



**CONSULTA ONLINE**

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2016 FASC. II  
(ESTRATTO)

**ANTONIO RUGGERI**

**COSA SONO I DIRITTI FONDAMENTALI  
E DA CHI E COME SE NE PUÒ AVERE IL RICONOSCIMENTO  
E LA TUTELA**

30 GIUGNO 2016

**IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO**

**Antonio Ruggeri**  
**Cosa sono i diritti fondamentali**  
**e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela\***

**ABSTRACT:** *The present contribution deals with civil partnerships and de facto relationships, which are regulated by law no. 76/2016. The aim of this work is to discuss whether this law complies with the Constitution and with the paradigm of “family” which results from “living constitutional law”, being the latter the product of the Constitutional Court’s case law as well as of ordinary courts’ decision and of praxis.*

SOMMARIO: 1. Notazioni introduttive a riguardo dell’affollamento dei diritti e della questione relativa alla selezione di quelli di essi che propriamente possono dirsi “fondamentali”. – 2. Il problema definitorio e la sua soluzione a mezzo del ricongiungimento di “fatto” e diritto costituzionale, diritti fondamentali essendo taluni *bisogni elementari di ciascun essere umano senza il cui riconoscimento e l’effettiva tutela non potrebbe aversi un’esistenza libera e dignitosa*. – 3. Il riconoscimento di nuovi diritti fondamentali in forza di *consuetudini culturali diffuse* nel corpo sociale e la centralità di ruolo che al riguardo è chiamata a giocare la legge costituzionale quale strumento primo e privilegiato al fine della loro razionalizzazione. – 4. Il timore, di cui si è resa interprete una sensibile dottrina, che, per l’accezione di “diritto fondamentale” qui proposta, possano esserne sacrificati proprio i bisogni più intensamente avvertiti dalle voci minoritarie nella società ovvero che la qualifica data delle consuetudini suddette finisca col contraddire queste ultime, e gli argomenti invece spendibili a sostegno della proposta ricostruttiva qui affacciata. – 5. Il problema della tutela dei diritti fondamentali. – 5.1. Duttilità strutturale, carente tipizzazione e mutua complementarietà degli atti dei pubblici poteri, leggi e sentenze, al servizio dei diritti. – 5.2. Il c.d. “dialogo” tra le Corti, il “*metapprincipio della massimizzazione della tutela*” che ne orienta e governa le movenze, i rischi per la *certezza del diritto* che, secondo una critica ricorrente, il suo accoglimento farebbe correre e i positivi effetti invece per il suo tramite raggiungibili, specificamente per ciò che attiene alla *certezza dei diritti* (e cioè alla effettività della loro salvaguardia). – 5.3. Il fondo di verità racchiuso nella critica di coloro che si mostrano preoccupati per la certezza del diritto e le opportunità offerte a quest’ultima al fine di potersi compiutamente affermare dotandosi di ancora più solide basi il “dialogo” tra le Corti a mezzo di una nuova e più adeguata razionalizzazione dei loro rapporti. – 6. Al tirar delle somme.

1. *Notazioni introduttive a riguardo dell’affollamento dei diritti e della questione relativa alla selezione di quelli di essi che propriamente possono dirsi “fondamentali”*

È singolare che, allo stesso tempo in cui si registra un consenso diffuso circa la emersione di sempre nuovi diritti fondamentali, parimenti diffuse siano le incertezze su cosa essi siano nella loro stessa essenza e non poco reciprocamente divergenti si presentino le soluzioni patrocinate a riguardo del modo o dei modi più adeguati a dare loro appagamento. Quest’ultimo – va subito avvertito – appare essere sempre più arduo e problematico, sol che si pensi che l’affollamento dei diritti (e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti) evocati in campo dal caso obbliga a complesse e sofferte mediazioni tra gli stessi (come suol dirsi, a “bilanciamenti”) al cui esito non poche volte rimane pur sempre l’amaro in bocca, a motivo del sacrificio comunque richiesto, in maggiore o minor misura, a questo o quel diritto, specie nella presente congiuntura profondamente segnata da una crisi economica soffocante e da un incalzante terrorismo internazionale. L’esposizione a *stress*, nondimeno, non solo non contrasta con la “fondamentalità” dei diritti ma, anzi, ne costituisce testimonianza e conferma, ove si convenga a riguardo del fatto che nessuno di essi né altro valore parimenti fondamentale può vantare l’insana pretesa alla propria integrale, incondizionata e – come si è detto da un’accreditata dottrina – “tirannica” affermazione, tutti essendo piuttosto obbligati a fare i conti gli uni con gli altri, solo in tal modo potendosi comporre in “sistema” e concorrere alla integra trasmissione dell’ordinamento nel tempo.

---

\* Intervento al Convegno del Gruppo di Pisa su *Che cos’è un diritto fondamentale?*, Cassino 10-11 giugno 2016, alla cui data lo scritto è aggiornato.

Con riserva di approfondimenti sul punto più avanti, credo comunque di poter dire che la spiegazione dell'apparente contraddizione rilevata nella notazione iniziale di questo studio stia proprio laddove si radicano le cause che hanno portato e senza sosta portano a rivendicare protezione per taluni bisogni profondamente diffusi ed avvertiti in seno al corpo sociale.

Due, a mia opinione, principalmente le cause in discorso: lo sviluppo scientifico e tecnologico, che non conosce pause e che anzi presenta talora improvvise accelerazioni, e la complessità della struttura del tessuto sociale, attraversata da non poche né lievi tensioni e contraddizioni, connotandosi – come suol dirsi – come “multiculturale” o, secondo una opportuna precisazione di una sensibile dottrina, “interculturale”.

È interessante subito osservare che, malgrado i profondi rivolgimenti sociali registratisi nel corso del tempo (anche qui, con talune impreviste accelerazioni), i diritti fondamentali danno l'impressione di non invecchiare e morire mai; semmai, di poter ringiovanire col trascorrere del tempo e il sempre più profondo radicamento dello Stato di diritto costituzionale, rigenerandosi e rafforzandosi per effetto del rinvigorimento stesso delle Costituzioni che ne hanno dato (e ne danno) il riconoscimento (emblematica, al riguardo, l'evoluzione avutasi col passaggio dalle Carte flessibili a quelle rigide, specie a partire dal secondo dopoguerra), e appunto crescendo costantemente di numero. Di qui, tuttavia, il rischio micidiale che tra di essi si mimetizzino e confondano anche diritti non propriamente etichettabili come “fondamentali”, alla luce del criterio di qualificazione di cui a momenti si dirà.

Insomma, l'inflazione dei diritti non giova alla loro “qualità”, se così vogliamo chiamarla, e perciò alla loro tutela. Oltre tutto, come si rammentava poc'anzi, ad essa si accompagnano conflitti, alle volte anche laceranti, sempre più ricorrenti a motivo dell'affollamento di più diritti (e, in genere, interessi costituzionalmente protetti) evocati in campo dal caso, che premono vigorosamente per la loro salvaguardia. Ciò che, poi, si riporta alla connotazione strutturale del tessuto sociale, dal momento che a motivo della sua complessità viene naturalmente a determinarsi una duplice spinta tanto nel verso della integrazione, lenta e discontinua, comunque particolarmente sofferta, tra le culture presenti nel corpo sociale, quanto (ed allo stesso tempo) in quello della non meno sofferta rivendica della salvaguardia dei tratti identificanti propri di ciascuna di esse.

*2. Il problema definitorio e la sua soluzione a mezzo del ricongiungimento di “fatto” e diritto costituzionale, diritti fondamentali essendo taluni bisogni elementari di ciascun essere umano senza il cui riconoscimento e l'effettiva tutela non potrebbe aversi un'esistenza libera e dignitosa*

Ma veniamo, senza ulteriori indugi, a trattare della questione cruciale su cui siamo stati chiamati a confrontarci: *cos'è un diritto fondamentale?* È questa la spinosa, antica e però sempre nuova o rinnovata, domanda alla quale siamo stati sollecitati a tentare di dare risposta.

Essenzialmente due sono – a me pare – i modi di (o i piani su cui) ambientare la questione stessa: quello teorico-generale o filosofico, per un verso, e quello dogmatico-positivo, per un altro.

Opto qui risolutamente per il secondo corno dell'alternativa; e ciò, non già in quanto persuaso della impraticabilità della prima via o della sterilità degli esiti ricostruttivi al termine del cammino fatto lungo la stessa raggiunti da autorevoli dottrine o di altri ancora raggiungibili. Tutt'all'inverso, sono convinto della bontà degli sforzi prodotti da coloro che hanno fatto la scelta qui non seguita e convengo che possa darsi (ed effettivamente si dia) un “nucleo duro” concettuale che si ripropone e che va oltre lo scorrere del tempo e le vicende ordinamentali che in esso si svolgono, un nucleo che è, a conti fatti, riportabile alla *humanitas* stessa di ogni essere umano. Per questo verso, i diritti “fondamentali”, quali previsti da questo o quell'ordinamento positivo, si pongono quale *species* del *genus*-diritti “umani”, come questi ultimi sono usualmente chiamati (part., in seno alla Comunità internazionale e dai suoi cultori).

