



**CONSULTA ONLINE**

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2016 FASC. III

(ESTRATTO)

**ANTONIO RUGGERI**

**GIURISDIZIONE E DIRITTI:  
UN RAPPORTO COMPLESSO,  
AD OGGI LARGAMENTE INESPLORATO E  
BISOGNOSO DELLA SUA OPPORTUNA CHIARIFICAZIONE**

5 OTTOBRE 2016

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

**Antonio Ruggeri**

**Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione\***

**ABSTRACT:** *The article analyses the relationship between jurisdiction and rights in the light of the decisional techniques, focusing above all on the importance of comparison and openness to international law in the solution of issues concerning fundamental rights. Particular attention is also paid to the question of loyal cooperation between the legislator and the judges in safeguarding fundamental rights.*

SOMMARIO: 1. I due piani su cui ambientare lo studio del rapporto tra giurisdizione e diritti, quello delle tecniche decisorie e l'altro degli indirizzi di merito concernenti la tutela dei diritti, e il loro mutuo inscindibile intreccio. – 2. L'invenzione di sempre nuove tecniche decisorie, le circostanze in cui può farsene un utilizzo esasperato (come a riguardo delle misure cautelari) in deroga ai canoni della incidentalità, e il bisogno di un aggiornamento dei canoni stessi a mezzo tanto di norme eteroprodotte quanto, in svolgimento di queste, di norme autoprodotte (per via regolamentare ovvero per via giurisprudenziale), segnatamente nel senso di dotare il giudice comune del potere di disapplicare norme di legge giudicate incostituzionali, se del caso autorizzandolo ugualmente ad investire la Corte delle relative questioni. – 3. Il rilievo della comparazione e dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale nella soluzione delle questioni concernenti i diritti e la necessità di far luogo ad indagini metodicamente indirizzate dal principio della integrazione interordinamentale, che ha il suo punto unificante nella *Grundnorm* della ottimizzazione della tutela e quale suo strumento maggiormente conducente allo scopo il canone della *interpretazione circolarmente conforme*, la sola in grado di mettere convenientemente a fuoco le norme e di stabilire quali di esse servano meglio alle complessive esigenze del caso. – 4. L'interpretazione quale *punctum crucis* dei rapporti tra giudici e legislatore, e la (irresistibile?) tendenza della giurisdizione a farsi normazione: le conferme che se ne hanno negli ambiti materiali attraversati dalle indagini qui illustrate e la ricerca di un complessivo riequilibrio istituzionale che nondimeno si avvalga della congiunta e "leale cooperazione" di tutti gli operatori (esempi tratti dalle vicende della procreazione medicalmente assistita e delle unioni tra omosessuali). – 5. Questioni di biodiritto, salvaguardia della segretezza dei dati personali e riconoscimento del diritto di accesso ai farmaci quali banchi di prova particolarmente attendibili al fine di stabilire quale idea di persona e di diritto fondamentale tenda ad affermarsi nell'esperienza e, perciò, di verificare se (ed in che misura) il nostro sia ancora uno Stato costituzionale.

*1. I due piani su cui ambientare lo studio del rapporto tra giurisdizione e diritti, quello delle tecniche decisorie e l'altro degli indirizzi di merito concernenti la tutela dei diritti, e il loro mutuo inscindibile intreccio*

Una preliminare avvertenza.

Non discuterò delle relazioni che ci sono state illustrate riservando a ciascuna di esse uno specifico commento né dirò per l'aspetto teorico dei contenuti da esse offerti<sup>1</sup>. Mi sembra infatti maggiormente conducente allo scopo prefissosi da chi ha organizzato il nostro incontro e confacente al ruolo che mi è stato assegnato riunire le mie osservazioni in un unico discorso e soffermarmi in particolare su ciò che, a mia opinione, manca nelle riflessioni che ci sono state sottoposte o, comunque, meriterebbe talune integrazioni ed un complessivo approfondimento. Il taglio delle mie osservazioni è, dunque,

---

\* Lo scritto riproduce, con minime revisioni di forma e l'aggiunta di un essenziale apparato di note, il testo di un intervento svolto quale *discussant* al *Quinto seminario annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa" con i dottorandi in materie gius-pubblicistiche*, Università di Roma Tre, 30 settembre 2016, alla cui data lo scritto è aggiornato.

<sup>1</sup> Queste le relazioni che hanno dato lo spunto per la riflessione che mi accingo a svolgere: A. CAUDURO, *Diritto alla salute, attività economica e servizio pubblico nella disciplina del farmaco*; F. DELÙ, *L'interpretazione conforme e i suoi limiti: confronto tra Italia e Regno Unito*; C. MASCIOTTA, *La tutela dei diritti fondamentali tra Corte costituzionale e Corte edu alla prova di questioni eticamente controverse*; G. MENEGUS, *Tutela cautelare e questione di legittimità*, tutte in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it).

di metodo più e prima ancora che di teoria; il loro oggetto è quello stesso prescelto per il titolo dei lavori della nostra sessione, avuto cioè riguardo alla relazione intercorrente tra giurisdizione e diritti. Una relazione che si presta ad essere riconsiderata da plurimi angoli visuali e su plurimi piani o ambiti materiali di esperienza: due, in particolare, quelli che ai miei occhi appaiono essere maggiormente promettenti interessanti esiti teorico-ricostruttivi, con riferimento, per un verso, al rilievo delle tecniche decisorie in ordine alla tutela dei diritti, tentandosi perciò di stabilire al ricorrere di quali condizioni ed in che misura questa dipenda da quelle, e, per un altro verso, agli orientamenti di merito della giurisprudenza, e dunque ai connotati sostanziali della tutela stessa.

I contributi offerti al nostro incontro di oggi non soltanto ne danno piena conferma (tutti, infatti, riportabili all'indicazione appena data) ma si spartiscono equamente il campo (due per ciascun ambito materiale). Potremmo dire, per intenderci, che alcuni hanno per specifico oggetto di studio la *giurisdizione*, altri la *giurisprudenza*.

Si tratta, nondimeno, di una semplificazione eccessiva o, diciamo pure, forzata nei riguardi di una esperienza comunque unitaria, seppur internamente articolata e composita. È chiaro, infatti, che tecniche decisorie e indirizzi di merito o contenuti della tutela non possono essere tenuti separati se non in modo artificioso, implicandosi e facendosi di continuo rimando a vicenda. Cambia, dunque, la prospettiva ma il fenomeno riguardato è (e resta) essenzialmente unitario.

D'altronde, è risaputo ed avvalorato da numerose vicende processuali che le tecniche sono prescelte al fine di veicolare le decisioni sostanziali cui si riferiscono: sono, insomma, come i vestiti fatti su misura, senza dei quali il corpo in essi racchiuso apparirebbe “nudo” e, perciò, impresentabile. Checché se ne dica da parte degli stessi giudici che le adottano, le tecniche non sono poi mai “neutre”, giuridicamente necessitate, ponendosi piuttosto quale la (più o meno lineare) conseguenza, il *posterius* non il *prius*, della soluzione nei cui riguardi si pongono in funzione servente<sup>2</sup>.

V'è un indice esteriore immediatamente visibile che dà, a mia opinione in modo inequivocabile, conferma di quest'assunto, peraltro – come si sa – da tempo accreditato in dottrina; ed è dato dalla “invenzione”, che non sembra conoscere pause o limiti, di sempre nuovi tipi o sottotipi di tecniche, in essi specchiandosi l'inesauribile varietà del reale, dei casi della vita bisognosi di peculiari, per ciascuno di essi congrue, soluzioni<sup>3</sup>. Altra cosa è, tuttavia, che la tecnica prescelta risulti conducente

---

<sup>2</sup> Per quest'aspetto, le tecniche sono come la parte motiva delle pronunzie dei giudici che precede e conduce al dispositivo ma che, nella sostanza, lo segue e giustifica, secondo quanto è peraltro da tempo segnalato dalla più avvertita dottrina (con specifico riguardo alle esperienze della giustizia costituzionale, per tutti, v. AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, e A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996).

<sup>3</sup> Utili indicazioni al riguardo in C. PANZERA, *Interpretare, manipolare, combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013.

L'adozione di un nuovo tipo di pronunzia è stata patrocinata nel corso del nostro incontro da C. MASCIOTTA al fine di sanzionare le omissioni assolute del legislatore, spianando la via ai giudici comuni perché possano offrire tutela ai diritti ed agli interessi in genere lesi dalle omissioni stesse. In particolare, si suggerisce alla Consulta di far luogo ad una pronunzia di rigetto accompagnata però dalla addizione di un principio suscettibile di essere utilizzato quale base normativa per l'eventuale ristoro economico da riconoscere alla persona offesa. Forse, però, non è necessaria l'invenzione di una specie di decisione “mista”, rinvenendosi nel monito contenuto nella pronunzia, da cui risulti chiara la illegittima omissione, una base idonea a sorreggere la decisione di risarcimento del danno.

Faccio solo un esempio che riprenderò più avanti; e, dunque, si pensi alla nota [sent. n. 138 del 2010](#), nella parte in cui si lamenta la mancanza di una disciplina adeguata delle unioni omosessuali, cui avrebbero potuto far appello persone dello stesso sesso conviventi, prima del varo della legge n. 76 del 2016, chiedendo un congruo ristoro economico per i loro interessi offesi dall'inerzia del legislatore (la tesi è stata coraggiosamente prospettata da R. CONTI, *Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”: in particolare il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza dei giudici comuni*, in AA.VV., *Crisi dello stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 87 ss., proprio con riguardo all'esempio ora fatto e da me considerata generalizzabile, a condizione che sia provata essere la lesione del diritto “conseguenza diretta, immediata e necessaria del vuoto legislativo” [così, nel mio *In tema di interpretazione e di interpreti nello Stato costituzionale (a proposito di un libro recente)*, in “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti, XIX, *Studi dell'anno 2015*, Giappichelli, Torino 2016, 530 s., e nt. 41 per il riferimento testuale].

allo scopo e – ciò che a me sembra ancora più rilevante – pianamente riportabile ai canoni che disciplinano il processo, ovverosia idonea ad iscriversi armonicamente nel quadro da questi tracciato.

L'incontro di oggi – come si passa subito a dire – ce ne dà ulteriore, probante testimonianza.

*2. L'invenzione di sempre nuove tecniche decisorie, le circostanze in cui può farsene un utilizzo esasperato (come a riguardo delle misure cautelari) in deroga ai canoni della incidentalità, e il bisogno di un aggiornamento dei canoni stessi a mezzo tanto di norme eteroprodotte quanto, in svolgimento di queste, di norme autoprodotte (per via regolamentare ovvero per via giurisprudenziale), segnatamente nel senso di dotare il giudice comune del potere di disapplicare norme di legge giudicate incostituzionali, se del caso autorizzandolo ugualmente ad investire la Corte delle relative questioni*

Prendiamo l'annosa questione delle misure cautelari.

La soluzione patrocinata da G. Menegus è indubbiamente ingegnosa e ben argomentata; ciò non toglie tuttavia che essa stia stretta – a me pare – tra le regole del processo incidentale che parrebbero non lasciare scampo e concederle lo spazio per potersi affermare.

Il suggerimento, ripreso dalla giurisprudenza in ambito amministrativo e da una nota dottrina schieratasi a suo sostegno<sup>4</sup>, è di dar modo al giudice di accogliere *ad tempus* l'istanza di misura cautelare, in attesa del giudizio della Consulta, a seguito del quale il giudice stesso potrebbe confermare ovvero revocare il provvedimento inizialmente adottato.

Ora, la circostanza per cui il giudice sarebbe abilitato ad intervenire in due tempi mette in luce una duplice deroga all'incidentalità, rigorosamente intesa, per un verso avendosi comunque una pronuncia dell'autorità remittente e facendosi pertanto applicazione della norma indubbiata e, per un altro verso, risultando adottato *sub condicione* non soltanto il verdetto dell'autorità stessa ma anche quello del giudice costituzionale in relazione al giudizio *a quo*, sol che si pensi che la pronuncia della Corte potrebbe in quest'ultimo restare priva di effetti, essendosi già fatta applicazione della norma oggetto della questione. È vero che occorrerebbe pur sempre il giudizio di “conferma” della misura interinale: il secondo frammento e segmento temporale di un complessivo *work in progress* che si perfeziona presso il giudice remittente e che ha appunto bisogno di venire comunque alla luce affinché il procedimento da cui trae origine la questione possa giungere a compimento. La “conferma” in parola, nondimeno, rende stabile un effetto *in tutto e per tutto* già prodottosi prima dell'attivazione del giudizio di costituzionalità; un effetto che, invece, per il modo con cui è congegnato il meccanismo incidentale non può aversi se non, eventualmente, *dopo* che il giudice delle leggi ha emesso il proprio verdetto. Il processo costituzionale, insomma, per come lo conosciamo, ruota attorno al perno della incidentalità, la quale ha poi – come si sa – quale suo elemento costitutivo indefettibile la rilevanza. Né varrebbe opporre<sup>5</sup> che quest'ultima è comunque fatta salva, riportandosi non già alla pronuncia interinale bensì a quella definitiva dell'autorità remittente. Così ragionando, infatti, si finisce con l'ammettere che la rilevanza non c'è *ancora* al momento in cui la questione di costituzionalità è portata alla cognizione della Corte, mentre verrebbe ad esistenza (o, comunque, risulterebbe avvalorata) solo *dopo* il verdetto di quest'ultima.

