



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2020 FASC. I

(ESTRATTO)

ANTONIO RUGGERI

**LA GARANZIA DEI DIRITTI COSTITUZIONALI TRA
CERTEZZE E INCERTEZZE DEL DIRITTO**

26 MARZO 2020

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Antonio Ruggeri

La garanzia dei diritti costituzionali tra certezze e incertezze del diritto*

ABSTRACT: *The paper argues the thesis according to which a moderate uncertainty of positive law is, even more than opportune, necessary in view of the optimal fulfillment of rights, especially those scientifically sensitive. In particular, both the certainties and the uncertainties deriving from the "dialogue" between the Courts are highlighted.*

SOMMARIO: 1. La scrittura costituzionale quale fonte, a un tempo, di certezze e incertezze. – 2. I lineamenti del modello: un moderato “diritto politico” ed un parimenti moderato “diritto giurisprudenziale” quali strumenti di certezza dei diritti costituzionali e la necessità di fare riferimento a *consuetudini culturali* diffuse e radicate nel corpo sociale e nella comunità degli scienziati in vista del riconoscimento e della tutela dei nuovi diritti. – 3. Certezze e incertezze attraverso il “dialogo” intergiurisprudenziale e il superamento del giudicato quale spia altamente indicativa del fatto che le sole *certezze di diritto in senso oggettivo* sono quelle che si dimostrano idonee a convertirsi ed a risolversi per intero in *certezze dei diritti costituzionali*. – 4. Notazioni conclusive, in attesa di ulteriori... *certezze*.

1. La scrittura costituzionale quale fonte, a un tempo, di certezze e incertezze

Della certezza del diritto si discorre – come si sa – *ab antiquo*, in essa rilevandosi la *ratio* immanente del diritto stesso e il fine che ne giustifica la esistenza¹. L’esperienza giuridica, nelle sue plurime espressioni, peraltro conferma che dove c’è certezza v’è anche incertezza del diritto, che l’una cioè è fatalmente obbligata a convivere con l’altra e che, perciò, a conti fatti, si tratta solo di stabilire qual è la misura, in relazione ad una esperienza data, in cui si ha riscontro di entrambe.

Faccio subito un esempio per maggiore chiarezza. Si pensi dunque al rapporto che viene ad intrattenersi tra il c.d. diritto politico” e il “diritto giurisprudenziale”². Ebbene, gli enunciati linguistici positivi delimitano – come si sa – pur sempre (e in misura ora maggiore ed ora minore) l’area entro la quale va effettuata la ricerca dei loro significati astrattamente possibili; e, per ciò stesso, dunque danno, quanto meno in via di principio³, certezza del diritto. Sono, però, anche fonti di incertezze, testimoniate sovente dalle discordie che si hanno tra gli operatori circa il loro retto significato, incertezze alle quali gli operatori stessi *dovrebbero* porre rimedio⁴.

Se la questione che oggi ci occupa è riguardata dalla prospettiva del diritto costituzionale – la sola a me familiare e che mi dà il titolo di rappresentare le notazioni di seguito svolte –, si hanno plurime e convergenti testimonianze che accreditano l’idea della naturale e necessaria complementarietà

* Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

Lo scritto è stato predisposto per il Convegno su L’incertezza del diritto, che avrebbe dovuto tenersi a Messina il 13 e 14 marzo 2020, poi rinviato a causa dell’emergenza da coronavirus.

¹ Ancora oggi non può prescindere dalla magistrale riflessione di F. LÓPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano 1942, rist. 1950.

² Se n’è, ancora non molto tempo addietro, discusso in occasione della Giornata in ricordo di Alessandro Pizzorusso dedicata a *Il diritto giurisprudenziale*, Pisa 16 dicembre 2019, i cui Atti non sono ad oggi venuti alla luce. Sulle varie accezioni del termine “giurisprudenza”, v., inoltre, di recente, G. ALPA, *La giurisprudenza e le fonti del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 335 ss.

³ ... o, diciamo pure, che si presume che la diano, salva la prova del contrario, quale può aversi laddove gli enunciati stessi dovessero essere tacciati di “oscurità”, come tali forieri alle volte di gravi incertezze (in tema, per tutti, M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Roma-Bari 2010). A rigore, tuttavia, il sintagma “enunciato oscuro” (o, diciamo meglio, *totalmente* oscuro) racchiude in sé un ossimoro, se si conviene che un enunciato linguistico è una proposizione “significante” e che, dunque, è tale se ed in quanto sia in grado di esprimere ed effettivamente esprima un “significato”.

⁴ Anche per essi, nondimeno, vale la presunzione di cui sopra; e il sistema dei gravami ai quali le pronunzie dei giudici soggiacciono è stabilito anche, seppur ovviamente non solo, al fine di ristabilire una istanza di certezza del diritto dapprima rimasta inappagata.

reciproca del diritto politico e del diritto giurisprudenziale, con il *mix* di certezza-incertezza che ne connota le più salienti espressioni e vicende nel tempo.

Si pensi, in primo luogo, alla stessa ragion d'essere delle Carte costituzionali, qui intese esclusivamente nell'accezione di matrice liberale quale affermata a cavallo tra fine settecento e primo ottocento⁵. Ebbene, sappiamo tutti che la “lotta per la Costituzione” che infiammò la Francia e quindi si propagò nel vecchio continente mirava all'obiettivo di strappare al Monarca, fino a quel tempo “assoluto”, nel senso proprio di *Constitutioni solutus*, un documento che desse, a un tempo, certezza del diritto costituzionale e certezza dei diritti costituzionali. Le due “certezze”, infatti, solo al piano teorico-astratto sono reciprocamente distinguibili (e sono state, com'è noto, molte volte tenute innaturalmente distinte); ma in quella temperie storico-politica facevano un'unica cosa (e, come si dirà meglio più avanti, così non può che essere anche oggi): si trattava, cioè, dei due profili, reciprocamente inautonomi, di un modo complessivo di essere dell'ordinamento costituzionale, in rispondenza ad un fascio di valori fondamentali diffusamente ed intensamente avvertiti e posti al servizio della persona umana⁶, tanto appunto da essere presto condiviso da quanti operavano in contesti istituzionali pure assai diversi tra di loro.

I successivi sviluppi di ordine politico-istituzionale hanno quindi avvalorato l'idea secondo cui la certezza del diritto, nella sua più qualificante espressione, intesa cioè quale *certezza del diritto costituzionale*, non può andare disgiunta dalla giustizia sociale ed anzi non può essere vista quale bene-valore fondamentale da essa diverso⁷; e la giustizia si ha unicamente laddove sono riconosciuti ed effettivamente garantiti i diritti fondamentali, *tutti* i diritti (compresi, appunto, quelli c.d. “sociali”⁸). *La scrittura costituzionale era (e ancora oggi è), dunque, veduta quale il mezzo; la certezza, nella sua piena e propria accezione, il fine.*

La stessa revisione della Costituzione, quale forma eminente di aggiornamento della scrittura, condivide il fine del documento al quale si applica: ridare certezza, laddove sia venuta meno, o, come che sia, risulti appannata, mantenere dunque costante il livello di certezza originariamente raggiunto e – laddove possibile – innalzarlo ancora di più⁹. È ovvio che l'obiettivo può essere centrato solo se

⁵ Non discuto qui della legittimità di altre accezioni della Costituzione quale documento normativo, in particolare se ne sia appropriato il nome pur laddove in essa non si dia il riconoscimento dei diritti fondamentali né ne sia assicurata la salvaguardia nell'ordinamento di riferimento. Resto, dunque, legato alla nozione di Costituzione mirabilmente racchiusa nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, la sola peraltro specificamente riguardante le vicende del nostro ordinamento e degli altri appartenenti alla sua stessa “famiglia” [sulla questione teorica ora evocata, tra i molti che ne hanno variamente trattato, v., part., gli studi di A. SPADARO, spec. il suo *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994; ulteriori riferimenti, ora, in A.I. ARENA, *La costituzione come idea e come realtà storica (Appunti di Dottrina dello Stato)*, in Dirittifondamentali.it, 2/2019, 11 dicembre 2019].