Sta di fatto che, quale che sia l'idea di diritto fondamentale di cui ciascuno di noi si faccia portatore, per chi fa studi di diritto il punto di riferimento positivo resta nondimeno imprescindibile (ed opportunamente, perciò, è stato adottato con profitto da E. Stradella, nella sua documentata relazione

al nostro incontro di oggi). Dobbiamo, perciò, andare alla ricerca dell'idea di diritto fondamentale che si contestualizza, storicizzandosi e positivizzandosi, siccome fatta propria da un ordinamento costituzionale dato (per ciò che a noi specificamente interessa, dal nostro). D'altro canto, ove così non fosse, non si capirebbe neppure come possano affermarsi col tempo nuovi diritti fondamentali, profondamente radicati e largamente diffusi – come si vedrà a momenti – nel tessuto sociale, cui sia quindi dato giuridico riconoscimento.

Occorre, dunque, subito chiederci se disponiamo di indizi nella trama della [Carta italiana del '48](#) idonei a guidarci in questa ricerca.

La comune opinione fa al riguardo – come si sa – riferimento all'art. 2, che però, in realtà, non dà la definizione di ciò che è un diritto fondamentale né ne descrive la struttura o ci dice a cosa servano; l'enunciato, piuttosto, come da tempo e da molti è con varietà di argomenti rilevato, presuppone la preesistenza dei diritti in parola rispetto alla [Carta](#) che appunto li “riconosce”. La inviolabilità dei diritti in parola, dunque, non costituisce la definizione (in senso proprio) dei diritti stessi; semmai, è una loro qualità linearmente e necessariamente discendente dalla “fondamentalità”, che è presupposta, una qualità che in relazione ai diritti fondamentali si connota in forme peculiari (ostando, ad es., al misconoscimento, neppure con successive norme di rango costituzionale, del previo riconoscimento di essi fatto), fermo restando che anche diritti che fondamentali non sono non possono comunque essere... “violati”, nel senso generico che non è consentito ad alcuno di calpestare i diritti di altri.

Si danno, ad ogni buon conto, nel corpo costituzionale indicazioni maggiormente specifiche di quella data nell'art. 2, come tali conducenti alla opportuna messa a fuoco del concetto che ci interroga. Altamente istruttivo a me sembra essere al riguardo quanto si dice nell'art. 36, I c., col riferimento in essa fatto all'esistenza “libera e dignitosa” del lavoratore e della sua famiglia (che, poi, ovviamente si lega a filo doppio al previo riconoscimento della “pari dignità”, di cui si fa parola nell'art. 3). In particolare, uno speciale significato va assegnato alla congiunta, duplice menzione del lavoro e della famiglia: le due gambe su cui avanza e si svolge l'esperienza di vita di ogni essere umano che sia in grado di impegnarsi in seno alla comunità del lavoro (anche però chi non lo sia – non è inopportuno rammentare – ha diritto a mezzi di sostentamento tali da poter comunque godere di un'esistenza “libera e dignitosa”).

Il lavoro è infatti – come sappiamo – a fondamento della Repubblica, nel mentre la famiglia è il luogo primigenio in cui ogni persona viene ad esistenza, riceve le basi portanti della propria formazione culturale, progetta e matura la propria personalità.

Trovo singolare che di tanto in tanto si riproponga da taluno, stancamente, l'idea che i diritti sociali non siano diritti fondamentali o lo siano in minor grado rispetto ai diritti classici di libertà quando il fondamento della Repubblica è proprio in uno di tali diritti, che perciò si pone a fondamento dei... *diritti fondamentali restanti* o, comunque, quale condizione per il loro compiuto appagamento.

Siamo perciò in grado – a me pare – di poter pervenire ad un primo punto fermo, definendo i diritti fondamentali quali i *bisogni elementari di ciascun essere umano senza il cui riconoscimento (e, come si vedrà, l'effettiva tutela) non potrebbe aversi un'esistenza libera e dignitosa*. Solo così i diritti fondamentali possono infatti porsi a fondamento della comunità politica organizzata, secondo quanto è stato fatto notare anche nel corso del nostro incontro (a partire da E. Stradella), con la precisazione che la “fondamentalità”, così intesa, in tanto si giustifica ed apprezza in quanto essa previamente e primariamente si ponga a base dell'esistenza dei singoli (non dimentichiamo che il principio personalista è l'autentico cuore pulsante degli ordinamenti di tradizioni liberal-democratiche, tra cui appunto il nostro).

Accenno subito a riguardo della definizione appena proposta che essa non è contraddetta dal fatto che alcuni diritti sarebbero di esclusiva spettanza dei cittadini (questione che – come si sa – si pone specificamente per i diritti politici), mentre è palese, ad opinione mia e di altri (tra i quali, ora, R. Cherchi), che il “graduato” riconoscimento di alcuni diritti (unicamente nel loro “nucleo duro”), in specie di quello alle cure sanitarie, agli stranieri irregolari contraddice l'idea stessa della “fondamentalità” e non può, pertanto, trovare, nei termini riduttivi suddetti, accoglienza.

Due soli, rapidi rilievi, a riguardo della preclusione fatta ai non cittadini di accesso a taluni diritti (segnatamente, a quelli politici), con riserva di approfondimenti altrove.

Per un verso, sembra di poter opporre che, *proprio perché fondamentali*, anche i diritti in parola (in specie, quelli di partecipazione politica all'esercizio dei poteri sovrani) non possono essere fattore di discriminazione tra quanti condividono le loro esperienze di vita (lavorative e non) e possono essere chiamati all'adempimento dei doveri di solidarietà, tutti possedendo un comune legame col territorio su cui quelle esperienze si radicano ed esprimono, reso visibile dalla stabile residenza nello stesso. Non a caso, d'altronde, da tempo una nutrita schiera di studiosi, in coda alla quale anch'io ho ritenuto altrove di dovermi disporre, va in varie forme e con pari varietà di accenti prospettando l'idea di una complessiva rivisitazione teorico-positiva della nozione di cittadinanza (e, per ciò stesso, di democrazia), ancorandola più ancora che ai vincoli di sangue o ad altri fattori di aggregazione proprio alla comunanza delle esperienze suddette. Al riguardo, una soluzione connotata da sano realismo è quella ora prospettata da R. Cherchi, favorevole al riconoscimento graduale del diritto di voto, in specie facendone godere lo straniero soggiornante nel nostro Paese da un certo numero di anni e che abbia presentato istanza di pre-naturalizzazione, il c.d. *intending citizen*.

Ora, si segua, o no, un criterio di progressiva acquisizione, a me pare comunque che l'esito debba pur sempre essere quello sopra prefigurato, senza alcuna discriminazione tra i soggetti parimenti residenti in modo stabile nel territorio dello Stato, come tali a buon titolo in egual misura portatori di diritti e gravati di doveri (specie di solidarietà), persino – ha, come si sa, di recente dichiarato la giurisprudenza costituzionale ([sent. n. 119 del 2015](#), largamente annotata) – del dovere che più di ogni altro è tradizionalmente considerato legato a filo doppio allo *status* di cittadino, quello di difesa della patria.

Per un altro verso, poi, negli ordinamenti di tradizioni liberal-democratiche – i soli, come si viene dicendo, qui interessanti – è fuori discussione che i diritti di partecipazione politica siano (e debbano) essere comunque riconosciuti e tutelati: con riguardo ai “non cittadini”, se non nel nostro ordinamento (o in altri a questo similari), in quello di appartenenza dei soggetti in parola. D'altro canto, nel c.d. costituzionalismo “multilivello” (o, meglio, “interlivello”), è frequente il caso di diritti fondamentali riconosciuti in un certo ordinamento o sistema positivo (ad es., in quello dell'Unione o della [CEDU](#)) e non pure in altri, la cui cura può essere demandata ad organi (e, segnatamente, a giudici) diversi da quelli nazionali (per ciò che qui maggiormente importa, come si vedrà, a quelli europei). Ciò che solo conta, infatti, è che i diritti, se ed in quanto “fondamentali”, non restino sguarniti di garanzie e che i soggetti che ne sono portatori trovino comunque un luogo nel quale possano trovare ristoro per il caso che essi siano minacciati o offesi (di più: un ristoro ancora maggiore di quello che è alle volte loro dato nell'ordinamento di appartenenza, secondo quanto si vedrà tra non molto a riguardo del canone della massimizzazione della tutela che presiede alle dinamiche della normazione relativa ai diritti).

Tutto ciò posto, il problema definitorio che ora ci occupa non può dirsi, ad ogni buon conto, risolto attingendo alla formula dell'art. 36, sopra cit., bensì, piuttosto, viene ad esser spostato in avanti. Perché si tratta allora di sapere qual è il significato da assegnare ai due termini che qualificano l'esistenza umana secondo la formula stessa, in specie si tratta di stabilire cosa sia la dignità, alla quale – come si viene dicendo – i diritti danno voce e pratico senso, ponendosi in funzione nei suoi riguardi servente. Un problema, questo, micidiale, da far davvero tremare – per dirla col Poeta – le vene e i polsi, su cui – come si sa – si sono cimentati sin dall'antichità i massimi pensatori senza tuttavia riuscire a mettersi neppure sommariamente d'accordo. In fondo, se ci si pensa, proprio sui concetti elementari, di base, della teoria e della pratica giuridica, quali quelli di diritto (in senso sia soggettivo che oggettivo) o di ordinamento o – per ciò che a noi più da presso importa – di Costituzione, si riscontra una varietà di accezioni tale che tra alcune di esse è dato riscontrare una distanza incolmabile. E, invero, le divergenze dei punti di vista sono alle volte talmente accentuate da rendere problematico anche solo rinvenire un minimo comune denominatore, una base sia pure generalissima, cui far riferimento in sede di risoluzione del problema definitorio.

