

Antonio Ruggeri

**Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali:
notazioni introduttive***

SOMMARIO: 1. Un chiarimento preliminare del titolo, a riguardo della concatenazione non casuale che si instaura fra i tre “frammenti” che lo compongono. – 2. Il senso e il metodo di una ricerca *in progress*, orientata a cogliere, specie avvalendosi dello strumento della comparazione, la misura dell’influenza culturale che le Corti si esercitano a vicenda, a beneficio dei diritti fondamentali. – 3. La tipizzazione dei ruoli (segnatamente, dei decisori politici e dei garanti) quale condizione necessaria, ancorché non sufficiente, per la ottimale tutela dei diritti e della Costituzione. – 4. Il carattere “processuale” delle pubbliche funzioni (in specie, l’avvento di una “*giurisdizione per risultati*”). – 5. Rifacimento dei dati normativi (e, in particolare, degli enunciati costituzionali) e rinnovamento della giurisprudenza, attraverso il “dialogo” tra le Corti, a garanzia dei diritti.

1. Un chiarimento preliminare del titolo, a riguardo della concatenazione non casuale che si instaura fra i tre “frammenti” che lo compongono

Un chiarimento preliminare sul titolo dato alla riflessione che ci si accinge ora a svolgere, con riguardo alla concatenazione non casuale che si dà fra i tre frammenti di cui esso si compone.

Crisi dello Stato nazionale – tengo subito a chiarire, riservandomi di argomentare meglio la tesi più avanti – non equivale a *crisi dello Stato*, ma solo di un suo certo modo di essere, di un “modello” cioè affermatosi in tempi ormai risalenti, che il convulso mutamento di contesto (specie internazionale) mostra essere ormai lontani anni luce dalla realtà in cui siamo immersi: un “modello” dunque oggi improponibile. Dire però che possiamo fare a meno dello Stato o che se ne potrà fare a meno, prevedibilmente, a breve sarebbe, a mia opinione, profondamente sbagliato¹: una vera e propria distorsione ottica, frutto di un cattivo inquadramento dell’oggetto ritratto. Di contro, numerose e convergenti esperienze rendono testimonianza del fatto che le relazioni in ambito internazionale e sovranazionale hanno pur sempre bisogno dell’opera degli Stati per potersi perfezionare e conseguire gli effetti per il tramite del loro svolgimento avuti di mira. Un’opera – si faccia caso – non mera-

* ... alle Giornate di studio dall’omonimo titolo, Messina 21-22 novembre 2014.

¹ Da un angolo visuale assai distante da quello qui adottato e per finalità ricostruttive parimenti diverse, anche altri studiosi (e, tra questi, di recente, M. BARBERIS, *Il custode delle fonti. Lo Stato dopo lo Stato e la sua legalità*, in *Lo Stato*, 2/2014, 11 ss.) hanno, con varî svolgimenti, messo in evidenza il perdurante e rilevante ruolo esercitato dagli Stati. Con specifico riguardo al piano delle relazioni con l’Unione europea, è possibile farsene un’idea meno approssimativa di quella qui, per necessità, rappresentata consultando, se si vuole, P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*⁴, Giappichelli, Torino 2014.

mente esecutiva di volontà preconfezionate ma che, all'inverso, lascia margini, ora più ed ora meno, consistenti in sede di *attuazione* delle volontà stesse². Se pure, poi, l'“autonomia” dello Stato – termine che qui, evidentemente, adopero in senso largo ed improprio³ – dovesse considerarsi, sotto taluni aspetti, fortemente compressa e, in relazione a certe esperienze, praticamente azzerata, per esperienze diverse ciò di sicuro non si ha, confermandosi piuttosto il ruolo attivo dello Stato: a dimostrazione – come si vede – di quanto complessa (e, se si vuole, contraddittoria) sia una realtà che appare essere bisognosa di attenta considerazione e di non agevole spiegazione.

Proprio dall'angolo visuale qui prescelto, che ha riguardo al ruolo giocato dalle Corti sovranazionali e nazionali a tutela dei diritti fondamentali⁴, si ha tangibile conferma di quanto si viene ora dicendo, in sede di notazioni introduttive, e si avrà modo di precisare meglio più avanti, vale a dire che le Corti sono chiamate ad un continuo confronto, ad un “dialogo” – come si suole chiamarlo –, in vista dell'ottimale appagamento, alle condizioni oggettive di contesto, dei bisogni elementari dell'uomo: bisogni – non è inopportuno precisare – viepiù intensamente e, talora, drammaticamente avvertiti, specie nel tempo presente, nel quale le minacce per i diritti si fanno sempre più insidiose, anche per effetto dello sviluppo scientifico e tecnologico (che pure offre strumenti ancora fino a pochi anni addietro impensabili per la piena realizzazione della personalità dell'uomo), nel mentre una crisi economica devastante mette in ginocchio individui e gruppi sociali, disperdendo aspettative largamente diffuse ed obbligando a ripensare *ab ovo* ad un certo modo di vivere in comunità, di concepire la comunità stessa.

Sta di fatto – ed è questa la ragione del secondo tassello del quadro che si va delineando nei suoi contorni essenziali – che il “dialogo” intergiurisprudenziale, pur con tutti i suoi limiti ed anche con la non rimossa ambiguità che lo circonda ed avvolge, appare essere uno strumento assolutamente necessario, ancorché da solo insufficiente, al fine di dare almeno in parte appagamento ai bisogni suddetti.

² Tengo qui a marcare la differenza che si dà tra la mera *esecuzione* e la più consistente *attuazione*, la quale ultima si concreta a mezzo di atti espressivi di un (ora più ed ora meno e, tuttavia, pur sempre) significativo margine di apprezzamento discrezionale di cui viene a godere il soggetto agente.

³ Mi tengo in questa sede volutamente alla larga dall'affrontare la spinosa, complessa questione circa la possibilità di seguitare ad appuntare in capo allo Stato l'attributo della sovranità, perlomeno nella sua tradizionale accezione. Mi limito solo ad enunciare, senza addurre alcun argomento a suo sostegno, la tesi nella quale da tempo mi riconosco, secondo cui – se si vuole – il termine può ancora oggi essere adoperato, a condizione però che sia caricato di valenze complessivamente irriducibili ai suoi antichi schemi teorici di qualificazione. Il quadro, peraltro, appare essere assai fluido e gravato da non poche, pesanti ipoteche di vario genere, tenendo conto delle quali potrebbe ritenersi che si sia oggi in presenza di una *sovranità condivisa* tra gli Stati ed altri enti, specie sovranazionali (e, tra questi, com'è ovvio, particolarmente l'Unione europea): una “condivisione”, peraltro, che muta da materia a materia, nonché, per uno stesso ambito materiale, nel tempo, per effetto di spinte e contropinte di varia provenienza ed intensità, in un quadro caratterizzato da continue e vistose oscillazioni degli elementi che lo compongono. Di modo che solo a seguito di un'analisi accurata, estesa a molti ambiti materiali, si può tentare di fare il punto sul suo modo di essere.

⁴ Avverto che, al fine di non appesantire il discorso, d'ora innanzi ogni volta che tratterò dei diritti ometterò il riferimento alla qualifica di “fondamentali”, che considero sottintesa.

Poi, si tratta, ovviamente, di stabilire – ed è questa la ragion d'essere della ricerca i cui primi risultati ora si presentano – *quale* “dialogo” possa offrire i suoi migliori servizi ai diritti e *quale* tutela possa per il suo tramite venire a questi ultimi (il terzo “frammento” evocato dal titolo). “Dialogo” e tutela non sono infatti dei “contenitori” vuoti che ciascuno può riempire a piacimento; tutt'al'inverso, va fatta chiarezza su cosa essi *possano* (e *debbano*) essere, partendo, innanzi tutto, dai “modelli”, per come risultano delineati alla luce delle indicazioni offerte dalla Carta costituzionale per un verso, dalle Carte sovranazionali per un altro.

I “modelli” sono – come si sa – punto obbligato di riferimento delle analisi dei giuristi che ad essi sono soliti riportare l'esperienza, in tutte le sue manifestazioni (in ispecie, per quanto si dirà subito appresso, quale esperienza normativa e, più ancora, giurisprudenziale), al fine di vagliarne la conformità (o, diciamo meglio, la *misura* della conformità). I “modelli” tuttavia – è ormai provato – non possono fare a meno di attingere dall'esperienza, specie dalle sue più marcate ed espressive indicazioni, i materiali necessari alla loro conformazione ed all'incessante rinnovamento. Gli uni e l'altra, insomma, si dispongono in circolo, stanno cioè in un rapporto di mutua, mai interrotta, alimentazione, dandosi senso e sostegno a vicenda. Si tratta, poi, di vedere come si selezionano i materiali suddetti e come essi entrano a comporre il “modello”, a farsi modello.

