un ultimo richiamo alla mia personale vicenda di studioso. Ebbene anch'io, un tempo fermo sostenitore della causa della separazione delle competenze sulla scia dell'insegnamento

¹² In realtà, la dottrina più avvertita ha successivamente argomentato la tesi, a mia opinione persuasiva, secondo cui entrambi gli enti sono parimenti "derivati" dal solo sovrano *in senso oggettivo*, o meglio *assiologico-oggettivo*, che è la Costituzione coi suoi valori fondamentali, pur se soggetti a limiti diversi, peculiari di ciascuno, conformemente al ruolo che essi sono chiamati ad esercitare in seno alla Repubblica (a riguardo della conversione della sovranità da soggettiva in oggettiva, v., sopra tutti, G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005). Non è di questo, ad ogni buon conto, che siamo oggi nuovamente chiamati a discorrere.

impartitomi dal mio Maestro, me ne sono successivamente e pur se gradatamente distaccato approdando alla sponda opposta della integrazione¹³.

Quella della integrazione costituisce, a mia opinione, una soluzione obbligata e rischiosa, *sommamente* rischiosa, allo stesso tempo; di sicuro, lo è in maggior misura rispetto alla tesi della separazione, che pure, al di là degli inconvenienti sopra indicati, taluni rischi li fa ugualmente correre all'autonomia, trattandosi in ogni caso di schemi teorici, l'uno e l'altro, insuscettibili di meccaniche e ripetitive applicazioni, siccome pur sempre soggetti a variabili e discrezionali apprezzamenti da parte del giudice delle leggi, in occasione della messa in atto delle delicate operazioni di bilanciamento tra gli interessi rispettivamente facenti capo allo Stato e alle Regioni. Qualunque sia, insomma, l'opzione metodico-teorica di partenza, si tratta poi di vedere quale applicazione in concreto essa riceva nel corso delle vicende processuali; e il "filtro" al riguardo utilizzato dal giudice costituzionale è pur sempre assai largo e suscettibile di esser fatto in modi assai varî valere.

La giurisprudenza costituzionale, riguardata retrospettivamente nel suo insieme, avvalora questo giudizio, dà cioè conferma della complessiva, considerevole contrazione patita dall'autonomia in sede di giudizi sulle leggi¹⁴.

È tuttavia doveroso avvertire che *ogni* ricostruzione teorica si presta, quale più quale meno, a strumentali utilizzi e che il quadro costituzionale, con la sua strutturale apertura e formidabile capienza, è astrattamente in grado di offrire accoglienza sia all'una che all'altra tesi. Non ve n'è insomma una *vera* ed una *falsa*, una *giusta* ed una *sbagliata*; vi sono modi diversi d'intendere le Regioni, in alcune delle loro più salienti manifestazioni positive, che possono legittimamente mutare col mutare stesso del contesto di riferimento.

Questo spiega, forse e almeno in parte, le perduranti oscillazioni della giurisprudenza costituzionale che, specie dopo la riforma del 2001, ha in modo altalenante optato ora per il corno della separazione ed ora per quello della integrazione, senza riuscire a decidersi definitivamente per l'uno o per l'altro.

6. Una notazione conclusiva: il bisogno di un profondo ripensamento e svecchiamento metodico-teorico, specie per ciò che attiene al ricorso, di cui si ha ad oggi riscontro in misura complessivamente inappagante, alla comparazione ed alla integrazione interdisciplinare

Piuttosto, un dato merita di essere messo in particolare evidenza. Ed è che, diversamente da ciò che si è avuto in altri campi materiali e per altri ordini tematici, nell'esame delle questioni di diritto regionale si è fatto (e si fa) scarso ricorso da parte della giurisprudenza al metodo della comparazione (che invece, ad es., sta, sia pure gradatamente e faticosamente e comunque ad oggi in misura ancora inappagante, crescendo per ciò che attiene alla salvaguardia dei diritti fondamentali). Ciò che, poi, è forse ancora più grave è che fa difetto la percezione dell'ausilio che può essere offerto, in occasione della soluzione di problemi giuridici particolarmente complessi, da altre discipline (sopra tutte, a me pare, l'economia).

Gli studiosi, dal canto loro, sono soliti fare frequente ricorso alla comparazione, anche se talora non compiutamente svolta (non tenendosi spesso in adeguato conto la diversità dei contesti in cui s'inscrivono ed inverano disposti normativi pure assai simili); difetta, invece, largamente l'integrazione interdisciplinare, non tanto con riferimento al rapporto tra gli studi giuridici e quelli storico-politici o sociologici (o di questi ultimi *inter se*), quanto appunto tra i primi e quelli economici.

¹³ A quest'esito teorico-ricostruttivo è altresì pervenuto, tra gli allievi diretti di Martines, A. SPADARO, che l'ha difeso con la sua consueta passione argomentativa (spec. a partire da *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/1994, 1041 ss.).

¹⁴ Faccio qui specifico riferimento alle controversie Stato-Regioni portate alla cognizione della Corte col procedimento in via d'azione, tralasciando di considerare la vicenda dei conflitti di attribuzione, per la evidente ragione che la posta è nelle prime politicamente più alta. La conclusione, nondimeno, non mi parrebbe essere diversa anche con riguardo alla soluzione dei conflitti suddetti, ove si faccia riferimento al più consistente e ricorrente indirizzo giurisprudenziale.

Solo di recente vanno facendo capolino alcune riflessioni orientate nel senso qui auspicato¹⁵; si tratta però di autentiche mosche bianche. Troppo poco, insomma.

La cosa è molto grave, specie se posta in relazione al presente contesto segnato – come si diceva – da una crisi economica senza precedenti. E, invero, alcune soluzioni giuridiche restano senza significato e giustificazione se non le si riconsidera alla luce delle risultanze teoriche raggiunte dalle riflessioni di carattere economico.

Faccio solo un paio di esempi con riferimento a questioni di scottante attualità.

E così si pensi alle discusse pronunzie della Consulta, di cui ancora di recente si è avuto riscontro, da cui discendono costi anche molto rilevanti per l'erario¹⁶. Sappiamo tutti che la Corte quando decide tiene (o *dovrebbe* tenere...) conto delle conseguenze in genere (anche di quelle economico-finanziarie, dunque) discendenti dalle proprie decisioni. Ma da chi attinge alcuni elementi di conoscenza che pesano sulla bilancia su cui sono disposti gli interessi bisognosi di essere presi in considerazione? Alle volte, circolano cifre “ballerine” vistosamente divergenti tra di loro. In congiunture siffatte, anche chi è solito fare un monitoraggio costante della giurisprudenza, sottoponendola a vaglio critico, si sente profondamente disorientato ed ha difficoltà ad esprimere un giudizio *causa* (pienamente) *cognita* sui verdetti del giudice costituzionale.

La conclusione non è sostanzialmente diversa laddove si sposti il tiro dalla Consulta ad altre sedi istituzionali. Lo stesso legislatore (o il popolo legislatore), al momento in cui manifesta la propria volontà normativa, dovrebbe previamente essere dotato dei necessari elementi di conoscenza per tutto ciò che attiene all’“impatto” o agli effetti (anche non giuridici) cui la volontà stessa potrebbe dar luogo. Solo che non poche volte si mettono in moto processi imprevedibili in astratto, che sfuggono cioè persino al controllo teorico degli esperti e che obbligano pertanto a ridimensionare il rilievo, pure in una certa misura riconoscibile, che va assegnato agli strumenti di analisi degli effetti stessi di cui le Camere si sono ormai da tempo dotate. Il vaglio della “ragionevolezza” di tutte siffatte decisioni, al fine di poter essere svolto come si conviene, richiede infatti non poche volte studi particolarmente approfonditi che, in un contesto soggetto a moto interno continuo ed a mutamenti a ritmi spesso incalzanti, risultano non poche volte provvisti di base teoriche assai fragili, per non dire del tutto inconsistenti.

Il diritto, insomma, è debitore in misura crescente nei riguardi di altre discipline. Credo che i giuristi e soprattutto gli operatori farebbero bene a prenderne piena consapevolezza ed a regolarsi di conseguenza. Non saprei, poi, francamente dire se questa consapevolezza sia posseduta dai cultori di altre discipline verso la nostra. Non dispongo delle conoscenze necessarie per esprimermi sul punto, il quale nondimeno richiederebbe approfondimenti e verifiche che vanno ben oltre l’*hortus conclusus* di questa riflessione.

Chiudo. Gli studi di diritto regionale non temono l'estinzione, non appartengono insomma ad una “specie” bisognosa di essere protetta; hanno tuttavia bisogno di un profondo svecchiamento metodico, di aprirsi ancora di più ed in considerevole misura non soltanto ai campi materiali contigui al diritto costituzionale, cogliendo alcune implicazioni ad oggi non sufficientemente apprezzate, ma anche a quelli coltivati da discipline non giuridiche. E ciò, per la elementare ragione che le indagini giuridiche – è ormai provato – non possono restare confinate all'interno dei soli dati risultanti dagli enunciati normativi, riguardati sia *uti singuli* che nel loro fare “sistema”, ma devono tenere nel debito conto il contesto; e quest'ultimo non può che essere visto a tutto tondo, da angoli visuali diversi e, perciò, a mezzo di strumenti d'indagine plurimi e differenziati. L'integrazione, insomma, ha da prendere corpo al piano metodico, ancora prima che a quello teorico-ricostruttivo.

In un tempo segnato da una specializzazione esasperata, persino all'interno di una stessa disciplina alcuni studiosi dedicandosi esclusivamente a certi temi e non ad altri, da se medesimi così imprigionandosi in ambiti materiali estremamente ristretti e soffocanti, mettere in pratica con risultati

¹⁵ Faccio solo un paio di segnalazioni al riguardo, con riferimento ad un testo di *Analisi economica del diritto pubblico* di G. NAPOLITANO e M. ABRESCIA, Il Mulino, Bologna 2009 e ad un saggio di Q. CAMERLENGO e L. RAMPA, *I diritti sociali fra istituti giuridici e analisi economica*, in *Quad. cost.*, 1/2015, 59 ss., che ho trovato particolarmente interessanti.

¹⁶ Scontato il riferimento alle [sentt. nn. 10, 70 e 178 del 2015](#).

complessivamente appaganti il metodo dello studio integrato, interdisciplinare, può sembrare un pio auspicio, frutto di una ingenuità disarmante. Se però non ci si sforza almeno di fare i primi passi nella direzione giusta, temo che non si possa costruire o ricostruire nulla di buono e che i risultati raggiunti saranno pur sempre parziali o, addirittura, forzosi nei riguardi di una realtà dai molti volti, sovente appannati e dai lineamenti sfumati ed incerti, bisognosa di essere indagata come si conviene grazie a sforzi plurimi, congiunti, poderosi.

Ne hanno, dunque, da fare di strada gli studi di diritto regionale nel nostro Paese!

L'importante è che si proceda con sguardo vigile e passo fermo.

Antonio Ruggeri
Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici,
a garanzia dei diritti fondamentali

SOMMARIO: 1. Il rapporto di *mutua, necessaria e parziale* condizionalità intercorrente tra il linguaggio del legislatore e quello dei giudici, la “discrezionalità” riconosciuta agli operatori, la problematica tipizzazione dei loro ruoli. – 2. La somma questione relativa al modo o ai modi con cui si riconoscono i principi fondamentali dell’ordinamento e la formidabile apertura strutturale che ne connota le più salienti espressioni nell’esperienza. – 3. La *forza normativa in senso sostanziale* delle norme costituzionali, in specie dei principi fondamentali, e la *pregnanza assiologica* da essi posseduta, poggiante su norme consuetudinarie di riconoscimento della loro validità. – 4. *Riconoscimento e tutela* dei diritti fondamentali, e differenze dei rispettivi linguaggi, secondo modello e secondo esperienza. – 5. Alcune conclusioni discendenti dalle notazioni svolte. – 5.1. Il carattere sfumato, nell’esperienza, della distinzione tra normazione costituzionale e normazione ordinaria, nonché tra legislazione in genere e giurisdizione. – 5.2. Le aspettative di una più efficace tutela dei diritti per il tramite del “dialogo” tra Corti nazionali e Corti europee, e le “*catene*” di decisioni funzionalmente connesse e convergenti verso il medesimo scopo cui le Corti stesse fanno luogo. – 5.3. L’integrazione tra le norme riguardanti i diritti, *secondo valore*, l’apertura al diritto internazionale e sovranazionale quale *principio-mezzo* e *principio-fine* allo stesso tempo e il suo fare “sistema” con la *coppia assiologica fondamentale*, di cui agli artt. 2 e 3 della Carta, il rilievo crescente della comparazione, anche in funzione della ottimale salvaguardia della certezza del diritto costituzionale e della certezza dei diritti costituzionali. – 5.4. Diritto legislativo e diritto giurisprudenziale nel tempo presente, e la tendenza al ravvicinamento tra *civil* e *common law*. – 5.5. Il bisogno di dotare la produzione normativa di stampo giurisprudenziale delle garanzie tradizionalmente proprie della legislazione negli ordinamenti di *civil law*, avuto specifico riguardo alle decisioni della Corte costituzionale che, in quanto non soggette ad alcuna impugnazione, rischiano di fare della Corte stessa un “*potere costituente permanente*”, e il soccorso che può a tal fine venire da un’oculata razionalizzazione costituzionale specificamente volta all’aggiornamento del catalogo dei diritti. – 5.6. Una notazione conclusiva, a riguardo del *carattere “intercostituzionale” della Costituzione* (e delle altre Carte dei diritti) e del bisogno di un rinnovamento metodico, ancora prima che teorico, tanto degli studi quanto delle pratiche riguardanti i diritti, che dia testimonianza dell’abbandono di un nazionalismo o patriottismo esasperato, inidoneo a dare un apprezzabile appagamento ai diritti stessi, nei limiti in cui risulti possibile nel presente contesto internazionale e sovranazionale.

1. *Il rapporto di mutua, necessaria e parziale condizionalità intercorrente tra il linguaggio del legislatore e quello dei giudici, la “discrezionalità” riconosciuta agli operatori, la problematica tipizzazione dei loro ruoli*

Assumo a base dell’analisi ora avviata un dato di comune acquisizione, vale a dire che non si dà un solo linguaggio né del legislatore né dei giudici, ciascuno di essi in realtà articolandosi e svolgendosi in forme plurime, refrattarie ad essere ingabbiate entro schemi rigidi e chiusi, suscettibili di meccaniche e ripetitive applicazioni¹. Quali che siano i modi della loro presentazione, un punto mi parrebbe nondimeno provato; e da questo qui muovo, e cioè che tra i linguaggi stessi si dà un rapporto di *mutua* condizionalità, allo stesso tempo *necessaria e parziale*.

Necessaria, dal momento che a seconda della maggiore o minore puntualità di disposto e chiarezza ovvero ambiguità del linguaggio del legislatore se ne ha una parimenti maggiore o minore *intensità prescrittiva* o, diciamo pure, *forza in senso sostanziale* dallo stesso espressa. Della qual cosa si ha riscontro ad un duplice piano di esperienza: a quello dei rapporti tra linguaggio costituzionale e linguaggio delle leggi comuni, così come di questi in rapporto a quello di atti-fonte di grado inferiore, in primo luogo, e, secondariamente, al piano dei rapporti tra il linguaggio delle leggi (e degli atti normativi in genere) e il linguaggio degli operatori (per ciò che qui più da presso importa, dei giudici).

¹ Se n’è avuta, ancora di recente, conferma dai contributi alle VIII Giornate internazionali di diritto costituzionale (Brasile-Italia-Spagna) dedicate a *La lingua dei giuristi*, Pisa-Firenze 23-24 settembre 2015.

Parziale, in ragione del fatto che l'intensità stessa non riesce mai a spingersi fino ad appiattare la condizione degli operatori che comunque dispongono pur sempre di margini di manovra ora più ed ora meno ampî entro i quali ricercare le soluzioni interpretative maggiormente adeguate ai casi.

Mutua, poi, a motivo del fatto che se, per un verso, il linguaggio delle leggi condiziona in varia misura il linguaggio dei giudici, per un altro verso, però, vale pure l'inverso, non di rado la spinta e l'orientamento per la produzione legislativa venendo proprio da sollecitazioni ed indicazioni della pratica giuridica (spec. giudiziaria), dalla "invenzione" di soluzioni quindi "razionalizzate" ovvero fatte oggetto di vario adeguamento da parte del legislatore. Si aggiunga, poi, la circostanza per cui senza l'attività posta in essere dagli operatori (e, segnatamente, dai giudici) il diritto vigente non potrebbe comunque commutarsi in "vivente" e sarebbe condannato – come, peraltro, non di rado accade – a restare sulla carta, incapace di farsi valere e di affermarsi, malgrado gli aggiustamenti ai quali spesso rimane soggetto per effetto di pratiche interpretative ora più ed ora meno innovative, "normative".

È ovvio che i problemi del linguaggio sono, a conti fatti, problemi d'interpretazione; e, dunque, il discorso dovrebbe subito appuntarsi sulle tecniche a mezzo delle quali si assegnano significati agli enunciati².

Avverto subito che, tuttavia, di ciò in questo scritto non dirò (se non per cenni e solo per taluni, limitati aspetti), non coltivandosi qui il progetto di riprendere annose e complesse questioni di ordine teorico che richiederebbero uno spazio ed un impegno a finalità ricostruttiva di cui ora non dispongo. M'interessa piuttosto mettere in evidenza alcuni nessi che si intrattengono tra i linguaggi suddetti, ponendo alcune domande e tentando di dare le relative risposte che, in un successivo momento, potranno essere riprese in uno studio specificamente dedicato ai problemi dell'interpretazione. Questi ultimi, nondimeno, com'è chiaro, condizionano anche gli svolgimenti dell'indagine in corso e non possono, pertanto, essere del tutto ignorati.

Faccio solo un esempio a riprova di quest'assunto.

E, dunque, si torni a considerare, solo per un momento e di passaggio, il rilievo (ma anche i limiti) dell'*original intent* che, con specifico riguardo all'interpretazione costituzionale, ci è stato detto dalla giurisprudenza costituzionale (specie, come si sa, nella notissima [sent. n. 138 del 2010](#)) avere l'idoneità ad esprimere un vincolo stringente unicamente per ciò che attiene al c.d. "nucleo duro" del volere di coloro che scrissero la Carta. Nel momento stesso in cui ammette che, attorno al "nucleo" in parola, si dia una parte circostante non "dura" bensì morbida e, perciò, riplasmabile dagli operatori, la Corte ritaglia e preserva a beneficio degli interpreti della Costituzione (e, dunque, in primo luogo di se stessa...), uno spazio entro cui può affermarsi il *principio della discrezionalità del giudice* (e dell'interprete in genere). Ciò che equivale a dire che, così come si dà uno spazio entro cui il legislatore può ricercare soluzioni comunque compatibili con la Costituzione in svolgimento delle previsioni normative in questa contenute, si dà cioè un *principio di discrezionalità del legislatore*, analogamente v'è un *principio di discrezionalità del giudice* nell'interpretazione sia costituzionale che legislativa³. Dobbiamo, insomma, convenire che la soggezione del giudice esclusivamente alla legge, affermazione perentoria ed astrattamente suscettibile di essere intesa in modo rigido⁴, è, a conti fatti, relativizzata. È chiaro, infatti, che se, in premessa, la stessa interpretazione costituzionale è legata all'originaria intenzione di chi ha redatto la Carta unicamente per ciò che attiene al suo "nucleo

² Su di che, di recente, M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Giappichelli, Torino 2015, e R. GUASTINI, *Interpretare, costruire, argomentare*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2/2015.

³ Ne hanno di recente trattato, ma con impostazione e svolgimenti non poco distanti da quelli di qui, R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine. Una prospettiva "quantistica"*, FrancoAngeli, Milano 2013; O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2014, spec. 279 ss., e M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, cit.

⁴ Fa il punto sulla vessata questione D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al diritto. Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Jovene, Napoli 2008.

duro”, a maggiore o quanto meno ugual titolo anche l’interpretazione delle leggi comuni va incontro a vincoli comunque non stringenti, estesi cioè ad ogni parte del volere del legislatore⁵.

Se poi ci si interroga sulla consistenza effettiva dello spazio di manovra di cui i giudici dispongono, ovvero sulla consistenza del “nucleo” in parola, ci si avvede subito di essere davanti ad una vera e propria montagna da scalare a mani nude, né la Corte né nessun altro avendo mai chiarito come possano determinarsi i confini dello stesso e a mezzo di quali risorse intellettuali (diciamo pure, di quali canoni teorici e tecniche interpretative) e con quale grado di affidabilità possa a ciò farsi luogo.

Un punto è, nondimeno, da tener fermo; ed è che l’estensione dello spazio entro cui può farsi valere il principio della discrezionalità del legislatore in larga misura dipende proprio dal linguaggio della Costituzione, così come quella entro cui può affermarsi il principio della discrezionalità del giudice dipende dal linguaggio delle leggi, oltre che della stessa Costituzione⁶. Solo che si tratta – come ben si vede – di una soluzione che accheta ed appaga in parte, diciamo pure: in *minima* parte. Una volta, infatti, assodato com’è fatto il linguaggio costituzionale si può tentare di stabilire quali condizionamenti da esso discendano a carico del linguaggio delle leggi e, poi, dall’uno e dall’altro nei riguardi dei giudici. Resta però insoluta la questione di fondo, che è appunto quella relativa al modo o ai modi con cui può essere colta l’essenza del linguaggio costituzionale (il suo “nucleo duro”), separandola da tutto ciò che vi sta attorno⁷.

È interessante notare che il principio della discrezionalità del legislatore e quello della discrezionalità del giudice, pur se teoricamente distinti e distinguibili, non sempre lo sono nei fatti, assai frequenti essendo i casi di reciproca sovrapposizione⁸.

La tipizzazione dei ruoli degli operatori (e, segnatamente, appunto del legislatore e dei giudici) non dovrebbe discutersi, dovrebbe cioè essere un dato inconfutabile del sistema istituzionale, siccome espressivo della sua stessa ragion d’essere. Uso il condizionale dal momento che – come si sa – in tempi sia lontani che vicini essa è stata revocata in dubbio⁹, per quanto la dottrina sia pressoché unanimemente schierata a difesa della diversità, secondo modello, dei ruoli stessi. La separazione dei poteri, pur nella pluralità delle forme espressive di cui si è storicamente rivestita, nonché di quelle,

⁵ La soggezione del giudice alla legge (o, più largamente, al diritto) può, poi, riaffermarsi per aspetti diversi da quello che fa riferimento al volere del legislatore; in ogni caso, non è piena così come lo sarebbe qualora il volere stesso obbligasse alla propria osservanza *in tutto e per tutto*.

⁶ Alle volte (e per norma) il giudice è chiamato a fare i conti sia col linguaggio delle leggi che con quello della Costituzione, altre volte invece si confronta direttamente ed esclusivamente con quest’ultimo, a motivo dell’assenza del primo, ed è pertanto sollecitato a far luogo all’applicazione diretta della legge fondamentale della Repubblica. Molto discussa è l’ipotesi inversa: che si diano, cioè, discipline di legge mancanti di discipline costituzionali con le quali raffrontarsi. Si tratta della vessata questione relativa alla esistenza di lacune costituzionali ovvero di spazi vuoti di diritto costituzionale, sui quali possano impiantarsi e crescere regole legislative (o di altre fonti) o, ancora, delle regolarità della politica o di altra natura. Non si trascuri, tuttavia, per un verso, la formidabile capacità pervasiva dei principi fondamentali, coi quali le regole subcostituzionali sono, ad ogni modo, tenute a fare i conti e, per un altro verso, la parimenti formidabile, pressoché incontenibile, capacità qualificatoria posseduta dal canone della ragionevolezza, idoneo comunque a portare ad un giudizio di validità su tali regole, specie ad opera del tribunale costituzionale.

La consistenza del carico normativo gravante sull’operatore, nondimeno, varia da caso a caso. Non si trascuri, infatti, la circostanza per cui non di rado tra i materiali normativi in campo ve ne sono anche alcuni di origine esterna (e, segnatamente, di natura internazionale e sovranazionale).

⁷ È la stessa questione – se ci si pensa – che si ripropone, ad es., laddove si tratti di verificare se sono rispettati i limiti alla revisione costituzionale, ove ci si disponga nell’ordine di idee, fatto proprio dalla giurisprudenza e dalla dottrina pressoché unanime, favorevole al riconoscimento degli stessi.

⁸ Cfr. al punto di vista di qui in avanti rappresentato quello ancora di recente manifestato da R. BIN, *Processi giusgenerativi ed effettività della Costituzione*, in *Lo Stato*, 4/2015, 11 ss.

⁹ Di recente, v. O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un’interpretazione della forma di governo*, Jovene, Napoli 2010, a cui opinione funzione di garanzia e funzione di direzione politica, anche secondo modello costituzionale, sarebbero indistinguibili. Una opinione – come si vede – che offre un avallo teorico a prassi fortemente discusse e discutibili, *quodammodo* dunque “razionalizzandole”, in linea peraltro con taluni svolgimenti teorici presenti in una nota ricostruzione a riguardo del rilievo delle convenzioni costituzionali [il riferimento è – com’è chiaro – alla tesi di C. ESPOSITO, del quale v. part. il *Saggio sulla controfirma ministeriale*, Giuffrè, Milano 1962, e la voce *Controfirma ministeriale*, per l’*Enc. dir.*, X (1962), 285 ss. ripresa con originali svolgimenti da G.U. RESCIGNO, in molti scritti, tra cui *Le convenzioni costituzionali*, Cedam, Padova 1972].

non rigide, con cui, da noi come altrove, oggi si presenta¹⁰, non ammette che possa essere diversamente. Sappiamo, però, che nella pratica le cose non stanno affatto così e che i casi in cui si assiste ad un pur anomalo, alle volte invero abnorme, esercizio “sussidiario” di funzioni non sono affatto infrequenti, un esercizio fattosi anzi viepiù vistoso e ricorrente, specie negli anni a noi più vicini risultando agevolato da una congiuntura, interna ed internazionale, che ha vigorosamente spinto (e spinge) in tal senso. Basti solo pensare al rilievo, a tal riguardo, assunto dalla crisi economica, che ha incoraggiato (e, in un certo senso, obbligato) gli organi di garanzia (specie quelli apicali, quali il Capo dello Stato e la Corte costituzionale) a svolgere un ruolo innaturale di codecisione politica, alle volte persino di “supplenza” di un’attività degli organi d’indirizzo palesemente carente.

In questa luce, si spiega, ad es., tanto la riscrittura dei testi di legge quanto l’applicazione diretta della Costituzione ad opera dei giudici, laddove sollecitata ad abnormi utilizzi: due esperienze, peraltro, non di rado confluenti l’una nell’altra, sì da rendersi a conti fatti indistinguibili. E ciò, dal momento che la riscrittura in parola alle volte è testuale (così, come si sa, nelle decisioni manipolative della Corte costituzionale), altre volte invece è mascherata, avendosi ugualmente ma prendendo corpo a mezzo di manipolazioni operate per via d’interpretazione, tanto più incisive laddove non dovessero limitarsi al solo piano dell’oggetto bensì estendersi a quello del parametro di giudizio, portando in buona sostanza all’effetto del subdolo rifacimento del dettato costituzionale¹¹.

2. La somma questione relativa al modo o ai modi con cui si riconoscono i principi fondamentali dell’ordinamento e la formidabile apertura strutturale che ne connota le più salienti espressioni nell’esperienza

Si diceva in esordio di questa trattazione che si dà una varietà di linguaggi del legislatore. Se ne ha testimonianza già al piano degli enunciati costituzionali; e basti solo far richiamo alla diversa struttura nomologica con cui si presentano quelli espressivi di principi (e, segnatamente, di principi fondamentali) dagli altri coi quali sono poste le regole, alle volte persino assai minute, che pure si danno in seno alla Carta¹², così come diverso può essere (e, in effetti, molte volte è) il linguaggio della Carta stessa vista nel suo insieme da quello delle leggi costituzionali e delle leggi di revisione costituzionale.

Alcune avvertenze si rendono indispensabili, prima di procedere oltre, con riguardo alle cose appena dette.

La prima.

L’affermazione secondo cui i principi si riconoscono dalla loro struttura a maglie larghe o larghissime è tendenzialmente avvalorata dall’esperienza ma non lo è, appunto, sempre. Oltre tutto, una volta che la questione si sposti al piano degli effetti ricollegabili a siffatta struttura o da essa linearmente discendenti, ci si avvede che il trattamento riservato ai principi stessi e la speciale

¹⁰ Su di che, per tutti, v. G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano, I (1979) e II (1984).

¹¹ Si considerino, ad es., i casi in cui il giudice comune lavora ad arte sia i testi legislativi che gli enunciati costituzionali o quelli di Carte diverse dalla Costituzione ma che con essa condividono la natura di documenti materialmente costituzionali, a conti fatti pervenendo all’esito dell’applicazione diretta di questa o di quella Carta o, magari, di più d’una assieme, laddove si reputi che tra di esse si abbia una sostanziale convergenza e persino una reciproca, inscindibile integrazione di norme. La discussa applicazione diretta della CEDU, alla quale la Consulta si è – come si sa – decisamente opposta, può aversi talora *in modo improprio* o *mascherato*, grazie appunto alle formidabili risorse offerte dall’interpretazione, per quanto la stessa finisca col risolversi in una “non interpretazione”, ogni qual volta si assista ad un vero e proprio stravolgimento dei testi e della sostanza normativa in essi racchiusa (altra questione, che tuttavia non può essere qui ripresa, è se si diano, come a mia opinione si danno, dei casi al ricorrere dei quali possa farsi *in modo proprio* ed alla luce del sole applicazione diretta della Convenzione o di altre Carte ancora).

¹² Sulla discussa distinzione (che, per taluno, è vera e propria contrapposizione) tra principi e regole, v., sopra tutti, R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, tr. it., Il Mulino, Bologna 2010. Sono, di recente, tornati a riflettere sulla vessata questione O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., spec. 297 ss.; C. PINELLI, *Principi, regole, istituti*, in *Dir. pubbl.*, 1/2015, 35 ss., e N. ZANON, *Pluralismo delle culture e dei valori, unità del diritto: una riflessione*, Lettura annuale della Fondazione Magna Carta, 5 marzo 2015, in www.magna-carta.it.

protezione di cui essi sono comunemente considerati dotati, che li sottrae ad innovazioni che non si abbiano in modo forzoso¹³, può altresì valere pari pari anche per norme che di per sé non sono principi bensì regole che ne danno il *primo, diretto e necessario* svolgimento, al punto che la rimozione di queste ridonderebbe subito in una inammissibile violazione di quelli¹⁴. La differenza di natura o di struttura, dunque, pur laddove rimanga, viene però praticamente a dissolversi al piano delle sue proiezioni esterne, degli effetti appunto.

La seconda riguarda la riconoscibilità dei principi fondamentali e il rilievo che agli stessi, una volta conosciuti, è da assegnare nelle pratiche interpretative¹⁵.

Come si è tentato di mostrare in altri luoghi, i principi infatti non sono un *prius* dell'interpretazione costituzionale bensì un *posterius*, sono cioè essi stessi l'esito di un fatto o processo interpretativo, che richiede di avere un orientamento ed un verso per potersi affermare e giungere a compimento, un orientamento che, a mia opinione, viene *ab extra*, è cioè *fuori e prima* della Carta, quale microcosmo o sistema in sé conchiuso e significante: è, insomma, nei *valori* in nome dei quali è stata condotta la battaglia vittoriosa contro il vecchio regime e per la fondazione del nuovo¹⁶, espressivo di un'*etica pubblica* dirompente nei riguardi del passato ordinamento ed irriconoscibile alla luce dei principi posti a fondamento di quest'ultimo¹⁷.

Ora, i valori si conoscono col fatto stesso di essere intimamente sentiti, vissuti, tradotti in comportamenti ad essi conseguenti¹⁸. È la percezione dei valori, la loro conoscenza intuitiva, che guida nella ricerca e selezione prima e, quindi, nella messa a punto semantica degli enunciati espressivi dei principi fondamentali, i quali pertanto si pongono quale la traduzione prima, la più genuina ed immediatamente espressiva, dei valori.

Il diritto è, dunque, solo l'immagine riflessa di un corpo ideale, composto dall'insieme dei valori nel loro fare sistema e dare un senso complessivo alla Costituzione e, per il tramite di questa, all'intero ordinamento.

La terza notazione riguarda la differenza di struttura che – come si è veduto – ordinariamente si ha tra gli enunciati che danno i principi e gli enunciati restanti. Una differenza che non si deve alla circostanza per cui gli uni sono la più genuina espressione del potere costituente, dal momento che la stessa Carta – come si è rammentato – contiene altri enunciati, che non danno principi bensì regole la cui modifica rientra nella disponibilità del potere costituito di revisione costituzionale, le quali regole nondimeno sono esse pure espressive in modo genuino della volontà del Costituente.

Il vero è che l'apertura strutturale degli enunciati prescinde dalla *qualità* delle norme dagli stessi prodotte, così come questa da quella e, almeno in parte (come si vedrà a momenti) dalla *origine* degli enunciati espressivi delle norme stesse, vale a dire dalla loro *natura* di prodotti di potere costituente ovvero di potere costituito, secondo quanto peraltro confermano le stesse regole relative alla revisione

¹³ Il riferimento – com'è chiaro – è ora circoscritto ai soli principi fondamentali dell'ordinamento ed alla nota teoria dei limiti alla revisione costituzionale, la quale nondimeno richiederebbe, a mia opinione, di essere fatta oggetto di non poche precisazioni teoriche, di cui è chiaramente altra la sede (un cenno, nondimeno, *infra*).

¹⁴ Nulla, invece, osta a che regole siffatte possano essere sostituite con altre regole, anche significativamente diverse dalle prime e tuttavia parimenti idonee a dare ai principi lo svolgimento di cui hanno comunque bisogno e, laddove possibile, ad offrire loro un servizio ancora più adeguato di quello assicurato dalle norme originarie. L'appagamento di siffatta condizione richiede, nondimeno, un accertamento da fare caso per caso.

¹⁵ Ne ha, ancora di recente, trattato, ma con svolgimenti argomentativi e lungo un itinerario teorico-ricostruttivo distanti da quelli di qui, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2015.

¹⁶ Un riferimento ai valori ed al collegamento che viene di conseguenza ad instaurarsi tra i principi fondamentali e “le culture presenti nella base materiale dell'ordinamento costituzionale” è, ora, in A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir., Ann.*, VIII (2015), 269 e, già, dello stesso, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2/2010, 311 ss.

¹⁷ La qual cosa, poi, per la sua parte avvalorata l'idea che all'interpretazione costituzionale (e, generalizzando, all'interpretazione *tout court*, specie di quella delle leggi, costituzionalmente orientata) non può restare estraneo il riferimento all'etica suddetta (diversamente, ora, F. RIMOLI, *L'interpretazione “morale” della Costituzione: brevi considerazioni critiche*, in www.rivistaaic.it, 3/2015, 18 settembre 2015).

¹⁸ Mi piace qui rammentare la splendida, commovente lezione di Piero Calamandrei agli universitari milanesi del '55, con l'invito in essa fatto a cogliere l'essenza della Costituzione in quell'atto di ribellione collettiva che è stata la resistenza.

costituzionale, in vista del miglior servizio da apprestare, specie a seguito di un mutato contesto, ai valori fondamentali dell'ordinamento.

L'apertura suddetta, infatti, può riscontrarsi anche ai piani sottostanti rispetto a quello costituzionale, non poche essendo le leggi comuni ed altri atti ancora che ne sono variamente connotati; la qualità invece, una volta che la s'intenda – come, a mia opinione, giova intenderla – in prospettiva assiologicamente ispirata¹⁹, si fa riportare all'attitudine delle norme a servire i valori, dipende cioè dalla “distanza”, ora più ed ora meno corta, che le separa dai principi stessi (e, per il tramite di questi, dai valori), da cui solo a conti fatti discendono “coperture” assiologico-positive ora più ed ora meno consistenti ed efficaci, specie in sede di operazioni di bilanciamento secondo i casi.

Se poi ci si interroga in merito alle indicazioni che possono aversi dall'esperienza a riguardo dei caratteri strutturali degli enunciati costituzionali, ci si avvede subito che alla domanda non è possibile dare una sola ed univoca risposta.

Innanzitutto, occorre distinguere a seconda che la questione sia ambientata al piano teorico-generale ovvero a quello dogmatico. All'uno, è giocoforza rispondere che non si è data né si dà una connotazione monotipica di Costituzione, come tale sistematicamente ricorrente. Un'analisi pur superficiale e parziale in prospettiva comparata avvalorata ampiamente l'idea secondo cui si danno Costituzioni – come un tempo le si chiamava – corte e lunghe o lunghissime, le quali tutte, quale più quale meno, possono rimanere “silenti”²⁰ in relazione a porzioni anche consistenti della materia costituzionale²¹, con effetti sovente imprevedibili, ad oggi comunque non sufficientemente esplorati: a riprova, appunto, del fatto che l'essenza di una Costituzione non riposa nel modo con cui sono scritte le proposizioni di cui essa si compone ma in ciò che le stesse rappresentano, nei valori cioè cui danno voce. Il carattere particolarmente dettagliato di alcune di tali proposizioni può, poi, avere plurime ragioni: ora riportarsi alla cautela con cui si è voluto circondare l'azione di taluni organi o enti potenzialmente idonea a mettere a rischio certi valori (si rammenti, al riguardo, com'era fatto il vecchio art. 127 della nostra Carta²²), ora a ragioni di ordine tecnico-procedimentale (così, ad es., per

¹⁹ Non escludo, ovviamente, che possano darsi accezioni diverse del termine, quali quelle usualmente date con riguardo all'utilizzo delle tecniche di *drafting*; l'accezione maggiormente promettente interessanti esiti teorico-costruttivi tuttavia a me pare essere quella qui nuovamente patrocinata.

²⁰ *Nel silenzio della Costituzione* è il titolo di un attento studio di recente portato a termine da Q. CAMERLENGO e che può vedersi in *Dir. soc.*, 2/2014, 267 ss.

²¹ La qual cosa poi dimostra che, per un verso, avuto riguardo ad un ordinamento positivo dato, la materia costituzionale risulta da ciò che è fatto oggetto di normazione costituzionale, per effetto di libere scelte compiute dal Costituente, e però, per un altro, è pur vero che, per il fatto stesso che la vicenda costituente ha portato alla fondazione di un ordine costituzionale di un certo tipo (ad es., d'ispirazione liberaldemocratica), possono riscontrarsi (e effettivamente si riscontrano) in seno alla materia stessa sue porzioni lasciate scoperte o, comunque, insufficientemente coperte dalla normazione stessa. In questo senso, può anche dirsi che la materia in parola *preesiste* alla sua positivizzazione (così, ora, lo scritto da ult. cit. e, se si vuole, il mio *Linguaggio della Costituzione e linguaggio delle leggi: notazioni introduttive*, Intervento alle VIII Giornate internazionali di diritto costituzionale su *La lingua dei giuristi*, cit., in www.osservatoriosullefonti.it, 3/2015), risultandone i lineamenti dal fatto storico-politico che ha portato all'abbattimento del vecchio ordine costituzionale ed alla edificazione sulle sue ceneri del nuovo. È pur vero, tuttavia, che la struttura della materia stessa possiede una intrinseca, elevata elasticità, che le consente di adattarsi all'emersione di nuovi, intensamente avvertiti, bisogni, sì da restringersi ovvero dilatarsi a mo' d'elastico. La maggiore tendenza è, ad ogni buon conto, proprio in quest'ultimo senso, secondo quanto confermato da indagini svolte in chiave comparatistica, dalle quali risulta che Carte costituzionali di fresca redazione ovvero revisioni di Carte anche risalenti portano perlopiù alla positivizzazione di istanze dapprima sconosciute e successivamente ritenute meritevoli di disciplina di rango costituzionale, tanto in relazione alla parte sostantiva (si pensi solo alla “invenzione” dei nuovi diritti, specie di quelli maggiormente legati allo sviluppo scientifico e tecnologico) quanto in merito alla parte organizzativa (con specifico riferimento alla quale, maggiori ragguagli possono, volendo, aversi dal mio *La Costituzione allo specchio: linguaggio e “materia” costituzionale nella prospettiva della riforma*, Giappichelli, Torino 1999).

²² ... che faceva chiaramente trasparire la preoccupazione avvertita dal Costituente circa il modo con cui avrebbero potuto operare le Regioni, pur essendosi lo stesso Costituente mostrato deciso ad offrire all'autonomia regionale l'opportunità di affermarsi a mezzo di atti, le leggi, per natura emblematicamente espressivi d'indirizzo politico e, perciò, potenzialmente idonei a mettere a rischio l'unità-indivisibilità della Repubblica; una preoccupazione che, a ruoli invertiti, non si aveva (o, meglio, non si avvertiva in egual misura) con riguardo alla eventualità che leggi statali, portatrici di istanze unitarie, potessero attentare all'autonomia stessa. Non a caso, d'altronde, mentre la Carta prevedeva, con disposti assai minuti, il controllo statale sulle leggi regionali, taceva invece in merito al controllo regionale sulle leggi dello Stato,

ciò che attiene alla nuova versione dell'art. 70, secondo la riforma costituzionale in cantiere). La qual cosa dimostra che i valori rimangono ma che i modi coi quali essi ricevono (e devono ricevere) un adeguato invero nell'esperienza possono anche significativamente cambiare.

Al piano positivo, poi, credo che non vi sia oggi alcuna Costituzione che non esibisca al proprio interno una gamma estremamente varia di “tipi” di struttura nomologica, al punto da rendere un'impresa assai ardua, forse invero votata a sicuro insuccesso, quella volta alla loro pur approssimativa catalogazione.

La ricorrente affermazione secondo cui il linguaggio della Costituzione, essendo fatto per durare a lungo nel tempo²³, è dotato di una struttura linguistica a maglie più larghe di quelle di cui sono usualmente dotate le leggi comuni può, dunque, dirsi confermata nella sua indicazione di tendenza ma non è, appunto, sempre vera, nulla vietando che si diano disposti di legge comune provvisti di ancora maggiore ampiezza strutturale di enunciati costituzionali²⁴. La stessa Costituzione prefigura alcune specie di legge che dovrebbero essere caratterizzate da tendenziale ampiezza strutturale, come ad es. quelle che pongono “principi fondamentali” ai quali le leggi adottate dalle Regioni sulle materie di cui all'art. 117, III c., sono – come si sa – tenute a conformarsi. “Principi” che – è ormai provato – non sono ovviamente confrontabili con gli stessi “principi fondamentali” della Carta costituzionale, coi quali hanno in comune unicamente l'identità del nome, che tuttavia si appunta su “cose” profondamente diverse. È poi a tutti noto che si è data una vistosa manipolazione della formula costituzionale, fatta scivolare dal piano strutturale a quello funzionale, acquisendo il significato di *ogni* norma comunque servente interessi infrazionabili nel territorio e, perciò, bisognosa di essere comunque osservata dalle fonti di autonomia. La qual cosa, poi, rende per la sua parte eloquente testimonianza del basso, in qualche caso bassissimo, grado di *intensità prescrittiva* espresso dal linguaggio costituzionale in genere, incapace di reggere all'urto di interessi incorporati entro le maglie della struttura degli enunciati costituzionali ma che vigorosamente premono per debordare dalle stesse.

3. *La forza normativa in senso sostanziale delle norme costituzionali, in specie dei principi fondamentali, e la pregnanza assiologica da essi posseduta, poggiante su norme consuetudinarie di riconoscimento della loro validità*

Le notazioni da ultimo svolte danno conferma della necessità di distinguere tra una *forza normativa in senso formale* ed una – come si diceva – *sostanziale*.

Per l'una, è avvalorata l'immagine tradizionale che vede al vertice dell'ordine interno delle fonti la Costituzione quale *fons fontium*, il punto di unificazione-integrazione dell'ordinamento, dal quale

fatto oggetto di regolazione fuori della Carta stessa. E, sempre non a caso, il primo dei controlli suddetti aveva carattere preventivo, diversamente dal secondo, che era successivo.

Questo sperequato regime, una volta consolidatasi la Repubblica e presa consapevolezza che dalle Regioni non venivano rischi concreti per l'unità, è stato quindi rimosso – come si sa – con la riscrittura del Titolo V del 2001. È interessante notare che, laddove si sono, ancora di recente, avute manifestazioni d'insofferenza o intemperanza in alcune Regioni, esse sono state prontamente e fermamente debellate (v., da ultimo, [sent. n. 118 del 2015](#)). La circostanza, poi, che esse possano eccezionalmente presentarsi nulla toglie, a mia opinione, alla bontà della scelta fatta nel 2001 (e confermata dalla legge di riforma in cantiere) col parificare il regime dei controlli. Per l'aspetto ora considerato, si può apprezzare quella maggiore “qualità” delle norme della revisione del 2001 rispetto alle stesse norme originarie della Carta, cui si faceva un momento fa cenno, in ragione della più adeguata protezione apprestata al valore di autonomia.

²³ Notazione corrente e risalente. Sulla dimensione temporale in cui s'inscrivono i documenti costituzionali v., tra gli altri, T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale* (1978), ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, 477 ss.; L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 2009, spec. al cap. II, e, più di recente, S. BARTOLE, *Il tempo e i tempi della Costituzione*, in *Studi in onore di F. Modugno*, I, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 221 ss.; L. PATRUNO, *L'elasticità della Costituzione*, Giappichelli, Torino 2012; M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in www.rivistaaic.it, 1/2013, 1° marzo 2013.

²⁴ In argomento, tra gli altri, G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2/1989, 229 ss.

l'intero ordinamento stabilmente si tiene, ogni atto espressivo di potere costituito essendo comunque soggetto all'osservanza del solo atto espressivo di potere costituente. Persino, laddove l'uno si rivela in grado d'innovare all'altro, ciò pur sempre si deve – secondo la più accreditata ricostruzione di questa esperienza – ad un'abilitazione in tal senso al primo concessa dalla Carta e nei limiti al riguardo stabiliti.

Per l'altra, l'ordine gerarchico naturale e positivo, che vede ogni fonte soggetta alla Costituzione, può trovarsi sotto *stress* fino ad essere ribaltato su se stesso in presenza di enunciati la cui struttura nomologica è passibile di forti manipolazioni semantiche, esprimendo pertanto vincoli lassi e non stringenti²⁵.

L'una forza si rende manifesta ed apprezza al piano della *teoria delle fonti*, l'altra a quello della *teoria dell'interpretazione*; e gli esiti ai quali esse fanno pervenire possono essere, come effettivamente sono, sensibilmente divaricati, dimostrandosi irriducibili ad unità ricostruttiva.

Quale prima conclusione si può, dunque, trarre dalle cose fin qui dette? Se la natura degli enunciati, l'essere cioè espressione di potere costituente ovvero di potere costituito, e il modo con cui si presenta la loro *struttura* non sono decisivi al fine del riconoscimento della loro *funzione* e degli *effetti* concretamente prodotti, se ne ha che la caratterizzazione del linguaggio non costituzionale rispetto a quello costituzionale (e, ulteriormente specificando, del linguaggio espressivo dei principi fondamentali dell'ordinamento) va ricercata non già al piano della diversa *intensità prescrittiva*, della *forza normativa in senso sostanziale*, bensì a quello – se così può dirsi – della *densità* o *pregnanza assiologica*²⁶, che connota alcuni enunciati (in specie, appunto, quelli espressivi dei principi di base dell'ordinamento) in ragione del peculiare modo con cui si riportano ai valori che stanno a fondamento dell'ordinamento stesso.

In realtà, la *pregnanza assiologica*, di cui si discorre nel testo, non tanto dipende – come si diceva – dall'essere le norme che la possiedono espressione di potere costituente, nulla escludendo che anche norme di potere costituito possano esserne dotate in ancora maggiore misura.

²⁵ La immediata intelligibilità del linguaggio del Costituente è qualità che risponde ad un'esigenza messa in particolare evidenza già da Meuccio Ruini al momento dell'avvio dei lavori dell'Assemblea, laddove – come rammenta E. CHELI, *Il problema storico della Costituente*, in *Pol. dir.*, 1973, 212 – ebbe a manifestare l'auspicio che la nuova Carta costituzionale risultasse “piana, semplice, comprensibile anche alla gente del popolo” e “per quanto possibile, italiana”; una qualità ancora di recente messa opportunamente in rilievo da una sensibile dottrina (P. CARETTI, *Lingua e Costituzione*, in www.rivistaaic.it, 2/2014, 16 maggio 2014, spec. al § 1.2, e, ora, F. BAMBI, relaz. alle Giornate su *La lingua dei giuristi*, cit., in *paper*) che, tuttavia, per una singolare e sfortunata eterogenesi del fine, lungi dal porre un'argine efficace a letture strumentalmente forzose, manipolative, del dettato della Carta, piuttosto molte volte le ha, pur se involontariamente, agevolate ed alimentate. D'altronde, è questo un effetto – direi – naturalmente discendente da parole scelte per essere capite da tutti, e non già da pochi iniziati in grado di esprimersi con un linguaggio tecnico e altamente specializzato, per quanto invero nella Carta non facciano difetto termini ricorrenti nei discorsi dei giuristi (sui rapporti tra il linguaggio costituzionale e quello comune, v., nuovamente, lo scritto di G. SILVESTRI, sopra cit.). Di contro, la lingua delle leggi comuni, specie di alcune, richiede – secondo la testimonianza di un costituzionalista che ha vissuto l'esperienza del parlamentare – “più di un ‘lavaggio’ in Arno per diventare accettabile per le persone normali” (R. ZACCARIA, *Per una politica linguistica costituzionale*, relaz. al Convegno su *Il potere della lingua. Politiche linguistiche e valori costituzionali*, Roma 19 febbraio 2014, in *Osservatorio costituzionale* dell'AIC, marzo 2014; *ivi*, altri interventi di vario segno). Temo, poi, che il giudizio possa essere ancora più crudo e severo con riguardo a talune revisioni della Carta, in special modo alla riscrittura del Titolo V operata nel 2001 (che si distingue per alcune, rare “perle linguistiche”, le non poche contraddizioni, le affermazioni sibilline) e, più di recente, al nuovo art. 81, laddove sono termini che hanno già dato (ed è facile previsione che ancora daranno) non poco filo da torcere a studiosi ed operatori. Mi si consenta, infine, di non esprimere, *pietatis causa*, alcun commento sul linguaggio della riforma Renzi, specie di alcuni suoi enunciati (come a riguardo dei compiti che dovrebbero essere affidati al nuovo Senato).

²⁶ In questi termini se ne tratta, ora, nel mio *Linguaggio della Costituzione e linguaggio delle leggi*, cit.; nel mio primo lavoro di respiro monografico ho invece preferito discorrere, con diversa espressione ma sostanziale identità di concetti, di “qualità di pregevolezza normativa”, propria di alcune norme ed in capo ad esse discendente dal modo con cui si dimostrano in grado di servire i valori fondamentali dell'ordinamento (v., dunque, volendo, il mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977, spec. 240 ss.). Alle sommarie ed acerbe indicazioni date in questo scritto mi sono, quindi, sforzato di dare seguito e ulteriore sostegno argomentativo in altri contributi.

La tesi è, a mia opinione, generalizzabile, non potendosi neppure escludere l'evenienza che leggi comuni possano farsi portatrici di norme ancora più "pregevoli" – se così posso ora dire, riprendendo un termine già presente nel mio scritto monografico sopra richiamato – di quelle presenti in leggi costituzionali (e così, in genere, con riguardo agli atti di cui si compone l'ordinamento). Non a caso, d'altronde, le une leggi possono concorrere alla incessante rigenerazione semantica delle altre, facendo valere sul campo un *primato culturale* che ha peraltro la radice da cui stabilmente si tiene ed alimenta pur sempre nella Carta e nei suoi valori, segnatamente in quelli di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità). Solo i principi fondamentali (e, ulteriormente specificando, il loro "nucleo duro"²⁷), quali espressioni grafiche le più genuinamente espressive dei valori in nome ed in funzione dei quali è stato edificato l'ordinamento, sono dotati di una valenza assiologica che non si ritrova presso alcuna altra norma, per la elementare ragione che si pongono a parametro di tutte le norme restanti, giustificando il loro aggiornamento positivo e la eventuale caducazione²⁸, laddove risulti provata la loro inadeguatezza a dare l'ottimale servizio ai valori stessi.

La qual cosa, poi, ulteriormente conferma che il fondamento degli stessi principi fondamentali ha carattere – come si diceva – metapositivo, storico-politico, radicandosi nel terreno in cui si è affermato ed è emerso il potere costituente, che da esso ha tratto alimento e giustificazione.

Così stando le cose, va poi ulteriormente precisato che la forza in senso sostanziale, di cui si è fin qui discusso, può essere intesa in due modi bisognosi di essere tenuti reciprocamente distinti.

Riferita agli enunciati, essa può presentarsi – come si è venuti dicendo – in minor misura in capo a quelli costituzionali rispetto a quelli non costituzionali ovvero in capo a certi disposti piuttosto che ad altri della stessa Carta o, in genere, di uno stesso documento normativo, i quali tutti possono esprimere, in ragione della struttura nomologica di cui sono dotati, una diversa, "graduata" *intensità prescrittiva*.

In prospettiva assiologicamente orientata, tuttavia, *ove cioè si abbia riguardo alle norme*, non alle *disposizioni*, ed in ispecie ad *alcune* norme dotate di particolare pregnanza assiologica siccome idonee ad offrire l'ottimale servizio ai valori, malgrado il vincolo lasso – come si diceva – espresso dalle disposizioni stesse, la capacità di vincolo prodotta dalle loro norme può apprezzarsi in una misura tale da non riscontrarsi in capo ad altre norme desunte da enunciati caratterizzati da notevole intensità prescrittiva.

La misura del vincolo, in altri termini, può dipendere dalla misura in cui i valori sono effettivamente sentiti; e possono perciò farsi, ed effettivamente si fanno, *diritto vivente*, imprimendo una spinta vigorosa per la loro attuazione ed orientando gli svolgimenti storico-positivi dell'intero ordinamento e delle sue singole parti.

La pregnanza assiologica delle norme poggia, dunque, su norme consuetudinarie di riconoscimento della loro validità, largamente diffuse e sistematicamente osservate, la cui complessiva consistenza può essere colta unicamente in prospettiva assiologicamente connotata. Il fondamento dell'ordine positivo, in breve, sta e si risolve nel fatto stesso della sua osservanza, o meglio della media osservanza delle norme che lo compongono, a partire appunto da quelle espressive di principi: fondamento ed essere, o meglio divenire, dell'ordinamento sono una sola cosa,

²⁷ I principi, infatti, non si sottraggono, a mia opinione, alla loro revisione *in melius*, volta cioè a fare ulteriormente espandere la loro *vis* espressiva, sempre che la revisione stessa si abbia nel segno della fedeltà evolutiva rispetto al "nucleo duro" dei principi medesimi (che i mutamenti costituzionali debbano considerarsi illeciti laddove si presentino a finalità di "restaurazione" è stato efficacemente argomentato da G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e i limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Giuffrè, Milano 1987, 1183 ss., spec. 1206; il mio pensiero sul punto può, volendo, vedersi nel mio *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento*, in *Dir. soc.*, 4/2005, 451 ss.)

²⁸ Quest'ultima è tuttavia possibile – come si sa –, in ispecie per mano dei giudici, unicamente con riferimento a norme di potere costituito. Si faccia caso alla stranezza: una norma di potere costituito può essere – come si è veduto – ancora più pregevole di norme di potere costituente; ciononostante, essa non si sottrae alla eventualità del suo annullamento, diversamente dalle norme risultanti dagli enunciati confezionati dallo stesso Costituente che, pur se meno pregevoli delle prime, si sottraggono, in via di principio, al loro annullamento. Tutto, insomma, sempre dipende dai casi e dalle combinazioni di ordine assiologico dagli stessi sollecitate a formarsi.

apprezzabile nella sua complessiva consistenza unicamente attraverso la costante osservazione dell'esperienza, illuminata dai valori.

In realtà, le norme stanno – per dir così – a mezzo del contesto fattuale in cui si inscrivono ed inverano e dei valori che danno il riconoscimento della loro validità e, prima ancora, tracciano il solco o il verso dell'attività interpretativa che porta alla loro emersione. I *valori in alto* e il *“fatto” in basso* sono i punti di riferimento ai quali fanno capo le norme, in cui cioè queste rinvergono la giustificazione, il *fine* ed il *confine* a un tempo, del loro vigore, della loro stessa esistenza²⁹. La dimensione assiologica e la dimensione fattuale, nella loro congiunta ed inscindibile composizione, portano, dunque, alla produzione delle norme, al loro fare “sistema”, al loro radicamento nel terreno dell'esperienza, alla loro giustificazione.

4. Riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, e differenze dei rispettivi linguaggi, secondo modello e secondo esperienza

Di ciò si ha particolarmente significativa ed attendibile conferma sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali.

Tralasciando, dunque, ora ogni questione specificamente riguardante il linguaggio della Costituzione e delle leggi in relazione alla materia della organizzazione, di cui non tocca qui dire, e venendo all'esame del modo con cui esso si atteggia sul terreno in cui maturano le esperienze relative ai diritti, occorre subito mettere in chiaro che le principali differenze di linguaggio sono da riportare alla parimenti diversa *funzione* e *struttura* degli atti che entrano in campo a salvaguardia dei diritti stessi. Differenze che poi, allo stesso tempo, sono altresì di *piano* o *livello* e, per ciò pure, di *natura* degli atti stessi.

Muovo al riguardo da un esito teorico-ricostruttivo altrove argomentato e sul quale, dunque, non reputo ora opportuno indugiare; ed è che, secondo modello, si dà una tipicità inconfondibile di ruoli, di funzione appunto, tra la Costituzione, cui solo è demandato il *riconoscimento*, nella sua stretta e propria accezione, dei diritti fondamentali, ed altri atti, quali le leggi o gli statuti regionali (o altri atti ancora) ai quali compete, in svolgimento delle indicazioni costituzionali, apprestare la *tutela* normativa dei diritti stessi, cui fa quindi seguito l'ulteriore tutela apprestata dagli operatori restanti (in ispecie, la tutela giurisdizionale, ulteriormente differenziata o tipizzata al proprio interno, distinguendosi quella offerta dai giudici costituzionali³⁰ dall'altra che viene dai giudici comuni).

Tutto ciò, appunto, *secondo modello*. D'altronde, il prototipo di Costituzione si è affermato proprio così negli ordinamenti di stampo liberale, a questo suo precipuo e caratterizzante fine, mirabilmente sintetizzato nell'art. 16 della *Dichiarazione* del 1789 che ha instaurato un rapporto di corrispondenza biunivoca tra Costituzione e diritti, l'una avendo senso per il servizio che, essa sola, è in grado di

²⁹ Si perviene, cioè, alla produzione di certe norme, piuttosto che di altre, in sede d'interpretazione, in ragione della pressione esercitata, dall'alto, dai valori e, dal basso, dal “fatto”, che viene così a farsi esso stesso parametro, segnatamente nei giudizi secondo ragionevolezza (ho, ancora non molto tempo addietro, studiato i fatti “interposti” nel mio [Fatti “interposti” nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana](#), in questa [Rivista](#), 2014, 6 novembre).

³⁰ Riprendendo, poi, una tesi altrove caldeggiata, intendo qui il termine “costituzionale” *in senso materiale*, ai giudici costituzionali di diritto interno affiancando e ad essi *quodammodo* assimilando i giudici internazionali e sovranazionali (per ciò che qui più da presso importa, le Corti europee). Di ciò, d'altronde, una crescente dottrina si mostra ormai avvertita [tra gli altri, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; O. POLLICINO, che ne ha trattato a più riprese: ad es., in *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 31 dicembre 2013; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 2013, 3657 ss. Infine, A. SPADARO, *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, relaz. alla Giornata di studio su *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Messina, 16 ottobre 2015, in *paper*].

offrire ai diritti, col fatto stesso di darne il *riconoscimento*; gli altri acquistando significato proprio grazie a siffatto servizio e, *con ciò stesso*, dando significato alla Costituzione.

Col tempo, questa che nel corso dell'intera vicenda liberale è stata una qualità esclusiva e identificante della Costituzione si è trovata ad essere da quest'ultima condivisa con altri documenti normativi, le Carte internazionali dei diritti, ai quali nondimeno è concesso di poter spiegare gli effetti loro propri unicamente grazie ad un previo riconoscimento della loro idoneità allo scopo operato in ambito interno e secondo le modalità al riguardo stabilite dalla stessa Costituzione³¹. Di modo che è pur sempre da tener fermo il principio per cui le Carte suddette, nella dimensione nazionale, valgono se ed in quanto è così voluto da chi le recepisce e, comunque, entro i limiti segnati dalla cornice costituzionale (in ispecie, dai principi fondamentali, nel loro fare "sistema").

Il modello, insomma, conferma che, senza la Costituzione o al di fuori di essa, non può aversi *riconoscimento* dei diritti; e, per questo verso, conferma altresì che il *primo, essenziale e necessario* strumento a salvaguardia dei diritti stessi è, e rimane, la Costituzione stessa. La legge viene dopo e solo dopo; e dopo ancora entrano in scena i giudici.

Alla differenza di funzione, poi, si accompagna una differenza di struttura e, perciò, di estensione del linguaggio normativo, dal momento che al fine del riconoscimento bastano poche parole, mentre la tutela, per risultare adeguata ed efficace, richiede un discorso normativo più lungo e dettagliato; e, però, pur sempre fino ad un certo punto.

La varietà dei casi della vita, la complessità degli interessi in campo, la pretesa crescente e pressante volta alla salvaguardia di nuovi diritti ovvero dell'allestimento di forme nuove di tutela degli stessi diritti vecchi, un mutato contesto internazionale e sovranazionale, oltre che interno: questo ed altro ancora ha fatto sì che, laddove il legislatore è intervenuto con discipline eccessivamente minute, rigide, costrittive, si è non poche volte imposto il loro temperamento da parte dei giudici, specie per mano di quelli costituzionali, obbligati, in vista di un congruo bilanciamento tra gli interessi stessi, ad incisivi interventi nella struttura del dettato legislativo, sì da renderlo maggiormente duttile ed adeguato ai casi. Manipolazioni anche di particolare rilievo, pur se non sempre immediatamente visibili, si sono avute (e quotidianamente si hanno) altresì per iniziativa dei giudici comuni, costretti tuttavia dai limiti delle loro funzioni a mascherare ad arte le innovazioni normative – ché di questo, a conti fatti, si è trattato e si tratta³² – poste in essere, ammantandole delle candide vesti dell'interpretazione conforme (a Costituzione, diritto internazionale, diritto dell'Unione europea). E non è inopportuno al riguardo rammentare che siffatta tendenza è stata, pur se involontariamente, incoraggiata dalla giurisprudenza costituzionale col fatto stesso di sollecitare i giudici comuni a far luogo ad un utilizzo viepiù incisivo e ricorrente della tecnica d'interpretazione in parola.

Si tratta, a questo punto, di verificare quali forme ha assunto il modello succintamente descritto nell'esperienza.

Quella tipizzazione dei ruoli degli atti, di cui poc'anzi si diceva, riceve nell'esperienza plurime torsioni, a più livelli: vuoi per il fatto che talora lo stesso *riconoscimento* di nuovi diritti si è avuto *omisso medio* ad opera di leggi comuni, vuoi ancora per il fatto che esso non poche volte ha preso corpo direttamente ed esclusivamente *ope juris prudentiae* e vuoi infine perché la stessa *tutela*, in talune sue espressioni positive, si è manifestata con la medesima duttilità strutturale che si è veduto

³¹ Accenno di sfuggita ad una tesi, altrove argomentata, favorevole a che l'esecuzione interna delle Carte dei diritti, proprio a motivo della loro natura di documenti materialmente costituzionali, si abbia con atti parimenti costituzionali *quoad formam*; ciò che, tra l'altro, giustifica nel modo migliore quella partecipazione delle Carte stesse ad operazioni di bilanciamento assiologico con la Costituzione che, a mia opinione, in via di principio possono aversi su basi paritarie ed all'insegna del canone della massimizzazione della tutela dei diritti, al di fuori dunque di alcun ordine gerarchico preconstituito tra di esse assiomaticamente ritenuto esistente (sul punto, ulteriori precisazioni *infra*).

³² E ciò, ove si guardi appunto alla sostanza delle operazioni poste in essere, indipendentemente cioè dalla circostanza che gli effetti dalle stesse prodotti restano circoscritti al caso ed ai protagonisti delle singole vicende giudiziarie. Non si trascuri, tuttavia, l'effetto di trascinamento e d'imitazione che alle volte si determina, la soluzione adottata in un singolo luogo giudiziario venendo quindi trapiantata in altri luoghi, fino a formarsi un autentico "diritto vivente", provvisto come tale di generale valenza.

esser propria del *riconoscimento*, mescolandosi assieme sì da rendersi praticamente indistinguibili funzioni che avrebbero dovuto restare, ad ogni modo, distinte.

Questa esperienza ha specificamente interessato i diritti nuovi, in modo viepiù vistoso i nuovissimi, la cui affermazione appare essere il prodotto dello sviluppo scientifico e tecnologico o, comunque, è a questo strettamente legata³³. Il che equivale a dire che sono i diritti, per come sono fatti in natura e struttura e quali si rendono palesi attraverso i casi, ad attrarre a sé un certo modello di rapporti tra legislazione costituzionale e legislazione comune, in primo luogo, e, quindi, tra legislazione in ogni sua forma e giurisdizione, sollecitando una certa loro combinazione in vista del raggiungimento del fine, nei limiti in cui risulti possibile alle condizioni oggettive di contesto.

5. Alcune conclusioni discendenti dalle notazioni svolte

Le notazioni appena svolte portano ad alcune conclusioni, per una parte implicite nelle notazioni stesse e, cionondimeno, meritevoli di essere ora meglio precisate, e per un'altra parte bisognose di essere per la prima volta esposte.

5.1. Il carattere sfumato, nell'esperienza, della distinzione tra normazione costituzionale e normazione ordinaria, nonché tra legislazione in genere e giurisdizione

La prima.

Sfuma – come si è dietro accennato – la distinzione, un tempo considerata netta, tra normazione costituzionale e normazione ordinaria, vuoi per il fatto che questa alle volte fa innaturalmente le veci di quella e vuoi ancora perché anche la seconda non conviene che si spinga in una eccessiva (e, perciò, irragionevole) minuzia di disposti, con grave pregiudizio per i diritti; laddove, poi, ciò dovesse aversi, sarebbe giocoforza – come si diceva – per la giurisprudenza intervenire a rendere duttile ciò che nasce rigido. Con il che sfuma altresì la distinzione tra legislazione in genere e giurisdizione³⁴, la seconda non limitandosi ad una mera *applicazione* dei contenuti della prima ma, assai spesso, disponendosi altresì a darvi *attuazione*³⁵, senza peraltro trascurare i casi, essi pure – come si sa – assai frequenti, di anomala “sussidiarietà” posta in essere dai giudici allo scopo di colmare strutturali carenze della legislazione (persino costituzionale).

Si tratta allora di chiedersi se si diano le condizioni per un pur problematico e parziale recupero di quella tipizzazione dei ruoli in cui si esprime il principio della separazione dei poteri e, per il tramite di questo, si coglie ed apprezza la Costituzione nella sua stessa essenza³⁶. Una questione micidiale, da far tremare davvero le vene e i polsi, la cui soluzione rimanda ad altre, non meno ardue, questioni,

³³ Su ciò, ampia trattazione, ora, in E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, relaz. al Convegno AIC su *La scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali*, Roma 6-7 novembre 2015, in *paper*.

³⁴ ... che, nondimeno, ovviamente rimane sotto profili diversi da quelli ora riguardati, quali quelli relativi agli organi, i procedimenti, gli atti e i rispettivi effetti.

³⁵ ... a mezzo di regole che sono quindi applicate ai casi, al punto che, ancora di recente, si è discusso di una “co-produzione” normativa tra giudici e legislatore (A. GUSMAL, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari 2015). Diversa sul punto la posizione di una sensibile dottrina, che vorrebbe invece circoscritta l'attività giurisdizionale alle mera *applicazione* delle previsioni legislative [così, part., ora, M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in www.rivistaaic.it, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim*, e, dello stesso, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in www.rivistaaic.it, 4/2014, 10 ottobre 2014, e, su di lui, i rilievi di R. BIN, in più scritti, tra i quali *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 34/2013, 215 ss., spec. 224 ss.]. La qual cosa, come che la si giudichi per l'aspetto teorico, risulta assai di frequente contraddetta da un'esperienza ormai marcatamente da essa discosta. Insomma, è il contesto quale oggi è, e sempre di più va consolidandosi, a rendere comunque impraticabile lo schema teorico propugnato da questa dottrina.

³⁶ ... dal momento che, senza il riparto della sovranità tra centri istituzionali diversi, non c'è né Costituzione (in senso liberale) né garanzia effettiva della salvaguardia dei diritti fondamentali, secondo la lapidaria, efficacissima formula dell'art. 16 della Dichiarazione del 1789, già richiamata.

alla fin fine coinvolgendo l'intero ordinamento. Perché il vero è che un pur sommario raffronto tra modello ed esperienza mostra quanto sia ormai vistoso lo scarto tra di essi esistente, a determinare il quale peraltro in considerevole misura concorrono fattori di origine esterna (e, segnatamente, internazionale e sovranazionale), che passano cioè sopra le nostre teste e la cui rimozione o modifica va dunque ben oltre le sole nostre forze.

Il terreno sul quale prendono corpo le esperienze riguardanti i diritti e i modi del loro riconoscimento e della loro tutela offre plurime e convergenti testimonianze in tal senso.

5.2. Le aspettative di una più efficace tutela dei diritti per il tramite del “dialogo” tra Corti nazionali e Corti europee, e le “catene” di decisioni funzionalmente connesse e convergenti verso il medesimo scopo cui le Corti stesse fanno luogo

Viene a tal proposito in rilievo la seconda conclusione. La salvaguardia dei diritti, nel presente contesto segnato da una integrazione sovranazionale avanzata e dall'infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale, resta in significativa misura demandata, in aggiunta alla Costituzione, a Carte diverse da questa e, dunque, in buona sostanza, alle Corti che ne sono istituzionalmente garanti.

Sono fermamente convinto che, nel presente contesto, i diritti o ricevono protezione anche in ambito esterno oppure semplicemente non sono, finiscono cioè con lo smarrire la loro stessa essenza e natura di diritti autenticamente “fondamentali”.

L'esperienza, pur nei molti chiaroscuri che la connotano, le non lievi contraddizioni e le tensioni in essa emergenti, avvalora, a mia opinione, questa conclusione. È vero che si danno casi non infrequenti di discordanti orientamenti manifestati dai giudici nazionali (specie, ma non solo, costituzionali) e dai giudici sovranazionali o, diciamo pure, di aperti ed irriducibili conflitti; la qual cosa ha indotto non poca dottrina a prendere le distanze dall'idea di una tutela – come suol dirsi – “multilivello” (che, però, ancora meglio dovrebbe dirsi “interlivello”³⁷) dei diritti, rivendicando orgogliosamente il primato della tutela nazionale, nell'assunto – a mio modo di vedere, meritevole di non poche ed incisive correzioni teoriche – del carattere complessivamente più avanzato ed efficace dei riconoscimenti contenuti nella nostra Carta.

In disparte però il carattere approssimativo di quest'esito, resta il fatto che, accanto ai casi di divergenze d'indirizzo giurisprudenziale, si danno, numerosi e viepiù frequenti, quelli di convergenza e persino di sostanziale identità, frutto di un “dialogo” intergiurisprudenziale costruttivo e fecondo, al quale si deve quel “benefico dinamismo giurisprudenziale” di cui ha, ancora di recente, discorso una sensibile dottrina³⁸.

È chiaro che l'analisi, a questo punto, dovrebbe spingersi in verifiche specifiche, di ordine tematico, riguardanti i singoli campi materiali di esperienza; la qual cosa – com'è parimenti chiaro – qui non può farsi e devesi pertanto rimandare ad altri luoghi di riflessione scientifica. Ciò che, nondimeno, mi sembra essere ormai provato, documentato da innumerevoli casi relativi a campi anche assai distanti l'uno dall'altro, è che, senza le previsioni delle Carte di origine esterna e, soprattutto, il quotidiano servizio apprestato dai giudici non nazionali, molti diritti non avrebbero ottenuto pieno riconoscimento e tutela. Quante conquiste di civiltà giuridica si devono a siffatto servizio, esteso praticamente a tutti i campi e particolarmente vistoso ed apprezzabile, in ispecie, in relazione ai nuovi diritti? Non v'è questione eticamente sensibile in cui la mano dei giudici extranazionali non abbia avuto modo di lasciare un segno marcato, che ha incoraggiato e sovente

³⁷ Per questa non secondaria correzione teorica, gravida di pratiche implicazioni a largo raggio, v., tra gli altri, L. D'ANDREA, *Brevi riflessioni su governance globale e costituzionalismo interlivello*, in questa *Rivista*, 2014, 6 ottobre.

³⁸ M. CARTABIA, *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2015, 29 ss. (e 30, per il riferimento testuale).

orientato ed influenzato, anche in significativa misura, l'intraprendenza dei giudici nazionali³⁹. Persino nel campo dei diritti sociali, con riguardo ai quali una nutrita dottrina rivendica a beneficio della nostra Carta (e, a seguire, della legislazione e della giurisprudenza sulla sua base formatesi) quella *primauté*, di cui si diceva, una più attenta osservazione porta a riconoscere il ruolo non secondario svolto dai giudici europei in vista della loro pur problematica e parziale salvaguardia, in ragione della crisi economica soffocante che segna a fondo il tempo presente (e – temo – segnerà anche il futuro)⁴⁰.

Molti sono i modi con cui gli indirizzi giurisprudenziali si pongono e si combinano a vicenda. Non c'è, insomma, uno schema che meccanicamente si ripete e trasmette con identità di caratteri complessivi. Si dà tuttavia, in misura crescente, un tratto che sembra connotare le più salienti espressioni del “dialogo” intergiurisprudenziale; ed è dato dal formarsi di “catene” di atti funzionalmente connessi e convergenti allo scopo di apprestare una tutela che, senza di esse, verosimilmente non sarebbe stata (e non sarebbe) in modo soddisfacente raggiunta⁴¹. Non di rado, infatti, il motore della produzione giuridica di stampo giurisprudenziale si accende al piano internazionale o sovranazionale, mettendo in moto una macchina che quindi penetra in ambito interno e qui sollecita il prolungamento della produzione stessa ed il suo adattamento ai peculiari contesti nazionali, nonché alla varietà dei casi in essi emergenti.

In congiunture siffatte, è bensì vero che ciascun atto dà luogo ad un proprio effetto giuridico, l'uno dunque distinto da quello degli altri⁴². Una conclusione, questa, che è da tener ferma in prospettiva formale-astratta; in prospettiva sostanziale, però, non è improprio discorrere di un effetto unitario

³⁹ Esemplicazioni, nella ormai nutrita lett., per tutti, in R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*², Aracne, Roma 2014, e, dello stesso, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014; AA.VV., *Biotech Innovations and Fundamental Rights*, a cura di R. Bin - N. Lucchi - S. Lorenzon, Springer, Milano-Dordrecht-Heidelberg-London-New York 2012, nonché, con specifico riguardo alle esperienze di fine-vita, in S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012; G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Giappichelli, Torino 2014, e, più di recente, I. RIVERA, *Il caso Lambert e la tutela della dignità umana come diritto a vivere (e a morire)*, in www.forumcostituzionale.it, 2 settembre 2015. Quanto, poi, alle esperienze d'inizio-vita, ancora S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, del quale v. pure, utilmente, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all'epoca della rivoluzione biologica*, in www.rivistaaic.it, 1/2014, 24 gennaio 2014; inoltre, S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Università degli studi di Trento, Trento 2015; AA.VV., *La procreazione assistita, dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, a cura di M. Azzalini, Aracne, Roma 2015; M. D'AMICO, *Opportunità e limiti del diritto giurisprudenziale in relazione alle problematiche dell'inizio della vita (i casi della procreazione medicalmente assistita e dell'interruzione volontaria di gravidanza)*, in www.forumcostituzionale.it, 20 luglio 2015, e, della stessa, pure *ivi*, ora, *Le questioni “eticamente sensibili” fra scienza, giudici e legislatore*; M.P. IADICICCO, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in *Quad. cost.*, 2/2015, 325 ss. Infine, M. BASILE, *La fecondazione artificiale eterologa dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Silvestri*, e, pure *ivi*, A. MUSUMECI, *I giudici e la scienza. Note minime a margine della “riscrittura” giurisprudenziale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*; E. ROSSI, *L'“attuazione” della sentenza sulla fecondazione eterologa*, e L. VIOLINI, *Regioni ed eterologa: i livelli essenziali di assistenza, il coordinamento politico interregionale e le scelte regionali in materia*.

⁴⁰ Maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio [Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come “sistema” \(notazioni di metodo\)](#), in questa *Rivista*, 2/2015, 538 ss. Indicazioni di vario segno possono ora aversi anche da AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015 (e, part., *ivi*, con riguardo ai diritti sociali, S. GAMBINO, *Diritti sociali e libertà economiche nelle Costituzioni nazionali e nel diritto europeo*, 245 ss.).

⁴¹ Ne ho descritto l'operatività in altri luoghi (tra i quali, [Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive](#), nel vol. coll. da ultimo cit., nonché in questa *Rivista*, 2014, 24 novembre 2014, spec. al § 4).

⁴² ... secondo la magistrale indicazione della più avvertita dottrina [A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV (1965), 432 ss.].

riportabile all'intera "catena" e discendente dallo sforzo congiunto posto in essere da tutti gli operatori⁴³.

5.3. *L'integrazione tra le norme riguardanti i diritti, secondo valore, l'apertura al diritto internazionale e sovranazionale quale principio-mezzo e principio-fine allo stesso tempo e il suo fare "sistema" con la coppia assiologica fondamentale, di cui agli artt. 2 e 3 della Carta, il rilievo crescente della comparazione, anche in funzione della ottimale salvaguardia della certezza del diritto costituzionale e della certezza dei diritti costituzionali*

Si ha così l'opportunità di cogliere come, pur restando distinte le *fonti* (e gli ordinamenti di appartenenza), l'integrazione si renda palese per il tramite delle *norme*; ciò che ora maggiormente preme sottolineare è che essa si pone quale un fatto *dovuto*, rispondente cioè a *valore*. Una conclusione, questa, la terza, che in modo lineare, obbligatorio, discende dalla circostanza per cui l'apertura al diritto internazionale e sovranazionale risulta prescritta da un principio fondamentale dell'ordinamento, di cui agli artt. 10 e 11, nel suo fare "sistema" – come si è tentato di mostrare altrove – coi principi di cui agli artt. 2 e 3.

