



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2016 FASC. III

(ESTRATTO)

ANTONIO RUGGERI

IL FUTURO DEI DIRITTI FONDAMENTALI E DELL'EUROPA

3 NOVEMBRE 2016

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Antonio Ruggeri
Il futuro dei diritti fondamentali e dell'Europa*

ABSTRACT: *The paper focuses attention on fundamental rights and on the dialogue in that connection among the Courts, dwelling on divergences and convergences of the jurisprudential approaches of the European Courts and of the Italian Constitutional Court.*

SOMMARIO: 1. Il concorso che l'Europa può (e deve) dare all'appagamento dei diritti fondamentali e il significato che, secondo modello, va assegnato ai richiami fatti in Costituzione alle Carte ed alle norme in genere di origine esterna che danno riconoscimento ai diritti stessi (in specie, l'abbandono, al fine di una compiuta osservazione delle relazioni tra le Carte stesse e la Costituzione, della prospettiva formale-astratta e l'opzione per una prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico). – 2. “Dialogo” tra Corti e manipolazioni da parte dell'una nei riguardi dell'altra giurisprudenza (esempi tratti da alcune vicende di diritto di famiglia e da esperienze d'inizio-vita). – 3. Convergenze e divergenze degli indirizzi giurisprudenziali, oltre che nelle soluzioni di ordine sostanziale, nelle tecniche decisorie (in specie, il diffuso riscontro di decisioni di principio, le loro ragioni e valenze, la “rinforzata” *efficacia sostanziale* delle pronunzie dei giudici nazionali poggianti su analoghi verdeti dei giudici europei). – 4. Il singolare andirivieni cui, ad avviso della Consulta, l'operatore sarebbe chiamato in sede d'interpretazione e talune vicende dei diritti maturate in ambito economico-sociale, con la conferma da esse data del contributo offerto dalla giurisprudenza europea alla salvaguardia dei diritti stessi, tanto più considerevole laddove la giurisprudenza si esprima a mezzo di pronunzie di principio (l'esempio della nota, sofferta vicenda delle leggi d'interpretazione autentica).

1. Il concorso che l'Europa può (e deve) dare all'appagamento dei diritti fondamentali e il significato che, secondo modello, va assegnato ai richiami fatti in Costituzione alle Carte ed alle norme in genere di origine esterna che danno riconoscimento ai diritti stessi (in specie, l'abbandono, al fine di una compiuta osservazione delle relazioni tra le Carte stesse e la Costituzione, della prospettiva formale-astratta e l'opzione per una prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico)

Felice l'intuizione sottesa al titolo della nostra sessione di lavoro che riproduco in testa alla mia riflessione. Si dà infatti, a mia opinione, un rapporto di *mutua, costante e necessaria* implicazione tra i termini della relazione in esso evocati.

Il futuro dei diritti fondamentali è l'Europa (o, meglio, è *anche* l'Europa) perché senza o al di fuori di essa non può aversi un efficace, complessivo appagamento dei diritti stessi. È vero però anche l'inverso: che senza questi ultimi non può aversi la prima, vale a dire che una costruzione solida e duratura dell'Europa unita passa attraverso un'adeguata tutela data ai diritti, riprendendo ed ulteriormente svolgendo il filo della nobile tradizione liberale¹.

Questa tesi è avvalorata tanto secondo diritto quanto secondo esperienza.

Per l'un verso, uno speciale significato va assegnato ai richiami fatti in Costituzione al diritto internazionale e sovranazionale e – per ciò che qui specificamente interessa –, in seno all'uno ed all'altro, ai riconoscimenti dei diritti che si hanno nelle Carte a questi dedicati, tra le quali principalmente la CEDU e la Carta dell'Unione, riconoscimenti – come si vedrà – idonei a concorrere alla integrazione e rigenerazione semantica della Costituzione stessa e, perciò, al suo

* Relazione al Convegno su *Costituzione, diritti, Europa. Giornate in onore di Silvio Gambino*, Arcavacata di Rende (CS) 26-27 ottobre 2016, alla cui data lo scritto è aggiornato.