Lo spazio oggi concessomi non mi consente di andare oltre il labile cenno appena fatto al riguardo; e non mi consente neppure di argomentare la tesi, nella quale da tempo mi riconosco, secondo cui nel

tentativo di cogliere l'essenza della dignità (e così pure della libertà) occorre rifuggire tanto da un indirizzo metodico-teorico connotato da soggettivismo esasperato quanto da uno interamente ed in modo assorbente segnato da una piatta ed incolore uniformità.

Per l'uno, "dignitosa" sarebbe l'esistenza dell'uomo nel significato che al termine ciascuno di noi conferisce, di modo che la sua definizione risulterebbe esclusivamente rimessa alla piena ed insindacabile autodeterminazione della persona. A riguardo di quest'ultima, già in altri luoghi ho manifestato il convincimento che essa costituisca, di certo, un valore in sé e per sé, un valore fondamentale appunto, e che però non sia *tutto*, così come, *ex adverso*, non è, ovviamente, pensabile che sia *niente*. Se fosse vera la prima affermazione, logica vorrebbe – per restare alla indicazione di cui all'art. 36, I c., cost. – che ciascun lavoratore possa fissare in modo insindacabile la soglia adeguata ad assicurare a sé ed alla propria famiglia una esistenza "dignitosa". Un esito, questo, di tutta evidenza irragionevole (ed anzi irrazionale), che si confuta da sé e sul quale, dunque, non giova indugiare oltre. Di contro, occorre produrre ogni sforzo utile a far pervenire ad un'accezione oggettiva (o, meglio, *anche* oggettiva) del termine, che nondimeno non offuschi la naturale, incomprimibile vocazione di ogni persona a definire i propri progetti di vita e di poterli raggiungere, nei limiti consentiti dalle circostanze, in vista della compiuta ed appagante realizzazione della propria personalità.

Il vero è che ogni termine, per il solo fatto di essere contenuto in un enunciato linguistico positivo, aspira ad oggettivarsi, a caricarsi cioè di una generale valenza, nella quale i componenti la comunità organizzata possano riconoscersi. Ogni *convenzione linguistica*, d'altronde, una volta recepita in un documento normativo ha bisogno di convertirsi in una *convenzione positiva* a mezzo di una mediazione culturale che vede impegnati organi di apparato e soggetti, individuali e collettivi, esponenti della società. E così non può, dunque, non essere anche per la dignità o la libertà.

*3. Il riconoscimento di nuovi diritti fondamentali in forza di consuetudini culturali diffuse nel corpo sociale e la centralità di ruolo che al riguardo è chiamata a giocare la legge costituzionale quale strumento primo e privilegiato al fine della loro razionalizzazione*

Ci si deve, a questo punto, chiedere chi sia deputato ad operare il riconoscimento dei bisogni, di cui qui si discorre, ad operare cioè il riscontro del rapporto di strumentalità necessaria intercorrente tra gli stessi e il carattere libero e dignitoso della esistenza umana e come il riscontro stesso possa ovvero debba esser fatto. In breve, si tratta di stabilire quali siano gli strumenti e i luoghi a ciò adeguati.

Posseggo al riguardo una sola certezza; ed è che, se ad un solo soggetto o organo (non importa se legislatore o giudice o altro ancora) fosse riservato il monopolio di dare in sovrana solitudine il riconoscimento dei diritti in parola, allora l'organo o il soggetto stesso fatalmente si commuterebbe in un *potere costituente permanente* (aggiungo, riprendendo una qualifica altrove data, un *potere mostruoso*). La qual cosa, però, costituirebbe una contraddizione insanabile col carattere liberal-democratico dell'ordinamento, che naturalmente e necessariamente rimanda al plurale e libero confronto nella "società aperta degli interpreti" – per riprendere una nota elaborazione teorica –, plurimi essendo di conseguenza i luoghi in cui può maturare, con un concorso – come si vedrà a momenti – corale, il riconoscimento in parola.

Occorre tuttavia fissare il punto cui far specifico riferimento in questa sofferta, ma anche gratificante e talora persino esaltante, ricerca.

A mia opinione, al fine di apprezzare quali sono i bisogni elementari dell'uomo non può che volgersi lo sguardo alla società in cui gli uomini si riuniscono e decidono di vivere le loro esperienze di vita, alla *struttura* della società stessa, tentando appunto di cogliere ciò che è in essa diffusamente ed intensamente avvertito come necessario, indisponibile, qualificante – come si diceva – l'esistenza umana come "libera e dignitosa".

Ancora una volta – come si vede – si ha modo di toccare con mano come alcuni dati attinti dall'esperienza si convertano in dati giuridici, assurgendo a tratti identificanti i diritti fondamentali e, per ciò stesso, espressivi di una particolare “qualità di pregevolezza normativa” – se posso qui riprendere una etichetta che ho affacciato nel mio primo studio monografico in tema di fonti – degli enunciati che li ospitano e vi danno voce e rilievo.

Il “fatto”, insomma, si fa diritto (qui, anzi, diritto al suo massimo grado, costituzionale), entrando a comporre il parametro e dandovi una “pregevole” qualificazione. La qual cosa, poi, rende ulteriore conferma della impossibilità di tenere rigidamente separati – come, invece, in applicazione esasperata della discussa legge di Hume, molte volte è stato (ed è) – fatti e norme, queste ultime esprimendo appunto nella loro struttura e possedendo nel loro statuto teorico *l'idea del fatto che si fa diritto* (considero quest'ultimo spunto particolarmente promettente interessanti esiti teorico-ricostruttivi e mi riservo, dunque, di riprenderlo in altro luogo).

Ora, fondamentali essendo i bisogni o diritti suddetti, fondamentali non possono che essere altresì le norme che li “riconoscono”. L'una cosa si specchia nell'altra, determinandone il complessivo, peculiare regime (ad es., secondo opinione corrente, che pure a mia opinione richiederebbe non poche né secondarie precisazioni teoriche, portando a considerare come insuscettibili di revisione gli enunciati costituzionali relativi ai diritti).

Così stando le cose, la qualifica in termini di “fondamentali” di alcuni bisogni non può prescindere da ciò che è diffusamente ed intensamente avvertito come tale dallo stesso corpo sociale, rendendosi visibile a mezzo di *consuetudini culturali di riconoscimento* di siffatto carattere. Solo che il corpo stesso, specie nel tempo presente, offre di sé un'immagine confusa ed appannata, ponendosi quale luogo di emersione di plurimi e confliggenti beni della vita o interessi suscettibili di dar vita a combinazioni mobili, continuamente cangianti in ragione dei casi.

Il rischio è, allora, quello che chi fa luogo al *riconoscimento* (in senso proprio) finisca con l'imporre la propria visione del mondo.

Cosa c'insegna al riguardo la storia? Per rispondere alla domanda dobbiamo andare alle radici del costituzionalismo liberale; e non occorre qui rammentare la centralità di ruolo storicamente avuto dalla scrittura costituzionale in funzione del riconoscimento (e, di conseguenza, della salvaguardia) dei diritti costituzionali.

La Costituzione, nella sua accezione invalsa negli ordinamenti di tradizioni liberali, è *in nuce* – come sappiamo – una Carta dei diritti (a tutti nota è la felicissima e ad oggi insuperata formula di cui all'art. 16 della Dichiarazione del 1789), chiamata a dare, a un tempo, certezze di diritto costituzionale in senso oggettivo e certezze dei diritti costituzionali; anzi, ad essere ancora più precisi, a dare queste ultime a mezzo delle prime, le quali hanno dunque la loro *ratio* immanente, il *fine* e il *confine* allo stesso tempo del loro essere ed operare, nei diritti.

Considero ancora attuale l'insegnamento che ci viene dalla storia; ed è per ciò che – come mi affanno a dire da tempo – lo strumento col quale dare, in prima battuta, il riconoscimento (nella sua ristretta e propria accezione) dei nuovi diritti non può che essere la legge costituzionale, vale a dire ciò che maggiormente somiglia alla Costituzione, pur non condividendone – come sappiamo – il titolo, esclusivo di quella, di essere filiazione immediata e diretta del potere costituente.

*Torniamo allo statuto*: questo è il principio-guida teorico che sta a base del complesso processo, i cui elementi costitutivi e le più salienti movenze si descriveranno a momenti, a mezzo del quale prende forma il riconoscimento dei diritti. Occorre, cioè, recuperare il senso più genuino e profondo del costituzionalismo delle origini; e, così come la Costituzione ha reso visibili (“riconosciuto”, appunto) i diritti fondamentali che hanno animato la resistenza al fascismo, ponendosi quindi a base dell'avvento della Repubblica, allo stesso modo oggi la legge costituzionale si propone come lo strumento privilegiato, il più adeguato a dare il *primo* riconoscimento dei nuovi diritti fondamentali (spiegherò a momenti cosa intendo col termine appena evidenziato).

Se ne ha che *la legge costituzionale è la forma più adeguata alla razionalizzazione delle consuetudini culturali diffuse nel corpo sociale a riguardo dei bisogni elementari di singoli e gruppi*, non foss'altro che per la ragione che essa è l'atto di autorità che può al meglio rispecchiare il carattere

plurale della società e rendere testimonianza dei più larghi consensi tra le forze politiche rappresentate nelle assemblee in cui s'incarna quel valore democratico che, unitamente al lavoro, sta a base della Repubblica. Garantisce, perciò, meglio della legge comune – perlomeno, secondo modello – una fedele ricognizione delle consuetudini suddette.