Il punto è molto importante e merita di essere, ancora una volta, messo in evidenza. Perché i disposti costituzionali usualmente richiamati a sostegno dell'apertura suddetta si pongono quali espressivi di un principio che è, a un tempo, un *principio-fine* ed un *principio-mezzo*. È un fine in se stesso il valore della pace e della giustizia internazionale la cui affermazione passa attraverso limitazioni anche assai consistenti (nel tempo presente, anzi, sempre più consistenti⁴⁴) della sovranità. Ma è anche, e soprattutto, un mezzo in vista dell'ottimale appagamento della *coppia assiologica fondamentale* – come la si è altrove chiamata⁴⁵ – dell'ordinamento, costituita da libertà ed eguaglianza, nelle loro mutue ed inscindibili implicazioni⁴⁶. La coppia in parola si pone, dunque, a fondamento e però anche a limite dell'ingresso in ambito interno di norme ed indirizzi giurisprudenziali aventi origine esterna. Solo che la discesa in campo dei c.d. "controlimiti" non è apprezzabile al piano teorico-astratto, attraverso cioè il mero raffronto degli enunciati o anche delle loro norme considerate *in vitro*, avulse dai casi, ma risulta da verifiche *in vivo*, fatte cioè di volta in volta, a seconda dei casi stessi, che richiedono delicate ed incerte operazioni di bilanciamento assiologico⁴⁷, dovendosi appunto stabilire quale norma o insieme di norme si dimostri in grado d'innalzare il livello della garanzia dei diritti e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti, considerati nel loro fare "sistema"⁴⁸. V'è, insomma, un canone fondamentale, dietro accennato, quello

⁴³ La qual cosa, poi, avvalorata l'idea che né gli operatori (e, segnatamente, i giudici) sovranazionali né quelli nazionali possono comunque fare a meno gli uni del supporto degli altri, tutti essendo chiamati, con tipicità di ruoli e di effetti, a concorrere a fare le "catene" suddette.

⁴⁴ ... al punto da indurre molti autori a negare che l'idea stessa di sovranità abbia ormai un senso, di sicuro che abbia preservato quello di un passato anche non molto risalente.

⁴⁵ Per questa qualifica, v., ancora una volta, il mio scritto da ult. cit. § 6.

⁴⁶ Su di che, sopra tutti, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

⁴⁷ Così, d'altronde, è stato nel pur discusso caso risolto con la nota [sent. n. 238 del 2014](#), laddove l'arma dei "controlimiti" è stata alla Consulta azionata con decisione a presidio del valore della dignità di soggetti che hanno molto sofferto durante il secondo conflitto bellico, pur se a mezzo di un apparato di argomenti non scevro, a mia opinione, di gravi contraddizioni e forzature nei riguardi dei canoni che governano il processo costituzionale; e così pure promette di essere in relazione al caso *Taricco*, ove dovesse essere accolta la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'Appello di Milano, II sez. pen., con ord. del 18 settembre 2015.

⁴⁸ All'idea di "sistema" la giurisprudenza, specie negli anni a noi più vicini, si è insistentemente richiamata: come si è tentato di mostrare altrove, non di rado anche per motivi di strategia processuale, volendosi cioè smarcare da un *pressing* insopportabile delle Corti europee, che premevano (e premono) per l'appagamento di pretese soggettive che, per questa o quella ragione, in ambito interno non era offerto o non era sufficientemente offerto (*ex plurimis*, v. Corte cost. [nn. 236 del 2011](#); [264 del 2012](#); [1, 170 e 202 del 2013](#); [10 e 49 del 2015](#)).

della *massimizzazione della tutela*⁴⁹, che governa ed orienta la selezione delle norme stesse, non escludendosi il caso – qui è il punto – che anche norme di origine esterna in conflitto con questo o quel principio fondamentale trovino ugualmente il modo di affermarsi e farsi valere in ambito interno, laddove si dimostrino maggiormente idonee delle norme nazionali e persino – perché no? – delle stesse norme costituzionali a portare a siffatto innalzamento.

I “controlimiti”, dunque, possono spiegare effetto, come non averlo, *malgrado l’occasionale ferita inferta a questo o quel principio*, laddove il risultato finale risulti comunque maggiormente appagante ed idoneo all’affermazione della Costituzione come “sistema”; possiamo ora dire: come “*sistema di sistemi*”, che al piano delle relazioni interordinamentali ottiene cioè la sua opportuna messa a punto e realizzazione⁵⁰.

Questo, più che un dato, appare essere un obiettivo bisognoso di essere di continuo riconfermato e preservato, un obiettivo conseguibile unicamente attraverso un “dialogo” – potremmo dire, con espressione mutuata da altro campo di esperienza – *ben temperato*, posto in essere con somma accortezza e con la dovuta attenzione per tutti gli elementi in campo: un “dialogo” pure vario per forme, esiti, effetti, e che si connota pur sempre per il bisogno, che lo sostiene ed alimenta, da tutte le Corti avvertito di “comunicare” tra di loro a vicenda, di non potere – piaccia o no – fare a meno di ricorrere a sempre più frequenti richiami da parte di ciascuna di esse agli indirizzi delle altre, di doverne tenere conto, pur laddove dagli stessi si prendano le distanze (perlopiù in modo mascherato, talora alla luce del sole).

Di qui, il significato, di cruciale rilievo, della comparazione, senza la quale la comunicazione stessa non potrebbe prendere forma né raggiungere gli effetti sperati⁵¹. Una comparazione poi, per

⁴⁹ ... a riguardo del quale, tra i molti altri e di recente, dopo G. SILVESTRI, *L’effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2009, 13 ss., v., part., S. GAMBINO, *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell’Unione, convenzioni internazionali, Costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti. Effetti politici nel costituzionalismo interno ed europeo*, in www.federalismi.it, 13/2014, 25 giugno 2014; G. D’AMICO, *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell’uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss., nonché negli *Scritti in onore di G. Silvestri*; pure *ivi*, E. CASTORINA - C. NICOLOSI, “Sovranità dei valori” e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull’evoluzione della giurisprudenza statunitense; L. CAPPUCCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, e C. PANZERA, [Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali](#), spec. al § 3 (quest’ultimo può vedersi anche in questa [Rivista](#), 2/2015, 488 ss.); v. inoltre, L. TRIA, *La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L’abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro*, in www.cortecostituzionale.it, dicembre 2014; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2014, 389 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss.; A. SPADARO, [Sull’aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL](#), in questa [Rivista](#), 2/2015, 504 ss., e, dello stesso, ora, *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, cit., spec. al § 10; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell’identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.

⁵⁰ Quest’esito teorico è argomentato in alcuni miei studi, tra i quali, di recente, *L’interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registratisi nell’esperienza, gli auspicabili rimedi*, in www.federalismi.it, 10/2015, 20 maggio 2015, e *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come “sistema”*, cit., spec. al § 4.

⁵¹ Di ciò la dottrina è ormai da tempo avvertita, pur seguitando ad interrogarsi a riguardo del modo o dei modi (e, dunque, essenzialmente del metodo) con cui essa può (e deve) prendere corpo. Tra i molti altri, v. G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell’interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli 2011; A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Jovene, Napoli 2012; S. ROMANO, *Nuove pratiche nell’interpretazione dei diritti costituzionali: i metodi comparativi*, in AA.VV., *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, Il Mulino, Bologna 2012, 205 ss.; P. GORI, *La rilevanza del diritto comparato nelle decisioni della Corte EDU, recenti sviluppi*, in www.europeanrights.eu, 21 giugno 2013; AA.VV., *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, a cura di T. Groppi - M.C. Ponthoreau, Hart Publishing, Oxford 2013; L. PEGORARO, in molti scritti, tra i quali e di recente,

effetto della quale – e il punto non mi sembra essere ancora stato colto appieno, anche dalla più sensibile dottrina – la certezza del diritto può essere assicurata al meglio delle sue potenzialità espressive e pretese di appagamento, sol che si convenga a riguardo del fatto che la certezza ha senso se (ed in quanto) faccia tutt'uno con la (ed interamente si risolva nella) *certezza dei diritti costituzionali*, vale a dire nella *effettività* e *compiutezza* della loro tutela, alle condizioni oggettive di contesto, alla quale il “dialogo” suddetto è (e – come si è veduto – *deve* essere)⁵².

5.4. Diritto legislativo e diritto giurisprudenziale nel tempo presente, e la tendenza al ravvicinamento tra civil e common law

La quarta conclusione fa tutt'uno con quella appena esposta.

Se è vero che la certezza dei diritti costituzionali, nel senso appena chiarito della effettività della loro tutela, può avere, perlomeno in non pochi casi, un guadagno per effetto del “dialogo” tra le Corti, se ne ha che essa può essere ancora meglio appagata in un contesto segnato dallo sviluppo del diritto giurisprudenziale, sempre che – si badi – esso sia opportunamente incanalato ed orientato da un misurato diritto legislativo. È metodicamente, ancora prima che teoricamente, fuori centro l'idea, in cui molti si riconoscono, che il diritto legislativo e quello giurisprudenziale si facciano (e debbano, per una ineluttabile sventura, farsi) una guerra senza fine e senza risparmio di colpi, quasi che l'affermazione dell'uno non possa aversi se non col sacrificio dell'altro, e viceversa. Di contro, l'orizzonte verso il quale occorre decisamente convergere è quello di un diritto legislativo e di un diritto giurisprudenziale parimenti forti; la qual cosa, nondimeno, non equivale ad auspicare la espansione a tutto campo, in modo indistinto e non vigilato, di entrambi. Il campo materiale è comune ma diverso, tipizzato, è secondo modello il modo con cui ciascuno dei termini della relazione in parola è chiamato a distendersi in esso ed a coltivarlo come si conviene, non già per la propria incondizionata affermazione bensì al servizio dei diritti (e, in genere, degli interessi) costituzionalmente protetti.

L'uno infatti, come si è veduto, non può fare a meno dell'altro, entrambi avendo un ruolo tipico da giocare nei processi di produzione giuridica, ruoli appunto complementari, idonei ad integrarsi ed a sorreggersi a vicenda.

Comparación y globalización (Las categorías del derecho civil y el parasitismo metodológico de los constitucionalistas en el estudio del derecho comparado), in AA.VV., *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, a cura di L.R. González Pérez - L. Raúl, Unam, México 2013, 265 ss.; utili indicazioni, inoltre, da AA.VV., *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, a cura di E. Ferrer Mac-Gregor e Alfonso Herrera García, Tirant lo Blanch, México D.F. 2013; M. CARDUCCI - P. RIBERI, *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane. Casi e materiali*, Giappichelli, Torino 2014; S. GAMBINO, *La comparazione nel diritto costituzionale: approccio 'normativistico' e approccio 'realista' alla "zona grigia" del diritto costituzionale*, in *Studi in onore di G. de Vergottini*, I, Wolters Kluwer - Cedam, Padova 2015, 27 ss, e, pure *ivi*, tra gli altri, L. MEZZETTI, *Transizioni costituzionali e consolidamento democratico nelle esperienze recenti degli ordinamenti islamici. Una nuova sfida per la scienza ed il metodo della comparazione*, 65 ss.; M.-C. PONTHEAU, *L'europeanisation des esprits: le rôle du droit (constitutionnel) comparé*, 203 ss.; A. TRONCOSO REIGADA, *Metodo giuridico, interpretazione costituzionale e principio democratico*, 257 ss., e A. WEBER, *Die Rolle der Rechtsvergleichung bei der Auslegung der Europäischen Grundrechtecharta*, 347 ss.; D. AMIRANTE, *Al di là dell'Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione "verso Oriente"*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2015, 1 ss.; A. VON BOGDANDY - C. GRABENWARTER - P.M. HUBER, *Il diritto costituzionale nel diritto pubblico europeo. L'esempio della rete istituzionalizzata della giustizia costituzionale*, relaz. al Convegno AIC su *La scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali*, Roma 6-7 novembre 2015, spec. al § 4; G. MARTINICO, *Time and comparative law before courts: the subversive tunction of the diachronic comparison*, in *The Theory and Practice of Legislation*, 2015, 6 novembre 2015. Se ne patrocina un largo utilizzo persino in campi di esperienza nei quali la sovranità dello Stato si chiudeva a riccio in se stessa, dimostrandosi impermeabile ad ogni suggestione proveniente *ab extra*, quale ad es. quello in cui matura e si svolge la dialettica tra maggioranza ed opposizioni parlamentari (v., ora, al riguardo, R. IBRIDO, *L'interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel "processo" di risoluzione dei casi regolamentari*, FrancoAngeli, Milano 2015, 383 ss.).

⁵² Maggiori ragguagli in argomento possono, volendo, ora aversi dal mio *Comparazione giuridica e certezza del diritto costituzionale*, in www.dirittifondamentali.it, 27 luglio 2015. A riguardo della certezza del diritto, specie nella dimensione giurisprudenziale, v., part., lo studio di L. PEGORARO, *Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1988.

Al diritto legislativo spetta la prima parte, la posizione di norme che danno il *riconoscimento* prima e la *tutela* poi dei diritti a mezzo di discipline essenziali e duttili, disponibili alla loro specificazione-attuazione ad opera di pronunzie dei giudici adeguate alla varietà dei casi. La normazione di principio, insomma, è (o, meglio, *dovrebbe* essere) opera esclusiva e caratterizzante del legislatore costituzionale, in prima battuta, e, in seconda, di quello ordinario. Ai giudici poi il compito di stabilire le regole in svolgimento dei principi stessi. In buona sostanza, dunque, anche *secondo modello* (e più ancora però, come si è veduto, *secondo esperienza*) la normazione di dettaglio risulta prodotta in sede giudiziale⁵³. Una normazione particolarmente significativa non solo per quantità ma anche per qualità, al di là ovviamente di singole decisioni o interi indirizzi di discutibile fattura, ove si ammetta – come devesi ammettere – che sempre più di frequente essa si dispone a copertura di lacune di costruzione del dettato legislativo (e persino costituzionale⁵⁴) fattesi col tempo sempre più vistose.

Così stando le cose e fatta attenzione alle più marcate tendenze dell'esperienza, che rendono testimonianza di uno squilibrio tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale che va sempre di più aggravandosi e consolidandosi⁵⁵, si ha conferma del sensibile ravvicinamento in atto tra *civil* e *common law*, dal momento che anche in Paesi, quale il nostro, tradizionalmente annoverati tra quelli appartenenti alla prima specie il diritto giurisprudenziale tende ad affermarsi in forme non molto distanti da quelle che sono proprie degli ordinamenti della seconda specie⁵⁶.

Certo, rimangono talune differenze strutturali, di fondo, tra le specie medesime, avuto specifico riguardo al piano degli effetti prodotti dalle decisioni dei giudici. Differenze che, nondimeno, vanno esse pure sfumando, sol che si considerino i vincoli discendenti dalle pronunzie delle Corti europee ed il rilievo complessivo ad esse riconosciuto quali atti iniziali di quelle “catene” giurisprudenziali, di cui si è dietro discorso, dotati di una formidabile forza di trascinamento nei confronti di interi indirizzi giurisprudenziali.

5.5. Il bisogno di dotare la produzione normativa di stampo giurisprudenziale delle garanzie tradizionalmente proprie della legislazione negli ordinamenti di civil law, avuto specifico riguardo alle decisioni della Corte costituzionale che, in quanto non soggette ad alcuna impugnazione, rischiano di fare della Corte stessa un “potere costituente permanente”, e il soccorso che può a tal fine venire da un’oculata razionalizzazione costituzionale specificamente volta all’aggiornamento del catalogo dei diritti

Si pone a questo punto una grave questione, per il tramite della quale viene ad emergere la quinta conclusione, una questione cui non si è riusciti ad oggi a dare sicura e pienamente appagante risposta. Ed è quella che fa riferimento al bisogno di dotare la produzione normativa per via giurisprudenziale delle garanzie costituzionali che per tradizione stanno a base e giustificazione della produzione legislativa negli ordinamenti di *civil law*. Tanto più avvertito questo bisogno sol che si pensi che –

⁵³ Ma non si sottovaluti il rilievo posseduto da una giurisprudenza, specie costituzionale, viepiù ricorrente ed espressiva di principi; una giurisprudenza che viene a formazione tanto in ambito interno (così, le additive di principio della nostra Corte) quanto in ambito europeo (le sentenze-pilota della Corte EDU), per il suo tramite mettendosi in moto quei processi produttivi che danno vita a “catene” di atti funzionalmente connessi, alle quali si è poc’anzi fatto cenno.

⁵⁴ Colgo l’opportunità oggi offertami per denunciare, ancora una volta, il ritardo della stessa normazione costituzionale nel dare riconoscimento a nuovi o nuovissimi diritti *di fatto* riconosciuti (o, diciamo meglio, reclamati) in seno al corpo sociale e tuttavia privi di esplicito riscontro in Costituzione. Di qui, il bisogno di una “razionalizzazione” costituzionale che li tenga nel dovuto conto, senza abbandonarli a se stessi (e, perciò, molte volte, in buona sostanza, al “riconoscimento” in prima battuta ed in via esclusiva da parte dei giudici).

Il punto sarà ripreso, con ulteriori svolgimenti, a momenti.

⁵⁵ Indicazioni possono aversi dai contributi che sono in AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, a cura di M. Cavino e C. Tripodina, Giuffrè, Milano 2012.

⁵⁶ Di ciò la più sensibile dottrina è da tempo avvertita, per quanto il ravvicinamento in parola sia inteso in modi anche significativamente diversi, per impostazione metodica e svolgimenti teorico-ricostruttivi. La circostanza, poi, per cui molti convengono sull’esito in parola non lo indebolisce ma, all’inverso, consolida e avvalorata, assistendosi sul punto ad una larga convergenza di orientamenti dottrinali.

come si è dietro accennato – non poche volte, a conti fatti, la giurisprudenza non interviene solo sul versante discendente, della mera *tutela* (pure nella sua più ampia ed incisiva accezione), ma, più e prima ancora, su quello stesso del *riconoscimento*. Una questione, poi, che si presenta con toni di accentuata gravità in relazione all’operato dei giudici costituzionali, specie laddove – come da noi – le relative decisioni risultino dotate della formidabile “copertura” della inimpugnabilità, secondo quanto al riguardo stabilito nell’art. 137, ult. c., cost.

Un controllore che tutti può, in astratto, controllare e che non è controllato da nessuno rischia di commutarsi in un “*potere costituente permanente*”⁵⁷; aggiungo: un potere *mostruoso*, specie in considerazione di alcune decisioni dallo stesso adottate e che si presentano come fortemente manipolative del dettato costituzionale, persino nei suoi principi fondamentali. E si tratta allora di chiedersi cosa possa farsi per parare, almeno in parte e fin dove si riesca, questo rischio micidiale, di cui anche la cultura non giuridica dei tempi antichi era avvertita⁵⁸.

Molti i fronti sui quali si può (e deve) contemporaneamente operare al fine di fuggire (perlomeno, fin dove si riesce...) il rischio suddetto.

Due, a mia opinione, quelli che maggiormente promettono esiti soddisfacenti.

Per un verso, occorre fare pressione, più ancora di quella fatta sin qui, perché il giudice costituzionale resti fedele ai canoni che presiedono all’esercizio delle funzioni che gli sono affidate, avvalendosi dunque di tecniche decisorie, specie di quelle di carattere processuale, in modo lineare ed uniforme nel tempo, non già rendendole partecipi di occasionali e discutibili operazioni di bilanciamento con gli interessi di causa, i quali risultano disciplinati da norme sostantive non comparabili con le prime⁵⁹. Con il che, per il solo fatto di giudicare disponibili le metanorme che invece ne governano (o *dovrebbero* governare) l’operato, la Corte cessa di porsi quale un operatore, pur se *sui generis*, di giustizia, la funzione giurisdizionale in tali casi fatalmente convertendosi nella (e confondendosi con la) attività che è propria dei massimi organi della direzione politica ed anzi, come si è veduto, con la stessa attività espressiva della volontà di edificazione di un nuovo ordine costituzionale, che è tipicamente ed esclusivamente propria del potere costituente.

Per un altro verso, soccorre poi quel “dialogo” intergiurisprudenziale, di cui si è sopra discorso, quale fattore di stabilizzazione e di rinnovamento, a un tempo, degli indirizzi giurisprudenziali e, per ciò pure, di certezza del diritto costituzionale e dei diritti costituzionali.

La certezza, specie nella sua seconda espressione, fa tutt’uno con la libertà e l’eguaglianza; è, cioè, essa pure riportabile alla coppia assiologica fondamentale, di cui agli artt. 2 e 3 della Carta.

La certezza vuole, infatti, che casi uguali ricevano uguale trattamento o, per dir meglio, che, restando immutata la “situazione normativa” originaria e tornando a farsi rivedere tale e quale nel corso del tempo e davanti allo stesso giudice, questi chiuda il proprio giudizio nel medesimo modo⁶⁰.

Un giudice che risolva il medesimo caso con decisioni di segno opposto non sarebbe più – come mi è capitato più volte di rilevare⁶¹ –, appunto, un giudice bensì un operatore politico, allo stato puro. Le decisioni espressive di direzione politica possono anche radicalmente cambiare col tempo, proprio perché... *politiche*, pur essendo ad ogni buon conto tenute a conformarsi a ragionevolezza. Di contro,

⁵⁷ Quest’idea torna con molta insistenza e preoccupazione nelle mie riflessioni degli ultimi anni: v., dunque, volendo, il mio *L’interpretazione conforme e la ricerca del “sistema di sistemi” come problema*, in www.rivistaaic.it, 2/2014, 30 maggio 2014, spec. all’ult. §.

⁵⁸ Si rammenti il monito contenuto nella VI Satira di Giovenale, con l’inquietante interrogativo in esso racchiuso a riguardo di *quis custodiet ipsos custodes*.

⁵⁹ Purtroppo, di questa tendenza si hanno, specie di recente, numerose ed inquietanti testimonianze, le più significative, se non altro per il dibattito che hanno alimentato e seguitano senza sosta ad alimentare, delle quali sono date da Corte cost. [nn. 238 del 2014](#), [10, 49 e 178 del 2015](#). Ed è singolare e francamente stupefacente che la Corte non pretenda da se stessa il rispetto dei canoni che governano il processo costituzionale che, invece, in modo fermo richiede al legislatore, come ad es. a riguardo dell’intangibilità del giudicato (ancora da ultimo, v. Corte cost. [n. 169 del 2015](#)).

⁶⁰ Della “situazione normativa” quale oggetto dei giudizi di costituzionalità delle leggi si tratta, da ultimo, in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, Giappichelli, Torino 2014, 93 ss.

⁶¹ Ad es., con specifico riguardo al giudice delle leggi, in *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in www.gruppodipisa.it, 28 dicembre 2010, nonché in *Riv. dir. cost.*, 2009, 125 ss.

un giudice, in quanto chiamato all'esercizio della giurisdizione, non può esprimersi in relazione al medesimo caso in modi diametralmente opposti: se lo facesse, non darebbe più quelle certezze di diritto costituzionale, in senso sia oggettivo che soggettivo, che è istituzionalmente tenuto a dare⁶².

I giudici possono (e devono) essere guidati e, laddove necessario, obbligati a restare nell'alveo per essi tracciato; e il modo migliore, il più sicuro, per farlo è proprio quello – come si diceva – di interventi plurimi e convergenti in tal senso da parte del legislatore, per un verso, e da parte degli altri giudici (a partire dalle Corti materialmente costituzionali), per un altro.

La tesi corrente, che vuole in partenza, aprioristicamente, esclusa da ogni possibile innovazione normativa la parte sostantiva della Carta costituzionale (segnatamente, proprio nelle sue previsioni relative ai diritti), impedendo così che essa possa essere, come si deve, aggiornata e resa ancora più attrezzata a far fronte alle formidabili sfide del tempo presente, con le minacce che ad esse si accompagnano per i diritti stessi, muove da un duplice, erroneo assunto, espressivo di un autentico crampo mentale che affligge, a un tempo, la teoria generale della Costituzione e la ricostruzione, al piano dogmatico, dei contenuti di una Costituzione data (per ciò che qui importa, della nostra).

Da un canto, sta l'idea che ogni possibile innovazione della parte suddetta si risolva in un inammissibile attentato ai principi fondamentali dell'ordinamento, vale a dire nel superamento dei limiti invalicabili alla revisione costituzionale. La qual cosa, ovviamente, non può essere esclusa ma neppure data per scontata, ammessa cioè come sistematicamente ricorrente. Di contro, come si è dietro accennato, una pur misurata modifica della parte sostantiva e, segnatamente, un aggiornamento del catalogo dei diritti s'impone proprio al fine di rendere ancora più salde ed efficaci le garanzie connesse al principio fondamentale del riconoscimento dei diritti inviolabili, nel suo fare "sistema" coi principi restanti (e, in specie, con quello di eguaglianza).

Da un altro canto e con specifico riguardo alla nostra Carta, sta poi l'idea della sua perfezione, del suo essere – come mi è venuto di dire altrove – una *Costituzione-“totale”*, che dice tutto su tutto e lo dice sempre nel migliore dei modi possibili, laddove è proprio la Costituzione, col principio dell'apertura al diritto di origine esterna nel suo rapportarsi ai principi di libertà ed eguaglianza, a riconoscere esattamente il contrario, a confessare insomma di avere un disperato bisogno di alimentarsi e rinnovarsi incessantemente attingendo a documenti normativi confezionati al di fuori delle mura della Repubblica, in specie appunto alle Carte dei diritti⁶³.

In una congiuntura, quale quella del tempo presente, in cui problemi e soluzioni relativi al governo della società richiedono, in cospicua misura, di essere vagliati in sedi istituzionali internazionali e sovranazionali, senza nondimeno nulla togliere al ruolo che al riguardo può essere giocato dagli operatori di diritto interno, immaginare che la Costituzione, quale punto primo di riferimento, possa chiudersi a riccio in se stessa, considerandosi autosufficiente ed appieno attrezzata allo scopo, sarebbe, a tacer d'altro, ingenuo e – a dirla tutta – forzoso ed insensato. Anche per questo verso, dunque, siffatta concezione della Costituzione si risolve, a conti fatti, in un sovraccarico di poteri e responsabilità in capo ai giudici (costituzionali e non) sollecitati, e anzi obbligati, ad estrarre dal "contenitore" costituzionale quanto loro serve al fine di dare appagamento ai diritti.

⁶² Come si vede, anche per l'aspetto ora considerato ed alla luce del rilievo a mia opinione da assegnare al vincolo del precedente, si ha conferma di quella convergenza tra *civil* e *common law*, cui si faceva poc'anzi cenno. Va poi da sé che il vincolo in parola può atteggiarsi, così come invero si atteggia, in forme e con effetti diversi negli ordinamenti dell'una ovvero dell'altra specie. Non credo, nondimeno, che possa reggersi in piedi una teoria giuridica che abiliti il giudice a risolvere il medesimo caso in modi radicalmente diversi, persino opposti, innaturalmente così convertendo le proprie decisioni in manifestazioni di pura ed immotivata autorità. Altra cosa è che il giudice, che *voglia* rinnegare se stesso, lo faccia in modo più o meno abilmente mascherato, specie avvalendosi della tecnica del *distinguishing*. La partita, come sempre, si svolge e chiude al piano della motivazione, della interna coerenza delle singole pronunzie e di tutte le pronunzie relative alla medesima questione nel tempo, vale a dire al piano – come ho ritenuto altrove di poter osservare – della "doppia coerenza", sincronica e diacronica, dei verdetti dei giudici, da cui a conti fatti dipende la riprova della "giurisdizionalità" della funzione esercitata.

⁶³ ... senza tacere che, a confutazione dell'idea di una "Costituzione-totale" sta – come si diceva – la stessa previsione delle sempre possibili innovazioni della Carta, con le procedure di cui all'art. 138, con le quali si rende possibile migliorare ciò che sin dall'inizio ovvero col tempo si dimostra essere meritevole di revisione.

5.6. *Una notazione conclusiva, a riguardo del carattere “intercostituzionale” della Costituzione (e delle altre Carte dei diritti) e del bisogno di un rinnovamento metodico, ancora prima che teorico, tanto degli studi quanto delle pratiche riguardanti i diritti, che dia testimonianza dell’abbandono di un nazionalismo o patriottismo esasperato, inidoneo a dare un apprezzabile appagamento ai diritti stessi, nei limiti in cui risulti possibile nel presente contesto internazionale e sovranazionale*

La Costituzione versa oggi in uno stato di palese sofferenza e rischia di dover sempre di più ripiegare ed avvolgersi in se stessa, d’inaridirsi, spegnersi. V’è solo un modo – a me pare – per evitare che questo avvenga ed, anzi, per rilanciare e rigenerare la Costituzione, sia come ideal-tipo (in prospettiva teorico-astratta) che come atto effettivamente fondativo dell’ordinamento (in prospettiva dogmatica e con riferimento ad un ordinamento dato). Ed è di cogliere e portare ai suoi conseguenti, lineari sviluppi l’idea – come la si è altrove chiamata⁶⁴ – di una Costituzione “intercostituzionale”, che accoglie e rende parte integrante della propria struttura tutti i materiali provenienti *ab extra* idonei a portare a quella massimizzazione della tutela dei diritti e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti che – come si è dietro veduto – costituisce l’autentica *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali, la base cioè su cui si costruisce ed incessantemente rigenera quel “sistema di sistemi” che dà la più genuina e fedele rappresentazione del presente contesto caratterizzato da una integrazione interordinamentale viepiù avanzata.

Al legislatore prima, ai giudici poi, è demandato il compito, sommamente gravoso e delicato, di “filtrare” le indicazioni e suggestioni provenienti *ab extra*, rielaborarle, adattare al peculiare contesto nazionale ed alle sue complessive esigenze. Un processo, questo, segnato da una pluralità di “bilanciamenti” di ordine assiologico posti in essere e rinnovati a tutti i livelli: a quello internazionale e sovranazionale come pure a quello interno, laddove praticamente tutti gli operatori, centrali e periferici, appartenenti a questo o quell’apparato istituzionale (e, segnatamente, come si è veduto, legislatore e giudici, costituzionali e non) risultano coinvolti e partecipi dell’opera estremamente faticosa ma anche non poco gratificante volta ad offrire un servizio ai diritti.

Dal canto loro, le Carte di origine esterna, quali documenti materialmente costituzionali, sono esse pure sollecitate ad una continua e profonda ristrutturazione interna, a farsi cioè “Costituzioni intercostituzionali”, attingendo quanto di più e di meglio viene dagli ambienti nazionali e si presenta idoneo a quell’innalzamento del livello della tutela che si è veduto essere l’obiettivo comune di tutte le Carte e delle rispettive Corti. A livello internazionale e sovranazionale, anzi, la composizione “plurinazionale” delle Corti stesse agevola questa ricerca al servizio della quale il metodo della comparazione si pone quale strumento privilegiato in vista del raggiungimento dello scopo.

Tutto ciò, nondimeno, richiede il deciso abbandono di antiche, consistenti e radicate incrostazioni mentali, riportabili ad un nazionalismo o patriottismo esasperato, altrove definito “ingenuo ed infecondo”, che nondimeno è assai duro a morire, riaffiorando assai di frequente, tanto in ambienti nazionali quanto in quelli sovranazionali, del quale, ancora non molto tempo addietro, si sono avute particolarmente espressive e negative testimonianze⁶⁵.

⁶⁴ Ho cominciato a discorrerne nel mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2001, 544 ss., cui ho dato seguito in altri contributi, tra i quali *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, in www.rivistaaic.it, 4/2013, 8 novembre 2013. In argomento, v., tra gli altri, A. GUSMAL, *Il valore normativo dell’attività interpretativo-applicativa del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto*, in www.rivistaaic.it, 3/2014, 11 luglio 2014, spec. al § 4, e, dello stesso, ora, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, cit., spec. al cap. II; L. D’ANDREA, *Brevi riflessioni su governance globale e costituzionalismo interlivello*, cit., e, in prospettiva comparata, M. CARDUCCI - V. DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Teoria tridimensional das integrações supranacionais. Uma análise comparative dos sistemas e modelos de integração da Europa e América Latina*, Forense, Rio de Janeiro 2014, spec. il cap. I.

⁶⁵ Basti solo pensare all’idea del primato del diritto dell’Unione con vigore ribadita dal parere reso dalla Corte di giustizia in merito alla bozza di adesione dell’Unione stessa alla CEDU, alle non poche decisioni della Corte EDU da cui trapela una inusitata “aggressività” – com’è stata definita da un’accorta dottrina (O. POLLICINO, in più scritti, tra i quali *Corti europee e allargamento dell’Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009,

Qui è il nodo al presente non sciolto che in non pochi casi non consente un congruo ed apprezzabile appagamento dei diritti in gioco. Perché quando l'orgoglio nazionalista acceca e porta all'adozione di decisioni emotive o, comunque, non sufficientemente ponderate, la tentazione è forte a quella chiusura in modo autoreferenziale in se stessi che non consente di percepire che fuori delle mura domestiche la garanzia data ai diritti può risultare alle volte maggiormente congrua, in ragione delle peculiarità complessive del caso.

Il riequilibrio al piano dei rapporti istituzionali (e, segnatamente, come si è veduto, dei rapporti tra legislatore e giudici), dunque, non basta, laddove non accompagnato e sorretto da un ripensamento metodico profondo, da un cambio di mentalità insomma.

Non basta, cioè, la ristrutturazione del linguaggio di questo o quell'operatore, la conformazione di quello dell'uno alle esigenze di quello dell'altro e di tutti assieme alle esigenze dei diritti. Occorre anche (e soprattutto) che si dicano cose nuove al servizio di valori antichi e, tuttavia, col tempo riaggiornati, in ispecie di quei valori transepolari di libertà ed eguaglianza che sono la cifra più genuinamente ed immediatamente identificante del costituzionalismo, di quello di ieri come pure di quello di oggi e – si spera – anche di domani. Valori che, nondimeno, si alimentano, in una significativa misura, da solidarietà e giustizia sociale, senza le quali resterebbero privi di pratico senso, così come però anche queste senza quelli sarebbero condannate ad isterilirsi ed a spegnersi, incapaci dunque di farsi fino in fondo (e come si deve) valere.

A questo scopo può, e deve, tendere un rinnovato e ben fatto linguaggio di giudici e legislatore.

1 ss., e spec. *La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo l'allargamento del Consiglio D'Europa ad Est: forse più di qualcosa è cambiato*, in AA.VV., *Le scommesse dell'Europa. Diritti, Istituzioni, Politiche*, a cura di G. Bronzini - F. Guarriello - V. Piccone, Ediesse, Roma 2009, 101 ss., e, *amplius*, in *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010, nonché in AA.VV., *Toward a Convergence between the EU and ECHR Legal Systems?*, in *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Intersentia, Cambridge 2013, 99 ss.) – verso le Corti nazionali, alle parimenti numerose pronunzie del nostro giudice costituzionale espressive di una strategia “difensiva” nei riguardi di siffatti attacchi, le cui manifestazioni peraltro figurano alle volte accompagnate da “affondi” di inusitata *vis incisiva* (tra le quali pronunzie, rammento qui, per tutte, la già cit. [sent. n. 49 del 2015](#), con cui il vincolo interpretativo discendente dalle decisioni della Corte EDU è stato – come si sa – fortemente relativizzato e circoscritto: vuoi sgravando i giudici nazionali dell'obbligo di conformarvisi, laddove le decisioni stesse non risultino espressive di indirizzi “consolidati”, e vuoi ancora sollecitandoli ad adire la Corte in presenza di siffatti indirizzi nel caso che siano portatori di norme europee incompatibili col dettato costituzionale); e parimenti “difensivo” è l'orientamento non di rado manifestato dai giudici comuni, di cui ha, ancora di recente, dato testimonianza Corte Cass., III sez. pen., 22 ottobre 2015, n. 42458, non dando “seguito” alla pronunzia della Corte europea nel [caso Varvara](#), siccome inespressiva di un indirizzo “consolidato”.

Antonio Ruggeri
Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?*

SOMMARIO: 1. Le due palle di ferro ai piedi dei diritti (terrorismo e crisi economica), il bisogno di riguardare ai diritti stessi nel loro fare “sistema” con altri beni della vita costituzionalmente protetti, il carattere “intersistemico” dell’ordinamento e “intercostituzionale” della Costituzione conseguente all’apertura dell’uno e dell’altra a norme di origine esterna. – 2. Le mutue implicazioni tra la teoria dei diritti e la teoria della Costituzione, l’idea di una Costituzione *umile*, che sa di aver bisogno di attingere *ab extra* quanto le è necessario al fine della propria affermazione, la mutua integrazione di tutti i documenti che danno riconoscimento ai diritti nei fatti interpretativi, alla luce del *canone della massimizzazione della tutela*. – 3. Il carattere *culturale*, più (o anzi) che *positivo*, del primato di un ordinamento sull’altro, la struttura internamente composita della identità costituzionale, *nazionale in quanto anche inter- e sovra-nazionale e internazionale e sovranazionale in quanto anche nazionale*, l’impossibile entrata in campo dei “controlimiti” *per sistema*, così come invece vorrebbero dottrina e giurisprudenza correnti, dipendente piuttosto dall’esito di operazioni di bilanciamento (anche interordinamentale) secondo i casi ed alla luce del canone della miglior tutela. – 4. Le riserve mosse all’uso del canone della massimizzazione della tutela, specie per il pregiudizio che se ne avrebbe per la certezza del diritto, e la loro confutazione alla luce di una teoria della Costituzione assiologicamente orientata. – 5. Il “dialogo” quale strumento di stabilizzazione e di rinnovamento a un tempo della giurisprudenza, la conciliazione di uniformità e differenziazione per effetto della “federalizzazione” dei diritti, che si avvale del metodo di una produzione giurisprudenziale *in progress*, idonea a prendere corpo a mezzo di “catene” di atti funzionalmente connessi, bisognosa tuttavia di poggiare su una previa, misurata ed incisiva allo stesso tempo, disciplina (anche di rango costituzionale) dei diritti. – 6. Una succinta notazione finale, a riguardo della comparazione quale strumento necessario, di rilievo crescente, per la compiuta comprensione e l’incessante rigenerazione semantica degli enunciati delle Carte “intercostituzionali”, l’ottimale affermazione del dialogo intergiurisprudenziale, il ravvicinamento tra *civil* e *common law*, la produzione, verifica e salvaguardia delle tradizioni dei diritti.

1. Le due palle di ferro ai piedi dei diritti (terrorismo e crisi economica), il bisogno di riguardare ai diritti stessi nel loro fare “sistema” con altri beni della vita costituzionalmente protetti, il carattere “intersistemico” dell’ordinamento e “intercostituzionale” della Costituzione conseguente all’apertura dell’uno e dell’altra a norme di origine esterna

Anticipo subito la risposta alla domanda che dà il titolo a questa mia riflessione: ... *federalizzando i diritti e, perciò, in buona sostanza le relazioni tra le Corti che ne sono garanti.*

Prima (ed al fine di) argomentare questa tesi e chiarirne le possibili implicazioni, si rendono tuttavia necessarie alcune avvertenze preliminari.

La prima.

Quelle che seguono sono notazioni di *metodo*, più ancora che di *merito*, pur trovandomi obbligato ad una rapida incursione anche su quest’ultimo terreno al scopo di dare un minimo di concretezza al discorso che mi accingo a svolgere. Non è, infatti, mia cura ripercorrere l’intera vicenda, che affonda – come si sa – le sue radici in un tempo ormai risalente, relativa al modo con cui sono venute a formarsi le “tradizioni” riguardanti i diritti fondamentali (cui d’ora innanzi, per brevità, farò riferimento senza uso dell’aggettivo, che considero sottinteso), al fine di stabilire pur se approssimativamente quale sia la loro consistenza e il rilievo complessivamente assunto al piano delle relazioni interordinamentali. Mi preme piuttosto trattare del modo con cui possono (e, a mia opinione, devono), nel presente contesto segnato da una integrazione sovranazionale viepiù avanzata e dall’infittirsi crescente dei vincoli di solidarietà in seno alla Comunità internazionale, essere costruite e preservate le tradizioni in parola. Una riflessione, dunque, quella ora avviata che specificamente si appunta sul modello, quale risultante dai documenti normativi riguardanti i diritti (per ciò che

* Intervento conclusivo del II Seminario annuale di *diritticomparati* su *Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa*, Macerata 11 dicembre 2015.

maggiormente importa, dalla Costituzione per un verso, dalla CEDU e dalla Carta dell'Unione europea per un altro).

Non tento, perciò, di far luogo neppure ad una sommaria sintesi degli interventi, tutti assai articolati ed interessanti, svolti in occasione del nostro Seminario, che pure mi era stata chiesta ma che francamente non sarei in grado di fare a motivo della varietà degli stessi per oggetto, impostazione, svolgimenti. Considero, pertanto, il mio un ulteriore intervento che vuol porsi all'ultimo posto di quelli ascoltati oggi, in chiusura del nostro incontro.

Non poche difficoltà poi si danno a chi si accinga al compito di far luogo ad una riflessione di ordine generale, quale quella richiestami, legate alla complessità ed opacità del quadro, sia per l'aspetto positivo che per quello politico-istituzionale, in ispecie per quest'ultimo, ove si convenga che il contesto in seno al quale matura la tutela dei diritti si connota per la esistenza di spinte e contropinte di varia natura ed intensità, forti tensioni, non rimosse contraddizioni, tali da rendere assai problematico l'appagamento dei diritti stessi e, prima ancora, ardua la lineare ricostruzione del sistema da essi composto, specie laddove considerato in rapporto ad altri beni o interessi meritevoli di giuridica protezione.

Un dato di comune acquisizione è, sopra ogni altro, da tenere al riguardo presente. Il riferimento al contesto mostra infatti che vi sono due palle di ferro al piede dei diritti, che ne frenano e condizionano lo sviluppo e l'affermazione: il terrorismo e la crisi economica internazionale, che mettono sotto *stress* praticamente tutti i diritti (pur se alcuni più di altri), obbligandoli a dolorose rinunzie ed a pressoché quotidiani e sofferti bilanciamenti tanto *inter se* quanto con altri beni, principalmente oggi – come confermano i recenti fatti di Parigi, Bamako e San Bernardino – quello alla sicurezza, che peraltro, oltre a costituire un interesse dell'intera collettività, può essere ovviamente riguardato anche dall'angolo visuale dei diritti o, diciamo pure, può essere convertito in una sommatoria di diritti individuali.

La notazione appena svolta in merito alla conversione di un interesse (in senso lato) di una certa natura in un interesse di natura diversa richiederebbe approfondimenti teorici e verifiche pratiche ai quali, per evidenti ragioni, non è ora possibile far luogo; rende, tuttavia, per la sua parte, ulteriore conferma della impossibilità di considerare i singoli enunciati relativi ai diritti come in sé conclusivi ed autosufficienti, laddove essi piuttosto si compongono in unità significativa unicamente appunto nel loro fare, tutti assieme e necessariamente, “sistema”¹. Una composizione, poi, che – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – si fa e incessantemente rinnova secondo i casi ed alla luce delle mobili combinazioni di valore dagli stessi sollecitate a formarsi.

Nessun enunciato ha, infatti, senso se *atomisticamente* considerato e letto *in vitro*, ma solo nel comporsi di ciascun enunciato con quelli restanti, tutti assieme richiedendo di essere riguardati *in vivo*, alla luce delle specifiche esperienze in cui si fa questione della loro possibile applicazione.

Il sistema dei diritti ha, dunque, senso solo entro la cornice più larga del sistema dei beni costituzionalmente protetti; e, poiché l'ordinamento nazionale si apre ad ordinamenti di origine esterna (per ciò che qui specificamente importa, quello internazionale e quello eurounitario), così come questi variamente si raccordano a quello e in esso quindi si affermano, se ne ha che ogni sistema normativo è, specie nella presente congiuntura caratterizzata da una interdipendenza e integrazione crescenti, per sua indeclinabile vocazione “intersistemico”, è cioè un “sistema di sistemi” e, per logica necessità, “intercostituzionale” è il documento normativo di vertice di ciascun sistema². Termine che

¹ Particolarmente insistiti i riferimenti nella nostra giurisprudenza costituzionale al “sistema”: ineccepibili per l'aspetto metodico-teorico ma non di rado strumentali, specie laddove risultino piegati all'obiettivo di resistere al *pressing* delle Corti europee (a riguardo del quale, indicazioni più avanti): v., dunque, *ex plurimis*, [Corte cost. sentt. nn. 236 del 2011](#); [264 del 2012](#); [1, 170 e 202 del 2013](#); [10 e 49 del 2015](#).

² Ho cominciato a discorrere di un ordine “intercostituzionale” nel mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2001, 544 ss., riprendendo quindi ed ulteriormente precisando il concetto in più scritti, tra i quali, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, in [www.rivistaaic.it](#), 4/2013, 8 novembre 2013. In argomento, v., tra gli altri, A. GUSMAI, *Il valore normativo dell'attività interpretativo-applicativa del*

qui nuovamente adopero e ripropongo *in accezione materiale*, facendolo valere tanto per la Costituzione quanto per altre Carte che con la Costituzione stessa condividono la peculiare natura di documenti che danno il *riconoscimento* (in ristretta e propria accezione) dei diritti.

2. *Le mutue implicazioni tra la teoria dei diritti e la teoria della Costituzione, l'idea di una Costituzione umile, che sa di aver bisogno di attingere ab extra quanto le è necessario al fine della propria affermazione, la mutua integrazione di tutti i documenti che danno riconoscimento ai diritti nei fatti interpretativi, alla luce del canone della massimizzazione della tutela*

La seconda avvertenza.

Muovo qui dall'assunto che si danno mutue implicazioni tra la teoria dei diritti e la teoria della Costituzione. La prima è, infatti, una *species* della seconda, anzi ne è proprio la parte più qualificante ed espressiva, l'autentico cuore pulsante, in linea con l'indicazione offerta dall'art. 16 della Dichiarazione dei rivoluzionari francesi del 1789, oggi forse più ancora di ieri valida ed attuale. È pur vero però che, per il modo con cui complessivamente s'intende cos'è ed a cosa serve (e *deve* servire) la Costituzione³, si avranno dirette ed immediate conseguenze al piano della teoria dei diritti, dovendosi nondimeno tener fermo il dato per cui la ricostruzione del sistema dei diritti si riflette ed irradia sull'intera teoria della Costituzione, concorrendo alla sua messa a punto e all'incessante rinnovamento.

Ora, è chiaro che non è qui possibile rimettere in discussione generali questioni riguardanti l'essenza stessa della Costituzione, con specifico riguardo agli ordinamenti di tradizioni liberal-democratiche⁴. Mi limito, dunque, ad enunciare, senza argomentare, la tesi nella quale da tempo mi riconosco, traendone alcune conseguenze al piano della teoria dei diritti.

giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto, in www.rivistaaic.it, 3/2014, 11 luglio 2014, spec. al § 4, e, dello stesso, ora, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari 2015, spec. al cap. II.

³ La *querelle* riguardante l'essenza e la funzione della Costituzione è – come si sa – antica e al proprio interno variamente articolata: per far capo unicamente agli scritti di recente apparsi, v., tra gli altri, i contributi che sono in *Quad. cost.* di R. BIN, *Che cos'è la Costituzione*, 1/2007, 11 ss., seguito dal mio *Teorie e "usi" della Costituzione*, 3/2007, 519 ss.; G. BOGNETTI, *Cos'è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin*, e O. CHESSA, *Cos'è la Costituzione? La vita del testo*, entrambi nel fasc. 1/2008, rispettivamente, 5 ss. e 41 ss., e, ancora *ivi*, A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, 2/2010, 311 ss., del quale v., ora, le precisazioni che sono in *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir., Ann.*, VIII (2015), 263 ss.; nuovamente G. BOGNETTI, *Costantino Mortati e la Scienza del diritto*, e F. DI DONATO, *La Costituzione fuori del suo tempo. Dottrine, testi e pratiche costituzionali nella Longue durée*, ancora in *Quad. cost.*, 4/2011, rispettivamente 803 ss. e 895 ss. Inoltre, F. GALLO, *Che cos'è la Costituzione? Una disputa sulla rifondazione della scienza giuridica*, in www.rivistaaic.it, 1/2011, 22 marzo 2011; M. CARDUCCI, *Brevi note comparate su Costituzione-fondamento e Costituzione-limite*, in *Studi in onore di F. Modugno*, I, Jovene, Napoli 2011, 519 ss. e, pure *ivi*, G. RAZZANO, *Il concetto di costituzione in Franco Modugno, fra positivismo giuridico e "giusnaturalismo"*, III, 2771 ss.; F. RIMOLI, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Carocci, Roma 2011; M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in www.rivistaaic.it, 1/2013, 1° marzo 2013; G. AZZARITI - S. DELLAVALLE, *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, con introduz. di L. Ventura, ESI, Napoli 2014; F. FERRARI, *Potere costituente e limiti (logici) alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano*, in *Giur. cost.*, 6/2014, 4901 ss., e, con specifico riferimento alle prospettive di riforma, A. POGGI, *Riforme costituzionali e "concezioni" della Costituzione*, in *Lo Stato*, 4/2015, 83 ss., e S. SICARDI, *Costituzione, potere costituente e revisione costituzionale alla prova dell'ultimo ventennio*, in AA.VV., *Vent'anni di Costituzione (1993-2013). Dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli*, Il Mulino, Bologna 2015, 9 ss.

⁴ Per la medesima ragione sopra indicata, non riprendo qui la vessata questione se della "Costituzione" possa propriamente ed esclusivamente discorrersi con riguardo agli ordinamenti di tradizioni liberali ovvero se il termine (e il concetto dallo stesso evocato) possieda una più larga e generale valenza (su ciò, part., gli studi approfonditi di A. SPADARO, del quale richiamo qui solo il suo *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994, nonché *L'idea di Costituzione fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni "geometriche" dell'"albero" della Costituzione e un'unica, identica "clausola d'Ulisse"*, in AA.VV., *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism Context*, a cura di F. Fernández Segado, Dykinson, Madrid 2003, 169 ss.).

La mia idea è che l'integrazione tra gli ordinamenti in seno ad organizzazioni che chiamano gli ordinamenti stessi a prestazioni crescenti di reciproca solidarietà (da noi, in special modo, ovviamente, l'Unione europea), al pari peraltro della loro soggezione a vincoli particolarmente stringenti aventi il loro fondamento nella Comunità internazionale, resterebbe priva di senso se non si accompagnasse ad una evoluzione già pervenuta ad un grado notevole di maturazione del concetto e della funzione della Costituzione.

L'idea di Costituzione, insomma, può prendere forma non già ad un *piano teorico-astratto* bensì ad uno *teorico-concreto*, risultare cioè saldamente poggiante su una base che è, a un tempo, storica, politica, economica, istituzionale. Un'idea di Costituzione aspatiale ed atemporale sarebbe, infatti, palesemente priva di senso, contraddirebbe se stessa, ove si convenga – come devesi – che la Costituzione, più (e prima ancora) che un *atto*, è un *processo*, soggetto ad incessante divenire, in ragione del mutare stesso del contesto in cui s'inscrive ed invera⁵. Questo modo di essere della Costituzione ha la sua più immediata ed espressiva proiezione proprio al piano su cui maturano le vicende relative ai diritti ed al fine della loro ottimale, alle condizioni oggettive di contesto, salvaguardia.

È stato, ancora da ultimo, opportunamente rilevato ad avvio del nostro Seminario⁶ che l'essenza delle “tradizioni” costituzionali dei diritti sta nel loro incessante divenire: una sorta, insomma, di *constitutional work in progress* alla cui continua e mai finita messa a punto sono – a me pare – chiamati a concorrere, con tipicità di ruoli complessivi, il diritto scritto e il diritto non scritto, specie giurisprudenziale⁷.

Ora, è chiaro che il verso e gli svolgimenti di questa progressiva costruzione, che si va facendo non sempre in modo lineare, tra non poche, vistose oscillazioni e tensioni di ordine istituzionale, risentono profondamente del contesto nel quale la costruzione stessa s'inscrive e prende forme continuamente cangianti. Ed è interessante notare che gli sviluppi di questo contesto, seppur non ancora nitidamente visibili al tempo della Costituente, erano stati da questa felicemente intuiti, nel mentre oggi si presentano – come si sa – con tratti di straordinario spessore e rilievo. Non a caso, dunque, tra i principi fondamentali della Carta figura quello dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale⁸, che rende testimonianza della consapevolezza che pace e giustizia tra le Nazioni sono condizioni necessarie, ancorché di per sé sole non sufficienti, del mantenimento di un modello di società e di Stato ispirato ai valori fondanti delle liberal-democrazie, così come però, dal suo canto, il modello stesso può, per la sua parte, concorrere al radicamento dei fini-valori evocati dall'art. 11 della Carta.

Di qui, la conseguenza per cui la rappresentazione della Costituzione che a momenti si farà, oltre ad essere provvista della base sopra indicata, è altresì positivamente fondata sul principio di apertura suddetto, un principio che non va visto come una sorta di corpo spurio, a forza immesso nella tavola dei valori fondanti la Repubblica e, per dir così, “tollerato” dai valori restanti ai quali è nondimeno legato e coi quali è, dunque, tenuto a fare “sistema” bensì come una delle più felici, genuinamente espressive qualità che connotano, al pari delle altre, il “nucleo duro” della Costituzione e ne segnano, dunque, il complessivo sviluppo e radicamento nell'esperienza.

⁵ Su siffatta connotazione strutturale della Costituzione, v., sopra tutti, A. SPADARO, *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss.; del “moto” delle Costituzioni ha, di recente, discorso M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in www.rivistaaic.it, 1/2013, 1 marzo 2013; nella stessa *Rivista*, V. TEOTONICO, *Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali*, 3/2014, 1 agosto 2014.

⁶ nella introduzione ai lavori di O. POLLICINO, dal titolo *Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa: il senso di un gerundio, e di un seminario*, in www.diritticomparati.it, 14 dicembre 2015.

⁷ Sul mutuo sostegno che, secondo modello, siffatte forme di esperienza giuridica si danno dirò meglio più avanti.

⁸ ... a riguardo del quale, per un quadro di sintesi delle sue forme espressive, ora, P. MORI, *Il principio di apertura al diritto internazionale e al diritto europeo*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 507 ss.

Così stando le cose, si ha – a me pare – conferma dell’essere la nostra, al pari delle altre leggi fondamentali degli ordinamenti ricostruiti sopra le macerie della seconda grande guerra, una Costituzione – come la si è altrove chiamata – “*parziale*”, e non “*totale*”, che non rivendica per sé, presuntuosamente, il merito di saper dire *tutto su tutto* e di dirlo sempre *nel migliore dei modi*, come invece affermato in una pur importante pronunzia della nostra Corte costituzionale, [la n. 388 del 1999](#), laddove trovasi scritto che “i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall’Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione”. La stessa decisione, tuttavia, subito di seguito enuncia un principio al quale è da assegnare uno straordinario rilievo, un’autentica direttiva di metodo e di azione per gli operatori in genere (e i giudici in ispecie), secondo cui tali Carte e la Costituzione stessa “*si integrano completandosi reciprocamente nella interpretazione*”. Un’affermazione, quest’ultima, che dà il giusto peso al principio di apertura suddetto, ne consente il retto inquadramento e il più proficuo utilizzo a beneficio della pratica giuridica e dei beni della vita di volta in volta in gioco.

Ora, se il primo frammento della pronunzia appena richiamata ci mostra una Costituzione *superba*, arroccata in se stessa e, a conti fatti, autoreferenziale, il secondo invece ci consegna l’immagine di una Costituzione *umile*, che confessa di avere un disperato bisogno di attingere *ab extra* i materiali indispensabili alla propria incessante rigenerazione semantica, alla propria integrazione e stabilizzazione, in vista del suo ottimale rinvigorimento e la trasmissione integra anche alle generazioni che verranno e che vorranno identificarsi nel medesimo *idem sentire de re publica* della generazione presente, riconoscendosi nella tavola dei valori fondamentali in cui questa si riconosce, nella sua etica pubblica assiologicamente orientata.

Si ha così conferma dello stretto ed inscindibile legame sussistente tra il principio-valore dell’apertura della Costituzione e dell’ordinamento sulla stessa fondato verso l’esterno (in particolare, la Comunità internazionale e l’Unione europea) e i principi-valori restanti, in particolare quelli componenti la *coppia assiologica fondamentale*, come a me piace chiamarla, costituita da libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità della persona umana), l’uno essendo un *principio-fine* ma anche, per ciò che qui maggiormente importa, un *principio-mezzo*, necessario al fine dell’ottimale appagamento della coppia suddetta.

Si tratta, poi, d’intendere qual è il modo migliore per far luogo a quella mutua integrazione nell’interpretazione di tutte le Carte patrocinata dalla Consulta. Non ho dubbi a riguardo dell’indirizzo metodico in grado di dare luce ed orientamento alla tecnica messa in campo dall’interprete e che si rifà al principio – un’autentica *Grundnorm* e, allo stesso tempo, un *Grundwert* delle relazioni interordinamentali – della massimizzazione della tutela dei diritti e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti⁹. Si tratta, in breve, di far sì che il “*sistema di sistemi*”, cui si faceva d’anzi

⁹ Il principio ha attratto l’attenzione di una nutrita schiera di studiosi: tra gli altri, S. GAMBINO, *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell’Unione, convenzioni internazionali, Costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti. Effetti politici nel costituzionalismo interno ed europeo*, in [www.federalismi.it](#), 13/2014, 25 giugno 2014; G. D’AMICO, *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell’uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss., nonché negli *Scritti in onore di G. Silvestri*; pure *ivi*, E. CASTORINA - C. NICOLOSI, “*Sovranità dei valori*” e *sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull’evoluzione della giurisprudenza statunitense*; L. CAPPUCCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, e C. PANZERA, [Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali](#), spec. al § 3 (quest’ultimo può vedersi anche in questa [Rivista](#), 2/2015, 3 giugno 2015, 488 ss.); v. inoltre, L. TRIA, *La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L’abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro*, in [www.cortecostituzionale.it](#), dicembre 2014; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2014, 389 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss.; A. SPADARO, [Sull’aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL](#), in questa [Rivista](#), 2/2015, 3 giugno 2015, e, dello stesso, ora, *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell’Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D’Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saïta,

cenno, possa affermarsi al meglio di sé, alle condizioni storicamente e positivamente date, che ogni Carta possa cioè trovare il modo di esprimere e realizzare al meglio la propria vocazione e natura “intercostituzionale”, fissandosi dunque in tal modo il punto più alto di sintesi assiologica tanto *dal punto di vista esterno* (in ispecie, come si diceva, della CEDU e della Carta dell’Unione) quanto *da quello interno*.

Nulla, ovviamente, può escludere in partenza che possano darsi casi nei quali l’integrazione in parola non riesca o non riesca appieno e che, dunque, debba farsi luogo ad una scelta esclusiva (o, meglio, esclusivizzante), ispirata alla “logica” dell’*aut aut*. Ciò che mostra come il principio della massimizzazione della tutela possa porsi quale la chiave che apre ovvero chiude la porta che dà all’esterno, dando modo a materiali, positivi e giurisprudenziali, d’immettersi in ambito interno e di spiegare effetti al servizio dei diritti ovvero di rendersi inutilizzabili a questo scopo, per effetto della discesa in campo dei “controlimiti” (a riguardo dei quali, tuttavia, si faranno a breve alcune precisazioni).

Non è quello appena descritto, tuttavia, lo scenario maggiormente conforme alle attese del principio della massimizzazione della tutela che, nella sua più raffinata e densa accezione, induce a far luogo alla congiunta applicazione di *tutte* le Carte, divenute una sola cosa nei fatti interpretativi e per il congiunto appagamento di *tutti* gli interessi in campo, per effetto della tecnica usuale del reciproco bilanciamento: un bilanciamento che – come qui pure si è venuti dicendo – resta indifferente alla veste formale o alla provenienza (da questo o quell’ordinamento) dei materiali normativi che danno il riconoscimento dei diritti, che trapassa cioè lo schermo deformante delle *fonti* per puntare diritto alle *norme*, nella ricerca di ciò che di meglio esse hanno da dare al servizio dei diritti e dei beni restanti della vita visti nel loro fare “sistema”.

Ancora prima della selezione e ponderazione delle norme, il principio in parola è, dunque, guida nei processi interpretativi volti alla ricostruzione delle norme stesse: processi non neutri bensì orientati (o, se si vuole, preorientati), siccome obbligati a ricercare il modo ottimale possibile, secondo il caso, per dare appagamento a tutti gli interessi in campo¹⁰.

3. Il carattere culturale, più (o anzi) che positivo, del primato di un ordinamento sull’altro, la struttura internamente composita della identità costituzionale, nazionale in quanto anche inter- e sovra-nazionale e internazionale e sovranazionale in quanto anche nazionale, l’impossibile entrata in campo dei “controlimiti” per sistema, così come invece vorrebbero dottrina e giurisprudenza correnti, dipendente piuttosto dall’esito di operazioni di bilanciamento (anche interordinamentale) secondo i casi ed alla luce del canone della miglior tutela

In questo quadro, qui sommariamente raffigurato unicamente nei suoi lineamenti di fondo, quale senso può avere il principio del primato di un ordinamento sull’altro?

Discende linearmente dalle premesse sopra poste la conseguenza per cui il primato stesso ha da essere, ancora prima (o invece) che *positivo, culturale*: ogni giorno nei casi della vita (e, segnatamente, nel corso delle vicende processuali) si assiste dunque ad una sana competizione al rialzo tra le Carte (e perciò, in buona sostanza, le Corti), l’affermazione di questa o di quella, ovvero – possiamo ora dire – *in maggiore o minore misura* dell’una o dell’altra, dipendendo appunto dalla “merce” maggiormente pregiata che l’una Carta (e Corte) ha da offrire nel mercato dei diritti all’operatore di turno.

in corso di stampa per i tipi della Giappichelli, spec. al § 10; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell’identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.

¹⁰ Ho patrocinato più volte il necessario utilizzo del principio della miglior tutela quale fattore di (pre)orientamento dell’interpretazione conforme (ad es., nel mio *Primato del diritto dell’Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?*, in *Quad. cost.*, 4/2015, § 4).

L'integrazione nei processi interpretativi non è poi una mera esigenza o, diciamo pure, un'aspirazione avente la radice da cui incessantemente si alimenta nel contesto sopra succintamente descritto; è piuttosto, allo stesso tempo un *fatto* e un *valore* (o, se si preferisce dire altrimenti, un *fatto assiologicamente qualificato*): un fatto di cui per vero si hanno ad oggi non rari riscontri e che però risulta ancora complessivamente immaturo, non pienamente e saldamente affermatosi, secondo quanto si vedrà meglio a momenti; ed è anche un valore in modo non del tutto adeguato servito ed implementato nell'esperienza, un valore "razionalizzato" dalle previsioni contenute tanto nelle Carte di origine esterna (e, segnatamente, nell'art. 53 sia della CEDU che della Carta dell'Unione) quanto nelle Costituzioni nazionali, nelle quali è reso palese dal principio di apertura suddetto, nel suo fare "sistema" coi principi di libertà ed eguaglianza e i principi restanti posti a base dell'ordine interno.

Tutte le Carte – come si è venuti dicendo –, riviste nei loro reciproci rapporti alla luce del principio della miglior tutela, convergono nell'esito della loro necessaria integrazione, ciascuna manifestando il bisogno di doversi appoggiare alle altre e da queste farsi incessantemente alimentare al fine della propria ottimale rigenerazione semantica.

Ecco perché – come vado dicendo da tempo¹¹ – l'interpretazione è o *circolarmente conforme* oppure semplicemente non è.

Ieri la guerra di stampo tradizionale, oggi la nuova guerra originata dal terrorismo, unitamente – come si diceva – alla crisi economica devastante e con ogni probabilità ormai endemica, inducono alla unione delle forze, non alla divisione o, peggio, alla contrapposizione.

L'obbligo di interpretazione orientata da norme di origine esterna è, dunque, un fatto dovuto per gli operatori di diritto interno; ma parimenti dovuto è, per gli operatori sovranazionali, l'orientamento verso (e il costante alimento dal)le tradizioni nazionali in vista dell'ottimale estrazione delle norme stesse. Una convergenza, questa, che dunque riceve spinta e indirizzo dal principio della miglior tutela.

Il principio del primato solo così può, a mia opinione, essere a modo inquadrato e rivisto sotto la luce giusta, affermandosi nei fatti interpretativi a mezzo della tecnica del bilanciamento intersistemico e secondo valore.

Si consideri, solo per un momento, il rapporto che si costituisce tra il diritto dell'Unione e quello degli Stati membri.

L'un ordinamento cammina su due gambe: il principio del primato e il principio della salvaguardia dell'identità costituzionale degli ordinamenti nazionali, due principi che, ad una prima ma erronea impressione, parrebbero reciprocamente inconciliabili e però, allo stesso tempo, bisognosi entrambi di trovare il modo e lo spazio per potersi affermare. Il primato è, poi, comunemente e giustamente considerato servente la realizzazione dell'identità "costituzionale" dell'Unione; solo che dell'identità stessa è tratto connotativo il rispetto dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali e, dunque, l'identità dell'Unione non può che affermarsi *congiuntamente* e *grazie* alla salvaguardia della identità degli Stati, non già col costo insopportabile del sacrificio di questa.

Questo modello tuttavia non si rispecchia nei fatti, laddove si sono avute (e si hanno) probanti e ripetute testimonianze, specie nella pratica giudiziale (particolarmente istruttive al riguardo le prese di posizione della Corte di giustizia in *Melloni* e col parere sull'adesione alla CEDU del dicembre 2014) da cui risulta che il principio della osservanza dell'identità nazionale, di cui all'art. 4.2 del trattato dell'Unione, non è stato visto come limite invalicabile al primato o, comunque, come meritevole di paritario bilanciamento con questo bensì, all'inverso, è il primato stesso a porsi – *per sistema* – a limite del principio della salvaguardia delle identità nazionali, le quali perciò sono effettivamente fatte salve a condizione che non incrocino il primato stesso¹². Com'è stato, ancora di

¹¹ Ad es., in *Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corti nazionali*, in www.federalismi.it, 18/2014, 1 ottobre 2014.

¹² Sulle non lievi questioni teorico-pratiche legate alla formula dell'art. 4, cit., v., tra gli altri, S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté europolitica*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1/2012, 263 ss. e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013, spec. 190 ss.; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle*

recente, opportunamente rilevato, il primato ha insomma costituito il cuore della “costituzione materiale” dell’Unione, una costituzione in cui “l’unità giurisdizionale ha tenuto il luogo, inevitabilmente, dell’unità politica”¹³.

Dal suo canto, l’ordinamento statale ha esso pure due gambe con le quali si porta avanti: il principio della salvaguardia della propria identità costituzionale e il principio dell’apertura al diritto di origine esterna. E nuovamente – come si è veduto – è da dire che del primo principio è parte integrante il secondo, la piena identità nazionale assicurandosi *anche* a mezzo dell’apertura suddetta.

Al di là di ogni astratta professione di principio, per ciò che attiene al bisogno di mantenere costantemente integra l’identità nazionale, in ambito interno (e, segnatamente, nel nostro¹⁴), la tendenza maggiormente diffusa e marcata, in seno ad un quadro nondimeno internamente articolato¹⁵, sembra essere nel segno della sostanziale osservanza del primato del diritto eurounitario, pur laddove ciò dovesse mettere sotto *stress* norme costituzionali e, persino, i principi di base dell’ordinamento: insomma, un vero e proprio ribaltamento della dottrina dei “controlimiti”, col conseguente approfondimento di ogni principio fondamentale in quel vero e proprio “buco nero” evocato dall’art. 11, a riguardo della contrazione della sovranità della Repubblica a beneficio di organizzazioni internazionali costituite allo scopo di preservare la pace e la giustizia tra le Nazioni.

Come si vede, si assiste ad una sensibile divaricazione dell’esperienza rispetto al modello.

Per quest’ultimo, ciò che accomuna e fa convergere l’ordine sovranazionale e quello interno è – come si è veduto – il *principio di identità*: una identità che avrebbe dovuto esibire un equilibrio interno tra le due sue “anime” o componenti, dunque un’identità – potrebbe dirsi – “composta” o articolata, *nazionale in quanto anche inter- e sovra-nazionale e inter- e sovra-nazionale in quanto anche nazionale*; nei fatti, di contro, si ha la netta prevalenza e, alle volte, il vero e proprio schiacciamento dell’una sull’altra componente. I casi della vita sollecitano, infatti, di frequente la messa in atto di delicate e complesse operazioni di ponderazione assiologica, le quali, peraltro, come si sa, sono di quotidiano riscontro nell’esperienza di uno stesso ordinamento. Qui, la novità è data dal fatto che il bilanciamento ha carattere e proiezione interordinamentale (o intersistemica che dir si voglia¹⁶) e che, però, risulta in buona sostanza squilibrato, fortemente attratto dal polo della prevalenza delle istanze di cui si fa portatrice l’Unione, *costi quel che costi*.

In tal modo, tuttavia, non si coglie ed apprezza il senso profondo del modello internamente articolato concernente tanto l’identità dell’Unione quanto quella dello Stato e che vorrebbe costantemente mantenuto l’equilibrio tra le due componenti ciascuna identità. Non si coglie ed apprezza la circostanza per cui, pur laddove l’una o l’altro dovessero chinarsi per far posto a norme non prodotte al loro interno, in nome del principio della massimizzazione della tutela, ciò non comporterebbe affatto lo svuotamento del *proprio* primato ma, all’inverso, la sua stessa ottimale salvaguardia e realizzazione. È un errore grave di prospettiva metodica e di ricostruzione teorica quello commesso da quanti – giudici e studiosi – non riescono a percepire le potenzialità insite nella

identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell’europizzazione dei controlimiti, Giappichelli, Torino 2012; M. STARITA, *L’identità costituzionale nel diritto dell’Unione europea: un nuovo concetto giuridico?*, in AA.VV., *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, Il Mulino, Bologna 2012, 139 ss.

¹³ Così, efficacemente, V. PICCONE, *La primauté nell’Unione allargata*, relaz. al *workshop* su Diritto dell’Unione Europea e Internazionale tenutosi presso la Corte di Cassazione il 12 e 13 novembre 2015, in *paper*.

¹⁴ Manifestazioni di resistenza al principio del primato – come si preciserà meglio più avanti – si sono avute in alcuni ordinamenti, per quanto la tendenza complessiva sembri essere nel segno della sostanziale acquiescenza da parte delle Corti nazionali all’indirizzo delineato dalla giurisprudenza dell’Unione che – come si è appena rammentato – è fermo in ordine alla sistematica affermazione del diritto eurounitario nei riguardi di quello interno, secondo quando è stato, ancora di recente, rammentato dal Presidente della Corte di giustizia, K. LENAERTS, *The Legacy of Costa v. Enel*, relaz. al *workshop* sopra cit., in *paper*.

¹⁵ ... secondo quanto si vedrà meglio più avanti, spec. al § 4.

¹⁶ Aggiungo questo secondo termine non per convinzione ma unicamente per tener conto del pensiero della Consulta che – come si sa – ha risolutamente affermato, sin dalle sentenze “gemelle” del 2007, esser priva la Convenzione dell’attributo proprio delle organizzazioni che, sole, possono beneficiare delle limitazioni di sovranità, *ex art. 11 cost.*, per quanto la stessa [sent. n. 349](#) non abbia trascurato di sottolineare che la Convenzione si pone quale una “realtà giuridica, funzionale e istituzionale” (punto 6.1 del *cons. in dir.*).

“logica” della sussidiarietà che comunque fa salva, ad un piano diverso e più alto, il principio del primato. E ciò, ove si consideri che la pur occasionale messa da canto qui ipotizzata non sarebbe il frutto di una *eteroimposizione* realizzata a forza, *manu militari*, bensì di un *autolimita* che lo stesso ordinamento occasionalmente recessivo si dà, con la propria metanorma che vuole comunque assicurata la massima realizzazione possibile, in ragione delle peculiari esigenze del caso, dei diritti e, in genere, dei beni della vita meritevoli di tutela.

Di qui, poi, la conferma che i “controlimiti”¹⁷ si rivelano essere comunque inidonei – come mi sforzo di argomentare da tempo – a farsi valere *per sistema* (o *in astratto*) e, piuttosto, risultano suscettibili di operare a beneficio di *qualunque* ordinamento, laddove ciò sia appunto richiesto dal principio della miglior tutela. È perciò che norme di origine esterna (e il discorso ha, a parer mio, generale valenza, estendendosi ad ogni norma, eurounitaria o convenzionale o di altro genere e provenienza ancora), ancorché incompatibili con singoli principi fondamentali di diritto interno, possono ugualmente affermarsi, ove si dimostrino all’altezza di fissare ancora più in alto delle norme interne (e persino di quelle costituzionali) il punto di sintesi tra i valori in campo, così come però potrebbe parimenti darsi il caso che le norme suddette debbano farsi da parte, pur se inconciliabili con norme nazionali inespressive di principi fondamentali e tuttavia maggiormente rispondenti al principio della miglior tutela, secondo il caso¹⁸.

È nondimeno importante tenere sempre a mente la circostanza per cui il principio di un primato incondizionato, valevole sempre e comunque, si ritorcerebbe, a conti fatti, contro... *se stesso*, rinnegherebbe la propria intima e genuina natura, fatalmente trascurando questa o questa delle componenti che fanno l’identità dell’ordinamento che aspiri alla propria illimitata affermazione e perciò, a conti fatti, lungi dal servire quest’ultima, ne pregiudicherebbe la compiuta ed equilibrata realizzazione. E così l’ordinamento dell’Unione che dovesse – a mia opinione, senza costrutto alcuno – puntare a farsi *in ogni caso* valere, anche a discapito dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali, laddove questi ultimi si mostrino in grado di servire ancora meglio delle norme sovranazionali il principio della massimizzazione della tutela, non terrebbe nel dovuto conto il disposto di cui all’art. 4.2 del trattato di Lisbona e, *per ciò stesso*, si automutilerebbe in uno dei suoi principi portanti. *Mutatis mutandis*, questa conclusione – come si è veduto – vale altresì per il caso che in nome dei “controlimiti” non si dia ingresso in ambito interno a norme internazionali o sovranazionali in grado d’innalzare il livello della tutela.

Si tocca così con mano come i bilanciamenti interordinamentali sono forma o *species* dei bilanciamenti intraordinamentali, aperti ad esiti plurimi in ragione dei casi.

4. *Le riserve mosse all’uso del canone della massimizzazione della tutela, specie per il pregiudizio che se ne avrebbe per la certezza del diritto, e la loro confutazione alla luce di una teoria della Costituzione assiologicamente orientata*

Si tratta, a questo punto, di stabilire quali possano essere le soluzioni tecniche maggiormente idonee alla concretizzazione del modello teorico sopra sommariamente delineato e tentare quindi di argomentare la tesi enunciata in partenza a riguardo dell’assetto “federale” dei diritti e delle forme della loro tutela (specie in sede giurisdizionale).

Giova, in primo luogo, osservare che l’esito teorico-ricostruttivo ora raggiunto, al di là dei suoi occasionali riconoscimenti avutisi in giurisprudenza¹⁹, va incontro, nei fatti, a talune non infrequenti manifestazioni di “resistenza” – come sono state chiamate in occasione del nostro Seminario –, alcune

¹⁷ ... di cui duole dover constatare che molti ancora oggi se ne fanno un’idea mitica o ideale, discendente da (ed avvinta a) una visione distorta e parziale dell’identità costituzionale.

¹⁸ Ho avuto modo di argomentare questa tesi, ancora da ultimo, nel mio *Primato del diritto dell’Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?*, cit., spec. al § 2.

¹⁹ ... principalmente, da noi, come si sa, oltre che nella già richiamata pronunzia del 1999, in [Corte cost. sent. 317 del 2009](#) e successive, laddove si ha traccia particolarmente marcata del principio della miglior tutela.

delle quali (come quelle dei tribunali ceco, ungherese e polacco) particolarmente vigorose e vistose²⁰, da parte dei giudici nazionali e da altre analoghe e, forse, ancora più ricorrenti e risolutive prese di posizione delle Corti europee, interpreti di un modello internamente squilibrato d'identità dell'ordinamento (o sistema normativo) di appartenenza: orientamenti, tutti questi, nei quali emerge, pur se alle volte confusamente ed abilmente mascherata, la mai sopita vocazione all'affermazione di una sorta di nazionalismo costituzionale esasperato, che trae alimento dal sospetto²¹ e dalla gelosa rivendica della propria identità (malamente intesa) e che, nondimeno, si rivela essere – come mi è venuto di dire in altre occasioni – ingenuo ed infecondo, comunque ingiustificato.

Molti esempi sono stati adottati nel corso dei nostri lavori ed altri ancora potrebbero aggiungersi a testimonianza di siffatta radicata tendenza che, realisticamente, potrà essere superata unicamente con un cambio deciso di mentalità e di metodo nello studio delle relazioni interordinamentali, che abbia a cuore la costruzione di una cultura dei diritti profondamente rigenerata, fatta poggiare su quell'idea di Costituzione “intercostituzionale” che, a mio modo di vedere, costituisce la risposta più persuasiva e complessivamente adeguata alle esigenze del presente contesto internazionale e sovranazionale, oltre che fedele alle indicazioni date dalla stessa Carta nei suoi principi fondamentali visti nel loro fare “sistema”.

Ogni medaglia ha però il suo rovescio; e molti altri esempi ancora possono farsi a testimonianza di un “dialogo” – come suole, pur con una certa improprietà, essere chiamato – tra le Corti costruttivo, che ha portato a superare antiche barriere ed incrostazioni, con conseguente beneficio per i diritti.

Farò a momenti alcuni riferimenti a conferma di quest'assunto. Mi preme tuttavia sin d'ora evidenziare come ogni eccessiva sottolineatura dell'uno o dell'altro profilo della complessiva vicenda dei diritti porti con sé inevitabili sue deformanti rappresentazioni e parimenti distorsive implicazioni.

Una delle più ricorrenti obiezioni al modello sopra raffigurato, in ispecie al perno stesso attorno al quale esso ruota, costituito dal principio della massima tutela, è che esso comporta un insopportabile sovraccarico di poteri e di responsabilità in capo ai giudici, lasciati a conti fatti liberi di determinarsi come credono in relazione alle peculiari esigenze dei casi portati alla loro risoluzione.

Insomma, la certezza del diritto ne risulterebbe gravemente pregiudicata fino a poter andare del tutto dispersa. È una critica che mi è stata più volte fatta e che colpisce al cuore la mia tesi, specificamente laddove mi sforzo di argomentare l'idea secondo cui non si dà, e non può darsi, un *sistema delle fonti*, ciascuna delle quali sia connotata da una forza invariabile che la porterebbe ad occupare stabilmente sempre (e solo) un certo “posto” nel sistema; si dà, di contro, un *sistema di norme*, che si fa e rinnova incessantemente in relazione ai casi e secondo valore e che ha appunto nel principio della massima realizzazione possibile della Costituzione come “sistema” il chiodo fisso dal quale incessantemente e stabilmente si tiene.

Il colpo – ne convengo – è forte, evocandosi a sua giustificazione uno dei miti del positivismo giuridico, la certezza del diritto; e però dagli infarti (ammesso che siano tali...) – come si sa – ci si può riprendere, non essendo per fortuna sempre fatali.

Per altro verso, come mi sono sforzato di argomentare più volte, non è invero consigliabile abbandonarsi ad una visione ideale (o, appunto, mitica) della certezza stessa, la quale ha senso se ed in quanto riesca a convertirsi in concreto in *certezza dei diritti costituzionali*, vale a dire nella effettività della loro tutela. Non mi stancherò infatti di ripetere che la certezza è, sì, un bene prezioso

²⁰ Riferimenti in O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis-à-vis il processo di integrazione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 4/2012, 765 ss. e J. RIDEAU, *The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on National Identity and the 'German Model'*, in AA.VV., *National constitutional identity and European integration*, a cura di A. Saiz Arnaiz e C. Alcoberto Llivina, Intersentia, Antwerpen 2013, 243 ss e, tra gli interventi al nostro Seminario, part. M. DICOSOLA, *Gli stati dell'Europa centro-orientale tra identità nazionale e costituzionalismo europeo*, in *paper*.

