

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.

* 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. *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 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.

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.

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.

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. *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*

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.

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

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 pronunzia 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*).

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, 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 pronuncia della Corte di Lussemburgo o della Corte di Strasburgo rispetto ad esso anteriore ovvero avvalorato da successiva pronuncia 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

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.).

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.

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 giurisprudenza costituzionale ammette – come si vedrà meglio a momenti – la possibilità che gli indirizzi interpretativi invalsi 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.

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 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, 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

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, riguardato 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.

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

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. 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., 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 “eurounitarie”) 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, 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.

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 pronuncia sopra richiamata, la Corte costituzionale, rifacendosi ad un’indicazione già molte volte data (ad es., in [sent. n. 236 del 2011](#)¹⁹), rammenta che la giurisprudenza EDU, per sua stessa ammissione, non richiede di essere accolta per filo e per

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 pronuncia, [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.

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

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.

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 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 devesi 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.

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 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.rivistaaic.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 pronunzia 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.).

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 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.

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 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).

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*

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

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.

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 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

³⁰ Su ciò, ragguagli in A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁴, Torino 2009, 86 ss.

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.

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"*

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.

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. 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. Fa ora il punto sulla questione A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo*, cit., 26 ss.).

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"*. *Genesis, 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. SCARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo*

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 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.

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.).

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*

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.

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.

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.

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 specie 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*

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, 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.

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

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 cinquantesimo anniversario*, 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](#) (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 qui 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!

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.

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.

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 significativo) 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).

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.

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 con la Convenzione possono ugualmente trovare

Cassetti, 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).

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”

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 dichiari 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).

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 secondo cui i precedenti giurisdizionali sarebbero *sempre*, strutturalmente, incapaci di produrre alcun vincolo per l'esercizio ulteriore della giurisdizione⁵⁴. Una pronuncia 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

⁵³ A riguardo del modo con cui si fa utilizzo della “logica” sistematica 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.

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](#).

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.

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

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.

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 i

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, depono 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 omnicomprensivi 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.

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 vari 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.