



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2015 FASC. III

(ESTRATTO)

ANTONIO RUGGERI

**LINGUAGGIO DEL LEGISLATORE E LINGUAGGIO DEI
GIUDICI, A GARANZIA DEI DIRITTI FONDAMENTALI**

13 NOVEMBRE 2015

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Antonio Ruggeri

Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali

SOMMARIO: 1. Il rapporto di *mutua, necessaria e parziale* condizionalità intercorrente tra il linguaggio del legislatore e quello dei giudici, la “discrezionalità” riconosciuta agli operatori, la problematica tipizzazione dei loro ruoli. – 2. La somma questione relativa al modo o ai modi con cui si riconoscono i principi fondamentali dell’ordinamento e la formidabile apertura strutturale che ne connota le più salienti espressioni nell’esperienza. – 3. La *forza normativa in senso sostanziale* delle norme costituzionali, in specie dei principi fondamentali, e la *pregnanza assiologica* da essi posseduta, poggiante su norme consuetudinarie di riconoscimento della loro validità. – 4. *Riconoscimento e tutela* dei diritti fondamentali, e differenze dei rispettivi linguaggi, secondo modello e secondo esperienza. – 5. Alcune conclusioni discendenti dalle notazioni svolte. – 5.1. Il carattere sfumato, nell’esperienza, della distinzione tra normazione costituzionale e normazione ordinaria, nonché tra legislazione in genere e giurisdizione. – 5.2. Le aspettative di una più efficace tutela dei diritti per il tramite del “dialogo” tra Corti nazionali e Corti europee, e le “catene” di decisioni funzionalmente connesse e convergenti verso il medesimo scopo cui le Corti stesse fanno luogo. – 5.3. L’integrazione tra le norme riguardanti i diritti, *secondo valore*, l’apertura al diritto internazionale e sovranazionale quale *principio-mezzo e principio-fine* allo stesso tempo e il suo fare “sistema” con la *coppia assiologica fondamentale*, di cui agli artt. 2 e 3 della Carta, il rilievo crescente della comparazione, anche in funzione della ottimale salvaguardia della certezza del diritto costituzionale e della certezza dei diritti costituzionali. – 5.4. Diritto legislativo e diritto giurisprudenziale nel tempo presente, e la tendenza al ravvicinamento tra *civil e common law*. – 5.5. Il bisogno di dotare la produzione normativa di stampo giurisprudenziale delle garanzie tradizionalmente proprie della legislazione negli ordinamenti di *civil law*, avuto specifico riguardo alle decisioni della Corte costituzionale che, in quanto non soggette ad alcuna impugnazione, rischiano di fare della Corte stessa un “*potere costituente permanente*”, e il soccorso che può a tal fine venire da un’oculata razionalizzazione costituzionale specificamente volta all’aggiornamento del catalogo dei diritti. – 5.6. Una notazione conclusiva, a riguardo del *carattere “intercostituzionale” della Costituzione* (e delle altre Carte dei diritti) e del bisogno di un rinnovamento metodico, ancora prima che teorico, tanto degli studi quanto delle pratiche riguardanti i diritti, che dia testimonianza dell’abbandono di un nazionalismo o patriottismo esasperato, inidoneo a dare un apprezzabile appagamento ai diritti stessi, nei limiti in cui risulti possibile nel presente contesto internazionale e sovranazionale.

1. *Il rapporto di mutua, necessaria e parziale condizionalità intercorrente tra il linguaggio del legislatore e quello dei giudici, la “discrezionalità” riconosciuta agli operatori, la problematica tipizzazione dei loro ruoli*

Assumo a base dell’analisi ora avviata un dato di comune acquisizione, vale a dire che non si dà un solo linguaggio né del legislatore né dei giudici, ciascuno di essi in realtà articolandosi e svolgendosi in forme plurime, refrattarie ad essere ingabbiate entro schemi rigidi e chiusi, suscettibili di meccaniche e ripetitive applicazioni¹. Quali che siano i modi della loro presentazione, un punto mi parrebbe nondimeno provato; e da questo qui muovo, e cioè che tra i linguaggi stessi si dà un rapporto di *mutua* condizionalità, allo stesso tempo *necessaria e parziale*.

Necessaria, dal momento che a seconda della maggiore o minore puntualità di disposto e chiarezza ovvero ambiguità del linguaggio del legislatore se ne ha una parimenti maggiore o minore *intensità prescrittiva* o, diciamo pure, *forza in senso sostanziale* dallo stesso espressa. Della qual cosa si ha riscontro ad un duplice piano di esperienza: a quello dei rapporti tra linguaggio costituzionale e linguaggio delle leggi comuni, così come di questi in rapporto a quello di atti-fonte di grado inferiore, in primo luogo, e, secondariamente, al piano dei rapporti tra il linguaggio delle leggi (e degli atti normativi in genere) e il linguaggio degli operatori (per ciò che qui più da presso importa, dei giudici).

¹ Se n’è avuta, ancora di recente, conferma dai contributi alle VIII Giornate internazionali di diritto costituzionale (Brasile-Italia-Spagna) dedicate a *La lingua dei giuristi*, Pisa-Firenze 23-24 settembre 2015.

Parziale, in ragione del fatto che l'intensità stessa non riesce mai a spingersi fino ad appiattare la condizione degli operatori che comunque dispongono pur sempre di margini di manovra ora più ed ora meno ampî entro i quali ricercare le soluzioni interpretative maggiormente adeguate ai casi.

Mutua, poi, a motivo del fatto che se, per un verso, il linguaggio delle leggi condiziona in varia misura il linguaggio dei giudici, per un altro verso, però, vale pure l'inverso, non di rado la spinta e l'orientamento per la produzione legislativa venendo proprio da sollecitazioni ed indicazioni della pratica giuridica (spec. giudiziaria), dalla "invenzione" di soluzioni quindi "razionalizzate" ovvero fatte oggetto di vario adeguamento da parte del legislatore. Si aggiunga, poi, la circostanza per cui senza l'attività posta in essere dagli operatori (e, segnatamente, dai giudici) il diritto vigente non potrebbe comunque commutarsi in "vivente" e sarebbe condannato – come, peraltro, non di rado accade – a restare sulla carta, incapace di farsi valere e di affermarsi, malgrado gli aggiustamenti ai quali spesso rimane soggetto per effetto di pratiche interpretative ora più ed ora meno innovative, "normative".

È ovvio che i problemi del linguaggio sono, a conti fatti, problemi d'interpretazione; e, dunque, il discorso dovrebbe subito appuntarsi sulle tecniche a mezzo delle quali si assegnano significati agli enunciati².

Avverto subito che, tuttavia, di ciò in questo scritto non dirò (se non per cenni e solo per taluni, limitati aspetti), non coltivandosi qui il progetto di riprendere annose e complesse questioni di ordine teorico che richiederebbero uno spazio ed un impegno a finalità ricostruttiva di cui ora non dispongo. M'interessa piuttosto mettere in evidenza alcuni nessi che si intrattengono tra i linguaggi suddetti, ponendo alcune domande e tentando di dare le relative risposte che, in un successivo momento, potranno essere riprese in uno studio specificamente dedicato ai problemi dell'interpretazione. Questi ultimi, nondimeno, com'è chiaro, condizionano anche gli svolgimenti dell'indagine in corso e non possono, pertanto, essere del tutto ignorati.

Faccio solo un esempio a riprova di quest'assunto.

E, dunque, si torni a considerare, solo per un momento e di passaggio, il rilievo (ma anche i limiti) dell'*original intent* che, con specifico riguardo all'interpretazione costituzionale, ci è stato detto dalla giurisprudenza costituzionale (specie, come si sa, nella notissima [sent. n. 138 del 2010](#)) avere l'idoneità ad esprimere un vincolo stringente unicamente per ciò che attiene al c.d. "nucleo duro" del volere di coloro che scrissero la Carta. Nel momento stesso in cui ammette che, attorno al "nucleo" in parola, si dia una parte circostante non "dura" bensì morbida e, perciò, riplasmabile dagli operatori, la Corte ritaglia e preserva a beneficio degli interpreti della Costituzione (e, dunque, in primo luogo di se stessa...), uno spazio entro cui può affermarsi il *principio della discrezionalità del giudice* (e dell'interprete in genere). Ciò che equivale a dire che, così come si dà uno spazio entro cui il legislatore può ricercare soluzioni comunque compatibili con la Costituzione in svolgimento delle previsioni normative in questa contenute, si dà cioè un *principio di discrezionalità del legislatore*, analogamente v'è un *principio di discrezionalità del giudice* nell'interpretazione sia costituzionale che legislativa³. Dobbiamo, insomma, convenire che la soggezione del giudice esclusivamente alla legge, affermazione perentoria ed astrattamente suscettibile di essere intesa in modo rigido⁴, è, a conti fatti, relativizzata. È chiaro, infatti, che se, in premessa, la stessa interpretazione costituzionale è legata all'originaria intenzione di chi ha redatto la Carta unicamente per ciò che attiene al suo "nucleo duro", a

² Su di che, di recente, M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Giappichelli, Torino 2015, e R. GUASTINI, *Interpretare, costruire, argomentare*, in [www.osservatoriosullefonti.it](#), 2/2015.

³ Ne hanno di recente trattato, ma con impostazione e svolgimenti non poco distanti da quelli di qui, R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine. Una prospettiva "quantistica"*, FrancoAngeli, Milano 2013; O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2014, spec. 279 ss., e M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, cit.

⁴ Fa il punto sulla vessata questione D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al diritto. Contributo allo studio dell'art. 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Jovene, Napoli 2008.

maggiore o quanto meno ugual titolo anche l'interpretazione delle leggi comuni va incontro a vincoli comunque non stringenti, estesi cioè ad ogni parte del volere del legislatore⁵.

Se poi ci si interroga sulla consistenza effettiva dello spazio di manovra di cui i giudici dispongono, ovvero sulla consistenza del “nucleo” in parola, ci si avvede subito di essere davanti ad una vera e propria montagna da scalare a mani nude, né la Corte né nessun altro avendo mai chiarito come possano determinarsi i confini dello stesso e a mezzo di quali risorse intellettuali (diciamo pure, di quali canoni teorici e tecniche interpretative) e con quale grado di affidabilità possa a ciò farsi luogo.

Un punto è, nondimeno, da tener fermo; ed è che l'estensione dello spazio entro cui può farsi valere il principio della discrezionalità del legislatore in larga misura dipende proprio dal linguaggio della Costituzione, così come quella entro cui può affermarsi il principio della discrezionalità del giudice dipende dal linguaggio delle leggi, oltre che della stessa Costituzione⁶. Solo che si tratta – come ben si vede – di una soluzione che accheta ed appaga in parte, diciamo pure: in *minima* parte. Una volta, infatti, assodato com'è fatto il linguaggio costituzionale si può tentare di stabilire quali condizionamenti da esso discendano a carico del linguaggio delle leggi e, poi, dall'uno e dall'altro nei riguardi dei giudici. Resta però insoluta la questione di fondo, che è appunto quella relativa al modo o ai modi con cui può essere colta l'essenza del linguaggio costituzionale (il suo “nucleo duro”), separandola da tutto ciò che vi sta attorno⁷.

È interessante notare che il principio della discrezionalità del legislatore e quello della discrezionalità del giudice, pur se teoricamente distinti e distinguibili, non sempre lo sono nei fatti, assai frequenti essendo i casi di reciproca sovrapposizione⁸.

La tipizzazione dei ruoli degli operatori (e, segnatamente, appunto del legislatore e dei giudici) non dovrebbe discutersi, dovrebbe cioè essere un dato inconfutabile del sistema istituzionale, siccome espressivo della sua stessa ragion d'essere. Uso il condizionale dal momento che – come si sa – in tempi sia lontani che vicini essa è stata revocata in dubbio⁹, per quanto la dottrina sia pressoché unanimemente schierata a difesa della diversità, secondo modello, dei ruoli stessi. La separazione dei poteri, pur nella pluralità delle forme espressive di cui si è storicamente rivestita, nonché di quelle,

⁵ La soggezione del giudice alla legge (o, più largamente, al diritto) può, poi, riaffermarsi per aspetti diversi da quello che fa riferimento al volere del legislatore; in ogni caso, non è piena così come lo sarebbe qualora il volere stesso obbligasce alla propria osservanza *in tutto e per tutto*.

⁶ Alle volte (e per norma) il giudice è chiamato a fare i conti sia col linguaggio delle leggi che con quello della Costituzione, altre volte invece si confronta direttamente ed esclusivamente con quest'ultimo, a motivo dell'assenza del primo, ed è pertanto sollecitato a far luogo all'applicazione diretta della legge fondamentale della Repubblica. Molto discussa è l'ipotesi inversa: che si diano, cioè, discipline di legge mancanti di discipline costituzionali con le quali raffrontarsi. Si tratta della vessata questione relativa alla esistenza di lacune costituzionali ovvero di spazi vuoti di diritto costituzionale, sui quali possano impiantarsi e crescere regole legislative (o di altre fonti) o, ancora, delle regolarità della politica o di altra natura. Non si trascuri, tuttavia, per un verso, la formidabile capacità pervasiva dei principi fondamentali, coi quali le regole subcostituzionali sono, ad ogni modo, tenute a fare i conti e, per un altro verso, la parimenti formidabile, pressoché incontenibile, capacità qualificatoria posseduta dal canone della ragionevolezza, idoneo comunque a portare ad un giudizio di validità su tali regole, specie ad opera del tribunale costituzionale.