²¹ Azzecato il titolo dato da P. FARAGUNA al proprio intervento al nostro Seminario, dal titolo *Il “sospettoso” cammino europeo del Bundesverfassungsgericht*; non si trascuri, nondimeno, che il complessivo indirizzo del giudice tedesco risulta essere internamente assai frastagliato ed oscillante tra fedeltà alla nazione ed *Europarechtsfreundlichkeit*, con una maggiore propensione – a me parrebbe – per il primo corno dell'alternativa, com'è peraltro da ultimo avvalorato dalla vicenda *Gauweiler*, di cui F. riferisce nel § 9 del suo *paper*.

da custodire e trasmettere (un autentico principio supremo, ci rammenta la giurisprudenza costituzionale); dobbiamo però chiederci di quale idea di Costituzione vogliamo farci portatori (torna, come si vede, la correlazione stretta, inscindibile, cui accennavo poc'anzi, tra teoria dei diritti e teoria della Costituzione). Personalmente, seguito ad essere affezionato alla definizione datane dal già richiamato art. 16 della Dichiarazione del 1789, che vede il nucleo espressivo della Costituzione stessa nella salvaguardia dei diritti fondamentali, nei cui riguardi si pone in posizione servente il principio della separazione dei poteri (il secondo frammento della nota formula frutto della illuminata intuizione dei rivoluzionari francesi).

L'esperienza, d'altro canto, avvalora che sono numerose e diffuse, quotidianamente ricorrenti, le pratiche giuridiche nel corso delle quali gli operatori sono chiamati a far luogo a criteri sostanziali puri (o, meglio, assiologico-sostanziali), senza che ciò sia di per sé motivo di scandalo (si pensi, ad es., all'abrogazione tacita e, più in genere, all'interpretazione e, insomma, a tutto ciò che ha a che fare con le *norme*, il loro avvicendamento nel tempo, l'efficacia o il giudizio sulla loro validità sostanziale, che si dispone ad un piano e va visto da una prospettiva di ordine sostanziale).

5. Il “dialogo” quale strumento di stabilizzazione e di rinnovamento a un tempo della giurisprudenza, la conciliazione di uniformità e differenziazione per effetto della “federalizzazione” dei diritti, che si avvale del metodo di una produzione giurisprudenziale in progress, idonea a prendere corpo a mezzo di “catene” di atti funzionalmente connessi, bisognosa tuttavia di poggiare su una previa, misurata ed incisiva allo stesso tempo, disciplina (anche di rango costituzionale) dei diritti

È pur vero tuttavia – e qui colgono nel segno quanti manifestano preoccupazione per le sorti della certezza – che occorre mettere in campo meccanismi di stabilizzazione della giurisprudenza; e il solo carburante in grado di azionarli e portarli ad effetto è il “dialogo” intergiurisprudenziale che si conferma essere strumento di centrale rilievo. Uno strumento che, nondimeno, non conviene che sia per intero rimesso al moto spontaneo di coloro che se ne avvalgono ma che dev'essere, a mia opinione, sorretto da un pugno di canoni essenziali che ne incanalano ed orientano lo svolgimento. Canoni che, per vero, in parte si hanno (e il riferimento va ora, ovviamente, fatto soprattutto al rinvio pregiudiziale), per quanto i risultati in concreto ottenuti non siano ad oggi in tutto appaganti²², ma che richiedono ulteriori, non secondarie correzioni e, soprattutto, integrazioni.

L'intreccio dei rapporti tra le Corti europee, tanto *inter se* quanto con le Corti nazionali, è ormai tale da rendersi urgente l'allestimento di canali di collegamento specificamente sul fronte che porta a Strasburgo, al fine di incoraggiare la convergenza degli indirizzi giurisprudenziali senza la quale potrebbero determinarsi tensioni e contraddizioni che poi fatalmente si scaricherebbero soprattutto sui giudici nazionali, i terminali di complesse e sofferte operazioni di bilanciamento assiologico riguardanti i diritti.

Qualche passo si è invero fatto nella direzione qui auspicata (in ispecie, grazie al prot. 16 annesso alla CEDU, che nondimeno appare esibire limiti gravi di rendimento²³) ma molti altri ancora devono essere compiuti al fine di dare un assetto complessivamente soddisfacente alla relazioni tra le Corti. Senza che se ne possa ora dire con la dovuta estensione, mi limito solo ad enunciare due novità che sarebbe urgente introdurre: la estensione del meccanismo di consultazione alla Corte europea, dal

²² A fronte, infatti, di un numero crescente di rinvii fatti alla Corte dell'Unione sta il numero, di sicuro incomparabilmente maggiore pur se non determinabile, di rinvii mancati, a motivo del difetto di consapevolezza e di padronanza dello strumento, secondo quanto avvalora anche una osservazione superficiale del modo con cui quotidianamente si amministra giustizia nelle aule giudiziarie.

²³ Le novità introdotte dall'atto sono – come si sa – in genere valutate positivamente (indicazioni di vario segno, per tutti, in AA.VV., *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di E. Lamarque, Giappichelli, Torino 2015), pur apparendo solo come un primo passo lungo la via qui indicata.

prot. suddetto riservato – come si sa – unicamente ai giudici di ultima istanza²⁴, e, soprattutto, la previsione di strumenti di reciproca consultazione tra le Corti europee²⁵. È chiaro che la formalizzazione della mutua consultazione lega e frena, in una certa misura, i movimenti delle Corti stesse, segnatamente di quelli della Corte che di volta in volta chiede e riceve il parere, laddove fin qui esse hanno goduto di piena libertà d'azione, potendo scegliere se e quando farsi reciproco richiamo nella propria giurisprudenza, selezionare i precedenti e, talvolta, anche manipolarli, così come peraltro fanno persino nei riguardi di... *se stesse*²⁶. I vantaggi che, nondimeno, potrebbero aversi dall'accoglimento della proposta qui patrocinata superano – a me pare – di gran lunga i costi, sol che si pensi alla riduzione vistosa, se non proprio all'azzeramento, che verosimilmente è da attendersi dei casi di scollamento degli indirizzi, quando non del loro irriducibile contrasto, foriero poi di guasti notevoli – come si diceva – specie nelle sedi nazionali in cui si amministra giustizia.

In disparte, ad ogni buon conto, l'ipotesi della razionalizzazione positiva del “dialogo” intergiurisprudenziale, pur se particolarmente contenuta al fine proprio di non ingessarne gli svolgimenti e orientamenti, resta il significato di quest'ultimo in sé e per sé. Ed è bensì vero che esso non è comunque in grado di assicurare la necessaria e sistematica convergenza delle giurisprudenze. Parlandosi e chiarendosi i rispettivi punti di vista, la convergenza stessa può comunque disporre di *chances* per potersi affermare che altrimenti di sicuro non avrebbe. E gli esempi – come si diceva – possono farsi numerosi, in relazione tanto a questioni di biodiritto quanto a questioni di ordine economico-sociali o di altro ordine ancora, per la cui soluzione il “dialogo” si è rivelato una risorsa preziosa e feconda, di cui si sono avvalsi tutti i giudici, costituzionali e non, che incoraggia a proseguire risolutamente e speditamente lungo la via intrapresa²⁷.

Pescando a caso tra le molte suggestioni e indicazioni offerte dall'esperienza, basti solo porre mente all'incidenza esercitata sullo sviluppo della giurisprudenza (e, in minor misura, della legislazione) nazionale da parte di quella europea, per ciò che attiene al riconoscimento del diritto a conoscere le proprie origini biologiche²⁸, alla condizione delle coppie composte da persone dello stesso sesso, nonché a quella dei detenuti resa disumana per effetto del sovraffollamento carcerario,

²⁴ È chiaro che, poi, dovrà trovarsi il modo per far fronte alla mole imponente di lavoro di cui la Corte europea potrebbe essere gravata, introducendo filtri adeguati o, se del caso, riarticolarlo al proprio interno la Corte stessa. Le soluzioni, nondimeno, non mancano, come tra l'altro testimonia l'esperienza dei ricorsi diretti (tra i quali, l'*amparo*) ai tribunali costituzionali.

²⁵ ... e, di conseguenza, la disciplina dei modi con cui i giudici nazionali dovrebbero gestire i casi – diciamo così – di “doppia pregiudizialità”, eurounitaria e convenzionale (volendo ora fare un uso largo della espressione, estendendola altresì alla consultazione della Corte EDU).

²⁶ La tecnica dell'autocitazione si presta – come si sa – ad usi a largo raggio, in occasione dei quali ciascuna Corte è chiamata a dare prova delle raffinate capacità che possiede nell'adoperare le tecniche decisorie di cui è dotata (con specifico riferimento alla Corte costituzionale, per tutti, v. A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996, spec. 160 ss., e AA.VV., *Il precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di M. Pedrazza Gorlero, Cedam, Padova 2008).

²⁷ Indicazioni al riguardo possono aversi da R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014; G. LANEVE, *L'attenzione sui diritti sociali, paradigma di un tempo*, in www.federalismi.it, 12/2014, 10 giugno 2014, spec. al § 3.2, e, ora, AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015 (e *ivi*, con specifico riguardo ai diritti sociali, S. GAMBINO, *Diritti sociali e libertà economiche nelle Costituzioni nazionali e nel diritto europeo*, 245 ss.; tra i contributi al nostro incontro, v., spec., G. ROMEO, *Riposizionare i diritti sociali nelle tradizioni costituzionali comuni*, in *paper*).

²⁸ La vicenda è stata riconsiderata durante il nostro seminario da B. BARBISAN, *Apprendimento e resistenze nel dialogo fra Corte costituzionale e Corte di Strasburgo: il caso del diritto all'anonimato della madre naturale*.

alla fecondazione medicalmente assistita, al lavoro, alla proprietà²⁹, alla riservatezza e tutela dei dati personali³⁰.

Ovviamente, non mancano – come pure si diceva – le indicazioni di segno opposto, che danno testimonianza di una divaricazione di posizioni tra le Corti e delle difficoltà e remore a comunicare costruttivamente a vicenda: tutti casi nei quali – come si è fatto altrove notare – il dialogo, a conti fatti, si snatura e converte in plurimi monologhi tra parlanti lingue diverse, incomprensibili per ciascuno degli attori sulla scena.

Posseggo al riguardo una sola certezza, nella quale confesso di radicarmi sempre di più: che, laddove dovessero affermarsi e sempre di più crescere, per numero e rilievo degli effetti prodotti, posizioni irrigidite e chiusure autoreferenziali delle Corti, non solo non si costruirebbe nulla di buono ma – peggio – verrebbe tradita la missione alla quale le Corti stesse sono chiamate dalle Carte di cui sono (e *devono* costantemente essere) istituzionalmente garanti, non offrendosi a queste ultime il servizio che dalle prime si attendono e non dandosi dunque una loro fedele e compiuta rappresentazione nell'esperienza.

Si è dietro veduto che, in un contesto connotato da una integrazione sovranazionale avanzata e in un mondo – come usa dire, con termine brutto ma efficace – ormai irreversibilmente “globalizzato”, le Carte sono strutturalmente “intercostituzionali” e “intergiurisprudenziale” ha dunque da essere la salvaguardia dei diritti.

Il modo più adeguato per riconciliare e far reciprocamente convergere le tendenze alla uniformità e le tendenze alla diversificazione, quali si manifestano in seno tanto all'identità nazionale quanto a quella europea, identità – come si è fatto notare – internamente composite, ciascuna in sé racchiudendo ed esprimendo i tratti propri dell'altra, è, a mia opinione, quello di mutuare gli schemi propri dell'organizzazione federale, di “*federalizzare*” appunto i diritti, adeguandovi quindi le tecniche decisorie che danno forma alle operazioni di ponderazione dei diritti stessi, sia *inter se* che con altri beni della vita³¹.

Non è a caso, d'altronde, che sempre più di frequente si assista a pronunzie delle Corti europee che danno indicazioni di principio, sollecitando poi al fine del loro opportuno svolgimento le Corti nazionali e che parimenti non di rado i tribunali costituzionali diano vita essi pure ad analoghe pronunzie, in vista della graduale e per quanto possibile morbida ed articolata implementazione dei principi stessi, conformemente alla varietà dei casi che ne sono riguardati ed alla complessità degli interessi in gioco.

Non si commetta tuttavia l'errore di ritenere che il moto e il verso siano unicamente “discendenti”, segnati da “direttive” impartite dai giudici europei a quelli nazionali, chiamati ad un mero ruolo servente, ancorché connotato da margini di manovra non poco consistenti in sede di specificazione-attuazione delle “direttive” stesse. Una volta, infatti, ambientate le relazioni tra gli ordinamenti (e le Corti che ne sono garanti) al *piano culturale* ancora prima (e più) che a quello *positivo* e spianato il terreno sul quale esse possono con profitto svolgersi a mezzo degli strumenti coi quali prendono corpo le esperienze della interpretazione, l'esito naturalmente discendente da siffatte premesse è la incessante e circolare influenza che le Corti possono esercitarsi (e sempre più spesso effettivamente esercitano) a vicenda. Non poche volte, infatti, la spinta iniziale per la formazione degli indirizzi delle Corti europee viene proprio da quei giudici nazionali che quindi, una volta giunti a maturazione gli indirizzi stessi, sono da questi ulteriormente incoraggiati e proseguire lungo la via già tracciata e in

²⁹ ... e, in specie, alla occupazione acquisitiva, che ha avuto, come si sa, un nuovo assetto in conseguenza delle condanne comminate al nostro Stato dalla Corte EDU (riferimenti, nel corso dei nostri lavori, in L. VAGNI, *Brevi riflessioni su cittadinanza, diritti fondamentali e proprietà*, spec. al § 3, dove sono altresì pertinenti rilievi a riguardo del ravvicinamento tra *civil e common law*, specie per ciò che concerne la “rilettura della proprietà in chiave solidaristica”, su cui mi soffermerò, con una succinta riflessione di ordine generale, a momenti).

³⁰ Su ciò, la relazione illustrata durante il nostro Seminario da A. DI MARTINO, *Riservatezza e tutela dei dati personali*, spec. alla parte IV del *paper*, che opportunamente insiste sulla ricaduta avutasi in ambito interno di *Digital Rights Ireland*.

³¹ Ho anticipato alcuni dei concetti ora esposti in altri luoghi, tra i quali *L'integrazione europea, attraverso i diritti, e il “valore” della Costituzione*, in www.federalismi.it, 12/2014, 11 giugno 2014, spec. al § 3.5.

parte percorsa, se del caso correggendo e complessivamente mettendo a punto l'originaria impostazione.

L'esperienza delle decisioni-pilota della Corte europea e delle additive di principio della Corte costituzionale è altamente emblematica di questa tendenza segnata dalla mutua alimentazione degli orientamenti giurisprudenziali e volta, per quanto possibile, alla apertura delle soluzioni ed alla flessibilizzazione di discipline positive che, laddove invece irrigidite, darebbero vita ad inconvenienti gravi ed a squilibrate ponderazioni su basi di valore.

Gli esempi sopra fatti a riguardo del diritto a conoscere le proprie origini biologiche o al sovraffollamento carcerario o altri esempi ancora concernenti la procreazione, la vita di coppia ecc. rendono tutti testimonianza di questo che appare invero essere uno dei segni più marcati dell'esperienza presente in merito alla tutela dei diritti.

Come si è tentato in altri luoghi di mostrare, viene in tal modo a prendere forma una "catena" di atti, alcuni prodotti in ambito esterno ed altri di diritto interno, funzionalmente connessi e convergenti allo scopo di realizzare un bilanciamento, anche appunto al piano delle relazioni interordinamentali, idoneo a consentire alle due componenti dell'identità costituzionale di trovare comunque appagamento. Una giurisprudenza *in progress*, la si è altrove definita, che mostra i limiti di antiche e ad oggi diffuse credenze, volte a considerare gli atti esclusivamente *uti singuli*, siccome idonei ciascuno a produrre un effetto suo proprio, laddove – senza ovviamente escludere siffatta idoneità – ciò che maggiormente conta, perlomeno in talune esperienze, è l'effetto unitario riconducibile alla "catena" in quanto tale, più (e prima ancora) che agli "anelli" di cui si compone.

Mi sbaglierò ma credo che le speranze di un'ulteriore integrazione sovranazionale, anche al piano delle relazioni tra le Corti, che possa rinvenire al proprio interno la spinta decisiva per la propria compiuta maturazione sono legate proprio alla fattibilità di un modello che risulti connotato da interventi *soft* delle Corti sovranazionali, coi quali si stabilisca la cornice e si tracci l'orientamento per un'azione in *tandem* posta in essere in ambito interno dai giudici costituzionali e da quelli comuni, a completamento e perfezionamento dell'opera avviata dalle prime.

Solo rendendo reciprocamente complementari e convergenti verso scopi comuni i ruoli delle Corti può – a me pare – centrarsi l'obiettivo di un soddisfacente appagamento dei diritti e, allo stesso tempo, preservare l'equilibrio tra le Corti stesse e, di riflesso, le identità costituzionali di cui esse sono chiamate a farsi garanti.

Meccanismi formalizzati di raccordo tra le Corti, comunque risultanti da essenzialità di disposti che li regolano e, perciò, idonei ad assicurare la necessaria agilità di movenze alle relazioni tra le Corti, agevolandone la duttilità degli interventi, nondimeno non bastano. Occorre, infatti, che tutto ciò sia fatto poggiare su un terreno spianato da una congrua disciplina legislativa (anche di rango costituzionale³²) che tracci dunque il solco lungo il quale la giurisprudenza, in ciascuna delle sue plurime forme espressive, abbia modo di svolgersi per giungere alla meta di un adeguato appagamento dei diritti. Non mi stancherò di rinnovare l'invito, in altre sedi rivolto, a fermare l'attenzione su un punto di cruciale rilievo, vale a dire che il volto dello Stato odierno non può essere né quello usualmente sintetizzato nella formula ad effetto dello "Stato giurisdizionale" né l'altro, fedele alla tradizione liberale dell'Europa continentale, dello "Stato legislativo": due raffigurazioni entrambe, per l'uno o per l'altro verso, eccessive e, dunque, a conti fatti, parziali e deformanti.

Di contro, occorre farsi portatori – a me pare – di un modello di Stato in seno al quale ciascuna delle sedi istituzionali in cui si articola è sollecitata ad incarnare un ruolo viepiù impegnativo e crescente, in cui cioè si abbia un ruolo forte sia degli organi della direzione politica e sia degli organi di garanzia (per ciò che qui specificamente importa, dei giudici, comuni e costituzionali). Insomma, uno Stato che è, a un tempo, "legislativo" e "giurisdizionale", se vogliamo riprendere queste usuali,

³² Sulla opportunità di una razionalizzazione costituzionale che coinvolga anche la parte sostantiva della Carta e che anzi parta proprio da questa vado discorrendo da tempo; ed anche per questo profilo si coglie la "leale cooperazione" che può (e deve) intrattenersi tra giudici e legislatore, l'opera di questo, per un verso, risentendo delle suggestioni che vengono dagli indirizzi di quelli e, per un altro (e circolarmente), sollecitando la formazione di nuovi indirizzi, sotto la spinta ed alla luce delle indicazioni venute dalla disciplina positiva.

ancorché logore, etichette, nel quale l'equilibrio complessivo del sistema risulti – perlomeno, secondo modello – costantemente preservato e idoneo ad essere trasmesso anche ai tempi a venire, in cui perciò non si abbiano più “diritti senza legge”³³, rimessi per intero in ordine al loro riconoscimento ed alla loro tutela ad occasionali e non di rado improvvisati interventi regolatori (pur se circoscritti *quoad effectum*) dei giudici, in tal modo sovraccaricati di un peso e di una responsabilità, morale prima ancora che giuridica, che non possono (e non devono) da sé soli portare.

Occorre, in breve, dotare il dialogo tra le Corti di un orientamento e di un verso che, negli ordinamenti a tradizione di diritto scritto, non possono che venire dalla legge, costituzionale in prima battuta e, a seguire, comune.

6. Una succinta notazione finale, a riguardo della comparazione quale strumento necessario, di rilievo crescente, per la compiuta comprensione e l'incessante rigenerazione semantica degli enunciati delle Carte “intercostituzionali”, l'ottimale affermazione del dialogo intergiurisprudenziale, il ravvicinamento tra civil e common law, la produzione, verifica e salvaguardia delle tradizioni dei diritti

Strumento indispensabile perché un dialogo effettivamente paritario e reciprocamente rispettoso possa prendere corpo e portare frutti, nel senso qui auspicato, è che si faccia un uso diffuso, allo stesso tempo accorto ed incisivo, della comparazione, in tutte le sue possibili forme ed espressioni³⁴: tanto di quella “verticale”, al piano delle relazioni tra diritto internazionale e sovranazionale (positivo e, soprattutto, giurisprudenziale), quanto dell'altra “orizzontale” (tra ordinamenti della medesima specie o livello, principalmente di quelli statali), la quale ultima pur essendo ultimamente cresciuta, risulta nondimeno ancora oggi vistosamente carente³⁵.

D'altronde, è un dato di comune evidenza quello per cui senza la comparazione stessa non è possibile far luogo alla elaborazione, verifica, costante aggiornamento delle tradizioni dei diritti. Il che vale come dire che l'interpretazione delle Carte in genere (Costituzione compresa) non può solidamente impiantarsi e proficuamente svolgersi facendo a meno della comparazione stessa, ove si abbia a cuore di dare il giusto conto al rilevato carattere “intercostituzionale” delle Carte stesse. D'altronde, come potrebbe mai prendere forma quella integrazione delle Carte nei fatti interpretativi, di cui discorre la già richiamata [sent. n. 388 del 1999](#), se non comparando?

La comparazione consente infatti di “misurare”, sia pure alle volte invero in modo approssimativo³⁶, il grado dell'appagamento ottenuto dai diritti o altri interessi, spianando pertanto la via al radicamento del canone della miglior tutela; ancora prima, la comparazione è il passaggio

³³ De *I diritti senza legge* ha, di recente, discorso A. MORELLI, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, cit., 145 ss.; pure *ivi*, opportuni rilievi a riguardo della tipicità dei ruoli dei decisori politico-istituzionali e dei giudici in G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, 125 ss., nonché, volendo, anche il mio *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, 1 ss., spec. 8 ss.

³⁴ ... della quale, per le ragioni appena esposte, dovrebbe giovarsi, ancora prima del giudice (comune e costituzionale), lo stesso legislatore, traendone profitto nella sua opera di ricognizione e tutela dei nuovi diritti fondamentali ovvero di aggiornamento dei vecchi.

³⁵ Meramente occasionali, comunque insufficienti, a tutt'oggi i richiami che l'una giurisprudenza statale fa all'altra sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali. Eppure, a tacer d'altro, è proprio questo il terreno sul quale può farsi luogo in modo adeguato alle necessarie verifiche riguardanti la elaborazione e l'utilizzo appropriato delle “tradizioni costituzionali comuni”, in merito alle quali utili riferimenti, di recente, in O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero la incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in [Consulta OnLine](#), 1/2015, 20 aprile 2015, 242 ss., e, dello stesso, ora, *Servono ancora le “tradizioni costituzionali comuni” dopo la Carta di Nizza-Strasburgo?*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., in *paper*, oltre che in *Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa*, cit., nonché G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controllimiti a tutela dell'identità costituzionale*, cit., 103 ss.

³⁶ Per strano che possa per più versi sembrare, ancora oggi assai controverso – nel metodo come pure nei criteri, nelle forme e, soprattutto, nei limiti – è il modo con cui può farsi un uso vigilato e fecondo della comparazione.

obbligato per far pervenire l'identità costituzionale alla compiuta coscienza di sé³⁷. Un esito, questo, linearmente discendente dalla natura internamente composita dell'identità stessa che – come si è venuti dicendo – è costituzionale nel suo “internazionalizzarsi” e “sovrnazionalizzarsi”, così come, di rovescio, l'identità internazionale e sovranazionale tende alla propria “costituzionalizzazione” complessiva.

La comparazione è, poi, causa ed effetto allo stesso tempo di quel ravvicinamento tra *civil* e *common law* che costituisce, per diffuso riconoscimento, una delle tendenze ordinamentali di maggior rilievo del tempo presente. Non a caso, per un verso, il diritto giurisprudenziale va facendosi prepotentemente largo nei Paesi dell'Europa continentale, colmando lacune strutturali del diritto legislativo e rendendone viepiù palesi i limiti di rendimento per ciò che attiene al complessivo soddisfacimento dei diritti. Per un altro verso, parimenti crescente appare essere l'interesse in larghi strati della cultura giuridica dei Paesi di tradizione anglosassone, a partire dalla stessa Gran Bretagna, verso istituti tipici degli ordinamenti a diritto essenzialmente scritto³⁸.

Il dialogo tra le Corti può dunque produrre (o, meglio, concorrere per la sua parte a produrre) effetti strutturali, di innovazione ordinamentale: in Gran Bretagna – come è stato mostrato anche nel corso dei nostri lavori³⁹ – ha portato (o, direi, con maggiore cautela, sta portando) ad una trasformazione della *common law*; in Europa continentale (e, per ciò che più da presso ci tocca, nel nostro Paese), poi, va determinando, come si è accennato, con la sua stessa esistenza, un diverso equilibrio tra diritto giurisprudenziale e diritto legislativo dagli imprevedibili ulteriori sviluppi.

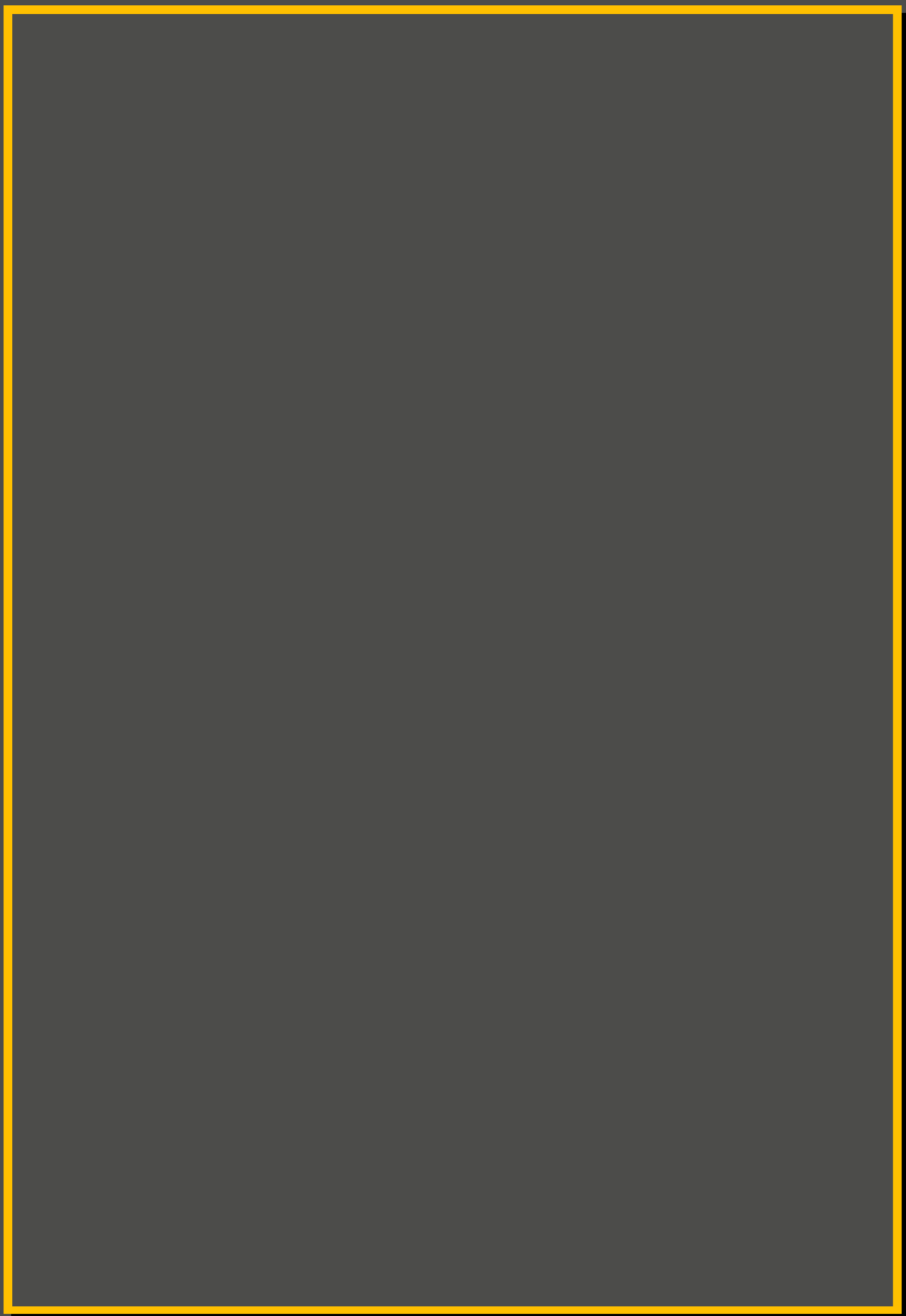
Ecco perché incontri quale quello odierno hanno uno speciale significato, che va apprezzato e ulteriormente coltivato ed alimentato, anche estendendoli a cultori di discipline diverse da quelle giuridiche (tra i quali, principalmente, economisti, sociologi, politologi). Se non avremo piena consapevolezza del rilievo di questa aspettativa e, soprattutto, la capacità di darvi voce e seguito con ulteriori iniziative culturali credo che verremo meno al compito che ci siamo assunti nel momento in cui abbiamo scelto di dedicarci agli studi cui quotidianamente attendiamo.

³⁷ Ha opportunamente rammentato E. CALZOLAIO, intervenendo in chiusura dei lavori della prima sessione del nostro Seminario, che la conoscenza dell'altro è condizione della conoscenza di se stesso.

³⁸ Si pensi, al riguardo, solo al significato posseduto dalla istituzione della *Supreme Court*, su cui si è soffermato, nel corso dei nostri lavori, C. MARTINELLI, *Il Regno Unito tra specificità britannica e dialogo con l'Europa*, il quale nondimeno ha opportunamente invitato alla cautela per ciò che attiene alla sua eventuale evoluzione ed assimilazione ad una vera e propria Corte costituzionale (§ 3, con richiamo ad una indicazione di A. Torre e P. Martino).

³⁹ Ancora C. MARTINELLI, nello scritto sopra cit.

2016



Antonio Ruggeri

Il primato del diritto dell'Unione sul diritto nazionale: lo scarto tra il modello e l'esperienza e la ricerca dei modi della loro possibile ricomposizione*

SOMMARIO: 1. Notazioni di metodo, a riguardo delle prospettive, dei piani e dell'oggetto dello studio. – 2. Lineamenti del modello, dal punto di vista sia dell'Unione che dello Stato (in specie, la relativizzazione del primato, a fronte dell'obbligo fatto all'Unione stessa di prestare osservanza ai principi di struttura degli ordinamenti nazionali: precisazioni a riguardo dell'operatività dei “controlimiti”, alla luce della Costituzione come “sistema”). – 3. Principio della massimizzazione della tutela dei diritti e ordinazione mobile, secondo i casi e su basi di valore, delle norme che la apprestano. – 4. Lo scarto tra modello ed esperienza: dall'idea di un primato del diritto dell'Unione relativo o condizionato alla sostanziale acquiescenza verso di esso manifestata dai giudici nazionali. – 5. Il diverso trattamento riservato dal giudice costituzionale al diritto eurounitario ed a quello convenzionale e la confusione fatta tra un'incompatibilità *reale* ed una invece meramente *apparente* tra norme di origine esterna e norme nazionali (anche costituzionali). – 6. Verso un paritario e congiunto “primato” di tutte le Carte, anche grazie a talune innovazioni di ordine istituzionale riguardanti i rapporti tra le rispettive Corti, volte ad incoraggiarne lo svolgimento in spirito di autentica, “leale cooperazione”.

1. Notazioni di metodo, a riguardo delle prospettive, dei piani e dell'oggetto dello studio

Alcune preliminari avvertenze di ordine metodico.

La prima riguarda la prospettiva da cui il primato va osservato, che a mia opinione conviene che si spieghi ad un triplice piano, presentandosi a un tempo come *prescrittiva*, *descrittiva*, *predittiva*, riguardando come avrebbe dovuto o dovrebbe conformarsi il primato stesso secondo modello, come abbia fin qui avuto modo di affermarsi nell'esperienza e, infine, quale potrebbe essere nei prossimi sviluppi delle relazioni interordinamentali.

La seconda attiene all'angolo visuale dal quale giova far luogo all'osservazione, un angolo duplice, dovendo la stessa aversi tanto dal punto di vista dell'Unione quanto da quello dello Stato (per ciò che qui specificamente importa, del nostro), verificando quindi se i punti stessi convergono ovvero divergono (e, nell'uno e nell'altro caso, in che misura).

La terza, direttamente discendente da quest'ultima, attiene al materiale utilizzato al fine di far luogo alla verifica suddetta. È ovvio che il riferimento va fatto in primo luogo alla giurisprudenza, grazie alla quale il diritto *vigente* ha modo di convertirsi in *vivente*. Va nondimeno rammentato che quest'ultimo non si esaurisce nei soli indirizzi giurisprudenziali, i quali sono solo una delle componenti la pratica giuridica¹; avverto, poi, che ragioni di spazio obbligano qui ad un forte riduzione del materiale giurisprudenziale utilizzato: farò perciò capo, per quanto attiene all'ambito interno, unicamente alla giurisprudenza costituzionale, senza poter fare neppure un cenno a quella comune. Si tratta di una dolorosa rinuncia che porta a qualificare come parziali e *quodammodo* condizionati gli esiti ricostruttivi raggiunti, sol che si convenga – come devesi – a riguardo della centralità di posto che va riconosciuta alla giurisprudenza dei giudici comuni², da cui vengono

* Intervento al *workshop* su *Diritto dell'Unione Europea e Internazionale* tenutosi presso la Corte di Cassazione il 12 e 13 novembre 2015. Lo scritto è aggiornato al 10 febbraio 2016.

¹ Basti solo por mente al rilievo del diritto vivente amministrativo, per quanto – come negli *iceberg* – esso costituisca la parte sommersa di pratiche giuridiche di corposa consistenza e tuttavia di problematica conoscenza e sistemazione.

² Su ciò la più sensibile dottrina va da tempo, e con dovizia di argomenti, opportunamente insistendo [per tutti, v. R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2011, e, quindi, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014; da un punto di vista più generale, E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari 2012; I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, FrancoAngeli, Milano 2012; P. GIANNITI, *Il ruolo del giudice nazionale nell'attuale contesto ordinamentale*, Sez. III, cap. VIII, parte I, in P. GIANNITI (cur.), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, I, Zanichelli, Bologna 2015, 500 ss., e,

sollecitazioni ed indicazioni preziose per la giurisprudenza costituzionale e da cui peraltro dipende l'implementazione di quest'ultima, una implementazione che l'esperienza mostra essere alquanto articolata e varia per manifestazioni, così come varî, non meramente e meccanicamente ripetitivi, sono i "seguiti" dati alla giurisprudenza stessa dai giudici comuni, da quelli che hanno sollevato questioni di costituzionalità come pure dagli altri comunque chiamati a pronunciarsi su casi della vita riguardati dalle questioni stesse.

La quarta attiene all'oggetto in relazione al quale il primato è osservato o al terreno sul quale esso è apprezzato, che è quello su cui maturano le vicende dei diritti fondamentali. Un'avvertenza, questa, cui è da assegnare un particolare significato, dal momento che quanto ora si dirà resta legato all'ambito materiale di esperienza prescelto e non può dunque prestarsi ad indebite ed approssimative generalizzazioni al di fuori di esso.

L'ultima avvertenza, per ovvia che sia, merita ugualmente di non essere perduta di vista; ed è che, costituendo punto obbligato e costante di riferimento la giurisprudenza ed essendo, per loro indeclinabile vocazione, soggetti i relativi indirizzi ad incessante rinnovamento, in ragione del mutare dei contesti e della varietà dei casi della vita, se ne ha che quanto ora si dirà in merito al primato risulta condizionato, legato alla congiuntura in atto e tuttavia suscettibile di andare incontro anche a breve a sostanziali mutamenti. Ciò nonostante, si tenterà – come si diceva – ugualmente di affacciare qualche previsione in merito ai possibili sviluppi del primato, muovendo dalle più marcate tendenze che si riscontrano nel pur confuso ed oscillante presente delle relazioni tra le Corti.

2. Lineamenti del modello, dal punto di vista sia dell'Unione che dello Stato (in ispecie, la relativizzazione del primato, a fronte dell'obbligo fatto all'Unione stessa di prestare osservanza ai principi di struttura degli ordinamenti nazionali: precisazioni a riguardo dell'operatività dei "controlimiti", alla luce della Costituzione come "sistema")

Muovendo dal modello, quale risulta dalle pur scarse indicazioni offerte dal diritto dell'Unione e dall'ordinamento nazionale, a me pare provata una sostanziale convergenza di posizioni³.

Per un verso, infatti, il primato va incontro al limite di cui all'art. 4.2 TUE, arrestandosi non soltanto davanti alle tradizioni costituzionali comuni ma anche a quelle proprie del singolo ordinamento nazionale, specificamente – tiene a precisare l'art. 53 della Carta di Nizza-Strasburgo – laddove presso l'ordinamento stesso sia offerta ai diritti una tutela ancora più avanzata di quella che può esser loro data dall'Unione. È importante, dunque, non perdere di vista che il primato non è *incondizionato* o *assoluto* bensì soggetto alla verifica del "grado" di tutela apprestato ai diritti. La qual cosa, poi, rimanda alla previa posizione del criterio o parametro alla cui luce "pesare" la tutela stessa e operare il raffronto tra disciplina nazionale e disciplina sovranazionale idonea ad assicurarla. Una questione, questa, micidiale, che da sola richiederebbe un lungo ed articolato discorso, di cui è tuttavia altra la sede; e una questione la cui soluzione è, a conti fatti, rimessa al singolo operatore, obbligato ad assumersi la responsabilità, morale prima ancora che giuridica, della scelta. Al riguardo, mi limito solo a rilevare come, anche per questo specifico aspetto, prezioso si rivela essere il "dialogo" intergiurisprudenziale⁴, dal momento che è unicamente grazie ad esso che si possono venire a formare ed a stabilizzare *consuetudini culturali di riconoscimento* della "misura" della tutela, arginandosi così un deprecabile soggettivismo esasperato. Il "dialogo", insomma, può, per la sua parte, dare un concorso di non poco momento alla convergenza degli indirizzi giurisprudenziali e, quindi, alla

con specifico riguardo alla materia penale, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale*, Aracne, Roma 2012].

³ Riprendo sul punto, con ulteriori svolgimenti e precisazioni, talune indicazioni che sono nel mio *Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 931 ss.

⁴ ... in merito al quale, nella ormai incontestabile lett., per tutti, L. D'ANDREA - G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAITTA (curr.), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2015; riserve sull'uso del termine sono ivi manifestate da G. D'AMICO, *Il rilievo della CEDU nel "diritto vivente": in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza "convenzionale" nella giurisprudenza costituzionale*, 49 ss.

formazione di un “*diritto vivente interordinamentale*”, fattore prezioso di certezze del diritto costituzionale in senso oggettivo e, a un tempo, di certezze di diritti costituzionali.

Sta di fatto che, dal punto di vista dell’Unione, si ha, secondo modello, una *relativizzazione del primato*, dal momento che non è già in astratto o *in vitro*, bensì in concreto e *in vivo*, all’esito del raffronto tra le norme (e, perciò, in buona sostanza, degli indirizzi delle Corti che vi danno voce) che può stabilirsi se, dove e quando può aversi riscontro del primato stesso e, perciò, in quali territori statali può aversi senza pregiudizio per i principi di struttura dei relativi ordinamenti.

Allorquando, dunque, si insiste, specie da parte della giurisprudenza dell’Unione, sul bisogno di tener fermo il principio della uniforme applicazione del diritto dell’Unione stessa, non va dimenticato che lo stesso art. 4.2, sopra richiamato, non esclude ed anzi implica l’eventualità di un’applicazione a macchia di leopardo, a seconda appunto che risultino, o no, toccati i principi di struttura dei singoli Stati. A quest’ultimo riguardo, va comunque tenuto presente che l’eventualità che si diano differenziazioni corpose e vistose tra i principi in parola, nel passaggio da un ordinamento all’altro, è (o, meglio, dovrebbe *secondo modello* essere) alquanto remota, ove si consideri che, alla luce di quanto stabilisce l’art. 2 del trattato di Lisbona, si dà una base assiologica comune agli Stati appartenenti all’Unione, condizione del loro ingresso e della permanenza in seno a quest’ultima.

Per un altro verso, anche ponendosi dal punto di vista degli ordinamenti nazionali (e, segnatamente, come si diceva, del nostro), il principio del primato si presenta “relativizzato” nella sua portata e soggetto, ancora una volta, alla condizione che esso porti all’innalzamento del livello della tutela dei diritti.

Due punti vanno subito a questo riguardo messi in chiaro, con riferimento al fondamento della condizione suddetta ed al suo modo di operare.

Il primo.

Diversamente dall’art. 53 della Carta dell’Unione, sopra richiamato, non si dà nella nostra Carta costituzionale l’esplicito riconoscimento del carattere sussidiario della tutela al piano delle relazioni interordinamentali. Possiamo tuttavia considerarlo implicito nel principio della massimizzazione della tutela stessa⁵, un’autentica *Grundnorm* delle relazioni suddette, a mia opinione racchiusa nell’idea stessa di valore o principio fondamentale⁶ (e, ulteriormente risalendo, nell’idea stessa di Costituzione quale tavola di valori fondamentali positivizzati e di limiti al potere a presidio degli stessi); e ciò, ove si ammetta – come devesi – che è nella natura ed indeclinabile vocazione di *ogni* valore, il tendere alla propria espansione e salvaguardia, la massima appunto possibile alle condizioni oggettive di contesto.

⁵ Su di che, tra i molti altri e di recente, A. D’ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Dir. Un. Eur.*, 1/2014, 1 ss., spec. 32 ss.; L. TRIA, *La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L’abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro*, in Cortecostituzionale.it, dicembre 2014; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in R. ROMBOLI (cur.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Giappichelli, Torino 2014, 389 ss.; G. D’AMICO, *op. cit.*, 55 ss., e *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti*, in A. PIN (cur.), *Il diritto e il dovere dell’uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss.; C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in questa *Rivista*, 2/2015, 3 giugno 2015, spec. 492 ss.; nella stessa *Rivista*, A. SPADARO, *Sull’aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, 504 ss. e, dello stesso, ora, *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in L. D’ANDREA - G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAITTA (curr.), *La Carta dei diritti dell’Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, in corso di stampa, spec. al § 10; ivi pure C. SALAZAR, *I diritti sociali nel “gioco delle tre Carte”: qualche riflessione*; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell’identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.

⁶ Non indugio qui sulla vessata questione (in merito alla quale, ora, la densa riflessione di L. MEZZETTI, *Teoria costituzionale*, Giappichelli, Torino 2015, 1 ss.) circa la distinzione tra i termini suddetti, che qui unicamente per scorrevolezza espositiva utilizzo in modo promiscuo.

Solo che, così stando le cose, è da mettere in conto l'eventualità che un valore fondamentale dato possa essere ancora meglio servito ed attuato da norme di origine esterna all'ordinamento cui appartiene il valore stesso rispetto al modo con cui può esserlo da norme (persino costituzionali!) dell'ordinamento medesimo. Non mi stancherò infatti di insistere su questo concetto su cui mi sono molte volte intrattenuto e che tuttavia urta con un diffuso e radicato convincimento favorevole a riconoscere l'esistenza di limiti insuperabili all'affermazione del primato (i c.d. "controlimiti"), in alcun caso o modo giudicati suscettibili di deroga.

Si tratta di una tesi che testimonia – se posso esprimermi con franchezza – l'esistenza di un autentico crampo mentale assai duro da rimuovere: quello per cui si esclude assiomaticamente che da una Carta diversa dalla Costituzione nazionale possa venire una tutela per i diritti ancora più avanzata ed adeguata al caso rispetto a quella da quest'ultima offerta⁷, una tutela dunque che possa anche comportare l'incisione di un principio fondamentale, nondimeno compensata dall'innalzamento del livello complessivo di affermazione della Costituzione come "sistema".

La dottrina dei "controlimiti", infatti, per com'è usualmente intesa e portata fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni, non ammette che possa tollerarsi la pur minima incisione di alcun principio fondamentale di diritto interno. Criticamente riconsiderata, invece, alla luce del canone della massimizzazione della tutela dei beni costituzionalmente protetti nel loro fare "sistema" attraverso il mutuo bilanciamento, la dottrina stessa può (e deve) – a me pare – essere messa in campo unicamente laddove la tutela apprestata in ambito interno risulti ancora più adeguata di quella data da norme di origine esterna (e il discorso qui vale in termini non dissimili per le norme dell'Unione e per ogni altra norma proveniente *ab extra*, ad es. dalla CEDU e dall'ordinamento internazionale in genere). Di contro, può (e deve) darsi spazio a norme di origine esterna⁸, *pur se incompatibili con questo o quel principio fondamentale*, che siano riconosciute idonee a fissare ancora più in alto il punto di sintesi assiologica tra i principi di diritto interno.

Si tratta, dunque, di far valere la "logica" usuale che presiede ai bilanciamenti secondo valore, con la peculiarità che è qui data dal fatto che i bilanciamenti si spiegano al piano delle relazioni interordinamentali⁹. Un esito, questo, nondimeno obbligato, ove si voglia dare il giusto rilievo al principio dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale, di cui agli artt. 10 e 11 della Carta, riconsiderato nel suo fare "sistema" coi principi fondamentali restanti, in ispecie con quelli di libertà ed eguaglianza: la *coppia assiologica fondamentale* – come la si è altrove chiamata – in funzione della cui affermazione lo stesso principio di apertura al diritto di origine esterna rinvia la propria più persuasiva giustificazione e la più salda tutela.

Il secondo punto.

Malgrado il comune fondamento nel canone della massimizzazione della tutela, alla cui luce le relazioni interordinamentali vengono di continuo rimesse a punto, in ragione delle peculiari esigenze dei casi, si dà un diverso modo di operare del canone stesso, rispettivamente, nell'ordinamento nazionale ed in quello eurounitario (e nello stesso sistema convenzionale), con la conseguenza che l'assetto delle relazioni stesse può presentarsi, così come effettivamente si presenta, negli ordinamenti suddetti in forme diverse. E ciò, per il fatto che anche diritti riconosciuti in termini non dissimili sono pur sempre soggetti a confronto ed a bilanciamento con altri interessi meritevoli di tutela. Ogni diritto infatti s'inscrive in un quadro di beni della vita coi quali è tenuto a fare "sistema". La qual cosa può portare non di rado a divergenti esiti delle operazioni di ponderazione assiologica ad opera delle Corti,

⁷ Non a caso, d'altronde, la *communis opinio* esclude che il quadro costituzionale relativo ai diritti possa andare soggetto a revisione: quasi che, in questa sua parte, la Carta si presenti perfetta ed esente da menda alcuna, consegnandosi alla generazione presente ed a quella futura (e, prima ancora, a quella del tempo in cui fu scritta), al pari delle tavole mosaiche, *usque ad aeternitatem*...

⁸ ... ma, in realtà e generalizzando, a norme in genere, anche interne e di rango subordinato a quelle costituzionali.

⁹ Ho invitato a fermare l'attenzione sul punto, di cruciale rilievo, in più luoghi, a partire da *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in [Rivista AIC](#), 1/2011, 1° marzo 2011.

secondo quanto peraltro testimoniano taluni casi di conflitto anche particolarmente aspro, seppur talora tenuto saggiamente sotto traccia o, comunque, rappresentato in termini edulcorati¹⁰.

Una volta di più, il “dialogo” può far emergere sia le divergenze e sia le convergenze d’indirizzo; e, tuttavia, per il solo fatto di esserci, agevola – a me pare – il ravvicinamento delle posizioni e, per ciò stesso, incoraggia l’ulteriore avanzamento del processo d’integrazione sovranazionale, accompagnandone ed alimentandone gli svolgimenti. Si danno, ciononostante, dei limiti strutturali cui va incontro l’attuale sistema dei raccordi tra le Corti, la cui consapevolezza sollecita a porre mano alla sua revisione, secondo quanto si dirà meglio sul finire di questa esposizione.

3. Principio della massimizzazione della tutela dei diritti e ordinazione mobile, secondo i casi e su basi di valore, delle norme che la apprestano

Il principio della massima tutela può, dunque, portare a mobili, continuamente cangianti, ordinazioni dei documenti normativi che danno il riconoscimento dei diritti, a seconda dei casi della vita che sollecitano la formazione e l’incessante rinnovo delle sistemazioni delle norme *secondo valore*.

La *teoria delle fonti* in tal modo – come si è tentato di argomentare in altri luoghi – naturalmente si converte in *teoria delle norme e dei relativi sistemi*, declinati al plurale, a seconda appunto delle norme di volta in volta evocate in campo dai casi.

La soluzione ottimale – come pure si è tentato altrove di mostrare – nondimeno si ha laddove si assista alla *reductio ad unum* dei sistemi, alla composizione cioè di un *sistema di sistemi* reciprocamente integrati per effetto della massima convergenza possibile delle tutele: laddove, cioè, si abbia riscontro della mutua integrazione della Costituzione e delle Carte di origine esterna nei fatti interpretativi, secondo la felice intuizione contenuta in [Corte cost. sent. n. 388 del 1999](#). La qual cosa è invero agevolata dal linguaggio di tutte tali Carte, fatto a maglie larghe (e, non di rado, larghissime) e però richiede una mutua disponibilità all’ascolto, in spirito di autentica e “leale” cooperazione delle Corti.

Ancora una volta, questa che, prima ancora di essere una indicazione teorico-ricostruttiva, è un’autentica direttiva di metodo ha la sua base testuale nell’art. 4.2, dietro richiamato, che chiama Unione e Stati a prestarsi reciproco rispetto ed assistenza “nell’adempimento dei compiti derivanti dal trattato”.

Il principio della miglior tutela richiede spirito puro e mente sgombra da pregiudizio alcuno, ponendosi quale (pre)orientamento etico-giuridico dell’attività interpretativa del giudice (e dell’operatore in genere). La soluzione ottimale – come si diceva – è poi quella che si ha ogni qual volta l’operazione abbia esito *inclusivo*, e non *esclusivo*, riconciliandosi i disposti delle Carte nei processi interpretativi, sì da comporsi in unità significativa al servizio dei diritti.

Non la “logica” di una ordinazione gerarchica *per sistema* delle Carte stesse bensì l’altra, opposta, del loro paritario concorso alla espressione di norme idonee a dare appagamento ai diritti appare essere quella vincente in un contesto segnato da una integrazione sovranazionale viepiù avanzata che, nondimeno, pone problemi micidiali ai quali è possibile far fronte solo grazie agli sforzi congiunti, prodotti in spirito di solidale collaborazione, da tutti gli operatori (per ciò che qui specificamente importa, dalle Corti).

D’altro canto, la visione piramidale delle Carte (e, più largamente, degli ordinamenti sulle stesse fondati) fatalmente trascina con sé l’ordinazione delle Corti che delle Carte stesse sono istituzionalmente garanti: un esito, questo, però insopportabile per chi si trova obbligato a recedere per far posto ad altri.

¹⁰ Della qual cosa si ha riscontro al piano delle relazioni che la nostra Corte delle leggi intrattiene tanto con la Corte dell’Unione quanto con la Corte di Strasburgo (per tutte, rammento qui solo la nota vicenda delle leggi d’interpretazione autentica, in merito alla quale, ora, C. SALAZAR, *op. ult. cit.*, § 2).

Si ha così conferma che la rappresentazione teorica del primato maggiormente adeguata e fedele al modello sia dell'Unione che dello Stato è quella che porta alla sua... *negazione*, tutte le Carte riuscendo paritariamente e congiuntamente ad affermarsi, non già l'una a discapito dell'altra o delle altre¹¹. La qual ultima cosa, al di là dei negativi effetti dovuti all'inasprimento delle relazioni tra le sedi istituzionali in cui si amministra giustizia, comporterebbe un impoverimento culturale, lo smarrimento di tradizioni relative ai diritti comunque meritevoli di essere preservate e viepiù coltivate e promosse.

4. *Lo scarto tra modello ed esperienza: dall'idea di un primato del diritto dell'Unione relativo o condizionato alla sostanziale acquiescenza verso di esso manifestata dai giudici nazionali*

L'esperienza fin qui maturata al piano delle relazioni tra le Corti si presenta al proprio interno alquanto articolata e varia, manifestandosi sia nel senso della conformità al modello sopra succintamente descritto e sia però in quello dello scostamento dallo stesso, alle volte scoperto e dichiarato, altre invece abilmente mascherato. È ovvio che, portandosi avanti il processo d'integrazione sovranazionale, si siano avuti e possano anche in futuro ulteriormente aversi casi di "resistenza" – come sono stati, ancora di recente, chiamati¹² – ad alcuni indirizzi delle Corti europee giudicati, a torto o a ragione, particolarmente "aggressivi" nei riguardi degli ordinamenti nazionali¹³. La tendenza che, ad ogni buon conto, va maggiormente diffondendosi e radicandosi sul terreno delle relazioni intergiurisprudenziali sembra essere nel senso di una crescente convergenza degli orientamenti¹⁴.

Molti autori hanno insistentemente fermato l'attenzione su alcuni noti casi di aperta ribellione delle Corti (specie di quelle dell'Est)¹⁵ nei riguardi della giurisprudenza dell'Unione. Senza che siffatte vicende meritino di essere sottovalutate, dobbiamo tuttavia convenire che si è trattato di fatti alquanto circoscritti, per non dire isolati, a fronte delle innumeri, quotidiane adesioni prestate alla giurisprudenza stessa. Non a caso, proprio in occasione del nostro incontro di oggi il Presidente della Corte di giustizia, K. Lenaerts, ha potuto con non celato orgoglio rilevare la sostanziale acquiescenza manifestata nei riguardi della giurisprudenza della Corte stessa da parte dei giudici nazionali¹⁶.

¹¹ Quest'esito è argomentato nel mio *Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?*, cit., spec. al § 4.

¹² Al tema è stata dedicata la seconda sessione del II Seminario annuale di *diritticomparati su Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa*, svoltosi a Macerata l'11 dicembre 2015.

¹³ Riprendo qui una qualifica data da O. POLLICINO, in più scritti [tra i quali, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010 e *Toward a Convergence between the EU and ECHR Legal Systems?*, in G. REPETTO (cur.), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Intersentia, Cambridge 2013, 99 ss.], con riferimento al versante dei rapporti con la Corte di Strasburgo, che nondimeno può considerarsi valevole altresì per talune espressioni della giurisprudenza eurolunitaria.

¹⁴ ... maggiore – a quanto pare – lungo l'asse che collega le due Corti europee rispetto all'altro che unisce ciascuna di esse con le Corti nazionali; ma il punto richiederebbe ulteriori approfondimenti e verifiche qui non consentiti [utili indicazioni sono di recente venute da L. D'ANDREA - G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAIITA (curr.), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit.].

¹⁵ ... e, segnatamente, dei tribunali ceco, ungherese e polacco, in merito alle cui prese di posizione, v., part., O. POLLICINO, *Qualcosa è cambiato? La recente giurisprudenza delle Corti costituzionali dell'est vis-à-vis il processo di integrazione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 4/2012, 765 ss. e J. RIDEAU, *The Case-law of the Polish, Hungarian and Czech Constitutional Courts on National Identity and the 'German Model'*, in A. SAIZ ARNAIZ - C. ALCOBERRO LLIVINA (curr.), *National constitutional identity and European integration*, Intersentia, Antwerpen 2013, 243 ss.; A. D'ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, cit., spec. 41 ss., nonché M. DICOSOLA, *Gli stati dell'Europa centro-orientale tra identità nazionale e costituzionalismo europeo*, Intervento al Seminario su *Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa*, in *paper*.

¹⁶ Di K. LENAERTS v. il *paper* dal titolo *The Legacy of Costa v. Enel*.

Questa vicenda, pur laddove ne sia apprezzato l'esito complessivamente raggiunto, si è tuttavia svolta e promette di svolgersi anche per l'avvenire tra non rimosse ambiguità e con talune, vistose, forzature di ordine sia processuale che sostantivo.

Esasperata appare, in particolare, essere l'idea del primato, di cui mostra di volersi fare portatrice la Corte dell'Unione: non a caso, chi legge *Melloni* non trova, stranamente, alcun riferimento all'obbligo di osservanza dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali (nella specie, dell'ordinamento spagnolo), di cui al cit. art. 4.2 TUE: forse, lo si è implicitamente valutato e considerato recessivo in sede di bilanciamento con le istanze facenti capo al primato; ma, perché non farvi esplicito richiamo¹⁷? E chi quindi legge la pronunzia emessa dal tribunale costituzionale spagnolo a "seguito" della decisione del giudice lussemburghese rinviene in essa una palmare riprova di quell'acquiescenza, di cui si è oggi fatto autorevole interprete l'attuale Presidente della Corte.

Confesso di essermi trovato impreparato davanti a quest'esito della vicenda: alla luce, infatti, del modo con cui la questione di rinvio pregiudiziale era stata posta dal giudice iberico, mi sarei atteso quanto meno alcuni *distinguo*, se non vere e proprie condizioni poste al fine di poter dare "seguito" al verdetto del giudice eurounitario¹⁸.

Anche dal noto parere emesso dalla Corte dell'Unione in merito allo schema di trattato di adesione dell'Unione stessa alla CEDU¹⁹ traspare – se così posso dire, ricorrendo ad un ossimoro apparente – un "nazionalismo... sovranazionale" radicale, essendo – come si sa – in esso poste condizioni stringenti e francamente inaccettabili da parte della Corte di Strasburgo, espressive di un'idea del primato del diritto eurounitario, di cui il giudice lussemburghese intende farsi portavoce e garante, che, se accolta, renderebbe a conti fatti vano l'obiettivo avuto di mira con l'adesione stessa.

Dal suo canto, il giudice delle leggi, che pure ha non molto tempo addietro giocato la carta dei "controlimiti" allo scopo di non consentire l'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria lesiva di diritti fondamentali (e, sopra ogni altro, della dignità)²⁰, non vi ha fatto ad oggi uso al piano dei rapporti col diritto dell'Unione, dando così tangibile testimonianza di quella sostanziale acquiescenza di cui si viene dicendo²¹.

¹⁷ Anche la più sensibile e benevola dottrina, che si è fatta portatrice di una lettura *in bonam partem* della pronunzia della Corte lussemburghese [R. CONTI, *Da giudice (nazionale) a Giudice (eurounitario). A cuore aperto dopo il caso Melloni*, in [Diritticomparati.it](#), 5 aprile 2013], ha opportunamente formulato l'auspicio che per l'avvenire la Corte stessa non si trattenga dal fare espressa menzione dell'art. 4.2.

¹⁸ ... così come ha, invero, fatto, in buona sostanza, in una sua recente pronunzia il *Bundesverfassungsgericht*: si legge, infatti, nel *Beschluss* del 15 dicembre 2015 – 2 BvR 2735/1 – che nel procedimento di consegna per effetto di mandato di arresto europeo conseguente a condanna in contumacia a trent'anni di reclusione va comunque salvaguardato il diritto di difesa anche con la riapertura dell'istruttoria.

¹⁹ ... fatto oggetto, come si sa, di molti commenti, tra i quali I. ANRÒ, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'evoluzione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali in Europa*, Giuffrè, Milano 2015, 273 ss.; L. BESSELINK - M. CLAES - J.-H. REESTMAN, *A Constitutional moment: Acceding to the ECHR (or not)*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 2015, 2 ss.; gli scritti che sono in *German Law Journal*, 1/2015; V. PETRALIA, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea e la (mancata) adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L. D'ANDREA - G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAIITA (curr.), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, cit., 191 ss., spec. 207 ss.; P. GIANNITI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, Sez. III, cap. IX, parte I, in P. GIANNITI (cur.), *La CEDU e il ruolo delle Corti*, cit., 571 ss.; V. ZAGREBELSKY, *L'Unione europea e il controllo esterno della protezione dei diritti e delle libertà fondamentali in Europa. La barriera elevata dalla Corte di Giustizia*, in *Dir. um. dir. int.*, 1/2015, 128 ss. e, da ultimo, C. AMALFITANO, *Il rilievo della CEDU in seno all'Unione europea ex art. 6 TUE*, in L. D'ANDREA - G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAIITA (curr.), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., part. ai §§ 3 e 4 (nel quale ultimo specificamente si ragiona degli scenari prospettabili in alternativa all'adesione), e M. PARODI, *Diritti umani Vs Autonomia? Il parere 2/13 della Corte di giustizia dell'UE sull'adesione dell'UE alla Cedu*, in [Federalismi.it](#), 3/2016, 10 febbraio 2016, ed *ivi* numerosi altri riferimenti di lett.

²⁰ Il riferimento è, ovviamente, a [Corte cost. sent. n. 238 del 2014](#).

²¹ Sarà, poi, interessante vedere come risponderà la Corte costituzionale alla questione sollevata in relazione al caso *Taricco*.

5. *Il diverso trattamento riservato dal giudice costituzionale al diritto eurounitario ed a quello convenzionale e la confusione fatta tra un'incompatibilità reale ed una invece meramente apparente tra norme di origine esterna e norme nazionali (anche costituzionali)*

Diverso è tuttavia il trattamento riservato dal nostro giudice costituzionale, rispettivamente, al diritto vivente eurounitario ed a quello convenzionale.

A differenza della giurisprudenza eurounitaria, quella della Corte EDU, infatti, si ritiene che possa essere *quodammodo* “filtrata” dal giudice nazionale (da quello comune in prima battuta e, in seconda, dallo stesso giudice costituzionale), dal momento che l’obbligo di interpretazione conforme – a dire della Consulta (spec. [sent. n. 49 del 2015](#)) – sarebbe prescritto unicamente nei riguardi delle sentenze-pilota e, specialmente, delle pronunzie considerate espressive di indirizzi “consolidati”, diversamente dall’interpretazione orientata verso la giurisprudenza eurounitaria, protetta in *ogni* sua espressione. Se ne ha che, tanto nel caso che la disciplina convenzionale (e la giurisprudenza europea che l’assume ad oggetto) si consideri meno avanzata di quella nazionale quanto (e a maggior ragione) nel caso che sia giudicata incompatibile con la Costituzione, l’operatore di diritto interno potrebbe (e, anzi, dovrebbe) – a quanto pare – non tenerne conto, orientando l’interpretazione della disposizione nazionale esclusivamente verso la Costituzione stessa. Grazie al “filtro” in parola, dunque, la salvaguardia dei “controlimiti” potrebbe aversi *factis*, al piano delle opzioni fatte in sede interpretativa, senza bisogno di dover far ricorso alla soluzione estrema di investire la Consulta di questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto norme convenzionali, così come invece parrebbe inevitabile laddove queste ultime siano veicolate in ambito interno da “consolidati” indirizzi del giudice europeo, dall’onere della cui osservanza l’operatore nazionale potendosi liberarsi unicamente a seguito dell’intervento demolitore del giudice costituzionale.

Questa soluzione tuttavia non persuade del tutto.

Giova, infatti, a mia opinione distinguere l’ipotesi, che francamente mi parrebbe essere estremamente remota pur non potendo essere esclusa in partenza, che la norma convenzionale urti con la Carta costituzionale rispetto all’altra ipotesi, invece di più frequente riscontro, che si sia in presenza di due discipline non incompatibili e tuttavia in grado di fissare a diverse “altezze” – se così può dirsi – il punto di sintesi assiologica tra i beni della vita costituzionalmente protetti. Se, poniamo il caso, l’una norma vieta la discriminazione tra i cittadini in base al sesso e l’altra *anche* in base all’orientamento sessuale, il contrasto non c’è: c’è solo una più avanzata ed incisiva tutela assicurata dalla seconda previsione rispetto alla prima; e lo stesso potrebbe dirsi per ciò che attiene ai meccanismi processuali di garanzia.

Si tratta, in breve, di distinguere tra un’*incompatibilità reale* ed una *apparente*.

Per la prima, l’appello al giudice costituzionale può talora rivelarsi inevitabile. Dico *talora*, perché è altresì da mettere in conto l’eventualità che l’invalidità costituzionale sia talmente vistosa ed eclatante da potersi ragionare di una radicale nullità-inesistenza della norma che ne sia affetta, come tale rilevabile dal giudice comune e dall’operatore in genere, senza nondimeno escludere che essa sia ugualmente portata alla cognizione della Consulta. Quest’ultima, tuttavia, in una congiuntura siffatta dovrebbe, a mia opinione, far luogo ad una pronunzia di manifesta inammissibilità preceduta e sorretta dal previo riscontro del vizio in parola e, perciò, dotata di efficacia di mero accertamento a carattere generale²².

²² È proprio ciò che, a mia opinione, avrebbe dovuto aversi con riguardo al caso deciso da [Corte cost. sent. n. 238 del 2014](#), dove la previa qualifica della inesistenza della norma interna di adattamento della norma internazionale consuetudinaria non si è tradotta nella pronunzia processuale indicata nel testo. Si aggiunga, poi, la stranezza costituita dal fatto che il giudice delle leggi ha ritenuto di potersi esprimere su una norma non “attizia” [questi ed altri rilievi possono, se si vuole, vedersi nei miei [La Corte aziona l’arma dei “controlimiti” e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all’ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria \(a margine di Corte cost. n. 238 del 2014\)](#), in questa [Rivista](#), 17 novembre 2014, e, nella stessa [Rivista](#), *Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quale i possibili “seguiti” della 238 del 2014?*, 1/2015, 4 marzo 2015, 78 ss. Diversa impostazione in R. CAPONI, *Immunità dello Stato dalla giurisdizione, negoziato diplomatico e diritto di azione nella vicenda delle pretese risarcitorie per i crimini nazisti*, in *Giur. cost.*, 5/2014, 3914 s., che ritiene

Per la seconda, di contro, non dandosi in tesi, a giudizio del giudice, alcuna incompatibilità, si tratta puramente e semplicemente di scegliere la norma buona per il caso. Già in altre sedi, infatti, ho avuto modo di osservare che il rischio di un annullamento della legge di esecuzione della CEDU “*nella parte in cui...*” può essere fugato semplicemente facendo disapplicazione, con effetti limitati al caso, della norma convenzionale che appaia offrire una minore tutela ai diritti in campo rispetto a quella assicurata dalla Carta costituzionale, in forza di quanto stabilito dall’art. 53 della Convenzione. D’altro canto, non si vede quale responsabilità possa essere imputata alla Convenzione, una volta che la stessa espressamente dichiara di volersi fare da parte in una congiuntura siffatta, con la conseguenza che la norma convenzionale di minor pregio rispetto a quella nazionale, non avendo mai fatto ingresso in ambito interno, non potrebbe andare soggetta alla sua eventuale caducazione (per il tramite della legge di esecuzione) e, perciò, dovrebbe considerarsi irrilevante al fine della definizione del caso.

Quest’esito ricostruttivo è, a mia opinione, generalizzabile, potendo valere altresì al piano delle relazioni col diritto dell’Unione. Ancora una volta è, infatti, lo stesso diritto dell’Unione (art. 53 della Carta di Nizza-Strasburgo) a volersi ritrarre davanti ad una tutela (in tesi) ancora più avanzata offerta in ambito interno. Quale violazione di “controlimiti” o di obblighi sovranazionali può dunque esservi, posto che è lo stesso diritto dell’Unione a non voler mettere piede, in una congiuntura siffatta, nell’ordine interno?²³

Il *punctum crucis* della questione ora discussa è però dato dal fatto che potrebbe divergere l’apprezzamento fatto da questa o quella Corte in ordine alla “graduatoria” delle norme in base al livello della tutela dalle stesse raggiunto. È in casi siffatti che ogni operatore è chiamato ad assumersi tutte quante le responsabilità sullo stesso gravanti in merito alla scelta. Si danno, ad ogni buon conto, strumenti idonei – fin dove possibile – a prevenire ed a contenere i conflitti, a partire – come si sa – dal rinvio pregiudiziale, attorno al quale nondimeno non si è ancora fatta piena luce, non tanto per i profili attinenti alla ricostruzione del modello risultante dal trattato quanto in ordine alla sua concreta operatività, vale a dire al “seguito” dato alle pronunzie della Corte dai giudici remittenti e, più ancora (e diffusamente), dai giudici in genere, a riguardo del quale le conoscenze di cui disponiamo risultano ancora oggi vistosamente carenti²⁴.

Per quanto, comunque, è dato saperne, sembra complessivamente acclarato – come si diceva – il sostanziale allineamento della giurisprudenza nazionale a quella eurounitaria; e, dunque, anche dalla prospettiva ora adottata si ha un’ulteriore riprova dello scarto esistente tra modello ed esperienza.

L’uno infatti ci consegna la fotografia di un diritto sovranazionale (in larga accezione, comprensivo sia del diritto eurounitario che di quello convenzionale) *umile*, disposto a farsi in ogni tempo da parte a fronte di un diritto interno ancora più avanzato lungo la via della tutela dei diritti, allo stesso tempo risultando in considerevole misura responsabilizzato l’operato dei giudici comuni, chiamati a far luogo, se del caso avvalendosi della collaborazione del giudice dell’Unione adito in via pregiudiziale, alla selezione ed applicazione della norma (o del sistema di norme) in cui si situa la

superabile, in nome della salvaguardia dei “controlimiti”, l’ostacolo processuale costituito dalla inidoneità dell’oggetto, risultante non già da un “atto” bensì da un “fatto” di normazione. In argomento, tra gli altri e di recente, R. BIN, *L’adattamento dell’ordinamento italiano al diritto internazionale non scritto dopo la sent. 238/2014*, in Forumcostituzionale.it, 11 gennaio 2016, spec. al § 3, e T. CANTELMO - V. CAPUOZZO, *Tra immunità e contro-limiti: un nuovo traguardo della giurisprudenza italiana in Corte costituzionale sentenza n. 238/2014 e ordinanza n. 30/2015*, in Federalismi.it, 1/2016, 13 gennaio 2016, spec. al § 4.1].

²³ Per questa ragione, è, a mio modo di vedere, da considerare fuori centro il rilievo, già presente in [Corte cost. sent. n. 348 del 2007](#) e quindi ripreso in [Corte cost. sent. n. 317 del 2009](#), secondo cui il principio della osservanza degli obblighi internazionali, di cui all’art. 117, I c., cost., soggiace a bilanciamento con altre norme costituzionali, potendo recedere davanti a queste ultime laddove in esse si situi una tutela per i diritti maggiormente avanzata di quella apprestata dalla Convenzione. Un’affermazione, questa, che presuppone un primato incondizionato del diritto di origine esterna, di cui il cit. art. 117 si farebbe garante. Di contro, come si è venuti dicendo, in una congiuntura siffatta l’art. 117 non ha modo di entrare in campo, per la elementare ragione che non vi è chiamato dallo stesso diritto convenzionale, in forza della previsione di cui all’art. 53 della CEDU.

²⁴ Si vedrà, poi, a momenti che sarebbe opportuno introdurre ulteriori accorgimenti allo scopo di rendere ancora più funzionali le relazioni tra le Corti.

miglior tutela: l'immagine è insomma – come si diceva – quella del *carattere relativo* o *condizionato* del principio del primato.

L'altra di contro (per quanto se ne sa...) ci mostra una giurisprudenza nazionale complessivamente portata ad accodarsi docilmente alle indicazioni venute dal giudice dell'Unione ed interpreti di un'idea del primato “*senza se e senza ma*”.

L'esame della giurisprudenza, tanto sovranazionale quanto nazionale, conferma insomma che il principio del primato costituisce l'autentica *Grundnorm* dell'ordinamento eurounitario, emblematicamente espressivo della sua “costituzione materiale”, una costituzione in cui – come ha efficacemente fatto notare V. Piccone in occasione del nostro *workshop* – “l'unità giurisdizionale ha tenuto il luogo, inevitabilmente, dell'unità politica”²⁵.

È interessante notare che, facendosi valere un'idea incondizionata del primato, viene a determinarsi una duplice, simultanea torsione del modello sopra descritto e, segnatamente, tanto dell'identità costituzionale dell'Unione quanto dell'identità costituzionale dello Stato: dell'una, per il fatto che viene così lasciato in ombra, privo di concreto riscontro ed effettiva valenza, il principio di cui all'art. 4.2 TUE; dell'altra, per il mancato bilanciamento effettuato tra il principio dell'apertura al diritto sovranazionale e i principi fondamentali restanti, il primo asservendo alle proprie ragioni, legate all'avanzamento del processo d'integrazione sovranazionale, le ragioni di una ancora più avanzata tutela dei diritti di cui dovessero farsi interpreti in una vicenda processuale data norme nazionali meritevoli di prioritaria considerazione²⁶.

6. *Verso un paritario e congiunto “primato” di tutte le Carte, anche grazie a talune innovazioni di ordine istituzionale riguardanti i rapporti tra le rispettive Corti, volte ad incoraggiarne lo svolgimento in spirito di autentica, “leale cooperazione”*

L'idea di un primato *per sistema* non tiene poi conto di un dato che, seppur di comune dominio, non è tuttavia sempre portato ai suoi lineari e conseguenti svolgimenti teorico-pratici; ed è che in campo il più delle volte (per non dire sempre...), vengono a disporsi non soltanto le norme dell'Unione e quelle nazionali ma anche altre norme di origine esterna, tra le quali – per ciò che qui maggiormente importa – quelle della CEDU, idonee a spiegare effetti anche sul versante dei rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno. Ancora di più, poi, siffatte interferenze potranno aversi a seguito dell'eventuale adesione dell'Unione alla CEDU.

Si riconsideri, ad es., lo scenario sopra evocato in cui si faccia questione a riguardo del “luogo” in cui si situa la miglior tutela. Nel caso che, a giudizio dell'operatore, essa stia nella Convenzione, potrebbe assistersi – in via di mero principio – alla disapplicazione (o, se si vuol riprendere una qualifica cara alla giurisprudenza costituzionale, alla “non applicazione”) non del solo diritto interno ma persino di quello eurounitario per far posto al diritto convenzionale²⁷.

Non torno poi qui sulla questione di ordine tecnico-processuale se un accertamento siffatto competa direttamente ed esclusivamente al giudice comune ovvero, come reputa giusto il giudice costituzionale, a quest'ultimo. La soluzione dietro esposta con riguardo alla distinzione tra il caso di

²⁵ Faccio riferimento al *paper* illustrato da V. PICCONE, dal titolo *La primauté nell'Unione allargata*.

²⁶ La natura composita dell'identità costituzionale sia dell'Unione che dello Stato è ora rilevata nel mio [Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?](#), in questa [Rivista](#), 3/2015, 17 dicembre 2015, 835 ss., spec. 840 ss. Cfr. al mio punto di vista quelli espressi da F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'uropeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013 e, più di recente, T. CERRUTI, *Valori comuni e identità nazionali nell'Unione europea: continuità o rottura?*, in [Federalismi.it](#), 24/2014, 24 dicembre 2014, e, pure *ivi*, G. CAPONI - V. CAPUOZZO - I. DEL VECCHIO - A. SIMONETTI, *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei controlimiti*.

²⁷ Non si dimentichi, peraltro, che la Carta dei diritti dell'Unione richiede di esser intesa – laddove possibile – in modo conforme alla Convenzione, fatta ad ogni buon conto salva la maggior tutela che dovesse essere offerta ai diritti dalla Carta stessa.

tutele che si situino a diverse “altezze” e quello di discipline invece reciprocamente incompatibili è, infatti, a mia opinione, da tener ferma anche laddove l’arena risulti affollata per la presenza di più Carte in competizione, ciascuna assumendo di poter esporre la merce migliore sul mercato dei diritti.

Come si vede, anche per l’aspetto ora considerato se ne ha una ulteriore sottolineatura del carattere relativo o condizionato del primato, secondo quanto peraltro risulta con chiarezza dalla lettera dell’art. 53, sopra cit. Va, nondimeno, aggiunto che l’ipotesi della mutua integrazione delle Carte nei fatti interpretativi, sul terreno dei rapporti tra CEDU e Carta dell’Unione è verificata dai non pochi casi di sostanziale coincidenza delle rispettive previsioni, di cui si ha esplicito riconoscimento nelle spiegazioni allegate alla Carta stessa e potrà peraltro ricevere ulteriore incoraggiamento ad affermarsi a seguito dell’eventuale adesione dell’Unione alla CEDU²⁸.

Questa eventualità non sembra invero essere alle porte, come si è rammentato accennando al parere al riguardo emesso dalla Corte di giustizia. Una spinta nel senso della convergenza delle tutele, se non pure della loro piena integrazione, può, ad ogni buon conto, venire dal prot. 16 allegato alla CEDU, che può dar modo ai giudici abilitati a rivolgersi alla Corte EDU di giocare un ruolo unificante che, ancora una volta, appare essere di prima grandezza²⁹.

Il giudice, infatti, ha da produrre ogni sforzo possibile volto a liberarsi dalla imbarazzante situazione in cui verrebbe a trovarsi nel caso che, interpellando entrambe le Corti europee, dovesse da esse ricevere indicazioni divergenti. Dal loro canto, anche le Corti non hanno convenienza a farsi guerra a vicenda, da cui uscirebbero comunque entrambe sconfitte. I sempre più frequenti richiami che esse si fanno a vicenda sono indicativi di un *trend* in crescita ispirato a “leale cooperazione” che il meccanismo di consultazione introdotto dal prot. in parola potrebbe ulteriormente alimentare e rimarcare.

Due innovazioni sarebbero tuttavia, a mia opinione, al riguardo consigliabili: la estensione del meccanismo stesso anche ai giudici non di ultima istanza e l’introduzione di forme di raccordo “razionalizzato” tra le due Corti europee³⁰.

L’una cosa può valere a rendere ancora più diffusa e radicata in ambito interno l’affermazione della Convenzione, prevenendosi l’eventualità di fraintendimenti della giurisprudenza europea, col rischio che ad essi si accompagna di possibili violazioni della Convenzione stessa, da cui peraltro è da attendersi la eventuale chiamata a responsabilità dello Stato per fatto del giudice³¹. È chiaro che, in uno scenario siffatto, si dovrà quindi porre mano alla predisposizione di misure volte ad assicurare un adeguato livello di funzionalità della giurisdizione europea, sul cui capo potrebbe piovere una messe di richieste di parere ancora più imponente delle questioni poste negli anni a noi più vicini in sede giurisdizionale. Ciò che potrebbe aversi in molti modi, secondo quanto peraltro testimoniano le varie discipline adottate presso gli ordinamenti che conoscono meccanismi di ricorso diretto al giudice costituzionale.

²⁸ Ovviamente, si presuppone qui che ci si trovi in ambito materiale ricadente nella sfera di competenze dell’Unione (sui casi in cui la Carta di Nizza-Strasburgo è costretta a restare “dormiente”, v., ora, i puntuali rilievi di C. SALAZAR, *I diritti sociali nel “gioco delle tre Carte”*, cit., § 3; inoltre, K. STERN, *La Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione europea. Riflessi sulla forza vincolante e l’ambito di applicazione dei diritti fondamentali codificati nella Carta*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/2014, 1235 ss., spec. 1248 ss.). Va, nondimeno, tenuta presente la tendenza alla espansione della sfera stessa, specificamente per mano della giurisprudenza.

²⁹ Su ciò, notazioni di vario segno in E. LAMARQUE (cur.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Giappichelli, Torino 2015; v., inoltre, ora, l’approfondito studio di M. DICOSOLA - C. FASONE - I. SPIGNO, *The Prospective Role of Constitutional Courts in the Advisory Opinion Mechanism Before the European Court of Human Rights: A First Comparative Assessment with the European Union and the Inter-American System*, in *German Law Journal*, 6/2015, 1° dicembre 2015, 1387 ss.

³⁰ Riprendo qui, con ulteriori precisazioni, talune indicazioni che sono nel mio *Come costruire e preservare le tradizioni dei diritti in Europa?*, cit., 845 ss.