Di qui, il taglio prescelto per la ricerca, che punta specificamente a mettere in primo piano ed a fuoco l'esperienza, in alcune delle sue più espressive manifestazioni, interrogandosi circa il loro significato complessivo e l'idoneità a stare entro la cornice positiva, concorrendo per la loro parte a dipingere un quadro che nondimeno – avverto da subito – ha al proprio interno linee di diversa fattura e conformazione, alle volte maggiormente marcate e chiaramente fissate, altre invece ancora opache ed incerte.

2. Il senso e il metodo di una ricerca in progress, orientata a cogliere, specie avvalendosi dello strumento della comparazione, la misura dell'influenza culturale che le Corti si esercitano a vicenda, a beneficio dei diritti fondamentali

Come si sarà capito già dalle prime notazioni fin qui svolte, la ricerca che ora si presenta appare molto ambiziosa; e, tuttavia, essa vorrebbe esserlo ancora di più, costituendo quella di oggi solo la prima parte di un progetto più ampio che ha di mira di spingersi in territori nei quali oggi non mette piede. I rapporti tra gli ordinamenti o sistemi di norme⁵ sono, infatti, qui visti unicamente da un an-

⁵ La duplice dizione si deve alla circostanza per cui, ad opinione del nostro giudice costituzionale, la CEDU non comporrrebbe un “ordinamento” in senso proprio (in accezione istituzionale, dunque), quale invece è quello dell'Unione,

golo visuale giudicato particolarmente illuminante e promettente interessanti esiti ricostruttivi, quello del ruolo giocato dai giudici, nazionali e non, a tutela dei diritti. Rimangono, dunque, fuori dell'orizzonte teorico oggi avuto di mira altri angoli visuali di non minore rilievo: ad es., quello che fa riferimento al ruolo giocato dalle amministrazioni (o dagli stessi privati, specie se organizzati) al servizio dei diritti. Si tratta di un versante che dovrà essere – si spera tra non molto – battuto⁶, altrimenti i risultati conseguiti si presenteranno comunque parziali e complessivamente inattendibili. Basti solo pensare, per avvedersene, alla circostanza per cui l'appello al giudice, quale che sia il livello istituzionale al quale opera, è fatto da coloro che si ritengono lesi o menomati da atti dei pubblici poteri o di privati. Questa è, tuttavia, solo la punta emergente di una montagna sommersa che, al pari di un *iceberg*, costituisce proprio la parte più consistente rispetto a quella che viene alla luce; e la punta da sé sola non dà certo l'idea di com'è fatta l'intera montagna se non in modo largamente approssimativo. Chi, dunque, si interroghi sul complessivo stato di salute dei diritti non può di certo fermarsi unicamente alle esperienze presuntivamente patologiche; ha anche da guardare al fisiologico svolgimento della vita dell'ordinamento. Solo che quest'ultimo si sottrae naturalmente alla vista e, laddove appunto non conosciuto, non consente di cogliere in tutto il suo spessore il fenomeno oggetto di studio. Così, d'altronde, vanno le cose per ogni ambito materiale di esperienza e per ogni esperienza data: se guardiamo agli omicidi, ai furti o ai reati in genere, cogliamo solo uno "spaccato" di vita in comunità ma di certo non apprezziamo il modo complessivo di essere del tessuto sociale, specie appunto nelle sue parti "sane".

Tutto ciò posto, è innegabile che la prospettiva prescelta appaia essere di estremo interesse, davvero illuminante. Non a caso, d'altronde, il ruolo giocato dai giudici a tutela dei diritti ha attirato (e seguita senza sosta ad attirare) l'attenzione di un numero di studiosi che cresce in modo esponenziale ogni giorno che passa, al punto di dimostrarsi incontenibile, praticamente impossibile, un esaustiva menzione degli scritti sul tema. Il terreno sul quale i giudici svolgono il loro quotidiano, operoso impegno al servizio dei diritti è, infatti, come si sa, proprio quello in cui il *diritto vigente* ha modo di convertirsi in *vivente*, ferma restando l'avvertenza che quest'ultimo, per quanto si è appena nota-

bensì appunto un mero "*sistema*" di norme, si da non potersi a quella estendere la "copertura" dell'art. 11 cost. né per essa far valere il meccanismo dell'applicazione diretta, come si sa invece valevole per le norme eurounitarie (sempre che, naturalmente, ne abbiano la strutturale idoneità). Un ragionamento, questo, invero alquanto singolare, se si conviene che altro è l'attitudine di un ordinamento (o, se si vuole, di un "sistema" di norme) a servire la causa della pace e della giustizia fra le Nazioni ed altra cosa il fatto che le norme appartenenti a tale ordinamento (o "sistema") debbano, o no, essere portate subito ad applicazione. Una soluzione, questa, che – come mi sono sforzato di argomentare in altri luoghi – non discende dall'art. 11 (che nulla dice, in un senso o nell'altro, al riguardo), bensì *direttamente ed esclusivamente* dallo stesso ordine sovranazionale, risultando prescritta dai trattati dell'Unione. Se, dunque, possa ovvero debba valere anche alla luce di altri trattati è questione che la Carta lascia impregiudicata.

Come che sia di ciò, avverto che in questo studio, così come ho già fatto in altri precedenti, quando discorro di relazioni "interordinamentali" intendo riferirmi anche a quelli riguardanti il sistema convenzionale.

⁶ ... malgrado le evidenti difficoltà cui va incontro un'indagine siffatta il cui materiale oggetto di studio appare di problematico reperimento, a meno che non si faccia luogo in partenza ad una sua stringente selezione, col difetto però della lacunosità degli esiti ricostruttivi in tal modo raggiunti.

to, non si esaurisce – come invece da parte di molti si pensa – nel solo diritto giurisprudenziale, che pure ne costituisce una espressione di non poco significato.

Riprendendo e svolgendo un cenno inizialmente fatto, dico subito qual è il taglio metodico posto a base della ricerca che ora si presenta: un taglio prettamente *culturale*, che lascia volutamente in ombra alcuni profili sui quali pure molti studi in circolazione appuntano specificamente l'attenzione. Qui, infatti, più che guardare alle *fonti*, si guarda alle *norme*, alle *norme viventi*. Non ci si chiede, dunque, in quale relazione stanno le Carte dei diritti, se tra di esse si dia gerarchia e, se sì, in che misura: ad es., se l'una Carta debba rispettare i soli principi fondamentali della Carta costituzionale ovvero quest'ultima in ogni sua norma, secondo quanto – come si sa – è solito ripetere il nostro giudice costituzionale ragionando dei rapporti, rispettivamente, della Carta di Nizza-Strasburgo (e del diritto eurounitario in genere) con la Carta costituzionale e di quelli che con quest'ultima intrattiene la CEDU (al pari di ogni altra Carta).

Qui importa piuttosto cercare di stabilire qual è stato (ed è) il peso effettivo giocato dalla giurisprudenza di questo o quell'ordinamento in ordine alla tutela dei diritti, avuto specifico riguardo all'influenza che l'una ha mostrato di saper esercitare sull'altra o sulle altre.

L'idea di partenza, che credo di poter dire essere ampiamente verificata, è che l'influenza stessa vi sia stata ed anzi vada aumentando sempre di più, a conferma del fatto che l'immagine maggiormente appropriata a rappresentare il modo complessivo di essere delle relazioni tra le “norme viventi” volte a dare tutela ai diritti è quello di un circolo che, allo stesso tempo, va sempre di più rimarcandosi ed allargandosi, non dunque quella della piramide o dei campi recintati ed invalicabili da una parte e dall'altra, congeniali rispettivamente allo schema gerarchico ed a quello della separazione delle competenze.

Certo, possiamo poi discutere se l'influenza stessa risulti essere maggiore nell'uno ovvero nell'altro verso, in quello ascendente o nell'altro discendente. Un interrogativo che, per arduo che sia il tentativo di darvi una documentata risposta, è di estremo interesse ed anche non poco impegnativo. E, tuttavia, ove si faccia caso non già alla quantità bensì alla qualità, ciò che importa è che quella del cerchio si conferma appunto essere la più fedele descrizione di uno stato di cose che appare nondimeno essere in movimento, in alcuni dei suoi tratti anche particolarmente qualificanti appannato e confuso, ad oggi insomma in attesa di una chiarificazione interna che tarda a venire né può dirsi se e quando potrà finalmente, in apprezzabile misura, aversi.

Muovendo dall'assunto che le Carte si dispongono tutte su un terreno comune e che ciascuna tende alla propria affermazione, avvalendosi delle Corti preposte a darvi voce e garanzia, si tratta perciò di verificare quali siano i percorsi in concreto compiuti dal “dialogo” che tra le Corti stesse,

ormai pressoché quotidianamente, s'intrattiene e svolge, quali le sue più salienti espressioni, quale il servizio venutone ai diritti.