La consistenza del carico normativo gravante sull'operatore, nondimeno, varia da caso a caso. Non si trascuri, infatti, la circostanza per cui non di rado tra i materiali normativi in campo ve ne sono anche alcuni di origine esterna (e, segnatamente, di natura internazionale e sovranazionale).

⁷ È la stessa questione – se ci si pensa – che si ripropone, ad es., laddove si tratti di verificare se sono rispettati i limiti alla revisione costituzionale, ove ci si disponga nell'ordine di idee, fatto proprio dalla giurisprudenza e dalla dottrina pressoché unanime, favorevole al riconoscimento degli stessi.

⁸ Cfr. al punto di vista di qui in avanti rappresentato quello ancora di recente manifestato da R. BIN, *Processi giusgenerativi ed effettività della Costituzione*, in *Lo Stato*, 4/2015, 11 ss.

⁹ Di recente, v. O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo*, Jovene, Napoli 2010, a cui opinione funzione di garanzia e funzione di direzione politica, anche secondo modello costituzionale, sarebbero indistinguibili. Una opinione – come si vede – che offre un avallo teorico a prassi fortemente discusse e discutibili, *quodammodo* dunque “razionalizzandole”, in linea peraltro con taluni svolgimenti teorici presenti in una nota ricostruzione a riguardo del rilievo delle convenzioni costituzionali [il riferimento è – com'è chiaro – alla tesi di C. ESPOSITO, del quale v. part. il *Saggio sulla controfirma ministeriale*, Giuffrè, Milano 1962, e la voce *Controfirma ministeriale*, per l'*Enc. dir.*, X (1962), 285 ss. ripresa con originali svolgimenti da G.U. RESCIGNO, in molti scritti, tra cui *Le convenzioni costituzionali*, Cedam, Padova 1972].

non rigide, con cui, da noi come altrove, oggi si presenta¹⁰, non ammette che possa essere diversamente. Sappiamo, però, che nella pratica le cose non stanno affatto così e che i casi in cui si assiste ad un pur anomalo, alle volte invero abnorme, esercizio “sussidiario” di funzioni non sono affatto infrequenti, un esercizio fattosi anzi viepiù vistoso e ricorrente, specie negli anni a noi più vicini risultando agevolato da una congiuntura, interna ed internazionale, che ha vigorosamente spinto (e spinge) in tal senso. Basti solo pensare al rilievo, a tal riguardo, assunto dalla crisi economica, che ha incoraggiato (e, in un certo senso, obbligato) gli organi di garanzia (specie quelli apicali, quali il Capo dello Stato e la Corte costituzionale) a svolgere un ruolo innaturale di codecisione politica, alle volte persino di “supplenza” di un’attività degli organi d’indirizzo palesemente carente.

In questa luce, si spiega, ad es., tanto la riscrittura dei testi di legge quanto l’applicazione diretta della Costituzione ad opera dei giudici, laddove sollecitata ad abnormi utilizzi: due esperienze, peraltro, non di rado confluenti l’una nell’altra, sì da rendersi a conti fatti indistinguibili. E ciò, dal momento che la riscrittura in parola alle volte è testuale (così, come si sa, nelle decisioni manipolative della Corte costituzionale), altre volte invece è mascherata, avendosi ugualmente ma prendendo corpo a mezzo di manipolazioni operate per via d’interpretazione, tanto più incisive laddove non dovessero limitarsi al solo piano dell’oggetto bensì estendersi a quello del parametro di giudizio, portando in buona sostanza all’effetto del subdolo rifacimento del dettato costituzionale¹¹.

2. La somma questione relativa al modo o ai modi con cui si riconoscono i principi fondamentali dell’ordinamento e la formidabile apertura strutturale che ne connota le più salienti espressioni nell’esperienza

Si diceva in esordio di questa trattazione che si dà una varietà di linguaggi del legislatore. Se ne ha testimonianza già al piano degli enunciati costituzionali; e basti solo far richiamo alla diversa struttura nomologica con cui si presentano quelli espressivi di principi (e, segnatamente, di principi fondamentali) dagli altri coi quali sono poste le regole, alle volte persino assai minute, che pure si danno in seno alla Carta¹², così come diverso può essere (e, in effetti, molte volte è) il linguaggio della Carta stessa vista nel suo insieme da quello delle leggi costituzionali e delle leggi di revisione costituzionale.

Alcune avvertenze si rendono indispensabili, prima di procedere oltre, con riguardo alle cose appena dette.

La prima.

L’affermazione secondo cui i principi si riconoscono dalla loro struttura a maglie larghe o larghissime è tendenzialmente avvalorata dall’esperienza ma non lo è, appunto, sempre. Oltre tutto, una volta che la questione si sposti al piano degli effetti ricollegabili a siffatta struttura o da essa linearmente discendenti, ci si avvede che il trattamento riservato ai principi stessi e la speciale protezione

¹⁰ Su di che, per tutti, v. G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano, I (1979) e II (1984).

¹¹ Si considerino, ad es., i casi in cui il giudice comune lavora ad arte sia i testi legislativi che gli enunciati costituzionali o quelli di Carte diverse dalla Costituzione ma che con essa condividono la natura di documenti materialmente costituzionali, a conti fatti pervenendo all’esito dell’applicazione diretta di questa o di quella Carta o, magari, di più d’una assieme, laddove si reputi che tra di esse si abbia una sostanziale convergenza e persino una reciproca, inscindibile integrazione di norme. La discussa applicazione diretta della CEDU, alla quale la Consulta si è – come si sa – decisamente opposta, può aversi talora *in modo improprio* o *mascherato*, grazie appunto alle formidabili risorse offerte dall’interpretazione, per quanto la stessa finisca col risolversi in una “non interpretazione”, ogni qual volta si assista ad un vero e proprio stravolgimento dei testi e della sostanza normativa in essi racchiusa (altra questione, che tuttavia non può essere qui ripresa, è se si diano, come a mia opinione si danno, dei casi al ricorrere dei quali possa farsi *in modo proprio* ed alla luce del sole applicazione diretta della Convenzione o di altre Carte ancora).

¹² Sulla discussa distinzione (che, per taluno, è vera e propria contrapposizione) tra principi e regole, v., sopra tutti, R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, tr. it., Il Mulino, Bologna 2010. Sono, di recente, tornati a riflettere sulla vessata questione O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., spec. 297 ss.; C. PINELLI, *Principi, regole, istituti*, in *Dir. pubbl.*, 1/2015, 35 ss., e N. ZANON, *Pluralismo delle culture e dei valori, unità del diritto: una riflessione*, Lettura annuale della Fondazione Magna Carta, 5 marzo 2015, in www.magna-carta.it.

di cui essi sono comunemente considerati dotati, che li sottrae ad innovazioni che non si abbiano in modo forzoso¹³, può altresì valere pari pari anche per norme che di per sé non sono principi bensì regole che ne danno il *primo, diretto e necessario* svolgimento, al punto che la rimozione di queste ridonderebbe subito in una inammissibile violazione di quelli¹⁴. La differenza di natura o di struttura, dunque, pur laddove rimanga, viene però praticamente a dissolversi al piano delle sue proiezioni esterne, degli effetti appunto.

La seconda riguarda la riconoscibilità dei principi fondamentali e il rilievo che agli stessi, una volta conosciuti, è da assegnare nelle pratiche interpretative¹⁵.

Come si è tentato di mostrare in altri luoghi, i principi infatti non sono un *prius* dell'interpretazione costituzionale bensì un *posterius*, sono cioè essi stessi l'esito di un fatto o processo interpretativo, che richiede di avere un orientamento ed un verso per potersi affermare e giungere a compimento, un orientamento che, a mia opinione, viene *ab extra*, è cioè *fuori e prima* della Carta, quale microcosmo o sistema in sé conchiuso e significante: è, insomma, nei *valori* in nome dei quali è stata condotta la battaglia vittoriosa contro il vecchio regime e per la fondazione del nuovo¹⁶, espressivo di un'*etica pubblica* dirompente nei riguardi del passato ordinamento ed irriconoscibile alla luce dei principi posti a fondamento di quest'ultimo¹⁷.

Ora, i valori si conoscono col fatto stesso di essere intimamente sentiti, vissuti, tradotti in comportamenti ad essi conseguenti¹⁸. È la percezione dei valori, la loro conoscenza intuitiva, che guida nella ricerca e selezione prima e, quindi, nella messa a punto semantica degli enunciati espressivi dei principi fondamentali, i quali pertanto si pongono quale la traduzione prima, la più genuina ed immediatamente espressiva, dei valori.

Il diritto è, dunque, solo l'immagine riflessa di un corpo ideale, composto dall'insieme dei valori nel loro fare sistema e dare un senso complessivo alla Costituzione e, per il tramite di questa, all'intero ordinamento.

La terza notazione riguarda la differenza di struttura che – come si è veduto – ordinariamente si ha tra gli enunciati che danno i principi e gli enunciati restanti. Una differenza che non si deve alla circostanza per cui gli uni sono la più genuina espressione del potere costituente, dal momento che la stessa Carta – come si è rammentato – contiene altri enunciati, che non danno principi bensì regole la cui modifica rientra nella disponibilità del potere costituito di revisione costituzionale, le quali regole nondimeno sono esse pure espressive in modo genuino della volontà del Costituente.

Il vero è che l'apertura strutturale degli enunciati prescinde dalla *qualità* delle norme dagli stessi prodotte, così come questa da quella e, almeno in parte (come si vedrà a momenti) dalla *origine* degli enunciati espressivi delle norme stesse, vale a dire dalla loro *natura* di prodotti di potere costituente ovvero di potere costituito, secondo quanto peraltro confermano le stesse regole relative alla revisione

¹³ Il riferimento – com'è chiaro – è ora circoscritto ai soli principi fondamentali dell'ordinamento ed alla nota teoria dei limiti alla revisione costituzionale, la quale nondimeno richiederebbe, a mia opinione, di essere fatta oggetto di non poche precisazioni teoriche, di cui è chiaramente altra la sede (un cenno, nondimeno, *infra*).

¹⁴ Nulla, invece, osta a che regole siffatte possano essere sostituite con altre regole, anche significativamente diverse dalle prime e tuttavia parimenti idonee a dare ai principi lo svolgimento di cui hanno comunque bisogno e, laddove possibile, ad offrire loro un servizio ancora più adeguato di quello assicurato dalle norme originarie. L'appagamento di siffatta condizione richiede, nondimeno, un accertamento da fare caso per caso.

¹⁵ Ne ha, ancora di recente, trattato, ma con svolgimenti argomentativi e lungo un itinerario teorico-ricostruttivo distanti da quelli di qui, P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2015.

¹⁶ Un riferimento ai valori ed al collegamento che viene di conseguenza ad instaurarsi tra i principi fondamentali e "le culture presenti nella base materiale dell'ordinamento costituzionale" è, ora, in A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir., Ann.*, VIII (2015), 269 e, già, dello stesso, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2/2010, 311 ss.

¹⁷ La qual cosa, poi, per la sua parte avvalorata l'idea che all'interpretazione costituzionale (e, generalizzando, all'interpretazione *tout court*, specie di quella delle leggi, costituzionalmente orientata) non può restare estraneo il riferimento all'*etica* suddetta (diversamente, ora, F. RIMOLI, *L'interpretazione "morale" della Costituzione: brevi considerazioni critiche*, in www.rivistaaic.it, 3/2015, 18 settembre 2015).

¹⁸ Mi piace qui rammentare la splendida, commovente lezione di Piero Calamandrei agli universitari milanesi del '55, con l'invito in essa fatto a cogliere l'essenza della Costituzione in quell'atto di ribellione collettiva che è stata la resistenza.

costituzionale, in vista del miglior servizio da apprestare, specie a seguito di un mutato contesto, ai valori fondamentali dell'ordinamento.

L'apertura suddetta, infatti, può riscontrarsi anche ai piani sottostanti rispetto a quello costituzionale, non poche essendo le leggi comuni ed altri atti ancora che ne sono variamente connotati; la qualità invece, una volta che la s'intenda – come, a mia opinione, giova intenderla – in prospettiva assiologicamente ispirata¹⁹, si fa riportare all'attitudine delle norme a servire i valori, dipende cioè dalla “distanza”, ora più ed ora meno corta, che le separa dai principi stessi (e, per il tramite di questi, dai valori), da cui solo a conti fatti discendono “coperture” assiologico-positive ora più ed ora meno consistenti ed efficaci, specie in sede di operazioni di bilanciamento secondo i casi.

Se poi ci si interroga in merito alle indicazioni che possono aversi dall'esperienza a riguardo dei caratteri strutturali degli enunciati costituzionali, ci si avvede subito che alla domanda non è possibile dare una sola ed univoca risposta.