³¹ Tralascio poi qui di soffermarmi sugli effetti che l’estensione qui auspicata potrebbe determinare al piano dei rapporti interni all’ordine giudiziario, con specifico riguardo alla sua incidenza sul ruolo di nomofilachia della Cassazione, limitandomi a rimarcare il particolare rilievo della questione.

L'altra cosa, poi, conviene che prenda forma a mezzo di una disciplina essenziale, che non soffochi la naturale vocazione di entrambe le Corti a variamente determinarsi secondo i casi. L'agilità delle movenze, infatti, è una risorsa preziosa, di cui non può farsi in alcun caso a meno, a beneficio della formazione di indirizzi giurisprudenziali a un tempo stabili e suscettibili di adattamenti al variare dei contesti in cui s'inscrivono e dei casi dagli stessi riguardati.

Non credo, ad ogni buon conto, che giovi privarsi di un canale ufficiale di comunicazione tra le Corti, abbandonando i loro rapporti a svolgimenti in tutto liberi e sregolati, secondo occasione. Si può poi discutere se si possa realisticamente centrare l'obiettivo ambizioso di una disciplina che innovi ai trattati ovvero se, perlomeno nel breve periodo, convenga far luogo ad una regolamentazione frutto di autoproduzione delle stesse Corti, quale potrebbe aversi a mezzo di un protocollo d'intesa analogo a quello da ultimo siglato tra la Corte di Cassazione e la Corte EDU³².

Questa seconda via mi parrebbe maggiormente scorrevole, se non altro perché darebbe modo alle stesse Corti di sperimentare sul campo termini e modi dei reciproci raccordi, magari in vista della "razionalizzazione" di questi ultimi con le procedure solenni della revisione dei trattati. In ogni caso, non dubito che giovi non ingabbiare i rapporti stessi assoggettandoli a vincoli procedurali e sostanziali stringenti: la previsione di reciproche consultazioni e di occasioni di scambi di vedute su questioni particolarmente spinose e ricorrenti potrebbe, dunque, rivelarsi la carta vincente (se del caso, aprendo il confronto altresì a studiosi ed esponenti in genere della cultura giuridica, ad es. attraverso seminari organizzati presso questa o quella Corte).

D'altro canto, la duttilità strutturale di talune specie di pronunzie sempre più di frequente adottate dalle Corti in parola (e dalle stesse Corti costituzionali di diritto interno), di cui sono emblematica espressione le sentenze-pilota da un canto, le additive di principio dall'altro, è indice eloquente di quello che può considerarsi un autentico metodo delle relazioni intergiurisprudenziali, una spia particolarmente significativa di una *tendenza alla federalizzazione dei diritti e dei modi della loro tutela* – come ho ritenuto altrove di chiamarla³³ –, di cui le pronunzie suddette costituiscono una particolarmente significativa testimonianza, allo stesso tempo sollecitandosi l'ulteriore avanzamento e radicamento di siffatto modello di relazioni interordinamentali (e, segnatamente, intergiurisprudenziali), della cui bontà mi faccio sempre più convinto.

Occorre, insomma, allestire un sistema complesso, per gradi, di "rinvii" (in larga accezione) da una Corte all'altra, a mia opinione senza alcun ordine preconstituito di priorità. Così, in caso di rinvio alla Corte di Lussemburgo, quest'ultima potrebbe valutare se avvalersi della previa consultazione con la Corte di Strasburgo prima di dare risposta al giudice nazionale, e viceversa: essendo fatta richiesta di parere alla Corte europea, questa potrebbe giudicare opportuna la previa acquisizione del parere della Corte dell'Unione prima di pronunziarsi a sua volta.

Si dirà che le Corti non hanno convenienza a legarsi le mani o, comunque, ad assoggettarsi a condizionamenti di fatto³⁴, quali potrebbero discendere dall'attivazione dei meccanismi di raccordo in parola. L'indisponibilità all'ascolto tuttavia mi parrebbe essere una scelta cattiva, anzi pessima, un autentico *boomerang* insomma. I conflitti potrebbero infatti crescere per numero ed asprezza, con nocumento – al tirar delle somme – per tutti, soprattutto per i portatori dei diritti.

Per altro verso, la ricerca, non di rado assai impegnativa e sofferta ma anche appassionante e gratificante, della miglior tutela passa di necessità, come si è veduto, per la via del "dialogo". Sta, poi, ai parlanti decidere se allargarla e spianarla oppure restringerla e renderla impervia.

Il "dialogo", con tutti i rischi e gli insuccessi che pure possono accompagnare il non sempre lineare e comunque sofferto cammino, rimane pur sempre la migliore risorsa di cui si dispone, in un ordine sovranazionale tendente alla propria crescente integrazione e federalizzazione, al fine di

³² Sollecito, per la mia parte, a guardare con interesse a questa ulteriore testimonianza di sensibile e fattiva disponibilità dei giudici comuni, manifestata per bocca del loro massimo esponente, a "dialogare" con la Corte europea, della quale peraltro si fa opportunamente menzione nella *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2015* del Presidente della Cassazione, G. CANZIO, 92 s.

³³ Ancora da ultimo, nella mia *op. et loc. ult. cit.*

³⁴ ... nell'assunto che i pareri spontaneamente chiesti non siano appunto giuridicamente vincolanti.

assicurare un tutela complessivamente appagante ai diritti, pur in una congiuntura di certo non benigna per la loro affermazione.

Assumere che, in uno scenario siffatto, possa aversi il primato *per sistema* di un ordinamento sull'altro e di una Corte sull'altra sarebbe – a me pare – cosa priva di senso alcuno, comunque impossibile da tradurre in concreto.

Di contro, tendere al primato di *tutte le Carte assieme*, a mezzo della loro reciproca e paritaria integrazione culturale, è la scommessa che le Corti sono chiamate a giocare e che devono vincere, al servizio delle istituzioni di appartenenza e dei diritti.

Antonio Ruggeri

**Unioni civili e convivenze di fatto: “famiglie” mascherate?
(Nota minima su una questione controversa e sulla sua discutibile risoluzione da
parte della legge n. 76 del 2016)***

SOMMARIO: 1. *Famiglia e formazioni sociali “parafamiliari”*: “cose” diverse che reclamano discipline parimenti diverse, dovendosi pertanto individuare e tenere distinti – ed è questione assai impegnativa per l’aspetto teorico-pratico – gli elementi di somiglianza rispetto a quelli di diversificazione, al fine del riscontro secondo ragionevolezza della congruità delle norme che li riguardano. – 2. I diritti e gli obblighi degli “uniti” e dei conviventi e la questione cruciale se l’insieme dagli stessi composto pecchi per eccesso di somiglianza rispetto ai connotati propri delle relazioni coniugali. – 3. I tratti distintivi della famiglia e delle formazioni “parafamiliari”, segnatamente per ciò che attiene alla mancata previsione dell’obbligo di fedeltà e del diritto di adozione e ad alla loro eventuale aggiunta (con specifico riguardo a quest’ultimo, limitatamente a casi eccezionali) per mano della Corte costituzionale.

1. *Famiglia e formazioni sociali “parafamiliari”*: “cose” diverse che reclamano discipline parimenti diverse, dovendosi pertanto individuare e tenere distinti – ed è questione assai impegnativa per l’aspetto teorico-pratico – gli elementi di somiglianza rispetto a quelli di diversificazione, al fine del riscontro secondo ragionevolezza della congruità delle norme che li riguardano

Che idea s’è fatto e ci consegna l’autore della legge n. 76 del 2016 a riguardo delle unioni civili e delle convivenze di fatto?¹ Ed è un’idea compatibile con la Costituzione, e segnatamente col modello di “famiglia” risultante dal “diritto costituzionale vivente”, di cui ha – perlomeno fino ad oggi – mostrato di volersi fare portatore il giudice delle leggi?²

La prima questione rimanda, a conti fatti, alla natura giuridica degli “istituti” di cui siamo oggi chiamati a trattare. Li chiamo per il momento così senza impegnarmi in definizioni che, per l’uno o per l’altro verso, potrebbero dimostrarsi inappropriate.

Vado subito al cuore del problema. Ebbene, la stessa legge, nel suo primo art., parrebbe voler tenere nettamente distinta l’unione, espressamente qualificata quale “formazione sociale”, rispetto alle convivenze, delle quali non si fa parola di siffatto loro carattere. E si noti la (forse, non casuale) circostanza per cui dell’una si discorre al singolare, delle seconde invece al plurale: quasi che possano darsi più “tipi” o varianti di queste ultime. La qual cosa – anticipo subito una notazione che riprenderò più avanti – parrebbe invero avvalorata dal fatto che le convivenze possono presentarsi in forme assai varie, sulla base dei contratti eventualmente stipulati tra i soggetti che vi danno vita aventi ad oggetto i loro rapporti patrimoniali³, fermi restando taluni connotati identificativi comuni.

In realtà, anche le convivenze sono “formazioni sociali” giuridicamente meritevoli di tutela, tant’è che sono esse pure fatte oggetto di disciplina dalla legge, riconoscendosi diritti e doveri in capo a

* Intervento ad un incontro di studio su *Unioni civili e convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, svoltosi a Messina il 14 giugno 2016, alla cui data lo scritto è aggiornato.

¹ Avverto che, d’ora innanzi, per brevità non ripeterò i termini “civile” e “di fatto”, considerandoli implicitamente riferiti ai sostantivi di cui essi danno la qualificazione.

² Per la verità, il “diritto costituzionale vivente” non è solo quello risultante dalla giurisprudenza che viene a formazione alla Consulta, dovendosi tenere conto altresì degli indirizzi, peraltro internamente assai variegati, della giurisprudenza comune e delle pratiche giuridiche in genere (senza, peraltro, sottacere il concorso che *ab extra*, e segnatamente dalla giurisprudenza delle Corti europee, può altresì venire alla messa a punto del diritto in parola). Tutti gli operatori, infatti, possono dar voce alla Costituzione concorrendo, in varia misura, alla sua implementazione nell’esperienza. È tuttavia fuor di dubbio che il giudice delle leggi sia un interprete privilegiato, altamente qualificato, dotato di una forza persuasiva – al di là dei vincoli formali discendenti dalle sue pronunzie – di cui non dispongono altri, pur autorevoli, operatori, coi quali nondimeno la Corte costituzionale intreccia una fecondo, quotidiano “dialogo”, dando e ricevendo suggestioni ed indicazioni di vario segno ed intensità.

³ V il c. 50 ss. della legge in esame.

coloro che le compongono⁴. Potrebbe, per vero, argomentarsi la tesi secondo cui i diritti e doveri in parola sono direttamente ed esclusivamente imputati ai soggetti in quanto versino nella condizione di fatto di essere conviventi. L'argomento, però, proverebbe troppo, sol che si pensi che anche i soggetti che danno vita ad un'unione – potremmo, dunque, dire: gli “uniti”⁵ – godono di diritti e sono gravati da doveri in quanto parti dell'unione stessa. È, dunque, nella formazione sociale, in un caso e nell'altro, la radice da cui traggono linfa e il fondamento su cui poggiano le situazioni soggettive in discorso, senza alcuna sostanziale differenza, per l'aspetto ora considerato, tra di loro⁶. Formazioni, perciò, tutte “parafamiliari”: etichetta, questa, che qui pure, come già altrove⁷, adopero caricandola di una voluta ambiguità concettuale, in essa evocandosi e mescolandosi assieme tanto l'idea della assimilazione quanto quella della diversificazione rispetto alla famiglia, nella sua ristretta e propria accezione.

Un chiarimento preliminare s'impone a questo riguardo, col quale delinea subito la cornice teorica entro la quale si situa la succinta riflessione che mi accingo a svolgere, facendo oggetto di rapida analisi i disposti della legge che presentano maggiore interesse dal punto di vista del diritto costituzionale.

So bene che una diffusa ed accreditata dottrina ha da tempo rilevato, con dovizia di argomenti, la necessità di declinare al plurale l'antica formula della famiglia, preferendo appunto discorrere di “famiglie”⁸.

Si tratta di un indirizzo teorico che dispone di numerosi riscontri nella pratica giuridica, da noi come altrove, e che ha anzi alimentato (e seguita senza sosta ad alimentare) una innovativa giurisprudenza che viene da tempo svolgendosi nel segno di una marcata, tendenziale assimilazione, al piano del regime giuridico, alla famiglia tradizionale (fondata sul paradigma eterosessuale, suggellato dal vincolo matrimoniale) di siffatti nuovi modelli di formazioni sociali “parafamiliari” (basti solo pensare, ad es., alle pronunzie dei giudici comuni, quali di recente quelle della Corte d'Appello di Torino, che dispongono l'adozione nei riguardi dei figli di *partner* omosessuali, su cui pure tornerò di qui a momenti⁹). Una giurisprudenza nazionale che, pur nella varietà delle sue

⁴ Discorso a parte va, poi, fatto per quelle che potremmo chiamare le *convivenze di mero fatto*, prive dell'attributo della stabilità richiesto dalla legge in esame ed alle quali, pertanto, restano estranee le previsioni di quest'ultima, di cui ai cc. 35 ss., mentre potranno seguire ad essere governate dalla disciplina normativa preesistente.

⁵ Termine oggettivamente brutto ma che mi pare linearmente discenda dal sostantivo adoperato per designare la nuova formazione sociale riconosciuta dalla legge.

⁶ Quest'esito è obbligato alla luce della nozione di “formazione sociale” fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale. Leggiamo, infatti, in [Corte cost. n. 138 del 2010](#) (al punto 8 del *cons. in dir.*) che formazione è “ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri”. Esplicito, come si vede, è dunque il riferimento alle convivenze (nella pronunzia ora richiamata, specificamente fatto, in ragione del caso, alle coppie omosessuali, mentre la legge in commento le ammette per coppie stabili quale che sia il sesso di coloro che le compongono).

⁷ Tra gli altri miei scritti, v., volendo, “*Strane*” *idee sulla famiglia, loro ascendenze teoriche ed implicazioni di ordine istituzionale*, in F. GIUFFRÈ - I. NICOTRA (curr.), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, 331 ss., e [Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità \(a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014\)](#), in questa *Rivista*, 13 giugno 2014, spec. 5, nel quale ultimo è altresì l'etichetta di “*quasi familiare*” con cui è designata quella peculiare unione cui danno vita *ex coniugi*, in conseguenza del mutamento di sesso di uno di loro e in considerazione del “pregresso vissuto” – come l'ha efficacemente definito la giurisprudenza costituzionale – che ha connotato il loro rapporto di coppia. La “cosa”, seppur non il relativo nome, come si vedrà, è ora espressamente prefigurata dalla legge in commento.

⁸ Per tutti, V. SCALISI, “*Famiglia*” e “*famiglie*” in *Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013, 7 ss.

⁹ V., [sentt. nn. 27 e 28 del 27 maggio 2016](#), in *Quest. giust.*, 31 maggio 2016; con la seconda, in particolare, si è dato modo a due persone conviventi di adottare ciascuna la figlia biologica dell'altra; in senso analogo si era, peraltro, già determinato il Tribunale per i minorenni di Roma in più d'una occasione [in argomento, ora, M.C. CARBONE, *Impasse legislativo e attivismo giurisdizionale: lo strano caso dell'adozione “minus plena”* (Brevi note a margine della sentenza del Tribunale per i minorenni di Roma, 30 dicembre 2015), in [Dirittifondamentali.it](#), fasc. monografico su *Famiglia e*

articolarzioni interne¹⁰, peraltro, fa sovente richiamo ad indicazioni della giurisprudenza europea, specie laddove intende in senso largo la nozione di “vita familiare”¹¹.

Va però, ancora una volta, rilevato che quest’indirizzo non è in asse con quello delineato dalla Consulta, il quale – piaccia o no – tiene nettamente distinta la condizione della famiglia *ex art. 29 cost.*, la *sola* formazione sociale che possa fregiarsi in modo proprio di questo titolo, rispetto a quella di altre formazioni sociali pure ad essa *quodammodo* accostabili (ma, appunto, solo in parte).

Il vero è che utilizzare il termine “famiglia” anche per tali formazioni rischia solo di fare confusione, non potendosi mai riservare – come si sa – lo stesso termine per designare “cose” comunque diverse né, ovviamente, chiamare con parole diverse la stessa cosa. Un’autentica frode alla Costituzione infatti si consuma laddove dovessero riconoscersi i medesimi diritti e doveri ai componenti di formazioni sociali di cui, in partenza, si ammetta la diversa natura giuridica, tanto da riservarsi ad esse nomi parimenti diversi, facendosene tuttavia, a conti fatti, oggetto di una non dissimile regolazione¹². Palese sarebbe, infatti, in una congiuntura siffatta la irragionevolezza della

nuove formazioni sociali: il ddl sulle unioni civili, 8 giugno 2016, 106 ss.; pure *ivi*, A. GEMMA, *La stepchild adoption: cenni introduttivi*, 145 ss.].

¹⁰ Riferimenti in F. MANNELLA, *I “diritti” delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, 89 ss.; L. LORELLO, *Coppie omosessuali e tutela costituzionale*, Giappichelli, Torino 2015, 45 ss. e M. D’AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, FrancoAngeli Milano 2016, 153 ss.

¹¹ Indicazioni, nella ormai nutrita lett., in E. CRIVELLI, *La tutela dell’orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, ESI, Napoli 2011, spec. all’ult. cap.; A. SCHUSTER, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in B. PEZZINI - A. LORENZETTI (curr.), *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, Jovene, Napoli 2011, 255 ss., spec. 274 ss.; E.C. RAFFIOTTA, *Matrimonio, famiglia e unioni tra persone dello stesso sesso: quali confini nelle decisioni della Corte di Strasburgo?*, in L. MEZZETTI - A. MORRONE (curr.), *Lo strumento costituzionale dell’ordine pubblico europeo. Nei sessant’anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, Giappichelli, Torino 2011, 323 ss.; R. TORINO, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo ed italiano*, Giappichelli, Torino 2012, spec. 181 ss. e 199 ss.; M. SEGNI, *La disciplina dell’omosessualità: Italia ed Europa a confronto*, in *Fam., pers. e succes.*, 4/2012, 252 ss.; V. SCALISI, “Famiglia” e “famiglie” in Europa, cit., 7 ss.; M.C. VITUCCI, *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um., dir. internaz.*, 2/2013, 481 ss.; M.M. WINKLER, *Le coppie dello stesso sesso tra vita privata e familiare nella giurisprudenza di Strasburgo*, in R. TORINO (cur.), *Le coppie dello stesso sesso: la prima volta in Cassazione*, Roma-Tre Press, Roma 2013, 75 ss.; A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Plus, Pisa 2013, 19 ss.; L. POLI, *Adozione co-parentale da parte di coppie omosessuali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo: un progresso nella tutela delle famiglie omogenitoriali, con uno sguardo miopo rispetto all’interesse superiore del minore*, in *Giur. it.*, 8-9/2013, 1764 ss.; R. PALLADINO, *Adozione e coppie omosessuali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in Federalismi.it, *Human Rights*, 3/2013; R. CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell’art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Pol. dir.*, 1-2/2013, 127 ss., e, dello stesso, *Convergenze (inconsapevoli... o naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, in *Corr. giur.*, 4/2011, 579 ss.; *Pensieri sparsi, a prima lettura, su una sentenza della Corte dei diritti umani in tema di adozione e coppie dello stesso sesso e sull’efficacia delle sentenze di Strasburgo - GC, 19 febbraio 2013, X e altri c. Austria*, in *Quest. giust.*, 25 febbraio 2013; pure *ivi*, *La Cedu e le unioni civili negate alle coppie omosessuali. Osservazioni a primissima lettura su Corte dir. uomo, Grande Camera 7 novembre 2013, Vallianatos e altri c. Grecia, ric. n. 29381/09 32684/09*, 18 novembre 2013, e *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014, spec. alla parte VI (ma *passim*); infine, *Avvicinarsi alla nozione di vita familiare secondo CEDU*, in Giustiziacivile.com, 3/2016, 15 marzo 2016; L. CONTE, *Nota a Corte EDU, Vallianatos e altri c. Grecia*, in articolo29, 5 dicembre 2013; F. MANNELLA, *I “diritti” delle unioni omosessuali*, cit., 49 ss.; A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, FrancoAngeli, Milano 2014, spec. 182 ss.; D. GALLO - L. PALADINI - P. PUSTORINO (curr.), *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, Springer, Berlin 2014; M. D’AMICO, *I diritti contesi*, cit., 159 ss.; L. PEDULLÀ, *Il percorso giurisprudenziale sul riconoscimento delle c.d. “unioni civili”*, in [Rivista AIC](http://RivistaAIC), 2/2016, 17 aprile 2016; P. LOGROSCINO, *Il diritto fondamentale delle coppie same sex all’unione civile tra costituzione e integrazioni europee*, in M. GORGONI (cur.), *Unioni civili e convivenze di fatto. L. 20 maggio 2016, n. 76*, Maggioli, Rimini 2016 (in corso di stampa), spec. al § 4.2. Infine, volendo, anche il mio Famiglie, genitori e figli attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?, in questa Rivista, 30 maggio 2014.

¹² Di ciò, peraltro, si è non poche volte avuto riscontro nel diritto di famiglia come pure in altri ambiti materiali di esperienza. E così, ad es., dobbiamo per amore di verità convenire che il medesimo trattamento riservato ai figli, naturali

regolazione stessa, nella sua forma particolarmente espressiva della incongruità della norma rispetto al “fatto”, non giustificandosi l’adozione di discipline positive sostanzialmente non dissimili per situazioni di fatto diverse e diversamente etichettate.

Ora, malgrado gli sforzi prodotti da non pochi autori di varia estrazione disciplinare (in specie civilisti e costituzionalisti) per prospettare letture “adeguatrici” (ma, in realtà, preorientate) della giurisprudenza costituzionale (in specie delle notissime [sentt. nn. 138 del 2010](#) e [170 del 2014](#)), piegandole allo scopo di patrocinare una ricostruzione larga dell’istituto familiare, deve convenire che la Carta costituzionale – *perlomeno nella sua attuale formulazione (e salvo improbabili sue revisioni al riguardo)*¹³ – cui dà voce la giurisprudenza suddetta, non consente la piena assimilazione alla famiglia di formazioni sociali pure ad essa, in una certa misura, accostabili¹⁴. Per quanti sforzi possano infatti farsi, come si sono fatti, per caricare di nuovi significati gli enunciati costituzionali, anche alla luce delle suggestioni offerte dalla giurisprudenza europea, si dà pur sempre una soglia non valicabile segnata dalla scrittura costituzionale, oltre la quale non è appunto possibile spingersi se non forzando il testo. E qui il confine è quello, con studiata accortezza, tracciato da [Corte cost. n. 138 del 2010](#).

Non è al riguardo inopportuno richiamare i passi di questa storica decisione nei quali il giudice delle leggi in modo vigoroso sollecita il legislatore ad apprestare finalmente un’adeguata tutela ai diritti delle coppie omosessuali¹⁵, premurandosi di avvertire che la mancata assimilazione ai diritti

e legittimi, da tutti particolarmente atteso e solo in tempi recenti – come si sa – avutosi con la legge n. 219 del 2012, urta col disposto costituzionale che subordina la tutela dei figli nati fuori del matrimonio alla sua “compatibilità” con quella dei diritti dei membri della famiglia legittima (art. 30). Un caso lampante in cui, anziché battere la via piana della revisione costituzionale (nella specie doverosa e non oltre modo differibile), si è preferito operare per via interpretativa, manipolando in buona sostanza il dettato costituzionale. Una operazione che, in questo come in altri casi, può sortire gli effetti sperati laddove alla manipolazione stessa offrano il loro generoso avallo gli organi di garanzia (Corte costituzionale in testa).

Ora, questo modo di fare che, in una circostanza data (quale quella cui si è appena fatto cenno), può anche considerarsi conveniente ed apprezzabile, alla lunga porta all’effetto della sostanziale delegittimazione della Carta, della sua... “*decostituzionalizzazione*”, una volta che risulti privata di autentica forza prescrittiva e, perciò, rimessa in ordine alla sua affermazione alla disponibilità in tal senso di coloro che sono chiamati ad osservarla e farla valere [ho segnalato il rischio dello smarrimento della stessa essenza della Costituzione e della sua forza che fanno correre quanti vogliono – costi quel che costi – spianare la via al riconoscimento, a Costituzione invariata, del matrimonio tra persone dello stesso sesso nel mio *Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 4/2007, 751 ss.].

¹³ Questa ipotesi è ragionata, tra gli altri, da A. SPADARO, *Matrimonio “fra gay”: mero problema di ermeneutica costituzionale – come tale risolvibile dal legislatore ordinario e dalla Corte, re melius perpensa – o serve una legge di revisione costituzionale?*, in F. GIUFFRÈ - I. NICOTRA (curr.), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 345 ss.

¹⁴ Ribadisce con chiarezza il punto, ora, P. LOGROSCINO, *Il diritto fondamentale delle coppie same sex all’unione civile tra costituzione e integrazioni europee*, cit. Non persuade, dunque, la lettura della decisione del 2010, sopra richiamata, proposta da quanti [come R. ROMBOLI, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso ed il diritto ad una vita familiare per le coppie omosessuali nell’esperienza italiana*, in G. VIDAL MARCÍLIO POMPEU - F. FACURY SCAFF (curr.), *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, Conceito, Florianópolis 2012, 103 ss.] hanno fatto notare che nulla osterebbe alla introduzione del matrimonio tra omosessuali con legge ordinaria, assumendo che questa ipotesi non sarebbe stata scartata dalla decisione stessa (o, meglio, che si troverebbe enunciata in un mero *obiter dictum*). Il pensiero della Corte a difesa dell’unico modello di famiglia, fondato sul paradigma eterosessuale della coppia sugellato dal vincolo matrimoniale, è però fermo sul punto e non lascia altra via astrattamente percorribile di quella – come si diceva – della riscrittura della Carta. Non vale in avverso scindere il dispositivo dalla parte motiva, richiamandosi – come molti hanno fatto [e, tra di essi, I. RIVERA, [Il c.d. divorzio imposto tra illegittimità costituzionale e seguito processuale \(osservazioni a margine delle sentenze n. 170/2014 della Corte costituzionale e n. 8097/2015 della Corte di cassazione\)](#), in questa *Rivista*, II/2015, 27 maggio 2015, 466 ss.] – a [Corte cost. n. 170 del 2014](#) e rilevando che, sia pure limitatamente al caso del mutamento di sesso da parte di persona già coniugata, solo la seconda e non pure il primo avrebbe imposto il paradigma eterosessuale della coppia coniugata. Il principio di totalità, infatti, obbliga a guardare all’intera decisione nella unità inscindibile delle sue parti. Se ne ha, dunque, ancora una conferma, inequivocabile, dell’idea di famiglia di cui il giudice costituzionale si fa strenuo difensore, nel senso sopra indicato.

¹⁵ Il monito è stato quindi più volte ripetuto (ad es., in [Corte cost. n. 223 del 2015](#)). Non è inopportuno rammentare che il mancato ascolto datovi dal legislatore è costato una censura dalla Corte EDU, nel noto caso *Oliari* [tra i suoi molti commenti, L. PALADINI, *Corte europea dei diritti dell’uomo (Quarta Sezione), sentenza del 21 luglio 2015, Oliari e altri c. Italia. L’inerzia del Parlamento italiano in tema di unioni civili al cospetto della Corte di Strasburgo*, in *Diritto*

delle coppie coniugate, *in relazione a taluni ambiti materiali di esperienza*, potrebbe esporre la disciplina legislativa a caducazione, in specie per l'aspetto della violazione del principio di ragionevolezza¹⁶. Ma, così come è doverosa la *parziale* assimilazione è specularmente non meno doverosa la *parziale* diversificazione: l'una e l'altra imposte limitatamente ai profili per i quali si giustificano: un punto di cruciale rilievo, questo, su cui la giurisprudenza resta tuttavia silente (e, credo di poter dire, non per mero accidente, riservandosi di valutare quindi caso per caso laddove la diversificazione abbia fondamento costituzionale). È però importante il principio di diritto fissato nel 2010: *la regola è infatti sollecitata a seguire il "fatto"*, il dato della vita che assume ad oggetto di regolazione, conformandosi al fatto stesso e portando quindi ad un regime giuridico congruo rispetto alla peculiare situazione disciplinata¹⁷. Proprio per ciò, laddove si sia in presenza di fatti comunque diversi, il trattamento non può che essere diverso: ne verrebbe altrimenti violato il principio di eguaglianza che, per suo statuto teorico, richiede – come si sa – norme diverse per fatti diversi e norme eguali per fatti eguali.

Lo statuto teorico dell'eguaglianza è, però, per determinazione costituzionale, complesso.

Secondo opinione corrente, l'eguaglianza ha, infatti, due volti o profili: quello formale e l'altro sostanziale; e, se l'uno si coglie dalla prospettiva statica che punta a verificare che la norma risulti davvero congrua rispetto al fatto, l'altro si apprezza unicamente dalla prospettiva dinamica, dal momento che la norma, nello stesso tempo in cui è sollecitata a conformarsi al fatto, ha da operare per la trasformazione del fatto stesso, *secondo valore (rectius, l'insieme dei valori positivizzati nel loro fare "sistema")*.

In questa tensione costante si mette a fuoco il modello e si verifica la rispondenza ad esso della disciplina in campo. Si tratta, infatti, di stabilire se in quest'ultima si rispecchia la peculiare connotazione complessiva del fatto, dandosi però allo stesso tempo le indicazioni idonee a portare alla modifica del fatto stesso, lungo il verso tracciato dalla tavola dei valori fondamentali positivizzati.

Venendo specificamente a dire del nostro tema, il cuore della questione sta, dunque, nel dover cogliere gli elementi che sollecitano un eguale trattamento, al pari però degli altri che spingono per la diversificazione. In un caso e nell'altro, la qualificazione non può darsi che a mezzo della tecnica della ragionevolezza, la sola a conti fatti in grado di poter portare a sanzionare discipline normative comunque viziate o per eccesso o per difetto, e dunque tanto per indebita assimilazione quanto per indebita diversificazione: nell'un caso, assistendosi ad un'abnorme dilatazione (e, perciò, ad una torsione) dell'idea costituzionale di famiglia e, nell'altro, perpetrandosi una violazione del principio

Pubblico Comparato ed Europeo, 3/2015, 21 luglio 2015; I. ANRÒ, *La Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il mancato riconoscimento delle unioni civili*, in [Eurojus.it](#), 24 luglio 2015; L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Ultreya coppie same-sex! La Corte europea dei diritti umani sul caso Oliari e altri v. Italia*, in [articolo29](#), 3 agosto 2015; L. FERRARO, *Il caso Oliari e la (inevitabile) condanna dell'Italia da parte della Corte EDU*, in [Diritto Pubblico Europeo, Rassegna OnLine](#), 2/2015; F. ALICINO, *Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 22 agosto 2015; pure *ivi*, C. NARDOCCI, *Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza Oliari e altri c. Italia*, 3 settembre 2015, e L. PONZETTA, *La sentenza Oliari e altri Vs. Italia: una pronuncia dai dubbi effetti*, 15 novembre 2015; ripercorre la vicenda, ora, anche M. D'AMICO, *L'approvazione del ddl Cirinnà fra riconoscimento dei diritti e scontro ideologico*, in [Federalismi.it](#), 5/2016, 9 marzo 2016, 3 ss.].

¹⁶ Netta la presa di posizione al riguardo manifestata nella [sent. n. 138](#), specificamente laddove (ancora al punto 8 del *cons. in dir.*) si afferma che, "nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze *more uxorio*: [sentenze n. 559 del 1989](#) e [n. 404 del 1988](#)). Può accadere, infatti, che, *in relazione ad ipotesi particolari*, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza" (mio l'ultimo c.vo). Si sofferma ora sul punto anche L. VIOLINI, *Considerazioni sulla costituzionalità della nuova legge italiana sulle Unioni Civili*, in corso di stampa in *Politeia*, spec. al § 2.

¹⁷ Con specifico riguardo all'attitudine del "fatto" ad integrare il parametro costituzionale, indicazioni possono, volendo, aversi dal mio [Fatti "interposti" nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana](#), in questa [Rivista](#), 6 novembre 2014.

di cui all'art. 3, nel suo fare "sistema" con quello dell'art. 2 (e coi principi restanti) conseguente al sacrificio di diritti fondamentali sia dei singoli che della stessa formazione sociale dagli stessi composta, a partire dal primo di tutti i diritti, quello alla salvaguardia della dignità.

2. I diritti e gli obblighi degli "uniti" e dei conviventi e la questione cruciale se l'insieme dagli stessi composto pecchi per eccesso di somiglianza rispetto ai connotati propri delle relazioni coniugali

Due i tratti distintivi della famiglia risultanti dalla definizione datane nell'art. 29: uno di fatto (il paradigma eterosessuale della coppia) e l'altro di diritto (il vincolo matrimoniale). Ciascuno di essi evoca somiglianze e diversità, delle quali la legge in commento rende testimonianza.

Così, sono da essa introdotti elementi formali-procedimentali a mezzo dei quali si costituisce un vincolo, che è in parte analogo ed in parte diverso rispetto a quello matrimoniale, tanto tra i soggetti che danno vita ad una unione quanto per i conviventi. Ed è ancora la legge che, in opposizione rispetto alla famiglia, impone il paradigma omosessuale per la costituzione di una unione, mentre si dichiara indifferente al riguardo in merito alle convivenze.

Conosciamo poi dalla sofferta vicenda che ha portato al varo della legge le ragioni che hanno sollecitato a far luogo sia ad inclusioni che ad esclusioni di disposizioni, rispettivamente, originariamente mancanti ovvero presenti. Dobbiamo tuttavia chiederci se quanto è in essa scritto ovvero non scritto rispecchi appieno la proporzione tra gli elementi di somiglianza e quelli di diversificazione rispetto all'istituto familiare.

Il carattere "parafamiliare" di unioni e convivenze, pur nei tratti distintivi dell'una rispetto all'altra specie di formazione, è provato da molti segni.

Ne elenco alcuni tra quelli che ai miei occhi appaiono essere i più rilevanti.

Così, il c. 4 menziona tra le cause che ostano alla costituzione di una unione la esistenza di un vincolo matrimoniale o di altra unione. L'impossibilità del cumulo delle due qualità di coniugato e di "unito" è la conferma *per tabulas* della somiglianza tra famiglia e unione, che ha poi la sua massima espressione nel c. 28, lett. b), laddove si prevede la "conversione" dei matrimoni tra persone dello stesso sesso conclusi all'estero in unioni¹⁸. Una somiglianza che qui si spinge fino al punto di portare alla estensione ai componenti l'unione di ogni riferimento, ovunque fatto¹⁹, ai "coniugi", anche se – si premura di precisare l'autore dell'articolato – ciò vale "al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione..." (c. 20). Si aggiunge, inoltre, che l'equiparazione in parola non vale in relazione "alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge".

Un particolare significato acquistano, poi, i disposti di cui ai cc. 10, 11 e 12: il primo dà modo a coloro che danno vita ad un'unione di adottare un cognome comune, scegliendolo tra i loro cognomi ed antepoendolo ovvero posponendolo al proprio; il secondo riconosce eguaglianza piena di diritti e di doveri in capo agli "uniti"²⁰ e, in particolare, li grava dell'obbligo reciproco all'assistenza morale e materiale, alla coabitazione, al concorso, in ragione delle proprie sostanze e capacità di lavoro

¹⁸ La qual cosa, nondimeno, è rimandata all'adozione della legislazione delegata da parte del Governo e non potrà dunque aversi in assenza di questa. Sui complessi profili di diritto internazionale privato della legge, v., tra gli altri, L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Osservazioni a prima lettura sulla legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, nella prospettiva internazionalistica*, in *SIDI*, 13 maggio 2016, 2, ed *ivi* richiami di giurisprudenza europea (in specie di *Hämäläinen v. Finlandia*, in cui – come si sa – si è negato che per effetto della conversione in parola si abbia violazione della Convenzione laddove il regime giuridico della famiglia e dell'unione sia sostanzialmente affine).

¹⁹ ... e, segnatamente, "nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi".

²⁰ È interessante notare che l'eguaglianza stessa non incontra limite alcuno, neppure quelli cui vanno invece soggetti i coniugi a garanzia dell'unità familiare: *l'unità dell'... unione* – mi scuso per il bisticcio delle parole – parrebbe dunque non porsi quale valore superiore rispetto all'eguaglianza, così come invece si ha, a norma dell'art. 29 cost., per i coniugi.

professionale e casalingo, a far fronte ai loro bisogni comuni²¹; il terzo, infine, chiama entrambi gli “uniti” a concordare “l’indirizzo della vita familiare” e a darvi attuazione.

D’altro canto, poggiando l’unione sul dato del carattere omosessuale della coppia²², è ovvio che si preveda lo scioglimento automatico dell’unione, laddove si abbia mutamento di sesso di uno dei suoi componenti (c. 26)²³, che nondimeno potrebbe ovviamente risolversi in una convivenza laddove le parti manifestino la loro intenzione in tal senso²⁴. Di contro, laddove il mutamento riguardi un soggetto coniugato e vi sia la volontà di entrambi i coniugi “di non sciogliere il matrimonio o di non cessarne gli effetti civili”, la famiglia dagli stessi originariamente costituita potrà automaticamente commutarsi in unione (c. 27)²⁵.

Numerosi, altresì, gli indici, sparsi per l’intera legge, che depongono a favore del carattere “parafamiliare” delle stesse convivenze, una volta che risulti provata la stabilità dei legami affettivi tra i soggetti che vi danno vita²⁶. Esse pure, infatti, si pongono come alternative rispetto alla famiglia ed alla unione, a conferma della parziale (e nondimeno significativa) somiglianza rispetto a queste ultime. Non a caso, d’altronde, i soggetti che vi danno vita sono parimenti gravati del vincolo della mutua assistenza morale e materiale (c. 36).

Di rilievo, inoltre, i diritti riconosciuti ai conviventi e riscontrabili in plurimi ambiti di esperienza: in quello carcerario²⁷ come pure in quello sanitario od ospedaliero²⁸, ed ancora a plurimi effetti civili,

²¹ ... concorso al quale possono essere chiamati anche i conviventi sulla base di ciò che potrà essere al riguardo disposto dal contratto dagli stessi stipulato [c. 53, lett. b)].

²² ... un dato, peraltro, inutilmente, in modo assillante, ripetuto di continuo lungo tutto l’articolato, quando sarebbe bastato dirlo solo la prima volta.

²³ Non si prevede invece espressamente l’ipotesi, francamente remota ma astrattamente configurabile, del simultaneo mutamento di sesso di entrambi gli “uniti”, che potrebbero perciò restare tali senza dover passare per la registrazione di una nuova unione.

²⁴ È strano, però, che questa eventualità non sia espressamente prevista, diversamente dall’ipotesi, subito appresso considerata, di conversione della famiglia in unione.

²⁵ Segnalo qui di passaggio l’inesattezza del primo frammento della espressione sopra trascritta, dal momento che i coniugi non potranno, in alcun caso, manifestare una volontà volta al mantenimento del matrimonio, impossibile a perdurare per effetto del venir meno del paradigma eterosessuale della coppia. E ciò, checché ne abbia detto una nota giurisprudenza ([Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015](#)), con cui è stato inventato il singolare istituto del matrimonio “a tempo” (pur se indeterminato...), sulla scia di una indicazione data da B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in [www.articolo29.it](#), 15 giugno 2014, cui si è quindi prontamente allineato con precisazioni P. BIANCHI, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: divorzio «imposto», incostituzionale ma non troppo*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 669 ss., spec. 671; la contraria opinione, nel senso qui patrocinato, è invece argomentata da R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del “divorzio imposto” (quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice)*, in *Foro it.*, 10/2014, I, 2680 ss.; V. BALDINI, *Diritto al matrimonio, unioni omosessuali e volontà del costituente (brevi note a Corte costituzionale, sent. n. 170/2014)*, in [Dirittifondamentali.it](#), 15 settembre 2014; C. PANZERA, *Il discutibile seguito giudiziario dell’additiva di principio sul “divorzio imposto”*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 18 settembre 2015, e, ora, P. LOGROSCINO, *Il diritto fondamentale delle coppie same sex all’unione civile tra costituzione e integrazioni europee*, cit., spec. al § 3, e da altri ancora. Più articolato il pensiero di alcuni commentatori della pronunzia ora richiamata o di [Corte cost. n. 170 del 2014](#), cui essa ha dato seguito [a mia opinione, infedele: v., infatti, i miei [Il matrimonio “a tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile? \(A prima lettura di Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015\)](#), in questa [Rivista](#), 2015/I, 28 aprile 2015, 304 ss. e *Il “controcanto” stonato della Cassazione alla Consulta, a riguardo del matrimonio del transessuale*, in *GenIUS*, 1/2015, 126 ss.], tra i quali A. D’ALOIA, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: una incostituzionalità «per mancanza di alternative»*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 672, che si è dichiarato dell’idea che la pronunzia del giudice costituzionale avrebbe creato “una sorta di limbo giuridico per i ricorrenti, quasi una ‘no law’s land’”. Fa ora il punto sulla vessata questione C.P. GUARINI, *Tra “divorzio imposto” e “matrimonio a tempo”. Osservazioni a margine delle sentenze n. 170 del 2014 della Corte costituzionale e n. 8097 del 2015 della Corte di Cassazione, I Sezione civile*, in [Rivista AIC](#), 2/2016, 1 aprile 2016.

²⁶ A tal fine, il c. 37 fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all’art. 4 ed all’art. 13, c. 1, lett. b), D.P.R. n. 223 del 1989.

²⁷ ... laddove ai conviventi sono riconosciuti gli stessi diritti spettanti ai coniugi (c. 38). Non è inopportuno rammentare che il diritto di visita in carcere è già riconosciuto dalla disciplina sull’ordinamento penitenziario (legge n. 354 del 1975, art. 14-*quater*).

²⁸ ... dotandosi i conviventi dei medesimi diritti previsti per i coniugi o i familiari (c. 39), fino a poter disporre, in caso di morte, della donazione degli organi e delle modalità di trattamento del corpo [c. 40, lett. b)]. Nuovamente, va fatto

quali il diritto di continuare ad abitare nella casa di comune residenza in caso di morte del proprietario²⁹ o il subentro nel contratto di locazione, di cui può beneficiare il convivente superstite³⁰, la preferenza in graduatorie volte all'assegnazione di case popolari³¹, la partecipazione agli utili dell'impresa familiare³², la presentazione di domande d'interdizione o inabilitazione³³, la nomina quale tutore, curatore o amministratore di sostegno³⁴, il risarcimento del danno derivante da illecito del terzo³⁵, il diritto agli alimenti in caso di cessazione della convivenza e il soggetto cui siano riconosciuti versi in stato di bisogno e non possa provvedere al proprio mantenimento³⁶, ecc.

Ora, problemi di costituzionalità, a riguardo di tutti questi riconoscimenti *singolarmente considerati*, credo che non debbano aversene, perlomeno sotto lo specifico aspetto qui interessante relativo alla eventualità che essi alterino il modello costituzionale di famiglia. Si tratta, in realtà, di opzioni frutto di apprezzamento discrezionale del legislatore in relazione alle quali è arduo argomentare che non avrebbero dovuto, del tutto o in parte, aversi. È pur vero, tuttavia, che anche la mancata menzione di alcuni di tali diritti o interessi giuridicamente protetti assai problematicamente avrebbe potuto (o un domani potrebbe) esporsi alla censura d'irragionevolezza, assumendosi che il relativo riconoscimento discenda "a rime obbligate" dal dettato costituzionale. Insomma, il margine di manovra per il legislatore è qui assai largo e sembra, perciò, assai arduo argomentare che tanto inclusioni quanto omissioni possano andare soggette a sindacato di costituzionalità; e, laddove a ciò vadano incontro, parimenti ampio è il margine di cui dispone il giudice costituzionale nel determinarsi nell'uno ovvero nell'altro senso.

Il punto è però il rilievo *complessivamente* assunto da tutti i riconoscimenti in parola. E ci si deve allora chiedere se l'insieme dagli stessi composto risulti viziato per eccesso di somiglianza rispetto ai connotati propri della famiglia e delle relazioni tra i coniugi.

La questione è di grande momento ma – temo – meramente teorico-astratta, dal momento che – come un momento fa si diceva – i giudizi di costituzionalità hanno poi ad oggetto specifiche questioni, in relazione a norme presenti ovvero mancanti nei testi di legge, avuto riguardo a singoli ambiti materiali di esperienza.

3. I tratti distintivi della famiglia e delle formazioni "parafamiliari", segnatamente per ciò che attiene alla mancata previsione dell'obbligo di fedeltà e del diritto di adozione e ad alla loro eventuale aggiunta (con specifico riguardo a quest'ultimo, limitatamente a casi eccezionali) per mano della Corte costituzionale

I nodi cruciali – come peraltro testimoniano le accese controversie che hanno accompagnato il sofferto cammino parlamentare del disegno di legge –, ad ogni buon conto, riguardano l'obbligo di fedeltà, per un verso, e soprattutto, per un altro verso, la estensione a beneficio degli "uniti" del diritto di adozione.

Del primo posso qui solo dire che mi sfugge la *ratio* per la quale nella legge non se ne fa menzione³⁷, tanto più che dell'assistenza *morale* (e materiale) risultano gravati – come si è rammentato – tanto gli "uniti" quanto gli stessi conviventi. E francamente non si vede su quali

presente che la disciplina in materia di prelievi o di trapianti riconosce certi diritti anche al convivente *more uxorio* (art. 3, legge n. 91 del 1999).

²⁹ ... per un periodo tuttavia limitato, oscillante tra due e cinque anni, in relazione alla durata della convivenza.

³⁰ V., rispettivamente, cc. 42 e 44.

³¹ C. 45.

³² C. 46.

³³ C. 47.

³⁴ C. 48.

³⁵ C. 49.

³⁶ C. 65.

³⁷ Rileva ora la irragionevolezza della mancata previsione dell'obbligo di fedeltà anche P. LOGROSCINO, *Il diritto fondamentale delle coppie same sex all'unione civile tra costituzione e integrazioni europee*, cit., § 6.

fondamenta sostanziali (o, meglio, etico-sostanziali) possa poggiare l'assistenza stessa laddove faccia (o possa fare) difetto l'obbligo di mutua fedeltà di coloro che compongono tutte tali formazioni sociali³⁸. In via di mera ipotesi, non escludo dunque che, laddove specificamente chiamato a pronunciarsi sul punto, il giudice delle leggi possa far luogo ad una pronunzia additiva, al fine di ripristinare la necessaria coerenza tra la prescritta assistenza e la omessa fedeltà. Non mi parrebbe invece percorribile la via, pure astrattamente immaginabile, che porti la Corte a liberarsi (sia pure in modo alquanto sbrigativo) della questione, rimettendosi all'apprezzamento discrezionale del legislatore. E ciò, ove si convenga – come, a mia opinione, devesi – che l'assistenza morale implica l'eguaglianza parimenti morale – secondo quanto, peraltro, recita in relazione ai coniugi l'art. 29 – dei componenti la coppia, la quale a sua volta presuppone la esclusività del rapporto affettivo intersoggettivo, a pena di una evidente, intollerabile incisione della dignità del *partner* tradito.

La questione maggiormente spinosa e delicata è, nondimeno, come si diceva, l'altra, riguardante il diritto di adozione a beneficio di coppia omosessuale.

Durante la gestazione parlamentare della legge e all'indomani del suo faticoso varo, molti hanno – come si sa – fissato, con apprensione, lo sguardo principalmente su questo punto scottante, affacciando con vari argomenti la tesi secondo cui, per il mero fatto del riconoscimento delle unioni, sarebbe spianata la via che porta all'adozione a beneficio dei loro componenti. Sul fronte opposto, si è, con non meno intensamente avvertita preoccupazione, lamentata la mancata, esplicita menzione del diritto in parola nel testo licenziato dalle Camere, giudicata discriminatoria rispetto alla condizione della coppia coniugata.

A mia opinione, il silenzio della legge sul punto è stato sovraccaricato di indebite valenze e si è comunque prestato a strumentali interpretazioni del suo significato.

In primo luogo, va rilevata l'ambiguità della disposizione di cui al c. 20 della legge che, per un verso, espressamente richiama la legge n. 184 del 1983 escludendo che essa possa valere per le coppie legate da unione. Per un altro verso, però, subito appresso stranamente dichiara che “resta fermo quanto previsto *e consentito* in materia di adozione dalle norme vigenti”³⁹; ciò che, invero, parrebbe sconfessare almeno in parte la precedente affermazione. Se, però, si ripercorre il sofferto andamento del dibattito parlamentare sul punto, che ha portato all'affermazione della volontà di escludere dall'adozione le coppie non coniugate, quest'esito parrebbe essere quello linearmente discendente dal dettato legislativo ed espressivo della sua *ratio* immanente⁴⁰.

In secondo luogo, occorre rammentare che il terreno per il riconoscimento dell'adozione è stato – come si accennava – spianato da una intraprendente giurisprudenza, segnatamente con riguardo al figlio del *partner* omosessuale, *indipendentemente da ciò che si dice e non si dice nella legge in commento*⁴¹. Si è fatto al riguardo notare che non si tratta tanto di appagare un supposto (e, ad avviso

³⁸ L'esperienza di diritto comparato, nondimeno, offre più d'una testimonianza di “affievolimento” del dovere di fedeltà, per riprendere la qualifica datavi da una sensibile dottrina (R. TORINO, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali*, cit., 102).

³⁹ ... tra le quali – non è inopportuno rammentare – vanno ricomprese anche quelle aventi origine esterna e recepite nel nostro ordinamento.

⁴⁰ È tuttavia da mettere in conto la eventualità, che francamente giudico non remota, che possa in giurisprudenza farsi largo anche un orientamento diverso, secondo quanto – come si vedrà a momenti – qui pure si auspica ma per effetto di un intervento riparatore del giudice costituzionale (si prefigura l'esito di adozioni disposte dai giudici facendo leva sull'ambiguità di quanto ora statuisce il c. 20, cit., anche A. GEMMA, *La stepchild adoption: cenni introduttivi*, cit., 153 s.; ad opinione di L. SCAFFIDI RUNCHELLA, *Osservazioni a prima lettura sulla legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso, nella prospettiva internazionalistica*, cit., 2, la legge consentirebbe alle coppie legate da unione di accedere all'adozione in casi particolari, *ex art. 44, lett. d*), l. n. 184 del 1983, laddove ciò risponda all'interesse preminente del minore. Contraria al riconoscimento della facoltà di adozione a beneficio delle coppie suddette L. VIOLINI, *Considerazioni sulla costituzionalità della nuova legge italiana sulle Unioni Civili*, § 3).

⁴¹ Accenno qui di passaggio al fatto che la questione ora discussa si salda all'altra, essa pure – come si sa – assai agitata (secondo quanto hanno, da ultimo, confermato le Giornate di studio di Messina, 5-6 maggio 2016, su *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, organizzate da S. Agosta e G. D'Amico), riguardante la estensione della procreazione eterologa, per effetto del cui riconoscimento si sono venute a determinare quelle situazioni che hanno dato modo alla giurisprudenza di pronunciarsi a favore dell'adozione di minori

del giudice, inesistente) diritto costituzionale alla genitorialità⁴², quanto di dare il necessario rilievo al preminente interesse del minore, specificamente laddove risulti provato l'armonico inserimento dello stesso in un nucleo familiare (*rectius*, "parafamiliare") e il carattere particolarmente gratificante delle relazioni dallo stesso intrattenute col *partner* del genitore biologico⁴³. Decisivo, dal punto di vista fatto proprio dal giudice, è dunque il bisogno di consolidare ulteriormente e rendere viepiù certe le relazioni in parola, prendendo atto del loro essersi già affermate con ottimi risultati nell'esperienza.

Ancora una volta – come si vede – la regola è chiamata a conformarsi al "fatto", a "razionalizzarlo", sussumendolo quale elemento integrativo e qualificante del parametro, sì da poter dar voce e senso a quest'ultimo, in vista della ottimale salvaguardia delle posizioni dei soggetti più deboli ed esposti e, perciò, maggiormente bisognosi di protezione.

Giusta la prospettiva ora adottata, parrebbe che il problema ora in esame possa (e debba) ricevere plurime soluzioni in ragione dei peculiari contesti in cui s'inscrive. E così l'adozione di un minore già inserito nella unione, in quanto figlio biologico di uno dei suoi componenti, potrebbe ricevere un trattamento diverso da quello che potrebbe (e dovrebbe) avere il caso di minore non inserito nella unione stessa, per il quale ultimo caso il *best interest of the child* non potrebbe essere evocato in campo (o, meglio, *potrebbe* non esserlo⁴⁴). La qual cosa obbligherebbe, dunque, ad ancorare l'eventuale riconoscimento del diritto di adozione, ove a ciò si punti anche per quest'ultimo caso, su elementi fattuali diversi ed avvalendosi di argomenti parimenti diversi.

Due notazioni, tuttavia, s'impongono al riguardo.

La prima è che al fine di potersi il giudice determinare diversamente in base ai casi parrebbe essere comunque necessaria una previa abilitazione in tal senso nella legge in commento, che però – come si è venuti dicendo – non c'è; tutt'al più, dunque, occorrerebbe attendere una pronunzia del giudice costituzionale che la introduca, a mezzo di un'additiva di principio, sempre che si reputi – ciò che, invero, sembra essere di non agevole dimostrazione – che il principio in parola discenda "a rime obbligate" dalla Carta⁴⁵.

Lo scenario ora prefigurato, nondimeno, avvalora l'idea, di cui si ha peraltro conferma in plurimi ambiti di esperienza (e, segnatamente, appunto in relazione a questioni eticamente sensibili), secondo cui il modo migliore per il legislatore d'intervenire a disciplinare diritti o interessi particolarmente

da parte dei *partner* dei loro genitori biologici. È pur vero, però, che la questione può altresì proporsi a prescindere dal modo con cui i minori stessi vengono alla luce.

⁴² Sul punto, infatti, la Corte d'Appello di Torino (nelle pronunzie dietro citt.) condivide la tesi fatta propria dal giudice di primo grado; solo che quest'ultimo proprio su ciò aveva fatto leva al fine di rigettare l'istanza della parte volta ad ottenere l'adozione, mentre l'organo di secondo grado – come subito si dirà – sposta il tiro, puntandolo sul preminente interesse del minore, specificamente sul suo diritto alla vita familiare.

⁴³ Spunti ricostruttivi di largo interesse a riguardo del principio dei *best interests of the child* sono ora offerti da E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2016, che ne segnala il carattere polivalente e gli usi retorico-strumentali dei diritti dei minori operati facendo leva sul principio in parola. L'ambiguità e vaghezza del concetto è, peraltro, da tempo rilevata [tra gli altri, da L. GIACOMELLI, *(Re)interpretando i best interests of the child: da strumento di giustizia sostanziale a mera icona linguistica?*, e S. ROMBOLI, *La natura "relativa" ed il significato di "clausola generale" del principio dell'interesse superiore del minore*, entrambi in F. GIUFFRÈ - I. NICOTRA (curr.), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., rispettivamente, 467 ss. e 505 ss.]. In argomento, da ultimo, A. ARENA, [A proposito dello "statuto costituzionale del minore" \(Brevi riflessioni a margine di alcune "novità" nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune\)](#), in questa *Rivista*, [2016/II](#), 6 giugno 2016, 241 ss.

⁴⁴ Ma non è detto che sia così. Si pensi, ad es., alla condizione del minore rimasto orfano e che potrebbe essere accudito da un familiare col quale intrattiene già rapporti particolarmente gratificanti, il quale potrebbe essere legato da vincolo di unione con altra persona. Nel qual ultimo caso, nuovamente, il preminente interesse del minore stesso potrebbe sollecitare l'adozione da parte della coppia suddetta.

⁴⁵ È appena il caso qui di rammentare che condizione perché possa aversi l'aggiunta del principio ad opera del giudice delle leggi è che esso pure discenda linearmente e necessariamente dalla Costituzione, imponendosi in forza del caso.

In realtà, come si vedrà proprio sul finire di questa riflessione, la norma aggiunta che dà modo anche alla coppia legata da vincolo di unione di accedere all'adozione entra in conflitto con l'indicazione data dall'art. 29 cost. e, ciò nonostante, può ugualmente trovare "copertura" costituzionale nel *Grundwert* della miglior tutela degli interessi costituzionalmente protetti visti nel loro fare "sistema". Verrebbe, perciò, a determinarsi una "rottura" della Costituzione pur tuttavia giustificata in prospettiva assiologicamente orientata.

avvertiti nel corpo sociale, che però possono entrare in conflitto con altri diritti o interessi parimenti meritevoli di tutela, è quello di offrire prodotti legislativi dotati di una struttura nomologica fatta a maglie larghe (e, in qualche caso, larghissime), essenzialmente dunque da disposizioni di principio⁴⁶, rimettendosi quindi per le loro opportune specificazioni-attuazioni in ragione dei peculiari connotati del caso all'opera, essa stessa – come si vede – *normativa* (pur se con effetti circoscritti alla singola vicenda processuale), dei giudici⁴⁷. Si tratta, insomma, di raggiungere un delicato equilibrio, in spirito di autentica, costruttiva, “leale cooperazione”, tra gli operatori istituzionali, nessuno potendo comunque fare a meno dell'altro e tutti essendo chiamati a dare il loro apporto, con tipicità di ruoli e varietà di effetti, in vista dell'ottimale appagamento dei beni della vita in campo.

Il silenzio della legge qui annotata è, dunque, comunque censurabile, indipendentemente poi dal fatto che l'eventuale soluzione al riguardo apprestata – qualora si fosse avuta o un domani si avesse – fosse (o sia) da considerare conforme a ragionevolezza e, perciò, complessivamente apprezzabile.

La seconda notazione, poi, ci riporta al *punctum crucis* della questione qui discussa. Si tratta, infatti, di chiedersi se, una volta che il riconoscimento della facoltà di adozione in capo agli “uniti” dovesse aversi, non si cada ancora una volta in quell'eccesso di assimilazione di cui poc'anzi si diceva, a conti fatti non dandosi più sostanziali differenze tra l'unione e la famiglia *ex art. 29*. Con il che – come si avvertiva in sede di notazioni introduttive di questo studio – si perverrebbe fatalmente all'esito di etichettare in modo diverso la medesima cosa, aggirando il precetto costituzionale che vuole invece comunque distinta la condizione dell'una e dell'altra formazione sociale.

Può non piacere, come a molti non piace, ma la Carta ci consegna un modello che, per un suo fisiologico svolgimento e l'ottimale implementazione nell'esperienza, vuole i figli adottivi inseriti nella famiglia, *nella sua ristretta e propria accezione*: dunque, allevati da coppie di persone di diverso sesso ed unite dal vincolo del matrimonio⁴⁸. È questa infatti la formazione sociale dotata di specifico rilievo costituzionale, che si situa al cuore del modello costituzionale e ne dà la cifra identificante complessiva: quella, dunque, da privilegiare, presumendosi che essa costituisca il luogo elettivo per la crescita dei minori. Da questo schema, tuttavia, ci si può, a mia opinione, discostare unicamente in casi assolutamente eccezionali, quali quelli sopra prefigurati, ed all'esito di una delicata e rigorosa operazione di ponderazione assiologica, casi dunque in cui sia provato che il preminente interesse del minore può essere, come si conviene, appagato attraverso lo stabile inserimento di quest'ultimo in un nucleo familiare (*rectius*, “parafamiliare”) al quale già si senta affettivamente legato⁴⁹. Non per ciò, a mia opinione, il modello di famiglia delineato nell'art. 29 della Carta risulta smentito; diciamo, piuttosto, che può andare incontro a talune, limitatissime eccezioni, pur tuttavia giustificate in nome del principio della massimizzazione della tutela dei diritti e degli interessi in genere

⁴⁶ L'auspicio di discipline legislative “miti” o “leggere” è da molti affacciato, specificamente appunto in relazione a questioni eticamente sensibili (ad es., tra gli altri, con riguardo alla disciplina della procreazione medicalmente assistita, da P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 524; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 38 ss., ma *passim*; C. CASONATO, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in Confronticostituzionali.eu, 17 giugno 2014; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in [Biodiritto](http://Biodiritto.it), 3/2015, 168).

⁴⁷ La struttura del linguaggio del legislatore e di quello dei giudici, costituzionali e comuni, è fatta oggetto di studio nel mio Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali, in questa Rivista, III/2015, 13 novembre 2015, 769 ss.

⁴⁸ È, poi, vero che i casi della vita possono portare ad esiti divergenti dal modello stesso (ad es., assistendosi non di rado a minori che, *dopo esser stati adottati*, siano di fatto cresciuti da soggetti separati o divorziati, vedovi, ecc.); non sono, tuttavia, questi gli scenari prefigurati come ideali per la più adeguata salvaguardia degli interessi dei minori stessi, alla cui affermazione occorre perciò decisamente tendere.

⁴⁹ Emblematico, al riguardo, l'esempio, dietro fatto, del minore allevato da un parente stretto che si trovi quindi ad essere “unito” ad altra persona con cui sia provato che il minore stesso ha costante e gratificante frequentazione.

costituzionalmente protetti⁵⁰, visti nel loro fare “sistema”⁵¹, avuto uno speciale, doveroso, riguardo per la condizione dei soggetti maggiormente bisognosi della tutela stessa, i minori.

⁵⁰ Sul principio in parola una dottrina crescente va da tempo fermando l’attenzione, specie con riferimento a questioni eticamente sensibili: tra i molti altri, v. G. D’AMICO, *Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”*: in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza costituzionale, in L. D’ANDREA - G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAIITA (curr.), *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2015, 55 ss., e *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti*, in A. PIN (cur.), *Il diritto e il dovere dell’uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss.; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell’identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.; C. PANZERA, [Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali](#), in questa [Rivista](#), **II/2015**, 3 giugno 2015, spec. 492 ss.; e *ibid.* A. SPADARO, [Sull’aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL](#), 504 ss. e, dello stesso, ora, *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in L. D’ANDREA - G. MOSCHELLA - A. RUGGERI - A. SAIITA (curr.), *La Carta dei diritti dell’Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, in corso di stampa per i tipi della Giappichelli, spec. al § 10; ivi pure C. SALAZAR, *I diritti sociali nel “gioco delle tre Carte”*: qualche riflessione, e L. D’ANDREA, *A mo’ di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, spec. al § 5.

⁵¹ Il richiamo all’idea di “sistema” è particolarmente insistito in giurisprudenza: *ex plurimis*, v. [Corte cost. nn. 236 del 2011](#); [264 del 2012](#); [1](#), [170](#) e [202 del 2013](#), [10](#) e [49 del 2015](#).

Antonio Ruggeri
Cosa sono i diritti fondamentali
e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*

SOMMARIO: 1. Notazioni introduttive a riguardo dell'affollamento dei diritti e della questione relativa alla selezione di quelli di essi che propriamente possono dirsi "fondamentali". – 2. Il problema definitorio e la sua soluzione a mezzo del ricongiungimento di "fatto" e diritto costituzionale, diritti fondamentali essendo taluni *bisogni elementari di ciascun essere umano senza il cui riconoscimento e l'effettiva tutela non potrebbe aversi un'esistenza libera e dignitosa*. – 3. Il riconoscimento di nuovi diritti fondamentali in forza di *consuetudini culturali diffuse* nel corpo sociale e la centralità di ruolo che al riguardo è chiamata a giocare la legge costituzionale quale strumento primo e privilegiato al fine della loro razionalizzazione. – 4. Il timore, di cui si è resa interprete una sensibile dottrina, che, per l'accezione di "diritto fondamentale" qui proposta, possano esserne sacrificati proprio i bisogni più intensamente avvertiti dalle voci minoritarie nella società ovvero che la qualifica data delle consuetudini suddette finisca col contraddire queste ultime, e gli argomenti invece spendibili a sostegno della proposta ricostruttiva qui affacciata. – 5. Il problema della tutela dei diritti fondamentali. – 5.1. Duttilità strutturale, carente tipizzazione e mutua complementarità degli atti dei pubblici poteri, leggi e sentenze, al servizio dei diritti. – 5.2. Il c.d. "dialogo" tra le Corti, il "*metapincipio della massimizzazione della tutela* che ne orienta e governa le movenze, i rischi per la *certezza del diritto* che, secondo una critica ricorrente, il suo accoglimento farebbe correre e i positivi effetti invece per il suo tramite raggiungibili, specificamente per ciò che attiene alla *certezza dei diritti* (e cioè alla effettività della loro salvaguardia). – 5.3. Il fondo di verità racchiuso nella critica di coloro che si mostrano preoccupati per la certezza del diritto e le opportunità offerte a quest'ultima al fine di potersi compiutamente affermare dotandosi di ancora più solide basi il "dialogo" tra le Corti a mezzo di una nuova e più adeguata razionalizzazione dei loro rapporti. – 6. Al tirar delle somme.

1. *Notazioni introduttive a riguardo dell'affollamento dei diritti e della questione relativa alla selezione di quelli di essi che propriamente possono dirsi "fondamentali"*

È singolare che, allo stesso tempo in cui si registra un consenso diffuso circa la emersione di sempre nuovi diritti fondamentali, parimenti diffuse siano le incertezze su cosa essi siano nella loro stessa essenza e non poco reciprocamente divergenti si presentino le soluzioni patrocinate a riguardo del modo o dei modi più adeguati a dare loro appagamento. Quest'ultimo – va subito avvertito – appare essere sempre più arduo e problematico, sol che si pensi che l'affollamento dei diritti (e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti) evocati in campo dal caso obbliga a complesse e sofferte mediazioni tra gli stessi (come suol dirsi, a "bilanciamenti") al cui esito non poche volte rimane pur sempre l'amaro in bocca, a motivo del sacrificio comunque richiesto, in maggiore o minor misura, a questo o quel diritto, specie nella presente congiuntura profondamente segnata da una crisi economica soffocante e da un incalzante terrorismo internazionale. L'esposizione a *stress*, nondimeno, non solo non contrasta con la "fondamentalità" dei diritti ma, anzi, ne costituisce testimonianza e conferma, ove si convenga a riguardo del fatto che nessuno di essi né altro valore parimenti fondamentale può vantare l'insana pretesa alla propria integrale, incondizionata e – come si è detto da un'accreditata dottrina – "tirannica" affermazione, tutti essendo piuttosto obbligati a fare i conti gli uni con gli altri, solo in tal modo potendosi comporre in "sistema" e concorrere alla integra trasmissione dell'ordinamento nel tempo.

Con riserva di approfondimenti sul punto più avanti, credo comunque di poter dire che la spiegazione dell'apparente contraddizione rilevata nella notazione iniziale di questo studio stia proprio laddove si radicano le cause che hanno portato e senza sosta portano a rivendicare protezione per taluni bisogni profondamente diffusi ed avvertiti in seno al corpo sociale.

* Intervento al Convegno del Gruppo di Pisa su *Che cos'è un diritto fondamentale?*, Cassino 10-11 giugno 2016, alla cui data lo scritto è aggiornato.

Due, a mia opinione, principalmente le cause in discorso: lo sviluppo scientifico e tecnologico, che non conosce pause e che anzi presenta talora improvvise accelerazioni, e la complessità della struttura del tessuto sociale, attraversata da non poche né lievi tensioni e contraddizioni, connotandosi – come suol dirsi – come “multiculturale” o, secondo una opportuna precisazione di una sensibile dottrina, “interculturale”.

È interessante subito osservare che, malgrado i profondi rivolgimenti sociali registratisi nel corso del tempo (anche qui, con talune impreviste accelerazioni), i diritti fondamentali danno l'impressione di non invecchiare e morire mai; semmai, di poter ringiovanire col trascorrere del tempo e il sempre più profondo radicamento dello Stato di diritto costituzionale, rigenerandosi e rafforzandosi per effetto del rinvigorismento stesso delle Costituzioni che ne hanno dato (e ne danno) il riconoscimento (emblematica, al riguardo, l'evoluzione avutasi col passaggio dalle Carte flessibili a quelle rigide, specie a partire dal secondo dopoguerra), e appunto crescendo costantemente di numero. Di qui, tuttavia, il rischio micidiale che tra di essi si mimetizzino e confondano anche diritti non propriamente etichettabili come “fondamentali”, alla luce del criterio di qualificazione di cui a momenti si dirà.

Insomma, l'inflazione dei diritti non giova alla loro “qualità”, se così vogliamo chiamarla, e perciò alla loro tutela. Oltre tutto, come si rammentava poc'anzi, ad essa si accompagnano conflitti, alle volte anche laceranti, sempre più ricorrenti a motivo dell'affollamento di più diritti (e, in genere, interessi costituzionalmente protetti) evocati in campo dal caso, che premono vigorosamente per la loro salvaguardia. Ciò che, poi, si riporta alla connotazione strutturale del tessuto sociale, dal momento che a motivo della sua complessità viene naturalmente a determinarsi una duplice spinta tanto nel verso della integrazione, lenta e discontinua, comunque particolarmente sofferta, tra le culture presenti nel corpo sociale, quanto (ed allo stesso tempo) in quello della non meno sofferta rivendica della salvaguardia dei tratti identificanti propri di ciascuna di esse.

2. *Il problema definitorio e la sua soluzione a mezzo del ricongiungimento di “fatto” e diritto costituzionale, diritti fondamentali essendo taluni* bisogni elementari di ciascun essere umano senza il cui riconoscimento e l'effettiva tutela non potrebbe aversi un'esistenza libera e dignitosa

Ma veniamo, senza ulteriori indugi, a trattare della questione cruciale su cui siamo stati chiamati a confrontarci: *cos'è un diritto fondamentale?* È questa la spinosa, antica e però sempre nuova o rinnovata, domanda alla quale siamo stati sollecitati a tentare di dare risposta.

Essenzialmente due sono – a me pare – i modi di (o i piani su cui) ambientare la questione stessa: quello teorico-generale o filosofico, per un verso, e quello dogmatico-positivo, per un altro.

Opto qui risolutamente per il secondo corno dell'alternativa; e ciò, non già in quanto persuaso della impraticabilità della prima via o della sterilità degli esiti ricostruttivi al termine del cammino fatto lungo la stessa raggiunti da autorevoli dottrine o di altri ancora raggiungibili. Tutt'all'inverso, sono convinto della bontà degli sforzi prodotti da coloro che hanno fatto la scelta qui non seguita e convengo che possa darsi (ed effettivamente si dia) un “nucleo duro” concettuale che si ripropone e che va oltre lo scorrere del tempo e le vicende ordinamentali che in esso si svolgono, un nucleo che è, a conti fatti, riportabile alla *humanitas* stessa di ogni essere umano. Per questo verso, i diritti “fondamentali”, quali previsti da questo o quell'ordinamento positivo, si pongono quale *species* del *genus*-diritti “umani”, come questi ultimi sono usualmente chiamati (part., in seno alla Comunità internazionale e dai suoi cultori).

Sta di fatto che, quale che sia l'idea di diritto fondamentale di cui ciascuno di noi si faccia portatore, per chi fa studi di diritto il punto di riferimento positivo resta nondimeno imprescindibile (ed opportunamente, perciò, è stato adottato con profitto da E. Stradella, nella sua documentata relazione al nostro incontro di oggi). Dobbiamo, perciò, andare alla ricerca dell'idea di diritto fondamentale che si contestualizza, storicizzandosi e positivizzandosi, siccome fatta propria da un ordinamento costituzionale dato (per ciò che a noi specificamente interessa, dal nostro). D'altro canto, ove così non fosse, non si capirebbe neppure come possano affermarsi col tempo nuovi diritti fondamentali,

profondamente radicati e largamente diffusi – come si vedrà a momenti – nel tessuto sociale, cui sia quindi dato giuridico riconoscimento.

Occorre, dunque, subito chiederci se disponiamo di indizi nella trama della [Carta italiana del '48](#) idonei a guidarci in questa ricerca.

La comune opinione fa al riguardo – come si sa – riferimento all'art. 2, che però, in realtà, non dà la definizione di ciò che è un diritto fondamentale né ne descrive la struttura o ci dice a cosa servano; l'enunciato, piuttosto, come da tempo e da molti è con varietà di argomenti rilevato, presuppone la preesistenza dei diritti in parola rispetto alla [Carta](#) che appunto li “riconosce”. La inviolabilità dei diritti in parola, dunque, non costituisce la definizione (in senso proprio) dei diritti stessi; semmai, è una loro qualità linearmente e necessariamente discendente dalla “fondamentalità”, che è presupposta, una qualità che in relazione ai diritti fondamentali si connota in forme peculiari (ostando, ad es., al misconoscimento, neppure con successive norme di rango costituzionale, del previo riconoscimento di essi fatto), fermo restando che anche diritti che fondamentali non sono non possono comunque essere... “violati”, nel senso generico che non è consentito ad alcuno di calpestare i diritti di altri.

Si danno, ad ogni buon conto, nel corpo costituzionale indicazioni maggiormente specifiche di quella data nell'art. 2, come tali conducenti alla opportuna messa a fuoco del concetto che ci interroga. Altamente istruttivo a me sembra essere al riguardo quanto si dice nell'art. 36, I c., col riferimento in essa fatto all'esistenza “libera e dignitosa” del lavoratore e della sua famiglia (che, poi, ovviamente si lega a filo doppio al previo riconoscimento della “pari dignità”, di cui si fa parola nell'art. 3). In particolare, uno speciale significato va assegnato alla congiunta, duplice menzione del lavoro e della famiglia: le due gambe su cui avanza e si svolge l'esperienza di vita di ogni essere umano che sia in grado di impegnarsi in seno alla comunità del lavoro (anche però chi non lo sia – non è inopportuno rammentare – ha diritto a mezzi di sostentamento tali da poter comunque godere di un'esistenza “libera e dignitosa”).

Il lavoro è infatti – come sappiamo – a fondamento della Repubblica, nel mentre la famiglia è il luogo primigenio in cui ogni persona viene ad esistenza, riceve le basi portanti della propria formazione culturale, progetta e matura la propria personalità.

Trovo singolare che di tanto in tanto si riproponga da taluno, stancamente, l'idea che i diritti sociali non siano diritti fondamentali o lo siano in minor grado rispetto ai diritti classici di libertà quando il fondamento della Repubblica è proprio in uno di tali diritti, che perciò si pone a fondamento dei... *diritti fondamentali restanti* o, comunque, quale condizione per il loro compiuto appagamento.

Siamo perciò in grado – a me pare – di poter pervenire ad un primo punto fermo, definendo i diritti fondamentali quali i *bisogni elementari di ciascun essere umano senza il cui riconoscimento (e, come si vedrà, l'effettiva tutela) non potrebbe aversi un'esistenza libera e dignitosa*. Solo così i diritti fondamentali possono infatti porsi a fondamento della comunità politica organizzata, secondo quanto è stato fatto notare anche nel corso del nostro incontro (a partire da E. Stradella), con la precisazione che la “fondamentalità”, così intesa, in tanto si giustifica ed apprezza in quanto essa previamente e primariamente si ponga a base dell'esistenza dei singoli (non dimentichiamo che il principio personalista è l'autentico cuore pulsante degli ordinamenti di tradizioni liberal-democratiche, tra cui appunto il nostro).

Accenno subito a riguardo della definizione appena proposta che essa non è contraddetta dal fatto che alcuni diritti sarebbero di esclusiva spettanza dei cittadini (questione che – come si sa – si pone specificamente per i diritti politici), mentre è palese, ad opinione mia e di altri (tra i quali, ora, R. Cherchi), che il “graduato” riconoscimento di alcuni diritti (unicamente nel loro “nucleo duro”), in ispecie di quello alle cure sanitarie, agli stranieri irregolari contraddice l'idea stessa della “fondamentalità” e non può, pertanto, trovare, nei termini riduttivi suddetti, accoglienza.

Due soli, rapidi rilievi, a riguardo della preclusione fatta ai non cittadini di accesso a taluni diritti (segnatamente, a quelli politici), con riserva di approfondimenti altrove.

Per un verso, sembra di poter opporre che, *proprio perché fondamentali*, anche i diritti in parola (in ispecie, quelli di partecipazione politica all'esercizio dei poteri sovrani) non possono essere fattore

di discriminazione tra quanti condividono le loro esperienze di vita (lavorative e non) e possono essere chiamati all'adempimento dei doveri di solidarietà, tutti possedendo un comune legame col territorio su cui quelle esperienze si radicano ed esprimono, reso visibile dalla stabile residenza nello stesso. Non a caso, d'altronde, da tempo una nutrita schiera di studiosi, in coda alla quale anch'io ho ritenuto altrove di dovermi disporre, va in varie forme e con pari varietà di accenti prospettando l'idea di una complessiva rivisitazione teorico-positiva della nozione di cittadinanza (e, per ciò stesso, di democrazia), ancorandola più ancora che ai vincoli di sangue o ad altri fattori di aggregazione proprio alla comunanza delle esperienze suddette. Al riguardo, una soluzione connotata da sano realismo è quella ora prospettata da R. Cherchi, favorevole al riconoscimento graduale del diritto di voto, in ispecie facendone godere lo straniero soggiornante nel nostro Paese da un certo numero di anni e che abbia presentato istanza di pre-naturalizzazione, il c.d. *intending citizen*.

Ora, si segua, o no, un criterio di progressiva acquisizione, a me pare comunque che l'esito debba pur sempre essere quello sopra prefigurato, senza alcuna discriminazione tra i soggetti parimenti residenti in modo stabile nel territorio dello Stato, come tali a buon titolo in egual misura portatori di diritti e gravati di doveri (specie di solidarietà), persino – ha, come si sa, di recente dichiarato la giurisprudenza costituzionale ([sent. n. 119 del 2015](#), largamente annotata) – del dovere che più di ogni altro è tradizionalmente considerato legato a filo doppio allo *status* di cittadino, quello di difesa della patria.

Per un altro verso, poi, negli ordinamenti di tradizioni liberal-democratiche – i soli, come si viene dicendo, qui interessanti – è fuori discussione che i diritti di partecipazione politica siano (e debbano) essere comunque riconosciuti e tutelati: con riguardo ai “non cittadini”, se non nel nostro ordinamento (o in altri a questo similari), in quello di appartenenza dei soggetti in parola. D'altro canto, nel c.d. costituzionalismo “multilivello” (o, meglio, “interlivello”), è frequente il caso di diritti fondamentali riconosciuti in un certo ordinamento o sistema positivo (ad es., in quello dell'Unione o della [CEDU](#)) e non pure in altri, la cui cura può essere demandata ad organi (e, segnatamente, a giudici) diversi da quelli nazionali (per ciò che qui maggiormente importa, come si vedrà, a quelli europei). Ciò che solo conta, infatti, è che i diritti, se ed in quanto “fondamentali”, non restino sguarniti di garanzie e che i soggetti che ne sono portatori trovino comunque un luogo nel quale possano trovare ristoro per il caso che essi siano minacciati o offesi (di più: un ristoro ancora maggiore di quello che è alle volte loro dato nell'ordinamento di appartenenza, secondo quanto si vedrà tra non molto a riguardo del canone della massimizzazione della tutela che presiede alle dinamiche della normazione relativa ai diritti).