⁶ Sul principio personalista, in funzione del quale ogni altro principio fondamentale delle Carte di matrice liberale ha la sua ragion d'essere, riferimenti ora in A. MORELLI, [Il principio personalista nell'era dei populismi](#), in questa [Rivista, Studi 2019/II](#), 359 ss. e, dello stesso, ora, *Persona e identità personale*, in [BioLaw Journal, Special issue](#), 2/2019, 45 ss., nonché in M. TOMASI, *Genetica e Costituzione. Esercizi di eguaglianza solidarietà e responsabilità*, Editoriale Scientifica, Napoli 2019.

⁷ Per ciò, di qui in avanti dovrebbe sempre dirsi “certezza-giustizia”, ed è solo per brevità che si seguirà a fare ricorso unicamente al primo segmento del lemma suddetto.

⁸ In cosa, poi, questi ultimi si distinguano – teoricamente e, soprattutto, praticamente – da altri diritti, e segnatamente da quelli c.d. “civili”, è assai problematico da stabilire; la stessa Carta costituzionale, dopo la “novella” del Titolo V operata nel 2001, testimonia *per tabulas*, all'art. 117, II c., lett. m), l'impossibilità di riprodurre nel tempo presente l'antica credenza che teneva nettamente distinte le libertà c.d. “negative” dai diritti “sociali”, in ragione del fatto che unicamente questi ultimi richiederebbero prestazioni da parte dei pubblici poteri al fine di vedersi complessivamente appagati.

⁹ Un'autorevole dottrina ha prospettato la tesi secondo cui le sole innovazioni al dettato costituzionale non consentite sono quelle a finalità di “restaurazione” dell'ordine giuridico preesistente (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); dal mio canto, mi sono sforzato di argomentare l'idea che alla revisione della Carta possa farsi luogo alla condizione che per il suo tramite possa ancora di più arricchirsi il catalogo dei diritti fondamentali e far crescere le garanzie di tutti i diritti, vecchi e nuovi, pur laddove si tratti di innovazioni specificamente riguardanti la parte organizzativa, comunque conducenti all'ottimale appagamento dei bisogni elementari della persona umana [ragguagli,

la scrittura è fatta a modo: un cattivo uso, infatti, fa alle volte ancora più danno di un “non uso”; e, perciò, un sano diritto non scritto – come si è cercato di argomentare altrove¹⁰ – è di certo da preferire ad un pessimo diritto scritto¹¹, specificamente laddove il primo dia fiato ed alimento a consuetudini interpretative in seno al corpo sociale come pure all’apparato governante.

2. I lineamenti del modello: un moderato “diritto politico” ed un parimenti moderato “diritto giurisprudenziale” quali strumenti di certezza dei diritti costituzionali e la necessità di fare riferimento a consuetudini culturali diffuse e radicate nel corpo sociale e nella comunità degli scienziati in vista del riconoscimento e della tutela dei nuovi diritti

Tralasciando ora ciò che può dirsi in relazione alla disciplina della organizzazione, qui non specificamente interessante, e fermando l’attenzione sulla sola parte sostantiva della Carta (e, segnatamente, sulle previsioni riguardanti i diritti fondamentali), da tempo mi sono dichiarato dell’idea che il riconoscimento dei nuovi diritti, in ispecie di quelli – per dir così – *scientificamente sensibili*, richieda, in primo luogo, l’intervento del legislatore costituzionale, la cui chiamata in campo si giustifica proprio per il fatto che l’intervento stesso attiene al cuore pulsante della Costituzione, e solo in seconda battuta del legislatore ordinario e, a seguire, dei giudici¹². Non si trascuri infatti che la procedura aggravata prescritta per la venuta alla luce degli atti di forma costituzionale garantisce ancora meglio della procedura relativa alla formazione delle leggi comune la rispondenza del riconoscimento operato dal legislatore ai bisogni maggiormente avvertiti in seno al corpo sociale e, per ciò stesso, offre certezze di diritto in senso oggettivo – sia pure nei limiti propri di atti pur sempre soggetti a verifica¹³ – che altrimenti non si avrebbero¹⁴.

Gli interventi in forma di legge, ad ogni buon conto, richiedono di aversi a mezzo di enunciati dotati di strutturale duttilità, essenzialmente *per principia*, demandandosi quindi ai giudici il compito

volendo, nei miei *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell’ordinamento*, in *Dir. soc.*, 4/2005, 451 ss., e *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, 367 ss., nonché in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2018, 20 giugno 2018].

¹⁰ ... nel mio *Comparazione giuridica e certezza del diritto costituzionale*, in Dirittifondamentali.it, 27 luglio 2015.

¹¹ Si pensi solo, da noi, alle carenze ed oscillazioni linguistiche evidenziate dal Titolo V, quale riscritto nel 2001, che ha obbligato la giurisprudenza costituzionale, con il soccorso offerto da una sensibile dottrina, a far luogo ad una estesa opera di ricucitura interna, che ha però comportato il costo di un diffuso e sostanziale rifacimento del dettato costituzionale.

¹² Della necessità di un aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti con legge costituzionale si discorre nel mio *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, in *Rendiconti degli anni 2007-2008* dell’Accademia delle Scienze dell’Istituto di Bologna, Classe di Scienze Morali, Bononia University Press, Bologna 2009, 215 ss., nonché in *Studi in onore di P. Grossi*, II, Giuffrè, Milano 2012, 1103 ss.

¹³ È pur vero, però, che la Consulta si trattiene dal far luogo all’annullamento di norme risultanti da leggi costituzionali e, prima ancora, sono gli stessi operatori di giustizia comune a non farne oggetto di questioni di costituzionalità (eccezion fatta delle note vicende riguardanti la disciplina dell’Alta Corte per la Regione siciliana, vistosamente lesiva del principio di unicità della giurisdizione costituzionale). La sanzione sulle norme suddette, ad ogni buon conto, è stata ugualmente applicata, sia pure abilmente mascherata attraverso una *interpretatio abrogans* posta in essere dal massimo dei garanti della legalità costituzionale, artefice di manipolazioni sostanziali del dettato costituzionale rappresentate quali sue genuine e fedeli ricognizioni semantiche. La qual cosa comporta una grave confusione dei ruoli istituzionali, gravida di implicazioni di cui si dirà meglio a breve.