Più volte ho confessato di sentirmi fortemente a disagio davanti alla eventualità che si abbiano definizioni dei diritti fondamentali a colpi di maggioranza. Ciò che giudico sommamente pericoloso per la tenuta stessa del tessuto sociale, comportando il rischio del suo sfilacciamento, e per la salvaguardia della integrità della Costituzione (e della sua forza), che rischia essa pure di andare smarrita e dispersa. E, invero, fatico a digerire l'idea che su questioni cruciali, quali quelle riguardanti l'inizio o il fine-vita, possano aversi definizioni imposte a propria immagine e somiglianza e per il proprio tornaconto dai governanti di turno, quale che ne sia ovviamente il colore, quindi raccolte ed espresse da leggi comuni, che poi – e perché no? – da quella stessa maggioranza (e con lo stesso strumento ordinario di normazione) siano riviste sotto la pressione di congiunturali esigenze, anche a breve distanza di tempo assistendosi pertanto alla riscrittura da cima a fondo degli enunciati che danno forma a quelle definizioni.

Certo, anche la legge costituzionale può, *nei fatti* (se non pure, però, ad opinione mia e di molti, *secondo modello*), esser figlia della sola maggioranza del suo tempo, senza che sui suoi contenuti si abbia riscontro di quella condivisione con le opposizioni (quanto meno, con le più consistenti di esse) che la più avvertita dottrina giudica indisponibile.

Pure certo è che la stessa legge costituzionale può sbagliare, per eccesso o per difetto, nel rilevare i bisogni elementari dell'uomo, senza che poi – perlomeno il più delle volte – *di fatto* l'errore sia sanzionabile (remota è, infatti, l'eventualità che la disciplina al riguardo venga caducata dal giudice delle leggi sotto lo specifico aspetto ora in rilievo, mentre è verosimile che possa andare soggetta, seppur entro certi limiti, ad interpretazioni anche sensibilmente innovative e, laddove possibile, "sananti"). Come si vedrà a momenti, a questi inconvenienti, che meritano di essere fatti oggetto di attenta considerazione, può porsi almeno in parte rimedio attraverso l'opera della giurisprudenza, il cui ruolo in fatto di riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali appare essere di centrale rilievo.

*4. Il timore, di cui si è resa interprete una sensibile dottrina, che, per l'accezione di "diritto fondamentale" qui proposta, possano esserne sacrificati proprio i bisogni più intensamente avvertiti dalle voci minoritarie nella società ovvero che la qualifica data delle consuetudini suddette finisca col contraddire queste ultime, e gli argomenti invece spendibili a sostegno della proposta ricostruttiva qui affacciata*

Ciò che però più conta tenere a mente è che la legge costituzionale è anche – come si diceva – strumento di autorità, di forza politica; anzi, è il massimo di tali strumenti. Il rischio è allora quello lucidamente paventato da M. Dani nel corso del nostro dibattito, che proprio i bisogni dei soggetti più deboli ed esposti, degli emarginati, delle voci minoritarie nella società risultino sacrificati da parte di chi è in quest'ultima maggioranza culturale ed è maggioranza politica in Parlamento, laddove potrebbe dichiararsi avverso al loro riconoscimento.

Il riferimento alle consuetudini, pur se meramente culturali e non pure positive, secondo la proposta teorica qui affacciata, può dunque portare all'esito di mettere il bavaglio davanti alla bocca di questi soggetti.

In un non dissimile ordine di idee anche G. D'Amico ha fatto notare che la consuetudine evoca l'idea della uniformità mentre la cultura quella della pluralità degli orientamenti e delle azioni: la formula da me prospettata darebbe quindi vita ad un autentico ossimoro. D'Amico, col consueto garbo che gli è proprio, non è stato così crudo ed esplicito nel suo appunto critico ma questa – a me pare – ne era la sostanza. Un ossimoro, però, che – in disparte quanto si dirà subito appresso – non è, per vero, affatto provato e, dunque, necessariamente ricorrente, sol che si pensi che, a fronte dei campi materiali, invero non poco estesi, in cui la cultura è attraversata da perduranti tensioni, oscillazioni e

contrasti anche vistosi, se ne danno altri, non meno estesi, nei quali essa ha ormai trovato dentro di sé una indiscussa concordia (quante sono, d'altronde, le verità scientifiche ormai più non controverse? Chi dubita, ad es., che la terra non sia un disco piatto, come per un'antica credenza, o che resti immota mentre il sole le gira attorno? E, infine, sono più le questioni ormai definitivamente risolte ovvero quelle ancora aperte?).

Le obiezioni qui riassuntivamente rappresentate sono, ad ogni buon conto, serie, anzi molto serie, ma – sembra di poter dire – non insuperabili.

In primo luogo, va nuovamente richiamato il rapporto stretto, inscindibile, che si dà negli ordinamenti di tradizioni liberal-democratiche tra diritti fondamentali e Costituzione, questa non avendo senso senza quelli, e viceversa. La Costituzione, quale legge fondamentale dell'ordinamento, esprime una naturale vocazione alla stabilità ed alla certezza (e mi piace, al riguardo, qui ricordare un approfondito studio del mio compianto Maestro, T. Martines, in tema di dimensione temporale del diritto e dell'esperienza costituzionale): si pone, dunque, quale fattore di stabilizzazione ma anche di promozione e di rinnovamento, di trasformazione profonda della società secondo quella tavola di valori che dà senso all'etica pubblica repubblicana e che ha la sua sintesi espressiva più efficace nel II c. dell'art. 3. E, in fondo, se ci si pensa, *ogni* Costituzione è, a un tempo, una *Carta-bilancio* ed una *Carta-programma*, non necessariamente né esclusivamente – come un'antica dottrina riteneva – o l'una o l'altra cosa: una Carta, cioè, che raccoglie, “razionalizzandolo”, ciò che è frutto di esperienze consolidate nella struttura sociale ed allo stesso tempo di quest'ultima promuove la trasformazione e il vero e proprio rivolgimento all'insegna dei valori posti a fondamento e giustificazione dell'intero ordinamento.

Ora, il medesimo fine della stabilità e della certezza sta a base e giustificazione dell'adozione delle leggi costituzionali in genere, tanto più laddove – come nella proposta qui nuovamente affacciata – si volgano a dare voce ai nuovi diritti.

In secondo luogo, non qualunque pulsione emotiva di cui dovessero farsi espressione singoli o gruppi spontanei, anche i più eccentrici e bizzari, rappresentata in termini di “diritto fondamentale”, può ragionevolmente pretendere per sé il riconoscimento come tale. È così, d'altronde, come si sa, anche per i diritti vecchi o vecchissimi: ad es., il diritto di libertà religiosa, che – non si dimentichi – è il primo dei diritti di libertà storicamente rivendicato dall'uomo, non può essere invocato da chi dovesse dichiararsi portatore – esaspero ora volutamente il discorso – di una nuova religione che ha nella bottiglia (magari riempita di buon vino...) il trascendente in cui si riconosce ed identifica, secondo quanto ha peraltro, con dovizia di argomenti, da tempo mostrato la più avvertita dottrina in tema di confessioni religiose.

Ancora una volta, decisivo e comunque imprescindibile è, dunque, il riferimento ad una consuetudine culturale di riconoscimento diffusa nel corpo sociale e radicata perciò in quest'ultimo sì da potersi fare parametro, ai fini e per gli effetti di cui agli [artt. 8, 19 e 20 della Carta](#).

Stabilità e certezza in ordine a ciò che è un nuovo diritto sono, pertanto, qualità indispensabili e strumentali all'affermazione della Costituzione quale “luogo” positivo espressivo di valori omnicondivisi. Dar spazio ad un soggettivismo esasperato ed incontenibile equivale ad alimentare un nichilismo costituzionale che, a conti fatti, si converte e risolve nella sostanziale *decostituzionalizzazione della Costituzione*.

In terzo e risolutivo luogo, rimane sempre a beneficio dei gruppi minoritari e dei singoli la risorsa dell'appello al giudice (europeo o nazionale, comune e, se del caso, per il tramite di questo, costituzionale), ancorato alla *coppia assiologica fondamentale* – come a me piace chiamarla – di libertà ed eguaglianza, per effetto del cui contestuale e sinergico operare i nuovi diritti hanno modo pur sempre di farsi largo e, sia pure alle volte imperfettamente e comunque gradualmente, affermarsi. E, invero, il giudice – è qui il cuore della questione ora discussa – può porsi, ed effettivamente non di rado si pone, non soltanto quale testimone e portavoce di consuetudini radicate nel tessuto sociale ma anche quale fattore di promozione e di orientamento di nuove consuetudini culturali, concorrendo perciò, talora risolutivamente, alla loro formazione e maturazione. Le stesse leggi, peraltro, laddove vengono alla luce a beneficio dei diritti, sono, a un tempo, sollecitate, per un verso, a conformarsi al

“fatto” (qui, alle consuetudini culturali in discorso) e, per un altro, ad operare per la trasformazione del “fatto” stesso, *secondo valore*, secondo la efficacissima sintesi espressa dai due commi dell’art. 3: è in questa costante, consustanziale, tensione tra adeguatezza all’esistente e superamento dello stesso, in vista dell’affermazione della Costituzione *magis ut valeat*, che dunque si coglie ed apprezza l’orientamento assiologico-sostanziale dell’attività dei pubblici poteri in genere.