Questa vicenda, al di là del caso specifico ora discusso, insegna comunque molte cose.

La prima (e ai miei occhi maggiormente significativa) attiene al rapporto, sempre più controverso e sofferto, tra normazione e giurisdizione o, per essere più precisi, tra la normazione eteroprodotta e quella frutto di autonomia, si presenti poi quest'ultima come normazione propriamente... *normativa* ovvero giurisprudenziale: l'una prendendo forma per via regolamentare o a mezzo di altro documento normativo idoneo ad assicurare la sua astrazione dal caso, a consentirne cioè la “universalizzazione”

---

<sup>4</sup> Ha di recente fatto il punto sulla annosa questione L. AZZENA, *Tutela cautelare dei diritti e incidente di costituzionalità: una “vecchia questione” verso una parziale soluzione*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 91 ss.

<sup>5</sup> ... con G. MENEGUS, cit., 9 del *paper*.

e, perciò, la ripetibilità temporale; l'altra, di contro, legandosi strettamente al caso che porta alla sua "invenzione". La qual cosa, ad ogni buon conto, non toglie che possa essa pure radicarsi e *quodammodo* "oggettivarsi" nel terreno su cui prendono svolgimento le esperienze giurisprudenziali, pur non possedendo la forza che è propria dei canoni formalizzati in documenti normativi, con le certezze in ordine alla loro applicazione che usualmente ad essi si accompagnano.

La questione trattata da G. Menegus induce, nondimeno, ad un complessivo ripensamento di altre, generali questioni, peraltro tra di loro strettamente connesse.

In primo luogo, si ha conferma che la disciplina del processo costituzionale richiede interventi strutturali volti a tenere conto delle peculiari esigenze che possono manifestarsi in relazione a talune specie di giudizio o in talune circostanze. A mia opinione, la soluzione più lineare dovrebbe essere data da una normazione internamente articolata, in più forme e più tempi: ad una prima disciplina essenziale offerta dalla legge dovendo far seguito una successiva normazione autoprodotta, essa pure ora a mezzo di documenti normativi allo scopo specificamente forgiati ed ora per via giurisprudenziale. Il primo e più solido fondamento nondimeno dev'esser dato dalla legge, in difetto della quale il rischio micidiale che si ha è che le soluzioni di produzione pretoria possano rivelarsi nei fatti forzate, espressive di manipolazioni più o meno vistose delle regole del processo costituzionale.

La Corte ha – come si sa – in molte occasioni reso flessibili regole legislative eccessivamente rigide, a mezzo di tecniche decisorie particolarmente adeguate allo scopo (tra le quali le additive di principio e la manipolative in genere). L'esperienza nondimeno c'insegna (e il tema trattato da G. Menegus è altamente istruttivo al riguardo) che questo bisogno di una maggiore flessibilità o, diciamo meglio, articolazione delle regole si manifesta anche sul versante del processo. Poiché, però, le discipline legislative tardano a venire, nel mentre certe esigenze di ordine sostanziali premono per il loro appagamento, ecco che la Corte si trova costretta dalle circostanze ad interventi sostanzialmente normativi, pur se ovviamente non riconosciuti né riconoscibili come tali, pervenendo a manipolazioni ora più ed ora meno vistose dei canoni processuali.

La punta massima di questo *trend*, che specie in tempi recenti ha avuto molte manifestazioni che lo avvalorano, è, forse, dato dal deciso abbandono della stessa incidentalità, operato dalla discussa (e discutibile) [sent. n. 10 del 2015](#)<sup>6</sup>. Una vicenda, questa, assai nota e che non giova pertanto ora rammentare neppure nei suoi termini essenziali, che nondimeno insegna che possono darsi circostanze in cui lo stesso meccanismo incidentale può incepparsi; e tanto vale allora pensare a soluzioni alternative, quale quella patrocinata da una sensibile dottrina favorevole ad una marcata responsabilizzazione del giudice comune, chiamato a far luogo a vere e proprie operazioni di giustizia costituzionale in vece della Corte e perciò, laddove necessario, a disapplicare leggi pur sospette d'incostituzionalità, all'esito di un'operazione di ponderazione assiologica che porti a considerare recessivo un certo bene della vita o interesse pur astrattamente meritevole di tutela a fronte di un altro preminente in ragione del caso<sup>7</sup>.

D'altro canto, il nostro è un sistema di giustizia costituzionale che esibisce – come si sa – tracce marcate e plurime di "diffusione"<sup>8</sup>. La stessa soluzione della disapplicazione o – come la giurisprudenza costituzionale preferisce dire, in relazione ai conflitti con norme (ieri comunitarie ed oggi) eurounitarie – della "non applicazione" non è affatto sconosciuta al sistema stesso<sup>9</sup>; ed allora tanto vale riconoscerla *expressis verbis*, alla luce del sole, anche in relazione alla questione delle

---

<sup>6</sup> Tra i molti commenti, v. i contributi che sono nel fasc. 3/2015 di *Quad. cost.* e gli altri che sono richiamati in testa alla [decisione](#) in [Consulta OnLine, 2015](#); altri riferimenti in D. BUTTURINI, *Il diritto della crisi economico-finanziaria tra ragioni dell'emergenza e giudizio di costituzionalità*, in [www.rivistaaic.it](#), *Oss. Cost.*, 3/2016, 6 settembre 2016, 21 ss.

<sup>7</sup> In argomento, v., spec., la interessante proposta ricostruttiva affacciata non molto tempo addietro da R. ROMBOLI, *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 31 marzo 2014, part. all'ult. §.

<sup>8</sup> Il punto può ormai dirsi stabilmente fissato (per tutti, AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, a cura di E. Malfatti - R. Romboli - E. Rossi, Giappichelli, Torino 2002).

<sup>9</sup> V., al riguardo, il quadro di sintesi che è in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>5</sup>, Giappichelli, Torino 2014, 252 ss.

misure cautelari. Solo che la via piana per farvi luogo a me pare essere non già quella della “invenzione” pretoria bensì l’altra della ammissione per mano del legislatore. Forse, ancora meglio si farebbe ad enumerare uno ad uno i casi, a partire proprio da quello concernente le norme di diritto interno contrarie a norme *self-executing* dell’Unione, al cui ricorrere il giudice è abilitato alla disapplicazione in parola.

Si tratta, nondimeno, di una soluzione che, se accolta, richiede comunque, a mio modo di vedere, di essere fortemente circoscritta nella sua portata, stabilendo pertanto condizioni e limiti della sua operatività (a riguardo dei quali dovrebbe farsi un lungo ed articolato discorso di cui però è, chiaramente, altra la sede).

L’eventualità ora immaginata non è, tuttavia, l’unica possibile. L’ipotesi sopra descritta, infatti, non comportando la chiamata in campo della Corte, fa sì che gli effetti della pronunzia del giudice comune restino circoscritti – come di consueto – al solo giudizio demandato al giudice stesso. Potrebbe, però, rendersi opportuno che a quest’ultimo si accompagni quello del giudice costituzionale, con effetti *erga omnes*.

È proprio ciò che potrebbe aversi in relazione alle misure cautelari, dandosi modo al giudice, al tempo stesso in cui fa luogo alla loro adozione, di decidere se rimettere, o no, ugualmente la questione avente ad oggetto la norma di legge della cui validità dubita al sindacato della Consulta (o, meglio, di sottoporre a quest’ultimo la norma della cui incostituzionalità il giudice è certo, il mero dubbio non essendo bastevole per la sua disapplicazione; ed anche su ciò, malgrado la nota giurisprudenza in tema d’interpretazione conforme, può vedersi un sensibile scostamento dal modo usuale d’intendere l’incidentalità). Allo stesso tempo, è da studiare se convenga che la futura disciplina riconosca alla Corte il potere di stabilire se la propria decisione debba, o no, produrre effetti nei giudizi ancora pendenti ovvero che siffatta facoltà sia demandata agli stessi giudici, come pure merita, a parer mio, di essere riconsiderata la questione relativa al riconoscimento in capo al giudice costituzionale del potere di concedere la misura cautelare della sospensione della efficacia della legge sottoposta a giudizio con la via incidentale<sup>10</sup>. La qual cosa, a tacer d’altro, presenterebbe il duplice vantaggio di far da compenso al potere di disapplicazione riconosciuto al giudice comune e di evitare il prodursi o il reiterarsi di effetti incostituzionali poi alle volte, in relazione a talune norme o circostanze, materialmente non sradicabili o problematicamente e comunque solo in parte rimuovibili.

È chiaro, nondimeno, che a base di ciascuna delle ipotesi ragionate sta la questione di ordine generale relativa all’assetto giudicato più opportuno per i rapporti tra giudici comuni e Corte, ora rimarcando maggiormente il ruolo dei primi ed ora invece valorizzando ulteriormente quello della seconda.

Tutto ciò – com’è chiaro –, anche per le sue evidenti e rilevanti implicazioni al piano istituzionale, non può che esser frutto di determinazioni adottate per via politico-normativa. Che poi la volontà del legislatore possa tradursi in una disciplina meramente autorizzatrice, che dia modo a questo o quell’organo di determinarsi come meglio crede in ragione delle circostanze, è cosa ovviamente da mettere in conto; come si è venuti dicendo, il passaggio legislativo mi parrebbe, ad ogni buon conto, ineludibile. D’altronde, siamo realisti: se non dovesse esservi, è scontato che vi “supplirebbe” il giudice; ed allora tanto vale che si ripristini l’ordine giusto dei ruoli istituzionali, facendo precedere l’intervento del giudice da quello del legislatore ed obbligando il primo a mantenersi entro i confini fissati dal secondo.

*3. Il rilievo della comparazione e dell’apertura al diritto internazionale e sovranazionale nella soluzione delle questioni concernenti i diritti e la necessità di far luogo ad indagini metodicamente indirizzate dal principio della integrazione interordinamentale, che ha il suo punto unificante nella Grundnorm della ottimizzazione della tutela e quale suo strumento maggiormente conducente allo scopo il canone della interpretazione circolarmente conforme, la sola in grado di mettere*

---

<sup>10</sup> Contrario, però, sul punto si è dichiarato G. MENEGUS, cit., § 4 del *paper*. In argomento, di recente, E. MALFATTI - S. PANIZZA - R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*<sup>5</sup>, Giappichelli, Torino 2016, 180 ss.

*convenientemente a fuoco le norme e di stabilire quali di esse servano meglio alle complessive esigenze del caso*

Le soluzioni appena accennate, quale che sia la considerazione che dovesse essere loro data, mostrano che la questione antica della modulazione degli effetti delle pronunzie di costituzionalità torna a presentarsi con una certa frequenza e in forme anche inusuali che richiedono di essere fatte oggetto di regolazioni parimenti varie, congrue con le complessive esigenze dei casi cui si riferiscono.

Il raffronto con le esperienze di altri ordinamenti ne dà d'altronde conferma; e basti, al riguardo solo rammentare le pronunzie d'incostituzionalità ad effetti differiti o quelle di mera incompatibilità.

È ormai provato che la comparazione, unitamente all'apertura al diritto ed alla giurisprudenza sovranazionale ed internazionale, si pone (ed ha da porsi) quale punto di riferimento costante ed obbligato nella trattazione delle questioni giuridiche, specie di quelle maggiormente spinose ed impegnative, quali sono appunto quelle concernenti i diritti fondamentali, le forme e i limiti della loro tutela<sup>11</sup>.

Di ciò, come si sa, si ha diffusa consapevolezza; purtroppo, però, questo bisogno seguita ancora oggi ad essere più proclamato che effettivamente appagato, comunque non lo è nella giusta misura<sup>12</sup>: un rilievo, questo, che vale su entrambi i fronti qui battuti, in relazione cioè tanto alle tecniche decisorie ed ai problemi in genere della giurisdizione, quanto agli indirizzi di merito della giurisprudenza.

Opportuna, per l'aspetto ora considerato, la scelta fatta da F. Delù e C. Masciotta di riguardare in prospettiva comparata il tema dell'interpretazione conforme e il tema della tutela dei diritti della persona con specifica attenzione alla giurisprudenza della Corte costituzionale ed a quella della Corte EDU. Ho trovato particolarmente interessanti le analisi condotte dagli studiosi appena richiamati; ad entrambi sento, però, di dover consigliare un mutamento o, quanto meno, un allargamento di prospettiva per l'aspetto metodico. Frutti ancora più succosi possono infatti, a mia opinione, aversi non già facendo oggetto di indagini separate le esperienze maturate presso questo o quell'ordinamento per quindi tirare le fila in sede di raffronto degli esiti delle indagini stesse. In tal modo, infatti, non si coglie appieno la crescente, mutua integrazione degli oggetti di studio e, di conseguenza, non se ne apprezza la struttura internamente composita, quale si ha nell'esperienza, specie nel presente contesto segnato da un infittirsi dei vincoli derivanti dalla Comunità internazionale e dall'Unione europea e, con essi, dalla mutua integrazione degli ordinamenti.

Lo studio, insomma, ha da adeguarsi all'esperienza, sì da dar modo a questa di specchiarsi fedelmente in quello e di essere in esso compiutamente descritta.