¹⁴ Non è invero possibile escludere in partenza che vi siano atti comuni di normazione ancora più adeguati delle stesse leggi costituzionali a dare voce ai bisogni maggiormente avvertiti in seno al corpo sociale e, dunque, idonei a farsi interpreti dei nuovi diritti. La presunzione, tuttavia, gioca – com’è chiaro – nel senso che le previsioni normative delle leggi costituzionali sono maggiormente conducenti allo scopo, già per il fatto di essere espressive di orientamenti condivisi – anche qui, presumibilmente – da forze politiche contrapposte (è, poi, ovvio che possono darsi – e l’esperienza ce ne dà conferma – leggi comuni approvate a larghissima maggioranza, come pure leggi costituzionali frutto di maggioranze riscalate; non è, però, di ciò che può accidentalmente aversi che si deve tener conto nel momento in cui si delineano i tratti identificativi del modello).

(non già – come pure un’accreditata dottrina ritiene¹⁵ – della mera *applicazione*, bensì) della loro *attuazione*, congrua rispetto ai casi, nella loro multiforme, incontenibile varietà¹⁶. È, infatti, ormai provato che, ogni qual volta il legislatore si è abbandonato ad una disciplina eccessivamente rigida e dettagliata (specie se infarcita di divieti¹⁷), lì quest’ultima si è trovata costretta a soggiacere al suo sostanziale rifacimento, ora alla luce del sole (a mezzo di pronunzie manipolative del giudice costituzionale) ed ora – e peggio – per via sotterranea (a mezzo di un utilizzo forzato delle tecniche interpretative, segnatamente di quella c.d. “conforme”¹⁸)¹⁹.

¹⁵ V., part., M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 4/2014, 10 ottobre 2014, nonché *Ermeneutica costituzionale e “massima attuazione della Costituzione”*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, ESI, Napoli 2018, 37 ss., spec. 43 ss. Sulla spinosa e scivolosa questione della creatività della giurisprudenza, ancora di M. LUCIANI v., poi, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell’interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 345 ss.; *Dal chaos all’ordine e ritorno*, in Liber amicorum Angelo Davì. *La vita giuridica internazionale nell’età della globalizzazione*, I, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, spec. 260 ss., e *L’errore di diritto e l’interpretazione della norma giuridica*, in *Questione Giustizia*, 3/2019, 16 ss., spec. 27 ss.; inoltre, tra i molti altri, R. ROMBOLI, *L’attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l’entrata in vigore della Costituzione*, in AA.VV., *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, a cura di G. Campanelli, Giappichelli, Torino 2009, 25 ss.; T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell’interpretazione costituzionale nell’ordinamento giuridico integrato*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; G.P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 313 ss.; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss.; R.G. RODIO, *Alcune riflessioni su anomalie, lacune e limiti dell’interpretazione giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 1/2019, 16 gennaio 2019, 1 ss.; C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 2/2019, 549 ss., spec. 556 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Il ruolo delle Corti nella costruzione dell’ordinamento europeo (From judge-made law to judge-made Europa)*, Editoriale, in *Federalismi.it*, 15/2019, 31 luglio 2019 e, in prospettiva giusfilosofica, almeno, L. FERRAJOLI, in più scritti, tra i quali, ora, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena 2018. Sul ruolo del giudice quale produttore di certezze del diritto in concreto, v., infine, G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, in AA.VV., *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, a cura di A. Apostoli e M. Gorlani, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, 9 ss.

¹⁶ È risaputo, infatti, che i principi si aprono a raggiera rendendosi quindi disponibili ad essere variamente specificati da regole volte alla loro implementazione nell’esperienza.

¹⁷ ... quale si è avuta in relazione alle esperienze di procreazione medicalmente assistita (ma molti altri esempi ancora possono, com’è noto, farsi in tal senso).

¹⁸ Raggiugli su alcune delle più salienti esperienze di quest’ultima si sono, di recente, avuti da M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Ann., IX* (2016), 391 ss.; AA.VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, Giuffrè, Milano 2017, spec. i contributi di cui alla parte II; G. REPETTO, *Il canone dell’incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 99 ss.; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell’evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017, 37 ss.; V. MARCENÒ, *Quando il giudice deve (o doveva?) fare da sé: interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, in *Dir. soc.*, 4/2018, 633 ss.; M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, in *Questione Giustizia*, 22 ottobre 2018, e, dello stesso, ora, *L’interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, relaz al Seminario del Gruppo di Pisa su *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2019, 37 ss., e, nella stessa *Rivista*, l’intervento di A.I. ARENA, *Note minime su interpretazione e giudizio accentrato di costituzionalità*, 163 ss.; G. PARODI, *L’interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. 2019, 555 ss.; C. CARUSO, *Il “posto” della interpretazione conforme alla Cedu*, in *Giur. cost.*, 4/2018, 1985 ss., e, dello stesso, *L’interpretazione conforme alla Cedu e i “diritti a somma zero”*, in *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini - A. Cossiri - G. Di Cosimo - A. Guazzarotti - C. Mainardis, Giappichelli, Torino 2019, 457 ss.; V. BALDINI, *Costituzione e razionalizzazione della politica. Aspetti problematici di un distico dilemmatico in “moto perpetuo”*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, 28 gennaio 2020, spec. 292 ss.; F. POLITI, *L’interpretazione costituzionalmente conforme fra giudice delle leggi e giudice di legittimità. Alcune riflessioni alla luce recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Lo Stato*, 13/2019, 155 ss. Con specifico riguardo ad alcune delle sue più salienti espressioni al piano dei rapporti interordinamentali, v., di recente, V. PICCONE, *Diritto internazionale e diritto interno: rimedi interpretativi. Una riflessione sull’attuale panorama dei rapporti interordinamentali alla luce della doppia pregiudizialità per come la stessa si è dipanata nel corso dell’ultimo anno*, in *Questione Giustizia*, 27 dicembre 2019.

¹⁹ Proprio la legge 40 del 2004 ne dà forse la più emblematica testimonianza, nel mentre è ancora da vedere, specie dopo *Cappato*, cosa ne sarà della legge 219 del 2017, con riguardo alle vicende di fine-vita.

Possiamo riconsiderare questa vicenda dall'angolo visuale congeniale a questo studio, riassumendola nei termini seguenti: che certezza del diritto costituzionale e certezza dei diritti costituzionali si hanno unicamente grazie ad un *moderato diritto politico*, cui faccia quindi seguito, ad esso armonicamente saldandosi, un parimenti *moderato diritto giurisprudenziale*, comunque bisognoso di mantenersi entro la cornice del primo cui è chiamato a dare ora svolgimento ed ora integrazione. All'uno ed all'altro, poi, si salda il ruolo di centrale rilievo dell'amministrazione, senza il cui fattivo apporto la salvaguardia dei diritti resterebbe molte volte monca e difettosa²⁰.

Questa è però solo una indicazione – come dire? – di metodo dell'azione dei pubblici poteri complessivamente volta a dare il riconoscimento prima e la tutela poi ai nuovi diritti. Essa, però, com'è chiaro, non risolve il problema ma lo sposta in avanti. Si tratta, infatti, di stabilire quali possano (e debbano) essere i punti culturali di riferimento ai quali far capo al fine di poter assolvere ad un compito sì gravoso ed impegnativo ed anche – a dirla tutta – non poco sofferto.