Innanzitutto, occorre distinguere a seconda che la questione sia ambientata al piano teorico-generale ovvero a quello dogmatico. All'uno, è giocoforza rispondere che non si è data né si dà una connotazione monotipica di Costituzione, come tale sistematicamente ricorrente. Un'analisi pur superficiale e parziale in prospettiva comparata avvalorata ampiamente l'idea secondo cui si danno Costituzioni – come un tempo le si chiamava – corte e lunghe o lunghissime, le quali tutte, quale più quale meno, possono rimanere “silenti”²⁰ in relazione a porzioni anche consistenti della materia costituzionale²¹, con effetti sovente imprevedibili, ad oggi comunque non sufficientemente esplorati: a riprova, appunto, del fatto che l'essenza di una Costituzione non riposa nel modo con cui sono scritte le proposizioni di cui essa si compone ma in ciò che le stesse rappresentano, nei valori cioè cui danno voce. Il carattere particolarmente dettagliato di alcune di tali proposizioni può, poi, avere plurime ragioni: ora riportarsi alla cautela con cui si è voluto circondare l'azione di taluni organi o enti potenzialmente idonea a mettere a rischio certi valori (si rammenti, al riguardo, com'era fatto il vecchio art. 127 della nostra Carta²²), ora a ragioni di ordine tecnico-procedimentale (così, ad es., per ciò che attiene alla

¹⁹ Non escludo, ovviamente, che possano darsi accezioni diverse del termine, quali quelle usualmente date con riguardo all'utilizzo delle tecniche di *drafting*; l'accezione maggiormente promettente interessanti esiti teorico-ricostruttivi tuttavia a me pare essere quella qui nuovamente patrocinata.

²⁰ *Nel silenzio della Costituzione* è il titolo di un attento studio di recente portato a termine da Q. CAMERLENGO e che può vedersi in *Dir. soc.*, 2/2014, 267 ss.

²¹ La qual cosa poi dimostra che, per un verso, avuto riguardo ad un ordinamento positivo dato, la materia costituzionale risulta da ciò che è fatto oggetto di normazione costituzionale, per effetto di libere scelte compiute dal Costituente, e però, per un altro, è pur vero che, per il fatto stesso che la vicenda costituente ha portato alla fondazione di un ordine costituzionale di un certo tipo (ad es., d'ispirazione liberaldemocratica), possono riscontrarsi (e effettivamente si riscontrano) in seno alla materia stessa sue porzioni lasciate scoperte o, comunque, insufficientemente coperte dalla normazione stessa. In questo senso, può anche dirsi che la materia in parola *preesiste* alla sua positivizzazione (così, ora, lo scritto da ult. cit. e, se si vuole, il mio *Linguaggio della Costituzione e linguaggio delle leggi: notazioni introduttive*, Intervento alle VIII Giornate internazionali di diritto costituzionale su *La lingua dei giuristi*, cit., in www.osservatoriosullefonti.it, 3/2015), risultandone i lineamenti dal fatto storico-politico che ha portato all'abbattimento del vecchio ordine costituzionale ed alla edificazione sulle sue ceneri del nuovo. È pur vero, tuttavia, che la struttura della materia stessa possiede una intrinseca, elevata elasticità, che le consente di adattarsi all'emersione di nuovi, intensamente avvertiti, bisogni, sì da restringersi ovvero dilatarsi a mo' d'elastico. La maggiore tendenza è, ad ogni buon conto, proprio in quest'ultimo senso, secondo quanto confermato da indagini svolte in chiave comparatistica, dalle quali risulta che Carte costituzionali di fresca redazione ovvero revisioni di Carte anche risalenti portano perlopiù alla positivizzazione di istanze dapprima sconosciute e successivamente ritenute meritevoli di disciplina di rango costituzionale, tanto in relazione alla parte sostantiva (si pensi solo alla “invenzione” dei nuovi diritti, specie di quelli maggiormente legati allo sviluppo scientifico e tecnologico) quanto in merito alla parte organizzativa (con specifico riferimento alla quale, maggiori ragguagli possono, volendo, aversi dal mio *La Costituzione allo specchio: linguaggio e “materia” costituzionale nella prospettiva della riforma*, Giappichelli, Torino 1999).

²² ... che faceva chiaramente trasparire la preoccupazione avvertita dal Costituente circa il modo con cui avrebbero potuto operare le Regioni, pur essendosi lo stesso Costituente mostrato deciso ad offrire all'autonomia regionale l'opportunità di affermarsi a mezzo di atti, le leggi, per natura emblematicamente espressivi d'indirizzo politico e, perciò, potenzialmente idonei a mettere a rischio l'unità-indivisibilità della Repubblica; una preoccupazione che, a ruoli invertiti, non si aveva (o, meglio, non si avvertiva in egual misura) con riguardo alla eventualità che leggi statali, portatrici di istanze unitarie, potessero attentare all'autonomia stessa. Non a caso, d'altronde, mentre la Carta prevedeva, con disposti assai

nuova versione dell'art. 70, secondo la riforma costituzionale in cantiere). La qual cosa dimostra che i valori rimangono ma che i modi coi quali essi ricevono (e devono ricevere) un adeguato inveroamento nell'esperienza possono anche significativamente cambiare.

Al piano positivo, poi, credo che non vi sia oggi alcuna Costituzione che non esibisca al proprio interno una gamma estremamente varia di "tipi" di struttura nomologica, al punto da rendere un'impresa assai ardua, forse invero votata a sicuro insuccesso, quella volta alla loro pur approssimativa catalogazione.

La ricorrente affermazione secondo cui il linguaggio della Costituzione, essendo fatto per durare a lungo nel tempo²³, è dotato di una struttura linguistica a maglie più larghe di quelle di cui sono usualmente dotate le leggi comuni può, dunque, dirsi confermata nella sua indicazione di tendenza ma non è, appunto, sempre vera, nulla vietando che si diano disposti di legge comune provvisti di ancora maggiore ampiezza strutturale di enunciati costituzionali²⁴. La stessa Costituzione prefigura alcune specie di legge che dovrebbero essere caratterizzate da tendenziale ampiezza strutturale, come ad es. quelle che pongono "principi fondamentali" ai quali le leggi adottate dalle Regioni sulle materie di cui all'art. 117, III c., sono – come si sa – tenute a conformarsi. "Principi" che – è ormai provato – non sono ovviamente confrontabili con gli stessi "principi fondamentali" della Carta costituzionale, coi quali hanno in comune unicamente l'identità del nome, che tuttavia si appunta su "cose" profondamente diverse. È poi a tutti noto che si è data una vistosa manipolazione della formula costituzionale, fatta scivolare dal piano strutturale a quello funzionale, acquisendo il significato di *ogni* norma comunque servente interessi infrazionabili nel territorio e, perciò, bisognosa di essere comunque osservata dalle fonti di autonomia. La qual cosa, poi, rende per la sua parte eloquente testimonianza del basso, in qualche caso bassissimo, grado di *intensità prescrittiva* espresso dal linguaggio costituzionale in genere, incapace di reggere all'urto di interessi incorporati entro le maglie della struttura degli enunciati costituzionali ma che vigorosamente premono per debordare dalle stesse.

3. *La forza normativa in senso sostanziale delle norme costituzionali, in ispecie dei principi fondamentali, e la pregnanza assiologica da essi posseduta, poggiante su norme consuetudinarie di riconoscimento della loro validità*

Le notazioni da ultimo svolte danno conferma della necessità di distinguere tra una *forza normativa in senso formale* ed una – come si diceva – *sostanziale*.

Per l'una, è avvalorata l'immagine tradizionale che vede al vertice dell'ordine interno delle fonti la Costituzione quale *fons fontium*, il punto di unificazione-integrazione dell'ordinamento, dal quale

minuti, il controllo statale sulle leggi regionali, taceva invece in merito al controllo regionale sulle leggi dello Stato, fatto oggetto di regolazione fuori della Carta stessa. E, sempre non a caso, il primo dei controlli suddetti aveva carattere preventivo, diversamente dal secondo, che era successivo.

Questo sperequato regime, una volta consolidatasi la Repubblica e presa consapevolezza che dalle Regioni non venivano rischi concreti per l'unità, è stato quindi rimosso – come si sa – con la riscrittura del Titolo V del 2001. È interessante notare che, laddove si sono, ancora di recente, avute manifestazioni d'insofferenza o intemperanza in alcune Regioni, esse sono state prontamente e fermamente debellate (v., da ultimo, [sent. n. 118 del 2015](#)). La circostanza, poi, che esse possano eccezionalmente presentarsi nulla toglie, a mia opinione, alla bontà della scelta fatta nel 2001 (e confermata dalla legge di riforma in cantiere) col parificare il regime dei controlli. Per l'aspetto ora considerato, si può apprezzare quella maggiore "qualità" delle norme della revisione del 2001 rispetto alle stesse norme originarie della Carta, cui si faceva un momento fa cenno, in ragione della più adeguata protezione apprestata al valore di autonomia.

²³ Notazione corrente e risalente. Sulla dimensione temporale in cui s'inscrivono i documenti costituzionali v., tra gli altri, T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale* (1978), ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, 477 ss.; L. CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 2009, spec. al cap. II, e, più di recente, S. BARTOLE, *Il tempo e i tempi della Costituzione*, in *Studi in onore di F. Modugno*, I, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 221 ss.; L. PATRUNO, *L'elasticità della Costituzione*, Giappichelli, Torino 2012; M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in www.rivistaaic.it, 1/2013, 1° marzo 2013.

²⁴ In argomento, tra gli altri, G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2/1989, 229 ss.

l'intero ordinamento stabilmente si tiene, ogni atto espressivo di potere costituito essendo comunque soggetto all'osservanza del solo atto espressivo di potere costituente. Persino, laddove l'uno si rivela in grado d'innovare all'altro, ciò pur sempre si deve – secondo la più accreditata ricostruzione di questa esperienza – ad un'abilitazione in tal senso al primo concessa dalla Carta e nei limiti al riguardo stabiliti.

Per l'altra, l'ordine gerarchico naturale e positivo, che vede ogni fonte soggetta alla Costituzione, può trovarsi sotto *stress* fino ad essere ribaltato su se stesso in presenza di enunciati la cui struttura nomologica è passibile di forti manipolazioni semantiche, esprimendo pertanto vincoli lassi e non stringenti²⁵.

L'una forza si rende manifesta ed apprezza al piano della *teoria delle fonti*, l'altra a quello della *teoria dell'interpretazione*; e gli esiti ai quali esse fanno pervenire possono essere, come effettivamente sono, sensibilmente divaricati, dimostrandosi irriducibili ad unità ricostruttiva.

Quale prima conclusione si può, dunque, trarre dalle cose fin qui dette? Se la natura degli enunciati, l'essere cioè espressione di potere costituente ovvero di potere costituito, e il modo con cui si presenta la loro *struttura* non sono decisivi al fine del riconoscimento della loro *funzione* e degli *effetti* concretamente prodotti, se ne ha che la caratterizzazione del linguaggio non costituzionale rispetto a quello costituzionale (e, ulteriormente specificando, del linguaggio espressivo dei principi fondamentali dell'ordinamento) va ricercata non già al piano della diversa *intensità prescrittiva*, della *forza normativa in senso sostanziale*, bensì a quello – se così può dirsi – della *densità o pregnanza assiologica*²⁶, che connota alcuni enunciati (in ispecie, appunto, quelli espressivi dei principi di base dell'ordinamento) in ragione del peculiare modo con cui si riportano ai valori che stanno a fondamento dell'ordinamento stesso.

In realtà, la *pregnanza assiologica*, di cui si discorre nel testo, non tanto dipende – come si diceva – dall'essere le norme che la possiedono espressione di potere costituente, nulla escludendo che anche norme di potere costituito possano esserne dotate in ancora maggiore misura.

²⁵ La immediata intelligibilità del linguaggio del Costituente è qualità che risponde ad un'esigenza messa in particolare evidenza già da Meuccio Ruini al momento dell'avvio dei lavori dell'Assemblea, laddove – come rammenta E. CHELI, *Il problema storico della Costituente*, in *Pol. dir.*, 1973, 212 – ebbe a manifestare l'auspicio che la nuova Carta costituzionale risultasse “piana, semplice, comprensibile anche alla gente del popolo” e “per quanto possibile, italiana”; una qualità ancora di recente messa opportunamente in rilievo da una sensibile dottrina (P. CARETTI, *Lingua e Costituzione*, in www.rivistaaic.it, 2/2014, 16 maggio 2014, spec. al § 1.2, e, ora, F. BAMBI, relaz. alle Giornate su *La lingua dei giuristi*, cit., in *paper*) che, tuttavia, per una singolare e sfortunata eterogenesi del fine, lungi dal porre un argine efficace a letture strumentalmente forzose, manipolative, del dettato della Carta, piuttosto molte volte le ha, pur se involontariamente, agevolate ed alimentate. D'altronde, è questo un effetto – direi – naturalmente discendente da parole scelte per essere capite da tutti, e non già da pochi iniziati in grado di esprimersi con un linguaggio tecnico e altamente specializzato, per quanto invero nella Carta non facciano difetto termini ricorrenti nei discorsi dei giuristi (sui rapporti tra il linguaggio costituzionale e quello comune, v., nuovamente, lo scritto di G. SILVESTRI, sopra cit.). Di contro, la lingua delle leggi comuni, specie di alcune, richiede – secondo la testimonianza di un costituzionalista che ha vissuto l'esperienza del parlamentare – “più di un ‘lavaggio’ in Arno per diventare accettabile per le persone normali” (R. ZACCARIA, *Per una politica linguistica costituzionale*, relaz. al Convegno su *Il potere della lingua. Politiche linguistiche e valori costituzionali*, Roma 19 febbraio 2014, in *Osservatorio costituzionale* dell'AIC, marzo 2014; *ivi*, altri interventi di vario segno). Temo, poi, che il giudizio possa essere ancora più crudo e severo con riguardo a talune revisioni della Carta, in special modo alla riscrittura del Titolo V operata nel 2001 (che si distingue per alcune, rare “perle linguistiche”, le non poche contraddizioni, le affermazioni sibilline) e, più di recente, al nuovo art. 81, laddove sono termini che hanno già dato (ed è facile previsione che ancora daranno) non poco filo da torcere a studiosi ed operatori. Mi si consenta, infine, di non esprimere, *pietatis causa*, alcun commento sul linguaggio della riforma Renzi, specie di alcuni suoi enunciati (come a riguardo dei compiti che dovrebbero essere affidati al nuovo Senato).