Tutto ciò posto, il problema definitorio che ora ci occupa non può dirsi, ad ogni buon conto, risolto attingendo alla formula dell'art. 36, sopra cit., bensì, piuttosto, viene ad esser spostato in avanti. Perché si tratta allora di sapere qual è il significato da assegnare ai due termini che qualificano l'esistenza umana secondo la formula stessa, in ispecie si tratta di stabilire cosa sia la dignità, alla quale – come si viene dicendo – i diritti danno voce e pratico senso, ponendosi in funzione nei suoi riguardi servente. Un problema, questo, micidiale, da far davvero tremare – per dirla col Poeta – le vene e i polsi, su cui – come si sa – si sono cimentati sin dall'antichità i massimi pensatori senza tuttavia riuscire a mettersi neppure sommariamente d'accordo. In fondo, se ci si pensa, proprio sui concetti elementari, di base, della teoria e della pratica giuridica, quali quelli di diritto (in senso sia soggettivo che oggettivo) o di ordinamento o – per ciò che a noi più da presso importa – di Costituzione, si riscontra una varietà di accezioni tale che tra alcune di esse è dato riscontrare una distanza incolmabile. E, invero, le divergenze dei punti di vista sono alle volte talmente accentuate da rendere problematico anche solo rinvenire un minimo comune denominatore, una base sia pure generalissima, cui far riferimento in sede di risoluzione del problema definitorio.

Lo spazio oggi concessomi non mi consente di andare oltre il labile cenno appena fatto al riguardo; e non mi consente neppure di argomentare la tesi, nella quale da tempo mi riconosco, secondo cui nel tentativo di cogliere l'essenza della dignità (e così pure della libertà) occorre rifuggire tanto da un indirizzo metodico-teorico connotato da soggettivismo esasperato quanto da uno interamente ed in modo assorbente segnato da una piatta ed incolore uniformità.

Per l'uno, "dignitosa" sarebbe l'esistenza dell'uomo nel significato che al termine ciascuno di noi conferisce, di modo che la sua definizione risulterebbe esclusivamente rimessa alla piena ed insindacabile autodeterminazione della persona. A riguardo di quest'ultima, già in altri luoghi ho manifestato il convincimento che essa costituisca, di certo, un valore in sé e per sé, un valore fondamentale appunto, e che però non sia *tutto*, così come, *ex adverso*, non è, ovviamente, pensabile che sia *niente*. Se fosse vera la prima affermazione, logica vorrebbe – per restare alla indicazione di cui all'art. 36, I c., cost. – che ciascun lavoratore possa fissare in modo insindacabile la soglia adeguata ad assicurare a sé ed alla propria famiglia una esistenza "dignitosa". Un esito, questo, di tutta evidenza irragionevole (ed anzi irrazionale), che si confuta da sé e sul quale, dunque, non giova indugiare oltre. Di contro, occorre produrre ogni sforzo utile a far pervenire ad un'accezione oggettiva (o, meglio, *anche* oggettiva) del termine, che nondimeno non offuschi la naturale, incomprimibile vocazione di ogni persona a definire i propri progetti di vita e di poterli raggiungere, nei limiti consentiti dalle circostanze, in vista della compiuta ed appagante realizzazione della propria personalità.

Il vero è che ogni termine, per il solo fatto di essere contenuto in un enunciato linguistico positivo, aspira ad oggettivarsi, a caricarsi cioè di una generale valenza, nella quale i componenti la comunità organizzata possano riconoscersi. Ogni *convenzione linguistica*, d'altronde, una volta recepita in un documento normativo ha bisogno di convertirsi in una *convenzione positiva* a mezzo di una mediazione culturale che vede impegnati organi di apparato e soggetti, individuali e collettivi, esponenti della società. E così non può, dunque, non essere anche per la dignità o la libertà.

3. Il riconoscimento di nuovi diritti fondamentali in forza di consuetudini culturali diffuse nel corpo sociale e la centralità di ruolo che al riguardo è chiamata a giocare la legge costituzionale quale strumento primo e privilegiato al fine della loro razionalizzazione

Ci si deve, a questo punto, chiedere chi sia deputato ad operare il riconoscimento dei bisogni, di cui qui si discorre, ad operare cioè il riscontro del rapporto di strumentalità necessaria intercorrente tra gli stessi e il carattere libero e dignitoso della esistenza umana e come il riscontro stesso possa ovvero debba esser fatto. In breve, si tratta di stabilire quali siano gli strumenti e i luoghi a ciò adeguati.

Posseggo al riguardo una sola certezza; ed è che, se ad un solo soggetto o organo (non importa se legislatore o giudice o altro ancora) fosse riservato il monopolio di dare in sovrana solitudine il riconoscimento dei diritti in parola, allora l'organo o il soggetto stesso fatalmente si commuterebbe in un *potere costituente permanente* (aggiungo, riprendendo una qualifica altrove data, un *potere mostruoso*). La qual cosa, però, costituirebbe una contraddizione insanabile col carattere liberal-democratico dell'ordinamento, che naturalmente e necessariamente rimanda al plurale e libero confronto nella "società aperta degli interpreti" – per riprendere una nota elaborazione teorica –, plurimi essendo di conseguenza i luoghi in cui può maturare, con un concorso – come si vedrà a momenti – corale, il riconoscimento in parola.

Occorre tuttavia fissare il punto cui far specifico riferimento in questa sofferta, ma anche gratificante e talora persino esaltante, ricerca.

A mia opinione, al fine di apprezzare quali sono i bisogni elementari dell'uomo non può che volgersi lo sguardo alla società in cui gli uomini si riuniscono e decidono di vivere le loro esperienze di vita, alla *struttura* della società stessa, tentando appunto di cogliere ciò che è in essa diffusamente ed intensamente avvertito come necessario, indisponibile, qualificante – come si diceva – l'esistenza umana come "libera e dignitosa".

Ancora una volta – come si vede – si ha modo di toccare con mano come alcuni dati attinti dall'esperienza si convertano in dati giuridici, assurgendo a tratti identificanti i diritti fondamentali e, per ciò stesso, espressivi di una particolare "qualità di pregevolezza normativa" – se posso qui

riprendere una etichetta che ho affacciato nel mio primo studio monografico in tema di fonti – degli enunciati che li ospitano e vi danno voce e rilievo.

Il “fatto”, insomma, si fa diritto (qui, anzi, diritto al suo massimo grado, costituzionale), entrando a comporre il parametro e dandovi una “pregevole” qualificazione. La qual cosa, poi, rende ulteriore conferma della impossibilità di tenere rigidamente separati – come, invece, in applicazione esasperata della discussa legge di Hume, molte volte è stato (ed è) – fatti e norme, queste ultime esprimendo appunto nella loro struttura e possedendo nel loro statuto teorico *l’idea del fatto che si fa diritto* (considero quest’ultimo spunto particolarmente promettente interessanti esiti teorico-ricostruttivi e mi riservo, dunque, di riprenderlo in altro luogo).

Ora, fondamentali essendo i bisogni o diritti suddetti, fondamentali non possono che essere altresì le norme che li “riconoscono”. L’una cosa si specchia nell’altra, determinandone il complessivo, peculiare regime (ad es., secondo opinione corrente, che pure a mia opinione richiederebbe non poche né secondarie precisazioni teoriche, portando a considerare come insuscettibili di revisione gli enunciati costituzionali relativi ai diritti).

Così stando le cose, la qualifica in termini di “fondamentali” di alcuni bisogni non può prescindere da ciò che è diffusamente ed intensamente avvertito come tale dallo stesso corpo sociale, rendendosi visibile a mezzo di *consuetudini culturali di riconoscimento* di siffatto carattere. Solo che il corpo stesso, specie nel tempo presente, offre di sé un’immagine confusa ed appannata, ponendosi quale luogo di emersione di plurimi e confliggenti beni della vita o interessi suscettibili di dar vita a combinazioni mobili, continuamente cangianti in ragione dei casi.

Il rischio è, allora, quello che chi fa luogo al *riconoscimento* (in senso proprio) finisca con l’imporre la propria visione del mondo.

Cosa c’insegna al riguardo la storia? Per rispondere alla domanda dobbiamo andare alle radici del costituzionalismo liberale; e non occorre qui rammentare la centralità di ruolo storicamente avuto dalla scrittura costituzionale in funzione del riconoscimento (e, di conseguenza, della salvaguardia) dei diritti costituzionali.

La Costituzione, nella sua accezione invalsa negli ordinamenti di tradizioni liberali, è *in nuce* – come sappiamo – una Carta dei diritti (a tutti nota è la felicissima e ad oggi insuperata formula di cui all’art. 16 della Dichiarazione del 1789), chiamata a dare, a un tempo, certezze di diritto costituzionale in senso oggettivo e certezze dei diritti costituzionali; anzi, ad essere ancora più precisi, a dare queste ultime a mezzo delle prime, le quali hanno dunque la loro *ratio* immanente, il *fine* e il *confine* allo stesso tempo del loro essere ed operare, nei diritti.

Considero ancora attuale l’insegnamento che ci viene dalla storia; ed è per ciò che – come mi affanno a dire da tempo – lo strumento col quale dare, in prima battuta, il riconoscimento (nella sua ristretta e propria accezione) dei nuovi diritti non può che essere la legge costituzionale, vale a dire ciò che maggiormente somiglia alla Costituzione, pur non condividendone – come sappiamo – il titolo, esclusivo di quella, di essere filiazione immediata e diretta del potere costituente.

Torniamo allo statuto: questo è il principio-guida teorico che sta a base del complesso processo, i cui elementi costitutivi e le più salienti movenze si descriveranno a momenti, a mezzo del quale prende forma il riconoscimento dei diritti. Occorre, cioè, recuperare il senso più genuino e profondo del costituzionalismo delle origini; e, così come la Costituzione ha reso visibili (“riconosciuto”, appunto) i diritti fondamentali che hanno animato la resistenza al fascismo, ponendosi quindi a base dell’avvento della Repubblica, allo stesso modo oggi la legge costituzionale si propone come lo strumento privilegiato, il più adeguato a dare il *primo* riconoscimento dei nuovi diritti fondamentali (spiegherò a momenti cosa intendo col termine appena evidenziato).

Se ne ha che *la legge costituzionale è la forma più adeguata alla razionalizzazione delle consuetudini culturali diffuse nel corpo sociale a riguardo dei bisogni elementari di singoli e gruppi*, non foss’altro che per la ragione che essa è l’atto di autorità che può al meglio rispecchiare il carattere plurale della società e rendere testimonianza dei più larghi consensi tra le forze politiche rappresentate nelle assemblee in cui s’incarna quel valore democratico che, unitamente al lavoro, sta a base della

Repubblica. Garantisce, perciò, meglio della legge comune – perlomeno, secondo modello – una fedele ricognizione delle consuetudini suddette.

Più volte ho confessato di sentirmi fortemente a disagio davanti alla eventualità che si abbiano definizioni dei diritti fondamentali a colpi di maggioranza. Ciò che giudico sommamente pericoloso per la tenuta stessa del tessuto sociale, comportando il rischio del suo sfilacciamento, e per la salvaguardia della integrità della Costituzione (e della sua forza), che rischia essa pure di andare smarrita e dispersa. E, invero, fatico a digerire l'idea che su questioni cruciali, quali quelle riguardanti l'inizio o il fine-vita, possano aversi definizioni imposte a propria immagine e somiglianza e per il proprio tornaconto dai governanti di turno, quale che ne sia ovviamente il colore, quindi raccolte ed espresse da leggi comuni, che poi – e perché no? – da quella stessa maggioranza (e con lo stesso strumento ordinario di normazione) siano riviste sotto la pressione di congiunturali esigenze, anche a breve distanza di tempo assistendosi pertanto alla riscrittura da cima a fondo degli enunciati che danno forma a quelle definizioni.

Certo, anche la legge costituzionale può, *nei fatti* (se non pure, però, ad opinione mia e di molti, *secondo modello*), esser figlia della sola maggioranza del suo tempo, senza che sui suoi contenuti si abbia riscontro di quella condivisione con le opposizioni (quanto meno, con le più consistenti di esse) che la più avvertita dottrina giudica indisponibile.

Pure certo è che la stessa legge costituzionale può sbagliare, per eccesso o per difetto, nel rilevare i bisogni elementari dell'uomo, senza che poi – perlomeno il più delle volte – *di fatto* l'errore sia sanzionabile (remota è, infatti, l'eventualità che la disciplina al riguardo venga caducata dal giudice delle leggi sotto lo specifico aspetto ora in rilievo, mentre è verosimile che possa andare soggetta, seppur entro certi limiti, ad interpretazioni anche sensibilmente innovative e, laddove possibile, "sananti"). Come si vedrà a momenti, a questi inconvenienti, che meritano di essere fatti oggetto di attenta considerazione, può porsi almeno in parte rimedio attraverso l'opera della giurisprudenza, il cui ruolo in fatto di riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali appare essere di centrale rilievo.

4. Il timore, di cui si è resa interprete una sensibile dottrina, che, per l'accezione di "diritto fondamentale" qui proposta, possano esserne sacrificati proprio i bisogni più intensamente avvertiti dalle voci minoritarie nella società ovvero che la qualifica data delle consuetudini suddette finisca col contraddire queste ultime, e gli argomenti invece spendibili a sostegno della proposta ricostruttiva qui affacciata

Ciò che però più conta tenere a mente è che la legge costituzionale è anche – come si diceva – strumento di autorità, di forza politica; anzi, è il massimo di tali strumenti. Il rischio è allora quello lucidamente paventato da M. Dani nel corso del nostro dibattito, che proprio i bisogni dei soggetti più deboli ed esposti, degli emarginati, delle voci minoritarie nella società risultino sacrificati da parte di chi è in quest'ultima maggioranza culturale ed è maggioranza politica in Parlamento, laddove potrebbe dichiararsi avverso al loro riconoscimento.

Il riferimento alle consuetudini, pur se meramente culturali e non pure positive, secondo la proposta teorica qui affacciata, può dunque portare all'esito di mettere il bavaglio davanti alla bocca di questi soggetti.

In un non dissimile ordine di idee anche G. D'Amico ha fatto notare che la consuetudine evoca l'idea della uniformità mentre la cultura quella della pluralità degli orientamenti e delle azioni: la formula da me prospettata darebbe quindi vita ad un autentico ossimoro. D'Amico, col consueto garbo che gli è proprio, non è stato così crudo ed esplicito nel suo appunto critico ma questa – a me pare – ne era la sostanza. Un ossimoro, però, che – in disparte quanto si dirà subito appresso – non è, per vero, affatto provato e, dunque, necessariamente ricorrente, sol che si pensi che, a fronte dei campi materiali, invero non poco estesi, in cui la cultura è attraversata da perduranti tensioni, oscillazioni e contrasti anche vistosi, se ne danno altri, non meno estesi, nei quali essa ha ormai trovato dentro di sé una indiscussa concordia (quante sono, d'altronde, le verità scientifiche ormai più non controverse?)

Chi dubita, ad es., che la terra non sia un disco piatto, come per un'antica credenza, o che resti immota mentre il sole le gira attorno? E, infine, sono più le questioni ormai definitivamente risolte ovvero quelle ancora aperte?).

Le obiezioni qui riassuntivamente rappresentate sono, ad ogni buon conto, serie, anzi molto serie, ma – sembra di poter dire – non insuperabili.

In primo luogo, va nuovamente richiamato il rapporto stretto, inscindibile, che si dà negli ordinamenti di tradizioni liberal-democratiche tra diritti fondamentali e Costituzione, questa non avendo senso senza quelli, e viceversa. La Costituzione, quale legge fondamentale dell'ordinamento, esprime una naturale vocazione alla stabilità ed alla certezza (e mi piace, al riguardo, qui ricordare un approfondito studio del mio compianto Maestro, T. Martines, in tema di dimensione temporale del diritto e dell'esperienza costituzionale): si pone, dunque, quale fattore di stabilizzazione ma anche di promozione e di rinnovamento, di trasformazione profonda della società secondo quella tavola di valori che dà senso all'etica pubblica repubblicana e che ha la sua sintesi espressiva più efficace nel II c. dell'art. 3. E, in fondo, se ci si pensa, *ogni* Costituzione è, a un tempo, una *Carta-bilancio* ed una *Carta-programma*, non necessariamente né esclusivamente – come un'antica dottrina riteneva – o l'una o l'altra cosa: una Carta, cioè, che raccoglie, “razionalizzandolo”, ciò che è frutto di esperienze consolidate nella struttura sociale ed allo stesso tempo di quest'ultima promuove la trasformazione e il vero e proprio rivolgimento all'insegna dei valori posti a fondamento e giustificazione dell'intero ordinamento.

Ora, il medesimo fine della stabilità e della certezza sta a base e giustificazione dell'adozione delle leggi costituzionali in genere, tanto più laddove – come nella proposta qui nuovamente affacciata – si volgano a dare voce ai nuovi diritti.

In secondo luogo, non qualunque pulsione emotiva di cui dovessero farsi espressione singoli o gruppi spontanei, anche i più eccentrici e bizzarri, rappresentata in termini di “diritto fondamentale”, può ragionevolmente pretendere per sé il riconoscimento come tale. È così, d'altronde, come si sa, anche per i diritti vecchi o vecchissimi: ad es., il diritto di libertà religiosa, che – non si dimentichi – è il primo dei diritti di libertà storicamente rivendicato dall'uomo, non può essere invocato da chi dovesse dichiararsi portatore – esaspero ora volutamente il discorso – di una nuova religione che ha nella bottiglia (magari riempita di buon vino...) il trascendente in cui si riconosce ed identifica, secondo quanto ha peraltro, con dovizia di argomenti, da tempo mostrato la più avvertita dottrina in tema di confessioni religiose.

Ancora una volta, decisivo e comunque imprescindibile è, dunque, il riferimento ad una consuetudine culturale di riconoscimento diffusa nel corpo sociale e radicata perciò in quest'ultimo sì da potersi fare parametro, ai fini e per gli effetti di cui agli [artt. 8, 19 e 20 della Carta](#).

Stabilità e certezza in ordine a ciò che è un nuovo diritto sono, pertanto, qualità indispensabili e strumentali all'affermazione della Costituzione quale “luogo” positivo espressivo di valori omnicondivisi. Dar spazio ad un soggettivismo esasperato ed incontenibile equivale ad alimentare un nichilismo costituzionale che, a conti fatti, si converte e risolve nella sostanziale *decostituzionalizzazione della Costituzione*.

In terzo e risolutivo luogo, rimane sempre a beneficio dei gruppi minoritari e dei singoli la risorsa dell'appello al giudice (europeo o nazionale, comune e, se del caso, per il tramite di questo, costituzionale), ancorato alla *coppia assiologica fondamentale* – come a me piace chiamarla – di libertà ed eguaglianza, per effetto del cui contestuale e sinergico operare i nuovi diritti hanno modo pur sempre di farsi largo e, sia pure alle volte imperfettamente e comunque gradualmente, affermarsi. E, invero, il giudice – è qui il cuore della questione ora discussa – può porsi, ed effettivamente non di rado si pone, non soltanto quale testimone e portavoce di consuetudini radicate nel tessuto sociale ma anche quale fattore di promozione e di orientamento di nuove consuetudini culturali, concorrendo perciò, talora risolutivamente, alla loro formazione e maturazione. Le stesse leggi, peraltro, laddove vengono alla luce a beneficio dei diritti, sono, a un tempo, sollecitate, per un verso, a conformarsi al “fatto” (qui, alle consuetudini culturali in discorso) e, per un altro, ad operare per la trasformazione del “fatto” stesso, *secondo valore*, secondo la efficacissima sintesi espressa dai due commi dell'art.

3: è in questa costante, consustanziale, tensione tra adeguatezza all'esistente e superamento dello stesso, in vista dell'affermazione della Costituzione *magis ut valeat*, che dunque si coglie ed apprezza l'orientamento assiologico-sostanziale dell'attività dei pubblici poteri in genere.

Ora, il ruolo "promozionale", in accezione assiologicamente qualificata, dei giudici viene ad essere particolarmente sottolineato proprio laddove dovesse tardare a venire alla luce la razionalizzazione legislativa (in forma costituzionale prima ed ordinaria poi): nel qual caso, le tensioni presenti nel corpo sociale vengono quindi naturalmente portate a scaricarsi sui giudici, obbligati assai di frequente – come si sa – ad un ruolo di "supplenza" (così è usualmente, con una certa approssimazione, chiamato) nei riguardi di una legislazione inerte o complessivamente carente.

Gli esempi che possono al riguardo addursi sono talmente numerosi da aversi davvero l'imbarazzo della scelta. E, dunque, si rammenti la triste vicenda Englaro o ciò che si è avuto in materia di procreazione medicalmente assistita per mano della giurisprudenza (comune e costituzionale), cui è da imputare il sostanziale rifacimento della legge 40 del 2004, ora per via interpretativa ed ora a mezzo di pronunzie ablative della Consulta. O, ancora, si rammenti quanto da tempo si ha in quel vero e proprio "universo", ad oggi largamente inesplorato, che è la famiglia (in larga accezione), in specie con riferimento alla tutela delle coppie omosessuali, di cui si sono in buona sostanza dovuti fare carico i giudici fino all'approvazione della recente legge n. 76 del 2016, la quale poi – è facile previsione già affacciata dai primi commentatori – obbligherà di sicuro i giudici stessi ad una faticosa opera di ricucitura di taluni disposti in essa contenuti lacunosi o di dubbia coerenza interna.

L'esempio del matrimonio tra persone dello stesso sesso è altamente indicativo di quanto si viene ora dicendo a sostegno della ricostruzione qui proposta.

Chi mi conosce sa che non credo che esso possa trovare spazio per affermarsi in base a quanto dispone la Costituzione vigente, secondo quanto ha peraltro al riguardo fatto ripetutamente notare la giurisprudenza costituzionale (spec. in [Corte cost. sentt. nn. 138 del 2010](#) e [170 del 2014](#)), e – a dirla tutta – è dubitabile che possa affermarsi persino giovandosi dello strumento apprestato dall'art. 138. Eppure, devo qui confessare di esser convinto che il giudice delle leggi potrà, prima o poi, cambiare idea, anche in difetto di una nuova e diversa disciplina costituzionale, dietro la spinta viepiù pressante di una risoluta e intraprendente giurisprudenza comune, nella quale peraltro si rispecchia una vigorosa tendenza culturale presente nel tessuto sociale, di certo non scoraggiata dalla stessa giurisprudenza europea. Di modo che, quando sarà scritta la storia di questa ad oggi ingarbugliata vicenda, non potrà non riconoscersi il ruolo di prima grandezza esercitato dalla giurisprudenza nel raccogliere indicazioni e suggestioni venute dal corpo sociale, nei cui riguardi si è peraltro mostrata sensibile la recente legge sulle unioni civili e le convivenze, da cui potrebbe quindi venire la spinta al legislatore futuro perché faccia luogo a quella razionalizzazione della nuova consuetudine culturale favorevole al matrimonio in parola che giudico ad oggi incompiuta e che però potrà maturare appunto sotto la decisa pressione della giurisprudenza stessa.

Il rapporto intercorrente tra legislazione e giurisdizione è, ad ogni buon conto, complesso, connotato da fluidità di movenze e da incertezza dei possibili esiti. Alle volte, infatti, la prima precede, fonda e giustifica la seconda, com'è in fondo naturale che sia; altre volte, invece, quest'ultima precede e stimola l'altra, che poi a sua volta può sollecitare l'adozione di innovativi indirizzi giurisprudenziali ovvero portare alla correzione di vecchi. Ancora una volta, come si vede, il circolo produttivo, prima che al piano positivo, si apprezza e coglie a quello culturale.

Il circolo tuttavia alle volte non prende forma compiuta. Come, nuovamente, testimonia il caso Englaro, la giurisdizione è assai spesso obbligata a confrontarsi direttamente, *omisso medio*, con la Costituzione, dei cui principi fa – con ogni probabilità, *oborto collo* – applicazione diretta, a motivo dell'assenza di norme di legge, costituzionali e/o comuni, che diano visibilità ai nuovi diritti, corredandola della necessaria regolazione.

Non è questo, però, il contesto rispondente al modello, nella sua lineare ed essenziale conformazione, perlomeno per l'idea che di esso sono venute facendomi nel corso di ormai pluridecennali riflessioni. Per il modello stesso, infatti, un ruolo di speciale rilievo va assegnato, a rimorchio e prolungamento della disciplina costituzionale, alla legge comune, in relazione sia ai

vecchi che ai nuovi diritti; un prolungamento che, nondimeno, come subito si passa a dire, è oggi chiamato a presentarsi in forme complessivamente diverse da quelle di un tempo.

5. Il problema della tutela dei diritti fondamentali

5.1. Duttilità strutturale, carente tipizzazione e mutua complementarietà degli atti dei pubblici poteri, leggi e sentenze, al servizio dei diritti

Si pone, a questo punto, la questione relativa al modo con cui si connotano le pubbliche funzioni (e gli atti che ne sono espressione) nel tempo presente.

I fattori ai quali si è fatto cenno in esordio di questa riflessione, con riguardo alle cause di maggior rilievo che hanno portato ad un'autentica proliferazione di nuovi diritti fondamentali (o rappresentati come tali), stanno altresì, di conseguenza, a base della caratterizzazione complessiva degli atti dei pubblici poteri, specificamente laddove si volgono ad apprestare riconoscimento e tutela ai diritti.

E così lo sviluppo scientifico e tecnologico, per un verso, e la complessità sociale, per un altro, con la pluralità delle voci culturali presenti nel corpo sociale, spingono naturalmente per un'accentuata e diffusa duttilità di struttura degli atti chiamati a darvi ascolto. Non a caso, sempre più di frequente le discipline legislative si dotano di previsioni essenziali, *per principia*, così come le stesse pronunzie dei giudici costituzionali (ed a questi vanno in misura crescente somigliando anche le Corti europee, esse pure dunque ponendosi come *materialmente costituzionali*, al pari delle Carte di cui sono garanti) non di rado esibiscono parimenti una struttura fatta a maglie larghe, esprimendo principi che quindi si consegnano, a un tempo, al legislatore e, per l'istante, ai giudici comuni per la loro opportuna *specificazione-attuazione* (e non, dunque, la mera *applicazione*) in relazione ai casi. Le decisioni-pilota della Corte europea e le additive di principio del giudice costituzionale danno emblematica testimonianza di questa tendenza che va sempre di più ramificandosi e radicandosi nel terreno in cui maturano le esperienze dei diritti, specie di quelli che attengono a questioni eticamente sensibili.

La duttilità strutturale degli atti porta, poi, a rendere sempre più fitti i collegamenti funzionali tra di essi intercorrenti: evidenza, cioè, il carattere parziale degli interventi posti in essere da ciascuno di essi e, per ciò stesso, la loro reciproca, naturale complementarietà. I principi hanno infatti bisogno delle regole al fine di potersi implementare in modo adeguato nell'esperienza, così come queste hanno bisogno di trarre luce ed ispirazione da quelli.

Come si è tentato di mostrare in altri luoghi, non di rado vengono infatti a formazione *catene di atti* (per ciò che maggiormente importa, di pronunzie dei giudici), convergenti al medesimo fine e, perciò, produttivi di un effetto unitario, che ovviamente nulla toglie al rilievo degli effetti imputabili a ciascuno di essi ma che li comprende e *quodammodo* trascende. Viene, cioè, a mettersi in moto una complessa manovra, che ha assai di frequente la sua spinta iniziale in ambito sovranazionale (segnatamente, presso la giurisprudenza europea, che nondimeno è spesso evocata in campo da operatori nazionali) e la sua naturale proiezione in ambito interno, laddove si riproduce e diffonde presso plurime sedi istituzionali, sollecitate a concorrere al perfezionamento della manovra stessa, affinché essa possa appunto sortire gli effetti sperati.

Non di questo soltanto però si tratta. Anche per il modo con cui gli atti si presentano in struttura e funzione, è parimenti frequente assistere alla loro sostanziale confusione, che mette in crisi dunque la loro vocazione alla reciproca tipizzazione, superata da molteplici e varie espressioni di mutua (e, non di rado, improvvisata ed approssimativa) sussidiarietà. Particolarmente vistoso si presenta il fenomeno con riguardo ai casi, ormai di pressoché quotidiano riscontro, in cui le decisioni dei giudici prendono il posto di leggi o del tutto mancanti o, comunque, largamente carenti. In congiunture siffatte, prende corpo una marcata torsione del principio della separazione dei poteri che, pur nelle forme peculiari e temperate di cui si riveste, secondo modello e più ancora secondo esperienza, nel tempo presente, resta nondimeno un punto fermo (anzi, *il* punto fermo) al quale ancorare la speranza

di poter salvaguardare il valore democratico, la stessa idea di Costituzione, evocata – come si rammentava – dall’art. 16 della Dichiarazione del 1789, i diritti fondamentali, che in un contesto siffatto non hanno (non *possono* avere) né presente né futuro.

Ora, se e quando il fenomeno resta contenuto entro una certa soglia può essere tollerato ed assorbito, considerato appunto quale lo specchio dei tempi, una delle più attendibili testimonianze del modo complessivo di essere e di divenire dello Stato costituzionale e di operare degli attori istituzionali in esso presenti.

Il punto è, però, che la soglia suddetta non poche volte viene ad essere varcata; e l’operazione riceve – come si sa – fin troppo benevolo avallo da parte degli organi di garanzia o, addirittura, si deve proprio alla mano di questi ultimi, che nondimeno si fanno cura di mascherarla abilmente.

Sta di fatto che la duttilità strutturale degli atti appare essere, comunque, necessaria; tant’è che, quando fa difetto, viene non di rado imposta a forza (si pensi, ad es., ai non pochi casi in cui la flessibilizzazione dei disposti legislativi si ha a mezzo di pronunzie manipolative del giudice costituzionale).

La complementarietà dei ruoli mostra, dunque, il carattere approssimativo della tesi, come si sa largamente circolante, secondo cui lo Stato si sarebbe ormai trasformato (forse, irreversibilmente) presentandosi appunto quale “giurisdizionale”.

Avverto di rifuggire, in generale, dalla moda delle etichette che, quando va bene, fatalmente colgono solo una parte di vero, appiattendo e riducendo esperienze che in realtà hanno in sé complessità di tratti, fluidità degli elementi costitutivi, uno spessore che va ben oltre la crosta del fenomeno rappresentato. Se tuttavia volessimo dare un’idea di come stanno al riguardo le cose, dovremmo allora concludere nel senso che si ha (o, meglio, *dovrebbe* secondo modello costantemente aversi) uno *Stato che è, a un tempo, legislativo e giurisdizionale*, non solo l’una cosa ad esclusione dell’altra.

Con ciò, ovviamente, non si ha a cuore di coprire (o di prestare avallo a) talune espressioni della pratica giuridica connotate da eccessi e complessive torsioni del figurino costituzionale. Non occorre tuttavia pervenire alla sponda opposta di ripudiare l’intera esperienza sol perché si hanno talune sue espressioni, per l’uno o per l’aspetto, censurabili.

5.2. Il c.d. “dialogo” tra le Corti, il “metaprincipio” della massimizzazione della tutela che ne orienta e governa le movenze, i rischi per la certezza del diritto che, secondo una critica ricorrente, il suo accoglimento farebbe correre e i positivi effetti invece per il suo tramite raggiungibili, specificamente per ciò che attiene alla certezza dei diritti (e cioè alla effettività della loro salvaguardia)

In questo quadro, il c.d. “dialogo” tra le Corti – termine che seguito a considerare improprio e, nondimeno, evocativo di una realtà composita, bisognosa di molta attenzione e adeguata chiarificazione – acquista centralità di posto, ponendosi quale passaggio obbligato non solo per l’ottimale tutela dei diritti ma, alle volte, a motivo della latitanza del legislatore, ancora prima (e di più) per il loro stesso riconoscimento.

Il dialogo è strumento multiuso: si presta tanto al rinnovamento degli indirizzi giurisprudenziali quanto alla loro stabilizzazione. Ed è strumento che ha altresì doppio volto, rendendo testimonianza sia di divergenze e sia pure di convergenze. “Dialogare”, infatti, come si è precisato altrove, non vuol dire necessariamente essere d’accordo, l’importante però è capirsi; e, comprendendosi, alla lunga, la spinta più vigorosa, espressiva delle maggiori tendenze, è proprio quella – a me pare – per il secondo piuttosto che per il primo corno dell’alternativa. E non può, invero, al riguardo non riconoscersi ed apprezzarsi lo sforzo, già al presente tangibile, prodotto dalle Corti al fine di accorciare – fin dove possibile – la distanza tra le rispettive posizioni piuttosto che per allungarla.

Ci si deve a questo punto chiedere se si diano in Costituzione indicazioni in ordine al modo corretto, lineare, di svolgersi del dialogo, segnatamente tra le Corti europee e quelle nazionali.

La questione è, *in nuce*, di teoria della Costituzione.

Chiarisco il mio pensiero muovendo da due dati, l'uno inconfutabile, l'altro invece oggi accesamente discusso.

Il primo è che la Costituzione non detiene ormai più, così come invece un tempo, il monopolio del riconoscimento dei diritti fondamentali, che – come si è già rammentato – condivide con altre Carte di origine esterna (per ciò che qui maggiormente importa, la [CEDU](#) e la [Carta dell'Unione europea](#)). La qual cosa, poi, la dice lunga circa la possibilità di mantenere così com'è uno schema risalente che vede nella Costituzione stessa la più genuina, immediata ed esclusiva espressione del potere costituente di liberale fattura.

Il secondo dato attiene alla struttura dell'identità costituzionale, quale risulta dai valori fondamentali dell'ordinamento visti nel loro fare sistema, una *struttura plurale*, dal momento che tra i valori in parola vi è anche quello dell'apertura verso l'alto e verso l'altro (e, segnatamente, la Comunità internazionale e l'Unione europea). Se ne ha, dunque, che, nel momento in cui l'ordinamento acconsente a limitazioni della propria sovranità – secondo la previsione dell'art. 11 della [Carta](#) – in funzione della salvaguardia della pace e della giustizia tra le Nazioni, non presta un servizio a qualcosa che è fuori dell'ordinamento stesso bensì proprio ad uno dei suoi valori fondamentali, di quei valori che appunto entrano a comporre la *nostra* identità, il nostro DNA costituzionale (segnalo qui nuovamente, e sia pure di sfuggita, la stranezza – tale, perlomeno ai miei occhi, appare – costituita dal fatto che, a giudizio della Consulta, la [CEDU](#) non gioverebbe alla causa della pace e della giustizia, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 11; e ciò, malgrado si riconosca – [sent. n. 349 del 2007](#), p. 6.1. del *cons. in dir.* – che essa si pone quale “una realtà giuridica, funzionale e *istituzionale*”, come tale perciò rispondente al requisito della organizzazione, secondo la nota definizione datane da S. Romano, che la porterebbe diritto a godere della “copertura” del disposto costituzionale in parola).

Ci si intenda. Nessuno ha mai, giustamente, affermato che l'apertura in parola debba risultare incondizionata, *senza “se” e senza “ma”*. Né – mi preme qui chiarire, a scanso di taluni equivoci originati da affrettate letture fatte di alcuni miei scritti – ho mai pensato che le cose debbano andare proprio così, sol perché mi sono ripetutamente dichiarato contrario ad ammettere l'esistenza della categoria dei “controlimiti”. Di contro, ho più volte tenuto a precisare (e tengo qui a ribadire) che la composizione (non già delle *fonti* bensì) delle *norme* in sistema prescinda dalla loro provenienza e dalla loro forma (dalla *fonte*, appunto) e debba piuttosto risultare governata da (e puntare costantemente alla) ottimale realizzazione dei beni della vita costituzionalmente protetti (per ciò che qui più da presso importa, dei diritti fondamentali).

D'altro canto, tutte le Carte pretendono di poter valere se (ed in quanto) possano servire a questo scopo: è detto esplicitamente nell'art. 53 tanto della [CEDU](#) quanto della [Carta dei diritti dell'Unione](#) e risulta, a mia opinione con chiarezza, dalla stessa legge fondamentale della Repubblica, per la elementare ragione che è nell'idea stessa di Costituzione la sua vocazione alla massima affermazione possibile, in specie nei suoi valori di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità), la *coppia assiologica fondamentale* – come si è veduto – che dà senso agli stessi principi fondamentali restanti, piegati a darvi il più adeguato servizio in ragione dei casi.

Di qui, l'eventualità che, in uno di tali casi, le norme di origine esterna possano recedere davanti a norme interne, pur mostrandosi rispettose dei principi di base dell'ordinamento (dei “controlimiti”, appunto), così come però (ed all'inverso) potrebbero prevalere pur se contrarie a questo o quel principio fondamentale, ove risultino ancora meglio attrezzate delle norme nazionali a servire al meglio la tavola dei valori costituzionali nel loro fare “sistema”, vale a dire a portare alla ottimale affermazione della tavola stessa nell'esperienza, all'esito di un'operazione di ponderazione assiologica che verifichi se sia da preferire la “situazione normativa” – come a me piace chiamarla – *con* ovvero *senza* il vigore delle norme esterne.

Nessuna fonte, pertanto, è incondizionatamente prescrittiva, neppure la Costituzione; tutte, di contro, lo sono secondo i casi ed alla luce dei valori, potendosi affermare laddove dimostrino di

essere culturalmente meglio attrezzate di altre, avendo da offrire sul mercato dei diritti la merce migliore, la più adeguata ai bisogni di cui si chiede appagamento.

Insomma, nessuna eventualità può essere in partenza scartata, per un aprioristico convincimento d'ispirazione formale-astratta, l'esito dipendendo ogni volta dal modo con cui l'operatore di turno reputi che possano essere appagati al meglio i beni della vita costituzionalmente protetti, nel loro fare "sistema".

Il principio-guida, l'autentico "metapprincipio", siccome relativo al modo con cui i principi si pongono in reciproco rapporto, è quello, dietro accennato, della *massimizzazione della tutela*, dell'innalzamento massimo possibile del punto di sintesi tra i beni stessi.

Non a caso, la giurisprudenza costituzionale si mostra particolarmente insistente, specie negli ultimi anni, nel richiedere agli operatori (e, segnatamente, ai giudici) di prestare attenzione non al solo diritto di volta in volta in gioco bensì all'intero sistema dei beni della vita costituzionalmente riconosciuti. E, sempre non a caso, la giurisprudenza stessa, al fine del conseguimento della massima tutela possibile, sollecita a far luogo – perlomeno fin dove possibile – alla mutua integrazione delle Carte nei fatti interpretativi, per riprendere ora la felice indicazione data da Corte cost. con la [sent. n. 388 del 1999](#). Con il che si dà dunque ad intendere che le Carte possono giocarsi la partita alla pari e che ciascuna di esse ha da mettere in campo quanto di più e di meglio ha al fine dell'appagamento dei bisogni elementari dell'uomo sistematicamente considerati.

Il canone della miglior tutela – mi preme qui nuovamente rimarcare, dopo averne detto altrove – si pone, dunque, quale fattore, ancora prima della selezione della fonte maggiormente adeguata al caso, di *preorientamento interpretativo* delle Carte e della loro mutua e paritaria integrazione culturale, secondo l'indicazione data dalla pronunzia della Consulta sopra richiamata.

L'interpretazione, insomma, non è mai neutra bensì assiologicamente (pre)orientata. L'indicazione positiva al riguardo data dall'art. 53 della [Carta di Nizza-Strasburgo](#), in relazione al modo con cui questa chiede di essere intesa, possiede ed esprime una generale valenza di ordine metodico-teorico.

Perciò, il riconoscimento dato dalla singola Carta (Costituzione inclusa!) è obbligato a costanti mediazioni culturali con quelli date dalle altre Carte, in vista del conseguimento del fine appena enunciato.

È chiaro che, ambientate le relazioni tra le Carte (e le Corti che ne sono garanti) su un piano assiologico-sostanziale, siccome governate dal metapprincipio della miglior tutela, si corre il rischio non lieve di demandare a rapporti di forza tra le Corti stesse l'esito delle vicende processuali che s'impianzano e svolgono ogni volta che si faccia questione della salvaguardia di questo o quel diritto. Il rischio è, insomma, quello, più volte da molti denunciato, di una deriva soggettivistica che, a conti fatti, finirebbe col riproporre quello scenario inquietante, dietro già delineato, di fare della Corte più forte un *potere costituente permanente* e, per ciò stesso, di smarrire del tutto il bene irrinunciabile della certezza del diritto (qui, nella sua massima espressione, quale certezza del diritto costituzionale e dei diritti costituzionali).

Questa obiezione mi è stata mossa da più parti, specie in relazione ad una personale proposta ricostruttiva dell'ordine delle fonti (*rectius*, delle *norme*) che vado mettendo a punto da tempo, ragionando su varie questioni di diritto costituzionale, per il modo con cui le norme stesse si pongono davanti ai valori fondamentali dell'ordinamento (e, tra questi, principalmente a quello che vuole riconosciuti i diritti inviolabili dell'uomo, nel suo fare tutt'uno col valore di eguaglianza).

Trovo tuttavia singolare che chi nutre preoccupazione circa il triste destino che attenderebbe la certezza del diritto per effetto dell'adozione di criteri assiologico-sostanziali di sistemazione delle fonti (*rectius*, delle *norme*) e, in genere, di qualificazione dell'esperienza giuridica, non trovi nulla di strano a riguardo del quotidiano e diffuso utilizzo dei criteri stessi nei campi più vari ed a plurimi fini o effetti (si pensi, solo per fare i primi esempi che vengono in mente, alla teoria dei limiti alla revisione costituzionale, che porta a distinguere norma da norma in seno alla legge fondamentale della Repubblica, o ai limiti all'abrogazione popolare, specificamente laddove la relativa domanda investa norme idonee ad assicurare una "tutela minima" ai beni costituzionalmente protetti, o, ancora, al

modo stesso con cui dagli enunciati si estraggono le norme, l'interpretazione per sua natura svolgendosi su un terreno spianato da canoni di sostanziale fattura).

5.3. Il fondo di verità racchiuso nella critica di coloro che si mostrano preoccupati per la certezza del diritto e le opportunità offerte a quest'ultima al fine di potersi compiutamente affermare dotandosi di ancora più solide basi il "dialogo" tra le Corti a mezzo di una nuova e più adeguata razionalizzazione dei loro rapporti

Tutto ciò posto, è pur vero che le relazioni tra i giudici non possono essere per intero abbandonate a se stesse, di modo che il loro dialogo prenda forma secondo congiunturali improvvisazioni e grazie alla buona volontà di questa o quella Corte e di tutte assieme di darsi reciproco ascolto, portando a frutto le indicazioni che vengono da ciascuna di esse a beneficio dei diritti.

Per vero, alcuni canoni a base delle relazioni in parola non fanno già oggi difetto; e basti solo, al riguardo, pensare a ciò che ha rappresentato (e più ancora, verosimilmente, rappresenterà anche per l'avvenire) il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione. I compiti crescenti e sempre più gravosi che attendono già al presente (e di sicuro ancora di più attenderanno un domani) i giudici rendono chiara testimonianza del fatto che lo strumento in parola, seppur prezioso e suscettibile di essere portato ad ancora più feconde applicazioni, non è nondimeno sufficiente. La domanda imponente di appagamento di sempre nuovi bisogni è, già di per sé, la prova migliore della necessità di mettere ordine nel dialogo intergiurisprudenziale, senza comunque soffocarne la naturale vocazione ad esprimersi nei modi più varî in ragione della parimenti varia connotazione dei casi.

Il dialogo può, infatti, dimostrarsi strumento adeguato a dare certezze di diritto costituzionale e di diritti costituzionali, agevolando la formazione di orientamenti giurisprudenziali convergenti, solo a condizione che si apprestino basi positive sufficientemente solide sulle quali possa impiantarsi e svolgersi.

In astratto, possono al riguardo battersi due vie, senza nondimeno escludere che possano essere percorse entrambe con buoni risultati.

La prima è quella di una normazione eteroprodotta, l'altra quella di una autoprodotta.

Avverto subito di considerare più piana – perlomeno al presente – la seconda, che si affida a protocolli d'intesa tra le Corti in vista della soluzione "concordata" da dare ad alcune tra le più impegnative e spinose questioni. È questa la soluzione fatta propria di recente – come si sa – dalla Corte di Cassazione e dalla Corte EDU; e, a quanto pare, i primi risultati avutisi per effetto del protocollo tra di esse stipulato sono assai promettenti.

È poi da studiare attentamente l'eventualità che le Corti europee decidano in via di fatto (magari, in vista del consolidamento di una loro iniziale convenzione e della sua conversione in una vera e propria consuetudine) di consultarsi reciprocamente prima di pronunziarsi su determinate questioni, ferma restando la libera autodeterminazione conseguente al reciproco ascolto. Pur auspicando che quest'esito possa aversi – è da sperare, tra non molto –, confesso tuttavia di dubitare che esso sia raggiungibile per via di mero fatto, senza cioè poter poggiare su un documento normativo, sia pure di *soft law*, che ne agevoli il conseguimento. Ancora più salda, poi, la base in parola – e qui vengo a dire della prima via – qualora venisse delineata in un vero e proprio accordo di diritto internazionale, la cui formazione però comporterebbe una modifica dei trattati e, perciò, richiederebbe un consenso talmente largo da far dubitare che possa, perlomeno a breve, aversi. Eppure, specialmente nella prospettiva, per remota che ad oggi appaia, dell'adesione dell'Unione alla [CEDU](#), percorrere l'una o l'altra delle vie sopra indicate mi parrebbe sommamente opportuno; e, d'altro canto, il trattato di adesione in parola non potrà non prevedere una qualche forma di collegamento istituzionale tra le Corti europee.

La conclusione appena raggiunta può riproporsi con riguardo altresì ai rapporti con le Corti nazionali. Anche su questo versante, infatti, molto v'è da costruire al fine di dotare i rapporti stessi di basi adeguate all'impegno connesso al loro svolgimento.

Si pensi, ad es., alla eventualità di dar vita ad una sorta di rinvio pregiudiziale “discendente” – come lo si è altrove chiamato – che dia modo alla Corte dell’Unione di potersi pronunciare *causa cognita*, laddove a ciò adita, in merito a sospette violazioni da parte della normativa dell’Unione stessa nei riguardi dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali, ai quali essa è – come si sa – obbligata dall’art. 4.2 del trattato di Lisbona a prestare rispetto. Mi pare evidente che il giudice eurounitario abbia al riguardo il suo specifico, illuminante punto di riferimento nel diritto vivente, quale affermatosi presso ciascun ordinamento nazionale, nel quale si converte e risolve il diritto costituzionale vigente.

Fermo questo principio, quest’autentica direttiva metodica d’azione, è poi da stabilire se sia sufficiente che la Corte dell’Unione prescelga da sé, senza alcun sussidio offertole in spirito di “leale collaborazione” dai giudici nazionali, la normativa nazionale giudicata espressiva dei principi di struttura cui fa richiamo l’art. 4.2, cit., oppure se sia doveroso ovvero opportuno che riceva al riguardo indicazioni dai giudici nazionali (e, poi, da quali? Dal solo tribunale costituzionale, quale interprete privilegiato, seppur ovviamente non esclusivo, dei principi in parola oppure anche dai giudici comuni, e segnatamente dal giudice della legittimità?).

Come si vede, si pongono non pochi né lievi problemi, anche di mantenimento di delicati equilibri istituzionali di diritto interno (segnatamente, tra la Corte di Cassazione e la Corte costituzionale), ai quali, per l’ipotesi ora ragionata, occorrerebbe far fronte.

Non sono tuttavia così ingenuo da pensare che la Corte dell’Unione possa accedere di buon grado all’ordine di idee di sottoporsi culturalmente – ché di questo, a conti fatti, si tratta – ad indicazioni dei giudici nazionali che comunque ne condizionerebbero, in maggiore o minore misura, l’operato. Eppure, una siffatta, ipotetica indisponibilità al “dialogo” coi giudici nazionali sarebbe, a mia opinione, un grave errore, un autentico difetto di miopia da correggere urgentemente: né più né meno di come lo è stato quello del nostro giudice costituzionale che fino a pochi anni addietro si è dichiarato indisponibile ad avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale, in tal modo da se medesimo emarginandosi dal circuito in cui prende forma il dialogo intergiurisprudenziale e lasciando perciò campo libero ai giudici comuni. Ancora oggi, peraltro, la giurisprudenza in tema di doppia pregiudizialità, comunitaria (o, dovrebbe oggi dirsi, eurounitaria) e costituzionale, con l’ordine di precedenza al riguardo stabilito, finisce, a conti fatti, col tradursi in un arretramento da parte della Consulta dal campo in cui si gioca la partita tra i giudici nazionali e quelli dell’Unione.

Quand’anche, dunque, non si riuscisse a far luogo ad una modifica del trattato, delineando il percorso “discendente” in parola, ugualmente consiglieri di estendere il “metodo” inaugurato dal protocollo d’intesa tra la nostra Corte di Cassazione e la Corte di Strasburgo a tutto campo, sì da comprendere tanto il fronte dei rapporti tra le due Corti europee quanto quello dei rapporti tra la Corte dell’Unione e il giudice della legittimità (ed altri giudici ancora, quali quelli amministrativi) ed anche – perché no? – lo stesso giudice costituzionale.

Miglioramenti si rendono, poi, necessari anche in merito allo strumento di consultazione di cui al prot. 16 allegato alla [CEDU](#), in ispecie valutando se sia il caso di concedere altresì ai giudici non di ultima istanza l’opportunità di interpellare la Corte europea e, ovviamente, corredando siffatta previsione di meccanismi di filtro idonei a preservare la funzionalità della Corte stessa già oggi minacciata dal suo... *ottimo rendimento*, testimoniato dalla crescita esponenziale delle cause portate alla sua cognizione (ad es., dando modo ad un collegio ristretto costituito in seno alla Corte di selezionare le domande meritevoli di esame). Proprio perché ha fatto cose egregie, la Corte potrebbe, dunque, non... *poterle fare più*, laddove dovesse continuare l’attuale *trend* di ricorsi. Un *trend* che, peraltro, rende esso pure testimonianza sia di quella fioritura di diritti, di cui si è venuti dicendo, sia di un’accresciuta sensibilità ormai maturata nel corpo sociale e tra gli operatori istituzionali per ciò che attiene al servizio che le Carte diverse dalla Costituzione (e, tra queste, appunto la [CEDU](#)) possono offrire al compiuto appagamento dei diritti.

6. Al tirar delle somme

Come, da chi e dove, dunque, sono riconosciuti e tutelati i diritti fondamentali?

Lo Stato costituzionale, tanto secondo l'originario modello risultante dalla [Carta](#) di cui la Repubblica si è dotata all'indomani della sua nascita quanto (e soprattutto) secondo i suoi più recenti sviluppi nell'esperienza, esibisce una struttura complessa, risultante da una pluralità di elementi attraversati da un moto incessante e portati a comporsi, scomporsi e ricomporsi in forme continuamente cangianti, in ragione dei casi e dei bisogni in essi emergenti. L'appagamento di questi ultimi e, prima ancora, la loro messa a fuoco e qualificazione richiede delicate e parimenti complesse operazioni cui sono chiamati a concorrere, a vario titolo e con varietà di effetti, attori dislocati a plurimi livelli istituzionali, esterni ed interni all'ordinamento statale, tra i quali s'instaurano equilibri essi pure mobili in ragione dei casi stessi e delle combinazioni di valore dagli stessi sollecitate a formarsi.

Questi equilibri non sono alle volte, in realtà, tali, in ispecie riscontrandosi in molte occasioni un ruolo fin troppo marcato dei giudici, da una diffusa opinione considerato invasivo dell'area materiale riservata al legislatore. Si trascura tuttavia che sono proprio talune vistose carenze che connotano l'operato di quest'ultimo a portare diritto all'esito suddetto, inevitabile se si ha a cuore di dare tutela a diritti e interessi in genere costituzionalmente protetti.

Il vero è che – come si è tentato di mostrare – nessuno può sottrarsi all'onere, sempre più gravoso ma anche non poco gratificante, di dare il proprio fattivo concorso all'appagamento dei bisogni elementari dell'uomo, un concorso che vede oggi impegnati con centralità di ruolo altresì attori istituzionali operanti in ambiti esterni, a partire dalle Corti europee: “luoghi” particolarmente ospitali per i diritti, nei quali questi ultimi assai spesso ricevono la loro iniziale, seppur immatura, conformazione, che nondimeno richiede di essere ulteriormente affinata e specificata in ambito interno, laddove pure plurimi attori istituzionali sono chiamati ad attivarsi e spendersi al servizio dei diritti. La messa a fuoco di questi ultimi è, insomma, una sorta di *work in progress*, che vede l'avvicinarsi di più operatori, secondo ordini di entrata in campo non precostituiti (anche se, secondo modello, la prima parola toccherebbe dire, come si è veduto, al legislatore, e segnatamente a quello costituzionale).

La comunità statale, in questo quadro qui molto sommariamente abbozzato, non si presenta come meramente passiva, destinataria di atti d'imperio, in forma di legge (o di altri documenti normativi) ovvero di sentenze, dotati di varia intensità prescrittiva ed estensione degli effetti. Di contro, laddove gli operatori tutti intendano il loro ufficio come un *munus*, un potere ma anche (e soprattutto) un dovere o un servizio da rendere alla collettività, è proprio a quest'ultima che è demandato il primo e più rilevante ruolo nella complessiva vicenda che porta alla maturazione ed affermazione dei diritti, in special modo appunto dei nuovi. È la comunità sociale, infatti, che – come si è tentato di mostrare – “produce” i diritti, col fatto stesso di dar vita a consuetudini culturali profondamente radicate nel tessuto sociale ed orientate appunto al loro riconoscimento. Ma il corpo sociale, negli ordinamenti di tradizioni liberal-democratiche, possiede una struttura “plurale”, naturalmente portata alla propria diversificazione interna, al perenne confronto culturale. Le voci minoritarie che in esso si esprimono non solo non possono (e non devono) essere sacrificate o mortificate ma, all'inverso, abbisognano di una speciale, privilegiata tutela, secondo la ispirata, efficacissima formula dell'art. 3, II c., nel suo fare sistema col I c. e, soprattutto, con l'art. 2 della [Carta](#).

Le consuetudini culturali, di cui qui si è discusso, non sono un *quid* d'immutabile (nulla, d'altronde, lo è...) che, una volta formato, si consegna alla generazione presente e a quelle a venire *sub specie aeternitatis*. Sono esse pure, al pari di ogni umana vicenda, soggette a continua verifica, a rinnovamento, a mutamento insomma. Nulla, dunque, ovviamente osta a che vengano alla luce nuove consuetudini, magari agevolate dai giudici e suscettibili, se del caso, di prendere il sopravvento sulle vecchie o che si aggiungano a queste, entrando a comporre e ad arricchire il patrimonio dei beni della vita costituzionalmente protetti.

Fermo restando che – come si è veduto – legislatore e giudici assai di frequente si alternano ovvero si sommano nel dare riconoscimento e tutela ai diritti, va tuttavia rilevato che, conformemente alla loro natura, *tendenzialmente la stabilizzazione delle consuetudini, di cui qui si è discusso, si afferma nel modo migliore per il tramite dell'opera del legislatore, il loro rinnovamento grazie all'opera dei giudici.* È pur vero, nondimeno, che le cose possono anche andare alla rovescia, da molti segni avendosi conferma (da noi come altrove) che – come si è fatto in altri luoghi notare – alle volte un sano diritto costituzionale non scritto (anche giurisprudenziale!) è foriero di maggiori certezze e di stabilità di un diritto mal scritto, ovvero che i ruoli istituzionali possono invertirsi, anche per l'aspetto cronologico. Ciò che, ad es., si ha laddove il legislatore innovi a pratiche giurisprudenziali anche consolidate o laddove siano proprio queste ultime a determinare il radicamento di nuove consuetudini in assenza o prima dell'intervento del legislatore (che ora non viene mai alla luce ovvero viene in essere con notevole ritardo, quando cioè la costruzione giurisprudenziale è già bell'e fatta).

Il quadro è, dunque, molto fluido, animato da spinte e contropunte di varia provenienza ed intensità, produttive di esiti parimenti varî, comunque non di rado precari.

La partita dei diritti, al tirar delle somme, rimane perciò sempre aperta; l'augurio è che comunque i diritti stessi riescano nel corso di essa a trovare (se non l'ottimale) un apprezzabile appagamento, nei limiti ed alle condizioni che la difficile (e, per molti versi, proibitiva) congiuntura del tempo presente consente.

Antonio Ruggeri

Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*

SOMMARIO: 1. I due piani su cui ambientare lo studio del rapporto tra giurisdizione e diritti, quello delle tecniche decisorie e l'altro degli indirizzi di merito concernenti la tutela dei diritti, e il loro mutuo inscindibile intreccio. – 2. L'invenzione di sempre nuove tecniche decisorie, le circostanze in cui può farsene un utilizzo esasperato (come a riguardo delle misure cautelari) in deroga ai canoni della incidentalità, e il bisogno di un aggiornamento dei canoni stessi a mezzo tanto di norme eteroprodotte quanto, in svolgimento di queste, di norme autoprodotte (per via regolamentare ovvero per via giurisprudenziale), segnatamente nel senso di dotare il giudice comune del potere di disapplicare norme di legge giudicate incostituzionali, se del caso autorizzandolo ugualmente ad investire la Corte delle relative questioni. – 3. Il rilievo della comparazione e dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale nella soluzione delle questioni concernenti i diritti e la necessità di far luogo ad indagini metodicamente indirizzate dal principio della integrazione interordinamentale, che ha il suo punto unificante nella *Grundnorm* della ottimizzazione della tutela e quale suo strumento maggiormente conducente allo scopo il canone della *interpretazione circolarmente conforme*, la sola in grado di mettere convenientemente a fuoco le norme e di stabilire quali di esse servano meglio alle complessive esigenze del caso. – 4. L'interpretazione quale *punctum crucis* dei rapporti tra giudici e legislatore, e la (irresistibile?) tendenza della giurisdizione a farsi normazione: le conferme che se ne hanno negli ambiti materiali attraversati dalle indagini qui illustrate e la ricerca di un complessivo riequilibrio istituzionale che nondimeno si avvalga della congiunta e "leale cooperazione" di tutti gli operatori (esempi tratti dalle vicende della procreazione medicalmente assistita e delle unioni tra omosessuali). – 5. Questioni di biodiritto, salvaguardia della segretezza dei dati personali e riconoscimento del diritto di accesso ai farmaci quali banchi di prova particolarmente attendibili al fine di stabilire quale idea di persona e di diritto fondamentale tenda ad affermarsi nell'esperienza e, perciò, di verificare se (ed in che misura) il nostro sia ancora uno Stato costituzionale.

1. I due piani su cui ambientare lo studio del rapporto tra giurisdizione e diritti, quello delle tecniche decisorie e l'altro degli indirizzi di merito concernenti la tutela dei diritti, e il loro mutuo inscindibile intreccio

Una preliminare avvertenza.

Non discuterò delle relazioni che ci sono state illustrate riservando a ciascuna di esse uno specifico commento né dirò per l'aspetto teorico dei contenuti da esse offerti¹. Mi sembra infatti maggiormente conducente allo scopo prefissosi da chi ha organizzato il nostro incontro e confacente al ruolo che mi è stato assegnato riunire le mie osservazioni in un unico discorso e soffermarmi in particolare su ciò che, a mia opinione, manca nelle riflessioni che ci sono state sottoposte o, comunque, meriterebbe talune integrazioni ed un complessivo approfondimento. Il taglio delle mie osservazioni è, dunque, di metodo più e prima ancora che di teoria; il loro oggetto è quello stesso prescelto per il titolo dei lavori della nostra sessione, avuto cioè riguardo alla relazione intercorrente tra giurisdizione e diritti. Una relazione che si presta ad essere riconsiderata da plurimi angoli visuali e su plurimi piani o ambiti materiali di esperienza: due, in particolare, quelli che ai miei occhi appaiono essere maggiormente promettenti interessanti esiti teorico-ricostruttivi, con riferimento, per un verso, al rilievo delle tecniche decisorie in ordine alla tutela dei diritti, tentandosi perciò di stabilire al ricorrere di quali

* Lo scritto riproduce, con minime revisioni di forma e l'aggiunta di un essenziale apparato di note, il testo di un intervento svolto quale *discussant* al *Quinto seminario annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" con i dottorandi in materie gius-pubblicistiche*, Università di Roma Tre, 30 settembre 2016, alla cui data lo scritto è aggiornato.

¹ Queste le relazioni che hanno dato lo spunto per la riflessione che mi accingo a svolgere: A. CAUDURO, *Diritto alla salute, attività economica e servizio pubblico nella disciplina del farmaco*; F. DELÙ, *L'interpretazione conforme e i suoi limiti: confronto tra Italia e Regno Unito*; C. MASCIOTTA, *La tutela dei diritti fondamentali tra Corte costituzionale e Corte edu alla prova di questioni eticamente controverse*; G. MENEGUS, *Tutela cautelare e questione di legittimità*, tutte in www.gruppodipisa.it.

condizioni ed in che misura questa dipenda da quelle, e, per un altro verso, agli orientamenti di merito della giurisprudenza, e dunque ai connotati sostanziali della tutela stessa.

I contributi offerti al nostro incontro di oggi non soltanto ne danno piena conferma (tutti, infatti, riportabili all'indicazione appena data) ma si spartiscono equamente il campo (due per ciascun ambito materiale). Potremmo dire, per intenderci, che alcuni hanno per specifico oggetto di studio la *giurisdizione*, altri la *giurisprudenza*.

Si tratta, nondimeno, di una semplificazione eccessiva o, diciamo pure, forzata nei riguardi di una esperienza comunque unitaria, seppur internamente articolata e composita. È chiaro, infatti, che tecniche decisorie e indirizzi di merito o contenuti della tutela non possono essere tenuti separati se non in modo artificioso, implicandosi e facendosi di continuo rimando a vicenda. Cambia, dunque, la prospettiva ma il fenomeno riguardato è (e resta) essenzialmente unitario.

D'altronde, è risaputo ed avvalorato da numerose vicende processuali che le tecniche sono prescelte al fine di veicolare le decisioni sostanziali cui si riferiscono: sono, insomma, come i vestiti fatti su misura, senza dei quali il corpo in essi racchiuso apparirebbe "nudo" e, perciò, impresentabile. Checché se ne dica da parte degli stessi giudici che le adottano, le tecniche non sono poi mai "neutre", giuridicamente necessitate, ponendosi piuttosto quale la (più o meno lineare) conseguenza, il *posterius* non il *prius*, della soluzione nei cui riguardi si pongono in funzione servente².

V'è un indice esteriore immediatamente visibile che dà, a mia opinione in modo inequivocabile, conferma di quest'assunto, peraltro – come si sa – da tempo accreditato in dottrina; ed è dato dalla "invenzione", che non sembra conoscere pause o limiti, di sempre nuovi tipi o sottotipi di tecniche, in essi specchiandosi l'inesauribile varietà del reale, dei casi della vita bisognosi di peculiari, per ciascuno di essi congrue, soluzioni³. Altra cosa è, tuttavia, che la tecnica prescelta risulti conducente allo scopo e – ciò che a me sembra ancora più rilevante – pianamente riportabile ai canoni che disciplinano il processo, ovverosia idonea ad iscriversi armonicamente nel quadro da questi tracciato.

L'incontro di oggi – come si passa subito a dire – ce ne dà ulteriore, probante testimonianza.

2. L'invenzione di sempre nuove tecniche decisorie, le circostanze in cui può farsene un utilizzo esasperato (come a riguardo delle misure cautelari) in deroga ai canoni della incidentalità, e il bisogno di un aggiornamento dei canoni stessi a mezzo tanto di norme eteroprodotte quanto, in

² Per quest'aspetto, le tecniche sono come la parte motiva delle pronunzie dei giudici che precede e conduce al dispositivo ma che, nella sostanza, lo segue e giustifica, secondo quanto è peraltro da tempo segnalato dalla più avvertita dottrina (con specifico riguardo alle esperienze della giustizia costituzionale, per tutti, v. AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, e A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996).

³ Utili indicazioni al riguardo in C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013.

L'adozione di un nuovo tipo di pronunzia è stata patrocinata nel corso del nostro incontro da C. MASCIOTTA al fine di sanzionare le omissioni assolute del legislatore, spianando la via ai giudici comuni perché possano offrire tutela ai diritti ed agli interessi in genere lesi dalle omissioni stesse. In particolare, si suggerisce alla Consulta di far luogo ad una pronunzia di rigetto accompagnata però dalla addizione di un principio suscettibile di essere utilizzato quale base normativa per l'eventuale ristoro economico da riconoscere alla persona offesa. Forse, però, non è necessaria l'invenzione di una specie di decisione "mista", rinvenendosi nel monito contenuto nella pronunzia, da cui risulti chiara la illegittima omissione, una base idonea a sorreggere la decisione di risarcimento del danno.

Faccio solo un esempio che riprenderò più avanti; e, dunque, si pensi alla nota [sent. n. 138 del 2010](#), nella parte in cui si lamenta la mancanza di una disciplina adeguata delle unioni omosessuali, cui avrebbero potuto far appello persone dello stesso sesso conviventi, prima del varo della legge n. 76 del 2016, chiedendo un congruo ristoro economico per i loro interessi offesi dall'inerzia del legislatore (la tesi è stata coraggiosamente prospettata da R. CONTI, *Il rilievo della CEDU nel "diritto vivente": in particolare il segno lasciato dalla giurisprudenza "convenzionale" nella giurisprudenza dei giudici comuni*, in AA.VV., *Crisi dello stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 87 ss., proprio con riguardo all'esempio ora fatto e da me considerata generalizzabile, a condizione che sia provata essere la lesione del diritto "conseguenza diretta, immediata e necessaria del vuoto legislativo" [così, nel mio *In tema di interpretazione e di interpreti nello Stato costituzionale (a proposito di un libro recente)*, in *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XIX, *Studi dell'anno 2015*, Giappichelli, Torino 2016, 530 s., e nt. 41 per il riferimento testuale].

svolgimento di queste, di norme autoprodotte (per via regolamentare ovvero per via giurisprudenziale), segnatamente nel senso di dotare il giudice comune del potere di disapplicare norme di legge giudicate incostituzionali, se del caso autorizzandolo ugualmente ad investire la Corte delle relative questioni

Prendiamo l'annosa questione delle misure cautelari.

La soluzione patrocinata da G. Menegus è indubbiamente ingegnosa e ben argomentata; ciò non toglie tuttavia che essa stia stretta – a me pare – tra le regole del processo incidentale che parrebbero non lasciare scampo e concederle lo spazio per potersi affermare.

Il suggerimento, ripreso dalla giurisprudenza in ambito amministrativo e da una nota dottrina schieratasi a suo sostegno⁴, è di dar modo al giudice di accogliere *ad tempus* l'istanza di misura cautelare, in attesa del giudizio della Consulta, a seguito del quale il giudice stesso potrebbe confermare ovvero revocare il provvedimento inizialmente adottato.

Ora, la circostanza per cui il giudice sarebbe abilitato ad intervenire in due tempi mette in luce una duplice deroga all'incidentalità, rigorosamente intesa, per un verso avendosi comunque una pronuncia dell'autorità remittente e facendosi pertanto applicazione della norma indubbiata e, per un altro verso, risultando adottato *sub condicione* non soltanto il verdetto dell'autorità stessa ma anche quello del giudice costituzionale in relazione al giudizio *a quo*, sol che si pensi che la pronuncia della Corte potrebbe in quest'ultimo restare priva di effetti, essendosi già fatta applicazione della norma oggetto della questione. È vero che occorrerebbe pur sempre il giudizio di “conferma” della misura interinale: il secondo frammento e segmento temporale di un complessivo *work in progress* che si perfeziona presso il giudice remittente e che ha appunto bisogno di venire comunque alla luce affinché il procedimento da cui trae origine la questione possa giungere a compimento. La “conferma” in parola, nondimeno, rende stabile un effetto *in tutto e per tutto* già prodottosi prima dell'attivazione del giudizio di costituzionalità; un effetto che, invece, per il modo con cui è congegnato il meccanismo incidentale non può aversi se non, eventualmente, *dopo* che il giudice delle leggi ha emesso il proprio verdetto. Il processo costituzionale, insomma, per come lo conosciamo, ruota attorno al perno della incidentalità, la quale ha poi – come si sa – quale suo elemento costitutivo indefettibile la rilevanza. Né varrebbe opporre⁵ che quest'ultima è comunque fatta salva, riportandosi non già alla pronuncia interinale bensì a quella definitiva dell'autorità remittente. Così ragionando, infatti, si finisce con l'ammettere che la rilevanza non c'è *ancora* al momento in cui la questione di costituzionalità è portata alla cognizione della Corte, mentre verrebbe ad esistenza (o, comunque, risulterebbe avvalorata) solo *dopo* il verdetto di quest'ultima.

Questa vicenda, al di là del caso specifico ora discusso, insegna comunque molte cose.

La prima (e ai miei occhi maggiormente significativa) attiene al rapporto, sempre più controverso e sofferto, tra normazione e giurisdizione o, per essere più precisi, tra la normazione eteroprodotta e quella frutto di autonomia, si presenti poi quest'ultima come normazione propriamente... *normativa* ovvero giurisprudenziale: l'una prendendo forma per via regolamentare o a mezzo di altro documento normativo idoneo ad assicurare la sua astrazione dal caso, a consentirne cioè la “universalizzazione” e, perciò, la ripetibilità temporale; l'altra, di contro, legandosi strettamente al caso che porta alla sua “invenzione”. La qual cosa, ad ogni buon conto, non toglie che possa essa pure radicarsi e *quodammodo* “oggettivarsi” nel terreno su cui prendono svolgimento le esperienze giurisprudenziali, pur non possedendo la forza che è propria dei canoni formalizzati in documenti normativi, con le certezze in ordine alla loro applicazione che usualmente ad essi si accompagnano.

La questione trattata da G. Menegus induce, nondimeno, ad un complessivo ripensamento di altre, generali questioni, peraltro tra di loro strettamente connesse.

⁴ Ha di recente fatto il punto sulla annosa questione L. AZZENA, *Tutela cautelare dei diritti e incidente di costituzionalità: una “vecchia questione” verso una parziale soluzione*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 91 ss.

⁵ ... con G. MENEGUS, cit., 9 del *paper*.

In primo luogo, si ha conferma che la disciplina del processo costituzionale richiede interventi strutturali volti a tenere conto delle peculiari esigenze che possono manifestarsi in relazione a talune specie di giudizio o in talune circostanze. A mia opinione, la soluzione più lineare dovrebbe essere data da una normazione internamente articolata, in più forme e più tempi: ad una prima disciplina essenziale offerta dalla legge dovendo far seguito una successiva normazione autoprodotta, essa pure ora a mezzo di documenti normativi allo scopo specificamente forgiati ed ora per via giurisprudenziale. Il primo e più solido fondamento nondimeno dev'esser dato dalla legge, in difetto della quale il rischio micidiale che si ha è che le soluzioni di produzione pretoria possano rivelarsi nei fatti forzate, espressive di manipolazioni più o meno vistose delle regole del processo costituzionale.

La Corte ha – come si sa – in molte occasioni reso flessibili regole legislative eccessivamente rigide, a mezzo di tecniche decisorie particolarmente adeguate allo scopo (tra le quali le additive di principio e la manipolative in genere). L'esperienza nondimeno c'insegna (e il tema trattato da G. Menegus è altamente istruttivo al riguardo) che questo bisogno di una maggiore flessibilità o, diciamo meglio, articolazione delle regole si manifesta anche sul versante del processo. Poiché, però, le discipline legislative tardano a venire, nel mentre certe esigenze di ordine sostanziali premono per il loro appagamento, ecco che la Corte si trova costretta dalle circostanze ad interventi sostanzialmente normativi, pur se ovviamente non riconosciuti né riconoscibili come tali, pervenendo a manipolazioni ora più ed ora meno vistose dei canoni processuali.

La punta massima di questo *trend*, che specie in tempi recenti ha avuto molte manifestazioni che lo avvalorano, è, forse, dato dal deciso abbandono della stessa incidentalità, operato dalla discussa (e discutibile) [sent. n. 10 del 2015](#)⁶. Una vicenda, questa, assai nota e che non giova pertanto ora rammentare neppure nei suoi termini essenziali, che nondimeno insegna che possono darsi circostanze in cui lo stesso meccanismo incidentale può incepparsi; e tanto vale allora pensare a soluzioni alternative, quale quella patrocinata da una sensibile dottrina favorevole ad una marcata responsabilizzazione del giudice comune, chiamato a far luogo a vere e proprie operazioni di giustizia costituzionale in vece della Corte e perciò, laddove necessario, a disapplicare leggi pur sospette d'incostituzionalità, all'esito di un'operazione di ponderazione assiologica che porti a considerare recessivo un certo bene della vita o interesse pur astrattamente meritevole di tutela a fronte di un altro preminente in ragione del caso⁷.

D'altro canto, il nostro è un sistema di giustizia costituzionale che esibisce – come si sa – tracce marcate e plurime di “diffusione”⁸. La stessa soluzione della disapplicazione o – come la giurisprudenza costituzionale preferisce dire, in relazione ai conflitti con norme (ieri comunitarie ed oggi) eurounitarie – della “non applicazione” non è affatto sconosciuta al sistema stesso⁹; ed allora tanto vale riconoscerla *expressis verbis*, alla luce del sole, anche in relazione alla questione delle misure cautelari. Solo che la via piana per farvi luogo a me pare essere non già quella della “invenzione” pretoria bensì l'altra della ammissione per mano del legislatore. Forse, ancora meglio si farebbe ad enumerare uno ad uno i casi, a partire proprio da quello concernente le norme di diritto interno contrarie a norme *self-executing* dell'Unione, al cui ricorrere il giudice è abilitato alla disapplicazione in parola.

Si tratta, nondimeno, di una soluzione che, se accolta, richiede comunque, a mio modo di vedere, di essere fortemente circoscritta nella sua portata, stabilendo pertanto condizioni e limiti della sua

⁶ Tra i molti commenti, v. i contributi che sono nel fasc. 3/2015 di *Quad. cost.* e gli altri che sono richiamati in testa alla [decisione](#) in [Consulta OnLine, 2015](#); altri riferimenti in D. BUTTURINI, *Il diritto della crisi economico-finanziaria tra ragioni dell'emergenza e giudizio di costituzionalità*, in [www.rivistaaic.it](#), *Oss. Cost.*, 3/2016, 6 settembre 2016, 21 ss.

⁷ In argomento, v., spec., la interessante proposta ricostruttiva affacciata non molto tempo addietro da R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 31 marzo 2014, part. all'ult. §.

⁸ Il punto può ormai dirsi stabilmente fissato (per tutti, AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, a cura di E. Malfatti - R. Romboli - E. Rossi, Giappichelli, Torino 2002).

⁹ V., al riguardo, il quadro di sintesi che è in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, Giappichelli, Torino 2014, 252 ss.

operatività (a riguardo dei quali dovrebbe farsi un lungo ed articolato discorso di cui però è, chiaramente, altra la sede).

L'eventualità ora immaginata non è, tuttavia, l'unica possibile. L'ipotesi sopra descritta, infatti, non comportando la chiamata in campo della Corte, fa sì che gli effetti della pronunzia del giudice comune restino circoscritti – come di consueto – al solo giudizio demandato al giudice stesso. Potrebbe, però, rendersi opportuno che a quest'ultimo si accompagni quello del giudice costituzionale, con effetti *erga omnes*.

È proprio ciò che potrebbe aversi in relazione alle misure cautelari, dandosi modo al giudice, al tempo stesso in cui fa luogo alla loro adozione, di decidere se rimettere, o no, ugualmente la questione avente ad oggetto la norma di legge della cui validità dubita al sindacato della Consulta (o, meglio, di sottoporre a quest'ultimo la norma della cui incostituzionalità il giudice è certo, il mero dubbio non essendo bastevole per la sua disapplicazione; ed anche su ciò, malgrado la nota giurisprudenza in tema d'interpretazione conforme, può vedersi un sensibile scostamento dal modo usuale d'intendere l'incidentalità). Allo stesso tempo, è da studiare se convenga che la futura disciplina riconosca alla Corte il potere di stabilire se la propria decisione debba, o no, produrre effetti nei giudizi ancora pendenti ovvero che siffatta facoltà sia demandata agli stessi giudici, come pure merita, a parer mio, di essere riconsiderata la questione relativa al riconoscimento in capo al giudice costituzionale del potere di concedere la misura cautelare della sospensione della efficacia della legge sottoposta a giudizio con la via incidentale¹⁰. La qual cosa, a tacer d'altro, presenterebbe il duplice vantaggio di far da compenso al potere di disapplicazione riconosciuto al giudice comune e di evitare il prodursi o il reiterarsi di effetti incostituzionali poi alle volte, in relazione a talune norme o circostanze, materialmente non sradicabili o problematicamente e comunque solo in parte rimuovibili.

È chiaro, nondimeno, che a base di ciascuna delle ipotesi ragionate sta la questione di ordine generale relativa all'assetto giudicato più opportuno per i rapporti tra giudici comuni e Corte, ora rimarcando maggiormente il ruolo dei primi ed ora invece valorizzando ulteriormente quello della seconda.

Tutto ciò – com'è chiaro –, anche per le sue evidenti e rilevanti implicazioni al piano istituzionale, non può che esser frutto di determinazioni adottate per via politico-normativa. Che poi la volontà del legislatore possa tradursi in una disciplina meramente autorizzatrice, che dia modo a questo o quell'organo di determinarsi come meglio crede in ragione delle circostanze, è cosa ovviamente da mettere in conto; come si è venuti dicendo, il passaggio legislativo mi parrebbe, ad ogni buon conto, ineludibile. D'altronde, siamo realisti: se non dovesse esservi, è scontato che vi “supplirebbe” il giudice; ed allora tanto vale che si ripristini l'ordine giusto dei ruoli istituzionali, facendo precedere l'intervento del giudice da quello del legislatore ed obbligando il primo a mantenersi entro i confini fissati dal secondo.

3. Il rilievo della comparazione e dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale nella soluzione delle questioni concernenti i diritti e la necessità di far luogo ad indagini metodicamente indirizzate dal principio della integrazione interordinamentale, che ha il suo punto unificante nella Grundnorm della ottimizzazione della tutela e quale suo strumento maggiormente conducente allo scopo il canone della interpretazione circolarmente conforme, la sola in grado di mettere convenientemente a fuoco le norme e di stabilire quali di esse servano meglio alle complessive esigenze del caso

Le soluzioni appena accennate, quale che sia la considerazione che dovesse essere loro data, mostrano che la questione antica della modulazione degli effetti delle pronunzie di costituzionalità torna a presentarsi con una certa frequenza e in forme anche inusuali che richiedono di essere fatte oggetto di regolazioni parimenti varie, congrue con le complessive esigenze dei casi cui si riferiscono.

¹⁰ Contrario, però, sul punto si è dichiarato G. MENEGUS, cit., § 4 del *paper*. In argomento, di recente, E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*⁵, Giappichelli, Torino 2016, 180 ss.

Il raffronto con le esperienze di altri ordinamenti ne dà d'altronde conferma; e basti, al riguardo solo rammentare le pronunzie d'incostituzionalità ad effetti differiti o quelle di mera incompatibilità.

È ormai provato che la comparazione, unitamente all'apertura al diritto ed alla giurisprudenza sovranazionale ed internazionale, si pone (ed ha da porsi) quale punto di riferimento costante ed obbligato nella trattazione delle questioni giuridiche, specie di quelle maggiormente spinose ed impegnative, quali sono appunto quelle concernenti i diritti fondamentali, le forme e i limiti della loro tutela¹¹.

Di ciò, come si sa, si ha diffusa consapevolezza; purtroppo, però, questo bisogno seguita ancora oggi ad essere più proclamato che effettivamente appagato, comunque non lo è nella giusta misura¹²: un rilievo, questo, che vale su entrambi i fronti qui battuti, in relazione cioè tanto alle tecniche decisorie ed ai problemi in genere della giurisdizione, quanto agli indirizzi di merito della giurisprudenza.