Il punto è di cruciale rilievo proprio in una riflessione, quale quella che si va ora facendo. E, invero, occorre chiedersi se la “invenzione” di nuovi diritti fondamentali da parte dei pubblici poteri disponga di basi sia pure relativamente salde e, appunto, certe sulle quali poter poggiare e – ciò che più conta – rendersi credibile, farsi accettare da quanti sono poi chiamati a far valere i diritti stessi, dandovi pratico senso.

In altri luoghi, mi sono sforzato di argomentare l'idea che un diritto fondamentale costituisca un bisogno elementare dell'uomo il cui mancato appagamento non consentirebbe all'esistenza, di essere – come invece riconosce la Carta (art. 36, I c.) – “libera e dignitosa”²¹. Quali, poi, siano i bisogni in parola può risultare solo da una ricerca scrupolosa effettuata in seno agli strati più profondi del corpo sociale. L'opera del diritto è, dunque, chiamata a dar voce a *consuetudini culturali di riconoscimento* dei nuovi diritti, con le quali cioè certi bisogni sono appunto qualificati come diritti fondamentali. Questi ultimi non possono, insomma, essere *imposti* ma, appunto, solo *riconosciuti*²².

D'altro canto, laddove l'opera di ricognizione dei nuovi diritti dovesse risultare infedele o, come che sia, imperfetta, sarebbe fatalmente rigettata dal corpo sociale al quale s'indirizza.

²⁰ Questo versante, nondimeno, è qui obbligato a restare nell'ombra, non disponendosi né dei dati necessari né dello spazio richiesto per la elaborazione di quelli disponibili al fine di poter “pesare” l'incidenza esercitata dalle pratiche amministrative, estremamente ramificate e diffuse, in ordine alla effettiva implementazione dei diritti. È sicuro, ad ogni buon conto, che dal buon andamento e dall'imparzialità dell'amministrazione dipenda in significativa misura la certezza del diritto e dei diritti allo stesso tempo; e, a darne riprova, basti solo considerare ciò che rappresentano – nel bene e nel male – le circolari, in sede sia di interpretazione delle leggi e sia pure di esecuzione delle decisioni dei giudici. La retta e piena affermazione del principio di legalità o, all'inverso, le deviazioni dallo stesso non poche volte dipendono infatti – come si sa – proprio da tale strumento, nella varietà dei tipi in cui si articola e svolge [ha, non molto tempo addietro, fatto il punto sull'*Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto* M. D'AMICO, in un corposo saggio apparso con questo titolo in *Rivista AIC*, 4/2018, 8 novembre 2018, 86 ss.].

²¹ È, poi, chiaro che non possiamo qui nuovamente interrogarci circa il significato di ciascuno dei termini componenti la formula ora richiamata, a partire proprio dall'ultimo, forse il più disagiata da mettere a fuoco al piano teorico- astratto [ragguagli possono aversi dal mio *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in questa *Rivista, Studi 2018/II*, 392 ss.; cfr., di recente, *ex plurimis*, G. RAZZANO, *Sulla sostenibilità della dignità come autodeterminazione*, in *BioLaw Journal, Special issue*, 2/2019, 95 ss. e, della stessa, *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all'invulnerabilità della vita e chiama «terapia» l'aiuto al suicidio*, in *Dirittifondamentali.it*, 1/2020, 3 marzo 2020, spec. 652 ss.; A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2019, 4 dicembre 2019; in prospettiva comparata, G. POGGESCHI, *La dignità dell'uomo: l'ultima Thule o l'isola che non c'è?*, in *Scritti per Roberto Bin*, cit., 744 ss. Infine, con riferimento alla giurisprudenza eurounitaria, per tutti, A. DI STASI, *Brevi considerazioni intorno all'uso giurisprudenziale della nozione di dignità umana da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Cacucci, Bari 2019, 861 ss.].

²² Si coglie in questa rappresentazione teorica l'eco di un'antica veduta, risalente già alla tradizione romanistica, nei cui riguardi si è riconosciuta debitrice la lezione orlandiana sul metodo ed alla quale ancora oggi la più accreditata dottrina storiografica fa riferimento (part., P. GROSSI, del quale v., almeno, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2017; quanto poi al pensiero di V.E. Orlando, per tutti e di recente, v. V. TEOTONICO, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Cacucci, Bari 2018).

Il diritto – come si vede – dà, in tal modo, certezze e garanzie allo stesso tempo; e, però, ha bisogno a sua volta di poggiare su certezze, e queste – come si è venuti dicendo – vengono proprio dalle consuetudini suddette.

È interessante poi notare in che modo le consuetudini, di cui si è fin qui discusso, si combinano con altre consuetudini, affermatesi in seno alla comunità degli scienziati e degli esperti in genere. Si danno infatti casi in cui – a stare ad un discusso orientamento della giurisprudenza – le divisioni riscontratesi nella cerchia degli scienziati, vale a dire le loro incertezze, ridondano in incertezze della Costituzione, specificamente laddove quest’ultima si dispone a fare proprie le indicazioni date dagli esperti, qui tuttavia in tesi difettose (incerte, appunto). Le *incertezze culturali*, dunque, si traducono in *incertezze positive*, di cui si ha riscontro soprattutto al massimo grado dell’esperienza giuridica.

In circostanze siffatte, la Costituzione sarebbe obbligata al silenzio, in attesa di future chiarificazioni, e però – e la cosa è francamente singolare – ciò non impedirebbe al legislatore di prendere ugualmente partito su questioni animatamente discusse e perciò – possiamo dire con il linguaggio a noi familiare – di somministrare le sue “certezze”.

È quanto si è avuto con riguardo alla eventuale destinazione degli embrioni crioconservati alla ricerca scientifica, secondo [Corte cost. n. 84 del 2016](#), in parte già anticipata dalla [sent. n. 229 del 2015](#)²³. Francamente, però, non si vede come possano reggersi in piedi “certezze” legislative non poggianti, in tesi, su “certezze” scientifiche²⁴ nelle quali, peraltro, si specchiano divisioni marcate nel corpo sociale, non ancora pronto e attrezzato a far luogo ad esprimere quelle consuetudini culturali di cui sopra si diceva.

Di contro, alle volte un largo e consolidato schieramento di studiosi formatosi in merito a talune questioni (come a riguardo delle vaccinazioni, quanto meno di alcune²⁵) sollecita ed agevola il radicamento delle consuetudini culturali suddette che dalle certezze scientifiche traggono alimento e sostegno, venendone dunque una stringente direttiva d’azione per il legislatore, chiamato a convertire le certezze scientifiche in certezze giuridiche.

Tra tutte tali certezze, insomma, si intrattiene un rapporto di mutuo sussidio e d’incessante alimentazione. Perché la “razionalizzazione” giuridica – è ormai provato – non è mai meramente passiva, interamente debitrice delle suggestioni ed indicazioni venute dal corpo sociale: col fatto stesso di esservi, infatti, per un verso, rende ancora più salde e diffuse le consuetudini suddette, mentre, per un altro verso, avvia inusuali processi culturali, incoraggiandone ed incanalandone la maturazione.

²³ Tra i molti commenti alla decisione del 2016, v., almeno, quelli che sono in [BioLaw Journal](#), 2/2016; altri riferimenti in R. CRISTIANO, *Gli embrioni soprannumerari: tutela e sperimentazione*, in [Rivista AIC](#), 2/2018, 12 aprile 2018, 1 ss.; S. AGOSTA, *Libertà di ricerca scientifica e parusia della dignità umana (a proposito dei limiti alla sperimentazione sull’embrione)*, in [BioLaw Journal](#), Special issue, 2/2019, 469 ss., del quale v., ora, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell’embrione*, Aracne, Roma 2020, 70 ss. e 215 ss.; A. SPADARO, *Il “concepito”: questo sconosciuto...*, in [BioLaw Journal](#), Special issue, 2/2019, 429 ss.