²⁶ In questi termini se ne tratta, ora, nel mio *Linguaggio della Costituzione e linguaggio delle leggi*, cit.; nel mio primo lavoro di respiro monografico ho invece preferito discorrere, con diversa espressione ma sostanziale identità di concetti, di “qualità di pregevolezza normativa”, propria di alcune norme ed in capo ad esse discendente dal modo con cui si dimostrano in grado di servire i valori fondamentali dell'ordinamento (v., dunque, volendo, il mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977, spec. 240 ss.). Alle sommarie ed acerbe indicazioni date in questo scritto mi sono, quindi, sforzato di dare seguito e ulteriore sostegno argomentativo in altri contributi.

La tesi è, a mia opinione, generalizzabile, non potendosi neppure escludere l'evenienza che leggi comuni possano farsi portatrici di norme ancora più "pregevoli" – se così posso ora dire, riprendendo un termine già presente nel mio scritto monografico sopra richiamato – di quelle presenti in leggi costituzionali (e così, in genere, con riguardo agli atti di cui si compone l'ordinamento). Non a caso, d'altronde, le une leggi possono concorrere alla incessante rigenerazione semantica delle altre, facendo valere sul campo un *primato culturale* che ha peraltro la radice da cui stabilmente si tiene ed alimenta pur sempre nella Carta e nei suoi valori, segnatamente in quelli di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità). Solo i principi fondamentali (e, ulteriormente specificando, il loro "nucleo duro"²⁷), quali espressioni grafiche le più genuinamente espressive dei valori in nome ed in funzione dei quali è stato edificato l'ordinamento, sono dotati di una valenza assiologica che non si ritrova presso alcuna altra norma, per la elementare ragione che si pongono a parametro di tutte le norme restanti, giustificando il loro aggiornamento positivo e la eventuale caducazione²⁸, laddove risulti provata la loro inadeguatezza a dare l'ottimale servizio ai valori stessi.

La qual cosa, poi, ulteriormente conferma che il fondamento degli stessi principi fondamentali ha carattere – come si diceva – metapositivo, storico-politico, radicandosi nel terreno in cui si è affermato ed è emerso il potere costituente, che da esso ha tratto alimento e giustificazione.

Così stando le cose, va poi ulteriormente precisato che la forza in senso sostanziale, di cui si è fin qui discusso, può essere intesa in due modi bisognosi di essere tenuti reciprocamente distinti.

Riferita agli enunciati, essa può presentarsi – come si è venuti dicendo – in minor misura in capo a quelli costituzionali rispetto a quelli non costituzionali ovvero in capo a certi disposti piuttosto che ad altri della stessa Carta o, in genere, di uno stesso documento normativo, i quali tutti possono esprimere, in ragione della struttura nomologica di cui sono dotati, una diversa, "graduata" *intensità prescrittiva*.

In prospettiva assiologicamente orientata, tuttavia, *ove cioè si abbia riguardo alle norme*, non alle *disposizioni*, ed in specie ad *alcune* norme dotate di particolare pregnanza assiologica siccome idonee ad offrire l'ottimale servizio ai valori, malgrado il vincolo lasso – come si diceva – espresso dalle disposizioni stesse, la capacità di vincolo prodotta dalle loro norme può apprezzarsi in una misura tale da non riscontrarsi in capo ad altre norme desunte da enunciati caratterizzati da notevole intensità prescrittiva.

La misura del vincolo, in altri termini, può dipendere dalla misura in cui i valori sono effettivamente sentiti; e possono perciò farsi, ed effettivamente si fanno, *diritto vivente*, imprimendo una spinta vigorosa per la loro attuazione ed orientando gli svolgimenti storico-positivi dell'intero ordinamento e delle sue singole parti.

La pregnanza assiologica delle norme poggia, dunque, su norme consuetudinarie di riconoscimento della loro validità, largamente diffuse e sistematicamente osservate, la cui complessiva consistenza può essere colta unicamente in prospettiva assiologicamente connotata. Il fondamento dell'ordine positivo, in breve, sta e si risolve nel fatto stesso della sua osservanza, o meglio della media osservanza delle norme che lo compongono, a partire appunto da quelle espressive di principi: fondamento ed essere, o meglio divenire, dell'ordinamento sono una sola cosa, apprezzabile nella sua

²⁷ I principi, infatti, non si sottraggono, a mia opinione, alla loro revisione *in melius*, volta cioè a fare ulteriormente espandere la loro *vis* espressiva, sempre che la revisione stessa si abbia nel segno della fedeltà evolutiva rispetto al "nucleo duro" dei principi medesimi (che i mutamenti costituzionali debbano considerarsi illeciti laddove si presentino a finalità di "restaurazione" è stato efficacemente argomentato da G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e i limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Giuffrè, Milano 1987, 1183 ss., spec. 1206; il mio pensiero sul punto può, volendo, vedersi nel mio *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento*, in *Dir. soc.*, 4/2005, 451 ss.)

²⁸ Quest'ultima è tuttavia possibile – come si sa –, in specie per mano dei giudici, unicamente con riferimento a norme di potere costituito. Si faccia caso alla stranezza: una norma di potere costituito può essere – come si è veduto – ancora più pregevole di norme di potere costituente; ciononostante, essa non si sottrae alla eventualità del suo annullamento, diversamente dalle norme risultanti dagli enunciati confezionati dallo stesso Costituente che, pur se meno pregevoli delle prime, si sottraggono, in via di principio, al loro annullamento. Tutto, insomma, sempre dipende dai casi e dalle combinazioni di ordine assiologico dagli stessi sollecitate a formarsi.

complessiva consistenza unicamente attraverso la costante osservazione dell'esperienza, illuminata dai valori.

In realtà, le norme stanno – per dir così – a mezzo del contesto fattuale in cui si inscrivono ed inverano e dei valori che danno il riconoscimento della loro validità e, prima ancora, tracciano il solco o il verso dell'attività interpretativa che porta alla loro emersione. I *valori in alto* e il *“fatto” in basso* sono i punti di riferimento ai quali fanno capo le norme, in cui cioè queste rinvencono la giustificazione, il *fine* ed il *confine* a un tempo, del loro vigore, della loro stessa esistenza²⁹. La dimensione assiologica e la dimensione fattuale, nella loro congiunta ed inscindibile composizione, portano, dunque, alla produzione delle norme, al loro fare “sistema”, al loro radicamento nel terreno dell'esperienza, alla loro giustificazione.

4. Riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, e differenze dei rispettivi linguaggi, secondo modello e secondo esperienza

Di ciò si ha particolarmente significativa ed attendibile conferma sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali.

Tralasciando, dunque, ora ogni questione specificamente riguardante il linguaggio della Costituzione e delle leggi in relazione alla materia della organizzazione, di cui non tocca qui dire, e venendo all'esame del modo con cui esso si atteggia sul terreno in cui maturano le esperienze relative ai diritti, occorre subito mettere in chiaro che le principali differenze di linguaggio sono da riportare alla parimenti diversa *funzione* e *struttura* degli atti che entrano in campo a salvaguardia dei diritti stessi. Differenze che poi, allo stesso tempo, sono altresì di *piano* o *livello* e, per ciò pure, di *natura* degli atti stessi.

Muovo al riguardo da un esito teorico-ricostruttivo altrove argomentato e sul quale, dunque, non reputo ora opportuno indugiare; ed è che, secondo modello, si dà una tipicità inconfondibile di ruoli, di funzione appunto, tra la Costituzione, cui solo è demandato il *riconoscimento*, nella sua stretta e propria accezione, dei diritti fondamentali, ed altri atti, quali le leggi o gli statuti regionali (o altri atti ancora) ai quali compete, in svolgimento delle indicazioni costituzionali, apprestare la *tutela* normativa dei diritti stessi, cui fa quindi seguito l'ulteriore tutela apprestata dagli operatori restanti (in specie, la tutela giurisdizionale, ulteriormente differenziata o tipizzata al proprio interno, distinguendosi quella offerta dai giudici costituzionali³⁰ dall'altra che viene dai giudici comuni).

Tutto ciò, appunto, *secondo modello*. D'altronde, il prototipo di Costituzione si è affermato proprio così negli ordinamenti di stampo liberale, a questo suo precipuo e caratterizzante fine, mirabilmente sintetizzato nell'art. 16 della *Dichiarazione* del 1789 che ha instaurato un rapporto di corrispondenza biunivoca tra Costituzione e diritti, l'una avendo senso per il servizio che, essa sola, è in grado di

²⁹ Si perviene, cioè, alla produzione di certe norme, piuttosto che di altre, in sede d'interpretazione, in ragione della pressione esercitata, dall'alto, dai valori e, dal basso, dal “fatto”, che viene così a farsi esso stesso parametro, segnatamente nei giudizi secondo ragionevolezza (ho, ancora non molto tempo addietro, studiato i fatti “interposti” nel mio [Fatti “interposti” nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana](#), in questa [Rivista](#), 2014, 6 novembre).

³⁰ Riprendendo, poi, una tesi altrove caldeggiata, intendo qui il termine “costituzionale” *in senso materiale*, ai giudici costituzionali di diritto interno affiancando e ad essi *quodammodo* assimilando i giudici internazionali e sovranazionali (per ciò che qui più da presso importa, le Corti europee). Di ciò, d'altronde, una crescente dottrina si mostra ormai avvertita [tra gli altri, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; O. POLLICINO, che ne ha trattato a più riprese: ad es., in *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 31 dicembre 2013; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 2013, 3657 ss. Infine, A. SPADARO, *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, relaz. alla Giornata di studio su *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, Messina, 16 ottobre 2015, in *paper*].

offrire ai diritti, col fatto stesso di darne il *riconoscimento*; gli altri acquistando significato proprio grazie a siffatto servizio e, *con ciò stesso*, dando significato alla Costituzione.

Col tempo, questa che nel corso dell'intera vicenda liberale è stata una qualità esclusiva e identificante della Costituzione si è trovata ad essere da quest'ultima condivisa con altri documenti normativi, le Carte internazionali dei diritti, ai quali nondimeno è concesso di poter spiegare gli effetti loro propri unicamente grazie ad un previo riconoscimento della loro idoneità allo scopo operato in ambito interno e secondo le modalità al riguardo stabilite dalla stessa Costituzione³¹. Di modo che è pur sempre da tener fermo il principio per cui le Carte suddette, nella dimensione nazionale, valgono se ed in quanto è così voluto da chi le recepisce e, comunque, entro i limiti segnati dalla cornice costituzionale (in ispecie, dai principi fondamentali, nel loro fare "sistema").

Il modello, insomma, conferma che, senza la Costituzione o al di fuori di essa, non può aversi *riconoscimento* dei diritti; e, per questo verso, conferma altresì che il *primo, essenziale e necessario* strumento a salvaguardia dei diritti stessi è, e rimane, la Costituzione stessa. La legge viene dopo e solo dopo; e dopo ancora entrano in scena i giudici.

Alla differenza di funzione, poi, si accompagna una differenza di struttura e, perciò, di estensione del linguaggio normativo, dal momento che al fine del riconoscimento bastano poche parole, mentre la tutela, per risultare adeguata ed efficace, richiede un discorso normativo più lungo e dettagliato; e, però, pur sempre fino ad un certo punto.

La varietà dei casi della vita, la complessità degli interessi in campo, la pretesa crescente e pressante volta alla salvaguardia di nuovi diritti ovvero dell'allestimento di forme nuove di tutela degli stessi diritti vecchi, un mutato contesto internazionale e sovranazionale, oltre che interno: questo ed altro ancora ha fatto sì che, laddove il legislatore è intervenuto con discipline eccessivamente minute, rigide, costrittive, si è non poche volte imposto il loro temperamento da parte dei giudici, specie per mano di quelli costituzionali, obbligati, in vista di un congruo bilanciamento tra gli interessi stessi, ad incisivi interventi nella struttura del dettato legislativo, sì da renderlo maggiormente duttile ed adeguato ai casi. Manipolazioni anche di particolare rilievo, pur se non sempre immediatamente visibili, si sono avute (e quotidianamente si hanno) altresì per iniziativa dei giudici comuni, costretti tuttavia dai limiti delle loro funzioni a mascherare ad arte le innovazioni normative – ché di questo, a conti fatti, si è trattato e si tratta³² – poste in essere, ammantandole delle candide vesti dell'interpretazione conforme (a Costituzione, diritto internazionale, diritto dell'Unione europea). E non è inopportuno al riguardo rammentare che siffatta tendenza è stata, pur se involontariamente, incoraggiata dalla giurisprudenza costituzionale col fatto stesso di sollecitare i giudici comuni a far luogo ad un utilizzo viepiù incisivo e ricorrente della tecnica d'interpretazione in parola.

Si tratta, a questo punto, di verificare quali forme ha assunto il modello succintamente descritto nell'esperienza.