Ora, il ruolo “promozionale”, in accezione assiologicamente qualificata, dei giudici viene ad essere particolarmente sottolineato proprio laddove dovesse tardare a venire alla luce la razionalizzazione legislativa (in forma costituzionale prima ed ordinaria poi): nel qual caso, le tensioni presenti nel corpo sociale vengono quindi naturalmente portate a scaricarsi sui giudici, obbligati assai di frequente – come si sa – ad un ruolo di “supplenza” (così è usualmente, con una certa approssimazione, chiamato) nei riguardi di una legislazione inerte o complessivamente carente.

Gli esempi che possono al riguardo addursi sono talmente numerosi da aversi davvero l’imbarazzo della scelta. E, dunque, si rammenti la triste vicenda Englaro o ciò che si è avuto in materia di procreazione medicalmente assistita per mano della giurisprudenza (comune e costituzionale), cui è da imputare il sostanziale rifacimento della legge 40 del 2004, ora per via interpretativa ed ora a mezzo di pronunzie ablativo della Consulta. O, ancora, si rammenti quanto da tempo si ha in quel vero e proprio “universo”, ad oggi largamente inesplorato, che è la famiglia (in larga accezione), in ispecie con riferimento alla tutela delle coppie omosessuali, di cui si sono in buona sostanza dovuti fare carico i giudici fino all’approvazione della recente legge n. 76 del 2016, la quale poi – è facile previsione già affacciata dai primi commentatori – obbligherà di sicuro i giudici stessi ad una faticosa opera di ricucitura di taluni disposti in essa contenuti lacunosi o di dubbia coerenza interna.

L’esempio del matrimonio tra persone dello stesso sesso è altamente indicativo di quanto si viene ora dicendo a sostegno della ricostruzione qui proposta.

Chi mi conosce sa che non credo che esso possa trovare spazio per affermarsi in base a quanto dispone la Costituzione vigente, secondo quanto ha peraltro al riguardo fatto ripetutamente notare la giurisprudenza costituzionale (spec. in [Corte cost. sentt. nn. 138 del 2010](#) e [170 del 2014](#)), e – a dirla tutta – è dubitabile che possa affermarsi persino giovandosi dello strumento apprestato dall’art. 138. Eppure, devo qui confessare di esser convinto che il giudice delle leggi potrà, prima o poi, cambiare idea, anche in difetto di una nuova e diversa disciplina costituzionale, dietro la spinta viepiù pressante di una risoluta e intraprendente giurisprudenza comune, nella quale peraltro si rispecchia una vigorosa tendenza culturale presente nel tessuto sociale, di certo non scoraggiata dalla stessa giurisprudenza europea. Di modo che, quando sarà scritta la storia di questa ad oggi ingarbugliata vicenda, non potrà non riconoscersi il ruolo di prima grandezza esercitato dalla giurisprudenza nel raccogliere indicazioni e suggestioni venute dal corpo sociale, nei cui riguardi si è peraltro mostrata sensibile la recente legge sulle unioni civili e le convivenze, da cui potrebbe quindi venire la spinta al legislatore futuro perché faccia luogo a quella razionalizzazione della nuova consuetudine culturale favorevole al matrimonio in parola che giudico ad oggi incompiuta e che però potrà maturare appunto sotto la decisa pressione della giurisprudenza stessa.

Il rapporto intercorrente tra legislazione e giurisdizione è, ad ogni buon conto, complesso, connotato da fluidità di movenze e da incertezza dei possibili esiti. Alle volte, infatti, la prima precede, fonda e giustifica la seconda, com’è in fondo naturale che sia; altre volte, invece, quest’ultima precede e stimola l’altra, che poi a sua volta può sollecitare l’adozione di innovativi indirizzi giurisprudenziali ovvero portare alla correzione di vecchi. Ancora una volta, come si vede, il circolo produttivo, prima che al piano positivo, si apprezza e coglie a quello culturale.

Il circolo tuttavia alle volte non prende forma compiuta. Come, nuovamente, testimonia il caso Englaro, la giurisdizione è assai spesso obbligata a confrontarsi direttamente, *omisso medio*, con la Costituzione, dei cui principi fa – con ogni probabilità, *oborto collo* – applicazione diretta, a motivo dell’assenza di norme di legge, costituzionali e/o comuni, che diano visibilità ai nuovi diritti, corredandola della necessaria regolazione.

Non è questo, però, il contesto rispondente al modello, nella sua lineare ed essenziale conformazione, perlomeno per l’idea che di esso sono venuto facendomi nel corso di ormai

pluridecennali riflessioni. Per il modello stesso, infatti, un ruolo di speciale rilievo va assegnato, a rimorchio e prolungamento della disciplina costituzionale, alla legge comune, in relazione sia ai vecchi che ai nuovi diritti; un prolungamento che, nondimeno, come subito si passa a dire, è oggi chiamato a presentarsi in forme complessivamente diverse da quelle di un tempo.

### *5. Il problema della tutela dei diritti fondamentali*

#### *5.1. Duttilità strutturale, carente tipizzazione e mutua complementarietà degli atti dei pubblici poteri, leggi e sentenze, al servizio dei diritti*

Si pone, a questo punto, la questione relativa al modo con cui si connotano le pubbliche funzioni (e gli atti che ne sono espressione) nel tempo presente.

I fattori ai quali si è fatto cenno in esordio di questa riflessione, con riguardo alle cause di maggior rilievo che hanno portato ad un'autentica proliferazione di nuovi diritti fondamentali (o rappresentati come tali), stanno altresì, di conseguenza, a base della caratterizzazione complessiva degli atti dei pubblici poteri, specificamente laddove si volgono ad apprestare riconoscimento e tutela ai diritti.

E così lo sviluppo scientifico e tecnologico, per un verso, e la complessità sociale, per un altro, con la pluralità delle voci culturali presenti nel corpo sociale, spingono naturalmente per un'accentuata e diffusa duttilità di struttura degli atti chiamati a darvi ascolto. Non a caso, sempre più di frequente le discipline legislative si dotano di previsioni essenziali, *per principia*, così come le stesse pronunzie dei giudici costituzionali (ed a questi vanno in misura crescente somigliando anche le Corti europee, esse pure dunque ponendosi come *materialmente costituzionali*, al pari delle Carte di cui sono garanti) non di rado esibiscono parimenti una struttura fatta a maglie larghe, esprimendo principi che quindi si consegnano, a un tempo, al legislatore e, per l'istante, ai giudici comuni per la loro opportuna *specificazione-attuazione* (e non, dunque, la mera *applicazione*) in relazione ai casi. Le decisioni-pilota della Corte europea e le additive di principio del giudice costituzionale danno emblematica testimonianza di questa tendenza che va sempre di più ramificandosi e radicandosi nel terreno in cui maturano le esperienze dei diritti, specie di quelli che attengono a questioni eticamente sensibili.

La duttilità strutturale degli atti porta, poi, a rendere sempre più fitti i collegamenti funzionali tra di essi intercorrenti: evidenza, cioè, il carattere parziale degli interventi posti in essere da ciascuno di essi e, per ciò stesso, la loro reciproca, naturale complementarietà. I principi hanno infatti bisogno delle regole al fine di potersi implementare in modo adeguato nell'esperienza, così come queste hanno bisogno di trarre luce ed ispirazione da quelli.

Come si è tentato di mostrare in altri luoghi, non di rado vengono infatti a formazione *catene di atti* (per ciò che maggiormente importa, di pronunzie dei giudici), convergenti al medesimo fine e, perciò, produttivi di un effetto unitario, che ovviamente nulla toglie al rilievo degli effetti imputabili a ciascuno di essi ma che li comprende e *quodammodo* trascende. Viene, cioè, a mettersi in moto una complessa manovra, che ha assai di frequente la sua spinta iniziale in ambito sovranazionale (segnatamente, presso la giurisprudenza europea, che nondimeno è spesso evocata in campo da operatori nazionali) e la sua naturale proiezione in ambito interno, laddove si riproduce e diffonde presso plurime sedi istituzionali, sollecitate a concorrere al perfezionamento della manovra stessa, affinché essa possa appunto sortire gli effetti sperati.

Non di questo soltanto però si tratta. Anche per il modo con cui gli atti si presentano in struttura e funzione, è parimenti frequente assistere alla loro sostanziale confusione, che mette in crisi dunque la loro vocazione alla reciproca tipizzazione, superata da molteplici e varie espressioni di mutua (e, non di rado, improvvisata ed approssimativa) sussidiarietà. Particolarmente vistoso si presenta il fenomeno con riguardo ai casi, ormai di pressoché quotidiano riscontro, in cui le decisioni dei giudici prendono il posto di leggi o del tutto mancanti o, comunque, largamente carenti. In congiunture siffatte, prende corpo una marcata torsione del principio della separazione dei poteri che, pur nelle

forme peculiari e temperate di cui si riveste, secondo modello e più ancora secondo esperienza, nel tempo presente, resta nondimeno un punto fermo (anzi, *il* punto fermo) al quale ancorare la speranza di poter salvaguardare il valore democratico, la stessa idea di Costituzione, evocata – come si rammentava – dall’art. 16 della Dichiarazione del 1789, i diritti fondamentali, che in un contesto siffatto non hanno (non *possono* avere) né presente né futuro.