Da questa prospettiva non minore utilità rispetto alle indagini di carattere generale e di sintesi presentano quelle particolari, che si situano su specifici campi materiali⁷ volgendosi alla descrizione di forme e limiti del “dialogo” in parola. Sempre dalla medesima prospettiva di non poco interesse è verificare non soltanto convergenze e divergenze di orientamenti tra le Corti europee e i giudici nazionali (comuni e costituzionale) ma anche tra questi ultimi quali appartenenti a Paesi diversi.

Alla comparazione è, infatti, oggi da assegnare un rilievo di gran lunga maggiore di quello, pure non secondario, tradizionalmente ad essa riconosciuto⁸. In un contesto, quale quello presente, segnato da un'integrazione sovranazionale avanzata e dall'infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale, gli Stati faticano non poco nel ricercare le soluzioni maggiormente idonee alla salvaguardia della loro identità nazionale, allo stesso tempo in cui l'identità europea va prendendo sempre più forma, radicandosi nell'ambito suo proprio e proponendosi quale il marchio qualificante di un'Europa che ambisce a ricostruire e preservare l'unità sovranazionale dotandosi di un patrimonio di diritti suoi propri⁹.

Ex pluribus una stabilisce un noto motto, che nondimeno designa ancora un obiettivo o una tendenza, non già un risultato acquisito e consolidato. E la verifica sia del primo (la pluralità) che del

⁷ Tra i più promettenti interessanti esiti ricostruttivi sono quello della famiglia, del lavoro, delle autonomie (specie regionali), del processo, dell'ambiente, della bioetica (nella sua più larga accezione, che poi porta a coprire “porzioni” anche dei campi sopra indicati e di altri ancora), e via dicendo.

⁸ La dottrina, specie appunto quella in tema di diritti fondamentali, mostra di esserne del tutto consapevole, per quanto tardino ancora a venire alla luce studi adeguati in relazione a taluni campi materiali meritevoli di ulteriore attenzione. Tra i molti altri e di recente, AA.VV., *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, a cura di G. Martinico - O. Pollicino, Groningen, 2010; G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell'interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli 2011; AA.VV., *Human Rights Protection in the European Legal Order: the Interaction between the European and the National Courts*, a cura di P. Popelier - C. Van De Heyning - P. Van Nuffel, Intersentia, Cambridge, 2011; G. MARTINICO - O. POLLICINO, *The Interaction between Europe's Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Elgar, Cheltenham (Gran Bretagna) - Northampton (Stati Uniti d'America) 2012; A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Jovene, Napoli 2012; AA.VV., *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, a cura di L. Casseti, Jovene, Napoli 2012 e, da ultimo, AA.VV., *Diritti e giurisprudenza. La Corte interamericana dei diritti umani e la Corte europea di Strasburgo. Derechos y jurisprudencia. La Corte interamericana y el Tribunal europeo de derechos humanos*, a cura di L. Casseti - A. Di Stasi - C. Landa Arroyo, Jovene, Napoli 2014; F. FABBRINI, *Fundamental Rights in Europe. Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford 2014; M. CARDUCCI - V. DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Teoria tridimensional das integrações supranacionais. Uma análise comparativa dos sistemas e modelos de integração da Europa e América Latina*, Forense, Rio de Janeiro 2014.

⁹ Il tema ha animato un fitto dibattito e non cessa di attrarre l'attenzione di sensibili studiosi: in aggiunta alle indicazioni che possono trarsi dagli autori sopra cit., v., tra gli altri (e con specifico riferimento al significato della clausola di cui all'art. 4 TUE), S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1/2012, 263 ss. e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013, spec. 190 ss.; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'uropeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; M. STARITA, *L'identità costituzionale nel diritto dell'Unione europea: un nuovo concetto giuridico?*, in AA.VV., *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, Il Mulino, Bologna 2012, 139 ss.

secondo (l'unità) dei segmenti che compongono la formula suddetta non può, di tutta evidenza, aversi se non ricorrendo al confronto, esteso a tutti i diritti ed a tutti gli ambiti materiali di esperienza. Una verifica, ovviamente, impossibile a farsi in modo (non dico compiuto ma quanto meno) organico, richiedendosi tempi, spazi e, soprattutto, risorse umane di cui ora non si dispone. Già, però, la selezione di alcuni diritti in relazione a taluni campi, come pure di taluni ordinamenti ai quali circoscrivere il confronto (individuati tra quelli verso i quali le Corti europee maggiormente si volgono, in sede di ricognizione delle "tradizioni costituzionali" meritevoli di considerazione), può rendere un'idea non troppo approssimativa di come stiano realmente le cose. Non è, insomma, di certo casuale se, per certi ambiti materiali, alcuni orientamenti giurisprudenziali si affermano negli ordinamenti nazionali con sostanziale comunanza di tratti essenziali o, all'opposto, in modi significativamente diversi. Nell'un caso, è il segno non tanto di un "dialogo" intergiurisprudenziale andato a buon fine, quanto (e ancora più a fondo) del fatto che certi modi di pensare sono ormai entrati in circolo nel corpo sociale e si sono trasmessi da un posto all'altro contagiando beneficamente altri corpi sociali e rendendo così testimonianza di una cultura tendenzialmente comune (o, come che sia, largamente diffusa) in fatto di riconoscimento e di tutela di alcuni diritti. Nell'altro caso, si ha invece la conferma che, malgrado la condivisione da parte degli ordinamenti del patrimonio storico-positivo proprio delle liberaldemocrazie, marcate tuttavia restano le divergenze d'indirizzo.

L'esperienza – credo di poter dire – avvalora sia l'una che l'altra evenienza. Mi pare, nondimeno, meritevole di speciale attenzione la circostanza per cui le Corti europee (in ispecie, quella di Strasburgo) su questioni spinose e coinvolgenti, di natura etico-sociale¹⁰, manifestino notevole cautela, nella consapevolezza delle divisioni e dei veri e propri conflitti esistenti nel tessuto sociale dei Paesi europei (e non solo europei), sì da dar modo alle specifiche tendenze che in essi vanno delineandosi di ricercare le forme della propria affermazione senza soggiacere a vincoli stringenti da parte delle norme sovranazionali (specie nel loro farsi "diritto vivente"). Allo stesso tempo, la giurisprudenza europea si fa cura di piantare nei territori nazionali taluni semi che, opportunamente coltivati, possono agevolare il pur graduale e non di rado sofferto mutamento rispetto alla cultura tradizionale, la pur moderata e tuttavia non insignificante convergenza di tradizioni costituzionali ad ogni buon conto diverse. E, ancora una volta, la comparazione si rivela strumento prezioso al fine della maturazione della convergenza in parola.

Sono dell'idea che quella messa in atto dalla giurisprudenza europea, rivista nella sua possibile evoluzione di medio-lungo periodo, sia una strategia vincente. I giudici sovranazionali sono pienamente consapevoli che attaccare frontalmente una cultura giuridica profondamente radicata in ambi-

¹⁰ Un esempio per tutti, per dare subito un minimo di concretezza al discorso, quello del matrimonio tra persone dello stesso sesso, al quale nondimeno mi richiamerò anche più avanti.

to nazionale rischia di provocare reazioni aspre, tali da non consentire ad un orientamento sovranazionale innovativo di essere “metabolizzato” e potersi quindi far valere e diffondere. La tecnica giusta è, dunque, quella delle progressive acquisizioni. Ho l’impressione che molti dei casi in cui a Strasburgo si fa uso (un uso, nondimeno, non sempre lineare e coerente) della dottrina del consenso¹¹ vadano spiegati proprio così; e coi dovuti adattamenti, non diversa può essere la conclusione con riguardo al rilievo in concreto assunto dalle tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza dell’Unione.

3. La tipizzazione dei ruoli (segnatamente, dei decisori politici e dei garanti) quale condizione necessaria, ancorché non sufficiente, per la ottimale tutela dei diritti e della Costituzione

La comparazione – si è fatto in altra occasione notare – è una sorta di ponte percorribile in verso sia ascendente che discendente: per l’uno, le tradizioni costituzionali nazionali si portano verso l’alto fino a convertirsi in “comuni” attraverso le originali loro selezioni e rielaborazioni che – come si sa – ne fa la Corte di giustizia; per l’altro, le tradizioni stesse, una volta commutatesi in *diritto eurounitario vivente*, tornano negli ambiti di provenienza, offrendosi per l’incessante svecchiamento delle tradizioni nazionali, la loro messa a punto, la mutua convergenza, e si rendono quindi disponibili per nuove “ascensioni”: con un moto, come si vede, circolare, che vede le tradizioni soggette ad incessante rinnovamento nel passaggio da un livello istituzionale all’altro, senza che nondimeno risulti reciso il filo della continuità evolutiva. E, invero, le tradizioni sono soggette a spinte e controspinte di varia intensità, oscillando tra il polo della fedeltà alla loro matrice originaria e quello della innovazione e rigenerazione, senza farsi definitivamente o esclusivamente attrarre da questo o da quello. Tutto ciò, nondimeno, in via di principio. Fanno però ad oggi difetto studi adeguati alla messa a fuoco come si conviene del fenomeno in tutta la sua complessità e la reale consistenza. Quali, ad es., i campi materiali nei quali si è avuto maggiormente riscontro delle tradizioni comuni e quali le tecniche a mezzo delle quali si è fatto (e si fa) luogo alla selezione dei materiali utili al loro riconoscimento? E ancora: quali novità in merito al loro utilizzo dopo la “razionalizzazione” dei diritti già “europeizzati” dalla Corte di Lussemburgo ad opera della Carta di Nizza-Strasburgo?¹² E,

¹¹ Indicazioni in R. CONTI, in molti scritti, tra i quali *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014, spec. 214 ss., e, ora, *Alla ricerca degli anelli di una catena*, Introduzione alla sessione pomeridiana dei lavori del Convegno su *Diritti delle coppie omosessuali*, Brescia 26 settembre 2014, in *paper*; inoltre, G. RAIMONDI, *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8-11 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in www.europeanrights.eu, 11 gennaio 2013.