Opportuna, per l'aspetto ora considerato, la scelta fatta da F. Delù e C. Masciotta di riguardare in prospettiva comparata il tema dell'interpretazione conforme e il tema della tutela dei diritti della persona con specifica attenzione alla giurisprudenza della Corte costituzionale ed a quella della Corte EDU. Ho trovato particolarmente interessanti le analisi condotte dagli studiosi appena richiamati; ad entrambi sento, però, di dover consigliare un mutamento o, quanto meno, un allargamento di prospettiva per l'aspetto metodico. Frutti ancora più succosi possono infatti, a mia opinione, aversi non già facendo oggetto di indagini separate le esperienze maturate presso questo o quell'ordinamento per quindi tirare le fila in sede di raffronto degli esiti delle indagini stesse. In tal modo, infatti, non si coglie appieno la crescente, mutua integrazione degli oggetti di studio e, di conseguenza, non se ne apprezza la struttura internamente composita, quale si ha nell'esperienza, specie nel presente contesto segnato da un infittirsi dei vincoli derivanti dalla Comunità internazionale e dall'Unione europea e, con essi, dalla mutua integrazione degli ordinamenti.

Lo studio, insomma, ha da adeguarsi all'esperienza, sì da dar modo a questa di specchiarsi fedelmente in quello e di essere in esso compiutamente descritta.

Restando ai nostri temi (ma traendo da essi indicazioni suscettibili di estensione altresì a temi diversi), già in altri luoghi mi sono sforzato di mostrare come non abbia senso alcuno, né teorico né pratico, tenere innaturalmente separata l'interpretazione conforme a Costituzione rispetto a quella a diritto internazionale ed a diritto eurounitario, trascurando in tal modo il dato elementare, seppur ad oggi non colto come si deve anche dalla più sensibile dottrina, secondo cui tutte siffatte interpretazioni si immettono in un circolo unitario e in esso si fondono fino a divenire una sola cosa¹³.

Le vicende relative ai diritti fondamentali ed ai modi della loro tutela costituiscono un emblematico banco di prova al riguardo; tanto più, poi, ove si ammetta – come a parer mio devesi – che nessuna gerarchia può aversi in astratto tra tutti i documenti che danno riconoscimento ai diritti (Costituzione inclusa!), quale che ne sia la forma o il nome e la provenienza. La gerarchia piuttosto la fanno in concreto le *norme* (e non già le *fonti*), per il modo con cui si pongono le une davanti alle altre e tutte assieme si piegano sul caso offrendosi per l'ottimale tutela, in ragione delle esigenze complessive del contesto, ai diritti in campo. E però – qui è il punto – le norme stesse sono il prodotto di processi intellettivi obbligati a guardare *simultaneamente* a più ordinamenti o sistemi positivi, pur laddove l'attenzione specificamente si volga verso uno di essi.

¹¹ In argomento, di particolare interesse promette di essere il IV Convegno biennale dell'Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo dedicato a *La comparazione giuridica e i suoi metodi: approcci ed esperienze*, che avrà luogo a Lecce il 20 e 21 ottobre 2016 (ho avuto modo di leggere il *paper* della relazione che sarà ivi illustrata da A. MORELLI, *Comparazione e ipotesi scientifiche: appunti per uno studio sulle forme di governo*, ricca di notazioni teorico-costruttive particolarmente approfondite).

¹² Notazioni critiche a riguardo di certi modi d'intendere e praticare la comparazione sono state, ancora di recente, rinnovate da L. PEGORARO, *Ruolo della dottrina, comparazione e "legal tourism"*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di A. Gambaro*.

¹³ V., dunque, volendo, il mio *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2015, 153 ss., nonché in www.rivistaaic.it, 2/2014, 30 maggio 2014.

Come mi sono sforzato di argomentare altrove¹⁴, il canone della ottimizzazione della tutela si pone, infatti, quale *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali, ancora prima che al momento della scelta della norma o dell'insieme di norme da cui attingere la miglior tutela¹⁵, a quello della impostazione dei processi interpretativi che portano alla ricostruzione delle norme stesse. L'interpretazione conforme, in tal modo, riceve un *preorientamento metodico-teorico* nel canone stesso, nel mentre tutti i materiali normativi si offrono paritariamente all'operatore perché in essi, unitariamente considerati, possa cogliere quanto di meglio in sé racchiudono al servizio dei diritti in gioco.

Questa indicazione metodico-teorico tarda ad affermarsi; e, tuttavia, non può tacersi (e tengo qui nuovamente a rimarcare) che la giurisprudenza, tanto la nazionale quanto l'europea, ne dà non poche, seppur frammentarie, conferme. Basti solo al riguardo rammentare che il canone della miglior tutela trova esplicito riscontro nell'art. 53 sia della CEDU che della Carta di Nizza-Strasburgo, come pure (seppur implicitamente) nella Costituzione (specificamente negli artt. 2 e 3, nel loro fare "sistema" con gli artt. 10 e 11) ed ha avuto ripetuto richiamo nelle pronunzie delle Corti (in ispecie, con riferimento al nostro giudice costituzionale, nella nota [sent. n. 317 del 2009](#) e succ., laddove per vero è riferito ai soli rapporti tra CEDU e leggi nazionali, pur possedendo a mia opinione, come si dirà a momenti, generale valenza).

L'esame delle vicende in circolo, tanto per i profili istituzionali (specificamente inerenti alla giurisdizione) quanto per quelli di merito (concernenti gli indirizzi della giurisprudenza), converte dunque la *prospettiva statica*, che fa oggetto di osservazione i singoli ordinamenti separatamente considerati, in *dinamica* e porta naturalmente all'integrazione delle Carte e degli interi ordinamenti sulle stesse fondati.

È per questa ragione che l'interpretazione – come vado dicendo da tempo – o è *circolarmente conforme* oppure semplicemente non è¹⁶. Paritaria essendo, a mia opinione, la condizione delle Carte¹⁷, ciascuna di esse in punto di diritto potendo offrire la miglior tutela in ragione del caso, se ne

¹⁴ Tra gli altri miei scritti in cui il concetto è rappresentato, v. *Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 931 ss., spec. 941 ss.

¹⁵ ... secondo quanto patrocinato dalla comune opinione [riferimenti, tra i molti altri, in A. SPADARO, [Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL](#), in [Consulta OnLine](#), 2/2015, 3 giugno 2015 e, dello stesso, ora, *La "cultura costituzionale" sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, 9 ss., spec. 55 ss.; pure *ivi*, C. SALAZAR, *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte": qualche riflessione*, 217 ss. e L. D'ANDREA, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, 299 ss., spec. 314 ss. (che preferisce discorrere, piuttosto che di una tutela maggiormente intensa, di una "più equilibrata"); G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell'identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.; L. CAPPUCCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, cit., 412 ss.; pure *ivi*, G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, 706 ss. e C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali (prime notazioni)*, II, 1659 ss., spec. 1664 ss.].

¹⁶ Una critica stringente alla posizione metodico-teorica qui nuovamente patrocinata in tema d'interpretazione (e, segnatamente, d'interpretazione conforme) può, ancora di recente, vedersi in M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Ann., IX (2016), 391 ss., spec. 453 ss., cui mi sono sforzato di replicare nel mio *A difesa della idoneità delle norme eurounitarie a derogare a norme costituzionali sostanziali e della "europeizzazione" dei controlimiti*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 21 luglio 2016 e in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi e R. Bin, in corso di stampa per i tipi della Jovene.

¹⁷ Come si è tentato di mostrare in altri scritti e ora pure si viene dicendo, la questione relativa al "posto" detenuto dalle Carte nel sistema delle fonti non è qui riguardata in prospettiva formale-astratta e da un angolo visuale esterno all'ordine nazionale bensì in prospettiva assiologico-sostanziale e dal punto di vista della stessa Costituzione e, segnatamente, dei valori fondamentali di libertà ed eguaglianza nel loro fare "sistema" coi valori fondamentali restanti, trattandosi di stabilire di volta in volta quale Carta (o, meglio quale sua norma o insieme di norme) sia in grado di portare all'esito di innalzare il livello della tutela dei diritti e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti, essi pure visti nel loro comporsi in "sistema" in ragione dei casi. Resta, dunque, fuori dell'ordine concettuale nel quale si situa questa riflessione la questione se la Carta di Nizza-Strasburgo abbia, o no, la stessa forza e la condizione complessiva del Trattato

ha che nessuna di esse può vantare *a priori* l'insana pretesa a disporsi in sovrana solitudine in testa ad una ideale piramide ed a presentarsi perciò quale punto apicale di riferimento in sede d'interpretazione delle Carte restanti. Piuttosto, questa posizione di *primauté* deve conquistarsela – se ne è capace – sul campo¹⁸.

Ora, è interessante notare che al medesimo esito finisce col pervenire la stessa giurisprudenza costituzionale, appunto facendo richiamo al principio della miglior tutela e sia pur muovendo da premesse metodico-teorico non poco distanti da quelle sulle quali poggia la ricostruzione qui nuovamente proposta. Pur assumendo, infatti, la Consulta che la Costituzione ha rango sovraordinato rispetto alla CEDU ed alle altre Carte dei diritti (fonti, tutte, come si sa, considerate “interposte”) e, limitatamente ai soli principi fondamentali (ai c.d. “controlimiti”), rispetto alla Carta dell'Unione ed al diritto eurounitario in genere, ugualmente ammette (e non da ora: v. [sent. n. 388 del 1999](#)) che tutte tali Carte (Costituzione compresa!) “*si integrano reciprocamente nella interpretazione*”. Ed è chiaro che in siffatto loro mutuo combinarsi e fondersi nei fatti interpretativi la gerarchia può, sì, affermarsi ma solo *al piano culturale*, ciascuna Carta essendo sollecitata a mettere in campo quanto di più e di meglio ha da offrire al servizio dei diritti.

D'altro canto, nel momento stesso in cui si riconosce – come, si è veduto, riconosce lo stesso giudice delle leggi (nella già richiamata [sent. n. 317 del 2009](#)) – che il primato spetta non già, per sistema, a questa o quella *fonte* bensì alla *norma* (o, meglio, al *sistema di norme*) in grado di portare più in alto il livello della tutela dei diritti in campo, si è già messa da canto la prospettiva d'inquadramento sistematico d'ispirazione formale-astratta (che ha riguardo alle *fonti*), soppiantata da una prospettiva assiologico-sostanziale, che si fa cura di osservare le *norme* al fine di verificare quali di esse possano servire al meglio il caso, nelle sue complessive esigenze.

Quest'esito, dalla giurisprudenza costituzionale raggiunto con specifico riguardo ai rapporti tra CEDU e diritto interno, è a parer mio generalizzabile: vale, cioè, in primo luogo, a qualunque piano di esperienza, tanto dunque laddove si abbia riguardo ai rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario, tra quest'ultimo e il diritto convenzionale e, infine, anche nei rapporti tra norma e norma nazionale, *senza preclusione alcuna* (e così, per strano che possa per più versi sembrare, non può neppure escludersi per un assiomatico pregiudizio che una norma di legge comune possa innalzare il livello della tutela di un diritto, nel suo fare “sistema” coi diritti e beni della vita in genere, rispetto al modo con cui la tutela stessa è prefigurata in Costituzione; e, se può farlo una legge comune, perché non pure una di esecuzione di una Carta di origine esterna?).

In secondo luogo, poi – per ciò che qui maggiormente importa – vale, come si diceva, ancora prima del raffronto tra le norme bell'e fatte, nei processi interpretativi che portano alla loro individuazione e complessiva messa a punto, processi che dunque ricevono un preorientamento dal canone fondamentale che con vigore spinge alla ricerca della miglior tutela in ragione del caso.

che pure ad essa fa richiamo (su di che, ancora di recente, L.S. ROSSI, “*Stesso valore giuridico dei trattati?*” *Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2/2016, 329 ss.).

¹⁸ Su ciò i punti di vista degli studiosi restano ad oggi non poco discordi, per quanto – ad onor del vero – gravati da un preorientamento ora favorevole ed ora avverso in ordine al ruolo complessivo che questa o quella Carta può esercitare ed effettivamente esercita al servizio dei diritti. Intendo dire che chi, ad es., nutre non poche riserve e diffidenze in merito alla tutela che può venire dall'Unione (e, specificamente, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia) e, più ancora, dalla CEDU (e dalla Corte di Strasburgo) ai diritti sociali è portato, di conseguenza, a manifestare siffatte riserve e diffidenze in occasione dell'esame di ogni questione relativa ai diritti stessi (notazioni di vario segno al riguardo nella corposa ricerca su *Crisi economica e diritti sociali. Problemi e prospettive*, curata da S. Gambino, Giappichelli, Torino 2015). E così pure, dunque, in relazione ad altri diritti, rivisti sotto una certa luce piuttosto che un'altra a seconda dell'indirizzo nel quale il singolo studioso od operatore si riconosca. Vari punti di vista ed apprezzamenti dei benefici avuti dai diritti per mano della giurisprudenza europea possono ora vedersi in AA.VV., *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti e V. Piccone, Editoriale Scientifica, Napoli 2016 e, con specifico riguardo alla giurisprudenza EDU, in AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, a cura di A. Di Stasi, Wolters Kluwer-Cedam, Padova 2016; quanto, poi, al ruolo esercitato dalla Carta (e dalla Corte) dell'Unione, v. AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., ed *ivi*, in merito alla tutela data ai diritti sociali, part. C. SALAZAR, *I diritti sociali nel “gioco delle tre Carte”*, cit., 217 ss. In argomento, v., inoltre, G.L. CECCHINI, *I diritti sociali nel quadro del diritto dell'Unione europea*, in *KorEuropa* (www.unikore.it), 7/2015.

Ora, è da chiedersi se giovi che il carattere dell'interpretazione circolarmente conforme alla luce della *Grundnorm* della miglior tutela riceva una sua essenziale "razionalizzazione" normativa che lo espliciti e, per ciò stesso, rafforzi. A rigore, non sarebbe necessario; in considerazione delle oscillazioni e timidezze espressive di certa giurisprudenza, potrebbe nondimeno apparire conveniente metterlo nero su bianco. Da una prospettiva ancora più ampia, è consigliabile un complessivo ripensamento ed aggiornamento dei canoni d'interpretazione che abbia nella comparazione e nell'apertura sovranazionale – come si diceva – il suo più saldo punto di riferimento¹⁹.

Solo così è infatti, a mia opinione, possibile cogliere la mutua influenza che gli indirizzi giurisprudenziali si fanno nei singoli campi materiali di esperienza, percepire cioè qual è la misura o il "grado" della stessa. Ciò che è, invero, oggettivamente assai arduo da stabilire, sol che si pensi che non di rado il segno che l'una Corte lascia sulla giurisprudenza dell'altra non è esteriormente visibile, dichiarato, e però nella sostanza ugualmente esistente, non avendosi talora espliciti richiami nelle pronunzie adottate da questa o quella Corte alle pronunzie di altre Corti.

Proprio questa, nondimeno, ai miei occhi appare essere la prospettiva d'indagine maggiormente feconda, bisognosa di essere coltivata per ogni ambito materiale di esperienza, che dunque sottopongo alla considerazione anche degli studiosi che oggi ci hanno offerto i primi risultati delle loro ricerche in corso.

4. L'interpretazione quale punctum crucis dei rapporti tra giudici e legislatore, e la (irresistibile?) tendenza della giurisdizione a farsi normazione: le conferme che se ne hanno negli ambiti materiali attraversati dalle indagini qui illustrate e la ricerca di un complessivo riequilibrio istituzionale che nondimeno si avvalga della congiunta e "leale cooperazione" di tutti gli operatori (esempi tratti dalle vicende della procreazione medicalmente assistita e delle unioni tra omosessuali)

Si è detto (e sarebbe questo un tratto caratterizzante l'esperienza inglese rispetto a quella italiana) che, dovendosi limitare nell'ordinamento del Regno Unito il giudice in caso d'insuccesso del tentativo d'interpretazione conforme a CEDU ad una *declaration of incompatibility*, rimettendosi quindi alle assemblee parlamentari per il ripristino della necessaria armonia, nell'ordinamento stesso "l'interpretazione conforme (a Convenzione) si situa dunque al crocevia dei rapporti tra il potere giudiziario ed il potere legislativo"²⁰.

In realtà, quest'affermazione, nei termini generali in cui è formulata, vale per qualunque tecnica decisoria e vale altresì anche per il nostro ordinamento. Ogni tecnica richiede, infatti, di essere osservata, per un verso, lungo il versante dei rapporti tra Corte ed altri giudici e, per un altro verso, lungo quello dei rapporti col legislatore.

Con specifico riguardo a quest'ultimo versante, entrambi i temi fatti oggetto di studio al piano delle tecniche, per il modo con cui queste ultime sono venute svolgendosi nel corso dell'esperienza, ripropongono in termini imperiosi un'antica e ad oggi irrisolta questione: se, cioè, la tutela dei diritti fondamentali, tanto laddove in concreto si risolve in una promozione di questi ultimi quanto che porti al loro, ora più ed ora meno vistoso, sacrificio in sede di bilanciamento con altri beni o interessi costituzionalmente protetti, possa o, addirittura, debba molte volte aversi col costo della giurisdizionalità della giurisdizione costituzionale e lo scivolamento di quest'ultima nel campo tradizionalmente considerato proprio del legislatore.

Debbo al riguardo far subito un'avvertenza, rilevando come la questione in parola sia ora ripresa non già nei suoi termini teorico-generalisti, così com'è stato ai tempi della nota *querelle* tra Kelsen e Schmitt sul garante della Costituzione o in base ad altre dispute analoghe, persino molto risalenti nel tempo in ordine a ciò che è o che fa la "giurisdizione". Qui, infatti, si fa esclusivo riferimento ad un

¹⁹ È di recente tornato a discutere di alcuni nodi teorici irrisolti in tema d'interpretazione M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Giappichelli, Torino 2015 [e, su di lui, volendo, il mio *In tema di interpretazione e di interpreti nello Stato costituzionale*, cit.].

²⁰ F. DELÙ, cit., 10 del *paper*.

contesto che non era immaginabile al tempo in cui i due grandi pensatori ora richiamati prospettavano i loro raffinati e penetranti ragionamenti in ordine a modi e forme della garanzia della Costituzione. Un contesto che si connota per una evoluzione della scienza e della tecnologia, idonea per la sua parte a lasciare un segno profondo, nel bene come nel male, sui diritti fondamentali e sulle aspettative di una tutela complessivamente appagante da essi avanzata e, ancora, per esperienze, quali il terrorismo internazionale o la crisi economica (su cui m'intratterò specificamente a breve) e per relazioni in seno alla Comunità internazionale e in organizzazioni, quale l'Unione europea, che – al di là di molti altri effetti cui danno vita e di cui non tocca ora dire – concorrono, tutte, a riproporre in termini inusuali la questione in discorso.

Quest'ultima, peraltro, per come è qui vista, si porta ben oltre l'*hortus conclusus* della giurisdizione costituzionale, finendo con l'investire ogni specie di giurisdizione, sia pure in forme peculiari per ciascuna di esse. Si ripropone, infatti, anche per quella europea (nelle sue diverse espressioni a Lussemburgo ed a Strasburgo), che tra l'altro sempre di più tende a somigliare ad una vera e propria giurisdizione costituzionale²¹, nonché per quella comune, sia di merito che di legittimità. Assai forte è infatti l'impressione che, ad ogni piano e in ogni sua forma, la giurisdizione si mostri insofferente a mantenersi appieno rispettosa delle regole che ne governano l'esercizio.

E però, così come non è concepibile uno scostamento della legislazione (e della normazione in genere) dalle metanorme prestabilite per il suo esercizio, parimenti non è accettabile una giurisdizione non rispettosa dei canoni relativi al proprio processo. Ciò che la rende appunto irricognoscibile come giurisdizione²².

Basti solo pensare ai casi, purtroppo non sporadici, in cui talune tecniche sono innaturalmente piegate ad usi impropri, così come si è fatto (e si fa) – per restare ad uno dei temi oggi discussi – con l'interpretazione conforme, che alle volte si traduce in una sostanziale, ancorché abilmente mascherata, manipolazione dei documenti ai quali si applica, nella loro riscrittura insomma (alle volte, anzi, si assiste ad una duplice e simultanea manipolazione sia dell'oggetto che del parametro²³, solo in tal modo rendendosi possibile – ma, appunto, in modo forzoso – la loro riconciliazione²⁴).

Al piano delle tecniche, nondimeno, la tendenza della giurisdizione ad espandersi fino a valicare i confini suoi propri può, come si è veduto, essere, almeno in relazione ad alcuni profili, “razionalizzata”, dotandosi per via legislativa la giurisdizione degli stessi strumenti che essa si è

²¹ È vero che la Corte di Strasburgo – si vuol dire – è giudice del caso, ma è anche vero che le sue pronunzie (particolarmente alcune, espressive di principi) sempre più di frequente tendono a portarsi oltre il caso stesso, somigliando per più versi ad alcune specie di decisioni, quali le additive di principio, del giudice costituzionale. Con le dovute precisazioni, qualcosa di simile si ha anche per le pronunzie della Corte dell'Unione, quand'anche paiano circoscritte *quoad effectum* ai casi da cui traggono origine (tra i più attenti osservatori di queste vicende, tuttora connotate da fluidità e discontinuità di movenze e di orientamento, v. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143.

²² La più avvertita dottrina ha da tempo indirizzato un fermo richiamo al rispetto dei canoni che presiedono allo svolgimento dei giudizi di costituzionalità (per tutti, R. ROMBOLI, in molti scritti, tra i quali *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Scritti in onore di F. Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 2995 ss.; volendo, v. anche il mio *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in *Riv. dir. cost.*, 2009, 125 ss.).

²³ Dei casi di manipolazione del parametro costituzionale da parte dell'organo che dovrebbe invece garantirne l'osservanza ho discusso più volte, a partire da *Linguaggio della Costituzione e parametri dei giudizi di costituzionalità*, in AA.VV., *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, a cura di G. Pitruzzella - F. Teresi - G. Verde, Giappichelli, Torino 2000, 525 ss.

²⁴ È pur vero che ogni medaglia ha due facce e che, per un verso, la duplice manipolazione, di cui si viene dicendo nel testo, prendo corpo non già, sul versante delle leggi, a mezzo di additive o sostitutive testuali bensì unicamente per via d'interpretazione. Non poche sono, infatti, le pronunzie di rigetto “secco”, con le quali la Corte fa dunque salvo il testo legislativo proprio grazie a siffatto duplice intervento creativo, fermo restando ovviamente che esso può registrarsi anche solo in relazione all'uno ovvero all'altro dei termini normativi della questione. Per un altro verso, poi, sono proprio le manipolazioni in parola a rendere *living* la Costituzione, dotandola di un moto incessante che ne assicura la rigenerazione semantica senza sosta.

forgiata per via giurisprudenziale, pur se – ove lo si giudichi opportuno – con talune non marginali correzioni.

Il difetto non è invece riparabile al piano sostanziale. Quand'anche, infatti, qui pure il legislatore dovesse intervenire e far proprie indicazioni venute dalla giurisprudenza, ciò non toglierebbe ugualmente il carattere creativo o – com'è stato chiamato da un'accreditata dottrina²⁵ – “normativo” di siffatti interventi; ed anzi proprio il fatto della loro “razionalizzazione” positiva, nondimeno accompagnata non di rado da non secondarie innovazioni, avvalora siffatto carattere²⁶. La qual cosa è tanto più rilevante e gravida di implicazioni istituzionali ove si consideri che si tratta di esperienze di cui si ha ormai pressoché quotidiano riscontro praticamente in ogni ambito materiale e per ogni specie di giurisprudenza.

Se questa è, dunque, una “regolarità” che, vistosa, si presenta agli occhi degli osservatori, imperioso ed inquietante viene allora a porsi l'interrogativo se si sia in presenza di una trasformazione o, diciamo pure, un vero e proprio *mutamento genetico* della giurisdizione, con effetti endemici ed irreparabili, oppure se si tratti solo di una accentuazione o, diciamo pure, esasperazione del modo suo proprio di essere e di esprimersi²⁷.

I ritardi e le complessive carenze che accompagnano e connotano l'operato del legislatore concorrono, ovviamente, per la loro parte a mettere ancora di più in evidenza la confusione dei ruoli e la loro frequente, mutua sovrapposizione. Un fenomeno, questo, che non è eliminato ma, tutt'al più, solo temperato dalla diversità degli effetti rispettivamente propri degli atti legislativi e di quelli giurisdizionali, segnatamente laddove questi ultimi diano luogo ad effetti circoscritti al caso.

Per un verso, infatti, resta ugualmente la manipolazione, per mano del giudice, della sostanza normativa racchiusa negli enunciati legislativi, tanto più poi gravida di negative implicazioni laddove dovesse avere ad oggetto – come si diceva – lo stesso parametro costituzionale, secondo quanto trova non di rado riscontro²⁸.

Per un altro verso, poi, non poche volte tendono a formarsi vere e proprie *consuetudini interpretative* largamente diffuse e vigorosamente convergenti verso il medesimo esito, un “diritto vivente” insomma foriero di innovazioni che, al tirar delle somme, assai da presso somigliano alle novità prodotte dalle leggi, pur non identificandosi con esse appieno.

I campi materiali su cui si situano le due indagini di merito i cui esiti ci sono stati oggi rappresentati offrono numerose testimonianze di quanto si è venuti dicendo: in ambito bioetico così come in quello dei diritti sociali, tra i quali principalmente proprio il diritto alla salute, si è infatti assistito a diffuse e significative “supplenze” dei giudici nei riguardi di un legislatore inerte ovvero al rifacimento di una normazione da quest'ultimo prodotta con gravi, complessive carenze²⁹.

²⁵ G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova 1985, 755 ss.; v., poi, nuovamente, la monografia, dietro già richiamata, di C. PANZERA.

²⁶ Assumendo, infatti, in tesi che la giurisprudenza non abbia innovato alla legislazione anteriore, è evidente che non v'è ragione alcuna perché la legislazione posteriore debba esplicitare ciò che ha già detto il giudice. Se, invece, lo fa è proprio perché vuol dar seguito alle novità introdotte dalla giurisprudenza stessa.

²⁷ Il carattere “creativo” (in senso lato) della giurisprudenza è – come si sa – da tempo rilevato da un'accreditata dottrina (riferimenti, ora, in G. STELLA, *Crisi della legge e potere del giudice. Considerazioni su un saggio di Otto Bachof*, in *Lo Stato*, 6/2016, 167 ss.; lo scritto di O. BACHOF, di seguito pubblicato nella stessa *Rivista*, 179 ss., ha per titolo *Grundgesetz e potere del giudice*). Non è tuttavia chi non veda la distanza che separa il contesto in cui è maturata la riflessione di questa risalente dottrina da quello del tempo presente, cui esclusivamente si riferiscono le notazioni qui svolte.

²⁸ Emblematiche, per tutte, la “riscrittura” del Titolo V operata dalla giurisprudenza costituzionale a seguito della revisione del 2001 o talune letture, temerarie per innovatività, prospettate da certa giurisprudenza comune del dettato costituzionale relativo alla famiglia, su cui si tornerà tra non molto.

²⁹ La cosa, ovviamente, si ripete in molti altri campi, anche in quelli – come il processo penale – nei quali gli interventi additivi e manipolativi in genere del giudice costituzionale o le stesse manipolazioni per via d'interpretazione dei giudici comuni dovrebbero, in ragione dei peculiari interessi in gioco, aversi con somma oculatezza e prudenza. Eppure non si dimentichi che è solo grazie alla coraggiosa intraprendenza dei giudici stessi che talune vistose carenze del codice di rito hanno potuto essere colmate. Emblematica, per tutte, la notissima [sent. n. 113 del 2011](#): una pronuncia che – come si sa – si connota proprio per il suo essere portatrice di una nuova norma di principio, in linea con quello stile o modello di normazione, anche giurisprudenziale, duttile ed essenziale che – come si vedrà a momenti – si propone quale vincente al

Sono questi i campi materiali nei quali la composizione dei diritti in sistema, sia *inter se* che in rapporto ad altri interessi costituzionalmente protetti, si presenta particolarmente problematica ed impegnativa, mettendosi in evidenza i limiti strutturali cui va incontro l'attività del legislatore per il fatto stesso di voler rendere stabile ciò che invece richiede continue messe a punto, ora alla luce degli sviluppi della scienza e della tecnologia ed ora in relazione ai mutamenti di contesto (specie per l'aspetto economico e sociale).

Non è un caso – a me pare – che la legge sulla procreazione medicalmente assistita varata nel 2004 sia stata fatta a pezzi dalla Consulta e che la stessa giurisprudenza costituzionale, in un noto caso recente (definito con [sent. n. 84 del 2016](#)), richiamato nello studio di C. Masciotta³⁰, abbia fatto luogo ad una particolare sottolineatura del ruolo della scienza, anche se muovendo da premesse teoriche mal poste e pervenendo quindi ad esiti ricostruttivi inaccettabili e, comunque, inappaganti per la stessa scienza, sacrificata in alcune sue aspettative specificamente riguardanti la ricerca scientifica³¹. Un ruolo che, ovviamente e specularmente, vale anche per le esperienze di fine-vita, secondo quanto è stato opportunamente messo in chiaro da una sensibile dottrina, alle quali consiglieri dunque di volgere lo sguardo facendo luogo ad uno studio in *tandem* che di tutte tali esperienze rilevi convergenze e divergenze³²; e vale, inoltre, per molte altre esperienze ancora, sulle quali non è adesso possibile intrattenersi.

La vicenda oggetto della pronunzia da ultimo richiamata è, poi, particolarmente istruttiva sotto più aspetti: per ciò che qui maggiormente importa, insegna che un assetto soddisfacente degli interessi in campo può essere raggiunto unicamente laddove la sua costruzione risulti il frutto della congiunta, “leale cooperazione” tra legislatore e giudici³³, all'uno toccando il compito di apprestare una disciplina duttile, *per essentialia*, a mezzo di statuizioni di principio che quindi si consegnino ai giudici (a *tutti* i giudici, costituzionali e comuni) perché nella cornice segnata dalle stesse e dandovi l'opportuno svolgimento facciano quindi luogo alla posizione delle regole di volta in volta adeguate in relazione alle complessive esigenze dei casi³⁴. Una produzione normativa, quella che si ha per mano dei giudici, che perciò non di rado comporta una vera e propria attività di *attuazione*, e non – come, invece, un'accreditata dottrina ritiene³⁵ – di mera *applicazione*, di un dettato legislativo nondimeno bisognoso di venire alla luce e di mostrarsi capace di dare un adeguato orientamento agli interventi dei giudici ad esso funzionalmente connessi.

duplice fine dell'ottimale appagamento dei diritti e del mantenimento dell'equilibrio tra legislatore e giudici e tra giudici e giudici.

³⁰ ... al § 4 del *paper*.

³¹ Numerosi e penetranti i rilievi critici mossi alla pronunzia in parola [tra i molti altri e con notazioni di vario segno, v. i contributi che sono in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 2/2016, cui *adde* G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scienza*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, Giornate di studio svoltesi Messina il 5 e 6 maggio 2016, a cura di S. Agosta e G. D'Amico, i cui Atti sono in corso di stampa].

³² Istruttiva l'indicazione di metodo che è nella approfondita analisi di S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, e II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012, seguita da numerosi altri studi dello stesso a.

³³ ... e di entrambi – come si viene dicendo – con gli scienziati e gli esperti in genere [sull'influenza, alle volte determinante, che questi ultimi possono esercitare sull'attività degli operatori di diritto (e, segnatamente, dei giudici), v., tra gli altri, G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*, 2/2004, 411 ss.; S. PENASA, *Giudice “Ercole” o giudice “Sisifo”?* *Gli effetti del dato scientifico sull'esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati*, in www.forumcostituzionale.it, 17 dicembre 2015; S. AGOSTA, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all'epoca della rivoluzione biologica*, in www.rivistaaic.it, 1/2014, 24 gennaio 2014, spec. al § 2; M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*², FrancoAngeli, Milano 2016, 83 ss.; AA.VV., *La medicina nei tribunali*, a cura di L. Chieffi, Cacucci, Bari 2016].

³⁴ Mi sono più volte dichiarato a favore di questa indicazione teorica (ad es., in [Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali](#), in [Consulta OnLine](#), III/2015, 13 novembre 2015, 769 ss.).

³⁵ Così, M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in www.rivistaaic.it, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, *ma passim*, e, dello stesso, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in www.rivistaaic.it, 4/2014, 10 ottobre 2014, e, su di lui, però, i rilievi di R. BIN, in più scritti, tra i quali *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 34/2013, 215 ss., spec. 224 ss.

La questione del mantenimento dell'equilibrio tra politica e giurisdizione³⁶ si salda, poi, all'altra di un ulteriore equilibrio interno alle manifestazioni appartenenti sia all'una che all'altra attività e, perciò, tra le sedi istituzionali in cui esse prendono forma.

Il modello vincente è, a mia opinione, quello della *federalizzazione delle pubbliche funzioni* in genere e, di conseguenza, della *federalizzazione dei diritti*: tanto per ciò che attiene al piano degli interventi posti in essere dagli organi della direzione politica quanto in relazione a quelli di cui si rendono artefici i giudici, ovunque venendosi a formare “catene” di atti funzionalmente connessi e convergenti al medesimo fine³⁷. Un modello, perciò, in cui gli spostamenti di sovranità dagli Stati all'Unione non si traducano in un impoverimento dei primi a tutto vantaggio della seconda bensì in una congiunta assunzione di responsabilità degli uni e dell'altra, seppur in forme e con effetti inusuali rispetto al passato, tutti gli enti in campo essendo chiamati a spendersi in vista dell'ottimale appagamento dei beni della vita e degli interessi in genere meritevoli di tutela. Allo stesso modo, anche le Corti sono sollecitate dagli atti politico-normativi a produrre plurimi ed incisivi interventi al loro servizio: le Corti europee e costituzionali assai di frequente dotando le loro decisioni di formule di principio, strutturalmente aperte, cui quindi possano raccordarsi le decisioni dei giudici comuni contenenti le regole di volta in volta maggiormente adeguate ai casi.

È chiaro, però, che il modello “tiene” alla condizione che tutti facciano la loro parte fino in fondo, laddove ad oggi diffuse e gravi sono le carenze riscontrabili in più punti di questo unitario percorso, a partire proprio da quelli iniziali delle “catene” in cui dovrebbero situarsi gli atti legislativi che però molte volte in tutto o in larga misura fanno difetto.

Attraverso il fattivo e solidale impegno di tutti gli operatori può rendersi possibile, unitamente al conseguimento dell'equilibrio suddetto, la riconciliazione tra diritto e scienza, dandosi modo al primo di tenere il passo della seconda, sì da recepirne prontamente le indicazioni e portarle a frutto, specie nelle più complesse e spinose vicende processuali, filtrandole nondimeno accuratamente alla luce dei principi costitutivi dell'etica pubblica repubblicana³⁸.

³⁶ ... sul cui vitale rilievo ha, ancora da ultimo, richiamato l'attenzione S. STAIANO, *La riservatezza come “nuovo diritto”*, relaz. alle IX Giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale su *El derecho a la intimidad* svoltesi il 22 e 23 settembre scorso presso l'Università Carlos III di Madrid.

³⁷ I lineamenti di questo modello possono, volendo, vedersi tracciati nel mio *Il futuro dei diritti fondamentali: viaggio avventuroso nell'ignoto o ritorno al passato?*, in www.federalismi.it, 4/2013, 15 febbraio 2013, spec. ai §§ 6 e 7. Una “effettiva ‘federalizzazione’ del sistema politico e, probabilmente, anche di quello sindacale” è ora propugnata anche da A. GUAZZAROTTI, *La legge dei numeri e la sua forza disgregatrice*, in AA.VV., *La legge dei numeri. Governance economica europea e marginalizzazione dei diritti*, a cura di C. Bergonzini - S. Borelli - A. Guazzarotti, Jovene, Napoli 2016, 189.

³⁸ È stato, ancora di recente, opportunamente rilevato che “nemmeno l'oggettività della scienza e il sapere di eruditi specialisti potrebbe esaurire l'insieme delle valutazioni e delle scelte che, in un ordinamento fondato su una Costituzione ricca di principi, sono invariabilmente di natura assiologica” (G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scientia*, cit., § 3).

Il rapporto tra etica, scienza e diritto è fatto oggetto da tempo di controverse valutazioni: tra gli altri, v. A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Giappichelli, Torino 2005, 575 ss.; AA.VV., *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi - P. Giustiniani, Giappichelli, Torino 2010; E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 4/2015, 30 ottobre 2015; M. CARTABIA, “Nuovi diritti” e leggi imperfette, in *Iustitia*, 2/2016, 153 ss. Con particolare attenzione alla giurisprudenza costituzionale, G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, cit., 431 ss., e, dello stesso, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, SGB, Messina 2008; S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. dir.*, 2/2015, 271 ss. e, dello stesso, *Le “scientific questions” nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionali e internazionali*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 1/2016, 39 ss. Quanto, poi, ai segni lasciati dalla scienza nei giudizi comuni, v., per tutti, R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*², Aracne, Roma 2014. Con specifico riguardo alle esperienze d'inizio-vita, oltre allo studio monografico di S. AGOSTA sopra richiamato, v. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, in AA.VV., *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà - M. Tallacchini,

Il bisogno di una disciplina legislativa *per principia* si ha altresì in ambiti materiali meno soggetti all'influenza dello sviluppo scientifico e tecnologico ma esposti al vento impetuoso di un rinnovamento culturale che si riscontra in seno alla società. Così è per l'ambito in cui si radicano gli interessi che fanno capo alle coppie composte da persone dello stesso sesso, al cui studio si è parimenti dedicata C. Masciotta³⁹. Qui pure, infatti, la varietà delle situazioni e dei bisogni in esse emergenti richiede interventi sia del legislatore che dei giudici mirati e congrui rispetto ai singoli casi; ed è proprio su ciò che – come si viene dicendo – consiglieri di fermare particolarmente l'attenzione negli sviluppi degli studi i cui primi risultati ci sono stati poc'anzi illustrati, ragionando su quali scenari potrebbero delinearci (per mano sia del legislatore che dei giudici) in vista dell'ottimale appagamento di tutti i beni della vita costituzionalmente protetti.

Faccio solo un paio di esempi al fine di dare un minimo di concretezza al discorso che vado facendo, muovendo dalla premessa – su cui, come si sa, la giurisprudenza costituzionale è ferma, resistendo agli attacchi mossile da un'agguerrita dottrina ed avvalendosi però del sostegno di altri, non meno pugnaci studiosi – secondo cui alle coppie omosessuali non è consentito l'accesso al matrimonio e che, perciò, la disciplina giuridica della loro condizione non può essere *in tutto e per tutto* identica a quella della coppia coniugata, la sola abilitata a dar vita ad una “famiglia”, ai sensi di cui all'art. 29 cost.⁴⁰. Può (e deve), piuttosto, essere *somigliante* a quella di quest'ultima, tant'è che, ove ci si trovasse in presenza di una irragionevole discriminazione – ha tenuto a precisare la nota [sent. n. 138 del 2010](#) –, la disciplina legislativa che dovesse esserne causa si esporrebbe al rischio della propria caducazione. E, però, la sanzione potrebbe altresì aversi nel caso inverso dell'arbitraria parificazione. Si tratta, dunque, di stabilire quali sono gli ambiti di esperienza nei quali dell'una e dell'altra eventualità potrebbe aversi riscontro; e – ciò che più conta – si tratta di stabilire quale sia il criterio o il parametro che consenta di riconoscere tanto i casi di irragionevole omologazione delle situazioni quanto quelli di irragionevole differenziazione positiva.

Dalla prospettiva ora adottata, la legge n. 76 del 2016 parrebbe comunque esibire carenze non poche né lievi che la espongono al rischio suddetto.

Si consideri, ad es., la condizione del transessuale coniugato.

Senza ora riprendere *funditus* una questione – come si sa – animatamente discussa e sulla quale, peraltro, ho già avuto modo di manifestare il mio punto di vista in altri luoghi, è interessante notare almeno due cose.

Per un verso, infatti, si ha qui una delle non rare testimonianze di “seguito” infedele dato dal giudice comune (segnatamente dalla [sent. n. 8097 del 2015 della prima sezione civile della Cassazione](#)) alla [sent. n. 170 del 2014](#) della Consulta⁴¹, la quale mostra di non aver alcuna esitazione nel considerare non consentito il matrimonio tra persone dello stesso sesso, laddove la decisione della Cassazione stranamente fa luogo alla invenzione di un istituto che non c'è (e non può esservi...), il

Giuffrè, Milano, 2010, 231 ss.; S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015 e, ora, i contributi alle Giornate di studio su *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, cit.

³⁹ ... spec. al § 3 del *paper*.

⁴⁰ Per questa ragione, è giusto – a me pare – non trascrivere nel nostro Paese matrimoni contratti all'estero dagli omosessuali, mentre opportuna appare essere la loro “conversione” in unioni civili, secondo quanto è stabilito dalla legge che riguarda queste ultime (sulla vessata questione, di recente, G. PUMA, *Trascrizione degli atti di matrimonio omosessuale celebrato all'estero alla luce della CEDU*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2016, 395 ss.). E, sempre per la medesima ragione, non è, di conseguenza, possibile trascrivere atti di nascita della prole generata all'estero da persone dello stesso sesso, secondo quanto si vedrà a breve.

⁴¹ In realtà, l'esperienza esibisce un quadro assai articolato e composito di “seguiti” alle pronunzie della Corte, tra i quali si danno appunto quelli cui si fa ora riferimento nel testo. Studi accurati in materia si devono a E. LAMARQUE, che ha altresì coordinato, per conto della Corte costituzionale, la ricerca su *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali*, in www.cortecostituzionale.it; della stessa E. LAMARQUE, v., inoltre, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari 2012. Utili indicazioni possono altresì aversi dai contributi riuniti in *“Effettività” e “seguito” delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, a cura di R. Bin - G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, ESI, Napoli 2006.

matrimonio a tempo, considerando perdurante il vincolo coniugale esistente in seno alla coppia ormai divenuta dello stesso sesso⁴² (rammento qui di passaggio che la “famiglia” in questione nel frattempo, in forza dell’entrata in vigore della legge 76, si è convertita in unione civile).

Per un altro verso, proprio perché la coppia in parola presenta – per riprendere una nota espressione del giudice delle leggi – un “pregresso vissuto” del tutto peculiare, se ne ha – ed è ciò che qui maggiormente importa – che essa meriterebbe un trattamento parimenti peculiare, del quale nondimeno non si ha traccia nella legge venuta qualche mese addietro alla luce. Insomma, si avrebbe qui una sorta di *tertium genus* tra famiglia, nella sua propria e ristretta accezione, ed unione, che non saprei come chiamare e che tuttavia reclama un suo proprio regime giuridico, oppure può dirsi che si sia in presenza di una unione *sui generis*, che pertanto richiede un suo proprio trattamento normativo. Forse, dunque, non sarebbe male un supplemento di riflessione su questo punto.

La vicenda è, poi, assai istruttiva per un altro aspetto, ad oggi non adeguatamente studiato anche dalla più avveduta dottrina; e mostra come possa assistersi a manipolazioni non soltanto dei prodotti legislativi da parte di questo o quel giudice ma anche di quelli dell’un operatore di giustizia da parte di altri operatori. Ciò che è, appunto, particolarmente gravido di implicazioni laddove si tratti dei “seguiti” dati alle pronunzie della Consulta, venendo talora a determinarsi delle sostanziali “impugnazioni”, ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 137, ult. c., pur se più o meno abilmente mascherate e sapientemente argomentate⁴³.

Ora, davanti a siffatte esperienze la giustizia costituzionale non resta, in punto di astratto diritto, comunque priva di garanzie; e basterebbe al riguardo solo considerare la eventualità che il giudice costituzionale esperisca conflitto di attribuzioni, *sub specie* di conflitto da menomazione, davanti a se stesso a presidio del proprio giudicato disatteso in sede di esecuzione. Sta di fatto, però, che ogni pronunzia del giudice stesso (anche, dunque, quella con cui è accertata la violazione del giudicato in parola) ha pur sempre bisogno di “seguiti” adeguati e fedeli al fine di potersi implementare nell’esperienza. Ogni intervento del giudice delle leggi si situa, infatti, in uno spazio (anche temporale) intermedio tra un atto d’iniziativa di un operatore che ne sollecita la formazione e un atto di esecuzione, col quale solo, a conti fatti, l’operazione di giustizia costituzionale può sortire gli effetti avuti di mira. Talora, poi, l’atto in parola dovrebbe qualificarsi non già di mera *esecuzione* bensì di *attuazione*, essendo chiamato a svolgere ed integrare talune indicazioni di principio somministrate dalla Corte: in siffatte evenienze, quali appunto si hanno in presenza di additive di principio, l’operazione di giustizia costituzionale appare essere una sorta di *work in progress*, perfezionandosi dunque presso le sedi nelle quali si esercita la giurisdizione comune.

Sappiamo, nondimeno, che ad oggi il giudice costituzionale preferisce – con accortezza e prudenza talvolta però eccessive – non esasperare i conflitti con gli altri attori istituzionali che abbiano dato a vita a seguiti distorti dei verdetti adottati presso la Consulta o addirittura che vi si siano frontalmente contrapposti, limitandosi a minacciare, senza mettere in pratica, il ricorso davanti a se stesso; e proprio la vicenda del transessuale, appena richiamata, ne dà emblematica, eloquente testimonianza (ma molte altre nel medesimo senso potrebbero essere al riguardo richiamate; e basti solo pensare, nuovamente, al caso di cui alla [sent. n. 10 del 2015](#), già richiamata).

Il secondo esempio riguarda la vessata questione del riconoscimento del diritto di adozione a beneficio delle coppie omosessuali civilmente unite.

Qui pure non giova rievocare neppure in sunto i termini essenziali di un dibattito, come si sa, assai animato tra gli studiosi e che però con una certa stanchezza e ripetitività di argomenti si trascina da tempo. Mi limito solo a rammentare che, ancora una volta, nel silenzio della legge, una giurisprudenza

⁴² La Cassazione si è al riguardo rifatta alla indicazione di una sensibile dottrina [B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in www.articolo29.it, 15 giugno 2014], che ha – come si sa – alimentato un fitto dibattito.

⁴³ Alla “impugnazione” di cui è parola nel disposto ora richiamato può infatti ricondursi ogni forma di frustrazione degli effetti del giudicato costituzionale, secondo quanto si è tentato di mostrare nel mio *Storia di un “falso”. L’efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990, spec. 77 ss., con le ulteriori precisazioni che sono in *Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent’anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - J. Luther, Giappichelli, Torino 2011, 349 ss.

comune ogni giorno crescente e sempre più agguerrita ha riconosciuto il diritto in parola ma non nella sua forma piena (c.d. “legittimante”).

Ora, a mia opinione, possono darsi alcuni casi in cui siffatto riconoscimento potrebbe *pleno iure* aversi a mezzo di un’addizione normativa operata dalla Consulta. Si pensi, ad es., al minore che sia stato amorevolmente accudito, dopo esser rimasto orfano dei genitori, da un parente stretto che sia civilmente unito ad altro soggetto dello stesso sesso oppure al minore che sin dalla nascita o dalla più tenera età sia stato allevato, oltre che dal genitore naturale, da un soggetto a quest’ultimo civilmente unito e che rischi di restare orfano a causa di una grave malattia che abbia colpito il genitore stesso. E via dicendo.

Pronta è l’obiezione secondo cui in tal modo si avrebbe, in buona sostanza, la pressoché totale parificazione tra la famiglia, nella sua ristretta e propria accezione, e la peculiare formazione sociale di cui ora si discorre, col conseguente aggiramento del precetto di cui all’art. 29 della Carta; tanto più, poi, ove dovesse accedersi alla tesi, nella quale ho già altrove dichiarato di riconoscermi⁴⁴, per cui anche sui soggetti civilmente uniti grava l’obbligo di fedeltà che – come si sa – è proprio dei coniugi. Una previsione in tal senso, come pure è noto, fa difetto nella legge 76 ma a me sembra linearmente e necessariamente discendente dal generale dovere di salvaguardare la dignità della persona, secondo quanto si vedrà ancora meglio a momenti. Delle due allora l’una: o si ritiene essere l’obbligo in parola consustanziale al rapporto di coppia che connota anche i soggetti civilmente uniti, con la conseguenza che la previsione in discorso sarebbe da considerare implicita e caratterizzante l’intero impianto disegnato nella legge stessa, oppure siffatta lacuna è da qualificare come incostituzionale, sì da giustificare una declaratoria in tal senso da parte della Consulta.

Quand’anche, tuttavia, con riguardo al caso ora discusso, dovesse concludersi nel senso di una parificazione di regime non consentita dall’art. 29, ugualmente essa potrebbe trovare spazio per affermarsi in sede di bilanciamento assiologicamente ispirato tra i beni della vita in campo in nome dell’interesse preminente del minore che, malgrado alcune riserve ancora da ultimo rinnovate da una sensibile dottrina⁴⁵, seguita stabilmente ad informare la soluzione delle più spinose e laceranti questioni di diritto di famiglia, consolidandosi dunque nel diritto vivente quale l’autentica stella polare, il *Grundwert*, che illumina e guida il non di rado sofferto cammino degli operatori chiamati a farsi carico delle questioni stesse⁴⁶.

Quelli sopra prefigurati costituiscono, nondimeno, casi da considerare come eccezionali rispetto alla regola che vuole private del diritto di adozione le coppie in parola; e casi che, proprio a motivo della peculiarità delle vicende che li connotano, richiedono, a mio modo di vedere, di essere fatti oggetto di quella normazione *per principia*, cui si faceva poc’anzi cenno, accompagnata da una “delega” a beneficio dei giudici perché apprezzino le circostanze meritevoli di essere riportate sotto la scudo protettivo della normazione suddetta, comunque bisognose di accertamento con somma oculatezza e prudenza. Molti altri esempi, ovviamente, possono essere addotti a conferma di

⁴⁴ [Unioni civili e convivenze di fatto: “famiglie” mascherate? \(Nota minima su una questione controversa e sulla sua discutibile risoluzione da parte della legge n. 76 del 2016\)](#), in [Consulta OnLine](#), II/2016, 16 giugno 2016, 259.

⁴⁵ E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2016.

⁴⁶ Al superiore interesse del minore ha fatto appello Cass., I sez. civ., depositata proprio oggi 30 settembre 2016, n. 19599, al fine di consentire la trascrizione dell’atto di nascita di una minore nata dalla relazione di due donne coniugate in Spagna, il cui matrimonio è stato nel frattempo sciolto; matrimonio che tuttavia – come si poc’anzi fatto notare – non avrebbe potuto, né oggi potrebbe, essere trascritto nel nostro Paese, così come non può essere, in base alla legislazione da noi in vigore, trascritto l’atto di nascita da cui risulti avere la minore stessa due madri. D’altro canto, essendo nel frattempo venuta meno la relazione affettiva tra le donne, neppure potrebbero farsi valere le norme che disciplinano da noi le unioni civili. Dunque, la persona non partoriente non può nel nostro Paese rivendicare i diritti ovvero essere gravata degli oneri facenti capo alle persone già coniugate ovvero civilmente unite. È tuttavia da vedere se, appunto in nome del superiore interesse della minore, sia giusto che i rapporti da quest’ultima intrattenuti con la donna che considerava propria madre, né più né meno di quella che l’ha partorita, siano bruscamente interrotti; ciò che potrebbe comportare grave nocimento alla serena crescita della minore stessa. Come sempre, spetta al giudice sbrogliare questa intricata matassa, il quale peraltro, non ritenendo di potervi riuscire con le sue sole forze, potrebbe chiamare in soccorso la Consulta affinché ponga mano ad un’additiva di principio alla normativa vigente nel senso sollecitato dal giudice stesso.

quest'assunto, ma non è questo – com'è chiaro – il luogo giusto per farne oggetto di analitico esame. Mi limito solo al riguardo a rinnovare, ancora una volta, l'invito a prestare attenzione alle esperienze maturate in altri ordinamenti, tenendo allo stesso tempo nel dovuto conto gli sviluppi della giurisprudenza europea. Specie negli ambiti materiali (qual è quello in cui sono venute affermandosi e seguitano senza sosta a rinnovarsi le pretese vantate dalle coppie di omosessuali), in cui maggiormente evidenti sono i caratteri di fondo che accomunano molti ordinamenti rispetto a quelli che li tengono divisi e distanti, può dimostrarsi particolarmente utile, davvero prezioso, il raffronto delle esperienze e delle relative soluzioni normative e giurisprudenziali. Il nostro Paese, per quest'aspetto, malgrado le novità introdotte dalla legge 76, accusa perduranti ritardi e gravi, non rimosse carenze cui – come si è venuti dicendo – può porsi rimedio solo a mezzo della congiunta cooperazione, nella tipicità dei ruoli, di tutti gli operatori istituzionali.

5. Questioni di biodiritto, salvaguardia della segretezza dei dati personali e riconoscimento del diritto di accesso ai farmaci quali banchi di prova particolarmente attendibili al fine di stabilire quale idea di persona e di diritto fondamentale tenda ad affermarsi nell'esperienza e, perciò, di verificare se (ed in che misura) il nostro sia ancora uno Stato costituzionale

L'ultimo punto che desidero, con la necessaria rapidità, toccare in questa mia riflessione “a primo ascolto” delle relazioni illustrateci si situa al cuore della Costituzione. Si tratta infatti di chiedersi quale idea di persona e di diritto fondamentale tenda ad affermarsi (se già non si è affermata...) nell'esperienza, assumendo quali banchi di prova particolarmente attendibili proprio gli ordini tematici di cui abbiamo oggi discusso e gli ambiti materiali su cui essi si dispongono.

Un punto di riferimento particolarmente attendibile è al riguardo costituito dai diritti della persona, specificamente laddove siano in gioco questioni di biodiritto⁴⁷, la cura della salute e la salvaguardia della riservatezza dei dati che riguardano la persona stessa⁴⁸.

Un diritto, quest'ultimo, dalla formidabile capacità d'irradiazione praticamente a qualunque campo di esperienza e suscettibile di acquistare rilievo tanto al piano delle relazioni inter privatos quanto a quello delle relazioni di questi ultimi con lo Stato; un diritto, poi, dalla cui salvaguardia – com'è stato, ancora di recente, opportunamente rilevato da una sensibile dottrina⁴⁹ – può dipendere il mantenimento di ogni diritto restante, che da essa in modo diretto ovvero riflesso risulta condizionato, secondo quanto è peraltro ora avvalorato dall'art. 1, par. 2, del regolamento dell'Unione in materia di privacy varato pochi mesi addietro. Basti solo pensare, a conferma della varietà delle circostanze che vedono coinvolto il diritto stesso e della sua formidabile vis espansiva, ai casi, di cui si dirà a momenti, in cui esso interferisce col bene della sicurezza ovvero a quelli in cui entra in conflitto col diritto di altri soggetti alla conoscenza dei dati stessi, per motivi di salute⁵⁰ o per altre

⁴⁷ Un'approfondita analisi volta alla ricostruzione degli orientamenti al riguardo invalsi in giurisprudenza, con particolare attenzione a quella comune, è in R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto*, cit., e in molti altri scritti ancora.

⁴⁸ A *El derecho a la intimidad* sono state dedicate le IX Giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale, già richiamate.

⁴⁹ F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Giappichelli, Torino 2016.

⁵⁰ Così, ad es., nelle note e sofferte vicende che vedono contrapposto il diritto all'anonimato della madre e il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini biologiche, sollecitato in questa ricerca anche (ma non necessariamente) da motivi di salute, per sé o i propri familiari; vicende che, poi, possono essere anche molto diverse tra di loro, secondo quanto conferma un discusso orientamento della Cassazione, prima sez. civ., che ha considerato recessivo il diritto all'anonimato in caso di decesso del suo titolare: sent. n. 15024 del 2016.

Suona tuttavia strano che nella circostanza il giudice della legittimità non abbia dato alcun rilievo alla circostanza per cui la donna potrebbe aver taciuto ai familiari la sofferta esperienza vissuta con l'abbandono del figlio al momento del parto, soggetti questi che potrebbero ricevere un grave pregiudizio una volta venuti a conoscenza della vicenda stessa. In considerazione di ciò, il verdetto del giudice avrebbe potuto essere esattamente rovesciato su se stesso, ritenendosi preminente l'interesse del genitore deceduto e dei suoi congiunti rispetto a quello del figlio, tanto più poi laddove tra i congiunti stessi vi siano figli minori, bisognosi di una speciale protezione. Di contro, laddove il genitore dovesse risultare

ragioni ancora⁵¹. Per ciò che qui specificamente importa, i diritti fatti oggetto di esame dagli studi di merito che ci sono stati oggi illustrati si trovano soggetti a pressoché quotidiani “bilanciamenti” con altri interessi costituzionalmente meritevoli di tutela, all’esito dei quali tuttavia non di rado risultano costretti a sensibili sacrifici e talvolta ad essere puramente e semplicemente messi da canto.

Il presente contesto, invero, non agevola la loro protezione.

Per un verso, la lotta al terrorismo internazionale, le cui manifestazioni vanno sempre di più diffondendosi fino al punto di far temere che possa trattarsi di un fenomeno ormai endemico, parrebbe reclamare una forte contrazione di molti dei diritti della persona, a partire da quello alla riservatezza dei dati che la riguardano⁵².

Per un altro verso, una crisi economica essa pure particolarmente estesa e devastante, ben lungi dal potersi dire superata o, comunque, in via di superamento, assottiglia sempre di più le risorse disponibili cui attingere per dare appagamento ai diritti in genere e, particolarmente, a quelli c.d. “sociali”, tra i quali uno speciale rilievo va assegnato proprio alla cura della salute⁵³. In realtà, com’è ormai provato, la salvaguardia di tutti i diritti comporta comunque un costo, nondimeno particolarmente vistoso per alcuni di essi; alle volte esso non traspare, ponendosi quale il riflesso della salvaguardia di diritti apparentemente non “sociali”: ad es., per effetto del doveroso riconoscimento, operato in giurisprudenza, anche all’immigrato irregolare del diritto alle nozze con

ancora in vita, potrebbe verificarsi in modo discreto il perdurare o meno della volontà di quest’ultimo di non essere conosciuto.

Come che sia di ciò, si ha conferma, seppur se ne abbia il bisogno, che i casi della vita, persino per uno stesso ambito di esperienza, sono talmente varî da non poter essere naturalmente ed in modo assorbente trattati unicamente a colpi di legge (ad es., la donna potrebbe non aver alcun familiare, non dandosi in tal caso il bisogno di salvaguardare aspettative di terzi).

⁵¹ Solo un cenno al recentissimo, tristissimo caso, che ha molto impressionato la pubblica opinione, di una giovane toltasi la vita perché attraverso Internet era stato diffuso un filmato che la ritraeva nel compimento di un rapporto sessuale e che prima ancora aveva tentato di occultarsi cambiando nome e luogo di residenza. Si è così avuta ancora una conferma del fatto che il web può uccidere, laddove dovesse farsene un uso non vigilato e limitato, a salvaguardia della dignità della persona.

E si pensi, ancora, ai non pochi, complessi problemi che si pongono in ambito lavorativo (su cui si sono, da ultimo, intrattenuti A. RACHID COUTINHO - L.A.D. ARAUJO, *A proteção da intimidad e da privacidade do trabalhador: há realmente uma proteção adequada?*, relaz. alle IX Giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale su *El derecho a la intimidad*, cit., e, pure *ivi*, E. PAJARES MONTOLÍO, Intervento al momento senza titolo) o in materia finanziaria, specie sul versante della lotta al fisco (su cui, ancora nelle Giornate ora cit., F. FACURY SCAFF, *O primeiro dever fundamental das Cortes constitucionais é dezir “nao”*, e V. RUIZ ALMENDRAL, *La entrada en el domicilio de las personas jurídicas en los procedimientos de inspección tributaria*), e così via per molti altri ambiti materiali.

⁵² Preoccupate notazioni sull’argomento sono state, con varietà d’impostazione e svolgimenti, manifestate da molti autori: tra gli altri, G.L. CONTI, *Lotta al terrorismo e patrimonio costituzionale comune. Appunti intorno alla traslitterazione interna delle norme internazionali ed euro unitarie in materia di lotta al terrorismo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013; G. DE MINICO, *Le libertà fondamentali in tempo di ordinario terrorismo*, in www.federalismi.it, 10/2015, 20 maggio 2015, e, della stessa, *Internet and fundamental Rights in time of terrorism*, in www.rivistaaiic.it, 4/2015, 6 novembre 2015; S. GAMBINO, *Libertà e sicurezza nella recente esperienza nord-americana di contrasto del terrorismo*, in *Liber amicorum in onore di A. Cerri. Costituzionalismo e democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 397 ss.; A. CIANCIO, *La libertà d’informazione, Internet ed il terrorismo internazionale*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, cit., 593 ss.; i contributi al Convegno in ricordo di A. Pizzorusso svoltosi a Pisa l’11 e 12 marzo 2016 su *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*. Infine, A. SPATARO, *Politiche della sicurezza e diritti fondamentali* può ora vedersi in *Quest. giust.*, settembre 2016, 167 ss. Inadeguati e carenti, ora per difetto ed ora per eccesso, i provvedimenti adottati in ambito internazionale e sopranazionale al fine di far fronte alla minaccia terroristica, secondo quanto ha di recente confermato la direttiva UE 2016/681 del 27 aprile 2016 che “regola l’utilizzo dei dati del codice di prenotazione (PNR) ai fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi” [in merito alla quale G. TIBERI, *La direttiva UE sull’uso dei dati del codice di prenotazione (dati PNR) nella lotta al terrorismo e ai reati gravi*, in *Quad. cost.*, 3/2016, 590 ss.].

⁵³ Ovviamente, in questa sede si presta attenzione unicamente ai riflessi sui diritti per effetto della crisi; l’altra faccia della medaglia, che però qui non può essere riguardata, è data dai riflessi di ordine istituzionale, tanto per ciò che attiene all’incidenza sugli equilibri che connotano la forma di governo dell’Unione e ne accompagnano i più salienti svolgimenti, quanto in ordine ai rapporti tra Unione e Stati (ed agli ulteriori riflessi in seno a questi ultimi). Ha, di recente, toccato alcuni punti di quest’ultimo versante G. MARTINICO, *Las implicaciones constitucionales de la crisis: una reseña de la literatura reciente*, in *Estudios de Deusto* (www.revista-estudios.deusto.es), 64-1/2016, 23 ss.

persona di cittadinanza italiana, lo straniero può in breve tempo acquistare la cittadinanza e, perciò, tutti i diritti, sociali e non, che ad essa fanno capo.

Quanto, poi, alla questione dell'accesso al farmaco, è chiaro che essa ha il suo *punctum crucis* nel meccanismo di determinazione del prezzo (a riguardo del quale A. Cauduro⁵⁴ ha opportunamente sollecitato l'adozione di una "politica europea"), alle sue storture nondimeno aggiungendosene altre parimenti gravi e, proprio per ciò, bisognose di essere urgentemente rimosse, che riguardano l'intera organizzazione delle strutture e dei servizi in ambito sanitario. Non si trascuri, peraltro, che il diritto alla salute fa "sistema" coi diritti restanti; ed è di tutta evidenza che l'esistenza di sacche crescenti di povertà diffusa fa sì che una cerchia sempre più larga di persone *di fatto* – al di là delle restrizioni normativamente stabilite – non abbia modo di curarsi, così come, in generale, non goda di molti altri diritti⁵⁵. Una questione, poi, che assume carattere di drammaticità per alcuni soggetti particolarmente esposti, quali i pensionati a bassissimo reddito, gli immigrati irregolari o quelli portatori di malattie rare e molto costose, nei riguardi dei quali non di rado si tende ad adottare la "tecnica" della indifferenza o della dimenticanza⁵⁶. Far finta, però, di non vedere la sofferenza che ci circonda può anche essere comodo ma è, senza alcun dubbio, eticamente squalificante e costituzionalmente intollerabile.

Il fuoco del problema sta, dunque, laddove si tratta di stabilire qual è il criterio giusto, costituzionalmente imposto, che consenta di "bilanciare" in modo adeguato tutti i beni della vita in campo.

Va preliminarmente riconosciuto che il problema è estremamente complesso e che non è pertanto consentito risolverlo in modo assai sbrigativo ed approssimativo, trascurando il dato elementare e di comune evidenza secondo cui posponendosi alcuni interessi che fanno capo all'intera collettività a fronte di altri interessi che specificamente si appuntano in capo ai singoli si corre il rischio di sacrificare altri interessi ancora di cui i singoli stessi sono portatori.

Pensiamo, ad es., ancora una volta, all'interesse alla sicurezza, che è un bene a un tempo collettivo ed individuale. V'è una soglia al di qua della quale esso può (e deve) essere anteposto rispetto ad altri interessi, superata la quale però si è sollecitati ad affrontare, in sede di "bilanciamento", il rischio del sacrificio dell'interesse stesso.

Posseggo al riguardo una sola certezza: che la lotta nei riguardi di coloro che non si riconoscono nei principi fondanti dello Stato costituzionale e che mirano ad abatterlo ricorrendo a mezzi cruenti non può essere condotta abdicando ai principi stessi. Trovo invero singolare il ragionamento di coloro che avallano persino il ricorso alla tortura nei riguardi dei terroristi catturati argomentando che ciò sarebbe giustificato dal fine di evitare altro spargimento di sangue (non dissimile, a conti fatti, è la "logica" sottesa alla nota dottrina favorevole, specie dopo gli attacchi alle torri gemelle, all'abbattimento di aerei di linea in mano ai terroristi allo scopo di attenuare il danno in termini di vite umane⁵⁷). Nel momento, però, in cui per difendere lo Stato di diritto noi per primi dovessimo allontanarci da esso ed anzi adottare comportamenti che frontalmente lo contrastano avremmo perso

⁵⁴ ... part. nel § 3 del *paper*. Mi chiedo, tuttavia, se si diano davvero le condizioni di contesto perché questa proposta possa concretarsi.

⁵⁵ Forse, l'unico di cui nessun essere umano può essere *nei fatti* privato è quello di religione; ed è amaro constatare che i diseredati sociali non possono far altro che confidare nella Divina Provvidenza al fine di vedere almeno in parte attutiti i loro patimenti. Mi sovviene al riguardo un pensiero che ho avuto modo di leggere in uno scritto di G. ZAGREBELSKY apparso su *La Repubblica* del 24 settembre 2016, 60, dal titolo *L'insostenibile ambiguità nelle parole della politica*, laddove ha affermato che "i diritti umani sono una realtà per chi sta sopra, e il contrario per chi sta sotto. Lo stesso, per la dignità". Nello stesso quotidiano, M. AINIS, "*Troppa uguaglianza fa male basta invadenza dello Stato*". *La riscossa degli ultras liberisti*, 61, ci ha, ancora una volta, ricordato – cifre alla mano – che "il mondo non è mai stato così profondamente diseguale come adesso, all'alba del terzo millennio".

⁵⁶ In argomento la letteratura è ormai incontenibile (riferimenti, da ultimo, in C. SICCARDI, *Crisi economica e discriminazioni multiple: il caso degli stranieri extra-comunitari con disabilità*, in www.forumcostituzionale.it, 2 settembre 2016).

⁵⁷ Rammento la nota pronunzia del *Bundesverfassungsgericht* che ha dichiarato l'incostituzionalità della legge tedesca del 2005 che prevedeva l'eventualità richiamata nel testo (in argomento, A. DE PETRIS, *Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 20 marzo 2006).

definitivamente la nostra battaglia e, con essa, smarrito l'essenza stessa della nostra cultura liberal-democratica.

Come si vede, dalla prospettiva ora adottata non importa stabilire se siamo, o no, in guerra, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 11 della Carta⁵⁸. La qual cosa conserva, nondimeno, un suo evidente rilievo, sol che si pensi che, ricorrendo le condizioni di cui al disposto ora cit., potrebbe giustificarsi la sospensione di alcune libertà costituzionali o, comunque, l'adozione di misure restrittive di carattere straordinario, pur sempre comunque soggette a verifica secondo ragionevolezza⁵⁹. Né importa sapere se la presente congiuntura è in qualche modo assimilabile (e, a mia opinione, per certi versi lo è e per altri però no) a quella avutasi durante la stagione buia del brigatismo rosso (in relazione alla quale la Consulta, specie con la nota [sent. n. 15 del 1982](#), ci ha consegnato preziose, ancorché discusse e discutibili, indicazioni⁶⁰). Guerra sì o guerra no, infatti, si dà comunque una soglia invalicabile oltre la quale risulterebbe – come si diceva – disperso il patrimonio di fini-valori che connota il nostro modello di cultura occidentale. Una soglia, dunque, al di là della quale la dignità è ferita a morte e resta una vuota parola senza pratico senso. E invero la dignità di ogni essere umano, persino dei delinquenti più incalliti o, appunto, dei terroristi è un bene prezioso, indisponibile: è – com'è stato detto da un'accreditata dottrina – l'“assoluto costituzionale”, la “bilancia” su cui si dispongono i diritti e gli interessi in genere meritevoli di tutela allo scopo della loro reciproca ponderazione⁶¹.

So bene che altra e non meno accreditata dottrina⁶² si è invece dichiarata nel senso dell'assoggettabilità a “bilanciamento” di qualunque bene costituzionalmente protetto, dignità compresa.

Senza tuttavia ora riprendere questa intricata questione, mi limito qui a riaffermare il mio fermo convincimento che nel politeismo dei valori che connota lo Stato costituzionale deve darsi un punto fermo da cui tutti si tengono ed a cui fanno capo in sede di reciproco contemperamento; e questo punto – per le ragioni che si è tentato di argomentare altrove – è proprio la dignità, vale a dire ciò che è e che fa la *humanitas* stessa del soggetto.

Anche le limitazioni maggiormente incisive nella sfera privata del soggetto non possono, dunque, trovare spazio per affermarsi laddove dovesse risultarne sacrificata la dignità.

Ancora una volta, indicazioni preziose al riguardo ci vengono dalla giurisprudenza europea che ha in più occasioni ribadito la centralità del principio personalista; e merita una volta di più di essere rimarcata la circostanza, per vero già messa in evidenza nelle indagini più attente⁶³, secondo cui la

⁵⁸ Nega risolutamente il ricorrere di questa eventualità L. FERRAJOLI, *Due ordini di politiche e di garanzie in tema di lotta al terrorismo*, in AA.VV., *Terrorismo internazionale, politiche della sicurezza, diritti fondamentali*, speciale di *Quest. giust.*, settembre 2016, 8 ss.; pure *ivi*, R. BARBERINI, *Terrorismo e guerra*, 66 ss.

⁵⁹ Sulle esperienze al riguardo maturate in alcuni ordinamenti di tradizioni liberal-democratiche, v. AA.VV., *La démocratie à l'épreuve de l' "État d'exception"*, in *En Jeu. Histoire et mémoires vivantes*, 5/2015, Presses universitaires Septentrion, Lille 2015, e AA.VV., *Terrorismo internazionale, politiche della sicurezza, diritti fondamentali*, cit. (*ivi*, con specifico riguardo alla Francia, A. PERTICI, *Terrorismo e diritti della persona*, 25 ss., spec. 36 ss.).

⁶⁰ Mi riferisco, in particolare, al sacrificio imposto alla libertà personale e, più ancora, alla dignità dei detenuti in attesa di giudizio e sospetti di appartenere alle BR, per effetto dell'abnorme dilatazione dei termini massimi di carcerazione preventiva.

⁶¹ La formula della “bilancia” si deve – com'è noto – a G. SILVESTRI, che ha iniziato a discorrerne in *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 14 marzo 2008, precisandola quindi in altri scritti.

Mi piace qui ricordare che il *Festival del diritto*, giunto quest'anno alla sua IX ediz. e svoltosi a Piacenza il 23-25 settembre 2016, ha avuto per tema proprio la dignità.

⁶² Part., M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss.

⁶³ Nella ormai nutrita lett., utili indicazioni possono aversi dai numerosi ed approfonditi studi di O. POLLICINO, tra i quali v. *Interpretazione o manipolazione? La Corte di Giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, in www.federalismi.it - focus TMT, 3/2014, 24 novembre 2014, e *La "transizione" dagli atomi ai bit nel reasoning delle Corti europee*, in *Ragion prat.*, 44/2015, 53 ss., nonché O. POLLICINO - M. BASSINI, *La Carta dei diritti fondamentali*

stessa giurisprudenza eurounitaria ha più volte posposto (part., in *Digital Rights Ireland*, *Google Spain* e *Schrems*⁶⁴) i diritti facenti capo al libero mercato a quelli strettamente inerenti alla persona, tra i quali è appunto quello alla riservatezza⁶⁵.

La dignità è dunque – come si è venuti dicendo – la *Grundnorm* e il *Grundwert* allo stesso tempo verso cui confluiscono e da cui traggono luce tutte le indagini relative ai diritti fondamentali, tra le quali anche quelle relative ai temi di cui abbiamo oggi discusso.

Questo schema vale, dunque, altresì per le esperienze d’inizio-vita (e, specularmente, per quelle di fine-vita); e spiega perché mai, ad es., non possa farsi dell’embrione e, in genere, del corpo umano una fonte di lucro (rischio, quest’ultimo, micidiale, in ispecie per i casi di ricorso alla fecondazione eterologa)⁶⁶ ovvero perché possa spianarsi la via all’“adozione” dell’embrione o – come nel caso della [sent. n. 84 del 2016](#), dietro cit. – alla destinazione, al ricorrere di certe condizioni, dell’embrione stesso alla ricerca scientifica, a fronte dell’esito opposto della sua crioconservazione *sine die*, che fatalmente porterebbe al suo deterioramento⁶⁷.

Anche la questione dell’accesso ai farmaci, laddove quest’ultimo dovesse dimostrarsi di fatto impedito a motivo dei costi insopportabili da coloro che ne hanno vitale bisogno, richiede – come si diceva – di essere riportata alla dignità al fine di poter essere nel modo più solido impostata ed adeguatamente risolta. Nessun ragionamento, per finemente argomentato che sia, è accettabile se porta allo sbocco nefasto di privare di cure vitali chi ne ha un disperato bisogno. È una società disumanizzata, irrispettosa di un minimo etico condiviso, quella che pospone la sopravvivenza e la dignità delle persone a qualunque altro bene, per meritevole che sia di essere salvaguardato.

La domanda che allora, in conclusione dei nostri lavori, dobbiamo porci è quanto Stato costituzionale ci è ancora rimasto in presenza di pratiche non occasionali volte al disinvolto accantonamento della dignità e della vita della persona, in ispecie proprio delle persone maggiormente bisognose di cure e di attenzioni (non meramente materiali). Perché è chiaro che la verifica non va fatta restando al solo piano costituzionale, laddove si hanno plurime ed inequivoche testimonianze a conferma dello Stato costituzionale e dell’etica pubblica repubblicana che ne ispira lo svolgimento e che presiede alla sua integra trasmissione nel tempo. La verifica va piuttosto condotta ai piani normativi sottostanti e, specialmente, al piano dell’esperienza, laddove cioè il diritto vigente si converte in vivente. Altrimenti alimenteremmo quell’indirizzo complessivamente deviante dal solco costituzionale, che porta a puntare l’obiettivo unicamente sulla punta dell’*iceberg* ignorando la montagna sommersa sottostante. Solo che, così facendo, non renderemmo un buon servizio alla stessa Costituzione, ai suoi valori, alle norme che vi danno la prima e più genuina e fedele traduzione, incoraggiando ed avallando – se ne abbia o no la consapevolezza –, per la nostra parte, lo scarto tra ciò che è dichiarato nella Carta e ciò che è invece stabilito da regole e regolarità diffuse nell’esperienza.

È chiaro che una risposta non approssimativa e parziale al quesito ora posto richiederebbe un’analisi approfondita ed estesa ad ogni ambito materiale su cui si radicano i diritti fondamentali

dell’Unione Europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo, in *Dir. inf.*, 2015, 743 ss.; v., inoltre, ora, AA.VV., *La protezione transnazionale dei dati personali. Dal “Safe Harbour principles” al “Privacy Shield”*, a cura di G. Resta e V. Zeno Zencovich, Roma Tre-Press, Roma 2016.

⁶⁴ Un’attenta disamina di queste note decisioni, su cui – come si sa – si è avuta una messe considerevole di commenti di vario segno, può, da ultimo, vedersi nella relazione alle più volte cit. IX Giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale di A. RALLO LOMBARTE, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como juez garante de la privacidad en Internet*.

⁶⁵ È interessante notare che i diritti della persona sono riusciti ad affermarsi in ambito eurounitario dapprima grazie all’aggancio ai diritti del mercato, prendendo quindi il sopravvento su questi ultimi. È questo uno dei tanti, rilevanti segni della evoluzione registratasi in seno alle Comunità europee prima e poi all’Unione, testimoniando la loro vocazione a “costituzionalizzarsi”, sia pure con originalità di tratti rispetto a quelli propri dello Stato.

⁶⁶ Non fanno però al riguardo difetto alcune incertezze ed oscillazioni della giurisprudenza, ancora di recente segnalate dai G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scientia*, cit., § 2, con specifico riferimento all’“utero in affitto”, giudicato da Cass., V sez. pen., n. 13525 del 2016, non penalmente perseguibile laddove siffatta pratica si stata compiuta in Paesi in cui è considerata lecita; allo stesso tempo, però, la surrogazione di maternità non è da noi consentita.

⁶⁷ Su tutto ciò, v., nuovamente, almeno i contributi alle Giornate su *La procreazione medicalmente assistita*, cit.

della più varia natura e complessiva connotazione. La qual cosa non avrebbe comunque potuto, di tutta evidenza, qui farsi. Credo però di poter dire che gli studi che ci sono stati rappresentati offrano materiali utili su questioni di cruciale rilievo al fine di poter far luogo a quella verifica. Consiglierei, dunque, anche agli studi a venire di puntare diritto al cuore del problema, tentando di dare, con riguardo ai temi prescelti, una risposta in relazione a ciò da cui, a conti fatti, dipende il mantenimento dell'essenza della Costituzione e la sopravvivenza dello Stato sulla stessa fondato.

Antonio Ruggeri

Dignità dell'uomo, diritto alla riservatezza, strumenti di tutela (prime notazioni)*

SOMMARIO: 1. La riservatezza, diritto a sé e diritto presupposto, *implied Right*, nella tutela di altri diritti, suscettibile di trasformarsi camaleonticamente, in ragione del contesto, degli interessi in campo, delle combinazioni di valori sollecitate a formarsi dai casi. – 2. Il diritto alla riservatezza rivisto dalla prospettiva dei doveri ed orientato verso la dignità, autentico *Grundwert* dell'ordinamento costituzionale. – 2.1. Esemplicazioni di casi in cui la riservatezza può trovarsi a dover recedere davanti ad altri beni della vita o interessi costituzionalmente protetti: in specie, con riguardo al mondo del lavoro ed al fine dell'accesso al lavoro stesso. – 2.2. Diritto alla riservatezza *versus* diritto-dovere d'informazione, con specifico riferimento ai candidati a cariche pubbliche di primo piano. – 2.3. Riservatezza o sicurezza? Un dilemma che richiede, nei singoli casi, di essere sciolto mantenendo ad ogni buon conto integro il bene indisponibile della dignità della persona umana. – 2.4. Dignità e riservatezza nel *web*, con particolare riferimento ad informazioni riguardanti la sfera sessuale ed alla commutazione dei processi penali in processi mediatici. – 3. Un paio di questioni sul versante della tutela: in specie, *a)* se anche alla riservatezza possa applicarsi lo schema secondo cui l'ottimale salvaguardia dei diritti richiede uno sforzo congiunto, posto in essere in spirito di "leale cooperazione" da legislatore e giudici. – 4. *Segue: b)* se il *tandem* riserva di legge e riserva di giurisdizione a garanzia dei diritti possa valere anche in relazione alle vicende via *Internet* e, una volta spostato il perno della tutela in sede internazionale e sovranazionale, cosa possa realisticamente attendersi a seguito del varo del nuovo regolamento eurounitario sulla *privacy*.