Ora, se e quando il fenomeno resta contenuto entro una certa soglia può essere tollerato ed assorbito, considerato appunto quale lo specchio dei tempi, una delle più attendibili testimonianze del modo complessivo di essere e di divenire dello Stato costituzionale e di operare degli attori istituzionali in esso presenti.

Il punto è, però, che la soglia suddetta non poche volte viene ad essere varcata; e l’operazione riceve – come si sa – fin troppo benevolo avallo da parte degli organi di garanzia o, addirittura, si deve proprio alla mano di questi ultimi, che nondimeno si fanno cura di mascherarla abilmente.

Sta di fatto che la duttilità strutturale degli atti appare essere, comunque, necessaria; tant’è che, quando fa difetto, viene non di rado imposta a forza (si pensi, ad es., ai non pochi casi in cui la flessibilizzazione dei disposti legislativi si ha a mezzo di pronunzie manipolative del giudice costituzionale).

La complementarietà dei ruoli mostra, dunque, il carattere approssimativo della tesi, come si sa largamente circolante, secondo cui lo Stato si sarebbe ormai trasformato (forse, irreversibilmente) presentandosi appunto quale “giurisdizionale”.

Avverto di rifuggire, in generale, dalla moda delle etichette che, quando va bene, fatalmente colgono solo una parte di vero, appiattendo e riducendo esperienze che in realtà hanno in sé complessità di tratti, fluidità degli elementi costitutivi, uno spessore che va ben oltre la crosta del fenomeno rappresentato. Se tuttavia volessimo dare un’idea di come stanno al riguardo le cose, dovremmo allora concludere nel senso che si ha (o, meglio, *dovrebbe* secondo modello costantemente aversi) uno *Stato che è, a un tempo, legislativo e giurisdizionale*, non solo l’una cosa ad esclusione dell’altra.

Con ciò, ovviamente, non si ha a cuore di coprire (o di prestare avallo a) talune espressioni della pratica giuridica connotate da eccessi e complessive torsioni del figurino costituzionale. Non occorre tuttavia pervenire alla sponda opposta di ripudiare l’intera esperienza sol perché si hanno talune sue espressioni, per l’uno o per l’aspetto, censurabili.

*5.2. Il c.d. “dialogo” tra le Corti, il “metaprincipio” della massimizzazione della tutela che ne orienta e governa le movenze, i rischi per la certezza del diritto che, secondo una critica ricorrente, il suo accoglimento farebbe correre e i positivi effetti invece per il suo tramite raggiungibili, specificamente per ciò che attiene alla certezza dei diritti (e cioè alla effettività della loro salvaguardia)*

In questo quadro, il c.d. “dialogo” tra le Corti – termine che seguito a considerare improprio e, nondimeno, evocativo di una realtà composita, bisognosa di molta attenzione e adeguata chiarificazione – acquista centralità di posto, ponendosi quale passaggio obbligato non solo per l’ottimale tutela dei diritti ma, alle volte, a motivo della latitanza del legislatore, ancora prima (e di più) per il loro stesso riconoscimento.

Il dialogo è strumento multiuso: si presta tanto al rinnovamento degli indirizzi giurisprudenziali quanto alla loro stabilizzazione. Ed è strumento che ha altresì doppio volto, rendendo testimonianza sia di divergenze e sia pure di convergenze. “Dialogare”, infatti, come si è precisato altrove, non vuol dire necessariamente essere d’accordo, l’importante però è capirsi; e, comprendendosi, alla lunga, la spinta più vigorosa, espressiva delle maggiori tendenze, è proprio quella – a me pare – per il secondo piuttosto che per il primo corno dell’alternativa. E non può, invero, al riguardo non riconoscersi ed apprezzarsi lo sforzo, già al presente tangibile, prodotto dalle Corti al fine di accorciare – fin dove possibile – la distanza tra le rispettive posizioni piuttosto che per allungarla.

Ci si deve a questo punto chiedere se si diano in Costituzione indicazioni in ordine al modo corretto, lineare, di svolgersi del dialogo, segnatamente tra le Corti europee e quelle nazionali.

La questione è, *in nuce*, di teoria della Costituzione.

Chiarisco il mio pensiero muovendo da due dati, l'uno inconfutabile, l'altro invece oggi accesamente discusso.

Il primo è che la Costituzione non detiene ormai più, così come invece un tempo, il monopolio del riconoscimento dei diritti fondamentali, che – come si è già rammentato – condivide con altre Carte di origine esterna (per ciò che qui maggiormente importa, la [CEDU](#) e la [Carta dell'Unione europea](#)). La qual cosa, poi, la dice lunga circa la possibilità di mantenere così com'è uno schema risalente che vede nella Costituzione stessa la più genuina, immediata ed esclusiva espressione del potere costituente di liberale fattura.

Il secondo dato attiene alla struttura dell'identità costituzionale, quale risulta dai valori fondamentali dell'ordinamento visti nel loro fare sistema, una *struttura plurale*, dal momento che tra i valori in parola vi è anche quello dell'apertura verso l'alto e verso l'altro (e, segnatamente, la Comunità internazionale e l'Unione europea). Se ne ha, dunque, che, nel momento in cui l'ordinamento acconsente a limitazioni della propria sovranità – secondo la previsione dell'art. 11 della [Carta](#) – in funzione della salvaguardia della pace e della giustizia tra le Nazioni, non presta un servizio a qualcosa che è fuori dell'ordinamento stesso bensì proprio ad uno dei suoi valori fondamentali, di quei valori che appunto entrano a comporre la *nostra* identità, il nostro DNA costituzionale (segnalo qui nuovamente, e sia pure di sfuggita, la stranezza – tale, perlomeno ai miei occhi, appare – costituita dal fatto che, a giudizio della Consulta, la [CEDU](#) non gioverebbe alla causa della pace e della giustizia, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 11; e ciò, malgrado si riconosca – [sent. n. 349 del 2007](#), p. 6.1. del *cons. in dir.* – che essa si pone quale “una realtà giuridica, funzionale e istituzionale”, come tale perciò rispondente al requisito della organizzazione, secondo la nota definizione datane da S. Romano, che la porterebbe diritto a godere della “copertura” del disposto costituzionale in parola).

Ci si intenda. Nessuno ha mai, giustamente, affermato che l'apertura in parola debba risultare incondizionata, *senza “se” e senza “ma”*. Né – mi preme qui chiarire, a scanso di taluni equivoci originati da affrettate letture fatte di alcuni miei scritti – ho mai pensato che le cose debbano andare proprio così, sol perché mi sono ripetutamente dichiarato contrario ad ammettere l'esistenza della categoria dei “controlimiti”. Di contro, ho più volte tenuto a precisare (e tengo qui a ribadire) che la composizione (non già delle *fonti* bensì) delle *norme* in sistema prescinda dalla loro provenienza e dalla loro forma (dalla *fonte*, appunto) e debba piuttosto risultare governata da (e puntare costantemente alla) ottimale realizzazione dei beni della vita costituzionalmente protetti (per ciò che qui più da presso importa, dei diritti fondamentali).

D'altro canto, tutte le Carte pretendono di poter valere se (ed in quanto) possano servire a questo scopo: è detto esplicitamente nell'art. 53 tanto della [CEDU](#) quanto della [Carta dei diritti dell'Unione](#) e risulta, a mia opinione con chiarezza, dalla stessa legge fondamentale della Repubblica, per la elementare ragione che è nell'idea stessa di Costituzione la sua vocazione alla massima affermazione possibile, in ispecie nei suoi valori di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità), la *coppia assiologica fondamentale* – come si è veduto – che dà senso agli stessi principi fondamentali restanti, piegati a darvi il più adeguato servizio in ragione dei casi.

Di qui, l'eventualità che, in uno di tali casi, le norme di origine esterna possano recedere davanti a norme interne, pur mostrandosi rispettose dei principi di base dell'ordinamento (dei “controlimiti”, appunto), così come però (ed all'inverso) potrebbero prevalere pur se contrarie a questo o quel principio fondamentale, ove risultino ancora meglio attrezzate delle norme nazionali a servire al meglio la tavola dei valori costituzionali nel loro fare “sistema”, vale a dire a portare alla ottimale affermazione della tavola stessa nell'esperienza, all'esito di un'operazione di ponderazione assiologica che verifichi se sia da preferire la “situazione normativa” – come a me piace chiamarla – *con* ovvero *senza* il vigore delle norme esterne.

*Nessuna fonte, pertanto, è incondizionatamente prescrittiva, neppure la Costituzione; tutte, di contro, lo sono secondo i casi ed alla luce dei valori, potendosi affermare laddove dimostrino di essere culturalmente meglio attrezzate di altre, avendo da offrire sul mercato dei diritti la merce migliore, la più adeguata ai bisogni di cui si chiede appagamento.*

Insomma, nessuna eventualità può essere in partenza scartata, per un aprioristico convincimento d'ispirazione formale-astratta, l'esito dipendendo ogni volta dal modo con cui l'operatore di turno reputi che possano essere appagati al meglio i beni della vita costituzionalmente protetti, nel loro fare "sistema".

Il principio-guida, l'autentico "metapprincipio", siccome relativo al modo con cui i principi si pongono in reciproco rapporto, è quello, dietro accennato, della *massimizzazione della tutela*, dell'innalzamento massimo possibile del punto di sintesi tra i beni stessi.