¹² Non si dimentichi che la Carta dei diritti è stata chiamata ad un’opera di ricognizione delle tradizioni costituzionali già recepite in ambito sovranazionale, alle quali è dunque chiamata a conformarsi. Si dirà che è questa una vera e pro-

infine, quale la concreta incidenza esercitata dalle tradizioni ormai divenute “comuni” al momento del loro ritorno negli ordinamenti nazionali? Insomma (e in breve), quale l’effettivo modo di essere del modello circolare sopra sinteticamente enunciato?

In attesa che gli interrogativi appena posti siano sciolti, di una sola cosa mi pare si possa esser certi, anche alla luce dei più recenti svolgimenti dell’esperienza in fatto di tutela dei diritti; ed è che il modo più efficace perché le suggestioni offerte dalle Corti sovranazionali possano essere come si conviene raccolte in ambito interno, come pure perché quelle provenienti da quest’ultimo riescano a farsi apprezzare in ambito sovranazionale, è dato dalla loro *strutturale flessibilità*, quello cioè della cautela ed apertura a plurimi svolgimenti attuativi¹³. È proprio da siffatta qualità strutturale posseduta dalle singole decisioni giurisprudenziali e dagli interi indirizzi dalle stesse composti che dipende, in larga misura, l’esito, pur tuttavia assai arduo da raggiungere appieno, di un complessivo equilibrio istituzionale, nella varietà delle sue manifestazioni. Se ci si pensa, in gioco non è poi solo l’equilibrio in parola ma la stessa tenuta della Costituzione, nel suo modo di essere congeniale ad un ordinamento “aperto” verso l’alto ed in via di progressiva, sempre più avanzata integrazione sovranazionale.

Equilibrio tra le istituzioni e salvaguardia della Costituzione, della sua forza, della sua identità, sono le due facce di una sola medaglia. D’altro canto, è la stessa idea di Costituzione, propria della tradizione liberale che ci appartiene ed accomuna, a darne sicura conferma, secondo il mirabile in-

pria stranezza: quella, cioè, di una Carta materialmente costituzionale obbligata a prestare ossequio alla giurisprudenza, laddove per norma è (o dovrebbe essere) proprio l’inverso, i giudici essendo istituzionalmente deputati a servire e far valere i documenti normativi, a partire appunto dalle Carte dei diritti.

Tutto ciò posto, è indubitabile che la Carta di Nizza-Strasburgo, per il solo fatto di aver fatto chiarezza in ordine al riconoscimento dei diritti di dimensione europea, possa per la sua parte sollecitare lo svecchiamento della giurisprudenza e promuovere l’adozione di discipline positive viepiù avanzate al servizio dei diritti. Anche la Carta, insomma, oscilla (e non potrebbe essere diversamente) tra continuità ed innovazione. La Carta esiste già da diversi anni, nel corso dei quali ha trovato non infrequenti applicazioni (persino, come si sa, prim’ancora della sua formale entrata in vigore); tuttavia, è ancora presto per avere risposte sicuramente attendibili ai quesiti ora posti (sull’uso complessivamente fatto della Carta, indicazioni possono aversi da L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell’Unione europea. Un’analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013; G.A. FERRO, *Riflessioni sul cammino “costituzionale” della Corte di giustizia dell’Unione europea*, in AA.VV., *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l’integrazione politica in Europa*, a cura di A. Ciancio, Aracne, Roma 2014, 266 ss., nonché da Commissione UE, *2013 Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights*, www.diritticomparati.it, 24 aprile 2014).

¹³ L’apertura, poi, che un ordinamento fa all’altro non è mai incondizionata bensì assiologicamente qualificata, “filtrata”, alla luce del canone della tutela più intensa: l’autentica *Grundnorm* – come mi è venuto più volte di recente di dire – posta a base delle relazioni interordinamentali. Nessuna norma di origine esterna (e, segnatamente, nessuna norma che dà riconoscimento ai diritti) ha infatti garantita l’immissione in ambito interno, la quale si ha unicamente alla condizione che da siffatta immissione discenda un accrescimento delle garanzie offerte ai diritti, in applicazione dunque di quel canone della “sussidiarietà” che – com’è noto – è espressamente enunciato tanto nella CEDU quanto nella Carta di Nizza-Strasburgo (e, a mia opinione, è del pari desumibile anche dalla nostra Carta costituzionale, la quale puntando alla realizzazione dei suoi valori fondamentali, a partire da quelli di libertà ed eguaglianza, sarebbe insensato che pretendesse di esser fatta incondizionatamente valere, laddove invece dovesse risultare provato che ancora più conducenti al fine della specificazione-attuazione di quei valori sono altre norme, di origine esterna).

Questa soluzione, *mutatis mutandis*, a mio modo di vedere vale anche per ciò che attiene al transito verso l’alto delle tradizioni costituzionali nazionali e la loro conversione in “comuni”, pilotato – per dir così – dal canone della tutela più intensa.

segnamento dell'art. 16 della *Dichiarazione* del 1789 che congiuntamente richiede la tipizzazione dei ruoli istituzionali degli organi supremi (nel che – come si sa – è l'essenza della separazione dei poteri) ed il riconoscimento dei diritti fondamentali: quella in funzione della effettiva tutela di questi, nella misura massima possibile alle condizioni storicamente date.

La tipizzazione dei ruoli è quanto di più arduo forse oggi vi sia da realizzare e preservare in concreto, specie nel tempo presente in cui il riferimento non va circoscritto alle sole relazioni tra gli organi dello Stato, come si era soliti fare al tempo della indiscussa, piena affermazione dello Stato nazionale; va, piuttosto, esteso al piano interordinamentale, guardando cioè al modo con cui si atteggiavano i rapporti tra gli organi che operano in ambito sovranazionale e quelli di diritto interno. La qual cosa, poi, riguardata da una prospettiva più ampia di quelle usualmente adottate, porta (o dovrebbe portare) a riconsiderare le stesse nozioni tradizionali, e tuttavia ad oggi correnti, di “forma di Stato” e di “forma di governo”, facendone oggetto di critica riconsiderazione e di più adeguato inquadramento appunto al piano suddetto, tenendo cioè conto dell'influenza che sempre più incisiva e penetrante viene *ab extra* nei riguardi delle attività che si impiantano e svolgono entro le mura della cittadella statale (ma, di ciò, ovviamente, nulla qui può dirsi e deve pertanto farsi rimando ad altri luoghi di riflessione scientifica¹⁴).

Dunque, una tipizzazione dei ruoli tra legislatore (sovranazionale) e legislatore (nazionale), tra legislatori e giudici (costituzionali e nazionali), tra giudici e giudici (rispettivamente, sovranazionali e nazionali); e, ancora, tra istituzioni centrali ed istituzioni periferiche in seno ad uno stesso ordinamento, quali da noi quelle statali e quelle regionali (e locali in genere)¹⁵. Una tipizzazione a tutto campo, insomma.

In primo luogo, pochi dubbi – a me pare – dovrebbero aversi a riguardo della diversità dei ruoli degli organi di garanzia rispetto a quelli dei decisori politici: in buona sostanza, del legislatore (onnicomprensivamente inteso, siccome riferito ad ogni organo, nazionale e non, abilitato alla produzione normativa) e dei giudici. L'uso del condizionale, nondimeno, si deve alla circostanza che, ieri

¹⁴ Una critica riconsiderazione delle sistemazioni teoriche delle forme di governo è stata operata non molto tempo addietro da M. LUCIANI, *Governo (forme di)*, in *Enc. dir., Ann.*, III (2009), 538 ss., il cui orizzonte teorico è nondimeno alquanto distante da quello nel quale mi riconosco.