Quella tipizzazione dei ruoli degli atti, di cui poc'anzi si diceva, riceve nell'esperienza plurime torsioni, a più livelli: vuoi per il fatto che talora lo stesso *riconoscimento* di nuovi diritti si è avuto *omisso medio* ad opera di leggi comuni, vuoi ancora per il fatto che esso non poche volte ha preso corpo direttamente ed esclusivamente *ope juris prudentiae* e vuoi infine perché la stessa *tutela*, in talune sue espressioni positive, si è manifestata con la medesima duttilità strutturale che si è veduto

³¹ Accenno di sfuggita ad una tesi, altrove argomentata, favorevole a che l'esecuzione interna delle Carte dei diritti, proprio a motivo della loro natura di documenti materialmente costituzionali, si abbia con atti parimenti costituzionali *quoad formam*; ciò che, tra l'altro, giustifica nel modo migliore quella partecipazione delle Carte stesse ad operazioni di bilanciamento assiologico con la Costituzione che, a mia opinione, in via di principio possono aversi su basi paritarie ed all'insegna del canone della massimizzazione della tutela dei diritti, al di fuori dunque di alcun ordine gerarchico precostituito tra di esse assiomaticamente ritenuto esistente (sul punto, ulteriori precisazioni *infra*).

³² E ciò, ove si guardi appunto alla sostanza delle operazioni poste in essere, indipendentemente cioè dalla circostanza che gli effetti dalle stesse prodotti restano circoscritti al caso ed ai protagonisti delle singole vicende giudiziarie. Non si trascuri, tuttavia, l'effetto di trascinamento e d'imitazione che alle volte si determina, la soluzione adottata in un singolo luogo giudiziario venendo quindi trapiantata in altri luoghi, fino a formarsi un autentico "diritto vivente", provvisto come tale di generale valenza.

esser propria del *riconoscimento*, mescolandosi assieme sì da rendersi praticamente indistinguibili funzioni che avrebbero dovuto restare, ad ogni modo, distinte.

Questa esperienza ha specificamente interessato i diritti nuovi, in modo viepiù vistoso i nuovissimi, la cui affermazione appare essere il prodotto dello sviluppo scientifico e tecnologico o, comunque, è a questo strettamente legata³³. Il che equivale a dire che sono i diritti, per come sono fatti in natura e struttura e quali si rendono palesi attraverso i casi, ad attrarre a sé un certo modello di rapporti tra legislazione costituzionale e legislazione comune, in primo luogo, e, quindi, tra legislazione in ogni sua forma e giurisdizione, sollecitando una certa loro combinazione in vista del raggiungimento del fine, nei limiti in cui risulti possibile alle condizioni oggettive di contesto.

5. Alcune conclusioni discendenti dalle notazioni svolte

Le notazioni appena svolte portano ad alcune conclusioni, per una parte implicite nelle notazioni stesse e, cionondimeno, meritevoli di essere ora meglio precisate, e per un'altra parte bisognose di essere per la prima volta esposte.

5.1. Il carattere sfumato, nell'esperienza, della distinzione tra normazione costituzionale e normazione ordinaria, nonché tra legislazione in genere e giurisdizione

La prima.

Sfuma – come si è dietro accennato – la distinzione, un tempo considerata netta, tra normazione costituzionale e normazione ordinaria, vuoi per il fatto che questa alle volte fa innaturalmente le veci di quella e vuoi ancora perché anche la seconda non conviene che si spinga in una eccessiva (e, perciò, irragionevole) minuzia di disposti, con grave pregiudizio per i diritti; laddove, poi, ciò dovesse aversi, sarebbe giocoforza – come si diceva – per la giurisprudenza intervenire a rendere duttile ciò che nasce rigido. Con il che sfuma altresì la distinzione tra legislazione in genere e giurisdizione³⁴, la seconda non limitandosi ad una mera *applicazione* dei contenuti della prima ma, assai spesso, disponendosi altresì a darvi *attuazione*³⁵, senza peraltro trascurare i casi, essi pure – come si sa – assai frequenti, di anomala “sussidiarietà” posta in essere dai giudici allo scopo di colmare strutturali carenze della legislazione (persino costituzionale).

Si tratta allora di chiedersi se si diano le condizioni per un pur problematico e parziale recupero di quella tipizzazione dei ruoli in cui si esprime il principio della separazione dei poteri e, per il tramite di questo, si coglie ed apprezza la Costituzione nella sua stessa essenza³⁶. Una questione micidiale, da far tremare davvero le vene e i polsi, la cui soluzione rimanda ad altre, non meno ardue, questioni,

³³ Su ciò, ampia trattazione, ora, in E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, relaz. al Convegno AIC su *La scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali*, Roma 6-7 novembre 2015, in *paper*.

³⁴ ... che, nondimeno, ovviamente rimane sotto profili diversi da quelli ora riguardati, quali quelli relativi agli organi, i procedimenti, gli atti e i rispettivi effetti.

³⁵ ... a mezzo di regole che sono quindi applicate ai casi, al punto che, ancora di recente, si è discusso di una “co-produzione” normativa tra giudici e legislatore (A. GUSMAL, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari 2015). Diversa sul punto la posizione di una sensibile dottrina, che vorrebbe invece circoscritta l'attività giurisdizionale alle mera *applicazione* delle previsioni legislative [così, part., ora, M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in www.rivistaaic.it, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim*, e, dello stesso, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in www.rivistaaic.it, 4/2014, 10 ottobre 2014, e, su di lui, i rilievi di R. BIN, in più scritti, tra i quali *I principi costituzionali: uso e applicazioni*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 34/2013, 215 ss., spec. 224 ss.]. La qual cosa, come che la si giudichi per l'aspetto teorico, risulta assai di frequente contraddetta da un'esperienza ormai marcatamente da essa discosta. Insomma, è il contesto quale oggi è, e sempre di più va consolidandosi, a rendere comunque impraticabile lo schema teorico propugnato da questa dottrina.

³⁶ ... dal momento che, senza il riparto della sovranità tra centri istituzionali diversi, non c'è né Costituzione (in senso liberale) né garanzia effettiva della salvaguardia dei diritti fondamentali, secondo la lapidaria, efficacissima formula dell'art. 16 della Dichiarazione del 1789, già richiamata.

alla fin fine coinvolgendo l'intero ordinamento. Perché il vero è che un pur sommario raffronto tra modello ed esperienza mostra quanto sia ormai vistoso lo scarto tra di essi esistente, a determinare il quale peraltro in considerevole misura concorrono fattori di origine esterna (e, segnatamente, internazionale e sovranazionale), che passano cioè sopra le nostre teste e la cui rimozione o modifica va dunque ben oltre le sole nostre forze.

Il terreno sul quale prendono corpo le esperienze riguardanti i diritti e i modi del loro riconoscimento e della loro tutela offre plurime e convergenti testimonianze in tal senso.

5.2. Le aspettative di una più efficace tutela dei diritti per il tramite del “dialogo” tra Corti nazionali e Corti europee, e le “catene” di decisioni funzionalmente connesse e convergenti verso il medesimo scopo cui le Corti stesse fanno luogo

Viene a tal proposito in rilievo la seconda conclusione. La salvaguardia dei diritti, nel presente contesto segnato da una integrazione sovranazionale avanzata e dall'infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale, resta in significativa misura demandata, in aggiunta alla Costituzione, a Carte diverse da questa e, dunque, in buona sostanza, alle Corti che ne sono istituzionalmente garanti.

Sono fermamente convinto che, nel presente contesto, i diritti o ricevono protezione anche in ambito esterno oppure semplicemente non sono, finiscono cioè con lo smarrire la loro stessa essenza e natura di diritti autenticamente “fondamentali”.

L'esperienza, pur nei molti chiaroscuri che la connotano, le non lievi contraddizioni e le tensioni in essa emergenti, avvalora, a mia opinione, questa conclusione. È vero che si danno casi non infrequenti di discordanti orientamenti manifestati dai giudici nazionali (specie, ma non solo, costituzionali) e dai giudici sovranazionali o, diciamo pure, di aperti ed irriducibili conflitti; la qual cosa ha indotto non poca dottrina a prendere le distanze dall'idea di una tutela – come suol dirsi – “multilivello” (che, però, ancora meglio dovrebbe dirsi “interlivello”³⁷) dei diritti, rivendicando orgogliosamente il primato della tutela nazionale, nell'assunto – a mio modo di vedere, meritevole di non poche ed incisive correzioni teoriche – del carattere complessivamente più avanzato ed efficace dei riconoscimenti contenuti nella nostra Carta.

In disparte però il carattere approssimativo di quest'esito, resta il fatto che, accanto ai casi di divergenze d'indirizzo giurisprudenziale, si danno, numerosi e viepiù frequenti, quelli di convergenza e persino di sostanziale identità, frutto di un “dialogo” intergiurisprudenziale costruttivo e fecondo, al quale si deve quel “benefico dinamismo giurisprudenziale” di cui ha, ancora di recente, discorso una sensibile dottrina³⁸.

È chiaro che l'analisi, a questo punto, dovrebbe spingersi in verifiche specifiche, di ordine tematico, riguardanti i singoli campi materiali di esperienza; la qual cosa – com'è parimenti chiaro – qui non può farsi e devesi pertanto rimandare ad altri luoghi di riflessione scientifica. Ciò che, nondimeno, mi sembra essere ormai provato, documentato da innumerevoli casi relativi a campi anche assai distanti l'uno dall'altro, è che, senza le previsioni delle Carte di origine esterna e, soprattutto, il quotidiano servizio apprestato dai giudici non nazionali, molti diritti non avrebbero ottenuto pieno riconoscimento e tutela. Quante conquiste di civiltà giuridica si devono a siffatto servizio, esteso praticamente a tutti i campi e particolarmente vistoso ed apprezzabile, in ispecie, in relazione ai nuovi diritti? Non v'è questione eticamente sensibile in cui la mano dei giudici extranazionali non abbia avuto modo di lasciare un segno marcato, che ha incoraggiato e sovente orientato ed influenzato,

³⁷ Per questa non secondaria correzione teorica, gravida di pratiche implicazioni a largo raggio, v., tra gli altri, L. D'ANDREA, *Brevi riflessioni su governance globale e costituzionalismo interlivello*, in questa *Rivista*, 2014, 6 ottobre.

³⁸ M. CARTABIA, *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2015, 29 ss. (e 30, per il riferimento testuale).

anche in significativa misura, l'intraprendenza dei giudici nazionali³⁹. Persino nel campo dei diritti sociali, con riguardo ai quali una nutrita dottrina rivendica a beneficio della nostra Carta (e, a seguire, della legislazione e della giurisprudenza sulla sua base formatesi) quella *primauté*, di cui si diceva, una più attenta osservazione porta a riconoscere il ruolo non secondario svolto dai giudici europei in vista della loro pur problematica e parziale salvaguardia, in ragione della crisi economica soffocante che segna a fondo il tempo presente (e – temo – segnerà anche il futuro)⁴⁰.

Molti sono i modi con cui gli indirizzi giurisprudenziali si pongono e si combinano a vicenda. Non c'è, insomma, uno schema che meccanicamente si ripete e trasmette con identità di caratteri complessivi. Si dà tuttavia, in misura crescente, un tratto che sembra connotare le più salienti espressioni del “dialogo” intergiurisprudenziale; ed è dato dal formarsi di “catene” di atti funzionalmente connessi e convergenti allo scopo di apprestare una tutela che, senza di esse, verosimilmente non sarebbe stata (e non sarebbe) in modo soddisfacente raggiunta⁴¹. Non di rado, infatti, il motore della produzione giuridica di stampo giurisprudenziale si accende al piano internazionale o sovranazionale, mettendo in moto una macchina che quindi penetra in ambito interno e qui sollecita il prolungamento della produzione stessa ed il suo adattamento ai peculiari contesti nazionali, nonché alla varietà dei casi in essi emergenti.

In congiunture siffatte, è bensì vero che ciascun atto dà luogo ad un proprio effetto giuridico, l'uno dunque distinto da quello degli altri⁴². Una conclusione, questa, che è da tener ferma in prospettiva formale-astratta; in prospettiva sostanziale, però, non è improprio discorrere di un effetto unitario

³⁹ Esemplicazioni, nella ormai nutrita lett., per tutti, in R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*², Aracne, Roma 2014, e, dello stesso, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014; AA.VV., *Biotech Innovations and Fundamental Rights*, a cura di R. Bin - N. Lucchi - S. Lorenzon, Springer, Milano-Dordrecht-Heidelberg-London-New York 2012, nonché, con specifico riguardo alle esperienze di fine-vita, in S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012; G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Giappichelli, Torino 2014, e, più di recente, I. RIVERA, *Il caso Lambert e la tutela della dignità umana come diritto a vivere (e a morire)*, in www.forumcostituzionale.it, 2 settembre 2015. Quanto, poi, alle esperienze d'inizio-vita, ancora S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, del quale v. pure, utilmente, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all'epoca della rivoluzione biologica*, in www.rivistaaic.it, 1/2014, 24 gennaio 2014; inoltre, S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Università degli studi di Trento, Trento 2015; AA.VV., *La procreazione assistita, dieci anni dopo. Evoluzioni e nuove sfide*, a cura di M. Azzalini, Aracne, Roma 2015; M. D'AMICO, *Opportunità e limiti del diritto giurisprudenziale in relazione alle problematiche dell'inizio della vita (i casi della procreazione medicalmente assistita e dell'interruzione volontaria di gravidanza)*, in www.forumcostituzionale.it, 20 luglio 2015, e, della stessa, pure *ivi*, ora, *Le questioni “eticamente sensibili” fra scienza, giudici e legislatore*; M.P. IADICICCO, *La diagnosi genetica preimpianto nella giurisprudenza italiana ed europea. L'insufficienza del dialogo tra le Corti*, in *Quad. cost.*, 2/2015, 325 ss. Infine, M. BASILE, *La fecondazione artificiale eterologa dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 162 del 2014*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Silvestri*, e, pure *ivi*, A. MUSUMECI, *I giudici e la scienza. Note minime a margine della “riscrittura” giurisprudenziale della legge sulla procreazione medicalmente assistita*; E. ROSSI, *L'“attuazione” della sentenza sulla fecondazione eterologa*, e L. VIOLINI, *Regioni ed eterologa: i livelli essenziali di assistenza, il coordinamento politico interregionale e le scelte regionali in materia*.