²⁴ Si pensi, ad es., al modo con cui è stato evocato in campo il principio di precauzione [a riguardo del quale, di recente, G. RAGONE, *Il principio di precauzione nella prospettiva del giudice costituzionale*, in [BioLaw Journal](#), Special issue, 2/2019, 157 ss., e A. NAPOLITANO, *Riflessioni sul ruolo del principio di precauzione nel processo decisionale delle pubbliche amministrazioni*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 1/2019, 1 ss.], da alcuni giudicato idoneo a giocare a favore della utilizzabilità degli embrioni suddetti a scopo di ricerca, una eventualità invece da altri categoricamente esclusa. È poi evidente che entrambi gli orientamenti risentono di un... *preorientamento* etico-culturale (in senso lato).

²⁵ Riferimenti in M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2017, 455 ss.; N. VETTORI, *Le decisioni in materia di salute tra precauzione e solidarietà. Il caso delle vaccinazioni*, in *Dir. pubbl.*, 1/2018, 181 ss.; L. RAMPÀ, *Autodeterminazione e coercizione nella legislazione sulle vaccinazioni. Un approccio non giuridico*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 937 ss.; D. CODUTI, *La disciplina sulle vaccinazioni obbligatorie alla prova di forma di Stato e forma di governo*, in [Rivista AIC](#), 3/2018, 30 luglio 2018, 605 ss.; P. VERONESI, *Fisionomia e limiti del diritto fondamentale all’autodeterminazione*, in [BioLaw Journal](#), Special issue, 2/2019, 41 s., e, pure *ivi*, D. MORANA, *Prima e dopo la cura: nuove dimensioni nella tutela della salute*, 399 ss. e, *amplius*, M. PLUTINO, *Le vaccinazioni. Lineamenti ricostruttivi di diritto costituzionale su un tema dominato dalle evidenze scientifiche*, 541 ss.

3. *Certezze e incertezze attraverso il “dialogo” intergiurisprudenziale e il superamento del giudicato quale spia altamente indicativa del fatto che le sole certezze di diritto in senso oggettivo sono quelle che si dimostrano idonee a convertirsi ed a risolversi per intero in certezze dei diritti costituzionali*

Ovviamente, quelli appena descritti sono solo i lineamenti essenziali di un modello teorico che si presenta internamente assai articolato e composito.

Uno studio appena più approfondito di quello fin qui condotto mostra, infatti, che si danno plurime “certezze” (e – come si diceva –, *per ciò stesso*, “incertezze”) ad ogni livello istituzionale e piano di esperienza giuridica.

Finora si è discusso, in termini volutamente approssimativi, del rapporto tra il diritto politico e il diritto giurisprudenziale unitariamente considerati. Sappiamo però che ciascuno dei termini della relazione richiede di essere declinato al plurale, in particolare – per ciò che ora maggiormente preme mettere in evidenza – il secondo.

Ebbene, è interessante notare in che modo il c.d. “dialogo” intergiurisprudenziale – termine a riguardo del quale pure dovrebbero farsi non poche precisazioni di ordine teorico-definitorio – concorre incessantemente a produrre e rinnovare tanto certezze quanto incertezze, le une e le altre poi particolarmente rilevanti in relazione ai casi in cui dovesse aversi riscontro di ritardi e carenze del legislatore nell’opera di riconoscimento e tutela dei diritti.

Si considerino, ad es., sia pure con la massima rapidità, alcuni processi che portano alla graduale emersione e messa a fuoco di nuovi diritti attraverso l’opera congiunta di più operatori di giustizia, sovente peraltro dislocati in ordinamenti diversi²⁶. Non è infrequente assistere – come si è tentato di mostrare altrove – alla formazione di vere e proprie “catene” di pronunzie giurisprudenziali funzionalmente connesse e, appunto, conducenti al fine comune della salvaguardia di diritti trascurati o – peggio – lesi dal legislatore. È come se, azionando la ghiera dell’obiettivo di una macchina fotografica, si facesse luogo alla graduale e sempre più precisa messa a fuoco dell’oggetto ritratto, fino appunto a darne la fedele rappresentazione. Alle volte, infatti, ad una prima pronunzia di questa o quella Corte europea e/o della Corte costituzionale fa seguito un’ulteriore pronunzia in ambito interno e poi magari un’altra ancora, tutte animate dall’intento di dare sempre più puntuale specificazione-attuazione a quella (o quelle), viepiù componendo il quadro complessivo della tutela. È ciò che – come si sa – si ha in presenza di decisioni-pilota della Corte europea e/o di pronunzie additive di principio della Corte costituzionale²⁷, alle quali facciano quindi seguito decisioni dei giudici comuni volte a darvi – come si diceva poc’anzi – *attuazione* (e non meramente *applicazione*).

In congiunture siffatte, si assiste – come si vede – ad una certezza del diritto e ad una certezza dei diritti che *si fa* per gradi discendenti, viepiù precisandosi e rendendosi efficace al servizio di bisogni particolarmente avvertiti in seno al corpo sociale.

È ovvio che le cose non vanno sempre così. Il “dialogo” intergiurisprudenziale è fatto anche di incomprensioni, fraintendimenti, aperti e più o meno gravi conflitti. Talora si hanno infatti cattivi “seguiti” o “non seguiti”, espressivi di vere e proprie ribellioni manifestate da alcuni giudici nei

²⁶ Nella ormai incontenibile lett., per un quadro di sintesi recentemente messo a punto, v. V. CASAMASSIMA, *I diritti fondamentali europei tra processi di positivizzazione normativa e ruolo dei giudici (e della politica). Riflessioni intorno ad alcuni recenti sviluppi in materia di rapporti tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia e giudici comuni*, in [Rivista AIC](#), 3/2019, 10 luglio 2019, 404 ss. V., inoltre, utilmente, S. MANGIAMELI, *La garanzia dei diritti fondamentali nell’ordinamento europeo e le funzioni nazionali*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2020, 10 febbraio 2020, 386 ss.

²⁷ Talvolta, queste ultime sono incoraggiate a formarsi proprio dalle prime, come ad es. si è avuto con riguardo al riconoscimento del diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche, dapprima negato dalla Consulta e di poi invece ammesso proprio dietro sollecitazione di una sensibile giurisprudenza europea.

riguardi di altri²⁸: come dire che la certezza del diritto (e dei diritti) garantita dalla decisione – diciamo così – “attuanda” è stata confutata da una diversa certezza ad opera della decisione “attuativa”.

L’ordinamento è, per vero, dotato di rimedi idonei a ripristinare la necessaria armonia interna al sistema. Non sempre, però, essi sono messi in atto e si dimostrano risolutivi²⁹; ad ogni buon conto, è chiaro che rimane pur sempre un disorientamento degli operatori e della pubblica opinione conseguente ai conflitti in parola.