¹⁵ Non si trascuri questo versante, al quale si è guardato in precedenti indagini e nel quale si dispongono molti diritti in attesa della loro opportuna protezione. Per avvedersene, è sufficiente consultare la corposa ricerca di recente portata a termine da un nutrito drappello di giovani ed impegnati studiosi, i cui esiti sono davvero illuminanti circa la vastità dei campi materiali nei quali le autonomie territoriali possono operare a beneficio dei diritti: v., dunque, AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli e L. Trucco, Giappichelli, Torino 2014. Al tema è, ora, dedicato l'incontro di studio su *L'impatto della crisi sulla tutela dei diritti nelle Regioni. La prospettiva italiana, spagnola ed europea*, Università Lumsa di Roma, 13 novembre 2014. Quanto poi ai negativi condizionamenti che possono aversi per lo stato di salute dell'autonomia territoriale e, di riflesso, dei diritti in conseguenza della crisi economica che ha vigorosamente spinto per un esasperato accentramento, tra gli altri e di recente, C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 4/2013; inoltre, S. MANGIAMELI, *Crisi economica e distribuzione territoriale del potere*, in www.rivistaaic.it, 4/2013; G.G. CARBONI, *Lo Stato regionale al tempo del rigore finanziario*, in www.rivistaaic.it, 2/2014; F. BILANCIA, *Spending review e pareggio di bilancio. Cosa rimane dell'autonomia locale?*, in www.astrid-online.it, 17/2014.

come oggi, l'affermazione ora fatta ha costituito oggetto di numerose e penetranti obiezioni di ordine sia teorico-generale che dogmatico¹⁶, tuttavia a mia opinione non insuperabili, ove si convenga che, *secondo modello*, la diversità dei ruoli è pur sempre da tener ferma, specificamente negli ordinamenti che hanno inteso salvaguardare il carattere democratico delle strutture costituzionali in funzione della tutela dei diritti fondamentali¹⁷.

In realtà, la tesi qui non accolta confonde modello con esperienza o, per dir meglio, con *certe* esperienze, nelle quali invero la confusione dei ruoli ha avuto (ed ha) non infrequente riscontro. Eppure, il modello costituzionale sembra ugualmente reggere agli urti ed alle deviazioni dall'alveo dallo stesso tracciato per il fisiologico svolgimento delle attività istituzionali.

Per ciò che qui più da presso importa, la più rilevante manifestazione di scostamento dal modello si ha nella innaturale "supplenza" esercitata dai giudici nei riguardi di un legislatore colpevolmente inerte: una inerzia che specialmente nei campi materiali sui quali si agitano le questioni eticamente sensibili si rivela essere particolarmente vistosa, grave, intollerabile¹⁸. Consola poco o per nulla la circostanza che siffatta anomala "sussidiarietà" porta a decisioni dei giudici alle volte dotate di effetti limitati al caso, mentre laddove prende corpo a mezzo di pronunzie dei giudici costituzionali (segnatamente, di accoglimento¹⁹) l'efficacia da esse espressa è "generale", esattamente così come lo è quella che è propria delle leggi e degli atti normativi in genere²⁰, salvo naturalmente il caso che

¹⁶ Mi riferisco, in particolare, alle note ricostruzioni di C. ESPOSITO, in tema di controfirma ministeriale, e di G.U. RESCIGNO, per ciò che attiene al rilievo delle convenzioni costituzionali, e, da ultimo, O. CHESSA, quanto alla connotazione del ruolo del Capo dello Stato [v., dunque, del primo, il *Saggio sulla controfirma ministeriale*, Giuffrè, Milano 1962, e la voce *Controfirma ministeriale*, per l'*Enc. dir.*, X (1962), 285 ss.; del secondo, almeno *Le convenzioni costituzionali*, Cedam, Padova 1972, e, del terzo, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo*, Jovene, Napoli 2010. Del rapporto tra il diritto costituzionale scritto e quello non scritto si è, di recente, discusso in occasione del Convegno AIC di Catanzaro del 17-18 ottobre 2014 su *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale* (alcune relazioni sono in www.rivistaaic.it, 4/2014). Il mio pensiero sul punto può, se si vuole, vedersi nel mio *Costituzione scritta e diritto costituzionale non scritto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012].

¹⁷ È superfluo qui rammentare che l'idea che i controllori (specie quelli apicali) possano farsi anche decisori politici ci farebbe ripiombare nelle tenebre che avvolgevano lo Stato precostituzionale: a conti fatti, porterebbe diritto all'attrazione fatale del controllo nel "buco nero" della decisione politica allo stato puro, vale a dire all'assorbimento ed alla fagocitazione dell'uno da parte dell'altra. Come si avvertiva poc'anzi, la mancata tipizzazione delle funzioni equivale, perciò, in buona sostanza, a negazione della Costituzione (ma v. gli svolgimenti che subito seguono nel testo).

¹⁸ Un chiaro quadro di sintesi di quanto i giudici hanno fatto e vanno facendo in siffatti ambiti materiali è in S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*; II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto*, cit.

¹⁹ Per vero, anche le decisioni dei giudici costituzionali non sempre hanno effetti generali: in via di principio, non li hanno – secondo la comune opinione, nella quale tuttavia, per ragioni altrove rappresentate, non mi riconosco – quelle di rigetto e, talora, neppure quelle di accoglimento, come ad es. nei casi in cui si abbia annullamento di norma di legge statale che abbia leso la sfera di competenza di una Regione a statuto speciale, annullamento che resta privo di effetti per le rimanenti Regioni. Si assiste, pertanto, ad un annullamento di norma, sì, generale, ma "*relativamente a...*". Una eventualità, questa, di cui può aversi riscontro anche in ambito sovranazionale: ad es., una norma eurounitaria potrebbe essere annullata dalla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 4 TUE, in quanto lesiva dei principi di struttura di uno Stato membro, restando tuttavia valida ed efficace in relazione a Stati diversi. In tutte queste circostanze, l'annullamento, in buona sostanza, si risolve nella mera disapplicazione della norma ("*relativamente a...*") invalida.

²⁰ Non a caso, un'autorevole dottrina ha annoverato le decisioni della Corte costituzionale (segnatamente, quelle di accoglimento) tra le fonti del diritto (spec. A. PIZZORUSSO, in molti scritti e, tra questi, di recente, *Delle fonti del diritto*

questi ultimi si dirigano a soggetti determinati, pretendendo nondimeno di essere da tutti rispettati²¹. Ciò che importa è, infatti, il fatto in sé della innovazione normativa, della “invenzione” di regole dapprima inesistenti, seppur desunte – si dice da parte degli stessi giudici decisori, al fine di dare giustificazione dell’attività svolta – a “rime” più o meno “obbligate” (per riprendere la nota, fortunata immagine crisafulliana) dalla Costituzione o da altre Carte.

In breve, si tratta di scegliere se far riferimento agli *effetti* ovvero alla *sostanza* dell’attività posta in essere, la quale può dunque rivelarsi “normativa” (o non “normativa”) indipendentemente dalla estensione della cerchia dei destinatari dell’atto²².

La tipizzazione, poi, va ulteriormente mantenuta anche in seno ad uno stesso “insieme”; e così i decisori politici (ad es., Parlamento e Governo nei Paesi a regime parlamentare) non assolvono tutti alla medesima funzione né sono perciò incondizionatamente, reciprocamente fungibili²³; tanto più, poi, laddove si faccia riferimento ai rapporti tra decisori politici appartenenti ad ordinamenti diversi, quali quelli dell’Unione e dello Stato. Una conclusione, questa, che ovviamente vale anche per i garanti.

Tipizzazione, nondimeno, non equivale a separazione rigida delle competenze. Diversi, sì, i ruoli ma non necessariamente né del tutto separate le competenze. La tendenza, anzi, come si sa, è proprio nel senso di una crescente integrazione delle competenze: un “modello” questo che, sia pure in forme assai varie, sembra riprodursi tanto in seno ad un ordinamento dato (ad es., quello statale²⁴), quanto al piano delle relazioni interordinamentali.

4. Il carattere “processuale” delle pubbliche funzioni (in specie, l’avvento di una “giurisdizione per risultati”)

*to*², Zanichelli-Il Foro italico, Bologna-Roma 2011, spec. 536 ss.). Una tesi, questa, che nondimeno, per ragioni altrove rappresentate, non persuade del tutto.

²¹ Se si guarda, dunque, ai destinatari *diretti*, le leggi particolari non dovrebbero considerarsi “fonti del diritto”, siccome prive appunto di uno degli attributi tradizionalmente (e, però, a mia opinione, discutibilmente) considerati tipici delle norme giuridiche; se si guarda, invece, ai comportamenti cui pure sono, *sia pure in modo indiretto*, obbligati i consociati ed i pubblici poteri in presenza di tali leggi, la “generalità” parrebbe essere ugualmente fatta salva, dal momento che le leggi stesse producono pur sempre un effetto valevole per tutti.