⁴⁰ Maggiori ragguagli sul punto possono, volendo, aversi dal mio [Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come “sistema” \(notazioni di metodo\)](#), in questa *Rivista*, 2/2015, 538 ss. Indicazioni di vario segno possono ora aversi anche da AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015 (e, part., *ivi*, con riguardo ai diritti sociali, S. GAMBINO, *Diritti sociali e libertà economiche nelle Costituzioni nazionali e nel diritto europeo*, 245 ss.).

⁴¹ Ne ho descritto l'operatività in altri luoghi (tra i quali, [Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive](#), nel vol. coll. da ultimo cit., nonché in questa *Rivista*, 2014, 24 novembre 2014, spec. al § 4).

⁴² ... secondo la magistrale indicazione della più avvertita dottrina [A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV (1965), 432 ss.].

riportabile all'intera "catena" e discendente dallo sforzo congiunto posto in essere da tutti gli operatori⁴³.

5.3. *L'integrazione tra le norme riguardanti i diritti, secondo valore, l'apertura al diritto internazionale e sovranazionale quale principio-mezzo e principio-fine allo stesso tempo e il suo fare "sistema" con la coppia assiologica fondamentale, di cui agli artt. 2 e 3 della Carta, il rilievo crescente della comparazione, anche in funzione della ottimale salvaguardia della certezza del diritto costituzionale e della certezza dei diritti costituzionali*

Si ha così l'opportunità di cogliere come, pur restando distinte le *fonti* (e gli ordinamenti di appartenenza), l'integrazione si renda palese per il tramite delle *norme*; ciò che ora maggiormente preme sottolineare è che essa si pone quale un fatto *dovuto*, rispondente cioè a *valore*. Una conclusione, questa, la terza, che in modo lineare, obbligatorio, discende dalla circostanza per cui l'apertura al diritto internazionale e sovranazionale risulta prescritta da un principio fondamentale dell'ordinamento, di cui agli artt. 10 e 11, nel suo fare "sistema" – come si è tentato di mostrare altrove – coi principi di cui agli artt. 2 e 3.

Il punto è molto importante e merita di essere, ancora una volta, messo in evidenza. Perché i disposti costituzionali usualmente richiamati a sostegno dell'apertura suddetta si pongono quali espressivi di un principio che è, a un tempo, un *principio-fine* ed un *principio-mezzo*. È un fine in se stesso il valore della pace e della giustizia internazionale la cui affermazione passa attraverso limitazioni anche assai consistenti (nel tempo presente, anzi, sempre più consistenti⁴⁴) della sovranità. Ma è anche, e soprattutto, un mezzo in vista dell'ottimale appagamento della *coppia assiologica fondamentale* – come la si è altrove chiamata⁴⁵ – dell'ordinamento, costituita da libertà ed eguaglianza, nelle loro mutue ed inscindibili implicazioni⁴⁶. La coppia in parola si pone, dunque, a fondamento e però anche a limite dell'ingresso in ambito interno di norme ed indirizzi giurisprudenziali aventi origine esterna. Solo che la discesa in campo dei c.d. "controlimiti" non è apprezzabile al piano teorico- astratto, attraverso cioè il mero raffronto degli enunciati o anche delle loro norme considerate *in vitro*, avulse dai casi, ma risulta da verifiche *in vivo*, fatte cioè di volta in volta, a seconda dei casi stessi, che richiedono delicate ed incerte operazioni di bilanciamento assiologico⁴⁷, dovendosi appunto stabilire quale norma o insieme di norme si dimostri in grado d'innalzare il livello della garanzia dei diritti e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti, considerati nel loro fare "sistema"⁴⁸. V'è, insomma, un canone fondamentale, dietro accennato, quello della *massimizzazione della tutela*⁴⁹,

⁴³ La qual cosa, poi, avvalorata l'idea che né gli operatori (e, segnatamente, i giudici) sovranazionali né quelli nazionali possono comunque fare a meno gli uni del supporto degli altri, tutti essendo chiamati, con tipicità di ruoli e di effetti, a concorrere a fare le "catene" suddette.

⁴⁴ ... al punto da indurre molti autori a negare che l'idea stessa di sovranità abbia ormai un senso, di sicuro che abbia preservato quello di un passato anche non molto risalente.

⁴⁵ Per questa qualifica, v., ancora una volta, il mio scritto da ult. cit. § 6.

⁴⁶ Su di che, sopra tutti, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

⁴⁷ Così, d'altronde, è stato nel pur discusso caso risolto con la nota [sent. n. 238 del 2014](#), laddove l'arma dei "controlimiti" è stata alla Consulta azionata con decisione a presidio del valore della dignità di soggetti che hanno molto sofferto durante il secondo conflitto bellico, pur se a mezzo di un apparato di argomenti non scevro, a mia opinione, di gravi contraddizioni e forzature nei riguardi dei canoni che governano il processo costituzionale; e così pure promette di essere in relazione al caso *Taricco*, ove dovesse essere accolta la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'Appello di Milano, II sez. pen., con ord. del 18 settembre 2015.

⁴⁸ All'idea di "sistema" la giurisprudenza, specie negli anni a noi più vicini, si è insistentemente richiamata: come si è tentato di mostrare altrove, non di rado anche per motivi di strategia processuale, volendosi cioè smarcare da un *pressing* insopportabile delle Corti europee, che premevano (e premono) per l'appagamento di pretese soggettive che, per questa o quella ragione, in ambito interno non era offerto o non era sufficientemente offerto (*ex plurimis*, v. Corte cost. [nn. 236 del 2011](#); [264 del 2012](#); [1, 170](#) e [202 del 2013](#); [10](#) e [49 del 2015](#)).

⁴⁹ ... a riguardo del quale, tra i molti altri e di recente, dopo G. SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2009, 13 ss., v., part., S. GAMBINO, *Livello di protezione*

che governa ed orienta la selezione delle norme stesse, non escludendosi il caso – qui è il punto – che anche norme di origine esterna in conflitto con questo o quel principio fondamentale trovino ugualmente il modo di affermarsi e farsi valere in ambito interno, laddove si dimostrino maggiormente idonee delle norme nazionali e persino – perché no? – delle stesse norme costituzionali a portare a siffatto innalzamento.

I “controlimiti”, dunque, possono spiegare effetto, come non averlo, *malgrado l’occasionale ferita inferta a questo o quel principio*, laddove il risultato finale risulti comunque maggiormente appagante ed idoneo all’affermazione della Costituzione come “sistema”; possiamo ora dire: come “*sistema di sistemi*”, che al piano delle relazioni interordinamentali ottiene cioè la sua opportuna messa a punto e realizzazione⁵⁰.

Questo, più che un dato, appare essere un obiettivo bisognoso di essere di continuo riconfermato e preservato, un obiettivo conseguibile unicamente attraverso un “dialogo” – potremmo dire, con espressione mutuata da altro campo di esperienza – *ben temperato*, posto in essere con somma accortezza e con la dovuta attenzione per tutti gli elementi in campo: un “dialogo” pure vario per forme, esiti, effetti, e che si connota pur sempre per il bisogno, che lo sostiene ed alimenta, da tutte le Corti avvertito di “comunicare” tra di loro a vicenda, di non potere – piaccia o no – fare a meno di ricorrere a sempre più frequenti richiami da parte di ciascuna di esse agli indirizzi delle altre, di doverne tenere conto, pur laddove dagli stessi si prendano le distanze (perlopiù in modo mascherato, talora alla luce del sole).

Di qui, il significato, di cruciale rilievo, della comparazione, senza la quale la comunicazione stessa non potrebbe prendere forma né raggiungere gli effetti sperati⁵¹. Una comparazione poi, per

dei diritti fondamentali (fra diritto dell’Unione, convenzioni internazionali, Costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti. Effetti politici nel costituzionalismo interno ed europeo, in www.federalismi.it, 13/2014, 25 giugno 2014; G. D’AMICO, *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell’uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss., nonché negli *Scritti in onore di G. Silvestri*; pure ivi, E. CASTORINA - C. NICOLOSI, “Sovranità dei valori” e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull’evoluzione della giurisprudenza statunitense; L. CAPPUCCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, e C. PANZERA, [Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali](#), spec. al § 3 (quest’ultimo può vedersi anche in questa [Rivista](#), 2/2015, 488 ss.); v. inoltre, L. TRIA, *La tutela dei diritti fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L’abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro*, in www.cortecostituzionale.it, dicembre 2014; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2014, 389 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss.; A. SPADARO, [Sull’aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile “freddezza” della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL](#), in questa [Rivista](#), 2/2015, 504 ss., e, dello stesso, ora, *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, cit., spec. al § 10; G.M. SALERNO, *I diritti fondamentali tra le tradizioni costituzionali comuni e i controlimiti a tutela dell’identità costituzionale*, in *Il Filangieri*, Quad. 2014 su *Unione europea e principi democratici*, Jovene, Napoli 2015, 103 ss.

⁵⁰ Quest’esito teorico è argomentato in alcuni miei studi, tra i quali, di recente, *L’interpretazione conforme a CEDU: i lineamenti del modello costituzionale, i suoi più rilevanti scostamenti registratisi nell’esperienza, gli auspicabili rimedi*, in www.federalismi.it, 10/2015, 20 maggio 2015, e *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come “sistema”*, cit., spec. al § 4.

⁵¹ Di ciò la dottrina è ormai da tempo avvertita, pur seguitando ad interrogarsi a riguardo del modo o dei modi (e, dunque, essenzialmente del metodo) con cui essa può (e deve) prendere corpo. Tra i molti altri, v. G. REPETTO, *Argomenti comparativi e diritti fondamentali in Europa. Teorie dell’interpretazione e giurisprudenza sovranazionale*, Jovene, Napoli 2011; A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Jovene, Napoli 2012; S. ROMANO, *Nuove pratiche nell’interpretazione dei diritti costituzionali: i metodi comparativi*, in AA.VV., *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, a cura di F. Viola, Il Mulino, Bologna 2012, 205 ss.; P. GORI, *La rilevanza del diritto comparato nelle decisioni della Corte EDU, recenti sviluppi*, in www.europeanrights.eu, 21 giugno 2013; AA.VV., *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, a cura di T. Groppi - M.C. Ponthoreau, Hart Publishing, Oxford 2013; L. PEGORARO, in molti scritti, tra i quali e di recente, *Comparación y globalización (Las categorías del derecho civil y el parasitismo metodológico de los constitucionalistas en el estudio del derecho comparado)*, in AA.VV., *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, a cura di L.R.

effetto della quale – e il punto non mi sembra essere ancora stato colto appieno, anche dalla più sensibile dottrina – la certezza del diritto può essere assicurata al meglio delle sue potenzialità espressive e pretese di appagamento, sol che si convenga a riguardo del fatto che la certezza ha senso se (ed in quanto) faccia tutt’uno con la (ed interamente si risolva nella) *certezza dei diritti costituzionali*, vale a dire nella *effettività* e *compiutezza* della loro tutela, alle condizioni oggettive di contesto, alla quale il “dialogo” suddetto è (e – come si è veduto – *deve* essere) servente⁵².

5.4. Diritto legislativo e diritto giurisprudenziale nel tempo presente, e la tendenza al ravvicinamento tra civil e common law

La quarta conclusione fa tutt’uno con quella appena esposta.

Se è vero che la certezza dei diritti costituzionali, nel senso appena chiarito della effettività della loro tutela, può avere, perlomeno in non pochi casi, un guadagno per effetto del “dialogo” tra le Corti, se ne ha che essa può essere ancora meglio appagata in un contesto segnato dallo sviluppo del diritto giurisprudenziale, sempre che – si badi – esso sia opportunamente incanalato ed orientato da un misurato diritto legislativo. È metodicamente, ancora prima che teoricamente, fuori centro l’idea, in cui molti si riconoscono, che il diritto legislativo e quello giurisprudenziale si facciano (e debbano, per una ineluttabile sventura, farsi) una guerra senza fine e senza risparmio di colpi, quasi che l’affermazione dell’uno non possa aversi se non col sacrificio dell’altro, e viceversa. Di contro, l’orizzonte verso il quale occorre decisamente convergere è quello di un diritto legislativo e di un diritto giurisprudenziale parimenti forti; la qual cosa, nondimeno, non equivale ad auspicare la espansione a tutto campo, in modo indistinto e non vigilato, di entrambi. Il campo materiale è comune ma diverso, tipizzato, è secondo modello il modo con cui ciascuno dei termini della relazione in parola è chiamato a distendersi in esso ed a coltivarlo come si conviene, non già per la propria incondizionata affermazione bensì al servizio dei diritti (e, in genere, degli interessi) costituzionalmente protetti.