Restando ai nostri temi (ma traendo da essi indicazioni suscettibili di estensione altresì a temi diversi), già in altri luoghi mi sono sforzato di mostrare come non abbia senso alcuno, né teorico né pratico, tenere innaturalmente separata l'interpretazione conforme a Costituzione rispetto a quella a diritto internazionale ed a diritto eurounitario, trascurando in tal modo il dato elementare, seppur ad oggi non colto come si deve anche dalla più sensibile dottrina, secondo cui tutte siffatte interpretazioni si immettono in un circolo unitario e in esso si fondono fino a divenire una sola cosa<sup>13</sup>.

Le vicende relative ai diritti fondamentali ed ai modi della loro tutela costituiscono un emblematico banco di prova al riguardo; tanto più, poi, ove si ammetta – come a parer mio devesi – che nessuna

---

<sup>11</sup> In argomento, di particolare interesse promette di essere il IV Convegno biennale dell'Associazione di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo dedicato a *La comparazione giuridica e i suoi metodi: approcci ed esperienze*, che avrà luogo a Lecce il 20 e 21 ottobre 2016 (ho avuto modo di leggere il *paper* della relazione che sarà ivi illustrata da A. MORELLI, *Comparazione e ipotesi scientifiche: appunti per uno studio sulle forme di governo*, ricca di notazioni teorico-costruttive particolarmente approfondite).

<sup>12</sup> Notazioni critiche a riguardo di certi modi d'intendere e praticare la comparazione sono state, ancora di recente, rinnovate da L. PEGORARO, *Ruolo della dottrina, comparazione e "legal tourism"*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di A. Gambaro*.

<sup>13</sup> V., dunque, volendo, il mio *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2015, 153 ss., nonché in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2014, 30 maggio 2014.

gerarchia può aversi in astratto tra tutti i documenti che danno riconoscimento ai diritti (Costituzione inclusa!), quale che ne sia la forma o il nome e la provenienza. La gerarchia piuttosto la fanno in concreto le *norme* (e non già le *fonti*), per il modo con cui si pongono le une davanti alle altre e tutte assieme si piegano sul caso offrendosi per l'ottimale tutela, in ragione delle esigenze complessive del contesto, ai diritti in campo. E però – qui è il punto – le norme stesse sono il prodotto di processi intellettivi obbligati a guardare *simultaneamente* a più ordinamenti o sistemi positivi, pur laddove l'attenzione specificamente si volga verso uno di essi.

Come mi sono sforzato di argomentare altrove<sup>14</sup>, il canone della ottimizzazione della tutela si pone, infatti, quale *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali, ancora prima che al momento della scelta della norma o dell'insieme di norme da cui attingere la miglior tutela<sup>15</sup>, a quello della impostazione dei processi interpretativi che portano alla ricostruzione delle norme stesse. L'interpretazione conforme, in tal modo, riceve un *preorientamento metodico-teorico* nel canone stesso, nel mentre tutti i materiali normativi si offrono paritariamente all'operatore perché in essi, unitariamente considerati, possa cogliere quanto di meglio in sé racchiudono al servizio dei diritti in gioco.

Questa indicazione metodico-teorico tarda ad affermarsi; e, tuttavia, non può tacersi (e tengo qui nuovamente a rimarcare) che la giurisprudenza, tanto la nazionale quanto l'europea, ne dà non poche, seppur frammentarie, conferme. Basti solo al riguardo rammentare che il canone della miglior tutela trova esplicito riscontro nell'art. 53 sia della CEDU che della Carta di Nizza-Strasburgo, come pure (seppur implicitamente) nella Costituzione (specificamente negli artt. 2 e 3, nel loro fare “sistema” con gli artt. 10 e 11) ed ha avuto ripetuto richiamo nelle pronunzie delle Corti (in ispecie, con riferimento al nostro giudice costituzionale, nella nota [sent. n. 317 del 2009](#) e succ., laddove per vero è riferito ai soli rapporti tra CEDU e leggi nazionali, pur possedendo a mia opinione, come si dirà a momenti, generale valenza).

L'esame delle vicende in circolo, tanto per i profili istituzionali (specificamente inerenti alla giurisdizione) quanto per quelli di merito (concernenti gli indirizzi della giurisprudenza), converte dunque la *prospettiva statica*, che fa oggetto di osservazione i singoli ordinamenti separatamente considerati, in *dinamica* e porta naturalmente all'integrazione delle Carte e degli interi ordinamenti sulle stesse fondati.

È per questa ragione che l'interpretazione – come vado dicendo da tempo – o è *circolarmente conforme* oppure semplicemente non è<sup>16</sup>. Paritaria essendo, a mia opinione, la condizione delle

---

<sup>14</sup> Tra gli altri miei scritti in cui il concetto è rappresentato, v. *Primato del diritto dell'Unione europea in fatto di tutela dei diritti fondamentali?*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 931 ss., spec. 941 ss.

<sup>15</sup> ... secondo quanto patrocinato dalla comune opinione [riferimenti, tra i molti altri, in 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 [Consulta OnLine](#), 2/2015, 3 giugno 2015 e, dello stesso, ora, *La “cultura costituzionale” sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, 9 ss., spec. 55 ss.; pure *ivi*, C. SALAZAR, *I diritti sociali nel “gioco delle tre Carte”: qualche riflessione*, 217 ss. e L. D'ANDREA, *A mo' di sintesi: ordinamento europeo e costituzionalismo contemporaneo*, 299 ss., spec. 314 ss. (che preferisce discorrere, piuttosto che di una tutela maggiormente intensa, di una “più equilibrata”); 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.; L. CAPPUCCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, cit., 412 ss.; pure *ivi*, G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, 706 ss. e C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali (prime notazioni)*, II, 1659 ss., spec. 1664 ss.].

<sup>16</sup> Una critica stringente alla posizione metodico-teorica qui nuovamente patrocinata in tema d'interpretazione (e, segnatamente, d'interpretazione conforme) può, ancora di recente, vedersi in M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Ann.*, IX (2016), 391 ss., spec. 453 ss., cui mi sono sforzato di replicare nel mio *A difesa della idoneità delle norme eurounitarie a derogare a norme costituzionali sostanziali e della “europeizzazione” dei controlimiti*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 21 luglio 2016 e in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi e R. Bin, in corso di stampa per i tipi della Jovene.

Carte<sup>17</sup>, ciascuna di esse in punto di diritto potendo offrire la miglior tutela in ragione del caso, se ne ha che nessuna di esse può vantare *a priori* l'insana pretesa a disporsi in sovrana solitudine in testa ad una ideale piramide ed a presentarsi perciò quale punto apicale di riferimento in sede d'interpretazione delle Carte restanti. Piuttosto, questa posizione di *primauté* deve conquistarsela – se ne è capace – sul campo<sup>18</sup>.

Ora, è interessante notare che al medesimo esito finisce col pervenire la stessa giurisprudenza costituzionale, appunto facendo richiamo al principio della miglior tutela e sia pur muovendo da premesse metodico-teorico non poco distanti da quelle sulle quali poggia la ricostruzione qui nuovamente proposta. Pur assumendo, infatti, la Consulta che la Costituzione ha rango sovraordinato rispetto alla CEDU ed alle altre Carte dei diritti (fonti, tutte, come si sa, considerate “interposte”) e, limitatamente ai soli principi fondamentali (ai c.d. “controlimiti”), rispetto alla Carta dell'Unione ed al diritto eurounitario in genere, ugualmente ammette (e non da ora: v. [sent. n. 388 del 1999](#)) che tutte tali Carte (Costituzione compresa!) “*si integrano reciprocamente nella interpretazione*”. Ed è chiaro che in siffatto loro mutuo combinarsi e fondersi nei fatti interpretativi la gerarchia può, sì, affermarsi ma solo *al piano culturale*, ciascuna Carta essendo sollecitata a mettere in campo quanto di più e di meglio ha da offrire al servizio dei diritti.

D'altro canto, nel momento stesso in cui si riconosce – come, si è veduto, riconosce lo stesso giudice delle leggi (nella già richiamata [sent. n. 317 del 2009](#)) – che il primato spetta non già, per sistema, a questa o quella *fonte* bensì alla *norma* (o, meglio, al *sistema di norme*) in grado di portare più in alto il livello della tutela dei diritti in campo, si è già messa da canto la prospettiva d'inquadramento sistematico d'ispirazione formale-astratta (che ha riguardo alle *fonti*), soppiantata da una prospettiva assiologico-sostanziale, che si fa cura di osservare le *norme* al fine di verificare quali di esse possano servire al meglio il caso, nelle sue complessive esigenze.

Quest'esito, dalla giurisprudenza costituzionale raggiunto con specifico riguardo ai rapporti tra CEDU e diritto interno, è a parer mio generalizzabile: vale, cioè, in primo luogo, a qualunque piano di esperienza, tanto dunque laddove si abbia riguardo ai rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario, tra quest'ultimo e il diritto convenzionale e, infine, anche nei rapporti tra norma e norma nazionale, *senza preclusione alcuna* (e così, per strano che possa per più versi sembrare, non può

---

<sup>17</sup> Come si è tentato di mostrare in altri scritti e ora pure si viene dicendo, la questione relativa al “posto” detenuto dalle Carte nel sistema delle fonti non è qui riguardata in prospettiva formale-astratta e da un angolo visuale esterno all'ordine nazionale bensì in prospettiva assiologico-sostanziale e dal punto di vista della stessa Costituzione e, segnatamente, dei valori fondamentali di libertà ed eguaglianza nel loro fare “sistema” coi valori fondamentali restanti, trattandosi di stabilire di volta in volta quale Carta (o, meglio quale sua norma o insieme di norme) sia in grado di portare all'esito di innalzare il livello della tutela dei diritti e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti, essi pure visti nel loro comporsi in “sistema” in ragione dei casi. Resta, dunque, fuori dell'ordine concettuale nel quale si situa questa riflessione la questione se la Carta di Nizza-Strasburgo abbia, o no, la stessa forza e la condizione complessiva del Trattato che pure ad essa fa richiamo (su di che, ancora di recente, L.S. ROSSI, “*Stesso valore giuridico dei trattati?*” *Rango, primato ed effetti diretti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2/2016, 329 ss.).

<sup>18</sup> Su ciò i punti di vista degli studiosi restano ad oggi non poco discordi, per quanto – ad onor del vero – gravati da un preorientamento ora favorevole ed ora avverso in ordine al ruolo complessivo che questa o quella Carta può esercitare ed effettivamente esercita al servizio dei diritti. Intendo dire che chi, ad es., nutre non poche riserve e diffidenze in merito alla tutela che può venire dall'Unione (e, specificamente, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia) e, più ancora, dalla CEDU (e dalla Corte di Strasburgo) ai diritti sociali è portato, di conseguenza, a manifestare siffatte riserve e diffidenze in occasione dell'esame di ogni questione relativa ai diritti stessi (notazioni di vario segno al riguardo nella corposa ricerca su *Crisi economica e diritti sociali. Problemi e prospettive*, curata da S. Gambino, Giappichelli, Torino 2015). E così pure, dunque, in relazione ad altri diritti, rivisti sotto una certa luce piuttosto che un'altra a seconda dell'indirizzo nel quale il singolo studioso od operatore si riconosca. Vari punti di vista ed apprezzamenti dei benefici avuti dai diritti per mano della giurisprudenza europea possono ora vedersi in AA.VV., *Il filo delle tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti e V. Piccone, Editoriale Scientifica, Napoli 2016 e, con specifico riguardo alla giurisprudenza EDU, in AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, a cura di A. Di Stasi, Wolters Kluwer-Cedam, Padova 2016; quanto, poi, al ruolo esercitato dalla Carta (e dalla Corte) dell'Unione, v. AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., ed *ivi*, in merito alla tutela data ai diritti sociali, part. C. SALAZAR, *I diritti sociali nel “gioco delle tre Carte”*, cit., 217 ss. In argomento, v., inoltre, G.L. CECCHINI, *I diritti sociali nel quadro del diritto dell'Unione europea*, in *KorEuropa* ([www.unikore.it](http://www.unikore.it)), 7/2015.

neppure escludersi per un assiomatico pregiudizio che una norma di legge comune possa innalzare il livello della tutela di un diritto, nel suo fare “sistema” coi diritti e beni della vita in genere, rispetto al modo con cui la tutela stessa è prefigurata in Costituzione; e, se può farlo una legge comune, perché non pure una di esecuzione di una Carta di origine esterna?).

In secondo luogo, poi – per ciò che qui maggiormente importa – vale, come si diceva, ancora prima del raffronto tra le norme bell’è fatte, nei processi interpretativi che portano alla loro individuazione e complessiva messa a punto, processi che dunque ricevono un preorientamento dal canone fondamentale che con vigore spinge alla ricerca della miglior tutela in ragione del caso.

Ora, è da chiedersi se giovi che il carattere dell’interpretazione circolarmente conforme alla luce della *Grundnorm* della miglior tutela riceva una sua essenziale “razionalizzazione” normativa che lo espliciti e, per ciò stesso, rafforzi. A rigore, non sarebbe necessario; in considerazione delle oscillazioni e timidezze espressive di certa giurisprudenza, potrebbe nondimeno apparire conveniente metterlo nero su bianco. Da una prospettiva ancora più ampia, è consigliabile un complessivo ripensamento ed aggiornamento dei canoni d’interpretazione che abbia nella comparazione e nell’apertura sovranazionale – come si diceva – il suo più saldo punto di riferimento<sup>19</sup>.