Sono particolarmente grato agli organizzatori di queste Giornate per l'opportunità offertami di dare il mio piccolo contributo ad un incontro di studio che rende onore a Silvio Gambino, persona di straordinario spessore umano, infaticabile ed appassionato studioso, carissimo amico.

¹ È ora tornato ad interrogarsi se i diritti in Europa siano in crisi M. D'ALBERTI, *L'unione europea e i diritti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2016, 761 ss. Un chiaro affresco della tutela dei diritti può ora aversi da V. ZAGREBELSKY - R. CHENAL - L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Il Mulino, Bologna 2016.

arricchimento ed alla valorizzazione. Per l'altro verso, indicativo è il raffronto tra il presente ed un passato non remoto in cui la salvaguardia dei diritti veniva ricercata esclusivamente dentro le mura dell'ordinamento interno e, in buona sostanza, attingendo alle sole indicazioni offerte dalla Carta costituzionale², non essendo ancora giunta a maturazione la consapevolezza dei benefici che avrebbero potuto venire ai diritti per effetto delle Carte suddette e persino prima della loro adozione o formale entrata in vigore grazie alla coraggiosa intraprendenza di una illuminata giurisprudenza (come appunto si è avuto in seno alle Comunità europee prima e, quindi, all'Unione)³. Al tirar delle somme, all'esito cioè di un'attenta ponderazione delle tutele nel complesso avutesi nei due contesti, non possono ignorarsi – lo si vedrà meglio a momenti con esempi – i notevoli passi in avanti fattisi al servizio dei diritti, specie grazie al c.d. “dialogo” tra le Corti, laddove cioè il diritto vigente si converte e risolve in diritto vivente⁴.

In realtà, su entrambi i piani, quello del modello e l'altro dell'esperienza, su cui si distende e svolge l'analisi si danno ricostruzioni e valutazioni assai varie e reciprocamente discordanti, alcune delle quali sensibilmente divergenti per orientamenti ed esiti rispetto a quelli qui caldeggiati.

Da un canto, i riferimenti implicitamente fatti in Costituzione alle Carte di origine esterna⁵, per

² Sta qui – come si sa – il connotato maggiormente qualificante (e, però, anche il limite) del modello di Stato nazionale affermatosi nel corso dell'esperienza liberale. Va, tuttavia, aggiunto che, senza questa esperienza, non si sarebbe avuto il suo stesso superamento, preparato e *quodammodo* favorito dalle stesse Carte costituzionali del secondo dopoguerra e, dunque, anche dalla nostra, col disegno in essa fatto dei lineamenti di uno Stato non più chiuso in modo autoreferenziale in se stesso bensì aperto alla Comunità internazionale e ad organizzazioni sovranazionali e, perciò, disponibile ad integrarsi in forme inusuali con altri Stati (ma, di ciò, *amplius, infra*).

³ Non si dimentichi il ruolo di prima grandezza svolto in ambito sovranazionale dalla giurisprudenza a salvaguardia dei diritti pure al tempo in cui non c'era ancora una Carta che li riconoscesse e pur dopo il varo di quest'ultima ma prima della sua formale entrata in vigore. Altra questione, su cui ora non è possibile intrattenersi, è cosa sia mutato con l'ingresso sulla scena della Carta dell'Unione, in particolare se ed in che misura essa abbia potuto innovare alle “tradizioni” giurisprudenziali, cui pure era tenuta a dar voce, ovvero abbia sollecitato il rinnovo delle stesse [su ciò, per tutti, L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013; O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto “ascendente”, ovvero l'incidenza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, 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, 93 ss., e, dello stesso, *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, 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, 91 ss.; G. BRONZINI, *La Carta dei diritti dell'Unione europea come strumento di rafforzamento e protezione dello Stato di diritto*, in *Pol. dir.*, 1-2/2016, 15 ss.].

⁴ “Significativa”, a giudizio di un'accreditata dottrina (M. CARTABIA, *I diritti in Europea: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2015, 29 ss., spec. 40 ss.), l'influenza esercitata sulla giurisprudenza costituzionale da quelle delle Corti europee; ulteriori ragguagli possono al riguardo aversi dalla corposa ricerca di AA.VV., *Le tutele nel dedalo d'Europa*, a cura di E. Falletti e V. Piccone, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, nonché, ora, da V. ZAGREBELSKY - R. CHENAL - L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit.