L’uno infatti, come si è veduto, non può fare a meno dell’altro, entrambi avendo un ruolo tipico da giocare nei processi di produzione giuridica, ruoli appunto complementari, idonei ad integrarsi ed a sorreggersi a vicenda.

González Pérez - L. Raúl, Unam, México 2013, 265 ss.; utili indicazioni, inoltre, da AA.VV., *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, a cura di E. Ferrer Mac-Gregor e Alfonso Herrera García, Tirant lo Blanch, México D.F. 2013; M. CARDUCCI - P. RIBERI, *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane. Casi e materiali*, Giappichelli, Torino 2014; S. GAMBINO, *La comparazione nel diritto costituzionale: approccio ‘normativistico’ e approccio ‘realista’ alla “zona grigia” del diritto costituzionale*, in *Studi in onore di G. de Vergottini*, I, Wolters Kluwer - Cedam, Padova 2015, 27 ss, e, pure *ivi*, tra gli altri, L. MEZZETTI, *Transizioni costituzionali e consolidamento democratico nelle esperienze recenti degli ordinamenti islamici. Una nuova sfida per la scienza ed il metodo della comparazione*, 65 ss.; M.-C. PONTHEOREAU, *L’européanisation des esprits: le rôle du droit (constitutionnel) comparé*, 203 ss.; A. TRONCOSO REIGADA, *Metodo giuridico, interpretazione costituzionale e principio democratico*, 257 ss., e A. WEBER, *Die Rolle der Rechtsvergleichung bei der Auslegung der Europäischen Grundrechtecharta*, 347 ss.; D. AMIRANTE, *Al di là dell’Occidente. Sfide epistemologiche e spunti euristici nella comparazione “verso Oriente”*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2015, 1 ss.; A. VON BOGDANDY - C. GRABENWARTER - P.M. HUBER, *Il diritto costituzionale nel diritto pubblico europeo. L’esempio della rete istituzionalizzata della giustizia costituzionale*, relaz. al Convegno AIC su *La scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali*, Roma 6-7 novembre 2015, spec. al § 4; G. MARTINICO, *Time and comparative law before courts: the subversive tunction of the diachronic comparison*, in *The Theory and Practice of Legislation*, 2015, 6 novembre 2015. Se ne patrocina un largo utilizzo persino in campi di esperienza nei quali la sovranità dello Stato si chiudeva a riccio in se stessa, dimostrandosi impermeabile ad ogni suggestione proveniente *ab extra*, quale ad es. quello in cui matura e si svolge la dialettica tra maggioranza ed opposizioni parlamentari (v., ora, al riguardo, R. IBRIDO, *L’interpretazione del diritto parlamentare. Politica e diritto nel “processo” di risoluzione dei casi regolamentari*, FrancoAngeli, Milano 2015, 383 ss.).

⁵² Maggiori ragguagli in argomento possono, volendo, ora aversi dal mio *Comparazione giuridica e certezza del diritto costituzionale*, in www.dirittifondamentali.it, 27 luglio 2015. A riguardo della certezza del diritto, specie nella dimensione giurisprudenziale, v., part., lo studio di L. PEGORARO, *Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1988.

Al diritto legislativo spetta la prima parte, la posizione di norme che danno il *riconoscimento* prima e la *tutela* poi dei diritti a mezzo di discipline essenziali e duttili, disponibili alla loro specificazione-attuazione ad opera di pronunzie dei giudici adeguate alla varietà dei casi. La normazione di principio, insomma, è (o, meglio, *dovrebbe* essere) opera esclusiva e caratterizzante del legislatore costituzionale, in prima battuta, e, in seconda, di quello ordinario. Ai giudici poi il compito di stabilire le regole in svolgimento dei principi stessi. In buona sostanza, dunque, anche *secondo modello* (e più ancora però, come si è veduto, *secondo esperienza*) la normazione di dettaglio risulta prodotta in sede giudiziale⁵³. Una normazione particolarmente significativa non solo per quantità ma anche per qualità, al di là ovviamente di singole decisioni o interi indirizzi di discutibile fattura, ove si ammetta – come devesi ammettere – che sempre più di frequente essa si dispone a copertura di lacune di costruzione del dettato legislativo (e persino costituzionale⁵⁴) fattesi col tempo sempre più vistose.

Così stando le cose e fatta attenzione alle più marcate tendenze dell'esperienza, che rendono testimonianza di uno squilibrio tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale che va sempre di più aggravandosi e consolidandosi⁵⁵, si ha conferma del sensibile ravvicinamento in atto tra *civil* e *common law*, dal momento che anche in Paesi, quale il nostro, tradizionalmente annoverati tra quelli appartenenti alla prima specie il diritto giurisprudenziale tende ad affermarsi in forme non molto distanti da quelle che sono proprie degli ordinamenti della seconda specie⁵⁶.

Certo, rimangono talune differenze strutturali, di fondo, tra le specie medesime, avuto specifico riguardo al piano degli effetti prodotti dalle decisioni dei giudici. Differenze che, nondimeno, vanno esse pure sfumando, sol che si considerino i vincoli discendenti dalle pronunzie delle Corti europee ed il rilievo complessivo ad esse riconosciuto quali atti iniziali di quelle “catene” giurisprudenziali, di cui si è dietro discorso, dotati di una formidabile forza di trascinamento nei confronti di interi indirizzi giurisprudenziali.

5.5. Il bisogno di dotare la produzione normativa di stampo giurisprudenziale delle garanzie tradizionalmente proprie della legislazione negli ordinamenti di civil law, avuto specifico riguardo alle decisioni della Corte costituzionale che, in quanto non soggette ad alcuna impugnazione, rischiano di fare della Corte stessa un “potere costituente permanente”, e il soccorso che può a tal fine venire da un'oculata razionalizzazione costituzionale specificamente volta all'aggiornamento del catalogo dei diritti

Si pone a questo punto una grave questione, per il tramite della quale viene ad emergere la quinta conclusione, una questione cui non si è riusciti ad oggi a dare sicura e pienamente appagante risposta. Ed è quella che fa riferimento al bisogno di dotare la produzione normativa per via giurisprudenziale delle garanzie costituzionali che per tradizione stanno a base e giustificazione della produzione legislativa negli ordinamenti di *civil law*. Tanto più avvertito questo bisogno sol che si pensi che – come

⁵³ Ma non si sottovaluti il rilievo posseduto da una giurisprudenza, specie costituzionale, viepiù ricorrente ed espressiva di principi; una giurisprudenza che viene a formazione tanto in ambito interno (così, le additive di principio della nostra Corte) quanto in ambito europeo (le sentenze-pilota della Corte EDU), per il suo tramite mettendosi in moto quei processi produttivi che danno vita a “catene” di atti funzionalmente connessi, alle quali si è poc'anzi fatto cenno.

⁵⁴ Colgo l'opportunità oggi offertami per denunciare, ancora una volta, il ritardo della stessa normazione costituzionale nel dare riconoscimento a nuovi o nuovissimi diritti *di fatto* riconosciuti (o, diciamo meglio, reclamati) in seno al corpo sociale e tuttavia privi di esplicito riscontro in Costituzione. Di qui, il bisogno di una “razionalizzazione” costituzionale che li tenga nel dovuto conto, senza abbandonarli a se stessi (e, perciò, molte volte, in buona sostanza, al “riconoscimento” in prima battuta ed in via esclusiva da parte dei giudici).

Il punto sarà ripreso, con ulteriori svolgimenti, a momenti.

⁵⁵ Indicazioni possono aversi dai contributi che sono in AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, a cura di M. Cavino e C. Tripodina, Giuffrè, Milano 2012.

⁵⁶ Di ciò la più sensibile dottrina è da tempo avvertita, per quanto il ravvicinamento in parola sia inteso in modi anche significativamente diversi, per impostazione metodica e svolgimenti teorico-ricostruttivi. La circostanza, poi, per cui molti convengono sull'esito in parola non lo indebolisce ma, all'inverso, consolida e avvalorata, assistendosi sul punto ad una larga convergenza di orientamenti dottrinali.

si è dietro accennato – non poche volte, a conti fatti, la giurisprudenza non interviene solo sul versante discendente, della mera *tutela* (pure nella sua più ampia ed incisiva accezione), ma, più e prima ancora, su quello stesso del *riconoscimento*. Una questione, poi, che si presenta con toni di accentuata gravità in relazione all’operato dei giudici costituzionali, specie laddove – come da noi – le relative decisioni risultino dotate della formidabile “copertura” della inimpugnabilità, secondo quanto al riguardo stabilito nell’art. 137, ult. c., cost.

Un controllore che tutti può, in astratto, controllare e che non è controllato da nessuno rischia di commutarsi in un “*potere costituente permanente*”⁵⁷; aggiungo: un potere *mostruoso*, specie in considerazione di alcune decisioni dallo stesso adottate e che si presentano come fortemente manipolative del dettato costituzionale, persino nei suoi principi fondamentali. E si tratta allora di chiedersi cosa possa farsi per parare, almeno in parte e fin dove si riesca, questo rischio micidiale, di cui anche la cultura non giuridica dei tempi antichi era avvertita⁵⁸.

Molti i fronti sui quali si può (e deve) contemporaneamente operare al fine di fugare (perlomeno, fin dove si riesce...) il rischio suddetto.

Due, a mia opinione, quelli che maggiormente promettono esiti soddisfacenti.

Per un verso, occorre fare pressione, più ancora di quella fatta sin qui, perché il giudice costituzionale resti fedele ai canoni che presiedono all’esercizio delle funzioni che gli sono affidate, avvalendosi dunque di tecniche decisorie, specie di quelle di carattere processuale, in modo lineare ed uniforme nel tempo, non già rendendole partecipi di occasionali e discutibili operazioni di bilanciamento con gli interessi di causa, i quali risultano disciplinati da norme sostantive non comparabili con le prime⁵⁹. Con il che, per il solo fatto di giudicare disponibili le metanorme che invece ne governano (o *dovrebbero* governare) l’operato, la Corte cessa di porsi quale un operatore, pur se *sui generis*, di giustizia, la funzione giurisdizionale in tali casi fatalmente convertendosi nella (e confondendosi con la) attività che è propria dei massimi organi della direzione politica ed anzi, come si è veduto, con la stessa attività espressiva della volontà di edificazione di un nuovo ordine costituzionale, che è tipicamente ed esclusivamente propria del potere costituente.

Per un altro verso, soccorre poi quel “dialogo” intergiurisprudenziale, di cui si è sopra discorso, quale fattore di stabilizzazione e di rinnovamento, a un tempo, degli indirizzi giurisprudenziali e, per ciò pure, di certezza del diritto costituzionale e dei diritti costituzionali.

La certezza, specie nella sua seconda espressione, fa tutt’uno con la libertà e l’eguaglianza; è, cioè, essa pure riportabile alla coppia assiologica fondamentale, di cui agli artt. 2 e 3 della Carta.

La certezza vuole, infatti, che casi uguali ricevano uguale trattamento o, per dir meglio, che, restando immutata la “situazione normativa” originaria e tornando a farsi rivedere tale e quale nel corso del tempo e davanti allo stesso giudice, questi chiuda il proprio giudizio nel medesimo modo⁶⁰.

Un giudice che risolva il medesimo caso con decisioni di segno opposto non sarebbe più – come mi è capitato più volte di rilevare⁶¹ –, appunto, un giudice bensì un operatore politico, allo stato puro. Le decisioni espressive di direzione politica possono anche radicalmente cambiare col tempo, proprio perché... *politiche*, pur essendo ad ogni buon conto tenute a conformarsi a ragionevolezza. Di contro,

⁵⁷ Quest’idea torna con molta insistenza e preoccupazione nelle mie riflessioni degli ultimi anni: v., dunque, volendo, il mio *L’interpretazione conforme e la ricerca del “sistema di sistemi” come problema*, in www.rivistaaic.it, 2/2014, 30 maggio 2014, spec. all’ult. §.

⁵⁸ Si rammenti il monito contenuto nella VI Satira di Giovenale, con l’inquietante interrogativo in esso racchiuso a riguardo di *quis custodiet ipsos custodes*.

⁵⁹ Purtroppo, di questa tendenza si hanno, specie di recente, numerose ed inquietanti testimonianze, le più significative, se non altro per il dibattito che hanno alimentato e seguitano senza sosta ad alimentare, delle quali sono date da Corte cost. [nn. 238 del 2014](#), [10, 49 e 178 del 2015](#). Ed è singolare e francamente stupefacente che la Corte non pretenda da se stessa il rispetto dei canoni che governano il processo costituzionale che, invece, in modo fermo richiede al legislatore, come ad es. a riguardo dell’intangibilità del giudicato (ancora da ultimo, v. Corte cost. [n. 169 del 2015](#)).

⁶⁰ Della “situazione normativa” quale oggetto dei giudizi di costituzionalità delle leggi si tratta, da ultimo, in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, Giappichelli, Torino 2014, 93 ss.