Solo così è infatti, a mia opinione, possibile cogliere la mutua influenza che gli indirizzi giurisprudenziali si fanno nei singoli campi materiali di esperienza, percepire cioè qual è la misura o il “grado” della stessa. Ciò che è, invero, oggettivamente assai arduo da stabilire, sol che si pensi che non di rado il segno che l’una Corte lascia sulla giurisprudenza dell’altra non è esteriormente visibile, dichiarato, e però nella sostanza ugualmente esistente, non avendosi talora espliciti richiami nelle pronunzie adottate da questa o quella Corte alle pronunzie di altre Corti.

Proprio questa, nondimeno, ai miei occhi appare essere la prospettiva d’indagine maggiormente feconda, bisognosa di essere coltivata per ogni ambito materiale di esperienza, che dunque sottopongo alla considerazione anche degli studiosi che oggi ci hanno offerto i primi risultati delle loro ricerche in corso.

*4. L’interpretazione quale punctum crucis dei rapporti tra giudici e legislatore, e la (irresistibile?) tendenza della giurisdizione a farsi normazione: le conferme che se ne hanno negli ambiti materiali attraversati dalle indagini qui illustrate e la ricerca di un complessivo riequilibrio istituzionale che nondimeno si avvalga della congiunta e “leale cooperazione” di tutti gli operatori (esempi tratti dalle vicende della procreazione medicalmente assistita e delle unioni tra omosessuali)*

Si è detto (e sarebbe questo un tratto caratterizzante l’esperienza inglese rispetto a quella italiana) che, dovendosi limitare nell’ordinamento del Regno Unito il giudice in caso d’insuccesso del tentativo d’interpretazione conforme a CEDU ad una *declaration of incompatibility*, rimettendosi quindi alle assemblee parlamentari per il ripristino della necessaria armonia, nell’ordinamento stesso “l’interpretazione conforme (a Convenzione) si situa dunque al crocevia dei rapporti tra il potere giudiziario ed il potere legislativo”<sup>20</sup>.

In realtà, quest’affermazione, nei termini generali in cui è formulata, vale per qualunque tecnica decisoria e vale altresì anche per il nostro ordinamento. Ogni tecnica richiede, infatti, di essere osservata, per un verso, lungo il versante dei rapporti tra Corte ed altri giudici e, per un altro verso, lungo quello dei rapporti col legislatore.

Con specifico riguardo a quest’ultimo versante, entrambi i temi fatti oggetto di studio al piano delle tecniche, per il modo con cui queste ultime sono venute svolgendosi nel corso dell’esperienza, ripropongono in termini imperiosi un’antica e ad oggi irrisolta questione: se, cioè, la tutela dei diritti fondamentali, tanto laddove in concreto si risolve in una promozione di questi ultimi quanto che porti

---

<sup>19</sup> È di recente tornato a discutere di alcuni nodi teorici irrisolti in tema d’interpretazione M. NISTICÒ, *L’interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Giappichelli, Torino 2015 [e, su di lui, volendo, il mio *In tema di interpretazione e di interpreti nello Stato costituzionale*, cit.].

<sup>20</sup> F. DELÙ, cit., 10 del paper.

al loro, ora più ed ora meno vistoso, sacrificio in sede di bilanciamento con altri beni o interessi costituzionalmente protetti, possa o, addirittura, debba molte volte aversi col costo della giurisdizionalità della giurisdizione costituzionale e lo scivolamento di quest'ultima nel campo tradizionalmente considerato proprio del legislatore.

Debbo al riguardo far subito un'avvertenza, rilevando come la questione in parola sia ora ripresa non già nei suoi termini teorico-generalisti, così com'è stato ai tempi della nota *querelle* tra Kelsen e Schmitt sul garante della Costituzione o in base ad altre dispute analoghe, persino molto risalenti nel tempo in ordine a ciò che è o che fa la "giurisdizione". Qui, infatti, si fa esclusivo riferimento ad un contesto che non era immaginabile al tempo in cui i due grandi pensatori ora richiamati prospettavano i loro raffinati e penetranti ragionamenti in ordine a modi e forme della garanzia della Costituzione. Un contesto che si connota per una evoluzione della scienza e della tecnologia, idonea per la sua parte a lasciare un segno profondo, nel bene come nel male, sui diritti fondamentali e sulle aspettative di una tutela complessivamente appagante da essi avanzata e, ancora, per esperienze, quali il terrorismo internazionale o la crisi economica (su cui m'intratterò specificamente a breve) e per relazioni in seno alla Comunità internazionale e in organizzazioni, quale l'Unione europea, che – al di là di molti altri effetti cui danno vita e di cui non tocca ora dire – concorrono, tutte, a riproporre in termini inusuali la questione in discorso.

Quest'ultima, peraltro, per come è qui vista, si porta ben oltre l'*hortus conclusus* della giurisdizione costituzionale, finendo con l'investire ogni specie di giurisdizione, sia pure in forme peculiari per ciascuna di esse. Si ripropone, infatti, anche per quella europea (nelle sue diverse espressioni a Lussemburgo ed a Strasburgo), che tra l'altro sempre di più tende a somigliare ad una vera e propria giurisdizione costituzionale<sup>21</sup>, nonché per quella comune, sia di merito che di legittimità. Assai forte è infatti l'impressione che, ad ogni piano e in ogni sua forma, la giurisdizione si mostri insofferente a mantenersi appieno rispettosa delle regole che ne governano l'esercizio.

E però, così come non è concepibile uno scostamento della legislazione (e della normazione in genere) dalle metanorme prestabilite per il suo esercizio, parimenti non è accettabile una giurisdizione non rispettosa dei canoni relativi al proprio processo. Ciò che la rende appunto irricognoscibile come giurisdizione<sup>22</sup>.

Basti solo pensare ai casi, purtroppo non sporadici, in cui talune tecniche sono innaturalmente piegate ad usi impropri, così come si è fatto (e si fa) – per restare ad uno dei temi oggi discussi – con l'interpretazione conforme, che alle volte si traduce in una sostanziale, ancorché abilmente mascherata, manipolazione dei documenti ai quali si applica, nella loro riscrittura insomma (alle volte, anzi, si assiste ad una duplice e simultanea manipolazione sia dell'oggetto che del parametro<sup>23</sup>, solo in tal modo rendendosi possibile – ma, appunto, in modo forzoso – la loro riconciliazione<sup>24</sup>).

<sup>21</sup> È vero che la Corte di Strasburgo – si vuol dire – è giudice del caso, ma è anche vero che le sue pronunzie (particolarmente alcune, espressive di principi) sempre più di frequente tendono a portarsi oltre il caso stesso, somigliando per più versi ad alcune specie di decisioni, quali le additive di principio, del giudice costituzionale. Con le dovute precisazioni, qualcosa di simile si ha anche per le pronunzie della Corte dell'Unione, quand'anche paiano circoscritte *quoad effectum* ai casi da cui traggono origine (tra i più attenti osservatori di queste vicende, tuttora connotate da fluidità e discontinuità di movenze e di orientamento, v. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143).

<sup>22</sup> La più avvertita dottrina ha da tempo indirizzato un fermo richiamo al rispetto dei canoni che presiedono allo svolgimento dei giudizi di costituzionalità (per tutti, R. ROMBOLI, in molti scritti, tra i quali *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Scritti in onore di F. Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 2995 ss.; volendo, v. anche il mio *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in *Riv. dir. cost.*, 2009, 125 ss.).

<sup>23</sup> Dei casi di manipolazione del parametro costituzionale da parte dell'organo che dovrebbe invece garantirne l'osservanza ho discusso più volte, a partire da *Linguaggio della Costituzione e parametri dei giudizi di costituzionalità*, in AA.VV., *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, a cura di G. Pitruzzella - F. Teresi - G. Verde, Giappichelli, Torino 2000, 525 ss.

<sup>24</sup> È pur vero che ogni medaglia ha due facce e che, per un verso, la duplice manipolazione, di cui si viene dicendo nel testo, prendo corpo non già, sul versante delle leggi, a mezzo di additive o sostitutive testuali bensì unicamente per via

Al piano delle tecniche, nondimeno, la tendenza della giurisdizione ad espandersi fino a valicare i confini suoi propri può, come si è veduto, essere, almeno in relazione ad alcuni profili, “razionalizzata”, dotandosi per via legislativa la giurisdizione degli stessi strumenti che essa si è forgiata per via giurisprudenziale, pur se – ove lo si giudichi opportuno – con talune non marginali correzioni.

Il difetto non è invece riparabile al piano sostanziale. Quand’anche, infatti, qui pure il legislatore dovesse intervenire e far proprie indicazioni venute dalla giurisprudenza, ciò non toglierebbe ugualmente il carattere creativo o – com’è stato chiamato da un’accreditata dottrina<sup>25</sup> – “normativo” di siffatti interventi; ed anzi proprio il fatto della loro “razionalizzazione” positiva, nondimeno accompagnata non di rado da non secondarie innovazioni, avvalora siffatto carattere<sup>26</sup>. La qual cosa è tanto più rilevante e gravida di implicazioni istituzionali ove si consideri che si tratta di esperienze di cui si ha ormai pressoché quotidiano riscontro praticamente in ogni ambito materiale e per ogni specie di giurisprudenza.

Se questa è, dunque, una “regolarità” che, vistosa, si presenta agli occhi degli osservatori, imperioso ed inquietante viene allora a porsi l’interrogativo se si sia in presenza di una trasformazione o, diciamo pure, un vero e proprio *mutamento genetico* della giurisdizione, con effetti endemici ed irreparabili, oppure se si tratti solo di una accentuazione o, diciamo pure, esasperazione del modo suo proprio di essere e di esprimersi<sup>27</sup>.

I ritardi e le complessive carenze che accompagnano e connotano l’operato del legislatore concorrono, ovviamente, per la loro parte a mettere ancora di più in evidenza la confusione dei ruoli e la loro frequente, mutua sovrapposizione. Un fenomeno, questo, che non è eliminato ma, tutt’al più, solo temperato dalla diversità degli effetti rispettivamente propri degli atti legislativi e di quelli giurisdizionali, segnatamente laddove questi ultimi diano luogo ad effetti circoscritti al caso.

Per un verso, infatti, resta ugualmente la manipolazione, per mano del giudice, della sostanza normativa racchiusa negli enunciati legislativi, tanto più poi gravida di negative implicazioni laddove dovesse avere ad oggetto – come si diceva – lo stesso parametro costituzionale, secondo quanto trova non di rado riscontro<sup>28</sup>.

Per un altro verso, poi, non poche volte tendono a formarsi vere e proprie *consuetudini interpretative* largamente diffuse e vigorosamente convergenti verso il medesimo esito, un “diritto vivente” insomma foriero di innovazioni che, al tirar delle somme, assai da presso somigliano alle novità prodotte dalle leggi, pur non identificandosi con esse appieno.

I campi materiali su cui si situano le due indagini di merito i cui esiti ci sono stati oggi rappresentati offrono numerose testimonianze di quanto si è venuti dicendo: in ambito bioetico così come in quello dei diritti sociali, tra i quali principalmente proprio il diritto alla salute, si è infatti assistito a diffuse

---

d’interpretazione. Non poche sono, infatti, le pronunzie di rigetto “secco”, con le quali la Corte fa dunque salvo il testo legislativo proprio grazie a siffatto duplice intervento creativo, fermo restando ovviamente che esso può registrarsi anche solo in relazione all’uno ovvero all’altro dei termini normativi della questione. Per un altro verso, poi, sono proprio le manipolazioni in parola a rendere *living* la Costituzione, dotandola di un moto incessante che ne assicura la rigenerazione semantica senza sosta.

<sup>25</sup> G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova 1985, 755 ss.; v., poi, nuovamente, la monografia, dietro già richiamata, di C. PANZERA.

<sup>26</sup> Assumendo, infatti, in tesi che la giurisprudenza non abbia innovato alla legislazione anteriore, è evidente che non v’è ragione alcuna perché la legislazione posteriore debba esplicitare ciò che ha già detto il giudice. Se, invece, lo fa è proprio perché vuol dar seguito alle novità introdotte dalla giurisprudenza stessa.

<sup>27</sup> Il carattere “creativo” (in senso lato) della giurisprudenza è – come si sa – da tempo rilevato da un’accreditata dottrina (riferimenti, ora, in G. STELLA, *Crisi della legge e potere del giudice. Considerazioni su un saggio di Otto Bachof*, in *Lo Stato*, 6/2016, 167 ss.; lo scritto di O. BACHOF, di seguito pubblicato nella stessa *Rivista*, 179 ss., ha per titolo *Grundgesetz e potere del giudice*). Non è tuttavia chi non veda la distanza che separa il contesto in cui è maturata la riflessione di questa risalente dottrina da quello del tempo presente, cui esclusivamente si riferiscono le notazioni qui svolte.

<sup>28</sup> Emblematiche, per tutte, la “riscrittura” del Titolo V operata dalla giurisprudenza costituzionale a seguito della revisione del 2001 o talune letture, temerarie per innovatività, prospettate da certa giurisprudenza comune del dettato costituzionale relativo alla famiglia, su cui si tornerà tra non molto.

e significative “supplenze” dei giudici nei riguardi di un legislatore inerte ovvero al rifacimento di una normazione da quest’ultimo prodotta con gravi, complessive carenze<sup>29</sup>.