²² L’argomento ora addotto – come si vede – si aggiunge ad altri che pure depongono nell’assegnare mediocre capacità discrezionale ai canoni della generalità ed astrattezza al fine della identificazione degli atti normativi e della loro complessiva sistemazione (ragguagli sul punto, volendo, già nel mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977, 26 ss. e 41 ss.).

²³ La distinzione tra attività di decisione ed attività di controllo può infatti – come si sa – riprodursi anche nell’ambito dei rapporti tra gli organi suddetti, secondo quanto confermano i casi in cui le Camere svolgono la seconda attività nei riguardi dell’operato del Governo. Che poi il “controllo” esercitato da un decisore politico verso l’altro è cosa profondamente diversa dal “controllo” di un organo di garanzia nei riguardi dei decisori politici in genere è un fatto di tale evidenza da non richiedere qui di essere argomentato. Ed è allora da stabilire se sia o no appropriato un uso sì largo, omnicomprensivo, del termine “controllo” con riferimento ad attività disomogenee.

²⁴ Si pensi solo al modo con cui sono venuti atteggiandosi, tra alterne vicende, i rapporti tra le leggi di Stato e Regione.

È proprio dalla prospettiva della integrazione che si coglie ed apprezza quello che è, forse, oggi il modo maggiormente espressivo e qualificante di esercizio delle pubbliche funzioni, specificamente proprio sul terreno della salvaguardia dei diritti.

Non di rado, infatti, si assiste all'accensione del motore della produzione giuridica in ambito sovranazionale, che porta all'adozione di atti assai di frequente bisognosi di plurimi e differenziati svolgimenti in ambito interno, tant'è che ad una prima attività di specificazione-attuazione posta in essere dallo Stato fanno seguito ulteriori attività delle Regioni e degli enti (territoriali e non) dotati di autonomia, fino ad arrivare ai "terminali" costituiti dai privati. Insomma, una *normazione per risultati*, più che (o anziché) *per atti*, che – come si vede – segna in modo marcato il tempo presente, nel quale solo a mezzo dello sforzo congiunto prodotto da più enti e a più livelli si può sperare di conseguire l'ambizioso obiettivo di dare appagamento ad interessi essi stessi dalla composita natura (internazionale o sovranazionale, nazionale, locale). Ciò che al piano delle attività amministrative si è ormai raggiunto e consolidato da molti anni (il modulo dell'*amministrazione per risultati* ha – come si sa – avuto raffinate elaborazione teoriche già da mezzo secolo a questa parte²⁵) si ritrova anche al piano della normazione e – si faccia caso al punto di estremo interesse – persino a quello della giurisdizione, la quale pure – come si è tentato di mostrare in altri luoghi²⁶ – va sempre di più conformandosi come una *giurisdizione per risultati*. Ed è proprio sul terreno delle questioni eticamente sensibili che del fenomeno si ha diffuso riscontro. Non volendo le Corti europee (in specie, quella di Strasburgo) soffocare "tradizioni costituzionali" profondamente diverse e puntando piuttosto a far salva la libera autodeterminazione delle autorità nazionali, molte volte fanno luogo all'adozione di pronunzie "aperte", come si diceva strutturalmente duttili, che dunque si aprono a raggiera a forme plurime, anche significativamente diversificate, d'implementazione interna; e gli esempi che potrebbero addursi a conferma di siffatta tendenza sono davvero molti (da quello dei matrimoni tra persone dello stesso sesso a quello della fecondazione medicalmente assistita, e via dicendo). Persino laddove il verdetto del giudice europeo appaia essere particolarmente severo nei riguardi di gravi inadempienze o violazioni della Convenzione (come ad es., per ciò che attiene al sovraffollamento carcerario), ugualmente è fatta salva la "discrezionalità" degli operatori di diritto interno in ordine all'allestimento delle misure più adeguate al ripristino della legalità.

Una volta immesse in ambito interno, le pronunzie dei giudici sovranazionali possono poi sollecitare l'adozione di ulteriori decisioni, specie dei giudici costituzionali, esse pure "aperte", nel senso

²⁵ Ovvio il richiamo ai pionieristici studi di F. Benvenuti.

²⁶ Mi è stata data occasione di toccare il punto, di cruciale rilievo, più volte recentemente: ad es., in *Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corti nazionali*, in www.federalismi.it, 18/2014, spec. all'ultimo paragrafo.

appena precisato, fino quindi a pervenire ai “terminali” della “catena” produttiva, i giudici comuni, presso i quali la “catena” stessa si perfeziona e completa.

In realtà, non c'è un ordine fisso ed immutabile, una sola forma in cui si presentano le “catene” in discorso. Molti sono infatti i modi con cui gli anelli possono saldarsi l'un l'altro, molte le forme, molti gli effetti. Non si trascuri, poi, la circostanza per cui assai di frequente lo stesso legislatore dovrebbe inserirsi tra un passaggio temporale e l'altro: *secondo modello*, anzi, proprio questo è ciò che dovrebbe per sistema aversi, per un fisiologico svolgimento delle pubbliche funzioni ed in vista del loro stabile e congruo orientamento verso i valori fondamentali positivizzati.

Così, per riprendere solo per un momento gli esempi appena fatti, le pronunzie dei giudici europei e costituzionali naturalmente rimandano in primo luogo alla legge al fine della regolazione della condizione delle coppie dello stesso sesso, della fecondazione medicalmente assistita, dei carcerati. Laddove possibile (e, purtroppo, non sempre lo è²⁷), in attesa dell'intervento regolatore del legislatore, per l'intanto però i giudici comuni sono chiamati a “supplirvi”²⁸.

Nel circolo produttivo, come si è venuti dicendo, non c'è un ordine precostituito nel quale giudici, legislatore, altri giudici ancora si dispongono e svolgono il loro ufficio al servizio dei diritti e della collettività. O, meglio, l'ordine astrattamente c'è ed è quello che vede la naturale precedenza dell'esercizio della funzione legislativa rispetto alle funzioni a questa serventi, l'amministrativa e la giurisdizionale. Quando pure quest'ordine dovesse essere rispettato, nulla nondimeno esclude che, per il modo con cui gli atti normativi s'implementano nell'esperienza, prendendo forma attraverso la voce dei giudici, può risultare ulteriormente sollecitato l'esercizio della normazione, se del caso al fine di integrare o correggere quegli atti di cui risulti provata l'esistenza di carenze e complessive imperfezioni. Tanto più, poi, laddove le leggi dovessero *ab initio* mancare e proprio per il tramite delle pronunzie dei giudici venga ad emergere il bisogno, diffusamente avvertito come pressante, della loro adozione.

Insomma, il *diritto vigente* può ora precedere ed ora seguire il *diritto vivente*; ed anzi non di rado entrambe le eventualità risultano provate: leggi e sentenze s'immettono, infatti, in circolo ricarican-

²⁷ ... e così proprio con riferimento ai casi appena indicati; ma, sul punto, non tutti la pensano allo stesso modo. Di fatto, le fecondazioni eterologhe, dopo la decisione del nostro giudice costituzionale (la 162 del 2014), hanno cominciato a farsi, così come si fanno le trascrizioni dei matrimoni tra omosessuali celebrati all'estero, malgrado il divieto al riguardo posto da una circolare del Ministro degli interni, platealmente disattesa da alcuni Sindaci (tra cui quello della capitale), con conseguente reazione da parte dei prefetti volta a ripristinare il rispetto della circolare stessa (e, risalendo, della disciplina costituzionale e legislativa in cui la circolare rinviene il titolo giustificativo della propria adozione).

²⁸ Come si sa, è questa la soluzione comunemente accolta per ciò che attiene al seguito di alcune pronunzie additive della Corte costituzionale, dai principi da quest'ultima somministrati i giudici comuni essendo chiamati ad estrarre le regole buone per i casi, *sempre che appunto ciò si renda possibile*. In congiunture siffatte, i giudici fanno dunque qualcosa che la stessa Corte reputa esserle precluso in ragione del rispetto della c.d. “discrezionalità” del legislatore: svolgono, cioè, un'attività che non si saprebbe com'altro qualificare se non “politico-normativa”, e che tale pur sempre resta, ancorché limitata *quoad effectum* al caso.

dosi variamente a vicenda, le une offrendo alle altre indicazioni preziose per la loro incessante rigenerazione semantica ed il positivo rinnovamento.