Talvolta la dottrina ha in modo insistito fermato l’attenzione sui conflitti stessi (come, ad es., si è avuto al piano dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte dell’Unione europea con *Taricco*), esasperandone e drammatizzandone la portata. Non si trascurino tuttavia al riguardo due cose: che i casi di convergenza sono stati (e tendono costantemente ad essere) di gran lunga maggiori di quelli di divergenza³⁰, a riprova della bontà del metodo del “dialogo”, e che, pur laddove si abbiano scontri ed incomprensioni, non è mai mancato lo sforzo prodotto dalle Corti di ricercare un qualche accomodamento dei loro rapporti. Ciò che, ad ogni buon conto, importa è che proprio grazie al “dialogo” in parola il catalogo dei diritti si è col tempo, in rilevante misura, arricchito. Trovo perciò improduttivo l’appello fatto da pur accreditati studiosi dichiaratisi contrari alla integrazione o all’affinamento degli strumenti di cooperazione tra le Corti in atto esistenti, e segnatamente alla ricezione del prot. 16, da cui invece possono attendersi non pochi benefici³¹, specie – per l’aspetto ora interessante – per ciò che concerne la certezza dei diritti, dal “dialogo” in parola costantemente alimentata e ravvivata.

Il “dialogo” porta a volte a riconsiderare criticamente certezze dapprima ritenute incrollabili in vista – qui è il punto – di nuove e ancora più appaganti certezze. Merita al riguardo di essere qui pure rimarcato un punto sovente trascurato; ed è che uno degli effetti discendenti dalla cooperazione tra le Corti è proprio il possibile (e non di rado riscontrato) innalzamento del livello di garanzia dei diritti.

²⁸ Così, per fare solo i primi esempi che vengono in mente, con riferimento al (non) “seguito” dato dall’autorità remittente a [Corte cost. n. 10 del 2015](#) (in tema di *Robin tax*) o a [Corte cost. n. 170 del 2014](#) (quanto al matrimonio del transessuale che, a stare alla parte motiva della decisione *de qua*, avrebbe dovuto considerarsi subito sciolto e che invece è stato prolungato fino alla entrata in vigore della disciplina legislativa sulle unioni civili). Sulle “ribellioni” dei giudici, v., per tutti, G. BERGONZINI, *Corte costituzionale e giudici disobbedienti: patologia, fisiologia ed effettività del sistema di giustizia costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 2/2019, 3 giugno 2019, 383 ss.

²⁹ Ad es., il giudice costituzionale potrebbe sollevare davanti a se stesso un conflitto da menomazione avverso il comportamento ostruzionistico o deviante del giudice dell’esecuzione. Ad oggi, tuttavia, pur avendo ripetutamente dichiarato di essere pronta a farvi luogo, la Consulta si è trattenuta dall’azionare lo strumento suddetto, preferendo non inasprire il conflitto. Si tratta di una scelta che può essere variamente valutata sul piano della opportunità istituzionale, fermo restando che non si dava (e non si dà) alcun obbligo giuridico che si opponesse (e si opponga) alla sua messa in atto. L’acquiescenza dimostrata dal giudice delle leggi, ad ogni modo, forse non giova alla certezza del diritto costituzionale, potendo essere intesa – perlomeno in alcuni casi – come una sorta di autodelegittimazione del giudice stesso.

³⁰ Il vero è che fanno “notizia” soprattutto i conflitti ed è perciò su di essi che si puntano i riflettori dedicandovi la maggiore attenzione.

³¹ Contrario alla ricezione, part., M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l’autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU*, in [Sistema Penale](#), 27 novembre 2019; riserve manifestano anche F. VARI, *Sulla (eventuale) ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU*, in [Dirittifondamentali.it](#), 13 novembre 2019; nella stessa *Rivista*, M. ESPOSITO, *I d.d.l. di ratifica del Protocollo 16 della CEDU: un altro caso di revisione costituzionale per legge ordinaria?*, 2/2019, 30 dicembre 2019, e G. ZAMPETTI, *Ordinamento costituzionale e Protocollo n. 16 alla CEDU: un quadro problematico*, in [Federalismi.it](#), Focus Human Rights, 3/2020, 5 febbraio 2020, 157 ss.. A favore, invece, R. CONTI, *Chi ha paura del protocollo 16 – e perché?*, in [Sistema Penale](#), 27 dicembre 2019; v., inoltre, l’intervista a M. CASTELLANETA, A. DI STASI e A. TANCREDI, curata dallo stesso Conti, su *La CEDU e l’Accademia europeista-internazionalista*, in [Giustizia insieme](#), 23 gennaio 2020, e, pure *ivi*, l’intervista a P. BIAVATI, G. COSTANTINO ed E. D’ALESSANDRO su *La CEDU e i processualciviltisti*, 6 febbraio 2020. Cfr. E. SPATAFORA, *Il disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2020, 5 febbraio 2020, 369 ss. Infine, se si vuole, può vedersi anche il mio *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in [Diritti Comparati](#), 1/2020, 5 gennaio 2020.

Si pensi, ad es., all'eventuale superamento del giudicato (penale, civile ed amministrativo³²) conseguente all'adozione di una pronuncia della Corte di Strasburgo che abbia acclarato la violazione dei canoni relativi al giusto processo. A prima impressione, parrebbe che la certezza del diritto in senso oggettivo, in funzione della cui salvaguardia l'istituto del giudicato ha – com'è noto – la sua ragion d'essere, si trovi costretta a recedere davanti alla certezza dei diritti, e cioè alla effettività della loro tutela. Parrebbe, insomma, che si sia in presenza di un conflitto tra “certezze”, che porti al necessitato sacrificio della prima a fronte del bisogno indisponibile di assicurare l'appagamento della seconda.

Le cose, in realtà, non stanno così, per la elementare ragione che la certezza del diritto costituzionale in senso oggettivo ha senso se ed in quanto si converta ed interamente risolva nella certezza dei diritti, laddove – come si rammentava poc'anzi – è l'essenza stessa della Costituzione. Ove così non fosse, dunque, si smarrirebbe la ragion d'essere della Costituzione.

La questione si fa, poi, sommamente spinosa e persino inquietante con riguardo all'eventuale superamento del giudicato costituzionale. In altri luoghi mi sono chiesto se ciò possa aversi. La lettera di cui all'art. 137, ult. c., cost. parrebbe non lasciare scampo, col fatto stesso di fare della Corte – come suol dirsi – l'organo di “chiusura” del sistema, il solo dunque abilitato a somministrare “verità” inconfutabili di diritto costituzionale e sui diritti costituzionali.

Non nego che quello di cui al disposto della Carta appena richiamato sia un principio fondamentale dell'ordinamento o, come che sia, un canone “coperto” dai principi fondamentali nel loro fare “sistema”. E, tuttavia, *ogni* principio non si sottrae al suo eventuale “bilanciamento” con i principi restanti; e proprio in ciò essi hanno la loro cifra identificante e più genuinamente espressiva.

Un solo principio si sottrae, a mio modo di vedere, a quest'esito, se si conviene a riguardo della sua natura – si è detto altrove³³ – “supercostituzionale”, ed è quello della dignità della persona umana, l'“assoluto” costituzionale o la “bilancia” – secondo la felicissima immagine datane da un'autorevole dottrina³⁴ – su cui si dispongono gli altri beni costituzionali in vista della loro mutua ponderazione.