Sono questi i campi materiali nei quali la composizione dei diritti in sistema, sia *inter se* che in rapporto ad altri interessi costituzionalmente protetti, si presenta particolarmente problematica ed impegnativa, mettendosi in evidenza i limiti strutturali cui va incontro l’attività del legislatore per il fatto stesso di voler rendere stabile ciò che invece richiede continue messe a punto, ora alla luce degli sviluppi della scienza e della tecnologia ed ora in relazione ai mutamenti di contesto (specie per l’aspetto economico e sociale).

Non è un caso – a me pare – che la legge sulla procreazione medicalmente assistita varata nel 2004 sia stata fatta a pezzi dalla Consulta e che la stessa giurisprudenza costituzionale, in un noto caso recente (definito con [sent. n. 84 del 2016](#)), richiamato nello studio di C. Masciotta<sup>30</sup>, abbia fatto luogo ad una particolare sottolineatura del ruolo della scienza, anche se muovendo da premesse teoriche mal poste e pervenendo quindi ad esiti ricostruttivi inaccettabili e, comunque, inappaganti per la stessa scienza, sacrificata in alcune sue aspettative specificamente riguardanti la ricerca scientifica<sup>31</sup>. Un ruolo che, ovviamente e specularmente, vale anche per le esperienze di fine-vita, secondo quanto è stato opportunamente messo in chiaro da una sensibile dottrina, alle quali consiglieri dunque di volgere lo sguardo facendo luogo ad uno studio in *tandem* che di tutte tali esperienze rilevi convergenze e divergenze<sup>32</sup>; e vale, inoltre, per molte altre esperienze ancora, sulle quali non è adesso possibile intrattenersi.

La vicenda oggetto della pronuncia da ultimo richiamata è, poi, particolarmente istruttiva sotto più aspetti: per ciò che qui maggiormente importa, insegna che un assetto soddisfacente degli interessi in campo può essere raggiunto unicamente laddove la sua costruzione risulti il frutto della congiunta, “leale cooperazione” tra legislatore e giudici<sup>33</sup>, all’uno toccando il compito di apprestare una disciplina duttile, *per essentialia*, a mezzo di statuizioni di principio che quindi si consegnino ai giudici (a *tutti* i giudici, costituzionali e comuni) perché nella cornice segnata dalle stesse e dandovi l’opportuno svolgimento facciano quindi luogo alla posizione delle regole di volta in volta adeguate

---

<sup>29</sup> La cosa, ovviamente, si ripete in molti altri campi, anche in quelli – come il processo penale – nei quali gli interventi additivi e manipolativi in genere del giudice costituzionale o le stesse manipolazioni per via d’interpretazione dei giudici comuni dovrebbero, in ragione dei peculiari interessi in gioco, aversi con somma oculatezza e prudenza. Eppure non si dimentichi che è solo grazie alla coraggiosa intraprendenza dei giudici stessi che talune vistose carenze del codice di rito hanno potuto essere colmate. Emblematica, per tutte, la notissima [sent. n. 113 del 2011](#): una pronuncia che – come si sa – si connota proprio per il suo essere portatrice di una nuova norma di principio, in linea con quello stile o modello di normazione, anche giurisprudenziale, duttile ed essenziale che – come si vedrà a momenti – si propone quale vincente al duplice fine dell’ottimale appagamento dei diritti e del mantenimento dell’equilibrio tra legislatore e giudici e tra giudici e giudici.

<sup>30</sup> ... al § 4 del *paper*.

<sup>31</sup> Numerosi e penetranti i rilievi critici mossi alla pronuncia in parola [tra i molti altri e con notazioni di vario segno, v. i contributi che sono in *Biolaw Journal* ([www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org)), 2/2016, cui *adde* G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scientia*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, Giornate di studio svoltesi Messina il 5 e 6 maggio 2016, a cura di S. Agosta e G. D’Amico, i cui Atti sono in corso di stampa].

<sup>32</sup> Istruttiva l’indicazione di metodo che è nella approfondita analisi di S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, e II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012, seguita da numerosi altri studi dello stesso a.

<sup>33</sup> ... e di entrambi – come si viene dicendo – con gli scienziati e gli esperti in genere [sull’influenza, alle volte determinante, che questi ultimi possono esercitare sull’attività degli operatori di diritto (e, segnatamente, dei giudici), v., tra gli altri, G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l’indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*, 2/2004, 411 ss.; S. PENASA, *Giudice “Erocle” o giudice “Sisifo”? Gli effetti del dato scientifico sull’esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 17 dicembre 2015; S. AGOSTA, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all’epoca della rivoluzione biologica*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2014, 24 gennaio 2014, spec. al § 2; M. D’AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*<sup>2</sup>, FrancoAngeli, Milano 2016, 83 ss.; AA.VV., *La medicina nei tribunali*, a cura di L. Chieffi, Cacucci, Bari 2016].

in relazione alle complessive esigenze dei casi<sup>34</sup>. Una produzione normativa, quella che si ha per mano dei giudici, che perciò non di rado comporta una vera e propria attività di *attuazione*, e non – come, invece, un’accreditata dottrina ritiene<sup>35</sup> – di mera *applicazione*, di un dettato legislativo nondimeno bisognoso di venire alla luce e di mostrarsi capace di dare un adeguato orientamento agli interventi dei giudici ad esso funzionalmente connessi.

La questione del mantenimento dell’equilibrio tra politica e giurisdizione<sup>36</sup> si salda, poi, all’altra di un ulteriore equilibrio interno alle manifestazioni appartenenti sia all’una che all’altra attività e, perciò, tra le sedi istituzionali in cui esse prendono forma.

Il modello vincente è, a mia opinione, quello della *federalizzazione delle pubbliche funzioni* in genere e, di conseguenza, della *federalizzazione dei diritti*: tanto per ciò che attiene al piano degli interventi posti in essere dagli organi della direzione politica quanto in relazione a quelli di cui si rendono artefici i giudici, ovunque venendosi a formare “catene” di atti funzionalmente connessi e convergenti al medesimo fine<sup>37</sup>. Un modello, perciò, in cui gli spostamenti di sovranità dagli Stati all’Unione non si traducano in un impoverimento dei primi a tutto vantaggio della seconda bensì in una congiunta assunzione di responsabilità degli uni e dell’altra, seppur in forme e con effetti inusuali rispetto al passato, tutti gli enti in campo essendo chiamati a spendersi in vista dell’ottimale appagamento dei beni della vita e degli interessi in genere meritevoli di tutela. Allo stesso modo, anche le Corti sono sollecitate dagli atti politico-normativi a produrre plurimi ed incisivi interventi al loro servizio: le Corti europee e costituzionali assai di frequente dotando le loro decisioni di formule di principio, strutturalmente aperte, cui quindi possano raccordarsi le decisioni dei giudici comuni contenenti le regole di volta in volta maggiormente adeguate ai casi.

È chiaro, però, che il modello “tiene” alla condizione che tutti facciano la loro parte fino in fondo, laddove ad oggi diffuse e gravi sono le carenze riscontrabili in più punti di questo unitario percorso, a partire proprio da quelli iniziali delle “catene” in cui dovrebbero situarsi gli atti legislativi che però molte volte in tutto o in larga misura fanno difetto.

Attraverso il fattivo e solidale impegno di tutti gli operatori può rendersi possibile, unitamente al conseguimento dell’equilibrio suddetto, la riconciliazione tra diritto e scienza, dandosi modo al primo di tenere il passo della seconda, sì da recepirne prontamente le indicazioni e portarle a frutto, specie nelle più complesse e spinose vicende processuali, filtrandole nondimeno accuratamente alla luce dei principi costitutivi dell’etica pubblica repubblicana<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> Mi sono più volte dichiarato a favore di questa indicazione teorica (ad es., in [Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali](#), in [Consulta OnLine](#), III/2015, 13 novembre 2015, 769 ss.).

<sup>35</sup> Così, 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, però, 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.

<sup>36</sup> ... sul cui vitale rilievo ha, ancora da ultimo, richiamato l’attenzione S. STAIANO, *La riservatezza come “nuovo diritto”*, relaz. alle IX Giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale su *El derecho a la intimidad* svoltesi il 22 e 23 settembre scorso presso l’Università Carlos III di Madrid.

<sup>37</sup> I lineamenti di questo modello possono, volendo, vedersi tracciati nel mio *Il futuro dei diritti fondamentali: viaggio avventuroso nell’ignoto o ritorno al passato?*, in [www.federalismi.it](#), 4/2013, 15 febbraio 2013, spec. ai §§ 6 e 7. Una “effettiva ‘federalizzazione’ del sistema politico e, probabilmente, anche di quello sindacale” è ora propugnata anche da A. GUAZZAROTTI, *La legge dei numeri e la sua forza disgregatrice*, in AA.VV., *La legge dei numeri. Governance economica europea e marginalizzazione dei diritti*, a cura di C. Bergonzini - S. Borelli - A. Guazzarotti, Jovene, Napoli 2016, 189.

<sup>38</sup> È stato, ancora di recente, opportunamente rilevato che “nemmeno l’oggettività della scienza e il sapere di eruditi specialisti potrebbe esaurire l’insieme delle valutazioni e delle scelte che, in un ordinamento fondato su una Costituzione ricca di principi, sono invariabilmente di natura assiologica” (G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scientia*, cit., § 3).

Il rapporto tra etica, scienza e diritto è fatto oggetto da tempo di controverse valutazioni: tra gli altri, v. A. SPADARO, *Sulle tre forme di “legittimazione” (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. D’Aloia, Giappichelli, Torino 2005, 575 ss.; AA.VV., *Percorsi tra bioetica e diritto. Alla ricerca di un bilanciamento*, a cura di L. Chieffi - P. Giustiniani, Giappichelli, Torino 2010; E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto*

Il bisogno di una disciplina legislativa *per principia* si ha altresì in ambiti materiali meno soggetti all'influenza dello sviluppo scientifico e tecnologico ma esposti al vento impetuoso di un rinnovamento culturale che si riscontra in seno alla società. Così è per l'ambito in cui si radicano gli interessi che fanno capo alle coppie composte da persone dello stesso sesso, al cui studio si è parimenti dedicata C. Masciotta<sup>39</sup>. Qui pure, infatti, la varietà delle situazioni e dei bisogni in esse emergenti richiede interventi sia del legislatore che dei giudici mirati e congrui rispetto ai singoli casi; ed è proprio su ciò che – come si viene dicendo – consiglieri di fermare particolarmente l'attenzione negli sviluppi degli studi i cui primi risultati ci sono stati poc'anzi illustrati, ragionando su quali scenari potrebbero delinearci (per mano sia del legislatore che dei giudici) in vista dell'ottimale appagamento di tutti i beni della vita costituzionalmente protetti.

Faccio solo un paio di esempi al fine di dare un minimo di concretezza al discorso che vado facendo, muovendo dalla premessa – su cui, come si sa, la giurisprudenza costituzionale è ferma, resistendo agli attacchi mossile da un'agguerrita dottrina ed avvalendosi però del sostegno di altri, non meno pugnaci studiosi – secondo cui alle coppie omosessuali non è consentito l'accesso al matrimonio e che, perciò, la disciplina giuridica della loro condizione non può essere *in tutto e per tutto* identica a quella della coppia coniugata, la sola abilitata a dar vita ad una “famiglia”, ai sensi di cui all'art. 29 cost.<sup>40</sup>. Può (e deve), piuttosto, essere *somigliante* a quella di quest'ultima, tant'è che, ove ci si trovasse in presenza di una irragionevole discriminazione – ha tenuto a precisare la nota [sent. n. 138 del 2010](#) –, la disciplina legislativa che dovesse esserne causa si esporrebbe al rischio della propria caducazione. E, però, la sanzione potrebbe altresì aversi nel caso inverso dell'arbitraria parificazione. Si tratta, dunque, di stabilire quali sono gli ambiti di esperienza nei quali dell'una e dell'altra eventualità potrebbe aversi riscontro; e – ciò che più conta – si tratta di stabilire quale sia il criterio o il parametro che consenta di riconoscere tanto i casi di irragionevole omologazione delle situazioni quanto quelli di irragionevole differenziazione positiva.

Dalla prospettiva ora adottata, la legge n. 76 del 2016 parrebbe comunque esibire carenze non poche né lievi che la espongono al rischio suddetto.

Si consideri, ad es., la condizione del transessuale coniugato.

Senza ora riprendere *funditus* una questione – come si sa – animatamente discussa e sulla quale, peraltro, ho già avuto modo di manifestare il mio punto di vista in altri luoghi, è interessante notare almeno due cose.

---

costituzionale, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2015, 30 ottobre 2015; M. CARTABIA, “Nuovi diritti” e leggi imperfette, in *Iustitia*, 2/2016, 153 ss. Con particolare attenzione alla giurisprudenza costituzionale, G. D'AMICO, *La Corte e lo stato dell'arte (prime note sul rilievo del progresso scientifico e tecnologico nella giurisprudenza costituzionale)*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, cit., 431 ss., e, dello stesso, *Scienza e diritto nella prospettiva del giudice delle leggi*, SGB, Messina 2008; S. PENASA, *Il dato scientifico nella giurisprudenza della Corte costituzionale: la ragionevolezza scientifica come sintesi tra dimensione scientifica e dimensione assiologica*, in *Pol. dir.*, 2/2015, 271 ss., e, dello stesso, *Le “scientific questions” nella dinamica tra discrezionalità giurisdizionale e legislativa. Uno studio comparato sul giudizio delle leggi scientificamente connotate nelle giurisdizioni nazionali, sovranazionali e internazionali*, in *Biolaaw Journal* ([www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org)), 1/2016, 39 ss. Quanto, poi, ai segni lasciati dalla scienza nei giudizi comuni, v., per tutti, R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*<sup>2</sup>, Aracne, Roma 2014. Con specifico riguardo alle esperienze d'inizio-vita, oltre allo studio monografico di S. AGOSTA sopra richiamato, v. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e bioetica. La questione dell'embrione*, in AA.VV., *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, a cura di S. Rodotà - M. Tallacchini, Giuffrè, Milano, 2010, 231 ss.; S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015 e, ora, i contributi alle Giornate di studio su *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, cit.