1. *La riservatezza, diritto a sé e diritto presupposto, implied Right, nella tutela di altri diritti, suscettibile di trasformarsi camaleonticamente, in ragione del contesto, degli interessi in campo, delle combinazioni di valori sollecitate a formarsi dai casi*

Il diritto alla riservatezza presenta un tratto identificante che altri diritti fondamentali non hanno¹: ha una sua propria autonomia, concettuale e positiva, grazie alla quale reclama tutela in sé e per sé; è, però, anche un diritto presupposto, diciamo pure un *implied Right*, la sua tutela risultando, per questo verso, indiretta, attraverso quella offerta ad altri diritti. È vero, però, anche l'inverso, vale a dire che tutelando la riservatezza si fa, di riflesso, anche quella di altri diritti, ad essa funzionalmente connessi.

Non saprei ora dire se sia, o no, da condividere la tesi, patrocinata da una dottrina che ha non solo a fondo studiato il nostro tema ma – ciò che maggiormente importa – è stata chiamata a compiti operativi di salvaguardia², secondo cui dalla salvaguardia della riservatezza dipende quella di ogni altro diritto costituzionalmente protetto. Per un certo verso, questo è vero per ogni diritto, sol che si ammetta che ciascuno di essi fa "sistema" coi restanti, tutti stando assieme ovvero venendo meno, rispettivamente, grazie alla garanzia data a ciascuno di essi ovvero per effetto della ferita mortale inferta anche ad uno solo di essi. È pur vero, tuttavia, che il nesso che lega i diritti non si presenta

* Intervento alle IX Jornadas internacionales de Derecho Constitucional (Brasil-Italia-España) su *El derecho a la intimidad*, Madrid 22-23 settembre 2016. Ho sottoposto una prima stesura di questo lavoro alla lettura di O. Pollicino, che ringrazio di cuore per le molte ed acute osservazioni fattemi in relazione a taluni passaggi argomentativi particolarmente delicati. Resta, ovviamente, fermo che la responsabilità per quanto è qui scritto è interamente ed esclusivamente mia. Avverto, infine, che, data la limitata finalità di questo studio, l'apparato di note e i riferimenti bibliografici sono qui circoscritti all'essenziale.

¹ Avverto che, per scorrevolezza espositiva, non ripeterò ogni volta l'aggettivo qualificativo, che giudico implicitamente apposto al sostantivo. Avverto, inoltre, che in questo scritto utilizzo in modo promiscuo i termini di "riservatezza" e di "privacy", intendendo nondimeno quest'ultimo in un'accezione più ristretta a quella larga (o larghissima) che ne ha contraddistinto lo svolgimento nell'esperienza nord-americana (sul problema definitorio, v. S. SCAGLIARINI, *La riservatezza e i suoi limiti. Sul bilanciamento di un diritto preso troppo sul serio*, Aracne, Roma 2013, 23 ss.).

² F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Giappichelli, Torino 2016.

allo stesso modo o con la stessa intensità nel passaggio dall'uno all'altro dei diritti stessi. Per la riservatezza, invece, ciò si riscontra in una misura tale da rendersi, a conti fatti, indistinguibile ciò che specificamente la riguarda da ciò che è invece proprio di altri diritti cui la stessa risulta strettamente legata.

Sia chiaro. La distinzione può (e deve) farsi, unicamente però al piano teorico-astratto; nei fatti, però, essa si sfarina come neve al sole. Se ne ha subito la riprova sol che si pensi che la riservatezza si apre a raggiera a tutto campo, spiegandosi su plurimi piani di esperienza ed in più ambiti materiali.

Se n'è avuta conferma proprio nel corso delle nostre Giornate, laddove si è avuta tangibile testimonianza dei molti volti della riservatezza e della varietà dei modi con cui essa si combina coi diritti che gravitano nel mondo del lavoro o con quelli che fanno capo alla sanità, al fisco, alla sicurezza, e via dicendo. Insomma, un diritto, il nostro, che camaleonticamente si trasforma a seconda delle congiunture, dei tempi, degli interessi in gioco, delle combinazioni di valori costituzionali evocate in campo; e un diritto che rileva tanto al piano dei rapporti *inter privatos* quanto a quelli coi pubblici poteri, che riguarda le persone fisiche come pure le persone giuridiche³ e che, in breve, esibisce una straordinaria, incontenibile vocazione a rinnovarsi restando nondimeno sempre identico a sé, nella sua multiforme, internamente articolata, natura ed a tornare sempre sulla scena da protagonista, pur laddove apparentemente altri siano i diritti in gioco, tra i quali, sia *inter se* e sia pure con altri interessi costituzionalmente protetti (specie di natura collettiva), debbano aver luogo complesse operazioni di bilanciamento assiologicamente ispirate.

Già queste prime e palesemente insufficienti notazioni introduttive mostrano quanto sia scivoloso il terreno su cui ambientare e svolgere l'analisi del diritto in parola, nelle relazioni che esso intrattiene con altri diritti o beni della vita meritevoli di tutela, e perciò impegnativa l'analisi stessa che dovrebbe – come si diceva – aprirsi a tutto campo, allo scopo di non risultare parziale e di pervenire, di conseguenza, ad esiti ricostruttivi a conti fatti deformanti ed inattendibili.

Incentro questa mia succinta riflessione unicamente su un paio di punti, di cruciale rilievo, ponendomi alla ricerca del fondamento della tutela, nonché delle sedi istituzionali e degli strumenti idonei a farla valere.

2. Il diritto alla riservatezza rivisto dalla prospettiva dei doveri ed orientato verso la dignità, autentico Grundwert dell'ordinamento costituzionale

Giudico particolarmente feconda e foriera di promettenti esito teorico-ricostruttivi la prospettiva che guarda al diritto di riservatezza, con specifico riguardo alla non diffusione dei dati relativi alla persona, dal punto di vista dei doveri: sia dei soggetti, privati o pubblici, diversi dalla persona presuntivamente lesa e sia pure di quest'ultima. In generale, a mia opinione, l'angolo visuale dei doveri nello studio dei diritti disvela alcuni lineamenti di questi ultimi che altrimenti resterebbero in ombra, sommersi⁴, non consentendo di orientare nel giusto verso le operazioni di bilanciamento

³ Si ha qui un ostacolo teorico preliminare costituito dal fatto che i diritti, al pari peraltro dei doveri, delle persone giuridiche, specificamente al piano dei rapporti pubblicistici, sembrano piuttosto doversi declinare in termini di competenze. Il diritto è, cioè, piuttosto una condizione di autonomia idonea a dispiegarsi entro una certa sfera e in un certo ambito spaziale di esperienza che un diritto soggettivo vero e proprio e il suo esercizio, pertanto, il frutto di una competenza (della condizione delle persone giuridiche ha riferito, nel corso delle nostre Giornate, V. RUIZ ALMEDRAL, *La entrada y registro en el domicilio de personas jurídicas en el marco de procedimientos de inspección tributaria*; i profili fiscali hanno costituito oggetto di esame anche da parte di F. FACURY SCAFF, *O primeiro dever fundamental das Cortes constitucionais dezir "nao"*).

⁴ Da una prospettiva ancora più ampia, si è tentato di argomentare in altri luoghi che nella struttura stessa dei diritti costituzionali si rinviene una componente deontica la cui considerazione porta a rivedere sotto una luce complessivamente diversa dall'usuale le vicende relative ai diritti stessi, sia nei loro mutui rapporti che in quelli intercorrenti con altri beni o interessi costituzionalmente protetti [v., dunque, volendo, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss., e il mio *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in www.federalismi.it, 17/2013, 28 agosto 2013].

assiologicamente ispirate coinvolgenti i singoli diritti di volta in volta in campo (e, segnatamente, per ciò che qui specificamente importa, il nostro).

La prospettiva, tuttavia, ha bisogno di ricevere luce dai valori e, specificamente, per ciò che più conta, dal valore della dignità⁵: un bene, questo, che seguito a considerare un autentico valore “superconstituzionale”⁶ dell’ordinamento, indisponibile anche per chi ne è portatore, oltre che intagibile dagli altri. E, invero, la dignità, per come è qui pure vista⁷, ha doppio volto: un profilo soggettivo, che rimanda all’autodeterminazione della persona, ed uno oggettivo, il cui significato si coglie alla luce delle qualificazioni date dalla Carta costituzionale, nel suo fare “sistema” con le altre Carte, tra le quali principalmente la CEDU e la Carta dei diritti dell’Unione⁸. L’autodeterminazione, poi, è certamente un bene bisognoso della massima cura ed attenzione ma – come si è tentato di mostrare altrove – non è *tutto*, non ha cioè capacità onnipervasiva ed assorbente. E qui torna il discorso sui doveri. Perché, allo stesso tempo in cui la persona rivendica tutela per i propri diritti, è gravata di doveri, tra i quali – qui è il *punctum crucis* della questione ora discussa – vi è anche quello della riservatezza ma vi è pure, a certe condizioni, quello della rinuncia alla stessa, a salvaguardia di altri beni o interessi meritevoli, in talune circostanze, di prioritaria considerazione.

D’altro canto, ciò che è “degn” e ciò che non lo è non può essere rimesso all’esclusivo ed insindacabile apprezzamento della persona stessa, altrimenti si smarrirebbe il senso stesso della previsione costituzionale della dignità, dovendosi piuttosto fare capo a parametri di natura oggettiva⁹.

È alla luce di queste indicazioni, qui sommariamente enunciate, che va condotto l’esame di alcuni casi in cui la riservatezza sembra entrare in conflitto con altri diritti o interessi in genere di rilievo costituzionale, con l’avvertenza, che faccio subito (e con riserva di maggiori ragguagli più avanti), che la varietà dei casi stessi è tale da rendere comunque approssimativo e persino forzato ogni tentativo di trattarne in termini unitari e generali, riportando sotto uno stesso regime situazioni che meritano di essere comunque tenute distinte.

2.1. Esemplicazioni di casi in cui la riservatezza può trovarsi a dover recedere davanti ad altri beni della vita o interessi costituzionalmente protetti: in specie, con riguardo al mondo del lavoro ed al fine dell’accesso al lavoro stesso

Si pensi, dunque, ad alcune tra le più agitate questioni riguardanti la riservatezza in ambito lavorativo.

Se n’è molto discusso – come si sa – specialmente con riguardo alla vigilanza esercitata, anche a mezzo di telecamere o strumenti informatici in genere, nei riguardi del lavoratore da parte del datore di lavoro¹⁰. A me pare, tuttavia, che, prima ancora di passare all’esame di siffatte questioni, meriti di

⁵ A riguardo del nesso tra *privacy* e dignità, v., almeno, E. BLOUSTEIN, *Privacy as an Aspect of Human Dignity: an Answer to Dean Prosser*, in *New York Univ. Law Rev.*, 39/1964, 973 s.; A. BALDASSARRE, *Privacy e Costituzione. L’esperienza statunitense*, Bulzoni, Roma 1974, 389 ss.

⁶ ... secondo quanto si è tentato di mostrare in più luoghi, a partire da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale*, cit.

⁷ Ho anticipato alcuni concetti ora ripresi con ulteriori svolgimenti nei miei *Appunti per uno studio sulla dignità dell’uomo, secondo diritto costituzionale*, in www.rivistaic.it, 1/2011, 15 dicembre 2010, e, nella stessa *Rivista*, *Dignità versus vita?*, 29 marzo 2011.

⁸ Carte, tutte, non è inutile qui rammentare che, secondo una felice intuizione del giudice delle leggi ([sent. n. 388 del 1999](#)), “*si integrano reciprocamente nella interpretazione*”.

⁹ Riprendo qui un esempio altrove fatto; e, dunque, è palese che, al fine di stabilire quale sia la misura della retribuzione del lavoratore rispondente ai parametri di cui all’art. 36, I c., cost. e tale, perciò, da assicurare in ogni caso condizioni di vita “dignitose” al lavoratore stesso ed alla sua famiglia, non può che farsi riferimento a parametri oggettivi, comunque indipendenti dalla volontà dei soggetti, cui fa tacitamente rimando il dettato costituzionale (e, segnatamente, alla contrattazione collettiva). E così via, per altri campi di esperienza in relazione ai quali parimenti è fatta nella Carta menzione della dignità.

¹⁰ Della tutela della riservatezza in ambito lavorativo hanno trattato, nel corso delle nostre Giornate, A. RACHID COUTINHO - L.A.D. ARAUJO, *A proteção da intimidade e da privacidade do trabalhador: há realmente uma proteção adequada?*, e E. PAJARES MONTOLÍO, nel suo intervento ad oggi senza titolo.

essere riconsiderata, senza preconcetto alcuno, la questione preliminare riguardante l'assunzione al lavoro, in ispecie se (e fino a che punto o entro quali limiti) possano acquisirsi informazioni concernenti i candidati ad alcuni posti di lavoro, laddove ad essi facciano capo interessi di particolare rilievo, di cui è talvolta portatrice l'intera collettività: ad es., possono avere rilievo, per ciò che attiene all'ingresso in istituti bancari o nelle forze armate o, ancora, in magistratura, alcuni dati personali relativi ai trascorsi dell'interessato?

Io credo che questa eventualità non possa essere scartata, per quanto l'assunzione dei dati stessi richieda di essere fatta attingendo ad informazioni che gli stessi interessati possono essere chiamati a dare ovvero si hanno sotto il controllo degli stessi, le quali informazioni comunque vanno, per un verso, acquisite in modo da salvaguardare la dignità degli interessati e, per un altro verso, scrupolosamente custodite e non rese pubbliche.

2.2. Diritto alla riservatezza versus diritto-dovere d'informazione, con specifico riferimento ai candidati a cariche pubbliche di primo piano

E, ancora, si pensi alla vessata questione concernente l'equilibrio tra il diritto alla non diffusione dei dati personali e il diritto-dovere d'informazione¹¹. Ripropongo la questione non soltanto al piano dei rapporti *inter privatos*, al quale è usualmente ambientata, ma anche (e soprattutto) nelle sue proiezioni al piano istituzionale. Possiamo, ad es., affermare che gravi su soggetti che ambiscono a ricoprire cariche pubbliche di primo piano, quale quella di Presidente della Repubblica o di Presidente del Consiglio, l'obbligo di rendere noti alcuni dati relativi alle proprie condizioni di salute o altri dati ancora?¹²

Rammento che non molto tempo addietro la questione si è posta negli Stati Uniti nel corso della campagna elettorale, a seguito di un lieve malore di Hillary Rodham Clinton. Siamo sicuri che resti privo di interesse per il singolo elettore e l'intera collettività sapere se colui o colei che potrebbe essere il futuro Capo dello Stato soffra di gravi patologie o, anche più semplicemente, vada incontro a frequenti crisi di nervi, attacchi di panico, ecc.? E possiamo ancora dire, per restare a quest'ambito di esperienza, che per i nostri parlamentari non abbia alcun interesse conoscere se i futuri giudici costituzionali che si accingono a votare hanno avuto, o hanno, problemi di salute psico-fisica? Fino a che punto, insomma, il diritto alla riservatezza può pesare di più del dovere d'informazione, che fa da veicolo al valore democratico, nel suo fare "sistema" coi valori fondamentali restanti?

La questione – si badi – si pone, in primo luogo, per gli stessi interessati sui quali potrebbe ritenersi che gravi l'obbligo, riconducibile in ultima istanza al dovere di fedeltà alla Repubblica ed ai suoi valori¹³, di rendere palese la esistenza di dati riguardanti la loro persona in grado di influenzare il lineare esercizio delle funzioni al servizio della collettività. La circostanza, poi, che il mancato adempimento del dovere stesso possa restare senza conseguenze immediate, salva la successiva applicazione di misure, anche sanzionatorie, legate allo scorretto adempimento dei doveri inerenti all'ufficio, nulla toglie – a mia opinione – circa la sussistenza del dovere medesimo, secondo quanto – com'è noto – è proprio di precetti (anche costituzionali!), la cui giuridicità non è dubbia, ancorché

¹¹ Cfr., al riguardo, i punti di vista manifestati in occasione delle nostre Giornate da G.E. VIGEVANI, *Diritto all'informazione e privacy nell'ordinamento italiano: regole ed eccezioni. L'impostazione peculiare del diritto italiano: la disciplina speciale dell'informazione*, e G. ROSADO IGLESIAS, *Intimididad y libertad de información: la doctrina constitucional sobre la utilización de "camaras ocultas". ¿Una cuestión que sigue abierta?*

¹² Sulla contrazione della "sfera sensibile" dei soggetti note o che esercitano funzioni pubbliche, v., di recente, D. BUTTURINI, *Le informazioni sensibili tra interesse pubblico alla notizia e inviolabilità della dignità umana: casi concreti e riflessioni teoriche*, in AA.VV., *La democrazia costituzionale tra nuovi diritti e deriva medievale*, a cura di G. Ferri, ESI, Napoli 2015, 329 ss., spec. 338 ss.

¹³ Sulle plurime valenze ed implicazioni del dovere in parola, v., sopra tutti, A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013.

non risultino sorretti da sanzioni adeguate ad assicurarne il rispetto¹⁴. D'altro canto, l'adozione di misure preventive al fine di evitare conseguenze che potrebbero essere nefaste per lo stesso fisiologico svolgimento della vita delle istituzioni risponde ad una necessità insista nell'idea stessa di ordinamento, la quale presuppone e in sé comprende tutto ciò che si rivela indispensabile ad una ordinata trasmissione nel tempo.

2.3. *Riservatezza o sicurezza? Un dilemma che richiede, nei singoli casi, di essere sciolto mantenendo ad ogni buon conto integro il bene indisponibile della dignità della persona umana*

Il campo, nondimeno, nel quale si pongono le più gravi tensioni tra il diritto in discorso ed altri beni o interessi costituzionalmente protetti è quello in cui la salvaguardia della riservatezza può costituire un intralcio per la salvaguardia della sicurezza, dei singoli come pure della collettività.

Qual è la soglia – qui è il *punctum crucis* della questione oggi nuovamente discussa – al di là della quale la tutela della sicurezza non può più prevalere sulla riservatezza? Si dà, o no, un criterio-guida che presiede alle operazioni di bilanciamento tra tali beni della vita suscettibili di rivoltarsi l'uno contro l'altro in talune, particolarmente sofferte, congiunture?¹⁵

La questione è assai interessante sotto un peculiare aspetto, dal momento che dietro la tutela della sicurezza c'è la persona umana in ogni suo aspetto, dunque anche quale portatrice dello stesso diritto alla riservatezza. Assicurare la prevalenza, in un caso della vita, della sicurezza sulla riservatezza può, a conti fatti, significare salvaguardare la... *riservatezza* stessa.

Il rischio è, nondimeno, quello che, in una stagione fortemente segnata dal terrorismo internazionale, il bene della sicurezza, a mo' di buco nero, finisca con l'attrarre a sé e fagocitare ogni altro bene costituzionalmente protetto. Sciogliere il dilemma suddetto diventa allora un'impresa improba, non poco sofferta.

Posseggo al riguardo una sola certezza, in un quadro peraltro gravato da molte ipoteche di vario segno ed entità; ed è che, in nessun caso o modo, può accedersi a soluzioni che portino all'effetto del sacrificio della dignità della persona: un bene, questo, indisponibile a soggiacere a bilanciamento alcuno, per la elementare ragione che esso è la "bilancia", com'è stato efficacemente fatto notare da un'accreditata dottrina¹⁶, sulla quale si dispongono i beni bisognosi di ponderazione assiologicamente

¹⁴ È appena il caso qui di rammentare che, secondo la più avvertita dottrina [per tutti, F. MODUGNO, *Norma (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII (1978), 346, e M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Norma giuridica*, in *Enc. giur.*, XXI (1990), 5], la coattività non è attribuito della singola norma bensì dell'intero ordinamento cui essa appartiene, risolvendosi, a conti fatti, nella effettività dello stesso.

¹⁵ Ne hanno variamente discusso, tra gli altri, P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Il Mulino, Bologna 2006; G.L. CONTI, *Lotta al terrorismo e patrimonio costituzionale comune. Appunti intorno alla traslitterazione interna delle norme internazionali ed euro unitarie in materia di lotta al terrorismo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013; G. DE MINICO, *Le libertà fondamentali in tempo di ordinario terrorismo*, in www.federalismi.it, 10/2015, 20 maggio 2015, e, della stessa, *Internet and fundamental Rights in time of terrorism*, in www.rivistaaic.it, 4/2015, 6 novembre 2015; S. GAMBINO, *Libertà e sicurezza nella recente esperienza nord-americana di contrasto del terrorismo*, in *Liber amicorum in onore di A. Cerri. Costituzionalismo e democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 397 ss.; A. CIANCIO, *La libertà d'informazione, Internet ed il terrorismo internazionale*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 593 ss.; AA.VV., *Libertà di espressione e libertà religiosa in tempi di crisi economica e di rischi per la sicurezza*, a cura di F. DAL CANTO - P. CONSORTI - S. PANIZZA, Pisa University Press, Pisa 2016, nonché i contributi al Convegno in ricordo di A. Pizzorusso svoltosi a Pisa l'11 e 12 marzo 2016 su *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*. Infine, A. SPATARO, *Politiche della sicurezza e diritti fondamentali*, in *Quest. giust.*, settembre 2016, 167 ss.

¹⁶ G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 14 marzo 2008, e in altri scritti, tra i quali *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in www.rivistaaic.it, 2/2014, 28 maggio 2014. La tesi è contrastata da quanti (come M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiottio - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss., e G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 1/2011, 45 ss., spec. 69 ss.) si sono dichiarati dell'avviso che la stessa dignità possa rendersi partecipe di operazioni di bilanciamento con altri beni della vita.

ispirata. Eppure, le esperienze su questo terreno maturate, riconsiderate dal punto di vista particolarmente illuminante della giurisprudenza costituzionale, ci mostrano una dignità in talune congiunture gravemente esposta e, a conti fatti, messa da canto a fronte del bene della sicurezza, evidentemente giudicato meritevole di prioritaria tutela.

Rammentiamo tutti la [sent. n. 15 del 1982](#), con la quale è stata – come si sa – giustificata, in nome dell'emergenza, la normativa varata dal Governo per far fronte al brigatismo rosso, con la quale sono stati dilatati in modo abnorme i termini massimi della carcerazione preventiva, con grave pregiudizio della libertà personale e della dignità delle persone in attesa di giudizio e, perciò, presuntivamente innocenti.

Più di recente, la questione si è riproposta anche fuori delle nostre mura¹⁷, con la disciplina adottata in Francia e in Germania per far fronte all'ondata terroristica¹⁸; ed è interessante notare come proprio in nome della dignità, nel suo fare sistema coi valori che stanno a base dello Stato di diritto costituzionale, il *Bundesverfassungsgericht* abbia, ormai molti anni addietro, annullato la legge tedesca che, al fine di evitare ulteriore e più grave spargimento di sangue, ammetteva l'abbattimento di aerei civili in volo in mano ai terroristi¹⁹.

Qui si tocca con mano come la dignità, in cui l'*humanitas* della persona si riassume ed emblematicamente esprime nella sua stessa essenza, faccia tutt'uno con le basi portanti dello Stato costituzionale. Come mi è capitato, ancora di recente, di far notare²⁰, non possiamo combattere i nemici dello Stato di diritto ricorrendo agli stessi mezzi da questi adoperati: sarebbe non solo un errore grave di strategia, che finirebbe col portare acqua proprio al mulino degli intolleranti, ma – per ciò che qui maggiormente importa – una insanabile contraddizione di ordine assiologico, che alla fin fine ci costringerebbe ad abdicare ai principi che stanno a base del nostro vivere in comunità.

2.4. Dignità e riservatezza nel web, con particolare riferimento ad informazioni riguardanti la sfera sessuale ed alla commutazione dei processi penali in processi mediatici

La dignità – come si vede dalle scarse notazioni appena svolte e dagli esempi adottati, ai quali molti altri potrebbero aggiungersi – è il punto di riferimento obbligato al fine di impostare nel modo più saldo possibile, alle condizioni oggettive di contesto, alcune tra le più ardue questioni coinvolgenti il diritto alla riservatezza, quali quelle cui si è dietro fatto cenno (e molte altre ancora), tentando di darne quindi una complessivamente appagante, seppur travagliata, soluzione.

¹⁷ Riferisce dei provvedimenti da noi adottati dopo il 2001 T. FENUCCI, *Necessità, emergenza e diritti fondamentali*, in *Rass. parl.*, 3/2014, 582 ss.

¹⁸ Un quadro di sintesi delle misure adottate per far fronte al terrorismo in alcuni Paesi di tradizioni liberal-democratiche può vedersi in P. BONETTI, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, cit., 121 ss.; AA.VV., *La démocratie à l'épreuve de l' « État d'exception »*, in *En Jeu. Histoire et mémoires vivantes*, 5/2015, Presses universitaires Septentrion, Lille 2015, e AA.VV., *Terrorismo internazionale, politiche della sicurezza, diritti fondamentali*, speciale di *Quest. giust.*, settembre 2016 (ivi, con specifico riguardo alla Francia, A. PERTICI, *Terrorismo e diritti della persona*, 25 ss., spec. 36 ss.). Rammento, inoltre, la direttiva UE 2016/681 del 27 aprile 2016 che “regola l'“utilizzo dei dati del codice di prenotazione (PNR) ai fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi” [a commento della quale, G. TIBERI, *La direttiva UE sull'uso dei dati del codice di prenotazione (dati PNR) nella lotta al terrorismo e ai reati gravi*, in *Quad. cost.*, 3/2016, 590 ss.].

¹⁹ Sulla vicenda, la nota di A. DE PETRIS, *Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 20 marzo 2006.

Ancora per la Germania, può farsi richiamo alle richieste avanzate dalle autorità di pubblica sicurezza dei *Länder* alle Università di fornire dati relativi agli studenti, cui hanno fatto seguito animate polemiche, delle quali riferisce M. BONINI, *Sicurezza e tecnologia, fra libertà negative e principi liberali. Apple, Schrems e Microsoft: o dei diritti “violabili” in nome della lotta al terrorismo e ad altri pericoli, nell'esperienza statunitense ed europea*, in www.rivistaaic.it, 3/2016, 28 settembre 2016, 6.

²⁰ V., dunque, volendo, il mio *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, in [Consulta OnLine](http://www.consultaonline.it), III/2016, 5 ottobre 2016, 349 ss., spec. 368.

Si presti attenzione alle vicende che si pongono in relazione all'uso del *web*²¹. Ancora di recente, larga risonanza è stata data dai mezzi d'informazione al caso di una giovane toltasi la vita perché su *Internet* era apparso un filmato che la ritraeva mentre consumava un rapporto sessuale. Nessun rilievo è, ovviamente, al riguardo da assegnare alla circostanza per cui la stessa giovane aveva inteso diffondere ad una cerchia ristretta di conoscenti il filmato, successivamente però divenuto virale. L'illecito del fatto, specificamente dal punto di vista qui privilegiato, della salvaguardia della integrità è fuori discussione; e si tratta, dunque, solo di stabilire come possano essere sanzionati i responsabili, specie al fine di conferire alle sanzioni stesse efficacia dissuasiva nei riguardi dell'eventuale reiterazione di fatti analoghi.

Il *web* – è stato detto, in modo colorito e però improprio, cogliendo ad ogni buon conto un fondo di verità – può uccidere. Quand'anche, poi, l'esito non dovesse essere quello della perdita di una vita umana, ugualmente il *web* stesso potrebbe rendersi responsabile di effetti d'inusitata gravità.

Si pensi, ad es., alle non poche implicazioni che possono aversi sul sereno svolgimento dei processi, specie se penali, una volta che gli stessi vengano innaturalmente trasposti su *Internet*. Il processo penale, commutatosi in processo mediatico, è, per ciò stesso, foriero di minacce alle volte imparabili nei confronti della dignità della persona. E viene allora da chiedersi se, in conseguenza di siffatta conversione, la stessa neutralità del giudice, oltre che il lineare svolgimento dei compiti da parte degli altri operatori di giustizia (pubblico ministero ed avvocati), possano, in punto di fatto se non pure di diritto, risentirne (e, se sì, fino a che punto).

Ogni medaglia ha, però, il suo rovescio; e alle volte proprio la proiezione mediatica dei processi può rendere un servizio all'amministrazione della giustizia, secondo quanto testimonia la circostanza che, trattandosi in alcune note trasmissioni televisive (tra le quali una dedicata alla ricerca di persone scomparse) alcuni casi giudiziari pendenti, più volte sono venuti alla luce materiali ed indicazioni utili alla risoluzione dei casi stessi.

Alla fin fine, si tratta, dunque, di trovare il giusto mezzo tra il diritto-dovere d'informazione da parte dei *media* e il rispetto della dignità della persona, salvaguardandoli entrambi e, laddove ciò dovesse dimostrarsi impossibile, ponendo il primo al secondo.

3. Un paio di questioni sul versante della tutela: in ispecie, a) se anche alla riservatezza possa applicarsi lo schema secondo cui l'ottimale salvaguardia dei diritti richiede uno sforzo congiunto, posto in essere in spirito di "leale cooperazione" da legislatore e giudici

Soprattutto le vicende dei dati personali attraverso il *web* rendono conferma della complessità e gravità delle questioni di ordine istituzionale che la raccolta, il trattamento e la diffusione dei dati stessi pongono nel tempo presente e dell'impegno che, di conseguenza, grava sui protagonisti della rete come pure sui pubblici poteri al fine di conseguire un apprezzabile equilibrio tra i plurimi interessi evocati in campo dai casi.

²¹ In argomento, la letteratura ormai formatasi è invero incontenibile. Solo per una prima informazione (e con specifico riguardo alle questioni legate all'accesso al mezzo informatico), richiamo qui solo i numerosi ed approfonditi contributi di P. COSTANZO, tra i quali *Internet (diritto pubblico)*, in *Dig./Disc. Pubbl., App.*, 2000, 347 ss.; *Miti e realtà dell'accesso ad internet (una prospettiva costituzionalistica)*, in [Consulta OnLine](#), 17 ottobre 2012, e *Audizione in merito ai d.d.l. costituzionali 1317 e 1561 sul diritto di accesso a internet*, in www.federalismi.it, Focus TMT, 1/2015, 1° aprile 2015, nonché M. BETZU, *Regolare Internet. Le libertà di informazione e di comunicazione nell'era digitale*, Giappichelli, Torino 2012; AA.VV., *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, a cura di O. POLLICINO - E. BERTOLINI - V. LUBELLO, Aracne, Roma 2013; AA.VV., *Internet e Costituzione*, a cura di M. Nisticò - P. Passaglia, Giappichelli, Torino 2014; G. DE MINICO, in molti scritti, tra i quali, ora, *Antiche frontiere e nuova libertà digitale*, Giappichelli, Torino 2016. Si è tornati a discutere di questo groviglio di questioni nel corso della terza sessione delle nostre Giornate, dedicata a *El derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías*, a seguito della relazione illustrata da P. PASSAGLIA, *Privacy e nuove tecnologie, un rapporto difficile*, cit., e di quelle di A. RALLO LOMBARTE, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como juez garante de la privacidad en Internet*, e J.N. MIRANDA COUTINHO, *Dignidade da pessoa humana, novas tecnologias e democracia*.

Desidero qui fermare l'attenzione specificamente su un paio di punti, entrambi riguardanti il versante della tutela.

Il primo attiene ad una questione di ordine generale, che dunque si ripropone anche con riferimento alla salvaguardia della riservatezza ma che per quest'ultima assume una peculiare rilevanza. Si tratta, infatti, di stabilire se possa qui riproporsi lo schema, a mia opinione in generale valevole sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali, che vede legislatore e giudici (nazionali e non, costituzionali e comuni) sollecitati ad una intensa, costante "leale cooperazione" al fine di apprestare la miglior tutela possibile, alle condizioni oggettive di contesto, ai diritti nel loro fare "sistema" coi restanti beni della vita o interessi costituzionalmente protetti²². Il modello vincente è infatti, a mia opinione, quello che si ha ogni qual volta ad una prima ed essenziale disciplina offerta dal legislatore (specie a mezzo di disposizioni sufficientemente duttili, in buona sostanza *per principia*) faccia seguito l'intervento dei giudici²³, specie costituzionali o materialmente costituzionali²⁴, non di rado esso pure connotato da strutturale duttilità e perciò produttivo di principi, fino a pervenire ai terminali delle operazioni di giustizia, i giudici comuni, sollecitati a porre in essere non poche volte un'attività non già di mera *applicazione* – come, invece, un'accreditata dottrina ritiene²⁵ – bensì di *attuazione* degli enunciati di principio contenuti negli atti legislativi o giurisdizionali nei cui riguardi si pongono in funzione servente.

Viene, dunque, in circostanze siffatte – mi è capitato di dire in altre occasioni²⁶ – a formarsi una "catena" di atti funzionalmente connessi e convergenti verso il medesimo fine, una catena provvista di una sua propria, complessiva connotazione e perciò produttiva di un proprio effetto giuridico, che ovviamente non esclude bensì comprende gli effetti prodotti dai singoli atti che la compongono. È importante, comunque, non perdere di vista l'importanza di rendere quanto più possibile duttili e *soft* gli interventi, positivi e giurisprudenziali (e, segnatamente, quanto a questi ultimi, quelli per mano del giudice costituzionale) provvisti di generale valenza, sì da renderli agevolmente adattabili alla varietà dei casi.

Un esempio con riguardo proprio al nostro tema. E, dunque, si pensi alla vessata questione relativa al diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche. Sappiamo tutti com'è stata salomonicamente risolta dalla Corte EDU, in [Godelli](#), e a seguire dalla Consulta in modo da conciliare le aspettative del figlio stesso con la volontà, che potrebbe perdurare, della madre a mantenere l'anonimato. Ebbene, proprio di recente, chiamata a pronunziarsi al riguardo la Cassazione ha fatto luogo ad un nuovo e diverso bilanciamento tra gli interessi in campo, considerando recessiva la posizione della donna se defunta²⁷.

²² Ne ho discusso in più luoghi di riflessione scientifica, tra i quali *Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali*, in [Consulta OnLine](#), III/2015, 13 novembre 2015, 769 ss.

²³ Sappiamo, poi, che non poche volte la disciplina legislativa manca del tutto, con la conseguenza che i giudici si trovano obbligati a fare applicazione diretta della Costituzione o di altre Carte; ed è interessante notare, con riguardo al caso che si faccia uso di queste ultime, che, in realtà, la legge... *c'è*, ed è appunto data dall'atto di esecuzione della Carta stessa e che la *diretta applicazione* di quest'ultima (che, in realtà, come si passa subito a dire, ancora meglio dovrebbe molte volte dirsi *attuazione*, sia pure con effetti circoscritti al caso) non è affatto da considerare una evenienza impossibile o, di più, illecita, secondo quanto opina certa giurisprudenza.

²⁴ Tali sono stati da una sensibile dottrina (tra gli altri, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; altri riferimenti in GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss.) considerati gli stessi giudici europei, sempre più portati in non poche occasioni a conformarsi appunto quali giudici costituzionali; e basti solo al riguardo pensare ai non pochi punti di contatto che si hanno tra le decisioni-pilota della Corte EDU e le additive di principio del giudice delle leggi.

²⁵ Ancora di recente, così, M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in [www.rivistaaic.it](#), 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim*, e, dello stesso, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in [www.rivistaaic.it](#), 4/2014, 10 ottobre 2014.

²⁶ Ad es., in *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in [Consulta OnLine](#), 1/2015, 5 febbraio 2015, 33 ss., spec. 55 ss.

²⁷ V. Cass., I sez. civ., sent. n. 15024 del 2016.

Non è di qui, ovviamente, stabilire se quest'esito sia, o no, apprezzabile²⁸; ha rilievo solo mostrare come possano darsi plurime "varianti" – se così può dirsi – anche di un medesimo caso, con la conseguenza che il suo irrigidimento a mezzo di una disciplina, non importa ora se di legislativa o giurisprudenziale fattura, unica, *bonne à tout faire*, costituirebbe un grave errore, pregiudizievole in non poche circostanze per gli interessi in gioco (per alcuni ovvero persino per tutti), vale a dire foriera di squilibrati bilanciamenti assiologicamente ispirati.

4. *Segue: b) se il tandem riserva di legge e riserva di giurisdizione a garanzia dei diritti possa valere anche in relazione alle vicende via Internet e, una volta spostato il perno della tutela in sede internazionale e sovranazionale, cosa possa realisticamente attendersi a seguito del varo del nuovo regolamento eurounitario sulla privacy*

Il secondo punto evoca in campo una micidiale questione della teoria costituzionale, ponendo sotto *stress* antiche e consolidate credenze relative alle stesse basi portanti degli istituti costituzionali, in ispecie appunto di quelli concernenti la salvaguardia dei diritti costituzionali.

Ci si deve, dunque, chiedere se il *tandem* riserva di legge/riserva di giurisdizione possa dimostrarsi adeguato a far fronte al bisogno complessivo di garanzia manifestato dal diritto di cui qui si discorre nel suo stare davanti a (e talora contro) altri diritti o interessi meritevoli di tutela.

La questione si pone con inusitata gravità proprio in relazione alla diffusione dei dati via *Internet*. Perché il vero è che le garanzie classiche dei diritti di libertà sono state pensate per un contesto in cui l'intervento del giudice poggianti sul previo intervento del legislatore era considerato sufficiente a contenere le minacce o le offese recate ai diritti tanto dai soggetti privati quanto dai pubblici poteri (e, segnatamente, com'è a tutti noto, dal potere esecutivo). Erano, cioè, pensate per un contesto connotato dalla chiusura autoreferenziale in se stesso dello Stato nazionale, in grado di assicurare da solo tutela ai consociati e di mantenere integri ed invalicabili i propri confini territoriali.

Questo scenario si è ormai dissolto col mondo "globalizzato" – come suol essere chiamato, in modo pur largamente approssimativo e francamente rozzo ma efficace – nel quale tutti noi siamo immersi ed operiamo.

La stessa legge – a dirla tutta – appare ormai essere, per molti aspetti, un "ferro vecchio", uno strumento inadeguato a far fronte a taluni pressanti bisogni; lo sono, più in genere, le procedure parlamentari, terribilmente lente e farraginoso, palesemente inadeguate a far fronte ai bisogni stessi²⁹. Nel tempo in cui gli spostamenti avvengono perlopiù in aereo o, comunque, con mezzi veloci fa sorridere e suona complessivamente bizzarra ed ingenua l'idea di seguitare a ricorrere alla diligenza a cavalli³⁰.

La circostanza, poi, che può in via sussidiaria intervenire il Governo in vece delle Camere, specie con lo strumento del decreto-legge³¹, non consola più di tanto e dà piuttosto conferma della strutturale

²⁸ E, a mio modo di vedere, qualche perplessità invero la solleva, per le ragioni che si trovano rappresentate nel mio *Giurisdizione e diritti*, cit., 366 in nt. 50.

²⁹ Un esempio, di lampante evidenza, per tutti con riguardo ad un ordine tematico qui non interessante; e, dunque, si pensi alla delibera parlamentare dello stato di guerra, ancora oggi richiesta dalla Carta, quando ormai la reazione ad eventuali aggressioni esterne ha da essere immediata e la stessa guerra non è, da una parte e dall'altra, "dichiarata", come invece ingenuamente richiede la Carta stessa.

³⁰ Questa immagine, come pure la qualifica di "ferro vecchio", con le sue opportune precisazioni, sono già nel mio *Dal caos delle fonti*, secondo forma, *all'ordine delle norme*, secondo valore: *note dolenti su un'annosa e spinosa questione*, in AA.VV., *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, a cura di M. Cartabia - E. Lamarque - P. Tanzarella, Giappichelli, Torino 2011, 474.

³¹ Si danno, invero, circostanze al ricorrere delle quali il decreto-legge parrebbe davvero essere il solo strumento utilizzabile e, però, ugualmente inadeguato alla bisogna. Torniamo all'esempio sopra fatto ed immaginiamo che si debba deliberare lo stato di guerra. È pacifico che possa farlo solo il Parlamento, che tra l'altro si trova obbligato a conferire al Governo i poteri necessari per la gestione del fatto bellico. Se, però, si conviene che, come si diceva, si danno circostanze – oggi, forse, proprio le sole concretamente configurabili – al ricorrere delle quali le Camere non hanno modo di poter intervenire con la necessaria tempestività, chi altri se non il Governo potrebbe prenderne il posto? Riusciamo, tuttavia, ad

inadeguatezza della sede della rappresentanza politica a dare complessivo appagamento ai bisogni medesimi. Ed è chiaro che, allora, ad essere in gioco non sono solo gli equilibri della forma di governo ma la stessa forma di Stato, dal momento che, nel corso di queste vicende, ad essere coinvolto è il valore democratico, nel suo fare “sistema” coi valori restanti: un valore che, per il fatto stesso di essere (non casualmente) evocato nell’*incipit* della legge fondamentale della Repubblica, testimonia che, una volta che dovesse trovarsi sotto *stress* o, diciamo pure, sacrificato nel corso di talune vicende politico-istituzionali di straordinario rilievo, fatalmente trascinerebbe nella sua caduta tutti i valori fondamentali restanti.

Il vero è che, nel mondo “globalizzato”, solo in seno alla Comunità internazionale o in organizzazioni sovranazionali (tra le quali, principalmente, l’Unione) possono trovarsi le risposte giuste, persuasive, a domande di tutela che, confinate nella sola sede nazionale, sarebbero obbligate a restare inappagate. Non a caso, d’altronde, è venuta, di recente, maturando la diffusa consapevolezza³² della strutturale insufficienza della Carta costituzionale a dare tutela a certi bisogni viepiù pressanti e, di conseguenza, della necessità di far luogo ad un *Internet Bill of Rights*³³, come pure si è avvertita l’esigenza al piano sovranazionale di dar vita ad una nuova disciplina in forma regolamentare delle complesse questioni concernenti la *privacy*. Una disciplina che ha già fatto molto discutere sotto più aspetti³⁴ e che, ad ogni buon conto, già con la sua stessa esistenza dà conferma della dimensione ormai prevalentemente, se non pure esclusivamente, sovranazionale nella quale va ricercata la prima tutela del diritto di cui oggi siamo stati nuovamente chiamati a discorrere.

Così stando le cose, ci si avvede che entrambi le garanzie usualmente adottate in ambito interno, la riserva di legge e la riserva di giurisdizione, mostrano limiti evidenti nelle loro applicazioni a vicende riguardanti diritti interessati dal *web*; un fenomeno che appare tanto più vistoso se posto a raffronto coi poteri di cui risultano al riguardo dotati, per un verso, i privati gestori dei motori di ricerca³⁵ e, per un altro verso, il Garante. In particolare, l’emarginazione del giudice a beneficio di quest’ultimo³⁶, autorità amministrativa ma... *indipendente*, mostra come talune esperienze vengano ormai a maturare al di fuori dei binari disegnati nella Carta per il loro svolgimento. La qual cosa, poi, conferma che alcune innovazioni, quale quella che ha portato alla istituzione dell’autorità suddetta, avrebbero dovuto aversi non già (ed esclusivamente) col mezzo della legge comune ma attraverso una nuova e *temporis ratione* aggiornata razionalizzazione costituzionale³⁷.

immaginare il caso che il Governo adotti un decreto che conferisca poteri al Governo stesso e che, comunque, potrebbe poi essere non convertito?

³² È interessante notare che la mozione con cui la Camera si è espressa il 3 novembre 2015 a favore della Carta dei diritti su *Internet*, di cui si passa subito a dire, sia stata approvata all’unanimità (con 437 voti a favore e nessun contrario). Un fatto di eccezionale rilievo politico.

³³ ... a riguardo del quale i contributi di AA.VV., *Verso un Internet Bill of Rights*, a cura di M. Bassini e O. Pollicino, Aracne, Roma 2015.

³⁴ Riferimenti, ora, in P. PASSAGLIA, *Privacy e nuove tecnologie, un rapporto difficile. Il caso emblematico dei social media, tra regole generali e ricerca di una specificità*, in [Consulta OnLine](#), III/2016, 28 settembre 2016, 332 ss.

Non darei al riguardo particolare rilievo alla circostanza per cui la nuova disciplina euorunitaria della *privacy* si riveste della forma del regolamento, chiamato a prendere il posto della direttiva ad oggi in vigore. Le forme hanno infatti – come si sa – in sede di Unione una mediocre capacità qualificatoria, avendosi non pochi casi di discipline sostanzialmente regolamentari adottate sotto forma di direttiva, e viceversa. E, invero, ciò che conta non è tanto il nome dell’atto quanto la struttura nomologica dei suoi enunciati. La circostanza, poi, per cui qui si passi – come ha fatto notare P. Passaglia, nel suo studio – da una disciplina con funzione armonizzatrice ad una impositiva (ma, su ciò, *infra*) avvalorata ulteriormente l’idea per cui i diritti sul *web* richiedono di essere trattati positivamente e salvaguardati da organi di garanzia disposti in sede sovranazionale, ancora prima che da sedi di produzione normativa ovvero di garanzia dislocate in ambito interno.

³⁵ La stessa giurisprudenza sovranazionale (part., in *Google Spain*, di cui subito *infra*) ha, d’altronde, preso atto del ruolo “paracostituzionale” giocato dai motori di ricerca, com’è stato qualificato da un attento annotatore (O. POLLICINO, *Google rischia di “vestire” un ruolo para-costituzionale*, in *Il Sole 24ore*, 14 maggio 2015). Quanto, poi, tutto ciò (non) stia entro i righe dello spartito costituzionale è cosa talmente evidente da non richiedere qui alcun commento.

³⁶ ... della quale, in buona sostanza, prende atto la stessa [Corte cost. n. 247 del 2015](#), malgrado il verdetto d’inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal TAR Lazio.

³⁷ ... restando, ad ogni buon conto, impregiudicata la questione circa i limiti cui la stessa disciplina costituzionale va incontro, dovendosi – come si sa – mantenersi comunque rispettosa dei principi di base dell’ordinamento; ed è tutto da vedere se si possa o no (e, se sì, fino a che punto) abdicare alle garanzie costituite dalle due riserve suddette. Ancora una

“Globale” essendo la dimensione del *web*, inter- e sovranazionale non può che essere, dunque, la dimensione in cui i problemi posti dal *web* stesso vengono affrontati e, nei limiti del possibile, risolti.

Non è un caso, d'altronde, se alcune delle pronunzie più note e discusse riguardanti la *privacy* (da [Digital Rights Ireland](#) a [Google Spain](#), a [Schrems](#)³⁸) siano state adottate in ambito sovranazionale; ed è proprio questo, dunque, il fronte sul quale promette di essere sempre più di frequente svolta la partita dal cui esito dipendono le sorti della *privacy*.

Allo stesso tempo, la nuova disciplina adottata dall'Unione, ancorché provvista della forma del regolamento, fa largo rimando a fonti di *soft law*, i codici di condotta, a conferma del bisogno, di cui si diceva, di non irrigidire in norme “legislative” stringenti la disciplina di diritti che devono avere altrove la fonte della loro regolazione e, soprattutto, poi la loro tutela, congrua in ragione dei casi, per mano dei giudici.

volta, lo spostamento, pur parziale, delle garanzie al piano sovranazionale potrebbe essere la via giusta, anche se non piana, da percorrere al fine di risolvere in modo complessivamente appagante il problema.

³⁸ In argomento, si è avuta un'autentica pioggia di commenti: *ex plurimis*, O. POLLICINO, oltre che nello scritto sopra cit., in molti altri, tra i quali *Interpretazione o manipolazione? La Corte di Giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, in [www.federalismi.it](#) - *focus TMT*, 3/2014, 24 novembre 2014, e *La “transizione” dagli atomi ai bit nel reasoning delle Corti europee*, in *Ragion prat.*, 44/2015, 53 ss., nonché O. POLLICINO - M. BASSINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in *Dir. inf.*, 2015, 743 ss.; P. FALLETTA, *La Corte di Giustizia, ancora una volta, contro le multinazionali del web* (riflessioni su [Corte di Giustizia UE \(Grande sezione\)](#), 6 ottobre 2015, [Schrems c. Data Protection Commissioner, C - 362/14](#)), in [www.federalismi.it](#), 24/2015, 23 dicembre 2015; R. BIFULCO, *La sentenza Schrems e la costruzione del diritto europeo della privacy*, in *Giur. cost.*, 1/2016, 289 ss.; A. GIATTINI, *La tutela dei dati personali davanti alla Corte di giustizia dell'UE: il caso 'Schrems' e l'invalidità del sistema di 'approdo sicuro'*, in *Dir. um e dir. internaz.*, 1/2016, 247 ss.; AA.VV., *La protezione transnazionale dei dati personali. Dal "Safe Harbour principles" al "Privacy Shield"*, a cura di G. Resta e V. Zeno Zencovich, Roma Tre-Press, Roma 2016; M. BONINI, *Sicurezza e tecnologia, fra libertà negative e principi liberali*, cit.; G. DE MINICO, *Antiche frontiere e nuova libertà digitale*, cit. Infine, P. PASSAGLIA, *Privacy e nuove tecnologie, un rapporto difficile*, cit., e A. RALLO LOMBARTE, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como juez garante de la privacidad en Internet*, cit.

Antonio Ruggeri
Il futuro dei diritti fondamentali e dell'Europa *

SOMMARIO: 1. Il concorso che l'Europa può (e deve) dare all'appagamento dei diritti fondamentali e il significato che, secondo modello, va assegnato ai richiami fatti in Costituzione alle Carte ed alle norme in genere di origine esterna che danno riconoscimento ai diritti stessi (in ispecie, l'abbandono, al fine di una compiuta osservazione delle relazioni tra le Carte stesse e la Costituzione, della prospettiva formale-astratta e l'opzione per una prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico). – 2. “Dialogo” tra Corti e manipolazioni da parte dell'una nei riguardi dell'altra giurisprudenza (esempi tratti da alcune vicende di diritto di famiglia e da esperienze d'inizio-vita). – 3. Convergenze e divergenze degli indirizzi giurisprudenziali, oltre che nelle soluzioni di ordine sostanziale, nelle tecniche decisorie (in ispecie, il diffuso riscontro di decisioni di principio, le loro ragioni e valenze, la “rinforzata” *efficacia sostanziale* delle pronunzie dei giudici nazionali poggianti su analoghi verdetti dei giudici europei). – 4. Il singolare andirivieni cui, ad avviso della Consulta, l'operatore sarebbe chiamato in sede d'interpretazione e talune vicende dei diritti maturate in ambito economico-sociale, con la conferma da esse data del contributo offerto dalla giurisprudenza europea alla salvaguardia dei diritti stessi, tanto più considerevole laddove la giurisprudenza si esprima a mezzo di pronunzie di principio (l'esempio della nota, sofferta vicenda delle leggi d'interpretazione autentica).

1. Il concorso che l'Europa può (e deve) dare all'appagamento dei diritti fondamentali e il significato che, secondo modello, va assegnato ai richiami fatti in Costituzione alle Carte ed alle norme in genere di origine esterna che danno riconoscimento ai diritti stessi (in ispecie, l'abbandono, al fine di una compiuta osservazione delle relazioni tra le Carte stesse e la Costituzione, della prospettiva formale-astratta e l'opzione per una prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico)

Felice l'intuizione sottesa al titolo della nostra sessione di lavoro che riproduco in testa alla mia riflessione. Si dà infatti, a mia opinione, un rapporto di *mutua, costante e necessaria* implicazione tra i termini della relazione in esso evocati.

Il futuro dei diritti fondamentali è l'Europa (o, meglio, è *anche* l'Europa) perché senza o al di fuori di essa non può aversi un efficace, complessivo appagamento dei diritti stessi. È vero però anche l'inverso: che senza questi ultimi non può aversi la prima, vale a dire che una costruzione solida e duratura dell'Europa unita passa attraverso un'adeguata tutela data ai diritti, riprendendo ed ulteriormente svolgendo il filo della nobile tradizione liberale¹.

Questa tesi è avvalorata tanto secondo diritto quanto secondo esperienza.

Per l'un verso, uno speciale significato va assegnato ai richiami fatti in Costituzione al diritto internazionale e sovranazionale e – per ciò che qui specificamente interessa –, in seno all'uno ed all'altro, ai riconoscimenti dei diritti che si hanno nelle Carte a questi dedicati, tra le quali principalmente la CEDU e la Carta dell'Unione, riconoscimenti – come si vedrà – idonei a concorrere alla integrazione e rigenerazione semantica della Costituzione stessa e, perciò, al suo arricchimento ed alla valorizzazione. Per l'altro verso, indicativo è il raffronto tra il presente ed un passato non remoto in cui la salvaguardia dei diritti veniva ricercata esclusivamente dentro le mura dell'ordinamento interno e, in buona sostanza, attingendo alle sole indicazioni offerte dalla Carta

* Relazione al Convegno su *Costituzione, diritti, Europa. Giornate in onore di Silvio Gambino*, Arcavacata di Rende (CS) 26-27 ottobre 2016, alla cui data lo scritto è aggiornato.

Sono particolarmente grato agli organizzatori di queste Giornate per l'opportunità offertami di dare il mio piccolo contributo ad un incontro di studio che rende onore a Silvio Gambino, persona di straordinario spessore umano, infaticabile ed appassionato studioso, carissimo amico.

¹ È ora tornato ad interrogarsi se i diritti in Europa siano in crisi M. D'ALBERTI, *L'unione europea e i diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2016, 761 ss. Un chiaro affresco della tutela dei diritti può ora aversi da V. ZAGREBELSKY - R. CHENAL - L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna 2016.

costituzionale², non essendo ancora giunta a maturazione la consapevolezza dei benefici che avrebbero potuto venire ai diritti per effetto delle Carte suddette e persino prima della loro adozione o formale entrata in vigore grazie alla coraggiosa intraprendenza di una illuminata giurisprudenza (come appunto si è avuto in seno alle Comunità europee prima e, quindi, all'Unione)³. Al tirar delle somme, all'esito cioè di un'attenta ponderazione delle tutele nel complesso avutesi nei due contesti, non possono ignorarsi – lo si vedrà meglio a momenti con esempi – i notevoli passi in avanti fattisi al servizio dei diritti, specie grazie al c.d. “dialogo” tra le Corti, laddove cioè il diritto vigente si converte e risolve in diritto vivente⁴.

In realtà, su entrambi i piani, quello del modello e l'altro dell'esperienza, su cui si distende e svolge l'analisi si danno ricostruzioni e valutazioni assai varie e reciprocamente discordanti, alcune delle quali sensibilmente divergenti per orientamenti ed esiti rispetto a quelli qui caldeggiati.

Da un canto, i riferimenti implicitamente fatti in Costituzione alle Carte di origine esterna⁵, per effetto della “copertura” in via generale offerta al diritto internazionale ed a quello (ieri comunitario ed oggi) eurounitario, sono comunemente intesi nel senso che sarebbe comunque confermata la *primauté* della legge fondamentale della Repubblica. È vero che siffatto primato si presenta

² Sta qui – come si sa – il connotato maggiormente qualificante (e, però, anche il limite) del modello di Stato nazionale affermatosi nel corso dell'esperienza liberale. Va, tuttavia, aggiunto che, senza questa esperienza, non si sarebbe avuto il suo stesso superamento, preparato e *quodammodo* favorito dalle stesse Carte costituzionali del secondo dopoguerra e, dunque, anche dalla nostra, col disegno in essa fatto dei lineamenti di uno Stato non più chiuso in modo autoreferenziale in se stesso bensì aperto alla Comunità internazionale e ad organizzazioni sovranazionali e, perciò, disponibile ad integrarsi in forme inusuali con altri Stati (ma, di ciò, *amplius, infra*).

³ Non si dimentichi il ruolo di prima grandezza svolto in ambito sovranazionale dalla giurisprudenza a salvaguardia dei diritti pure al tempo in cui non c'era ancora una Carta che li riconoscesse e pur dopo il varo di quest'ultima ma prima della sua formale entrata in vigore. Altra questione, su cui ora non è possibile intrattenersi, è cosa sia mutato con l'ingresso sulla scena della Carta dell'Unione, in particolare se ed in che misura essa abbia potuto innovare alle “tradizioni” giurisprudenziali, cui pure era tenuta a dar voce, ovvero abbia sollecitato il rinnovo delle stesse [su ciò, per tutti, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013; O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero l'incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 93 ss., e, dello stesso, *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, 91 ss.; G. BRONZINI, *La Carta dei diritti dell'Unione europea come strumento di rafforzamento e protezione dello Stato di diritto*, in *Pol. dir.*, 1-2/2016, 15 ss.].

⁴ “Significativa”, a giudizio di un'accreditata dottrina (M. CARTABIA, *I diritti in Europea: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2015, 29 ss., spec. 40 ss.), l'influenza esercitata sulla giurisprudenza costituzionale da quelle delle Corti europee; ulteriori ragguagli possono al riguardo aversi dalla corposa ricerca di AA.VV., *Le tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti e V. Piccone, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, nonché, ora, da V. ZAGREBELSKY - R. CHENAL - L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit.

⁵ Si può discutere in merito alla mancata menzione esplicita delle Carte. Se, per un verso, se ne può rinvenire giustificazione in ragioni di ordine storico, mal si spiega siffatta mancanza al momento in cui è stato introdotto il limite dell'osservanza degli obblighi internazionali nel nuovo art. 117, I c. Né varrebbe opporre che il riferimento alle Carte sarebbe privo di senso per le leggi regionali, vuoi per il fatto che il limite suddetto si riferisce ad ogni legge (e, dunque, anche a quelle statali, per le quali anzi si presenta autenticamente innovativo, dal momento che – come si sa – le Regioni erano, e sono, tenute a prestarvi ossequio già da tempo) e vuoi ancora per il fatto che non è affatto vero che le fonti di autonomia non possono avere ad oggetto i diritti fondamentali o, come che sia, concorrere alla loro tutela, secondo quanto ha, ancora di recente, dimostrato la corposa ricerca su *Diritti e autonomie territoriali*, curata da A. Morelli e L. Trucco, Giappichelli, Torino 2014.

D'altro canto, la tesi che giudica superfluo il riferimento espresso alle Carte, in quanto ricompreso in quello in via generale fatto al diritto internazionale pattizio, muove dall'assunto – a mia opinione, errato – della totale parificazione di regime di tali documenti normativi rispetto a qualunque fonte di diritto internazionale scritto. Di contro, il riferimento *ad hoc* avrebbe rinvenuto (e potrebbe anche un domani rinvenire) giustificazione proprio al fine di mettere in evidenza la diversa condizione in cui tutti tali atti si trovano in ragione dei loro contenuti e del modo con cui essi si rapportano ai valori fondamentali dell'ordinamento (e, segnatamente, ai principi di libertà ed eguaglianza, nel loro fare “sistema” col principio della pace e della giustizia tra le Nazioni).

Giudico urgente che sia colmata questa lacuna.

“graduato”, valendo per ogni norma costituzionale, laddove dovesse riscontrarsene l’incompatibilità con norma di altra Carta (e, segnatamente, della CEDU) diversa dalla Carta dell’Unione, la quale ultima, al pari di ogni fonte eurounitaria, andrebbe incontro all’osservanza dei soli principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale. Un differenziato regime – va avvertito – che tuttavia, anche dalla prospettiva adottata dalla dottrina ora richiamata (nella quale, come dirò, non mi riconosco), parrebbe assottigliarsi fino a svanire del tutto sol che si consideri che – per i contenuti di cui tutte le Carte sono dotate, nonché (e soprattutto) per il linguaggio fatto a maglie larghe (e, in qualche punto, larghissime) attraverso cui esse si esprimono – il raffronto (e perciò, in punto di astratto diritto, il conflitto) parrebbe restringersi alle sole norme espressive di principi fondamentali o, comunque, direttamente ed immediatamente discendenti da questi e perciò ad essi strumentalmente connesse.

Sta di fatto che, a stare all’indirizzo patrocinato dagli studiosi cui si fa ora riferimento, il contrasto tra la nostra e le altre Carte dovrebbe per sistema risolversi a vantaggio dell’una ed a discapito delle altre. È questo, *in nuce*, il significato ed il valore della dottrina dei “controlimiti” che, per il modo con cui è usualmente intesa⁶, dovrebbe per sistema portare all’affermazione dei principi di base dell’ordinamento costituzionale nei riguardi di qualunque norma con essi confliggente. D’altronde, se i principi stessi resistono – secondo opinione corrente – persino agli attacchi ad essi mossi dalle massime espressioni di potere costituito di diritto interno, le leggi di forma costituzionale, non si vede come possano mai recedere di fronte ad atti o fatti di normazione aventi origine esterna. Questo ragionamento, sotteso a molte riflessioni in argomento, parrebbe tuttavia essere non irresistibile, sol che si pensi che le fonti di origine esterna possono rivendicare a loro “copertura” il valore fondamentale della pace e della giustizia costituzionale, secondo quanto ha peraltro riconosciuto la giurisprudenza a beneficio delle norme dell’Unione, “copertura” di cui sarebbero prive le leggi di forma costituzionale. E però anche questo modo di vedere le cose non persuade appieno, vuoi per la ragione che le leggi in parola potrebbero giovare alla causa della pace e della giustizia internazionale⁷ e vuoi ancora perché potrebbero comunque esse pure risultare dotate di “copertura” in uno o più valori fondamentali (ed anzi in tutti, nel loro fare “sistema”) nei cui riguardi si pongano in funzione servente. Tesi, questa, che ai miei occhi appare sorretta di solido fondamento, ove si ammetta – come a mio modo di vedere si deve⁸ – che la revisione e l’innovazione costituzionale in genere⁹ si giustifica alla sola condizione che si presuma essere la nuova disciplina maggiormente idonea della vecchia a dare specificazione-attuazione ai principi fondamentali dell’ordinamento e, dunque, a complessivamente servirli¹⁰.

⁶ Indicazioni, di recente, in P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2015 e, dello stesso, *Il Bundesverfassungsgericht e l’Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2016, 431 ss.; AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, in corso di stampa per i tipi della Jovene; AA.VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell’Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, a cura di C. Paonessa e L. Zilletti, Pacini, Pisa 2016.

⁷ Non giova addurre in avverso la circostanza per cui la “copertura” dell’art. 11 si indirizzerebbe esclusivamente verso l’esterno, a beneficio di organizzazioni internazionali attrezzate alla salvaguardia dello scopo costituzionale. Sarebbe infatti ben strano che lo Stato non possa spendersi con ogni mezzo di cui dispone al fine di concorrere al raggiungimento dello scopo stesso, rimettendone la realizzazione unicamente ad enti dislocati fuori delle mura domestiche.

⁸ Mi sono sforzato di argomentare questa tesi in più scritti, a partire da *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell’ordinamento*, in *Dir. soc.*, 4/2005, 451 ss.

⁹ Per l’aspetto ora considerato, nessun rilievo acquista la pur discussa distinzione tra leggi di revisione costituzionale ed altre leggi costituzionali, di cui è parola nell’art. 138 della Carta, o la ancora più discussa distinzione, d’“invenzione” dottrinale, tra leggi di revisione e leggi di riforma costituzionale.

¹⁰ Ovviamente, non è possibile andare oltre la mera presunzione, dal momento che la stessa, pur risultando dal modello, si trova particolarmente esposta nell’esperienza, laddove diffuse e rilevanti sono le torsioni o – come usa dire – le “modifiche tacite” del modello stesso avutesi nel corso delle pluridecennali esperienze della Repubblica; e basti solo, da ultimo, por mente alla “riscrittura” – com’è stata definita da una sensibile dottrina – del Titolo V operata dalla giurisprudenza costituzionale al fine di porre rimedio a talune sviste ed incongruenze della riforma del 2001. Un esito questo – è facile previsione – che verosimilmente si ripeterà qualora dovesse essere confermata la riforma Renzi-Boschi dal referendum che è ormai alle porte.

Altra questione è, poi, se il primato dei principi urtati da norme aventi origine esterna (che, come si diceva, per la comune opinione, si ha sempre, *per sistema*, mentre a mia opinione occorre far luogo a verifiche caso per caso¹¹) si risolva nella nullità-inesistenza delle norme stesse – secondo quanto trovasi affermato in [Corte cost. n. 238 del 2014](#) – ovvero nella loro mera annullabilità: come dire, insomma, riprendendo una partizione affacciata da un’accreditata dottrina¹², se la invalidità sia (e debba sempre essere) *di tipo forte* ovvero *di tipo debole*. Una questione – accenno qui di passaggio – che, a mio modo di vedere¹³, può risolversi in entrambi i versi ora indicati, dovendo di volta in volta “pesarsi” – se così può dirsi – l’entità del contrasto e darsene quindi l’opportuna qualificazione (aggiungo che, a mio modo di vedere, nella stessa pronuncia appena richiamata non è esclusa siffatta eventualità, essendosi essa limitata a rilevare che *in quel caso* il contrasto era appunto “forte”). È poi chiaro che, a seconda della qualifica in concreto data, potrà attivarsi la competenza del giudice comune ovvero quella della Corte costituzionale in ordine a siffatto accertamento; si tenga, tuttavia, presente che, anche ove si sospetti la nullità-inesistenza della norma, ugualmente ad avviso di alcuni studiosi potrebbe rivelarsi opportuno o addirittura necessario che sia investito il giudice delle leggi affinché ne dia conferma, seppur attraverso una pronuncia di manifesta inammissibilità della questione. Una eventualità, questa della chiamata in campo della Corte, che, però, in alcune circostanze si dimostra praticamente impossibile o addirittura sconsiderata¹⁴.

Come che stiano al riguardo le cose, avverso la comune opinione che vede nei principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale un limite comunque invalicabile dalle norme di origine esterna possono, a parer mio, essere adottati plurimi argomenti di ordine teorico e, prima ancora, di ordine metodico.

Due, in particolare, mi sembrano essere le cose da tenere maggiormente presenti.

Per un verso, va considerato che una stessa norma – non importa, dal punto di vista generale ora adottato, se interna o esterna – può, a un tempo, urtare un principio e servirne un altro (o altri), il conflitto dunque richiedendo di essere risolto in applicazione della “logica” usuale dei bilanciamenti su basi di valore e secondo i casi¹⁵. È, dunque, da mettere in conto tanto l’eventualità che lo scudo dei “controlimiti” si eriga invalicabile avverso l’ingresso in ambito interno di norme internazionali o sovranazionali, quanto però l’eventualità opposta che le norme stesse trovino ugualmente lo spazio per affermarsi nell’ordine interno ritenendosi per il loro tramite maggiormente salvaguardata la Costituzione come “sistema”¹⁶, ovverosia essere minore il sacrificio richiesto alla Costituzione stessa

Di qui, la conseguenza per cui, al momento del varo di una nuova disciplina costituzionale, nessuna certezza o garanzia si ha circa il vero volto che la stessa potrà esibire nell’esperienza.

¹¹ ... per la ragione, che si dirà subito appresso, che il primato di questa o quella norma sull’altra discende all’esito di operazioni di bilanciamento fatte nelle singole vicende processuali, secondo valore.

¹² Il riferimento è, ovviamente, a R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*², Giappichelli, Torino 1992, 207 ss. Analoga, in buona sostanza, alla partizione richiamata nel testo è quella tra *anticostituzionalità* ed *incostituzionalità* patrocinata da A. SPADARO, già in *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss., e quindi in altri scritti.

¹³ Ne ho discusso nel mio *Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quale i possibili “seguiti” della 238 del 2014?*, in [Consulta OnLine](#), 1/2015, 4 marzo 2015, 78 ss.

¹⁴ Nel mio scritto da ultimo cit., faccio l’esempio, volutamente esasperato, di una legge macroscopicamente invalida (in senso forte) che stabilisca l’obbligo di soppressione in sala parto dei nati coi capelli rossi, della quale sarebbe aberrante il solo immaginare che possa essere caducata esclusivamente con un colpo di scure della Consulta. Un esempio, dunque, chiaramente insensato; e però, come sappiamo, è proprio prospettando i casi di scuola che si risolvono anche quelli non di scuola.

¹⁵ Quest’argomento, coi suoi conseguenti svolgimenti, è espresso in alcuni miei scritti, tra i quali, di recente, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell’araba fenice costituzionale: i “controlimiti”)*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., nonché in [www.forumcostituzionale.it](#), 9 aprile 2016, e in *Lo Stato*, 6/2016, 47 ss. Nella stessa op. coll. ora cit. la tesi da me caldeggiata è stata fatta, ancora una volta, oggetto di critica serrata da più autori, cui mi sono sforzato di replicare nel mio *A difesa della idoneità delle norme eurounitarie a derogare a norme costituzionali sostanziali e della “europeizzazione” dei controlimiti*, ancora nell’op. coll. sopra cit. e in [www.forumcostituzionale.it](#), 21 luglio 2016.

¹⁶ L’idea di “sistema” e il bisogno di darvi una speciale protezione al piano costituzionale è – come si sa – costantemente presente nella giurisprudenza costituzionale che, specie di recente, vi ha fatto molte volte richiamo (tra le altre, v. le decisioni nn. [236 del 2011](#); [264 del 2012](#); [1, 170](#) e [202 del 2013](#); [10](#) e [49 del 2015](#)).

rispetto al caso opposto che si faccia valere l'arma dei "controlimiti".

Come si vede, il punto fermo e costante di riferimento è pur sempre dato dalla Costituzione, specie nei suoi valori di libertà ed eguaglianza, la *coppia assiologica fondamentale* – come a me piace chiamarla – dalla cui sintesi origina la giustizia e per il cui tramite la dignità della persona umana, l'autentico *Grundwert* dell'ordinamento, riceve il suo più genuino e qualificante invero. Perciò, quando pure si dovesse pervenire alla conclusione secondo cui la Costituzione, in questa o quella sua norma (e persino in un principio fondamentale), si trovi costretta a recedere di fronte ad altra norma di origine esterna, essa si realizzerebbe ugualmente al meglio di sé, alle condizioni oggettive di contesto, dal momento che quest'esito rinverrebbe in tesi giustificazione nel principio della miglior tutela¹⁷, vale a dire nella "metanorma" che presiede ai bilanciamenti secondo valore, anche nelle loro proiezioni al piano delle relazioni interordinamentali. E, invero, non si vede perché mai la "logica" dei bilanciamenti debba restare circoscritta ai soli casi di conflitti intraordinamentali. Ciò che varrebbe come lasciar fuori, per un assiomatico preorientamento, dall'area entro cui i bilanciamenti in parola hanno luogo i principi di cui agli artt. 10 e 11 (nel loro fare "sistema" con gli artt. 2 e 3 ed i principi fondamentali restanti), nei quali, per comune riconoscimento, è da rinvenire il fondamento dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale.

Ad avvalorare l'idea della improponibilità della tesi corrente in tema di "controlimiti" è, poi, la circostanza per cui gli ordinamenti non possono ormai più (se mai hanno potuto...) essere visti come rigidamente separati ed anzi reciprocamente ed irriducibilmente contrapposti, a mo' di eserciti schierati in campo e portati a farsi una guerra senza risparmio di colpi. È vero che non sono neppure *pleno iure* integrati; sono, però, in via di *tendenziale* e *progressiva integrazione*: un'esperienza, questa, ad oggi connotata da fluidità di movenze ed afflitta – va riconosciuto – da non poche né lievi contraddizioni e carenze, particolarmente vistose le une e le altre proprio sul terreno su cui va maturando la complessiva vicenda dei diritti e delle forme della loro tutela. Ma un'esperienza che, appunto, è già qui, in tutto il suo corposo spessore, sotto i nostri occhi ed ha una sua conformazione che non merita di essere ignorata o, peggio, travisata e distorta.

Ora, la spinta più vigorosa per l'ulteriore avanzamento di siffatto processo viene proprio dalle Carte in genere (Costituzione inclusa), laddove cioè la mutua e feconda integrazione interordinamentale appare nella sua più elevata e nitida espressione, secondo quanto è peraltro da tempo avvertito non solo dalla più sensibile dottrina¹⁸ ma – per ciò che qui maggiormente importa – dalla stessa giurisprudenza. E mi piace qui far nuovamente richiamo alla nota [sent. n. 388 del 1999](#), in cui è lapidariamente affermato che la Costituzione e le altre Carte "*si integrano reciprocamente nella interpretazione*". Un'affermazione che, per il tempo in cui è stata fatta, sembra essere quasi profetica, pur se condizionata – a mia opinione, negativamente – da altra affermazione contenuta nella stessa pronuncia, con la quale la Consulta ha orgogliosamente (e, però, a mia opinione,

¹⁷ ... al quale una crescente dottrina mostra opportunamente attenzione, rimarcandone la centralità di posto nelle operazioni di bilanciamento coinvolgenti i diritti [tra gli altri, A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, in [Consulta OnLine](#), 2/2015, 3 giugno 2015 e, dello stesso, ora, *La "cultura costituzionale" sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., 9 ss., spec. 55 ss.; pure *ivi*, C. SALAZAR, *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte": qualche riflessione*, 217 ss. e L. D'ANDREA, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, 299 ss., spec. 314 ss.; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell'identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.; L. CAPPUCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 412 ss.; pure *ivi*, G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, 706 ss., e C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali (prime notazioni)*, II, 1659 ss., spec. 1664 ss.].

¹⁸ Per tutti, in aggiunta ad AA.VV., *Le tutele nel dedalo d'Europa*, cit., v. R. CONTI, in molti scritti, tra i quali, nel modo più organico, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2011, e *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*², Roma 2014.

temerariamente) rivendicato a beneficio della nostra Carta il titolo, a suo dire inconfutabile (e perciò assiomaticamente posto), di fonte idonea ad assicurare *in ogni caso* ai diritti una tutela “non meno intensa” di quella apprestata dalle altre Carte. Insomma, una pronunzia, quella cui si fa ora riferimento, espressiva di un pensiero complesso, a un tempo attratto dal corno della parità tra le Carte e dell’apertura al diritto di origine esterna e da quello del primato della Carta nazionale e della chiusura a riccio, in modo autoreferenziale, dell’ordine interno in se stesso.

E, invero, a tutt’oggi il giudice delle leggi non è riuscito a sottrarsi a queste oscillazioni in cui, a conti fatti, si rispecchiano indirizzi metodico-teorici reciprocamente irriducibili ad unità, che il giudice stesso assume invece di poter far convivere avvalendosi di siffatto *mix* concettuale eterogeneo in forme continuamente cangianti, come in un ideale caleidoscopio, e secondo occasionali convenienze. Non ci si avvede, tuttavia, in tal modo, che il primato può, sì, aversi (ma solo, a mio modo di vedere, al *piano culturale*, non pure a quello *positivo*), a beneficio ora di questa ed ora di quella Carta che nel mercato dei diritti si dimostri dotata della merce migliore e riesca dunque a lasciare un segno maggiormente marcato di quello impresso dalle altre nel circolo interpretativo in cui tutte si immettono al fine di potersi reciprocamente comporre in unità significativa e porsi perciò a fondamento di un unitario, seppur internamente articolato e composito, “sistema di sistemi”.

2. “Dialogo” tra Corti e manipolazioni da parte dell’una nei riguardi dell’altra giurisprudenza (esempi tratti da alcune vicende di diritto di famiglia e da esperienze d’inizio-vita)

Delle oscillazioni in parola si hanno numerose e rilevanti testimonianze nell’esperienza, il cui esame nondimeno si rivela essere estremamente disagiata e scivolosa.

Va, al riguardo, avvertito che l’indagine, al fine di potersi dire (se non compiuta comunque) provvista di un apprezzabile grado di organicità, dovrebbe distendersi sopra ogni campo materiale su cui si radicano i diritti fondamentali, ovunque tentandosi di stabilire quali frutti siano venuti dal “dialogo” tra le Corti, quali cioè le sue forme e gli effetti. La qual cosa non può, per evidenti ragioni, qui farsi e ci si dovrà dunque limitare ad una riflessione di sintesi avuto esclusivo riguardo ad alcuni ambiti selezionati tra quelli di maggior interesse sotto un duplice ed opposto profilo: ora per il fatto che in essi si hanno numerose e tangibili testimonianze della mutua influenza esercitata dall’una nei riguardi dell’altra Carta ed ora per le difficoltà riscontratesi circa la possibilità di pervenire a convergenti orientamenti giurisprudenziali. Nell’idea di “dialogo” è, infatti, insita – come si sa – tanto l’eventualità dell’accordo quanto quella del disaccordo: il “dialogo” è, cioè, un *metodo* o una *direttiva d’azione*, non il *risultato* della loro applicazione, è parlarsi e comprendersi ma non necessariamente, seppur auspicabilmente, convenire sulle medesime posizioni¹⁹.

L’esperienza, in effetti, mostra tanto le convergenze quanto le divergenze d’indirizzo: le une e le altre comunque salutari laddove mosse e giustificate dall’intento di servire al meglio i diritti e perciò di tendere alla loro più adeguata tutela in ragione dei casi. D’altro canto, anche laddove dovessero manifestarsi orientamenti divaricati, ugualmente potrebbe aversene un giovamento per la causa dei diritti, i conflitti sollecitando non di rado ripensamenti di giurisprudenza suscettibili in talune circostanze di risolversi in una più adeguata salvaguardia dei diritti e, in genere, degli interessi meritevoli di tutela, anche in considerazione di sopravvenuti mutamenti di contesto.

I campi materiali nei quali il “dialogo”, nelle sue due espressioni appena descritte, ha preso corpo con la maggiore frequenza sono quelli su cui insistono i diritti etico-sociali, per un verso, e, per un altro verso, i diritti economico-sociali. Il quadro complessivo che se ne ha appare estremamente composito, sì da rendersi assai problematico enucleare un unitario e ben definito indirizzo di questa o quella Corte persino per uno stesso ambito di esperienza. Il frequente mutamento dei contesti, poi, in cui s’inscrive e prende forma la tutela dei diritti porta naturalmente al rinnovo, anche a breve turno

¹⁹ Alle volte, infatti, il dialogo appare essere – come ha efficacemente fatto di recente notare F. GIUFFRÈ, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in www.federalismi.it, 7/2016, 6 aprile 2016, con specifico riguardo ai rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU – “senza troppa confidenza”.

di tempo (ed alle volte persino a ritmi incalzanti), della giurisprudenza, sotto la spinta di plurimi fattori, tra i quali le nuove acquisizioni della scienza e della tecnologia, nonché i condizionamenti esercitati dal bisogno pressante di far fronte all'emergenza terroristica o alla crisi economica (l'una e l'altra – a quanto pare – ormai endemiche e suscettibili di pesare fortemente sulle aspettative di tutela di molti diritti).

Così stando le cose, non suona strano che, allo stesso tempo in cui alcuni diritti hanno avuto, in determinate circostanze, modo di espandersi e farsi valere anche in forme inusuali rispetto ad un recente passato, questi stessi o altri diritti, in circostanze diverse, ne hanno invece non poco sofferto.

V'è poi un punto su cui, a mia opinione, giova fermare particolarmente l'attenzione; ed è che, quando pure l'una Corte ha tenuto a marcare la distanza dalle altre, ugualmente ne ha non di rado subito l'influenza. E questo stato di cose appare connotato da una certa fluidità di movenze ed opacità di quadro, sì da non potersi prevedere se e in che senso il "dialogo" giurisprudenziale potrà evolversi.

Faccio solo un esempio al riguardo al fine di dare un minimo di concretezza al discorso che vado ora facendo.