Qui è il *punctum crucis* della questione ora nuovamente discussa. Così stando le cose, laddove dovesse risultare provato che è possibile dare un ottimale ristoro alla dignità, dalla quale tutti i diritti fondamentali si tengono, sia pure col costo del superamento del giudicato costituzionale, come escludere di battere questa via conducente alla meta di un'ancora più appagante certezza dei diritti?

³² V., quanto alla materia penale, [Corte cost. n. 113 del 2011](#) e, in materia civile ed amministrativa, [Corte cost. n. 123 del 2017](#) (e succ.); v., inoltre, [n. 93 del 2018](#) e, per la giurisprudenza europea, Grande Camera, sent. 11 luglio 2017, *Moreira Ferreira c. Portogallo* (n. 2), ric. n. 19867/12, dove la Corte di Strasburgo rileva che la revisione del processo svoltosi in violazione della Convenzione non è da quest'ultima imposta, restando infatti riservata agli Stati la scelta del modo più adeguato a dare esecuzione alla pronuncia della Corte stessa [con riferimento alle sorti del giudicato penale, v., di recente, l'intervista a R.E. KOSTORIS e S. RUGGERI su *CEDU e processualpenalisti*, in [Giustizia insieme](#), 20 marzo 2020].

³³ A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.

³⁴ Il riferimento – come si sa – è a G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *AIC* (www.associazionedeicostituzionalisti.it), 14 marzo 2008. Di contro, giudicano la dignità essa pure soggetta a 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*, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss., del quale v. inoltre, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini (a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Giappichelli, Torino 2016, 1270 ss., e G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 1/2011, 45 ss., spec. 69 ss. Rilevano l'utilizzo incerto ed oscillante della dignità da parte della giurisprudenza costituzionale, R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 26 novembre 2019, e G. RAZZANO, *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all'inviolabilità della vita e chiama «terapia» l'aiuto al suicidio*, cit., 652 ss. Sugli slittamenti semantici del concetto nella giurisprudenza costituzionale, v., inoltre, part., E. MALFATTI, *Intorno alla dignità della persona umana, nel “vocabolario” più recente della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2017, 485 ss.

Certo, si tratta poi di stabilire le modalità con le quali porre in essere questa operazione, come pure di definire gli effetti conseguenti alla sua messa in atto. Di tutto ciò, com'è chiaro, non è questa la sede per approfondimenti che richiedono uno spazio ora non disponibile³⁵.

4. Notazioni conclusive, in attesa di ulteriori... certezze

Dalle notazioni fin qui svolte si hanno alcune indicazioni sulle quali giova in conclusione fermare l'attenzione, sia pure con la rapidità imposta a questo studio e in attesa di ulteriori svolgimenti che dovranno altrove aversi.

La prima (e più rilevante a finalità teorico-ricostruttiva, dalla quale ogni altra discende e dalla quale si tiene) è che una moderata incertezza del diritto positivo è, più ancora che *opportuna*, *necessaria* in vista dell'ottimale appagamento dei diritti e, per ciò stesso, dell'affermazione della Costituzione. Come si è venuti dicendo, infatti, non può aversi certezza dei diritti, sia pure entro i limiti consentiti dal contesto complessivo in cui se ne rivendica la salvaguardia³⁶, se non grazie ad una parziale incertezza. Quest'esito è particolarmente evidente con riferimento ai nuovi diritti, specie – come si diceva – a quelli scientificamente sensibili, la cui salvaguardia richiede una costante e fattiva cooperazione del legislatore e dei giudici, nonché di questi ultimi *inter se*, senza la quale la “lotta per i diritti” (e, per ciò pure, per la Costituzione) sarebbe persa in partenza.

La seconda è che la tipizzazione dei ruoli istituzionali è condizione della tenuta della Costituzione e di garanzia per i diritti; e, tuttavia, essa non può più aversi nelle forme e nella misura di un tempo, non può cioè aversi in modo drastico. Non a caso – come si è veduto – gli stessi giudici sono naturalmente sollecitati dal carattere circoscritto e duttile degli atti legislativi a rendersi partecipi dei processi di normazione, in ispecie a produrre le regole richieste dai casi, in svolgimento dei principi fissati dagli atti stessi, facendo pertanto luogo ad un'attività che è in sé e per sé normativa, malgrado le regole stesse esprimano effetti circoscritti ai casi³⁷.

La terza è che la Costituzione, per un verso, è chiamata a distendersi viepiù nel campo materiale suo proprio, magari giovandosi – la speranza è questa – del prolungamento apprestato dalle leggi approvate con le procedure di cui all'art. 138 in vista del riconoscimento dei nuovi diritti e, per un altro verso, a contrarsi in occasione delle singole vicende processuali a fronte di altre Carte dei diritti

³⁵ Così, ad es., dubito molto che, una volta ammesso il superamento del giudicato in parola, possa aversi un rifacimento del processo costituzionale già portato a termine e, con esso, l'eventuale “reviviscenza” di legge già caducata dalla Corte, a motivo del carattere istantaneo dell'effetto ablativo. Potrebbe, però, ammettersi la riproduzione con legge della norma dapprima annullata e, nel caso che la norma riproduttiva dovesse essere impugnata davanti alla Consulta, potrebbe aversene il rigetto della questione che l'abbia ad oggetto, malgrado la violazione del giudicato usualmente, in circostanze siffatte, riconosciuta dallo stesso giudice costituzionale. Ovviamente, è pure da mettere in conto che avverso la pronuncia della Corte europea che suoni oggettiva contestazione del verdetto dapprima emesso dal giudice delle leggi, quest'ultimo si determini ad azionare i “controlimiti”. Ogni evenienza è, insomma, da mettere in conto. Ciò che però non mi sento in partenza di escludere è che la stessa Corte costituzionale possa riconoscere che la decisione della Corte europea offra ai diritti una tutela ancora più efficace di quella loro data a mezzo della caducazione della legge incostituzionale.

³⁶ Non si trascurino, in particolare, le numerose e viepiù ingravescenti emergenze (da quella ambientale a quella terroristica, da quella migratoria a quella economica nella sua più larga accezione, infine a quella, travolgente ed inquietante, sanitaria) che, più o meno pesantemente, incidono sulla “misura” della tutela. La giurisprudenza, dal suo canto, rende ripetute ed eloquenti testimonianze del condizionamento esercitato dalle emergenze stesse al riguardo.

³⁷ Per il modello qui nuovamente patrocinato – come si vede – si vorrebbe non già l'affermazione di uno Stato “giurisdizionale” – per riprendere una sua qualifica d'uso corrente e tuttavia impropria – o un'impossibile restaurazione del vecchio Stato “legislativo” di ottocentesca memoria bensì l'impianto di uno Stato “legislativo e giurisdizionale” assieme, connotato da leggi “forti”, proprio perché contenute quanto all'articolato che ne fa la struttura e atte a dar voce ai valori fondamentali dell'ordinamento, e da sentenze parimenti “forti”, in quanto chiamate a svolgere ed integrare i disposti delle prime. Purtroppo, questo modello – come qui pure si viene dicendo – tarda ad affermarsi a motivo dei ritardi e delle complessive carenze del legislatore, nonché delle deviazioni di cui si ha alle volte riscontro nelle pratiche della giurisdizione dal modello per esse stabilito. Ciò non toglie che occorra produrre ogni sforzo in vista dell'affermazione del modello stesso, perlomeno nella massima misura consentita dai tempi.

che si dimostrino in concreto idonee ad innalzare il livello dei diritti o, meglio, a rendersi disponibile a farsi rigenerare semanticamente senza sosta, caso per caso, alla luce delle suggestioni venute dalle Carte suddette, allo stesso tempo in cui anche queste ultime, per la loro parte, attingono dalla Costituzione utili indicazioni per il loro incessante aggiornamento³⁸.