⁶¹ Ad es., con specifico riguardo al giudice delle leggi, in *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in www.gruppodipisa.it, 28 dicembre 2010, nonché in *Riv. dir. cost.*, 2009, 125 ss.

un giudice, in quanto chiamato all'esercizio della giurisdizione, non può esprimersi in relazione al medesimo caso in modi diametralmente opposti: se lo facesse, non darebbe più quelle certezze di diritto costituzionale, in senso sia oggettivo che soggettivo, che è istituzionalmente tenuto a dare⁶².

I giudici possono (e devono) essere guidati e, laddove necessario, obbligati a restare nell'alveo per essi tracciato; e il modo migliore, il più sicuro, per farlo è proprio quello – come si diceva – di interventi plurimi e convergenti in tal senso da parte del legislatore, per un verso, e da parte degli altri giudici (a partire dalle Corti materialmente costituzionali), per un altro.

La tesi corrente, che vuole in partenza, aprioristicamente, esclusa da ogni possibile innovazione normativa la parte sostantiva della Carta costituzionale (segnatamente, proprio nelle sue previsioni relative ai diritti), impedendo così che essa possa essere, come si deve, aggiornata e resa ancora più attrezzata a far fronte alle formidabili sfide del tempo presente, con le minacce che ad esse si accompagnano per i diritti stessi, muove da un duplice, erroneo assunto, espressivo di un autentico crampo mentale che affligge, a un tempo, la teoria generale della Costituzione e la ricostruzione, al piano dogmatico, dei contenuti di una Costituzione data (per ciò che qui importa, della nostra).

Da un canto, sta l'idea che ogni possibile innovazione della parte suddetta si risolva in un inammissibile attentato ai principi fondamentali dell'ordinamento, vale a dire nel superamento dei limiti invalicabili alla revisione costituzionale. La qual cosa, ovviamente, non può essere esclusa ma neppure data per scontata, ammessa cioè come sistematicamente ricorrente. Di contro, come si è dietro accennato, una pur misurata modifica della parte sostantiva e, segnatamente, un aggiornamento del catalogo dei diritti s'impone proprio al fine di rendere ancora più salde ed efficaci le garanzie connesse al principio fondamentale del riconoscimento dei diritti inviolabili, nel suo fare "sistema" coi principi restanti (e, in specie, con quello di eguaglianza).

Da un altro canto e con specifico riguardo alla nostra Carta, sta poi l'idea della sua perfezione, del suo essere – come mi è venuto di dire altrove – una *Costituzione- "totale"*, che dice tutto su tutto e lo dice sempre nel migliore dei modi possibili, laddove è proprio la Costituzione, col principio dell'apertura al diritto di origine esterna nel suo rapportarsi ai principi di libertà ed eguaglianza, a riconoscere esattamente il contrario, a confessare insomma di avere un disperato bisogno di alimentarsi e rinnovarsi incessantemente attingendo a documenti normativi confezionati al di fuori delle mura della Repubblica, in specie appunto alle Carte dei diritti⁶³.

In una congiuntura, quale quella del tempo presente, in cui problemi e soluzioni relativi al governo della società richiedono, in cospicua misura, di essere vagliati in sedi istituzionali internazionali e sovranazionali, senza nondimeno nulla togliere al ruolo che al riguardo può essere giocato dagli operatori di diritto interno, immaginare che la Costituzione, quale punto primo di riferimento, possa chiudersi a riccio in se stessa, considerandosi autosufficiente ed appieno attrezzata allo scopo, sarebbe, a tacer d'altro, ingenuo e – a dirla tutta – forzoso ed insensato. Anche per questo verso, dunque, siffatta concezione della Costituzione si risolve, a conti fatti, in un sovraccarico di poteri e responsabilità in capo ai giudici (costituzionali e non) sollecitati, e anzi obbligati, ad estrarre dal "contenitore" costituzionale quanto loro serve al fine di dare appagamento ai diritti.

⁶² Come si vede, anche per l'aspetto ora considerato ed alla luce del rilievo a mia opinione da assegnare al vincolo del precedente, si ha conferma di quella convergenza tra *civil* e *common law*, cui si faceva poc'anzi cenno. Va poi da sé che il vincolo in parola può atteggiarsi, così come invero si atteggia, in forme e con effetti diversi negli ordinamenti dell'una ovvero dell'altra specie. Non credo, nondimeno, che possa reggersi in piedi una teoria giuridica che abiliti il giudice a risolvere il medesimo caso in modi radicalmente diversi, persino opposti, innaturalmente così convertendo le proprie decisioni in manifestazioni di pura ed immotivata autorità. Altra cosa è che il giudice, che *voglia* rinnegare se stesso, lo faccia in modo più o meno abilmente mascherato, specie avvalendosi della tecnica del *distinguishing*. La partita, come sempre, si svolge e chiude al piano della motivazione, della interna coerenza delle singole pronunzie e di tutte le pronunzie relative alla medesima questione nel tempo, vale a dire al piano – come ho ritenuto altrove di poter osservare – della "doppia coerenza", sincronica e diacronica, dei verdetti dei giudici, da cui a conti fatti dipende la riprova della "giurisdizionalità" della funzione esercitata.

⁶³ ... senza tacere che, a confutazione dell'idea di una "Costituzione-totale" sta – come si diceva – la stessa previsione delle sempre possibili innovazioni della Carta, con le procedure di cui all'art. 138, con le quali si rende possibile migliorare ciò che sin dall'inizio ovvero col tempo si dimostra essere meritevole di revisione.

5.6. *Una notazione conclusiva, a riguardo del carattere “intercostituzionale” della Costituzione (e delle altre Carte dei diritti) e del bisogno di un rinnovamento metodico, ancora prima che teorico, tanto degli studi quanto delle pratiche riguardanti i diritti, che dia testimonianza dell’abbandono di un nazionalismo o patriottismo esasperato, inidoneo a dare un apprezzabile appagamento ai diritti stessi, nei limiti in cui risulti possibile nel presente contesto internazionale e sovranazionale*

La Costituzione versa oggi in uno stato di palese sofferenza e rischia di dover sempre di più ripiegare ed avvolgersi in se stessa, d’inaridirsi, spegnersi. V’è solo un modo – a me pare – per evitare che questo avvenga ed, anzi, per rilanciare e rigenerare la Costituzione, sia come ideal-tipo (in prospettiva teorico-astratta) che come atto effettivamente fondativo dell’ordinamento (in prospettiva dogmatica e con riferimento ad un ordinamento dato). Ed è di cogliere e portare ai suoi conseguenti, lineari sviluppi l’idea – come la si è altrove chiamata⁶⁴ – di una Costituzione “intercostituzionale”, che accoglie e rende parte integrante della propria struttura tutti i materiali provenienti *ab extra* idonei a portare a quella massimizzazione della tutela dei diritti e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti che – come si è dietro veduto – costituisce l’autentica *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali, la base cioè su cui si costruisce ed incessantemente rigenera quel “sistema di sistemi” che dà la più genuina e fedele rappresentazione del presente contesto caratterizzato da una integrazione interordinamentale viepiù avanzata.

Al legislatore prima, ai giudici poi, è demandato il compito, sommamente gravoso e delicato, di “filtrare” le indicazioni e suggestioni provenienti *ab extra*, rielaborarle, adattare al peculiare contesto nazionale ed alle sue complessive esigenze. Un processo, questo, segnato da una pluralità di “bilanciamenti” di ordine assiologico posti in essere e rinnovati a tutti i livelli: a quello internazionale e sovranazionale come pure a quello interno, laddove praticamente tutti gli operatori, centrali e periferici, appartenenti a questo o quell’apparato istituzionale (e, segnatamente, come si è veduto, legislatore e giudici, costituzionali e non) risultano coinvolti e partecipi dell’opera estremamente faticosa ma anche non poco gratificante volta ad offrire un servizio ai diritti.

Dal canto loro, le Carte di origine esterna, quali documenti materialmente costituzionali, sono esse pure sollecitate ad una continua e profonda ristrutturazione interna, a farsi cioè “*Costituzioni intercostituzionali*”, attingendo quanto di più e di meglio viene dagli ambienti nazionali e si presenta idoneo a quell’innalzamento del livello della tutela che si è veduto essere l’obiettivo comune di tutte le Carte e delle rispettive Corti. A livello internazionale e sovranazionale, anzi, la composizione “plurinazionale” delle Corti stesse agevola questa ricerca al servizio della quale il metodo della comparazione si pone quale strumento privilegiato in vista del raggiungimento dello scopo.

Tutto ciò, nondimeno, richiede il deciso abbandono di antiche, consistenti e radicate incrostazioni mentali, riportabili ad un nazionalismo o patriottismo esasperato, altrove definito “ingenuo ed infelice”, che nondimeno è assai duro a morire, riaffiorando assai di frequente, tanto in ambienti nazionali quanto in quelli sovranazionali, del quale, ancora non molto tempo addietro, si sono avute particolarmente espressive e negative testimonianze⁶⁵.

⁶⁴ Ho cominciato a discorrerne nel mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2001, 544 ss., cui ho dato seguito in altri contributi, tra i quali *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento “intercostituzionale”*, in www.rivistaaic.it, 4/2013, 8 novembre 2013. In argomento, v., tra gli altri, A. GUSMAI, *Il valore normativo dell’attività interpretativo-applicativa del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto*, in www.rivistaaic.it, 3/2014, 11 luglio 2014, spec. al § 4, e, dello stesso, ora, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, cit., spec. al cap. II; L. D’ANDREA, *Brevi riflessioni su governance globale e costituzionalismo interlivello*, cit., e, in prospettiva comparata, M. CARDUCCI - V. DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Teoria tridimensional das integrações supranacionais. Uma análise comparativa dos sistemas e modelos de integração da Europa e América Latina*, Forense, Rio de Janeiro 2014, spec. il cap. I.

⁶⁵ Basti solo pensare all’idea del primato del diritto dell’Unione con vigore ribadita dal parere reso dalla Corte di giustizia in merito alla bozza di adesione dell’Unione stessa alla CEDU, alle non poche decisioni della Corte EDU da cui trapela una inusitata “aggressività” – com’è stata definita da un’accorta dottrina (O. POLLICINO, in più scritti, tra i quali *Corti europee e allargamento dell’Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009,

Qui è il nodo al presente non sciolto che in non pochi casi non consente un congruo ed apprezzabile appagamento dei diritti in gioco. Perché quando l'orgoglio nazionalista acceca e porta all'adozione di decisioni emotive o, comunque, non sufficientemente ponderate, la tentazione è forte a quella chiusura in modo autoreferenziale in se stessi che non consente di percepire che fuori delle mura domestiche la garanzia data ai diritti può risultare alle volte maggiormente congrua, in ragione delle peculiarità complessive del caso.

Il riequilibrio al piano dei rapporti istituzionali (e, segnatamente, come si è veduto, dei rapporti tra legislatore e giudici), dunque, non basta, laddove non accompagnato e sorretto da un ripensamento metodico profondo, da un cambio di mentalità insomma.

Non basta, cioè, la ristrutturazione del linguaggio di questo o quell'operatore, la conformazione di quello dell'uno alle esigenze di quello dell'altro e di tutti assieme alle esigenze dei diritti. Occorre anche (e soprattutto) che si dicano cose nuove al servizio di valori antichi e, tuttavia, col tempo riaggiornati, in ispecie di quei valori transepolari di libertà ed eguaglianza che sono la cifra più genuinamente ed immediatamente identificante del costituzionalismo, di quello di ieri come pure di quello di oggi e – si spera – anche di domani. Valori che, nondimeno, si alimentano, in una significativa misura, da solidarietà e giustizia sociale, senza le quali resterebbero privi di pratico senso, così come però anche queste senza quelli sarebbero condannate ad sterilirsi ed a spegnersi, incapaci dunque di farsi fino in fondo (e come si deve) valere.

A questo scopo può, e deve, tendere un rinnovato e ben fatto linguaggio di giudici e legislatore.

1 ss., e spec. *La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo l'allargamento del Consiglio D'Europa ad Est: forse più di qualcosa è cambiato*, in AA.VV., *Le scommesse dell'Europa. Diritti, Istituzioni, Politiche*, a cura di G. Bronzini - F. Guarriello - V. Piccone, Ediesse, Roma 2009, 101 ss., e, *amplius*, in *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010, nonché in AA.VV., *Toward a Convergence between the EU and ECHR Legal Systems?*, in *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Intersentia, Cambridge 2013, 99 ss.) – verso le Corti nazionali, alle parimenti numerose pronunzie del nostro giudice costituzionale espressive di una strategia “difensiva” nei riguardi di siffatti attacchi, le cui manifestazioni peraltro figurano alle volte accompagnate da “affondi” di inusitata *vis incisiva* (tra le quali pronunzie, rammento qui, per tutte, la già cit. [sent. n. 49 del 2015](#), con cui il vincolo interpretativo discendente dalle decisioni della Corte EDU è stato – come si sa – fortemente relativizzato e circoscritto: vuoi sgravando i giudici nazionali dell'obbligo di conformarvisi, laddove le decisioni stesse non risultino espressive di indirizzi “consolidati”, e vuoi ancora sollecitandoli ad adire la Corte in presenza di siffatti indirizzi nel caso che siano portatori di norme europee incompatibili col dettato costituzionale); e parimenti “difensivo” è l'orientamento non di rado manifestato dai giudici comuni, di cui ha, ancora di recente, dato testimonianza Corte Cass., III sez. pen., 22 ottobre 2015, n. 42458, non dando “seguito” alla pronunzia della Corte europea nel caso *Varvara*, siccome inespressiva di un indirizzo “consolidato”.