Si consideri, ad es., la sofferta vicenda delle coppie omosessuali e delle loro attese di poter dar vita ad una unione coniugale a tutti gli effetti. Ebbene, credo che pochi dubbi possano aversi a riguardo del fatto che la sollecitazione in modo vigoroso indirizzata da [Corte cost. n. 138 del 2010](#) al legislatore e volta alla produzione di una disciplina normativa adeguata a farsi carico degli interessi che fanno capo alle coppie in parola abbia avuto proprio nella giurisprudenza europea sulla famiglia (intesa in larga accezione), se non la sua fonte ispiratrice, un suo costante e rilevante punto di riferimento. Certo, rimane la distanza tra l'idea di "vita familiare" di cui la giurisprudenza stessa mostra di farsi portatrice e quella di "famiglia", nella sua ristretta e propria accezione fondata *ex art. 29 cost.* sul paradigma eterosessuale della coppia, patrocinata dal nostro giudice delle leggi²⁰. Le aperture fatte da

²⁰ Riferimenti sull'una e l'altra accezione di "famiglia", nella ormai nutrita lett., in E. CRIVELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, ESI, Napoli 2011; M.G. CUBEDDU, *La dimensione europea del diritto della famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, I, t. I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. Ferrando - M. Fortino - F. Ruscello, Giuffrè, Milano 2011, 83 ss. e, pure *ivi*, J. LONG, *Le fonti di origine extranazionale*, spec. 144 ss., e M. GATTUSO, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, spec. 808 ss.; A. SCHUSTER, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in AA.VV., *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di Pezzini - A. Lorenzetti, Jovene, Napoli 2011, 255 ss., spec. 274 ss.; R. TORINO, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo ed italiano*, Giappichelli, Torino 2012, spec. 199 ss.; S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Giappichelli, Torino 2012; AA.VV., *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transexualidade diante da experiência constitucional*, a cura di G. Vidal Marcílio Pompeu e F. Facury Scaff, Conceito, Florianópolis 2012; V. SCALISI, "Famiglia" e "famiglie" in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013, 7 ss.; M.C. VITUCCI, *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um., dir. internaz.*, 2/2013, 481 ss. e, della stessa, *amplius*, già, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Jovene, Napoli 2012; F. MANNELLA, *I "diritti" delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, spec. al cap. II; A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa University Press, Pisa 2013, 19 ss., e, della stessa, *Eguaglianza, diritto alla differenza e dignità umana nell'attuale dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui diritti degli omosessuali*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, cit., III, 2328 ss.; R. CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Pol. dir.*, 1-2/2013, 127 ss., e, dello stesso, *I giudici e il biodiritto*, cit., spec. alla parte VI (ma *passim*); F. MASTROMARTINO, *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013; AA.VV., *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, a cura di D. Gallo - L. Paladini - P. Pustorino, Springer, Berlin 2014; AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; A. D'ALOIA, *El matrimonio entre las personas del mismo sexo: ¿Una irresistible escalada constitucional?*, in *An. it.-iberoamer. dir. cost.*, 2014, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, 79 ss.; L. LORELLO, *Coppie omosessuali e tutela costituzionale*, Giappichelli, Torino 2015; L. PRINCIPATO, *I profili costituzionali della famiglia, come canone ermeneutico, soggetto giuridico e fattispecie*, in *Giur. cost.*, 2/2015, 649 ss.; C. CAMPIGLIO, *L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in materia familiare*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2/2015, 279 ss., e, nella stessa *Rivista*, F. PESCE, *La tutela europea dei diritti fondamentali in materia familiare: recenti sviluppi*, 1/2016, 5 ss.; V. BALDINI, *Famiglia e diritti connessi alla vita familiare nella giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, cit., 105 ss.; pure *ivi*, A. RANDAZZO, *Nuovi modelli di famiglia e dialogo tra le Corti*, III, 1877 ss.; G. BRUNELLI, *Matrimonio same-sex e unioni civili: alla ricerca di una tutela costituzionale e sovranazionale*, in *Scritti in ricordo di P. Cavaleri*, ESI, Napoli 2016, 59 ss.; A. MACCARO - M. MILITERNI, *Famiglia contemporanea tra biodiritto e*

quest'ultimo a beneficio delle persone dello stesso sesso²¹ non possono, ad ogni buon conto, essere trascurate; e mi parrebbe innegabile il fatto che esse abbiano lasciato un segno nella pur tardiva e per molti versi inappagante disciplina contenuta nella legge n. 76 del 2016.

La vicenda è, poi, interessante anche per un aspetto che avrebbe forse meritato maggiore considerazione dai pur numerosissimi commenti avutisi in dottrina; ed è dato dal fatto che il “dialogo” racchiude in sé, ovviamente, anche il rischio del fraintendimento, ovvero della manipolazione da parte di uno dei parlanti degli enunciati linguistici dovuti alla penna dell'altro, un fraintendimento non di rado scientemente fatto a bella posta, non potendosi altrimenti centrare l'obiettivo avuto di mira.

Questa eventualità non soltanto può aversi al piano dei rapporti tra giudici europei e giudici nazionali ma anche a quello in cui si svolge il confronto degli uni ovvero degli altri *inter se*.

Per restare all'esempio appena fatto, una conferma di questo stato di cose si è avuta con riguardo alla condizione del transessuale coniugato. A dispetto di quanto scritto nella parte motiva di [Corte cost. n. 170 del 2014](#), in cui il paradigma eterosessuale della coppia coniugata è tenuto fermo, la [sent. n. 8097 del 2015 della prima sezione civile della Cassazione](#) ritiene di poter dare congruo (ma, in realtà, infedele) “seguito” al verdetto della Consulta tenendo fermo, sia pure *ad tempus*, il matrimonio del transessuale, in attesa della disciplina legislativa (al tempo mancante) idonea a farsi carico della peculiare condizione della coppia composta da quest'ultimo, caratterizzata da un “pregresso vissuto” – per dirla con la Consulta – meritevole di particolare protezione²².

In ambito familiare (latamente inteso) o in altri a questo contigui molti altri esempi possono addursi a conferma di quanto si viene ora dicendo. E così è marcata l'influenza esercitata dalla giurisprudenza europea con riguardo alle esperienze d'inizio-vita da cui ha tratto alimento la giurisprudenza costituzionale nella sua opera demolitoria della legge 40 del 2004²³. Permangono, sì, talune gravi

bioetica, ESI, Napoli 2016; G. DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze. Commento alla legge 20 maggio 2016, n. 76, al d.p.c.m. 23 luglio 2016, n. 144, e al d.m. 28 luglio 2016*, Giuffrè, Milano 2016; A. FASANO - G.E. GASSANI, *La tutela del convivente dopo la legge sulle unioni civili*, Giuffrè, Milano 2016; M.C. VENUTI, *La regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze in Italia*, in *Pol. dir.*, 1-2/2016, 95 ss.; AA.VV., *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge*, a cura di P. Rescigno e V. Cuffaro, in *Giur. it.*, 7/2016, 1771 ss.; E. GUARDIGLI, *Omosessualità ed eterosessualità nel matrimonio e nelle unioni civili*, in *Fam. e dir.*, 8-9/2016, 781; S. PARISI, *Famiglia “di diritto”: un genere, tre specie? Intorno alla legge Cirinnà sulle unioni civili*, in *Quad. cost.*, 3/2016, 567 ss.; N. COLAIANNI, *Diritto alla vita familiare e unioni civili: la laicità incompiuta*, in www.federalismi.it, 19/2016, 5 ottobre 2016; V. ZAGREBELSKY - R. CHENAL - L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., 261 ss. Volendo, v. anche il mio *Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in [Consulta OnLine](#), 30 maggio 2014.

²¹ Segnalo in materia, ora, [Corte cost. n. 213 del 2016](#), con cui è stata dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 33, c. III, l. n. 104 del 1992, nella parte in cui non annovera anche il convivente *more uxorio* tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito per l'assistenza ad un familiare portatore di *handicap*, in alternativa al coniuge, parente o affine entro il secondo grado. Del beneficio in parola, dunque, non possono essere private le persone civilmente unite, gravando sulle stesse l'obbligo della mutua assistenza morale e materiale.

Infine, ricordo [Corte cost. n. 225 del 2016](#), che ha rigettato la questione di legittimità costituzionale con cui si sollecitava un intervento additivo al fine di dar modo al minore di mantenere rapporti con persona dello stesso sesso della madre biologica pur dopo la rottura della relazione tra le due donne, assumendo che già il diritto vigente dà modo al giudice di venire incontro all'istanza della parte privata, dal momento che il divieto di frequentazione tra la persona suddetta e il minore opposto dalla madre biologica di quest'ultimo è da considerare pregiudizievole per lo stesso.

²² È appena il caso di rammentare che, con l'entrata in vigore della legge 76, cit., il matrimonio del transessuale dovrebbe essersi ormai convertito, dietro consenso degli interessati, in unione civile.

²³ D'altro canto, alcune note pronunzie del giudice europeo (da *S.H. ed altri c. Austria* a *Costa e Pavan c. Italia*, ad altre ancora) sono assai di frequente richiamate dalla stessa giurisprudenza comune, oltre che ovviamente dalla dottrina, sì da potersi considerare i punti di diritto in esse fissati ormai entrati in circolo e *quodammodo* metabolizzati nella cultura giuridica del nostro tempo. Di tutto ciò si è, ancora di recente, discusso in occasione delle Giornate di studio su *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, svoltesi a Messina il 5 e 6 maggio 2016, i cui Atti, a cura di S. Agosta e G. D'Amico, sono in corso di stampa. Con riguardo alle esperienze d'inizio-vita, nella ormai incontenibile lett., richiamo qui solo gli studi monografici di S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale

oscillazioni e remore non rimosse, di cui ancora di recente si è avuta testimonianza con la [sent. n. 84 del 2016](#), con la quale il giudice delle leggi, allo stesso tempo, riconosce il ruolo cruciale, decisivo, della scienza in ordine alla soluzione di alcune tra le più spinose questioni di biodiritto, tant'è che difettando l'accordo nella cerchia degli scienziati la Costituzione – a suo dire – dovrebbe restare “muta”²⁴, e però sacrifica proprio alcune delle maggiori aspettative della stessa scienza sotto il versante della ricerca scientifica²⁵. Il “silenzio” della Carta²⁶, nondimeno, non si traduce nella neutralità della stessa: risolvendosi, infatti, al piano processuale, nella inammissibilità della questione, di fatto porta all'esito di avallare la disciplina *sub iudice* per un tempo prevedibilmente non breve (fino a quando gli scienziati non avranno fatto chiarezza e raggiunto dunque al proprio interno un accordo...).

Non è di ciò, ad ogni buon conto, che siamo ora nuovamente chiamati a discutere. Importa solo rilevare come una pur cauta e accorta giurisprudenza europea, in cui – com'è noto – è frequente il richiamo alla dottrina del consenso²⁷ e, con esso, la salvaguardia della autodeterminazione discrezionale dei decisori statali²⁸, non abbia comunque fatto da ostacolo a talune non insignificanti aperture della giurisprudenza nazionale, come ad es. a riguardo della eterologa.

Scientifica, Napoli 2015, seguiti da numerosi altri studi degli stessi autori. Altri riferimenti, da ultimo, in C. MASCIOTTA, *La tutela dei diritti fondamentali tra Corte costituzionale e Corte edu alla prova di questioni eticamente controverse*, relaz. al Quinto seminario annuale dell'Associazione “Gruppo di Pisa” con i dottorandi in materia gius-pubblicistiche, Università di Roma Tre, 30 settembre 2016, in [www.gruppodipisa.it](#), spec. al § 2.

²⁴ Al riguardo, non è chi non veda la stranezza costituita dal fatto che in molte altre occasioni le divisioni nel mondo della scienza non hanno – giustamente – fatto da ostacolo a pronunzie nel merito, nell'uno o nell'altro senso. E, se così non fosse stato, il giudice non avrebbe potuto, né potrebbe, praticamente pronunziarsi mai.

²⁵ Quest'appunto critico, presente nel mio *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in *Biolaw Journal* ([www.biodiritto.org](#)), 2/2016, 245 ss., è ora ripreso con originali svolgimenti da G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scientia*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita*, cit.

²⁶ Avverto qui di passaggio che altro è il “silenzio” della Carta dovuto ai ritardi ed alle divisioni in seno alla scienza ed altra cosa il “silenzio” addebitabile a lacune di costruzione del dettato costituzionale (in merito alle quali richiamo qui solo l'ampio ed approfondito studio di Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2/2014, 267 ss., cui, se si vuole, può aggiungersi il mio *Lacune costituzionali*, in [www.rivistaaic.it](#), 2/2016, 18 aprile 2016).

²⁷ ... per quanto non sempre risulti chiaro il criterio o parametro utilizzato al fine del riscontro del consenso stesso, posto che non risulta decisivo quello meramente quantitativo (così, ora, C. MASCIOTTA, *op. ult. cit.*, che propone “un'articolazione del *consensus* normativo diversificata dal punto di vista ‘qualitativo’ e ‘quantitativo’”, quindi, connotato da “due differenti gradazioni dello stesso: una flessibile, meno restrittiva, incidente sul piano interpretativo, ed una stringente, calcolata in modo rigidamente quantitativo, per misurare la ragionevolezza dell'ingerenza statale”). A mia opinione, il criterio qualitativo, proprio perché tale, per un verso, sollecita il giudice europeo ad un impegno di motivazione in ordine al suo utilizzo ancora maggiore dell'usuale, mentre, per un altro verso, può dotare di spazi più ampi i giudici nazionali in sede d'interpretazione della Convenzione, ben oltre dunque i pur consistenti riconoscimenti in tal senso fatti da [Corte cost. n. 49 del 2015](#).

²⁸ In argomento, nella ormai nutrita dottrina, v. G. RAIMONDI, *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8-11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in [www.europeanrights.eu](#), 11 gennaio 2013, e R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, cit., spec. 214 ss. Sulla dottrina del margine di apprezzamento, tra gli altri, v. J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti - A. Morrone, Giappichelli, Torino 2011, 87 ss.; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 88 ss. e 110 ss.; i contributi che sono nella parte II.A di AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Intersentia, Cambridge 2013; E. CANNIZZARO - B.I. BONAFÈ, *Beyond the archetypes of modern legal thought. Appraising old and new forms of interaction between legal orders*, in AA.VV., *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, a cura di M. Maduro - K. Tuori - S. Sankari, University Press, Cambridge 2014, 84 ss.; C. CINELLI, *Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale italiana e margine di apprezzamento*, in *Riv. dir. internaz.*, 3/2014, 787 ss. Altri riferimenti, infine, in C. NARDOCCI, *Razza e etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 221 ss.

3. *Convergenze e divergenze degli indirizzi giurisprudenziali, oltre che nelle soluzioni di ordine sostanziale, nelle tecniche decisorie (in ispecie, il diffuso riscontro di decisioni di principio, le loro ragioni e valenze, la “rinforzata” efficacia sostanziale delle pronunzie dei giudici nazionali poggianti su analoghi verdetti dei giudici europei)*

Il sempre più vasto ed internamente articolato campo materiale su cui maturano le questioni di biodiritto costituisce un prezioso banco di prova per la verifica delle convergenze e divergenze, oltre che nelle soluzioni di ordine sostanziale, altresì nelle tecniche decisorie adoperate e, perciò, della misura in cui le stesse, al di là della connotazione peculiare di ciascuna, riescono a trapassare dall'uno all'altro piano istituzionale, variamente contagiandosi a vicenda, senza nondimeno smarrire la propria identità.

Si pensi, ad es., al diffuso riscontro di formule di principio presenti nelle pronunzie sia delle Corti europee (e, particolarmente, della Corte EDU) che della nostra Corte costituzionale²⁹. Ancora non molto tempo addietro si era da molti affrettatamente sancito il graduale affievolimento delle additive di principio di cui invece (e non casualmente...) si hanno consistenti tracce proprio nel campo suddetto: un tipo di decisione per più versi accostabile alle decisioni-pilota della Corte di Strasburgo³⁰, al di là ovviamente dei diversi effetti e del regime complessivo propri sia dell'una che dell'altra specie di pronunzia.

Si possono dare spiegazioni diverse di questa marcata convergenza, facendo riferimento, per ciò che attiene al giudice europeo, alla eterogenea estrazione culturale dei suoi componenti, naturalmente portati ad optare per soluzioni *soft*, per quanto possibile inclusive, non divisorie³¹. Un ragionamento, tuttavia, che, pur cogliendo un fondo innegabile di verità, non persuade fino in fondo, sol che si pensi che la connotazione strutturale del giudice stesso non ha impedito né impedisce a quest'ultimo di far luogo, laddove richiesto dal caso, a pronunzie anche particolarmente incisive e perciò idonee ad esprimere vincoli stringenti a carico dei loro destinatari.

Il vero è che il carattere *soft* di alcune decisioni si deve al convergere di plurimi fattori riportabili agli ambiti materiali su cui esse insistono, alle congiunture in cui sono adottate, al rilievo dei beni della vita (o, più largamente, degli interessi) in gioco, al ruolo che in ordine alla loro tutela è esercitato dagli scienziati ed esperti in genere, chiamati ad assumersi sempre più onerose responsabilità, e ad altro ancora. È, in breve, l'oggetto e il contesto, vale a dire la *questione* nella sua complessiva

²⁹ Talora, poi, le formule in parola si riscontrano anche nelle pronunzie dei giudici comuni, in ispecie della Cassazione cui si deve la fissazione di punti di diritto alle volte in significativa misura innovativi del dettato legislativo (una testimonianza in tal senso si è ora avuta con Cass., I sez. civ., 30 settembre 2016, n. 19599, che ha dato il via libera alla trascrizione nel nostro Paese dell'atto di nascita di una minore partorita in Spagna da una donna coniugata con altra donna. Un rilievo critico sul punto può, volendo, vedersi nel mio *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, in [Consulta OnLine](#), III/2016, 5 ottobre 2016, 364 in nt. 46).

³⁰ ... esse pure, com'è noto, fatte oggetto di largo esame in dottrina (riferimenti in M. FYRNYS, *Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, in *Germ. Law Journ.*, 2011, 1231 ss.; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2012, 123 ss.; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, 105 ss.; V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012, 864; F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU. Bruxelles 24 maggio 2012*, in [www.rivistaaic.it](#), 1/2013, 1° marzo 2013, spec. § 3; R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in *Pol. dir.*, 4/2013, spec. 452 ss.).

³¹ Al dato inerente alla struttura delle Corti ha fatto di recente riferimento un'attenta dottrina anche ad altro fine (quello della indipendenza del giudice), qui di non specifico rilievo (v., dunque, A. FUSCO, *Le garanzie di indipendenza dei giudici di Lussemburgo e Strasburgo*, relaz. al Terzo Seminario annuale del “Gruppo di Pisa” coi dottorandi dei discipline giuspubblicistiche su *Corti costituzionali e Corti europee*, Università di Roma Tre, 18 settembre 2014, in [www.gruppodipisa.it](#), e, della stessa, ora, *L'indipendenza del giudice di Lussemburgo e Strasburgo e «I profili costituzionali del diritto processuale»*, in corso di stampa in *Quad. cost.*).

connotazione³², ad attrarre a sé il tipo di decisione, che poi fa da veicolo per la soluzione sostanziali di volta in volta prescelta.

Ancora una volta, solo un paio di esempi di tipi di decisione peraltro diversi tra di loro ma accomunati dall'intento di fissare i principi della futura attività normativa e giurisprudenziale.

Si consideri, dunque, la vicenda del figlio desideroso di conoscere le proprie origini biologiche. Ebbene, non è casuale che il nostro giudice delle leggi abbia mutato avviso riconoscendo finalmente (appunto, con un'additiva di principio: [sent. n. 278 del 2013](#)), sotto la spinta della presa di posizione adottata dalla Corte EDU in [Godelli](#), il diritto negletto dalla legislazione, dopo che lo stesso era stato pochi anni prima negato³³.

E si consideri ancora la vicenda del sovraffollamento carcerario, laddove nuovamente il giudice delle leggi dà mostra (nella [sent. n. 279 del 2013](#)) di aver recepito alcune indicazioni contenute in una pronunzia-pilota del giudice europeo³⁴.

Ecco, queste sono solo alcune tra le molte testimonianze – come si vede – di un “dialogo” andato a buon fine.

Le esperienze cui si è appena fatto cenno acquistano poi uno speciale rilievo di ordine istituzionale, avuto riguardo agli equilibri che possono instaurarsi tanto al piano dei rapporti tra giudici e legislatore quanto a quello dei rapporti tra giudici e giudici. Ed è interessante notare che, proprio facendo leva sulle pronunzie adottate in ambito europeo e sui vincoli che ne discendono in ambito interno, la Corte costituzionale ha avuto modo di rafforzare il proprio *decisum*, spianando la via sia all'intervento, doveroso seppur (in caso di omissione assoluta) non sanzionabile, del legislatore e sia pure a quello dei giudici comuni, per l'intanto sollecitati a dare seguito all'operazione di giustizia costituzionale, svolgendo nel modo più opportuno i principi somministrati dalla Corte stessa.

Nei casi ora discussi, un “dialogo” che si traduca in indirizzi convergenti diventa, dunque, fattore di rinvigorismento della decisione del giudice costituzionale, *soft* per natura o tipo ma *quodammodo* “rilegittimata” *ex ante* dalla decisione del giudice europeo.

Qua, dunque, non è questione di efficacia *sul piano formale-astratto*; è questione di *efficacia sostanziale*, la quale poi è pur sempre, in concreto, condizionata dalla forza persuasiva di cui la singola decisione è dotata, per l'apparato argomentativo che la sostiene e giustifica.

Ci si intenda. Le additive di principio si differenziano dalle pronunzie di rigetto con monito proprio per il fatto che le une sono giuridicamente vincolanti, diversamente dalle seconde, idonee ad esprimere un vincolo esclusivamente al piano politico; e ciò, checché ne dica la stessa Corte che, al fine di rendere allettanti i propri moniti, li reputa vevoli altresì (e soprattutto) al piano giuridico. Sappiamo però che molte volte le parole della Corte restano lettera morta. Il fatto che siano precedute da analoghe e convergenti affermazioni contenute in pronunzie dei giudici europei giova senz'altro alla loro efficacia persuasiva, tanto più laddove a queste ultime pronunzie sia fatto dalle prime

³² Sul carattere composito dei materiali, normativi e fattuali, di cui si compongono le questioni di costituzionalità, v. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, Giappichelli, Torino 2014, 77 ss. Parimenti (e, forse, persino di più) composita è, poi, la struttura delle questioni di “convenzionalità” e di quelle di “comunitarietà” (che, però, oggi dovrebbero chiamarsi di “eurounarietà”), in considerazione del particolare rilievo in esse assunto dal “fatto”.

³³ A riprova della varietà dei casi, in relazione ai quali il legislatore, per un verso, e il giudice costituzionale, per un altro, non possono andare oltre nelle loro decisioni mere affermazioni di principio, rimettendosi quindi ai giudici per la posizione delle regole adeguate al loro svolgimento, può richiamarsi la recente pronunzia della Cassazione, I sez. civ., 15024 del 2016, con cui si è data prevalenza, in sede di bilanciamento, al diritto del figlio in considerazione del fatto che la madre era ormai defunta. Forse, però, maggiore considerazione avrebbero meritato le implicazioni discendenti dalla volontà della madre di restare nell'ombra: ad es., perché aveva taciuto al coniuge o ai figli avuti con quest'ultimo la propria dolorosissima vicenda anteriore, con la conseguenza che i soggetti in parola potrebbero ricevere un grave turbamento nel caso dovessero venire a conoscenza di siffatta vicenda. Di qui, la conclusione per cui il verdetto della Corte avrebbe potuto essere rovesciato su se stesso, dandosi la prevalenza all'interesse della madre, la cui volontà non può più essere sondata a causa del suo decesso, anche in considerazione dei riflessi che potrebbero aversene a carico di altri soggetti. L'esito potrebbe, invece, essere diverso nel caso che la donna sia ancora in vita e si renda pertanto possibile verificare la sua perdurante volontà di anonimato (su ciò, volendo, il mio *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso*, cit., 366 in nt. 50).

³⁴ In tema, rammento la recente [sent. n. 204 del 2016](#), con cui è stato riconosciuto anche agli ergastolani il diritto al risarcimento del danno conseguente a sovraffollamento carcerario.

esplicito richiamo.

4. *Il singolare andirivieni cui, ad avviso della Consulta, l'operatore sarebbe chiamato in sede d'interpretazione e talune vicende dei diritti maturate in ambito economico-sociale, con la conferma da esse data del contributo offerto dalla giurisprudenza europea alla salvaguardia dei diritti stessi, tanto più considerevole laddove la giurisprudenza si esprima a mezzo di pronunzie di principio (l'esempio della nota, sofferta vicenda delle leggi d'interpretazione autentica)*

Le esperienze maturate, specie in tempi di crisi economica, sul terreno su cui allignano i diritti economico-sociali³⁵ si distendono in un ventaglio particolarmente ampio e variegato, sì da rendersi

³⁵ Copiose indicazioni in prospettiva comparata possono aversi dai contributi di AA.VV., *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali*, a cura di F. Facury Scaff - R. Romboli - M. Revenga, Quartier Latin - Giuffrè, Milano 2009 e, più di recente, da J.M. CASTELLÁ ANDREU, *Derechos sociales y Estado autónomico en tiempo de crisis (no solo) económica*, in www.issirfa.cnr.it, giugno 2015; AA.VV., *Crisi economica e diritti sociali. Problemi e prospettive*, a cura di S. Gambino, Giappichelli, Torino 2015. Lo stesso S. GAMBINO è autore di numerosi ed approfonditi studi in tema di diritti sociali, specie per ciò che concerne forme e limiti della loro tutela attraverso il "dialogo" tra le Corti: *ex plurimis*, v. *Stato e diritti sociali*, Liguori, Napoli 2009; *Diritti fondamentali e Unione europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Giuffrè, Milano 2009, spec. il cap. IV, dedicato a *I diritti fondamentali sociali fra Costituzioni nazionali e nuovi Trattati; Diritti sociali e libertà economiche nelle Costituzioni nazionali e nel diritto europeo*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, cit., 245 ss.; *El Estado social y democrático de derecho: desarrollo histórico y conceptual*, in www.federalismi.it, 23/2014, 10 dicembre 2014, e *Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo Quale futuro europeo per i diritti fondamentali e per lo Stato sociale?*, in *KorEuropa* (www.unikore.it), 7/2015. V., inoltre, tra i molti altri, A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in www.rivistaaic.it, 4/2011, 6 dicembre 2011; M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, in *Dig./Disc. Pubbl.*, V Agg. (2012), 219 ss.; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, spec. il cap. V; AA.VV., *I diritti dei lavoratori nelle Carte europee dei diritti fondamentali*, a cura di S. Borelli - A. Guazzarotti - S. Lorenzon, Jovene, Napoli 2012; AA.VV., *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. Angelini - M. Benvenuti, Jovene, Napoli 2012; I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Aracne, Roma 2012; F. BALAGUER CALLEJÓN, *Crisi economica e crisi costituzionale in Europa*, in *KorEuropa* (www.unikore.it), 1/2012; S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello Stato sociale*, Giuffrè, Milano 2012; F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima (quella intoccabile!) della costituzione*, in www.rivistaaic.it, 3/2013, 13 settembre 2013; AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, a cura di E. Cavasino - G. Scala - G. Verde, Giappichelli, Torino 2013; AA.VV., *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, a cura di R. Bifulco - O. Roselli, Giappichelli, Torino 2013; A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2013, 8 ss., e, dello stesso, *Il ruolo dei diritti sociali (e dei giudici) nella 'costituzionalizzazione' dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2014, 55 ss.; G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in www.forumcostituzionale.it, 27 novembre 2013; F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino 2013; gli scritti che sono in *Quad. cost.*, 1/2014, part. quello di A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, 79 ss.; R. CALVANO, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, in www.costituzionalismo.it, 20 gennaio 2014; E. FAGNANI, *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica: il caso dell'istruzione. Stato di attuazione, funzioni amministrative e finanziamento del sistema*, Giuffrè, Milano 2014; Q. CAMERLENGO - L. RAMPA, *I diritti sociali fra istituti giuridici e analisi economica*, in *Quad. cost.*, 1/2015, 59 ss.; A. RANDAZZO, *Crisi economica e Costituzione: notazioni "fuori dal coro"*, in www.dirittifondamentali.it, 19 marzo 2015; G.L. CECCHINI, *I diritti sociali nel quadro del diritto dell'Unione europea*, in *KorEuropa* (www.unikore.it), 7/2015; G. FIENGO, *La nuova frontiera dei diritti sociali e della cittadinanza europea alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4/2015, 1029 ss. A *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte: qualche riflessione"* è, ora, dedicata l'accurata disamina di C. SALAZAR, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., 217 ss., della quale v., inoltre, *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il "principe dei diritti sociali"*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, III, cit., 2206 ss. e, già, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 4/2013, 11 ottobre 2013, e *Regioni, diritti fondamentali, crisi economica: qualche considerazione alla luce del disegno "Renzi-Boschi"*, in www.issirfa.cnr.it, aprile 2015; F. SALMONI, *Riflessioni minime sul concetto di Stato sociale e vincoli comunitari. Selezione dei diritti o*

estremamente disagiata, forse persino temerario, il tentativo di darne una sintesi seppur approssimativa e largamente incompleta. Il quadro, poi, si presenta in molti suoi punti alquanto appannato e confuso, con la conseguenza che la sua chiarificazione comporta in sé il rischio dell'arbitraria sovrapposizione al pensiero di questa o quella Corte di quello dei loro interpreti.

Va fatta al riguardo una preliminare avvertenza; ed è che, anche su questo terreno, nel mentre, per un verso, occorre tenere distinto l'orientamento delle Corti, per un altro verso, ci si avvede che ciò non può farsi fino in fondo, in considerazione della sollecitazione rivolta da ciascuna Carta a se stessa ed alle altre per la loro mutua integrazione nei fatti interpretativi. Qui, tuttavia, a questa evenienza farebbe da ostacolo la circostanza per cui, secondo opinione corrente, la CEDU e la stessa Carta dell'Unione esibirebbero in materia carenze di cui non sarebbe afflitta la nostra legge fondamentale, assunta anzi a modello di Carta particolarmente avanzata (e non solo per il tempo in cui fu adottata ma per la idoneità di cui appare ancora oggi dotata al fine di assicurare un'adeguata salvaguardia ai diritti in parola).

Questa diffusa credenza richiede, a mia opinione, talune non secondarie precisazioni e correzioni.

In primo luogo, volendosi prestare attenzione all'esperienza, il riferimento va fatto alle sedi istituzionali in cui il diritto vigente si converte in vivente, e dunque alle sedi in cui si somministra giustizia, sia comune che costituzionale (aggettivo che qui pure intendo *in senso materiale*, facendolo valere per gli stessi giudici europei tendenzialmente portati a conformarsi appunto come costituzionali³⁶). E la giurisprudenza, anche quella delle Corti europee (e, segnatamente, quella della Corte di Strasburgo, da molti considerata la meno sensibile ai diritti in discorso), non è affatto avara d'indicazioni a beneficio dei diritti stessi.

Sarebbe, a parer mio, un grave errore di prospettiva, foriero di deformanti rappresentazioni della realtà, circoscrivere il raffronto alle sole Carte, a ciò che dicono come pure a ciò che non dicono, laddove il raffronto stesso va fatto *in vivo*, più (o anzi) che *in vitro*.

Ora, come si faceva poc'anzi notare, le stesse Carte richiedono il loro adattamento interpretativo fondato sul (ed orientato dal) canone della massimizzazione della tutela. Nelle letture della Carta dell'Unione va, dunque, vista in filigrana la CEDU verso la quale la prima intende volgersi, salvo nondimeno il caso che la prima si dimostri in grado di offrire una tutela maggiormente intensa ai diritti in campo. Come dire che l'interprete, dopo aver esperito il tentativo d'interpretazione della Carta eurounitaria in senso conforme alla Convenzione, potrebbe trovarsi costretto a tornare al punto di partenza ed imboccare una via diversa da quella che porta a Strasburgo. Lo stesso – secondo la discussa e discutibile [sent. n. 49 del 2015 della Corte costituzionale](#) – dovrebbe fare l'interprete delle leggi in rapporto alla Convenzione. Laddove infatti il tentativo d'interpretazione conforme dovesse portare ad un esito ripugnante per Costituzione, disvelare cioè un'antinomia della Convenzione con

selezione dei soggetti da tutelare?, in [www.rivistaaic.it](#), 2/2016, 11 aprile 2014; AA.VV., *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, a cura di E. Catelani e R. Tarchi, Editoriale Scientifica, Napoli 2015; G. ALLEGRI - G. BRONZINI, *Libertà e lavoro dopo il Jobs Act. Per un garantismo sociale oltre la subordinazione*, DeriveApprodi, Roma 2015; M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in [www.rivistaaic.it](#), 3/2016, 25 luglio 2016; F. SAITTO, *La 'solitudine' delle Corti costituzionali? Sindacato sulle misure di austerità e protezione dei diritti sociali tra giudici nazionali e Corte EDU*, in *Dir. pubbl.*, 1/2016, 421 ss.; AA.VV., *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, a cura di M. Della Morte, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; M. D'ALBERTI, *L'unione europea e i diritti*, cit., spec. 772 ss.; G. ROMEO, *Riposizionare i diritti sociali nelle tradizioni costituzionali comuni*, relaz. II Seminario annuale di *diritticomparati su Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa*, Macerata 11 dicembre 2015, in *La cittadinanza europea*, Suppl. al fasc. 1/2016, FrancoAngeli, Milano 2016, 129 ss.; S. ROSSI, *Oltre il margine. Diritti, povertà estrema e diseguaglianza sociale*, in [www.federalismi.it](#), 20/2016, 19 ottobre 2016. Infine, i contributi all'incontro di studi su *Poteri normativi del Governo ed effettività dei diritti sociali*, svoltosi a Pisa il 27 ottobre 2016; G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in [www.rivistaaic.it](#), 4/2016, 1 novembre 2016; nonché volendo, anche i miei *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in [Consulta OnLine](#), 21 settembre 2012, e, nella stessa *Rivista*, *Fatti "interposti" nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana*, 6 novembre 2014.

³⁶ Questa tendenza è colta da tempo dalla più sensibile dottrina (tra gli altri, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit.; D. TEGA, *I diritti in crisi.*, cit., spec. 63 e 143; altri riferimenti in GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss.).

la nostra legge fondamentale, l'operatore dovrebbe nuovamente fare marcia indietro, abbandonare il riferimento alla Convenzione e fermare lo sguardo sulla sola Costituzione. Cosa che – ci dice la Corte – può (e deve) fare, sempre che tuttavia non si abbia al riguardo un indirizzo consolidato della Corte EDU ovvero una decisione-pilota in materia; nel qual caso il giudice sarebbe costretto ad investire la Consulta della questione di legittimità della norma convenzionale “interposta” (*rectius*, della legge di esecuzione “*nella parte in cui...*”).

Questo andare avanti ed indietro dell'interprete è logicamente, oltre che praticamente, privo di senso. Senza senso è chiamare “interpretazione” un'attività intellettuale posta in essere dal medesimo operatore che si reputi facultizzato (ed anzi obbligato) ad intraprendere vie reciprocamente divergenti al fine di pervenire alla giusta messa a punto semantica di un enunciato, nel suo fare “sistema” con gli enunciati restanti.

Sta di fatto però che la spinta che viene dai canoni sull'interpretazione indicati dalle Carte europee per la loro mutua integrazione è davvero formidabile; e porta – a me pare – naturalmente all'abbandono di ogni possibile ordinazione gerarchica su basi formali- astratte dei documenti normativi in parola (e, discendendo, degli interi ordinamenti o sistemi normativi sugli stessi fondati), dovendosi piuttosto ambientare – come si è venuti dicendo – le loro relazioni su basi assiologico-sostanziali, nell'intento di cogliere di volta in volta qual è la mutua influenza culturale che le Carte stesse, per voce delle Corti, sono in grado di farsi. Non si dimentichi, peraltro, che ogni giudice può, per la sua parte e dal proprio punto di vista, far parlare ogni Carta, senza che nessuno possa appropriarsene in esclusiva.

La questione, poi, si complica non poco sol che si pensi che l'influenza stessa non si ha nei soli casi in cui le Corti si fanno reciproco ed esplicito richiamo ma può aver aversi (ed effettivamente si ha) anche in difetto di siffatti riferimenti.

La CEDU, perciò, sta dietro le quinte o – se più piace – sta sotto, al pari della montagna sommersa dell'*iceberg*, la Carta dell'Unione e la sorregge. In un certo senso, però, è vero anche l'inverso, sol che si pensi che il patrimonio eurolunitario dei diritti non attinge alle sole indicazioni della Carta proclamata a Nizza prima e poi a Strasburgo, dal momento che la stessa richiede di essere riletta alla luce delle “tradizioni costituzionali comuni”, della cui considerazione la stessa Corte EDU non può fare in alcun caso o modo a meno, secondo quanto testimonia la dottrina del consenso che culturalmente e positivamente poggia sugli stessi materiali normativi da cui si traggono le tradizioni suddette.

Il circolo interpretativo, con la complessità e fluidità dei materiali che in esso s'immettono, viene così ulteriormente confermato e rafforzato. Mi pare importante che se ne tenga conto anche in sede di vaglio della giurisprudenza sui diritti economico-sociali.

È poi interessante notare che l'influenza può, ovviamente, aversi quale che sia la tecnica decisoria adoperata; in un certo senso, è dunque invariante rispetto a questa. E tuttavia non credo che sia un caso che l'influenza stessa risulti particolarmente marcata nei casi in cui si sia in presenza di quelle pronunzie di principio cui si è dietro fatto cenno. Come dire, insomma, che le pronunzie in parola posseggono una naturale attitudine a veicolare scambi d'informazione e – fin dove possibile – favorire la convergenza delle posizioni. È altresì interessante osservare che proprio le decisioni in parola sono quelle che maggiormente si prestano a far luogo ad affermazioni vevoli non poche volte non soltanto per il caso specificamente trattato ma idonee, grazie proprio al loro essere contenitori di enunciati di principio, a spingersi oltre il caso stesso fino a dotarsi talora di generale valenza.

Si pensi alla discussa vicenda delle leggi d'interpretazione autentica: una delle non poche vicende in cui maggiormente aspro è stato lo scontro tra il nostro giudice delle leggi e la Corte EDU³⁷. È però

³⁷ Sulle leggi interpretative, riferimenti in R. RORDORF, *Diritti fondamentali, leggi interpretative e leggi retroattive nel dialogo tra corti supreme europee*, relaz. al Convegno su *Diritti fondamentali e Corti supreme europee*, svoltosi presso la Corte di Cassazione l'8 aprile 2016, in *paper. Adde*, ora, [Corte cost. n. 187 del 2016](#), dove si conclude nel senso che, nella circostanza, la violazione del diritto dell'Unione si sarebbe, sì, perpetrata ma coloro che ne hanno subito un danno avrebbero già avuto il necessario ristoro (accenno, *per incidens*, al fatto che nella stessa data, il 20 luglio 2016, in cui è stata depositata questa pronunzia sono state altresì depositate le [ordd. n. 194](#) e [195](#), nelle quali non si fa parola della prima decisione e, in conseguenza dell'adozione della pronunzia della Corte di giustizia nel caso *Mascolo* assimilata

anche uno dei casi in cui, a mio modo di vedere, quest'ultima ha mostrato una maggiore sensibilità rispetto all'altro giudice per ciò che attiene alla ricaduta del *decisum* sui diritti patrimoniali dei ricorrenti. È vero che, come si è fatto da alcuni notare, quest'esito era facilmente prevedibile, persino scontato, sol che si consideri che il giudice europeo non ha da farsi carico dei problemi di bilancio ai quali invece, per la sua parte, non può (e non deve) volgere le spalle il giudice nazionale, specie se costituzionale, le cui pronunzie producono un effetto ablativo provvisto di generale valenza.

Il punto è – com'è chiaro – di cruciale rilievo. Resta, nondimeno, il fatto che certi diritti costituzionali dei cittadini (e, in genere, delle persone) possono talvolta trovare proprio nel giudice europeo una sponda in grado di far rimbalzare le loro aspettative di tutela ancora più in alto di come potrebbe fare il giudice nazionale laddove richiesto di farsene cura.

Sarebbe bene non scordarsene.

quanto agli effetti ad un vero e proprio *ius superveniens*, si sono restituiti gli atti all'autorità remittente per una nuova valutazione della rilevanza). V., infine, la [sent. n. 214 del 2016](#).

Antonio Ruggeri
Prime note per uno studio su crisi della sovranità
e crisi della rappresentanza politica*

SOMMARIO: 1. Quale sovranità dello Stato? Sovranità in senso soggettivo e sovranità in senso oggettivo: secondo modello, l'una si contrae, l'altra si espande. – 2. Rappresentanza e rappresentatività (con particolare riguardo alle specie di quest'ultima ed ai conflitti che tra di esse possono aversi). – 3. L'orientamento della rappresentatività verso l'etica pubblica repubblicana, il suo carattere inclusivo (non già preclusivo), le conferme che ne dà tanto la “Costituzione dei poteri” quanto la “Costituzione dei diritti” (segnatamente, laddove la condivisione della sovranità tra Unione europea e Stati si traduca nella compiuta salvaguardia delle rispettive identità costituzionali). – 4. La rappresentatività dei giudici e degli stessi... *rappresentati*, e il problematico superamento della sua crisi.

1. *Quale sovranità dello Stato? Sovranità in senso soggettivo e sovranità in senso oggettivo: secondo modello, l'una si contrae, l'altra si espande*

Che la sovranità, per un verso, e la rappresentanza, per un altro verso, siano in crisi è affermazione talmente diffusa e radicata nella cultura (giuridica e non) del nostro tempo da non essere più discussa, se non a riguardo di ciò che potrebbe farsi al fine di porvi un qualche rimedio. La cosa in sé, insomma, non è controversa; si ragiona solo attorno agli scenari che potrebbero prefigurarsi al termine del processo in corso di deterioramento degli istituti in parola.

Ci si deve tuttavia chiedere se e quale fondamento abbiano le premesse del ragionamento comunemente fatto. Ciò che rimanda alla questione preliminare di ordine definitorio riguardante i concetti in discorso.

Comincio dalla sovranità, con l'avvertenza che, salvo contraria ed esplicita indicazione, quando ne parlo mi riferisco tacitamente allo Stato.

Ora, prima ed al fine di stabilire se essa sia in crisi occorre chiedersi come debba essere intesa. Semplificando al massimo i termini della questione, come si sa *ab antiquo* fatta oggetto di plurime e discordanti vedute, possiamo qui fare riferimento alle due accezioni, soggettiva ed oggettiva, che se ne sono date: quella che, a partire dalla lezione di Bodin¹, la vede come potere o, meglio, “somma delle potestà pubbliche dello Stato”² e l'altra che, di contro, la desoggettivizza appuntandola nei valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale³, specialmente nella coppia assiologica fondamentale – come a me piace chiamarla – costituita da libertà ed eguaglianza in cui si specchia e in forma eminente esprime la dignità della persona umana⁴.

* Testo rielaborato e corredato di minimi richiami di letteratura di un intervento alla Tavola rotonda su *Crisis de la soberanía y de la representación en la era de la globalización: ¿cómo ha terminado la soberanía popular?*, nell'ambito del III Convegno internazionale italo-spagnolo su *Soberanía y representación: el constitucionalismo en la era de la globalización*, Catania 5-7 dicembre 2016, alla cui data lo scritto è aggiornato.

¹ ... a riguardo della quale, di recente, A. GENTILI, *La sovranità nei sistemi giuridici aperti*, in *Pol. dir.*, 2/2011, 181 ss.

² ... per riprendere qui la formula di sintesi che è in M.S. GIANNINI, *Sovranità b) diritto vigente*, in *Enc. dir.*, XLIII (1990), 225.

³ ... secondo la nota prospettazione teorica di G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 3 ss., ora anche in *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005, sul cui pensiero L. VENTURA, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Giappichelli, Torino 2014, 55 ss.; E. CASTORINA - C. NICOLOSI, “Sovranità dei valori” e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull'evoluzione della giurisprudenza statunitense, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 19 novembre 2015, nonché in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 519 ss.; pure *ivi*, II, G. GEMMA, *Riflessioni sul pensiero di Silvestri in tema di sovranità*, 1068 ss.

⁴ Ancora G. SILVESTRI si è intrattenuto con fini argomenti sulle mutue implicazioni che si intrattengono tra i valori di libertà ed eguaglianza nel suo *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009; allo stesso S., poi, si deve la felice raffigurazione della dignità quale “bilancia” su cui si dispongono i beni della vita costituzionalmente protetti al fine della loro mutua ponderazione (v., dunque, *Considerazioni*

Due visioni – come si vede – irriducibilmente alternative e che, però, non solo non si escludono ma, anzi, si implicano a vicenda, dal momento che i valori hanno bisogno dei poteri al fine di potersi affermare e far valere nell’esperienza, così come questi attingono da quelli la luce e l’orientamento per il loro quotidiano operare.

Il vero è che ogni ragionamento sulla sovranità in fin dei conti rimanda ad una teoria della Costituzione, così come questa a quella; e la Costituzione, nella sua composita struttura è tanto potere quanto e prima ancora valore, insieme dei valori fondanti l’ordinamento, avuto particolare riguardo, negli ordinamenti di tradizioni liberaldemocratiche, al riconoscimento e alla tutela dei diritti fondamentali⁵.

Nel presente contesto, segnato da una integrazione sovranazionale che, sia pure in modo sofferto e discontinuo, va portandosi sempre più avanti⁶, nonché dall’infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale, assistiamo peraltro ad una frammentazione e moltiplicazione crescente della sovranità quale potere⁷ che spesso viene a prendere forma lungo canali sotterranei e poco appariscenti, refrattari ad ogni catalogazione alla luce degli schemi ereditati dalla tradizione⁸. Allo stesso tempo, però, in cui dallo Stato si dipartono quote crescenti di sovranità per appuntarsi fuori di esso (per ciò che qui specificamente interessa, in capo all’Unione europea)⁹, crescono altresì le opportunità di tutela offerte ai diritti fondamentali dal proliferare delle Carte che ne danno il riconoscimento, specie grazie all’opera poderosa di garanzia posta in essere dalle Corti non nazionali (tra le quali, particolarmente, quelle aventi sede a Strasburgo e Lussemburgo).

Possiamo dire che, *mentre la sovranità dello Stato come potere si contrae, la sovranità come valore invece si espande*. Perlomeno, così parrebbe essere *secondo modello*; l’esperienza, poi, in parte avvalora questo schema, presentandosi nondimeno come assai varia, oscillante, gravata da non poche né lievi contraddizioni¹⁰.

La tesi della sovranità dei valori non può né vuole, ad ogni buon conto, occultare insufficienze e carenze nella realizzazione dei valori stessi, non cancella cioè la distanza che separa il modello nella sua genuina e cristallina purezza da un’esperienza segnata da non poche né lievi deviazioni dallo stesso. E basti solo appunto pensare ai non pochi casi di cui si ha largo riscontro di mortificazioni dei valori di libertà, eguaglianza, dignità.

Ciò posto, non è tuttavia possibile chiudere gli occhi davanti alla espansione degli spazi di libertà e di eguaglianza avutisi col tempo, anche e soprattutto per effetto dell’appartenenza all’Unione e, prima ancora, della ricezione in ambito interno della CEDU e di altre Carte. Il “dialogo” – come pure con una certa improprietà si è soliti chiamarlo – che ormai quotidianamente si intrattiene tra le Corti

sul valore costituzionale della dignità della persona, in [Rivista AIC](#), 14 marzo 2008, con le ulteriori precisazioni che sono in *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Dir. pubbl.*, 1/2014, 3 ss.).

⁵ Maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio *Costituzione, sovranità, diritti fondamentali, in cammino dallo Stato all’Unione europea e ritorno, ovvero la circolazione dei modelli costituzionali e adattamento dei relativi schemi teorici*, in [Federalismi.it](#), 11/2016, 1 giugno 2016, dov’è la formula di sintesi della sovranità quale “Costituzione nel suo farsi potere al servizio dei diritti fondamentali” (25).

⁶ Si è, peraltro, fatto notare da un’accreditata dottrina che “*l’Europa vive di crisi*” (questo il titolo di uno scritto di S. CASSESE di recente apparso in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2016, 779 ss.; lo stesso fasc. ospita quindi altri contributi sul tema). Della “crisi esistenziale” dell’Unione si tratta altresì nel *Discorso sullo stato dell’Unione 2016: verso un’Europa migliore*, pronunziato dal Presidente della Commissione Juncker a metà settembre scorso.

⁷ In argomento, la disincantata analisi critica di M. LUCIANI, *L’antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss., spec. 160 ss., e, più di recente, G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012.

⁸ Si pensi solo, al riguardo, al ruolo giocato dalle agenzie di rating ed ai flussi di potere che dalle stesse promano, spiegandosi in plurime direzioni e dando vita ad imprevedibili effetti.

⁹ Sui vincoli che ne conseguono a carico della sovranità dello Stato, tra gli altri, v., di recente, AA.VV., *Governance europea tra Lisbona e Fiscal Compact. Gli effetti dell’integrazione economica e politica europea sull’ordinamento nazionale*, a cura di A. Iacoviello, Giuffrè, Milano 2016.

¹⁰ A giudizio di A. MORELLI, *Storia di un’araba fenice. La riscoperta della sovranità nella crisi della globalizzazione*, relaz. al nostro Convegno, in *paper*, la crisi della globalizzazione potrebbe portare al risveglio della sovranità nella sua tradizionale accezione, sia pure in forme diverse rispetto al passato, che tornerebbe dunque ad occupare “un posto centrale nelle elaborazioni teoriche delle forme e delle dinamiche istituzionali”.

europee e i giudici nazionali (costituzionali e comuni) è la più eloquente testimonianza di questo stato di cose che è ormai sotto gli occhi di tutti¹¹.

2. *Rappresentanza e rappresentatività (con particolare riguardo alle specie di quest'ultima ed ai conflitti che tra di esse possono aversi)*

È da chiedersi quali riflessi si abbiano per effetto della frammentazione della sovranità (e, specificamente, della sua condivisione tra Unione europea e Stati-membri) a carico della rappresentanza.

Quest'ultima intrattiene un rapporto complesso con la democrazia¹².

Per un verso, è forma della stessa; ha cioè accompagnato e sorretto il processo di graduale democratizzazione delle comunità politicamente organizzate (e, segnatamente, degli Stati), dandone una delle più qualificanti espressioni¹³. Per un altro verso, la democrazia ha dato rinnovato senso alla rappresentanza, concorrendo alla sua rigenerazione e riarticolazione su basi profondamente diverse da quelle di un lontano passato. Per quest'aspetto, possiamo dire che la democrazia si pone a fondamento e giustificazione della rappresentanza, al tempo stesso in cui da questa si alimenta e per il suo tramite incessantemente rinnova.

Tutto questo è, però, più vero al piano della ricostruzione teorica operata ragionando sui disegni istituzionali che a quello delle pratiche realizzazioni. Laddove, infatti, ci si interroghi in merito a quanta e quale democrazia e a quanta e quale rappresentanza effettivamente si abbia in un ordinamento dato e a certe condizioni obiettive di contesto, ci si avvede dello scarto profondo esistente tra modello ed esperienza.

Viene qui in rilievo la dissociazione vistosa, tangibile, che si dà tra rappresentanza e rappresentatività, in merito alla quale si è avuta una fioritura di analisi di vario segno, nondimeno convergenti appunto nella rilevazione del fatto in sé, pur se divergenti in ordine sia alle cause che ai rimedi¹⁴.

La crisi è, dunque, della rappresentatività, non della rappresentanza; e spiega il crescente distacco dalla politica, di cui è indice particolarmente eloquente l'elevato astensionismo dalle elezioni e dalle stesse consultazioni referendarie, la massima espressione di democrazia diretta¹⁵: è in crisi cioè, la

¹¹ Su ciò, nella ormai incontestabile lett., di recente, AA.VV., *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti e V. Piccone, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, e AA.VV., *Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016.

¹² Vari punti di vista sono stati al riguardo manifestati in occasione del Convegno AIC di Trento dell'11-12 novembre 2016 su *Di alcune grandi categorie del diritto costituzionale: sovranità rappresentanza territorio*. V., inoltre, utilmente, con specifica attenzione al ruolo al riguardo giocato dalle autonomie, la corposa ricerca su *Rappresentanza politica e autonomie*, curata da C. Buzzacchi - A. Morelli - F. Pizzolato, Giuffrè, Milano 2016.

¹³ Per un quadro di sintesi, v. D. NOCILLA - L. CIAURRO, *Rappresentanza politica*, in *Enc. dir.*, XXXVIII (1987), 543 ss., spec. 551 ss., e A. PAPA, *La rappresentanza politica. Forme attuali di esercizio del potere*, Editoriale Scientifica, Napoli 1998, spec. il cap. I.

Di un "indefettibile carattere rappresentativo della democrazia dei moderni" discorre, ora, A. MORELLI, *La trasformazioni del principio democratico*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 95.

¹⁴ Mi si consenta qui di fare solo un nome, quello del mio compianto Maestro, T. MARTINES, che si è ripetutamente intrattenuto sul punto con fini argomentati, riguardandolo da varie angolazioni in ragione delle peculiari esigenze dello studio di volta in volta condotto (tra gli altri suoi scritti, v. *La democrazia pluralista*, in *Ann. Univ. Messina*, 1963-64, 23 ss., e *Governo parlamentare e ordinamento democratico*, Giuffrè, Milano 1967, spec. 154, entrambi ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, rispettivamente, 239 ss. e 255 ss.).

¹⁵ Di una "sconvolgente emigrazione delle masse dalla politica" discorre G. FERRARA, *Sulla rappresentanza politica. Note di fine secolo*, in *Riv. dir. cost.*, 1998, 53, ma trattasi – come si sa – di un rilievo, nella sostanza, largamente diffuso. Persino laddove la posta in palio era (ed è) altissima, come in occasione di alcune consultazioni referendarie, la partecipazione dei votanti è stata notevolmente esigua. Ha fatto eccezione, da ultimo, la vicenda relativa alla riforma "Renzi-Boschi", per quanto qui la spiegazione possa rinvenirsi nell'inusuale martellamento d'informazione mediatica che ha preceduto la consultazione popolare e nella drammatizzazione dell'esito della stessa da parte di alcuni operatori politici.

qualità del rapporto, non già l'esistenza del rapporto in sé, malgrado le deformazioni dovute al meccanismo elettorale, segnatamente laddove si faccia luogo a correttivi in senso marcatamente maggioritario¹⁶. Ciò che, ad ogni buon conto, non toglie il carattere unitario della rappresentanza, la sua attitudine a dar voce ed a rendere comunque presente la "Nazione" tutta intera¹⁷.

Man mano, però, che si rende sempre più evidente la "condivisione" della sovranità tra plurimi centri istituzionali dislocati anche presso ordinamenti diversi, siffatto carattere cambia profondamente, nella sua stessa struttura, e cambia, di conseguenza, anche il modo di essere "rappresentativi" dei rappresentanti.

In un sistema non più semplice bensì composto, tendenzialmente portato a conformarsi quale "sistema di sistemi"¹⁸, i rappresentanti non sono chiamati a rappresentare unicamente il corpo elettorale o – come suol dirsi, con formula che evoca l'idea di uno Stato chiuso in modo autoreferenziale in se stesso – la "Nazione" ma anche a farsi carico di domande di regolazione normativa e di governo in genere provenienti *ab extra*.

Se ne ha palmare riprova proprio nella presente congiuntura segnata da una crisi economica senza precedenti, oltre che gravata dalla minaccia sempre più agguerrita del terrorismo internazionale. Non è a caso, d'altronde, che proprio nel momento in cui la crisi si è fatta più acuta non pochi Governi (tra i quali, come si sa, il nostro) si sono trovati costretti a farsi da canto: non già – si badi – in quanto non più sorretti dalla fiducia delle assemblee elettive bensì perché privi della ulteriore (e non meno rilevante) fiducia di cui dovevano godere, quella dei mercati e dei *partners* europei¹⁹.

In un quadro istituzionale composito, connotato da una sostanziale *fiducia politica plurale*, possono aversi casi frequenti di conflitti, alle volte laceranti, interni alla rappresentatività, dal momento che i rappresentati interni, "nazionali", si aspettano una certa politica da parte dei rappresentanti e i rappresentati esterni (segnatamente, europei) un'altra²⁰.

Vi è di più. In un contesto caratterizzato da migrazioni di massa produttive di un profondo rivolgimento del tessuto sociale, viene profondamente alterato il nesso esistente tra la rappresentanza e il fatto elettorale che vi sta alla base. Di conseguenza, la rappresentatività non ha più nel fatto stesso la radice da cui esclusivamente si tiene ed alimenta: i suoi punti di riferimento sono ora divenuti plurimi e varî sono del pari i criteri di qualificazione e di misurazione della rappresentatività stessa. Sui rappresentanti, infatti, non grava più solo l'onere di farsi carico delle aspettative nutrite dal corpo elettorale nella sua unità e, perciò, di dar voce alla "Nazione" essa pure unitariamente (e... *nazionalisticamente*) intesa ma v'è pure quello di prestare ascolto alle domande dei non votanti, degli immigrati (regolari e non), degli stranieri stabilmente residenti: di quanti, insomma, condividono esperienze di vita sociale sul medesimo territorio²¹.

¹⁶ Si è altrove proposto di distinguere tra una *rappresentanza in senso formale*, che si ha per il mero fatto delle elezioni quale che sia il meccanismo di traduzione dei voti in seggi normativamente previsto, ed una *rappresentanza in senso sostanziale*, che si ha laddove il meccanismo stesso si dimostri adeguato a rendere nel modo più fedele possibile la "geografia politica" del corpo sociale (così, in un mio *Intervento al forum sull'Italicum. Nove studiosi a confronto*, a cura mia e di A. Rauti, Giappichelli, Torino 2015, 51; si è quindi rifatto, con personali svolgimenti, a questa indicazione A. MORELLI, *Introduzione. Rappresentare, partecipare, governare: quale futuro per il modello democratico?*, in AA.VV., *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, a cura dello stesso M., Giuffrè, Milano 2015, 5).

Nulla, ad ogni buon conto, esclude che la rappresentatività nei fatti si presenti slegata dall'una ovvero dall'altra specie di rappresentanza, ovverosia più dall'una che dall'altra.

¹⁷ Ovviamente, qui il riferimento è alle sole assemblee elettive nazionali, senza dunque alcun cenno agli enti territoriali substatali in cui pure la rappresentanza stessa ha modo di esprimersi, senza però poter dar voce all'intera "Nazione" (in tema, v., ora, nuovamente, AA.VV., *Rappresentanza politica e autonomie*, cit.).

¹⁸ Della qual cosa si ha una particolarmente espressiva testimonianza al piano della salvaguardia dei diritti fondamentali, come si è tentato di mostrare in altri luoghi e si vedrà, sotto un peculiare aspetto, anche a breve.

¹⁹ Ho ripercorso questa vicenda nel mio *Art. 94 della Costituzione vivente: "Il Governo deve avere la fiducia dei mercati"* (nota minima a commento della nascita del Governo Monti), in Federalismi.it, 23/2011, 30 novembre 2011.

²⁰ Di qui, poi, il bisogno di rivedere alcune consolidate categorie della tradizione, quale quella di "forma di Stato", nella sua accezione corrente che la riferisce al rapporto tra governanti e governati, una volta che si constati l'appartenenza degli uni e degli altri anche ad ordinamenti diversi.

²¹ Proprio su siffatto connotato, peraltro, fa leva un'argomentata ed insistita sollecitazione volta a rivedere la nozione stessa di cittadinanza e, comunque, a riconoscere i diritti politici anche ai non cittadini stabilmente residenti sul territorio

Un compito immane, improbo, sol che si pensi alle lacerazioni profonde esistenti nel tessuto sociale, nelle quali è la prima e più rilevante causa dei conflitti tra le diverse specie di rappresentatività. Proprio la “Nazione” viene allora a trovarsi al centro dei conflitti stessi: alcuni intendendola alla vecchia maniera e perciò volendola chiusa in modo autoreferenziale in se stessa, indisponibile a rendersi permeabile da culture provenienti *ab extra* ed in grado di fecondarla e rigenerarla; altri, di contro, volendola aperta all'accoglienza dell'altro, all'integrazione.

Chi e cosa, dunque, rappresentare? E, ancora, è possibile un “bilanciamento” tra apertura e chiusura della Nazione e, perciò, della rappresentanza?

3. *L'orientamento della rappresentatività verso l'etica pubblica repubblicana, il suo carattere inclusivo (non già preclusivo), le conferme che ne dà tanto la “Costituzione dei poteri” quanto la “Costituzione dei diritti” (segnatamente, laddove la condivisione della sovranità tra Unione europea e Stati si traduca nella compiuta salvaguardia delle rispettive identità costituzionali)*

Al fine di tentare di dare una prima, seppur approssimativa, risposta ai quesiti appena posti, occorre – a me pare – rinvenire un punto fermo, un parametro cui fare costante riferimento; e questo non può che essere nella Costituzione e nei suoi valori (e, perciò, nei principi che vi danno la prima e più genuina traduzione positiva).

La rappresentatività resta fedele a se stessa, alla sua autentica missione, solo laddove le pratiche ad essa conseguenti si orientino alla realizzazione dell'etica pubblica repubblicana che nei valori suddetti si specchia ed esprime.

I principi, di cui agli artt. 10 e 11 della nostra Carta, che danno l'apertura dell'ordinamento al diritto internazionale e sovranazionale, visti nel loro fare “sistema” coi principi di cui agli artt. 2 e 3, che danno voce agli ideali di libertà ed eguaglianza (e, per ciò stesso, di dignità), non lasciano incertezza a riguardo del fatto che *si è rappresentativi nel massimo grado possibile solo se si è inclusivi, non già preclusivi*.

Questa tesi è dimostrata per entrambe le accezioni sopra riportate di sovranità, è cioè confermata avuto riguardo tanto alla *Costituzione dei poteri* quanto alla *Costituzione dei diritti*, per riprendere ancora una volta una nota, seppur discussa, bipartizione²².

Per il primo verso, si riconsideri, solo per un momento, la condivisione nella sovranità che si ha tra Stati ed Unione, una condivisione che ha, sì, nel riparto di competenze stabilito nei Trattati il suo punto costante di riferimento ma che, nondimeno, è attraversata da un moto interno incessante, il riparto stesso soggiacendo ad oscillazioni continue, varie da materia a materia e, per una stessa materia, nel tempo.

La sovranità eurounitaria ha comunque da fare i conti col principio di cui all'art. 4.2 TUE che fa obbligo all'Unione di prestare ossequio ai principi di struttura degli ordinamenti nazionali²³,

dello Stato [in argomento, spunti ricostruttivi di particolare interesse in alcuni dei contributi ospitati da *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, part. in quello di E. LAGANÀ, *La questione aperta dei diritti politici degli “stranieri” (con particolare riguardo al diritto di voto a livello locale)*, 415 ss. e, se si vuole, nel mio *I diritti dei non cittadini tra modello costituzionale e politiche nazionali*, 38 ss.].

²² In argomento, sempre utili le precisazioni di M. LUCIANI, *La “Costituzione dei diritti” e la “Costituzione dei poteri”*. *Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Cedam, Padova 1985, 497 ss.

²³ Ciò che, poi, pone la micidiale questione di ordine teorico-pratico relativa ai criteri ed alle modalità con cui l'Unione (e, per essa, specificamente la Corte di giustizia) può far luogo al riconoscimento dei principi in parola, specie ove si consideri che non si danno meccanismi cui si possa allo scopo fare utilmente ricorso, quali invece si hanno in senso ascendente (in specie, come si sa, il rinvio pregiudiziale). Ma, su tutto ciò non è ora possibile indugiare e devesi far rimando ad altri luoghi di riflessione scientifica (in merito alle non poche questioni sollevate dalla lettera del disposto in esame, tra gli altri, v. F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'uropeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.; M. STARITA, *L'identità costituzionale nel diritto*

esponendosi in caso contrario gli atti in cui la sovranità stessa si concreta al rischio che siano loro opposti in ambito interno²⁴ i “controlimiti”²⁵.

Se, però, l’Unione è tenuta a non mancare di rispetto all’identità costituzionale degli Stati-membri, anche questi devono, dal loro canto, mostrarsi osservanti dell’identità dell’Unione e concorrere alla sua integra trasmissione nel tempo, altrimenti il principio del primato del diritto sovranazionale resterebbe cosa priva di senso.

Il vero è che entrambi gli ordinamenti in rapporto hanno in sé la vocazione sia all’apertura che alla chiusura: l’identità costituzionale di ciascuno di essi è, perciò, soggetta a spinte e contospinte di vario segno ed intensità riportabili all’una come all’altra componente. Di qui, il bisogno di far luogo a continui, quotidiani, bilanciamenti interni alla identità sia eurounitaria che nazionale. Di questo bisogno si ha palmare riprova ove si consideri che una norma dell’Unione potrebbe, a un tempo, mostrarsi irrispettosa di uno o più principi fondamentali di diritto interno e però servente altri principi ancora. In congiunture siffatte, i “controlimiti” possono essere opposti, come pure però non opposti, a seconda di dove penda l’ago della bilancia, a seconda cioè che si reputi essere maggiore il costo ovvero il beneficio per la Costituzione come “sistema”. È perciò che i bilanciamenti interordinamentali si risolvono, a conti fatti, in bilanciamenti intraordinamentali, *secondo valore*²⁶.

Il bilanciamento è, dunque, sempre interno alla identità costituzionale, sia essa dell’Unione come pure dello Stato: con riguardo alla prima, tra il principio dell’art. 4.2 e il principio del primato; quanto al secondo, tra questo e quello dei suoi principi di base, da cui – come si è veduto – dipende l’apertura ovvero la chiusura nei riguardi del diritto di origine esterna²⁷.

dell’Unione europea: un nuovo concetto giuridico?, in AA.VV., *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, Il Mulino, Bologna 2012, 139 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1/2012, 263 ss. e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013; M. CARTABIA, *sub art. 4*, in *Trattati dell’Unione europea*, a cura di A. Tizzano, Giuffrè, Milano 2014, 23 ss.; S. BARONCELLI, *I rapporti con l’Unione europea*, in AA.VV., *Le proposte di riforma della Costituzione*, a cura di A. Cardone, ESI, Napoli 2014, 173 ss.; P. CRUZ VILLALÓN, *La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos*, in *Scritti in onore di A. D’Atena*, I, Giuffrè, Milano 2015, 729 ss., e, pure *ivi*, J. LUTHER, *Alla ricerca di un concetto giuridico europeo di autonomia*, III, 1745 ss., e S. MANGIAMELI, *L’Unione europea e l’identità degli Stati membri*, 1811 ss.; A. SIMONATO, *Multilevel governance. Profili costituzionali. Il coordinamento tra Regioni, Stato e UE*, Cleup, Padova 2016, 156 ss. Infine, se si vuole, il mio *A difesa della idoneità delle norme eurounitarie a derogare a norme costituzionali sostanziali e della “europeizzazione” dei controlimiti*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, in corso di stampa per i tipi della Jovene, nonché in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 21 luglio 2016).

²⁴ Il disposto dell’art. 4.2, nondimeno, non preclude che, prima ancora ovvero congiuntamente alla via giudiziaria interna, della questione sia investita la Corte di giustizia, appunto per violazione indiretta del disposto suddetto. Quali possano poi essere gli scenari prefigurabili in caso di divergenti pronunzie dei giudici (tanto più laddove protagonisti del conflitto siano la Corte dell’Unione e la Corte costituzionale) è, nuovamente, cosa di cui non ci si può qui fare carico.

²⁵ La discussione su questi ultimi, specie dopo la pronunzia della Corte dell’Unione su [Taricco](#) (e in attesa del verdetto della Consulta), è tornata ad animarsi. Per tutti, v. AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit.; AA.VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell’Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, a cura di C. Paonessa e L. Zilletti, Pacini, Pisa 2016 e, più di recente, i contributi al Convegno su *Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, svoltosi a Roma il 4 ottobre 2016, i cui Atti possono vedersi in [Rivista AIC](#), 4/2016, 11 novembre 2016.

²⁶ Quest’esito trovasi argomentato in alcuni miei scritti, a partire da *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in [Rivista AIC](#), 1/2011, 1 marzo 2011.

²⁷ Che, poi, possano darsi delle storture nell’esperienza non si discute. Queste, però, nulla tolgono, a mia opinione, alla bontà del modello per come qui pure, nei suoi lineamenti di fondo, ricostruito. Nessuna “copertura”, perciò, a taluni eccessi della Corte di Lussemburgo che, specie con [Melloni](#) e, ora, appunto con [Taricco](#), ha dato prova di considerare comunque preminente, indisponibile, il principio del primato nei riguardi di quello di cui all’art. 4.2 (che il primato si ponga quale espressione emblematica della costituzione materiale dell’Unione è efficacemente rilevato da V. PICCONE, *La primauté nell’Unione allargata*, in AA.VV., *Il filo delle tutele nel dedalo d’Europa*, cit., 1 ss., spec. 7).

Ora, i rappresentanti sono sollecitati a far luogo a questi bilanciamenti, assumendo a principio ordinatore appunto quello della massimizzazione della tutela dei beni costituzionalmente protetti²⁸ e tenendo sempre fisso lo sguardo sul principio della fedeltà alla Repubblica che, nella sua più genuina espressione²⁹, è adesione ai valori, a *tutti* i valori costituzionali, tra i quali c'è anche quello dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale in funzione della realizzazione, a un tempo, della propria e dell'altrui identità. E così, i rappresentanti nazionali possono compiutamente mostrarsi fedeli alla Repubblica solo nel momento in cui operano al servizio sia dell'identità dell'ordinamento di appartenenza che della stessa identità dell'Unione, alla cui formazione ed all'incessante rinnovo l'ordinamento stesso è chiamato a concorrere, in ciascuna delle sue componenti.

D'altro canto, porsi al servizio dell'identità dell'Unione è, per la tesi qui nuovamente patrocinata, allo stesso tempo porsi al servizio dell'identità della Repubblica, ogni qual volta si renda palese che gli atti dell'Unione portino all'innalzamento del livello di salvaguardia dei diritti, visti nel loro fare "sistema" coi restanti beni o interessi costituzionalmente protetti. È la stessa Costituzione, insomma, a volere decisamente questo esito, nei suoi principi di libertà ed eguaglianza (e nei principi restanti) che, in una congiuntura siffatta, risultino, in tesi, ancora meglio appagati dagli atti sovranazionali di come possano esserlo da quelli di diritto interno.

Questa conclusione è, ovviamente, avvalorata anche ponendosi dal punto di vista dell'Unione; e quest'ultima, coi suoi rappresentanti, ha da spendersi, a un tempo, a beneficio della propria e dell'altrui identità³⁰. Nulla, perciò, l'Unione avrebbe da rimproverarsi nel momento in cui dovesse far luogo ad un bilanciamento tra i principi fondamentali che dell'Unione stessa fanno l'identità tale da assicurare la preminenza a quello di cui all'art. 4.2 rispetto al principio del primato³¹.

4. La rappresentatività dei giudici e degli stessi... rappresentati, e il problematico superamento della sua crisi

²⁸ Sul rilievo da assegnare a tale principio la dottrina ha, specie di recente, molto insistito [tra gli altri, G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell'uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss.; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell'identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.; C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in [Consulta OnLine](#), II/2015, 3 giugno 2015, spec. 492 ss.; nella stessa *Rivista*, A. SPADARO, *Sull'aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile "freddezza" della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, 504 ss. e, dello stesso, ora, *La "cultura costituzionale" sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, spec. 55 ss.; ivi pure C. SALAZAR, *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte": qualche riflessione*, 217 ss., e L. D'ANDREA, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, spec. 314 ss. Infine, volendo, anche il mio *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in [Consulta OnLine](#), II/2016, 30 giugno 2016, 273 ss.].

²⁹ Indicazioni in merito alla varietà delle forme espressive del principio di fedeltà, corredate da acuti rilievi di ordine teorico-ricostruttivo, possono vedersi in A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013.

³⁰ E, a darne conferma, soccorrono le "tradizioni costituzionali comuni", un'autentica cinghia di trasmissione di valori fondamentali dall'uno all'altro ordinamento [sul ruolo da esse giocato, anche dopo il varo della Carta dei diritti dell'Unione, v., sopra tutti, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013; O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovvero sia l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 93 ss., e, dello stesso, *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., 91 ss.; G. BRONZINI, *La Carta dei diritti dell'Unione europea come strumento di rafforzamento e protezione dello Stato di diritto*, in *Pol. dir.*, 1-2/2016, 15 ss.].

³¹ Come si è però veduto, la tendenza fin qui affermata nell'esperienza diverge sensibilmente da questa indicazione.

Dopo le cose appena dette, non occorre un lungo discorso a riguardo della *Costituzione dei diritti*, cui peraltro si è già fatto richiamo.

La sovranità dei valori riceve, infatti, una delle sue più espressive e qualificanti testimonianze nel momento in cui la rappresentatività si traduce in adesione effettiva, la massima consentita alle condizioni oggettivamente date, ai valori nel loro fare “sistema” (o, meglio, “sistema di sistemi”, in via di progressiva affermazione) e nei conseguenti comportamenti, al piano dell’apparato così come – si vedrà meglio a momenti – della comunità governata.

E, poiché sul terreno su cui maturano le vicende relative ai diritti un ruolo di prima grandezza, per universale riconoscimento, è giocato dai giudici (nazionali e non, costituzionali e comuni), quali principali artefici delle operazioni di bilanciamento assiologico secondo i casi, se ne ha che proprio in relazione ad essi si pongono oggi alcune tra le più gravi e spinose questioni in tema di rappresentatività. Sono i giudici, infatti, che devono rendere “presenti”, a un tempo, l’identità dello Stato e l’identità dell’Europa in costruzione, operare per la congiunta salvaguardia di entrambe, avuto pur sempre riguardo alla massima tutela effettivamente raggiungibile facendo simultaneamente uso di tutte le Carte dei diritti disponibili.

La formula che vuole la giustizia amministrata “in nome del popolo”, riconvertita in senso oggettivo (o, meglio, assiologico-oggettivo), si traduce ed interamente risolve in quella di una giustizia rappresentativa dei valori e, per ciò stesso, *giusta* e che tale può essere unicamente in quanto riesca nella ottimale composizione dei valori in campo, in ragione delle peculiari e complessive esigenze del caso.

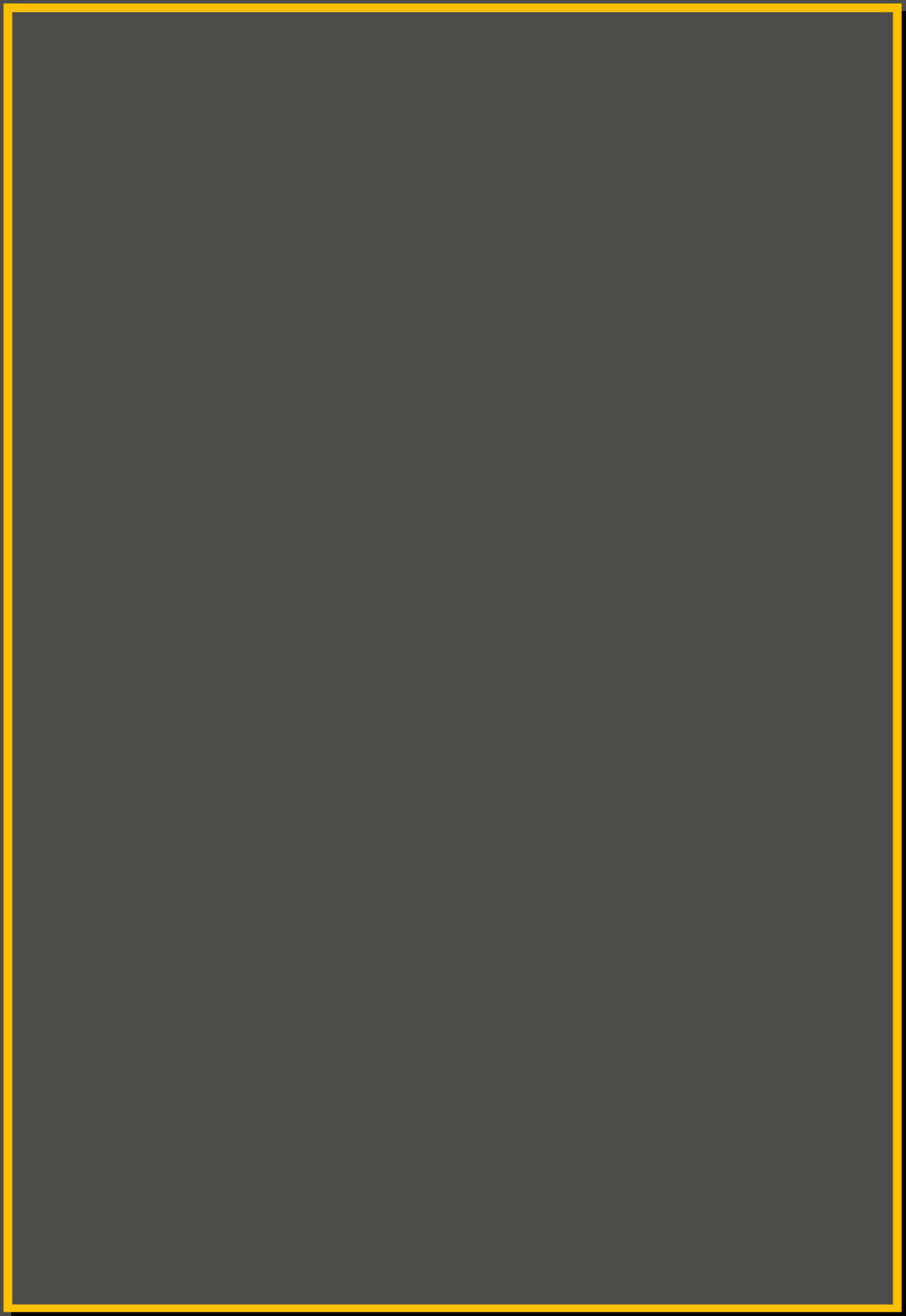
Questo (e solo questo) è il giudice “rappresentativo” di una “Nazione” che, assiologicamente intesa, si apre, al pari della Carta che vi sta alla base, naturalmente all’altro, ogni qual volta da ciò dipenda la ottimale salvaguardia dei beni costituzionalmente protetti, nel loro fare “sistema”.

Riconsiderata la rappresentanza in prospettiva assiologicamente ispirata, si pone da ultimo la questione della *rappresentatività degli stessi... rappresentati*, quale adesione fattiva, concreta, di singoli e gruppi, fino a pervenire all’intero corpo sociale, all’etica pubblica repubblicana e, dunque, quale capacità di rendervi credibile testimonianza coi fatti.

Che si dia una crisi, ancora prima che della rappresentanza (o dei rappresentanti), dei rappresentati, come ha fatto notare una sensibile dottrina³², è cosa su cui pochi – credo – possono nutrire dubbi. Pregi e difetti sparsi nel tessuto sociale, d’altronde, si riproducono in scala a livello di apparato: i rappresentanti non sono né peggiori né migliori dei rappresentati, sono come loro, come noi.

Solo che, così stando le cose, il superamento della crisi della rappresentanza, una volta che se ne rinverngano le radici negli stessi rappresentati e la si ambienta – come qui si è tentato in estrema sintesi di fare – al piano dei valori, dell’etica pubblica repubblicana, somiglia allo sforzo poderoso fatto dal Barone di Münchhausen per uscire dal pantano tirandosi per i baffi.

³² Ovvio il riferimento a M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in AA.VV., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di N. Zanon - F. Biondi, Giuffrè, Milano 2001, 109 ss.



*Antonio Ruggeri è Professore
di Diritto costituzionale presso il
Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università di Messina*