Il vero, poi, è che la disponibilità in parola da parte della Costituzione e delle altre Carte risulta agevolata ad esprimersi ed a farsi valere dalla naturale elasticità del linguaggio che le connota; ciò che, invece, fa difetto alle volte è la disponibilità delle Corti ad ammettere che una Carta diversa da quella di cui ciascuna di esse è istituzionalmente garante possa offrire una tutela ancora più avanzata. Manca (o, diciamo meglio, non sempre si ha) la consapevolezza che la partita si apre ogni volta ad ogni suo possibile esito e che, pur laddove dovesse riconoscersi che *ab extra* vengono indicazioni conducenti all'innalzamento della tutela, ciò non determina *mai* una sconfitta per l'ordinamento di appartenenza e la Carta che ne è a fondamento ma, all'inverso, la sua compiuta affermazione, ogni Carta naturalmente tendendo alla propria ottimale implementazione nell'esperienza, alle condizioni oggettive di contesto.

La quarta è che il “metapprincipio” della ricerca della massima tutela possibile attraverso il “dialogo” tra le Corti è la risorsa più efficace di cui si dispone nel presente contesto segnato da un'avanzata integrazione sovranazionale e da vincoli viepiù penetranti venuti dalla Comunità internazionale al fine di dar modo alla Costituzione e ad ogni altro documento “tipicamente costituzionale” – per riprendere la qualifica che se ne ha in [Corte cost. n. 269 del 2017](#) – di potersi affermare *magis ut valeant*³⁹.

³⁸ Si pensi, ad es., al rilievo posseduto dalle tradizioni costituzionali comuni nelle pratiche di giustizia che si hanno in ambito europolitano, rilevato dalla più sensibile dottrina [v., part., tra gli altri, 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 *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.; 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; N. LAZZERINI, *sub art. 52*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Giuffrè, Milano 2017, 1073 ss.; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in [Rivista AIC](#), 3/2017, 16 luglio 2017, 4 ss., nonché i contributi di S. CASSESE, M. GRAZIADEI - R. DE CARIA, M.E. COMBA e O. PORCHIA che sono in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2017; G. COMAZZETTO, [Luci e ombre del dialogo tra Corti: la “saga Taricco” tra revirements e questioni irrisolte](#), in questa [Rivista, Studi 2018/II](#), 347 ss.; G. DI FEDERICO, *La “saga Taricco”: il funzionalismo alla prova dei controllimiti (e viceversa)*, in [Federalismi.it](#), 11/2018, 23 maggio 2018; P. DE PASQUALE, *Rapporti tra le fonti di diritto dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec., maggio 2019, 200 ss.; S. NINATTI, *Dalle tradizioni costituzionali comuni all'identità costituzionale il passo è breve? Riflessioni introduttive*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 31/2018, 11 novembre 2019, 102 ss.; M. FICHERA - O. POLLICINO, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law Journal*, 20(8), 2 dicembre 2019, 1097 ss.; V. RUBINO, *La tutela interordinamentale dei diritti fondamentali dopo la sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale italiana: quali ricadute nello spazio economico e giuridico europeo?*, in *Dir. com. sc. internaz.*, 1-2/2019, 123 ss., spec. 134 ss.].

Tra le stesse Corti europee, poi, si intrattengono – come si sa – fecondi scambi di suggestioni ed indicazioni nell'uno e nell'altro verso, essi pure governati – secondo modello (e, in specie, alla luce di quanto dispone l'art. 53 della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo) – dal canone fondamentale della massimizzazione della tutela, del quale si dirà meglio a momenti.

³⁹ Sul canone fondamentale in parola una nutrita schiera di studiosi ha, specie di recente, fermato, con varietà di svolgimenti teorico-ricostruttivi, l'attenzione. Un vivace scambio di vedute si è, in particolare, avuto tra R. BIN e me nel corso di una intervista su *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in [Giustizia insieme](#), 10 aprile 2019: il primo, in particolare, ha manifestato un avviso contrario a riconoscere la stessa astratta configurabilità del canone stesso, da me invece posto a base delle relazioni interordinamentali nelle loro più salienti vicende; di R. BIN, v., inoltre, *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1/2019, 11 ss., spec. 21 ss., e, ora, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni*

La quinta (ed ultima) è che, al fine di dar modo al “dialogo” stesso di potersi svolgere nel modo più efficace e fecondo e pervenire alla meta della sua compiuta maturazione, la migliore risorsa di cui si dispone è data dalla comparazione, quale strumento – qui è il punto bisognoso di essere particolarmente rimarcato – non soltanto per la conoscenza dell’altro ma, più e prima ancora, per quella di se stesso, della propria identità costituzionale⁴⁰. E ciò, per la elementare ragione, sulla quale si è in altri luoghi insistito, che gli ordinamenti, pur non essendo *pleno iure* integrati, non sono ormai più in tutto separati o, peggio, contrapposti, a mo’ di eserciti schierati in campo e pronti a farsi una guerra senza risparmio di colpi. Sono, dunque, in via di *tendenziale integrazione*; e il principio fondamentale che fa da cerniera è proprio quello dell’apertura interordinamentale in funzione della ottimale salvaguardia dei diritti costituzionali, della loro certezza appunto.

Dare ingresso a norme, pronunzie dei giudici e quant’altro serva la causa dei diritti e provenga *ab extra* non è una sorta di *optional* di cui l’operatore di turno liberamente decida di dotarsi e di avvalersi nell’esercizio del *munus* conferitogli; è, piuttosto, un *dovere*, costituzionalmente prescritto da un principio fondamentale dell’ordinamento al quale l’operatore stesso appartiene⁴¹. Diciamo pure che è una porta che si apre per dare il benvenuto a chi offra ristoro ai più avvertiti bisogni dell’uomo e che invece si chiude laddove se ne avrebbe un abbassamento della tutela. Spetta poi, come sempre, alla sensibilità ed alla responsabilità di chi aziona la maniglia dell’uscio stabilire in quale verso convenga muoverlo, sì da aversene le maggiori e più produttive certezze a beneficio dei diritti.

in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone, in Quad. cost., 4/2019, 757 ss., spec. 764 e nt. 15, ai cui rilievi mi sono sforzato di replicare in più luoghi (tra i quali, di recente, il mio Protocollo 16 e identità costituzionale, cit.).

⁴⁰ Per maggiori ragguagli sul punto, v., nuovamente, il mio *Protocollo 16 e identità costituzionale*, cit.

⁴¹ Se ci si pensa, in ultima istanza è qui in gioco il dovere di fedeltà alla Repubblica (su cui, per tutti, A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013), per effetto dell’azione sinergica risultante dall’art. 54 e dagli artt. 10 e 11, nel loro porsi al servizio degli artt. 2 e 3, vale a dire di quella che a me piace chiamare la *coppia assiologica fondamentale* dell’ordinamento, composta dai valori transepocali e tendenzialmente universali di libertà ed eguaglianza.