<sup>39</sup> ... spec. al § 3 del *paper*.

<sup>40</sup> Per questa ragione, è giusto – a me pare – non trascrivere nel nostro Paese matrimoni contratti all'estero dagli omosessuali, mentre opportuna appare essere la loro “conversione” in unioni civili, secondo quanto è stabilito dalla legge che riguarda queste ultime (sulla vessata questione, di recente, G. PUMA, *Trascrizione degli atti di matrimonio omosessuale celebrato all'estero alla luce della CEDU*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2016, 395 ss.). E, sempre per la medesima ragione, non è, di conseguenza, possibile trascrivere atti di nascita della prole generata all'estero da persone dello stesso sesso, secondo quanto si vedrà a breve.

Per un verso, infatti, si ha qui una delle non rare testimonianze di “seguito” infedele dato dal giudice comune (segnatamente dalla sent. n. 8097 del 2015 della prima sezione civile della Cassazione) alla [sent. n. 170 del 2014](#) della Consulta<sup>41</sup>, la quale mostra di non aver alcuna esitazione nel considerare non consentito il matrimonio tra persone dello stesso sesso, laddove la decisione della Cassazione stranamente fa luogo alla invenzione di un istituto che non c'è (e non può esservi...), il *matrimonio a tempo*, considerando perdurante il vincolo coniugale esistente in seno alla coppia ormai divenuta dello stesso sesso<sup>42</sup> (rammento qui di passaggio che la “famiglia” in questione nel frattempo, in forza dell'entrata in vigore della legge 76, si è convertita in unione civile).

Per un altro verso, proprio perché la coppia in parola presenta – per riprendere una nota espressione del giudice delle leggi – un “pregresso vissuto” del tutto peculiare, se ne ha – ed è ciò che qui maggiormente importa – che essa meriterebbe un trattamento parimenti peculiare, del quale nondimeno non si ha traccia nella legge venuta qualche mese addietro alla luce. Insomma, si avrebbe qui una sorta di *tertium genus* tra famiglia, nella sua propria e ristretta accezione, ed unione, che non saprei come chiamare e che tuttavia reclama un suo proprio regime giuridico, oppure può dirsi che si sia in presenza di una unione *sui generis*, che pertanto richiede un suo proprio trattamento normativo. Forse, dunque, non sarebbe male un supplemento di riflessione su questo punto.

La vicenda è, poi, assai istruttiva per un altro aspetto, ad oggi non adeguatamente studiato anche dalla più avveduta dottrina; e mostra come possa assistersi a manipolazioni non soltanto dei prodotti legislativi da parte di questo o quel giudice ma anche di quelli dell'un operatore di giustizia da parte di altri operatori. Ciò che è, appunto, particolarmente gravido di implicazioni laddove si tratti dei “seguiti” dati alle pronunzie della Consulta, venendo talora a determinarsi delle sostanziali “impugnazioni”, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 137, ult. c., pur se più o meno abilmente mascherate e sapientemente argomentate<sup>43</sup>.

Ora, davanti a siffatte esperienze la giustizia costituzionale non resta, in punto di astratto diritto, comunque priva di garanzie; e basterebbe al riguardo solo considerare la eventualità che il giudice costituzionale esperisca conflitto di attribuzioni, *sub specie* di conflitto da menomazione, davanti a se stesso a presidio del proprio giudicato disatteso in sede di esecuzione. Sta di fatto, però, che ogni pronunzia del giudice stesso (anche, dunque, quella con cui è accertata la violazione del giudicato in parola) ha pur sempre bisogno di “seguiti” adeguati e fedeli al fine di potersi implementare nell'esperienza. Ogni intervento del giudice delle leggi si situa, infatti, in uno spazio (anche temporale) intermedio tra un atto d'iniziativa di un operatore che ne sollecita la formazione e un atto di esecuzione, col quale solo, a conti fatti, l'operazione di giustizia costituzionale può sortire gli effetti avuti di mira. Talora, poi, l'atto in parola dovrebbe qualificarsi non già di mera *esecuzione* bensì di *attuazione*, essendo chiamato a svolgere ed integrare talune indicazioni di principio somministrate dalla Corte: in siffatte evenienze, quali appunto si hanno in presenza di additive di principio, l'operazione di giustizia costituzionale appare essere una sorta di *work in progress*, perfezionandosi dunque presso le sedi nelle quali si esercita la giurisdizione comune.

---

<sup>41</sup> In realtà, l'esperienza esibisce un quadro assai articolato e composito di “seguiti” alle pronunzie della Corte, tra i quali si danno appunto quelli cui si fa ora riferimento nel testo. Studi accurati in materia si devono a E. LAMARQUE, che ha altresì coordinato, per conto della Corte costituzionale, la ricerca su *Il seguito delle decisioni interpretative e additive di principio della Corte costituzionale presso le autorità giurisdizionali*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); della stessa E. LAMARQUE, v., inoltre, *Corte costituzionale e giudici nell'Italia repubblicana*, Laterza, Roma-Bari 2012. Utili indicazioni possono altresì aversi dai contributi riuniti in *“Effettività” e “seguito” delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, a cura di R. Bin - G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, ESI, Napoli 2006.

<sup>42</sup> La Cassazione si è al riguardo rifatta alla indicazione di una sensibile dottrina [B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 15 giugno 2014], che ha – come si sa – alimentato un fitto dibattito.

<sup>43</sup> Alla “impugnazione” di cui è parola nel disposto ora richiamato può infatti ricondursi ogni forma di frustrazione degli effetti del giudicato costituzionale, secondo quanto si è tentato di mostrare nel mio *Storia di un “falso”. L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990, spec. 77 ss., con le ulteriori precisazioni che sono in *Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - J. Luther, Giappichelli, Torino 2011, 349 ss.

Sappiamo, nondimeno, che ad oggi il giudice costituzionale preferisce – con accortezza e prudenza talvolta però eccessive – non esasperare i conflitti con gli altri attori istituzionali che abbiano dato a vita a seguiti distorti dei verdetti adottati presso la Consulta o addirittura che vi si siano frontalmente contrapposti, limitandosi a minacciare, senza mettere in pratica, il ricorso davanti a se stesso; e proprio la vicenda del transessuale, appena richiamata, ne dà emblematica, eloquente testimonianza (ma molte altre nel medesimo senso potrebbero essere al riguardo richiamate; e basti solo pensare, nuovamente, al caso di cui alla [sent. n. 10 del 2015](#), già richiamata).

Il secondo esempio riguarda la vessata questione del riconoscimento del diritto di adozione a beneficio delle coppie omosessuali civilmente unite.

Qui pure non giova rievocare neppure in sunto i termini essenziali di un dibattito, come si sa, assai animato tra gli studiosi e che però con una certa stanchezza e ripetitività di argomenti si trascina da tempo. Mi limito solo a rammentare che, ancora una volta, nel silenzio della legge, una giurisprudenza comune ogni giorno crescente e sempre più agguerrita ha riconosciuto il diritto in parola ma non nella sua forma piena (c.d. “legittimante”).

Ora, a mia opinione, possono darsi alcuni casi in cui siffatto riconoscimento potrebbe *pleno iure* aversi a mezzo di un’addizione normativa operata dalla Consulta. Si pensi, ad es., al minore che sia stato amorevolmente accudito, dopo esser rimasto orfano dei genitori, da un parente stretto che sia civilmente unito ad altro soggetto dello stesso sesso oppure al minore che sin dalla nascita o dalla più tenera età sia stato allevato, oltre che dal genitore naturale, da un soggetto a quest’ultimo civilmente unito e che rischi di restare orfano a causa di una grave malattia che abbia colpito il genitore stesso. E via dicendo.

Pronta è l’obiezione secondo cui in tal modo si avrebbe, in buona sostanza, la pressoché totale parificazione tra la famiglia, nella sua ristretta e propria accezione, e la peculiare formazione sociale di cui ora si discorre, col conseguente aggiramento del precetto di cui all’art. 29 della Carta; tanto più, poi, ove dovesse accedersi alla tesi, nella quale ho già altrove dichiarato di riconoscermi<sup>44</sup>, per cui anche sui soggetti civilmente uniti grava l’obbligo di fedeltà che – come si sa – è proprio dei coniugi. Una previsione in tal senso, come pure è noto, fa difetto nella legge 76 ma a me sembra linearmente e necessariamente discendente dal generale dovere di salvaguardare la dignità della persona, secondo quanto si vedrà ancora meglio a momenti. Delle due allora l’una: o si ritiene essere l’obbligo in parola consustanziale al rapporto di coppia che connota anche i soggetti civilmente uniti, con la conseguenza che la previsione in discorso sarebbe da considerare implicita e caratterizzante l’intero impianto disegnato nella legge stessa, oppure siffatta lacuna è da qualificare come incostituzionale, sì da giustificare una declaratoria in tal senso da parte della Consulta.

Quand’anche, tuttavia, con riguardo al caso ora discusso, dovesse concludersi nel senso di una parificazione di regime non consentita dall’art. 29, ugualmente essa potrebbe trovare spazio per affermarsi in sede di bilanciamento assiologicamente ispirato tra i beni della vita in campo in nome dell’interesse preminente del minore che, malgrado alcune riserve ancora da ultimo rinnovate da una sensibile dottrina<sup>45</sup>, seguita stabilmente ad informare la soluzione delle più spinose e laceranti questioni di diritto di famiglia, consolidandosi dunque nel diritto vivente quale l’autentica stella polare, il *Grundwert*, che illumina e guida il non di rado sofferto cammino degli operatori chiamati a farsi carico delle questioni stesse<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> [Unioni civili e convivenze di fatto: “famiglie” mascherate? \(Nota minima su una questione controversa e sulla sua discutibile risoluzione da parte della legge n. 76 del 2016\)](#), in [Consulta OnLine, II/2016](#), 16 giugno 2016, 259.

<sup>45</sup> E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2016.

<sup>46</sup> Al superiore interesse del minore ha fatto appello Cass., I sez. civ., depositata proprio oggi 30 settembre 2016, n. 19599, al fine di consentire la trascrizione dell’atto di nascita di una minore nata dalla relazione di due donne coniugate in Spagna, il cui matrimonio è stato nel frattempo sciolto; matrimonio che tuttavia – come si poc’anzi fatto notare – non avrebbe potuto, né oggi potrebbe, essere trascritto nel nostro Paese, così come non può essere, in base alla legislazione da noi in vigore, trascritto l’atto di nascita da cui risulti avere la minore stessa due madri. D’altro canto, essendo nel frattempo venuta meno la relazione affettiva tra le donne, neppure potrebbero farsi valere le norme che disciplinano da noi le unioni civili. Dunque, la persona non partorienti non può nel nostro Paese rivendicare i diritti ovvero essere gravata

Quelli sopra prefigurati costituiscono, nondimeno, casi da considerare come eccezionali rispetto alla regola che vuole private del diritto di adozione le coppie in parola; e casi che, proprio a motivo della peculiarità delle vicende che li connotano, richiedono, a mio modo di vedere, di essere fatti oggetto di quella normazione *per principia*, cui si faceva poc' anzi cenno, accompagnata da una "delega" a beneficio dei giudici perché apprezzino le circostanze meritevoli di essere riportate sotto la scudo protettivo della normazione suddetta, comunque bisognose di accertamento con somma oculatezza e prudenza.

Molti altri esempi, ovviamente, possono essere adottati a conferma di quest' assunto, ma non è questo – com' è chiaro – il luogo giusto per farne oggetto di analitico esame. Mi limito solo al riguardo a rinnovare, ancora una volta, l' invito a prestare attenzione alle esperienze maturate in altri ordinamenti, tenendo allo stesso tempo nel dovuto conto gli sviluppi della giurisprudenza europea. Specie negli ambiti materiali (qual è quello in cui sono venute affermandosi e seguitano senza sosta a rinnovarsi le pretese vantate dalle coppie di omosessuali), in cui maggiormente evidenti sono i caratteri di fondo che accomunano molti ordinamenti rispetto a quelli che li tengono divisi e distanti, può dimostrarsi particolarmente utile, davvero prezioso, il raffronto delle esperienze e delle relative soluzioni normative e giurisprudenziali. Il nostro Paese, per quest' aspetto, malgrado le novità introdotte dalla legge 76, accusa perduranti ritardi e gravi, non rimosse carenze cui – come si è venuti dicendo – può porsi rimedio solo a mezzo della congiunta cooperazione, nella tipicità dei ruoli, di tutti gli operatori istituzionali.