Non a caso, la giurisprudenza costituzionale si mostra particolarmente insistente, specie negli ultimi anni, nel richiedere agli operatori (e, segnatamente, ai giudici) di prestare attenzione non al solo diritto di volta in volta in gioco bensì all'intero sistema dei beni della vita costituzionalmente riconosciuti. E, sempre non a caso, la giurisprudenza stessa, al fine del conseguimento della massima tutela possibile, sollecita a far luogo – perlomeno fin dove possibile – alla mutua integrazione delle Carte nei fatti interpretativi, per riprendere ora la felice indicazione data da Corte cost. con la [sent. n. 388 del 1999](#). Con il che si dà dunque ad intendere che le Carte possono giocarsi la partita alla pari e che ciascuna di esse ha da mettere in campo quanto di più e di meglio ha al fine dell'appagamento dei bisogni elementari dell'uomo sistematicamente considerati.

Il canone della miglior tutela – mi preme qui nuovamente rimarcare, dopo averne detto altrove – si pone, dunque, quale fattore, ancora prima della selezione della fonte maggiormente adeguata al caso, di *preorientamento interpretativo* delle Carte e della loro mutua e paritaria integrazione culturale, secondo l'indicazione data dalla pronuncia della Consulta sopra richiamata.

L'interpretazione, insomma, non è mai neutra bensì assiologicamente (pre)orientata. L'indicazione positiva al riguardo data dall'art. 53 della [Carta di Nizza-Strasburgo](#), in relazione al modo con cui questa chiede di essere intesa, possiede ed esprime una generale valenza di ordine metodico-teorico.

Perciò, il riconoscimento dato dalla singola Carta (Costituzione inclusa!) è obbligato a costanti mediazioni culturali con quelli date dalle altre Carte, in vista del conseguimento del fine appena enunciato.

È chiaro che, ambientate le relazioni tra le Carte (e le Corti che ne sono garanti) su un piano assiologico-sostanziale, siccome governate dal metapprincipio della miglior tutela, si corre il rischio non lieve di demandare a rapporti di forza tra le Corti stesse l'esito delle vicende processuali che s'impiantano e svolgono ogni volta che si faccia questione della salvaguardia di questo o quel diritto. Il rischio è, insomma, quello, più volte da molti denunciato, di una deriva soggettivistica che, a conti fatti, finirebbe col riproporre quello scenario inquietante, dietro già delineato, di fare della Corte più forte un *potere costituente permanente* e, per ciò stesso, di smarrire del tutto il bene irrinunciabile della certezza del diritto (qui, nella sua massima espressione, quale certezza del diritto costituzionale e dei diritti costituzionali).

Questa obiezione mi è stata mossa da più parti, specie in relazione ad una personale proposta ricostruttiva dell'ordine delle fonti (*rectius*, delle *norme*) che vado mettendo a punto da tempo, ragionando su varie questioni di diritto costituzionale, per il modo con cui le norme stesse si pongono davanti ai valori fondamentali dell'ordinamento (e, tra questi, principalmente a quello che vuole riconosciuti i diritti inviolabili dell'uomo, nel suo fare tutt'uno col valore di eguaglianza).

Trovo tuttavia singolare che chi nutre preoccupazione circa il triste destino che attenderebbe la certezza del diritto per effetto dell'adozione di criteri assiologico-sostanziali di sistemazione delle fonti (*rectius*, delle *norme*) e, in genere, di qualificazione dell'esperienza giuridica, non trovi nulla di strano a riguardo del quotidiano e diffuso utilizzo dei criteri stessi nei campi più varî ed a plurimi fini o effetti (si pensi, solo per fare i primi esempi che vengono in mente, alla teoria dei limiti alla revisione costituzionale, che porta a distinguere norma da norma in seno alla legge fondamentale della

Repubblica, o ai limiti all'abrogazione popolare, specificamente laddove la relativa domanda investa norme idonee ad assicurare una "tutela minima" ai beni costituzionalmente protetti, o, ancora, al modo stesso con cui dagli enunciati si estraggono le norme, l'interpretazione per sua natura svolgendosi su un terreno spianato da canoni di sostanziale fattura).

*5.3. Il fondo di verità racchiuso nella critica di coloro che si mostrano preoccupati per la certezza del diritto e le opportunità offerte a quest'ultima al fine di potersi compiutamente affermare dotandosi di ancora più solide basi il "dialogo" tra le Corti a mezzo di una nuova e più adeguata razionalizzazione dei loro rapporti*

Tutto ciò posto, è pur vero che le relazioni tra i giudici non possono essere per intero abbandonate a se stesse, di modo che il loro dialogo prenda forma secondo congiunturali improvvisazioni e grazie alla buona volontà di questa o quella Corte e di tutte assieme di darsi reciproco ascolto, portando a frutto le indicazioni che vengono da ciascuna di esse a beneficio dei diritti.

Per vero, alcuni canoni a base delle relazioni in parola non fanno già oggi difetto; e basti solo, al riguardo, pensare a ciò che ha rappresentato (e più ancora, verosimilmente, rappresenterà anche per l'avvenire) il meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione. I compiti crescenti e sempre più gravosi che attendono già al presente (e di sicuro ancora di più attenderanno un domani) i giudici rendono chiara testimonianza del fatto che lo strumento in parola, seppur prezioso e suscettibile di essere portato ad ancora più feconde applicazioni, non è nondimeno sufficiente. La domanda imponente di appagamento di sempre nuovi bisogni è, già di per sé, la prova migliore della necessità di mettere ordine nel dialogo intergiurisdizionale, senza comunque soffocarne la naturale vocazione ad esprimersi nei modi più varî in ragione della parimenti varia connotazione dei casi.

Il dialogo può, infatti, dimostrarsi strumento adeguato a dare certezze di diritto costituzionale e di diritti costituzionali, agevolando la formazione di orientamenti giurisprudenziali convergenti, solo a condizione che si apprestino basi positive sufficientemente solide sulle quali possa impiantarsi e svolgersi.

In astratto, possono al riguardo battersi due vie, senza nondimeno escludere che possano essere percorse entrambe con buoni risultati.

La prima è quella di una normazione eteroprodotta, l'altra quella di una autoprodotta.

Avverto subito di considerare più piana – perlomeno al presente – la seconda, che si affida a protocolli d'intesa tra le Corti in vista della soluzione "concordata" da dare ad alcune tra le più impegnative e spinose questioni. È questa la soluzione fatta propria di recente – come si sa – dalla Corte di Cassazione e dalla Corte EDU; e, a quanto pare, i primi risultati avutisi per effetto del protocollo tra di esse stipulato sono assai promettenti.

È poi da studiare attentamente l'eventualità che le Corti europee decidano in via di fatto (magari, in vista del consolidamento di una loro iniziale convenzione e della sua conversione in una vera e propria consuetudine) di consultarsi reciprocamente prima di pronunciarsi su determinate questioni, ferma restando la libera autodeterminazione conseguente al reciproco ascolto. Pur auspicando che quest'esito possa aversi – è da sperare, tra non molto –, confesso tuttavia di dubitare che esso sia raggiungibile per via di mero fatto, senza cioè poter poggiare su un documento normativo, sia pure di *soft law*, che ne agevoli il conseguimento. Ancora più salda, poi, la base in parola – e qui vengo a dire della prima via – qualora venisse delineata in un vero e proprio accordo di diritto internazionale, la cui formazione però comporterebbe una modifica dei trattati e, perciò, richiederebbe un consenso talmente largo da far dubitare che possa, perlomeno a breve, aversi. Eppure, specialmente nella prospettiva, per remota che ad oggi appaia, dell'adesione dell'Unione alla [CEDU](#), percorrere l'una o l'altra delle vie sopra indicate mi parrebbe sommamente opportuno; e, d'altro canto, il trattato di adesione in parola non potrà non prevedere una qualche forma di collegamento istituzionale tra le Corti europee.

La conclusione appena raggiunta può riproporsi con riguardo altresì ai rapporti con le Corti nazionali. Anche su questo versante, infatti, molto v'è da costruire al fine di dotare i rapporti stessi di basi adeguate all'impegno connesso al loro svolgimento.

Si pensi, ad es., alla eventualità di dar vita ad una sorta di rinvio pregiudiziale "discendente" – come lo si è altrove chiamato – che dia modo alla Corte dell'Unione di potersi pronunciare *causa cognita*, laddove a ciò adita, in merito a sospette violazioni da parte della normativa dell'Unione stessa nei riguardi dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali, ai quali essa è – come si sa – obbligata dall'art. 4.2 del trattato di Lisbona a prestare rispetto. Mi pare evidente che il giudice eurounitario abbia al riguardo il suo specifico, illuminante punto di riferimento nel diritto vivente, quale affermato presso ciascun ordinamento nazionale, nel quale si converte e risolve il diritto costituzionale vigente.

Fermo questo principio, quest'autentica direttiva metodica d'azione, è poi da stabilire se sia sufficiente che la Corte dell'Unione prescelga da sé, senza alcun sussidio offertole in spirito di "leale collaborazione" dai giudici nazionali, la normativa nazionale giudicata espressiva dei principi di struttura cui fa richiamo l'art. 4.2, cit., oppure se sia doveroso ovvero opportuno che riceva al riguardo indicazioni dai giudici nazionali (e, poi, da quali? Dal solo tribunale costituzionale, quale interprete privilegiato, seppur ovviamente non esclusivo, dei principi in parola oppure anche dai giudici comuni, e segnatamente dal giudice della legittimità?).