Anche in siffatta attività di mutuo sussidio che le pubbliche funzioni si danno, di straordinaria utilità si presenta (ed è facile previsione che sempre di più lo sarà in seguito) il ricorso alla comparazione. Lo sollecita il ruolo unificante esercitato dalla normativa e dalla giurisprudenza sovranazionale che, laddove esercitato – come si è veduto – a mezzo di atti connotati da duttilità di struttura, nel momento stesso in cui non comprime la ricerca di soluzioni originali e diversificate in ambito nazionale incoraggia il confronto delle soluzioni stesse e, perciò, la verifica dell'opportunità di trapiantare soluzioni altrove sperimentate anche al di fuori del territori in cui hanno avuto la loro prima espressione ed il radicamento. Nessun obbligo di forzata imitazione è, ovviamente, prescritto; ugualmente doveroso è tuttavia interrogarsi sulla omogeneità dei contesti, la loro storia, in una parola: la cultura che in ciascuno di essi è venuta maturando ed affermandosi. Di conseguenza, conoscendo gli esiti conseguiti in applicazione di certe soluzioni, si può (e si deve) stabilire se esse possano armonicamente inserirsi anche in contesti diversi, magari coi dovuti adattamenti richiesti dalle peculiarità di ciascuno di essi. Agli stessi squilibri di ordine istituzionale (in particolare, al piano dei rapporti tra legislatore e giudici) si può tentare, dunque, di porre rimedio tenendo nel dovuto conto le esperienze altrove maturate, specie laddove abbiano dato buoni e duraturi frutti.

5. Rifacimento dei dati normativi (e, in particolare, degli enunciati costituzionali) e rinnovamento della giurisprudenza, attraverso il “dialogo” tra le Corti, a garanzia dei diritti

In un quadro oggettivamente attraversato da fluidità degli elementi che lo compongono, nonché da gravi tensioni e contraddizioni sociali riportabili a modelli culturali diversi (alle volte in frontale, reciproco conflitto), una sola cosa è certa; ed è che nessun ordinamento può ormai più, se mai ha potuto, vantare l'insana pretesa di rinchiudersi in modo autoreferenziale in se stesso, proclamandosi autosufficiente, perfetto in sé e per sé. Di contro, si tratta di sfruttare fino in fondo l'illuminata intuizione avuta dagli scrittori delle Carte costituzionali nate dopo l'immane tragedia della seconda grande guerra, che ha portato all'apertura delle Carte stesse e degli ordinamenti da esse fondati *verso l'alto e verso l'altro* (e, segnatamente, il diritto internazionale e il diritto sovranazionale), in funzione della salvaguardia – come dice la nostra Carta – della pace e della giustizia fra le Nazioni. Riproporre schemi buoni al tempo della rigogliosa affermazione dello Stato nazionale è dunque, a un tempo, incostituzionale ed impossibile. Come si è tentato di argomentare altrove, il modello vincente, adeguato al contesto di un'integrazione sovranazionale viepiù avanzata, non è già quello di una

Costituzione totale bensì l'altro, opposto, di una *parziale* che confessa di avere un disperato bisogno di attingere culturalmente ad altre Costituzioni e Carte dei diritti in genere, così come queste ultime traggono profitto dal mutuo riferimento che si fanno e che fanno alle Costituzioni nazionali.

Le formidabili sfide del tempo presente e i minacciosi attacchi da più parti mossi ai diritti possono essere affrontati come si conviene solo attraverso il reciproco sussidio che le Carte si danno, senza alcuna preconstituita ordinazione gerarchica, tutte paritariamente puntando alla ricerca della ottimale tutela dei diritti, quale che sia il “luogo” positivo in cui essa, a seconda dei casi e dei diritti in gioco, può poi essere rinvenuta²⁹.

Il rinnovamento, poi, può aversi tanto al piano positivo quanto a quello giurisprudenziale: ora a questo ed ora a quello, a seconda che si reputi necessario il passaggio attraverso una nuova disciplina costituzionale ovvero si consideri sufficiente la rigenerazione semantica per via d'interpretazione.

Con specifico riferimento a ciò che può (e deve) farsi al primo piano, il bisogno dell'aggiornamento del dettato costituzionale si rende, a mia opinione, manifesto sia nella parte organizzativa che in quella sostantiva della Carta; e ciò, al duplice fine di porre rimedio a quegli squilibri istituzionali, di cui si diceva, e di offrire un servizio ancora più adeguato ai diritti, facendo oggetto gli enunciati che specificamente li riguardano delle necessarie integrazioni o correzioni imposte dai tempi, in ispecie appunto per metterli in condizione di reggere a quegli urti e minacce, cui si faceva cenno poc'anzi ed ai quali i diritti stessi vanno soggetti con crescente frequenza, intensità, vera e propria virulenza³⁰.

So bene che di una possibile (e, a mia opinione, doverosa) modifica anche della prima parte della Carta non si parla e non si può parlare: uno dei tanti tabù che affliggono la cultura giuridica (e non) dominante, da noi come altrove. E se l'argomento non è all'ordine del giorno del dibattito sia tra gli operatori politico-istituzionali che tra gli studiosi, non ha molto senso insistere nel riproporlo stan-

²⁹ Come pure si è tentato di mostrare in altri scritti, la “logica” vincente sembra poi essere non già quella dell'*aut-aut*, che porta a fare esclusivo utilizzo di questa o quella Carta in vece delle altre, bensì l'altra, opposta, *inclusiva*, che tutte le riconcilia nei fatti interpretativi, integrandole reciprocamente, all'insegna del principio della miglior tutela (non già al singolo diritto evocato in campo bensì) all'intero sistema dei beni costituzionalmente protetti. Quel carattere “processuale” delle pubbliche funzioni, il loro connotarsi cioè “*per risultati*”, di cui si diceva poc'anzi, agevola e sostiene quest'esito teorico-applicativo.

³⁰ Accenno di sfuggita ai non pochi guasti che sono verosimilmente da attendersi dalla riforma Renzi, qualora dovesse giungere in porto coi contenuti risultanti dalla sua approvazione a prima lettura dal Senato nell'agosto scorso, specie ove si consideri che la seconda Camera, malgrado il non insignificante recupero di funzioni operato a suo beneficio, resta pur tuttavia privata di buona parte della funzione legislativa, nel mentre il patrimonio delle competenze di cui saranno dotate le Regioni appare essere sostanzialmente, cospicuamente impoverito. E, se l'autonomia ne soffre, per ciò stesso ne soffrono – come si è già accennato – i diritti, ove si ammetta, come, a mia opinione, devesi, che l'autonomia stessa è condizione dell'ottimale appagamento di taluni elementari bisogni delle collettività stanziate sui territori di cui si compone la Repubblica.

camente: sarebbe come pensare di abbattere un muro prendendolo a testate³¹. Non posso tuttavia trattenermi dal mettere ancora una volta in chiaro gli inconvenienti assai gravi che comporta l'adozione di un siffatto indirizzo, i quali poi si proiettano a plurimi piani di esperienza.

In primo luogo, viene a trovarsi gravemente esposta la Costituzione, più di quanto pure comunque non si abbia davanti ad una politica che si fa, ogni giorno che passa, sempre più smalzata ed aggressiva: ad esser franchi, persino alla "politica" dei massimi garanti (e, dunque, sopra ogni altro, della Corte costituzionale) i quali, muovendosi tra le maglie larghe o larghissime di un dettato costituzionale fortemente reticente e persino silente in relazione a taluni diritti, dispongono di un campo assai vasto, praticamente sconfinato, per poter far valere il proprio punto di vista. Lungi dal prefigurare scenari caratterizzati da discipline costituzionali innaturalmente minute e dettagliate, si tratta dunque solo di far parlare in modo esplicito la Carta anche dei nuovi diritti o in termini diversi dei vecchi, dotandola di enunciati *temporis ratione* aggiornati.

In secondo luogo, occorre a mia opinione predisporre, appunto attraverso una rinnovata "razionalizzazione" costituzionale, un fascio di previsioni essenziali idonee a dare un orientamento tanto alle future discipline adottate con legge comune quanto agli indirizzi giurisprudenziali a venire. Ho già detto più volte, e non mi stancherò di ripetere, che mi inquieta e, a dirla tutta, inorridisce l'idea che su questioni di cruciali rilievo, quali quelle riguardanti le esperienze di inizio o fine-vita, la maggioranza di turno possa imporre il proprio punto di vista (naturalmente, quale che esso sia) e magari – perché no? – subito appresso modificarlo, esattamente così come si è soliti fare nei campi più vari, laddove si assiste a frequenti e persino incalzanti rinnovamenti delle regolazioni legislative. Mi sento invece molto più garantito da previsioni legislative adottate col ricorso alle procedure dell'art. 138, specie laddove si reputi comunque irrinunciabile l'incontro necessario tra le forze politiche di opposto schieramento rappresentate in Parlamento³².

In terzo luogo, una più adeguata disciplina costituzionale, allo stesso tempo in cui riequilibra i rapporti tra legge costituzionale e legge comune, pone le basi per un pari riequilibrio tra legislatore e giudici, ponendo un argine a quelle manifestazioni di ipercreatività dei secondi che hanno costituito facile, seppur alle volte strumentale, appiglio per quanti, preoccupati, hanno denunciato l'avvento del c.d. Stato giurisdizionale, a tutto discapito dello Stato legislativo.