*5. Questioni di biodiritto, salvaguardia della segretezza dei dati personali e riconoscimento del diritto di accesso ai farmaci quali banchi di prova particolarmente attendibili al fine di stabilire quale idea di persona e di diritto fondamentale tenda ad affermarsi nell' esperienza e, perciò, di verificare se (ed in che misura) il nostro sia ancora uno Stato costituzionale*

L' ultimo punto che desidero, con la necessaria rapidità, toccare in questa mia riflessione "a primo ascolto" delle relazioni illustrateci si situa al cuore della Costituzione. Si tratta infatti di chiedersi quale idea di persona e di diritto fondamentale tenda ad affermarsi (se già non si è affermata...) nell' esperienza, assumendo quali banchi di prova particolarmente attendibili proprio gli ordini tematici di cui abbiamo oggi discusso e gli ambiti materiali su cui essi si dispongono.

Un punto di riferimento particolarmente attendibile è al riguardo costituito dai diritti della persona, specificamente laddove siano in gioco questioni di biodiritto<sup>47</sup>, la cura della salute e la salvaguardia della riservatezza dei dati che riguardano la persona stessa<sup>48</sup>. Un diritto, quest' ultimo, dalla formidabile capacità d' irradiazione praticamente a qualunque campo di esperienza e suscettibile di acquistare rilievo tanto al piano delle relazioni *inter privatos* quanto a quello delle relazioni di questi ultimi con lo Stato; un diritto, poi, dalla cui salvaguardia – com' è stato, ancora di recente, opportunamente rilevato da una sensibile dottrina<sup>49</sup> – può dipendere il mantenimento di ogni diritto restante, che da essa in modo diretto ovvero riflesso risulta condizionato, secondo quanto è peraltro ora avvalorato dall' art. 1, par. 2, del regolamento dell' Unione in materia di *privacy* varato pochi mesi

---

degli oneri facenti capo alle persone già coniugate ovvero civilmente unite. È tuttavia da vedere se, appunto in nome del superiore interesse della minore, sia giusto che i rapporti da quest' ultima intrattenuti con la donna che considerava propria madre, né più né meno di quella che l' ha partorita, siano bruscamente interrotti; ciò che potrebbe comportare grave nocimento alla serena crescita della minore stessa. Come sempre, spetta al giudice sbrogliare questa intricata matassa, il quale peraltro, non ritenendo di potervi riuscire con le sue sole forze, potrebbe chiamare in soccorso la Consulta affinché ponga mano ad un' additiva di principio alla normativa vigente nel senso sollecitato dal giudice stesso.

<sup>47</sup> Un' approfondita analisi volta alla ricostruzione degli orientamenti al riguardo invalsi in giurisprudenza, con particolare attenzione a quella comune, è in R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto*, cit., e in molti altri scritti ancora.

<sup>48</sup> A *El derecho a la intimidad* sono state dedicate le IX Giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale, già richiamate.

<sup>49</sup> F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Giappichelli, Torino 2016.

addietro. Basti solo pensare, a conferma della varietà delle circostanze che vedono coinvolto il diritto stesso e della sua formidabile *vis* espansiva, ai casi, di cui si dirà a momenti, in cui esso interferisce col bene della sicurezza ovvero a quelli in cui entra in conflitto col diritto di altri soggetti alla conoscenza dei dati stessi, per motivi di salute<sup>50</sup> o per altre ragioni ancora<sup>51</sup>.

Per ciò che qui specificamente importa, i diritti fatti oggetto di esame dagli studi di merito che ci sono stati oggi illustrati si trovano soggetti a pressoché quotidiani “bilanciamenti” con altri interessi costituzionalmente meritevoli di tutela, all’esito dei quali tuttavia non di rado risultano costretti a sensibili sacrifici e talvolta ad essere puramente e semplicemente messi da canto.

Il presente contesto, invero, non agevola la loro protezione.

Per un verso, la lotta al terrorismo internazionale, le cui manifestazioni vanno sempre di più diffondendosi fino al punto di far temere che possa trattarsi di un fenomeno ormai endemico, parrebbe reclamare una forte contrazione di molti dei diritti della persona, a partire da quello alla riservatezza dei dati che la riguardano<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Così, ad es., nelle note e sofferte vicende che vedono contrapposto il diritto all’anonimato della madre e il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini biologiche, sollecitato in questa ricerca anche (ma non necessariamente) da motivi di salute, per sé o i propri familiari; vicende che, poi, possono essere anche molto diverse tra di loro, secondo quanto conferma un discusso orientamento della Cassazione, prima sez. civ., che ha considerato recessivo il diritto all’anonimato in caso di decesso del suo titolare: sent. n. 15024 del 2016.

Suona tuttavia strano che nella circostanza il giudice della legittimità non abbia dato alcun rilievo alla circostanza per cui la donna potrebbe aver taciuto ai familiari la sofferta esperienza vissuta con l’abbandono del figlio al momento del parto, soggetti questi che potrebbero ricevere un grave pregiudizio una volta venuti a conoscenza della vicenda stessa. In considerazione di ciò, il verdetto del giudice avrebbe potuto essere esattamente rovesciato su se stesso, ritenendosi preminente l’interesse del genitore deceduto e dei suoi congiunti rispetto a quello del figlio, tanto più poi laddove tra i congiunti stessi vi siano figli minori, bisognosi di una speciale protezione. Di contro, laddove il genitore dovesse risultare ancora in vita, potrebbe verificarsi in modo discreto il perdurare o meno della volontà di quest’ultimo di non essere conosciuto.

Come che sia di ciò, si ha conferma, seppur se ne abbia il bisogno, che i casi della vita, persino per uno stesso ambito di esperienza, sono talmente vari da non poter essere naturalmente ed in modo assorbente trattati unicamente a colpi di legge (ad es., la donna potrebbe non aver alcun familiare, non dandosi in tal caso il bisogno di salvaguardare aspettative di terzi).

<sup>51</sup> Solo un cenno al recentissimo, tristissimo caso, che ha molto impressionato la pubblica opinione, di una giovane toltasi la vita perché attraverso Internet era stato diffuso un filmato che la ritraeva nel compimento di un rapporto sessuale e che prima ancora aveva tentato di occultarsi cambiando nome e luogo di residenza. Si è così avuta ancora una conferma del fatto che il web può uccidere, laddove dovesse farsene un uso non vigilato e limitato, a salvaguardia della dignità della persona.

E si pensi, ancora, ai non pochi, complessi problemi che si pongono in ambito lavorativo (su cui si sono, da ultimo, intrattenuti A. RACHID COUTINHO - L.A.D. ARAUJO, *A proteção da intimidad e da privacidade do trabalhador: há realmente uma proteção adequada?*, relaz. alle IX Giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale su *El derecho a la intimidad*, cit., e, pure *ivi*, E. PAJARES MONTOLÍO, Intervento al momento senza titolo) o in materia finanziaria, specie sul versante della lotta al fisco (su cui, ancora nelle Giornate ora citt., F. FACURY SCAFF, *O primeiro dever fundamental das Cortes constitucionais é dezir “nao”*, e V. RUIZ ALMENDRAL, *La entrada en el domicilio de las personas jurídicas en los procedimientos de inspección tributaria*), e così via per molti altri ambiti materiali.

<sup>52</sup> Preoccupate notazioni sull’argomento sono state, con varietà d’impostazione e svolgimenti, manifestate da molti autori: tra gli altri, G.L. CONTI, *Lotta al terrorismo e patrimonio costituzionale comune. Appunti intorno alla traslitterazione interna delle norme internazionali ed euro unitarie in materia di lotta al terrorismo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013; G. DE MINICO, *Le libertà fondamentali in tempo di ordinario terrorismo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 10/2015, 20 maggio 2015, e, della stessa, *Internet and fundamental Rights in time of terrorism*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2015, 6 novembre 2015; S. GAMBINO, *Libertà e sicurezza nella recente esperienza nord-americana di contrasto del terrorismo*, in *Liber amicorum in onore di A. Cerri. Costituzionalismo e democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 397 ss.; A. CIANCIO, *La libertà d’informazione, Internet ed il terrorismo internazionale*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, cit., 593 ss.; i contributi al Convegno in ricordo di A. Pizzorusso svoltosi a Pisa l’11 e 12 marzo 2016 su *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*. Infine, A. SPATARO, *Politiche della sicurezza e diritti fondamentali* può ora vedersi in *Quest. giust.*, settembre 2016, 167 ss. Inadeguati e carenti, ora per difetto ed ora per eccesso, i provvedimenti adottati in ambito internazionale e sopranazionale al fine di far fronte alla minaccia terroristica, secondo quanto ha di recente confermato la direttiva UE 2016/681 del 27 aprile 2016 che “regola l’utilizzo dei dati del codice di prenotazione (PNR) ai fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi” [in merito alla quale G. TIBERI, *La direttiva UE sull’uso dei dati del codice di prenotazione (dati PNR) nella lotta al terrorismo e ai reati gravi*, in *Quad. cost.*, 3/2016, 590 ss.].

Per un altro verso, una crisi economica essa pure particolarmente estesa e devastante, ben lungi dal potersi dire superata o, comunque, in via di superamento, assottiglia sempre di più le risorse disponibili cui attingere per dare appagamento ai diritti in genere e, particolarmente, a quelli c.d. “sociali”, tra i quali uno speciale rilievo va assegnato proprio alla cura della salute<sup>53</sup>. In realtà, com’è ormai provato, la salvaguardia di tutti i diritti comporta comunque un costo, nondimeno particolarmente vistoso per alcuni di essi; alle volte esso non traspare, ponendosi quale il riflesso della salvaguardia di diritti apparentemente non “sociali”: ad es., per effetto del doveroso riconoscimento, operato in giurisprudenza, anche all’immigrato irregolare del diritto alle nozze con persona di cittadinanza italiana, lo straniero può in breve tempo acquistare la cittadinanza e, perciò, tutti i diritti, sociali e non, che ad essa fanno capo.

Quanto, poi, alla questione dell’accesso al farmaco, è chiaro che essa ha il suo *punctum crucis* nel meccanismo di determinazione del prezzo (a riguardo del quale A. Cauduro<sup>54</sup> ha opportunamente sollecitato l’adozione di una “politica europea”), alle sue storture nondimeno aggiungendosene altre parimenti gravi e, proprio per ciò, bisognose di essere urgentemente rimosse, che riguardano l’intera organizzazione delle strutture e dei servizi in ambito sanitario. Non si trascuri, peraltro, che il diritto alla salute fa “sistema” coi diritti restanti; ed è di tutta evidenza che l’esistenza di sacche crescenti di povertà diffusa fa sì che una cerchia sempre più larga di persone *di fatto* – al di là delle restrizioni normativamente stabilite – non abbia modo di curarsi, così come, in generale, non goda di molti altri diritti<sup>55</sup>. Una questione, poi, che assume carattere di drammaticità per alcuni soggetti particolarmente esposti, quali i pensionati a bassissimo reddito, gli immigrati irregolari o quelli portatori di malattie rare e molto costose, nei riguardi dei quali non di rado si tende ad adottare la “tecnica” della indifferenza o della dimenticanza<sup>56</sup>. Far finta, però, di non vedere la sofferenza che ci circonda può anche essere comodo ma è, senza alcun dubbio, eticamente squalificante e costituzionalmente intollerabile.

Il fuoco del problema sta, dunque, laddove si tratta di stabilire qual è il criterio giusto, costituzionalmente imposto, che consenta di “bilanciare” in modo adeguato tutti i beni della vita in campo.

Va preliminarmente riconosciuto che il problema è estremamente complesso e che non è pertanto consentito risolverlo in modo assai sbrigativo ed approssimativo, trascurando il dato elementare e di comune evidenza secondo cui posponendosi alcuni interessi che fanno capo all’intera collettività a fronte di altri interessi che specificamente si appuntano in capo ai singoli si corre il rischio di sacrificare altri interessi ancora di cui i singoli stessi sono portatori.

Pensiamo, ad es., ancora una volta, all’interesse alla sicurezza, che è un bene a un tempo collettivo ed individuale. V’è una soglia al di qua della quale esso può (e deve) essere anteposto rispetto ad altri

---

<sup>53</sup> Ovviamente, in questa sede si presta attenzione unicamente ai riflessi sui diritti per effetto della crisi; l’altra faccia della medaglia, che però qui non può essere riguardata, è data dai riflessi di ordine istituzionale, tanto per ciò che attiene all’incidenza sugli equilibri che connotano la forma di governo dell’Unione e ne accompagnano i più salienti svolgimenti, quanto in ordine ai rapporti tra Unione e Stati (ed agli ulteriori riflessi in seno a questi ultimi). Ha, di recente, toccato alcuni punti di quest’ultimo versante G. MARTINICO, *Las implicaciones constitucionales de la crisis: una reseña de la literatura reciente*, in *Estudios de Deusto* ([www.revista-estudios.deusto.es](http://www.revista-estudios.deusto.es)), 64-1/2016, 23 ss.

<sup>54</sup> ... part. nel § 3 del *paper*. Mi chiedo, tuttavia, se si diano davvero le condizioni di contesto perché questa proposta possa concretarsi.