Come si vede, si pongono non pochi né lievi problemi, anche di mantenimento di delicati equilibri istituzionali di diritto interno (segnatamente, tra la Corte di Cassazione e la Corte costituzionale), ai quali, per l'ipotesi ora ragionata, occorrerebbe far fronte.

Non sono tuttavia così ingenuo da pensare che la Corte dell'Unione possa accedere di buon grado all'ordine di idee di sottoporsi culturalmente – ché di questo, a conti fatti, si tratta – ad indicazioni dei giudici nazionali che comunque ne condizionerebbero, in maggiore o minore misura, l'operato. Eppure, una siffatta, ipotetica indisponibilità al "dialogo" coi giudici nazionali sarebbe, a mia opinione, un grave errore, un autentico difetto di miopia da correggere urgentemente: né più né meno di come lo è stato quello del nostro giudice costituzionale che fino a pochi anni addietro si è dichiarato indisponibile ad avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale, in tal modo da se medesimo emarginandosi dal circuito in cui prende forma il dialogo intergiurisprudenziale e lasciando perciò campo libero ai giudici comuni. Ancora oggi, peraltro, la giurisprudenza in tema di doppia pregiudizialità, comunitaria (o, dovrebbe oggi dirsi, eurounitaria) e costituzionale, con l'ordine di precedenza al riguardo stabilito, finisce, a conti fatti, col tradursi in un arretramento da parte della Consulta dal campo in cui si gioca la partita tra i giudici nazionali e quelli dell'Unione.

Quand'anche, dunque, non si riuscisse a far luogo ad una modifica del trattato, delineando il percorso "discendente" in parola, ugualmente consigliereerei di estendere il "metodo" inaugurato dal protocollo d'intesa tra la nostra Corte di Cassazione e la Corte di Strasburgo a tutto campo, sì da comprendere tanto il fronte dei rapporti tra le due Corti europee quanto quello dei rapporti tra la Corte dell'Unione e il giudice della legittimità (ed altri giudici ancora, quali quelli amministrativi) ed anche – perché no? – lo stesso giudice costituzionale.

Miglioramenti si rendono, poi, necessari anche in merito allo strumento di consultazione di cui al prot. 16 allegato alla [CEDU](#), in ispecie valutando se sia il caso di concedere altresì ai giudici non di ultima istanza l'opportunità di interpellare la Corte europea e, ovviamente, corredando siffatta previsione di meccanismi di filtro idonei a preservare la funzionalità della Corte stessa già oggi minacciata dal suo... *ottimo rendimento*, testimoniato dalla crescita esponenziale delle cause portate alla sua cognizione (ad es., dando modo ad un collegio ristretto costituito in seno alla Corte di selezionare le domande meritevoli di esame). Proprio perché ha fatto cose egregie, la Corte potrebbe, dunque, non... *poterle fare più*, laddove dovesse continuare l'attuale *trend* di ricorsi. Un *trend* che, peraltro, rende esso pure testimonianza sia di quella fioritura di diritti, di cui si è venuti dicendo, sia di un'accresciuta sensibilità ormai maturata nel corpo sociale e tra gli operatori istituzionali per ciò che attiene al servizio che le Carte diverse dalla Costituzione (e, tra queste, appunto la [CEDU](#)) possono offrire al compiuto appagamento dei diritti.

## 6. Al tirar delle somme

Come, da chi e dove, dunque, sono riconosciuti e tutelati i diritti fondamentali?

Lo Stato costituzionale, tanto secondo l'originario modello risultante dalla [Carta](#) di cui la Repubblica si è dotata all'indomani della sua nascita quanto (e soprattutto) secondo i suoi più recenti sviluppi nell'esperienza, esibisce una struttura complessa, risultante da una pluralità di elementi attraversati da un moto incessante e portati a comporsi, scomporsi e ricomporsi in forme continuamente cangianti, in ragione dei casi e dei bisogni in essi emergenti. L'appagamento di questi ultimi e, prima ancora, la loro messa a fuoco e qualificazione richiede delicate e parimenti complesse operazioni cui sono chiamati a concorrere, a vario titolo e con varietà di effetti, attori dislocati a plurimi livelli istituzionali, esterni ed interni all'ordinamento statale, tra i quali s'instaurano equilibri essi pure mobili in ragione dei casi stessi e delle combinazioni di valore dagli stessi sollecitate a formarsi.

Questi equilibri non sono alle volte, in realtà, tali, in ispecie riscontrandosi in molte occasioni un ruolo fin troppo marcato dei giudici, da una diffusa opinione considerato invasivo dell'area materiale riservata al legislatore. Si trascura tuttavia che sono proprio talune vistose carenze che connotano l'operato di quest'ultimo a portare diritto all'esito suddetto, inevitabile se si ha a cuore di dare tutela a diritti e interessi in genere costituzionalmente protetti.

Il vero è che – come si è tentato di mostrare – nessuno può sottrarsi all'onere, sempre più gravoso ma anche non poco gratificante, di dare il proprio fattivo concorso all'appagamento dei bisogni elementari dell'uomo, un concorso che vede oggi impegnati con centralità di ruolo altresì attori istituzionali operanti in ambiti esterni, a partire dalle Corti europee: “luoghi” particolarmente ospitali per i diritti, nei quali questi ultimi assai spesso ricevono la loro iniziale, seppur immatura, conformazione, che nondimeno richiede di essere ulteriormente affinata e specificata in ambito interno, laddove pure plurimi attori istituzionali sono chiamati ad attivarsi e spendersi al servizio dei diritti. La messa a fuoco di questi ultimi è, insomma, una sorta di *work in progress*, che vede l'avvicinarsi di più operatori, secondo ordini di entrata in campo non precostituiti (anche se, secondo modello, la prima parola toccherebbe dire, come si è veduto, al legislatore, e segnatamente a quello costituzionale).

La comunità statale, in questo quadro qui molto sommariamente abbozzato, non si presenta come meramente passiva, destinataria di atti d'imperio, in forma di legge (o di altri documenti normativi) ovvero di sentenze, dotati di varia intensità prescrittiva ed estensione degli effetti. Di contro, laddove gli operatori tutti intendano il loro ufficio come un *munus*, un potere ma anche (e soprattutto) un dovere o un servizio da rendere alla collettività, è proprio a quest'ultima che è demandato il primo e più rilevante ruolo nella complessiva vicenda che porta alla maturazione ed affermazione dei diritti, in special modo appunto dei nuovi. È la comunità sociale, infatti, che – come si è tentato di mostrare – “produce” i diritti, col fatto stesso di dar vita a consuetudini culturali profondamente radicate nel tessuto sociale ed orientate appunto al loro riconoscimento. Ma il corpo sociale, negli ordinamenti di tradizioni liberal-democratiche, possiede una struttura “plurale”, naturalmente portata alla propria diversificazione interna, al perenne confronto culturale. Le voci minoritarie che in esso si esprimono non solo non possono (e non devono) essere sacrificate o mortificate ma, all'inverso, abbisognano di una speciale, privilegiata tutela, secondo la ispirata, efficacissima formula dell'art. 3, II c., nel suo fare sistema col I c. e, soprattutto, con l'art. 2 della [Carta](#).

Le consuetudini culturali, di cui qui si è discusso, non sono un *quid* d'immutabile (nulla, d'altronde, lo è...) che, una volta formato, si consegna alla generazione presente e a quelle a venire *sub specie aeternitatis*. Sono esse pure, al pari di ogni umana vicenda, soggette a continua verifica, a rinnovamento, a mutamento insomma. Nulla, dunque, ovviamente osta a che vengano alla luce nuove consuetudini, magari agevolate dai giudici e suscettibili, se del caso, di prendere il sopravvento sulle

vecchie o che si aggiungano a queste, entrando a comporre e ad arricchire il patrimonio dei beni della vita costituzionalmente protetti.

Fermo restando che – come si è veduto – legislatore e giudici assai di frequente si alternano ovvero si sommano nel dare riconoscimento e tutela ai diritti, va tuttavia rilevato che, conformemente alla loro natura, *tendenzialmente la stabilizzazione delle consuetudini, di cui qui si è discusso, si afferma nel modo migliore per il tramite dell'opera del legislatore, il loro rinnovamento grazie all'opera dei giudici*. È pur vero, nondimeno, che le cose possono anche andare alla rovescia, da molti segni avendosi conferma (da noi come altrove) che – come si è fatto in altri luoghi notare – alle volte un sano diritto costituzionale non scritto (anche giurisprudenziale!) è foriero di maggiori certezze e di stabilità di un diritto mal scritto, ovvero che i ruoli istituzionali possono invertirsi, anche per l'aspetto cronologico. Ciò che, ad es., si ha laddove il legislatore innovi a pratiche giurisprudenziali anche consolidate o laddove siano proprio queste ultime a determinare il radicamento di nuove consuetudini in assenza o prima dell'intervento del legislatore (che ora non viene mai alla luce ovvero viene in essere con notevole ritardo, quando cioè la costruzione giurisprudenziale è già bell'e fatta).

Il quadro è, dunque, molto fluido, animato da spinte e contropinte di varia provenienza ed intensità, produttive di esiti parimenti varî, comunque non di rado precari.

La partita dei diritti, al tirar delle somme, rimane perciò sempre aperta; l'augurio è che comunque i diritti stessi riescano nel corso di essa a trovare (se non l'ottimale) un apprezzabile appagamento, nei limiti ed alle condizioni che la difficile (e, per molti versi, proibitiva) congiuntura del tempo presente consente.