In quarto luogo, una Carta costituzionale aggiornata è messa in grado di poter meglio reggere alla competizione con le altre Carte, specie con la CEDU e la Carta di Nizza-Strasburgo, laddove di-

³¹ Soleva avvertire un compianto Maestro, L. PALADIN (*Saluto ai partecipanti al Convegno di Trieste del 26-28 maggio 1986 su Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1988, 5) del rischio cui vanno incontro gli studiosi che reputano di poter "aggredire frontalmente" alcuni filoni giurisprudenziali saldamente radicati, incorrendo in tal modo "nel vizio del solipsismo giuridico, proprio di certi giuristi troppo orgogliosi e personalistici".

³² Il punto è – come si sa – animatamente discusso: una larga convergenza tuttavia si registra – come pure è assai noto – a favore della soluzione richiamata nel testo.

mostri di saper trattare degli stessi diritti di cui è in queste fatta parola in termini ancora più avanzati, persuasivi, incisivi nei riguardi di un'esperienza in cui la tendenza alla conservazione di un "esistente" di certo non gratificante è assai marcata e diffusa. Certo, è pronta, scontata, l'obiezione secondo cui ciò che conta non è tanto il diritto vigente quanto quello vivente, non ciò che sta scritto nelle Carte ma come esse parlano per bocca delle loro Corti. In disparte, però, l'obiezione per cui si torna così ad uno degli argomenti dietro indicati, relativamente al carattere troppo lasso del vincolo discendente dal dettato positivo nei confronti dei suoi interpreti, il vero è che una Carta opportunamente, misuratamente aggiornata può, per la sua parte e in non secondaria misura, concorrere allo stesso svecchiamento della giurisprudenza, laddove risulti attestata su posizioni retrive e si chiuda a riccio in se stessa, giovandosi di un linguaggio costituzionale che non incoraggia di certo il mutamento.

Come che sia di ciò, resta il bisogno – questo, sì, riconosciuto da larghi strati della cultura politica e giuridica – di modifiche di non secondario rilievo relative alla parte organizzativa.

Non entro in dettagli la cui descrizione ruberebbe troppo tempo ed obbligherebbe ad analisi estese ed approfondite che non possono, di tutta evidenza, trovare qui il modo per esser svolte. Mi limito solo ad una prima, men che essenziale, indicazione di metodo, in applicazione della quale può a mia opinione essere vista sotto la giusta luce la questione delle future riforme. Ed è che queste ultime hanno da investire, a un tempo, le *regole* e le *regolarità*: le une, a plurimi livelli di esperienza, dovendosi apportare le opportune innovazioni, partendo dall'alto, alla Carta costituzionale e quindi, via via discendendo, agli atti a questa sottoposti (leggi comuni, regolamenti parlamentari, atti che disciplinano l'organizzazione e il funzionamento degli organi giudiziari, ecc.); le altre, invece, investendo specificamente le pratiche giurisprudenziali, a mezzo delle quali le Corti hanno modo di "regolare" da sé i loro rapporti.

A mia opinione, infatti, c'è bisogno sia dell'una che dell'altra cosa. Delle regole non può comunque farsi a meno; basti solo pensare, al piano delle relazioni interordinamentali, a ciò che ha rappresentato la previsione del rinvio pregiudiziale o a ciò che potrebbe rappresentare il meccanismo di cui al prot. 16 allegato alla CEDU, in merito al quale nondimeno nulla di sicuro possiamo ancora dire se non che renderà ancora più fitto e si spera proficuo il "dialogo" intergiurisprudenziale, tanto sul versante dei rapporti tra la Corte di Strasburgo e i giudici nazionali, quanto su quello dei rapporti tra le due Corti europee e, di riflesso, tra la stessa Corte dell'Unione e i giudici di diritto interno³³³. È poi, ovviamente, da mettere in conto l'incidenza che potrà aversi per effetto

³³³³ Un interessante dibattito circa le possibili future tendenze delle relazioni tra giudici e Corti europee, nonché di queste ultime *inter se*, si è avuto in occasione dell'incontro di studio su *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 Cedu*, svoltosi presso l'Università di Milano-Bicocca il 10 marzo 2014, i cui *Atti* sono in corso di stampa (alcuni scritti,

dell'adesione dell'Unione alla CEDU, la quale a sua volta potrebbe sollecitare ulteriori regolazioni dei rapporti tra le Corti.

Non minore (e, forse, a conti fatti, persino maggiore) rilievo è tuttavia da assegnare alle *regolarità*, al modo cioè con cui le Corti si danno la regolazione dei loro rapporti, mettendo a punto i meccanismi che presiedono allo svolgimento delle funzioni di cui sono dotate. Lasciare un campo consistente alle Corti entro il quale far fluire la propria giurisprudenza costituisce un bene di vitale rilievo, irrinunciabile. Lo richiede la varietà dei casi, bisognosi di trattamenti differenziati e, per ciò pure, di aggiustamenti continui di rotta da parte degli indirizzi giurisprudenziali, della loro incessante messa a punto, in vista del conseguimento di sintesi assiologiche apprezzabili, comunque accettabili.

L'importante – questo sì che mi parrebbe essere un punto bisognoso di esser in modo fermo fissato – è che degli strumenti processuali non si faccia un uso irragionevole (o, peggio, irrazionale), quale purtroppo non di rado si è avuto (e si ha), come laddove casi assai simili, per non dire identicamente connotati, per l'aspetto oggettivo vengano trattati in modo diverso, persino opposto, pur restando invariata la “situazione normativa” – come a me piace chiamarla – su cui i giudici sono chiamati a pronunciarsi³⁴. Decisioni *irragionevoli*, nel senso detto, sono, allo stesso tempo, la più probante testimonianza di quella complessiva torsione istituzionale che – come si è venuti dicendo – ferisce in modo mortale e in un sol colpo la separazione dei poteri e la Costituzione. L'irragionevolezza degli atti posti in esercizio della funzione giurisdizionale equivale, dunque, allo snaturamento della funzione stessa, giusta la tesi, che mi sono sforzato di argomentare in altri luoghi³⁵, secondo cui tratto identificante della “giurisdizionalità” è la sua prevedibilità, alla luce appun-

peraltro, sono già consultabili: tra questi, O. POLLICINO, *La Corte costituzionale è una “alta giurisdizione nazionale” ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?*, in www.forumcostituzionale.it, 2 aprile 2014, e R. CONTI, *La richiesta di “parere consultivo” alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in questa *Rivista*, 2014 (16 maggio 2014). V., inoltre, utilmente, R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in www.rivistaaic.it, 3/2014, spec. il § 11.

³⁴ Gli effetti perniciosi conseguenti ad un uso irragionevole, altalenante, delle tecniche decisorie (specificamente ad opera del giudice delle leggi), che finiscono a conti fatti col fare delle pronunzie in cui si concretano dei meri atti di autorità, sono stati con dovizia di informazioni e argomentazione illustrati soprattutto da R. ROMBOLI, che vi ha insistito in molti scritti, tra i quali *Diritti fondamentali, tecniche di giudizio e valore delle disposizioni processuali*, in AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 1994, 151 ss.; *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro it.*, 1995, I, 1090 ss.; *Significati e valore delle disposizioni regolanti il processo davanti alla Corte costituzionale nei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, in Quad. dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, 2/2002, 41 ss.; *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, a cura di E. Bindi - M. Perini - A. Pisaneschi, Giappichelli, Torino 2008, 503 ss.; *Il diritto processuale costituzionale dopo la “svolta” degli anni 1987-1989*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - J. Luther, Giappichelli, Torino 2011, 317 ss. Altre indicazioni in A. MORELLI, *L'illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2008, 5 ss.

³⁵ ... e, tra questi, il mio *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in www.gruppodipisa.it, 28 dicembre 2010, nonché in *Riv. dir. cost.*, 2009, 125 ss.

to delle decisioni precedentemente emesse in costanza di “situazione normativa”, vale a dire il servizio che essa può (e deve) costantemente offrire, a un tempo, alla certezza del diritto in senso oggettivo ed alla certezza dei diritti costituzionali, senza il quale non v’è – come sappiamo – Costituzione e Stato costituzionale.

Ora, il “dialogo” tra le Corti può essere, ed effettivamente è, fattore sia di stabilizzazione che di rinnovamento della giurisprudenza: in un caso e nell’altro, e per il sol fatto che la parte motiva delle decisioni giudiziarie si distende in richiami e confronti ad altre decisioni della medesima natura, ne viene viepiù rimarcato il carattere “giurisdizionale” della funzione, nella sua ristretta e propria accezione.

Già solo per ciò – a me pare – i diritti non possono che averne un guadagno; e, quando ciò si ha, è la Costituzione che ne viene ulteriormente rinvigorita e ancora meglio salvaguardata.

È l’ulteriore, finale conferma che l’identità costituzionale del tempo presente ha senso solo nel concorso che può dare alla conformazione e trasmissione dell’identità europea, così come questa, opportunamente conseguita e protetta, si offre a presidio di quella.