<sup>55</sup> Forse, l’unico di cui nessun essere umano può essere *nei fatti* privato è quello di religione; ed è amaro constatare che i diseredati sociali non possono far altro che confidare nella Divina Provvidenza al fine di vedere almeno in parte attutiti i loro patimenti. Mi sovviene al riguardo un pensiero che ho avuto modo di leggere in uno scritto di G. ZAGREBELSKY apparso su *La Repubblica* del 24 settembre 2016, 60, dal titolo *L’insostenibile ambiguità nelle parole della politica*, laddove ha affermato che “i diritti umani sono una realtà per chi sta sopra, e il contrario per chi sta sotto. Lo stesso, per la dignità”. Nello stesso quotidiano, M. AINIS, “*Troppa uguaglianza fa male basta invadenza dello Stato*”. *La riscossa degli ultras liberisti*, 61, ci ha, ancora una volta, ricordato – cifre alla mano – che “il mondo non è mai stato così profondamente diseguale come adesso, all’alba del terzo millennio”.

<sup>56</sup> In argomento la letteratura è ormai incontenibile (riferimenti, da ultimo, in C. SICCARDI, *Crisi economica e discriminazioni multiple: il caso degli stranieri extra-comunitari con disabilità*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2 settembre 2016).

interessi, superata la quale però si è sollecitati ad affrontare, in sede di “bilanciamento”, il rischio del sacrificio dell’interesse stesso.

Posseggo al riguardo una sola certezza: che la lotta nei riguardi di coloro che non si riconoscono nei principi fondanti dello Stato costituzionale e che mirano ad abbatterlo ricorrendo a mezzi cruenti non può essere condotta abdicando ai principi stessi. Trovo invero singolare il ragionamento di coloro che avallano persino il ricorso alla tortura nei riguardi dei terroristi catturati argomentando che ciò sarebbe giustificato dal fine di evitare altro spargimento di sangue (non dissimile, a conti fatti, è la “logica” sottesa alla nota dottrina favorevole, specie dopo gli attacchi alle torri gemelle, all’abbattimento di aerei di linea in mano ai terroristi allo scopo di attenuare il danno in termini di vite umane<sup>57</sup>). Nel momento, però, in cui per difendere lo Stato di diritto noi per primi dovessimo allontanarci da esso ed anzi adottare comportamenti che frontalmente lo contrastano avremmo perso definitivamente la nostra battaglia e, con essa, smarrito l’essenza stessa della nostra cultura liberal-democratica.

Come si vede, dalla prospettiva ora adottata non importa stabilire se siamo, o no, in guerra, ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 11 della Carta<sup>58</sup>. La qual cosa conserva, nondimeno, un suo evidente rilievo, sol che si pensi che, ricorrendo le condizioni di cui al disposto ora cit., potrebbe giustificarsi la sospensione di alcune libertà costituzionali o, comunque, l’adozione di misure restrittive di carattere straordinario, pur sempre comunque soggette a verifica secondo ragionevolezza<sup>59</sup>. Né importa sapere se la presente congiuntura è in qualche modo assimilabile (e, a mia opinione, per certi versi lo è e per altri però no) a quella avutasi durante la stagione buia del brigatismo rosso (in relazione alla quale la Consulta, specie con la nota [sent. n. 15 del 1982](#), ci ha consegnato preziose, ancorché discusse e discutibili, indicazioni<sup>60</sup>). Guerra sì o guerra no, infatti, si dà comunque una soglia invalicabile oltre la quale risulterebbe – come si diceva – disperso il patrimonio di fini-valori che connota il nostro modello di cultura occidentale. Una soglia, dunque, al di là della quale la dignità è ferita a morte e resta una vuota parola senza pratico senso. E invero la dignità di ogni essere umano, persino dei delinquenti più incalliti o, appunto, dei terroristi è un bene prezioso, indisponibile: è – com’è stato detto da un’accreditata dottrina – l’“assoluto costituzionale”, la “bilancia” su cui si dispongono i diritti e gli interessi in genere meritevoli di tutela allo scopo della loro reciproca ponderazione<sup>61</sup>.

So bene che altra e non meno accreditata dottrina<sup>62</sup> si è invece dichiarata nel senso dell’assoggettabilità a “bilanciamento” di qualunque bene costituzionalmente protetto, dignità compresa.

---

<sup>57</sup> Rammento la nota pronunzia del *Bundesverfassungsgericht* che ha dichiarato l’incostituzionalità della legge tedesca del 2005 che prevedeva l’eventualità richiamata nel testo (in argomento, A. DE PETRIS, *Tra libertà e sicurezza prevale la dignità umana, dice il Bundesverfassungsgericht*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](#), 20 marzo 2006).

<sup>58</sup> Nega risolutamente il ricorrere di questa eventualità L. FERRAJOLI, *Due ordini di politiche e di garanzie in tema di lotta al terrorismo*, in AA.VV., *Terrorismo internazionale, politiche della sicurezza, diritti fondamentali*, speciale di *Quest. giust.*, settembre 2016, 8 ss.; pure *ivi*, R. BARBERINI, *Terrorismo e guerra*, 66 ss.

<sup>59</sup> Sulle esperienze al riguardo maturate in alcuni ordinamenti di tradizioni liberal-democratiche, v. AA.VV., *La démocratie à l’épreuve de l’ “État d’exception”*, in *En Jeu. Histoire et mémoires vivantes*, 5/2015, Presses universitaires Septentrion, Lille 2015, e AA.VV., *Terrorismo internazionale, politiche della sicurezza, diritti fondamentali*, cit. (*ivi*, con specifico riguardo alla Francia, A. PERTICI, *Terrorismo e diritti della persona*, 25 ss., spec. 36 ss.).

<sup>60</sup> Mi riferisco, in particolare, al sacrificio imposto alla libertà personale e, più ancora, alla dignità dei detenuti in attesa di giudizio e sospetti di appartenere alle BR, per effetto dell’abnorme dilatazione dei termini massimi di carcerazione preventiva.

<sup>61</sup> La formula della “bilancia” si deve – com’è noto – a G. SILVESTRI, che ha iniziato a discorrerne in *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](#), 14 marzo 2008, precisandola quindi in altri scritti.

Mi piace qui ricordare che il *Festival del diritto*, giunto quest’anno alla sua IX ediz. e svoltosi a Piacenza il 23-25 settembre 2016, ha avuto per tema proprio la dignità.

<sup>62</sup> Part., M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell’eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss.

Senza tuttavia ora riprendere questa intricata questione, mi limito qui a riaffermare il mio fermo convincimento che nel politeismo dei valori che connota lo Stato costituzionale deve darsi un punto fermo da cui tutti si tengono ed a cui fanno capo in sede di reciproco contemperamento; e questo punto – per le ragioni che si è tentato di argomentare altrove – è proprio la dignità, vale a dire ciò che è e che fa la *humanitas* stessa del soggetto.

Anche le limitazioni maggiormente incisive nella sfera privata del soggetto non possono, dunque, trovare spazio per affermarsi laddove dovesse risultarne sacrificata la dignità.

Ancora una volta, indicazioni preziose al riguardo ci vengono dalla giurisprudenza europea che ha in più occasioni ribadito la centralità del principio personalista; e merita una volta di più di essere rimarcata la circostanza, per vero già messa in evidenza nelle indagini più attente<sup>63</sup>, secondo cui la stessa giurisprudenza eurolunitaria ha più volte postposto (part., in *Digital Rights Ireland*, *Google Spain* e *Schrems*<sup>64</sup>) i diritti facenti capo al libero mercato a quelli strettamente inerenti alla persona, tra i quali è appunto quello alla riservatezza<sup>65</sup>.

La dignità è dunque – come si è venuti dicendo – la *Grundnorm* e il *Grundwert* allo stesso tempo verso cui confluiscono e da cui traggono luce tutte le indagini relative ai diritti fondamentali, tra le quali anche quelle relative ai temi di cui abbiamo oggi discusso.

Questo schema vale, dunque, altresì per le esperienze d’inizio-vita (e, specularmente, per quelle di fine-vita); e spiega perché mai, ad es., non possa farsi dell’embrione e, in genere, del corpo umano una fonte di lucro (rischio, quest’ultimo, micidiale, in ispecie per i casi di ricorso alla fecondazione eterologa)<sup>66</sup> ovvero perché possa spianarsi la via all’“adozione” dell’embrione o – come nel caso della [sent. n. 84 del 2016](#), dietro cit. – alla destinazione, al ricorrere di certe condizioni, dell’embrione stesso alla ricerca scientifica, a fronte dell’esito opposto della sua crioconservazione *sine die*, che fatalmente porterebbe al suo deterioramento<sup>67</sup>.

Anche la questione dell’accesso ai farmaci, laddove quest’ultimo dovesse dimostrarsi di fatto impedito a motivo dei costi insopportabili da coloro che ne hanno vitale bisogno, richiede – come si diceva – di essere riportata alla dignità al fine di poter essere nel modo più solido impostata ed adeguatamente risolta. Nessun ragionamento, per finemente argomentato che sia, è accettabile se porta allo sbocco nefasto di privare di cure vitali chi ne ha un disperato bisogno. È una società disumanizzata, irrispettosa di un minimo etico condiviso, quella che pospone la sopravvivenza e la dignità delle persone a qualunque altro bene, per meritevole che sia di essere salvaguardato.

La domanda che allora, in conclusione dei nostri lavori, dobbiamo porci è quanto Stato costituzionale ci è ancora rimasto in presenza di pratiche non occasionali volte al disinvoltato accantonamento della dignità e della vita della persona, in ispecie proprio delle persone maggiormente bisognose di cure e di attenzioni (non meramente materiali). Perché è chiaro che la

---

<sup>63</sup> Nella ormai nutrita lett., utili indicazioni possono aversi dai numerosi ed approfonditi studi di O. POLLICINO, tra i quali v. *Interpretazione o manipolazione? La Corte di Giustizia definisce un nuovo diritto alla privacy digitale*, in [www.federalismi.it](#) - focus TMT, 3/2014, 24 novembre 2014, e *La “transizione” dagli atomi ai bit nel reasoning delle Corti europee*, in *Ragion prat.*, 44/2015, 53 ss., nonché O. POLLICINO - M. BASSINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in *Dir. inf.*, 2015, 743 ss.; v., inoltre, ora, AA.VV., *La protezione transnazionale dei dati personali. Dal “Safe Harbour principles” al “Privacy Shield”*, a cura di G. Resta e V. Zeno Zencovich, Roma Tre-Press, Roma 2016.

<sup>64</sup> Un’attenta disamina di queste note decisioni, su cui – come si sa – si è avuta una messe considerevole di commenti di vario segno, può, da ultimo, vedersi nella relazione alle più volte cit. IX Giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale di A. RALLO LOMBARTE, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como juez garante de la privacidad en Internet*.

<sup>65</sup> È interessante notare che i diritti della persona sono riusciti ad affermarsi in ambito eurolunitario dapprima grazie all’aggancio ai diritti del mercato, prendendo quindi il sopravvento su questi ultimi. È questo uno dei tanti, rilevanti segni della evoluzione registratasi in seno alle Comunità europee prima e poi all’Unione, testimoniando la loro vocazione a “costituzionalizzarsi”, sia pure con originalità di tratti rispetto a quelli propri dello Stato.

<sup>66</sup> Non fanno però al riguardo difetto alcune incertezze ed oscillazioni della giurisprudenza, ancora di recente segnalate dai G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scientia*, cit., § 2, con specifico riferimento all’“utero in affitto”, giudicato da Cass., V sez. pen., n. 13525 del 2016, non penalmente perseguibile laddove siffatta pratica si stia compiuta in Paesi in cui è considerata lecita; allo stesso tempo, però, la surrogazione di maternità non è da noi consentita.

<sup>67</sup> Su tutto ciò, v., nuovamente, almeno i contributi alle Giornate su *La procreazione medicalmente assistita*, cit.

verifica non va fatta restando al solo piano costituzionale, laddove si hanno plurime ed inequivoche testimonianze a conferma dello Stato costituzionale e dell'etica pubblica repubblicana che ne ispira lo svolgimento e che presiede alla sua integra trasmissione nel tempo. La verifica va piuttosto condotta ai piani normativi sottostanti e, specialmente, al piano dell'esperienza, laddove cioè il diritto vigente si converte in vivente. Altrimenti alimenteremmo quell'indirizzo complessivamente deviante dal solco costituzionale, che porta a puntare l'obiettivo unicamente sulla punta dell'*iceberg* ignorando la montagna sommersa sottostante. Solo che, così facendo, non renderemmo un buon servizio alla stessa Costituzione, ai suoi valori, alle norme che vi danno la prima e più genuina e fedele traduzione, incoraggiando ed avallando – se ne abbia o no la consapevolezza –, per la nostra parte, lo scarto tra ciò che è dichiarato nella Carta e ciò che è invece stabilito da regole e regolarità diffuse nell'esperienza.

È chiaro che una risposta non approssimativa e parziale al quesito ora posto richiederebbe un'analisi approfondita ed estesa ad ogni ambito materiale su cui si radicano i diritti fondamentali della più varia natura e complessiva connotazione. La qual cosa non avrebbe comunque potuto, di tutta evidenza, qui farsi. Credo però di poter dire che gli studi che ci sono stati rappresentati offrano materiali utili su questioni di cruciale rilievo al fine di poter far luogo a quella verifica. Consiglierei, dunque, anche agli studi a venire di puntare diritto al cuore del problema, tentando di dare, con riguardo ai temi prescelti, una risposta in relazione a ciò da cui, a conti fatti, dipende il mantenimento dell'essenza della Costituzione e la sopravvivenza dello Stato sulla stessa fondato.