⁵ Si può discutere in merito alla mancata menzione esplicita delle Carte. Se, per un verso, se ne può rinvenire giustificazione in ragioni di ordine storico, mal si spiega siffatta mancanza al momento in cui è stato introdotto il limite dell'osservanza degli obblighi internazionali nel nuovo art. 117, I c. Né varrebbe opporre che il riferimento alle Carte sarebbe privo di senso per le leggi regionali, vuoi per il fatto che il limite suddetto si riferisce ad ogni legge (e, dunque, anche a quelle statali, per le quali anzi si presenta autenticamente innovativo, dal momento che – come si sa – le Regioni erano, e sono, tenute a prestarvi ossequio già da tempo) e vuoi ancora per il fatto che non è affatto vero che le fonti di autonomia non possono avere ad oggetto i diritti fondamentali o, come che sia, concorrere alla loro tutela, secondo quanto ha, ancora di recente, dimostrato la corposa ricerca su *Diritti e autonomie territoriali*, curata da A. Morelli e L. Trucco, Giappichelli, Torino 2014.

D'altro canto, la tesi che giudica superfluo il riferimento espresso alle Carte, in quanto ricompreso in quello in via generale fatto al diritto internazionale pattizio, muove dall'assunto – a mia opinione, errato – della totale parificazione di regime di tali documenti normativi rispetto a qualunque fonte di diritto internazionale scritto. Di contro, il riferimento *ad hoc* avrebbe rinvenuto (e potrebbe anche un domani rinvenire) giustificazione proprio al fine di mettere in evidenza la diversa condizione in cui tutti tali atti si trovano in ragione dei loro contenuti e del modo con cui essi si rapportano ai valori fondamentali dell'ordinamento (e, segnatamente, ai principi di libertà ed eguaglianza, nel loro fare “sistema” col principio della pace e della giustizia tra le Nazioni).

effetto della “copertura” in via generale offerta al diritto internazionale ed a quello (ieri comunitario ed oggi) eurounitario, sono comunemente intesi nel senso che sarebbe comunque confermata la *primauté* della legge fondamentale della Repubblica. È vero che siffatto primato si presenta “graduato”, valendo per ogni norma costituzionale, laddove dovesse riscontrarsene l’incompatibilità con norma di altra Carta (e, segnatamente, della CEDU) diversa dalla Carta dell’Unione, la quale ultima, al pari di ogni fonte eurounitaria, andrebbe incontro all’osservanza dei soli principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale. Un differenziato regime – va avvertito – che tuttavia, anche dalla prospettiva adottata dalla dottrina ora richiamata (nella quale, come dirò, non mi riconosco), parrebbe assottigliarsi fino a svanire del tutto sol che si consideri che – per i contenuti di cui tutte le Carte sono dotate, nonché (e soprattutto) per il linguaggio fatto a maglie larghe (e, in qualche punto, larghissime) attraverso cui esse si esprimono – il raffronto (e perciò, in punto di astratto diritto, il conflitto) parrebbe restringersi alle sole norme espressive di principi fondamentali o, comunque, direttamente ed immediatamente discendenti da questi e perciò ad essi strumentalmente connesse.

Sta di fatto che, a stare all’indirizzo patrocinato dagli studiosi cui si fa ora riferimento, il contrasto tra la nostra e le altre Carte dovrebbe per sistema risolversi a vantaggio dell’una ed a discapito delle altre. È questo, *in nuce*, il significato ed il valore della dottrina dei “controlimiti” che, per il modo con cui è usualmente intesa⁶, dovrebbe per sistema portare all’affermazione dei principi di base dell’ordinamento costituzionale nei riguardi di qualunque norma con essi confliggente. D’altronde, se i principi stessi resistono – secondo opinione corrente – persino agli attacchi ad essi mossi dalle massime espressioni di potere costituito di diritto interno, le leggi di forma costituzionale, non si vede come possano mai recedere di fronte ad atti o fatti di normazione aventi origine esterna. Questo ragionamento, sotteso a molte riflessioni in argomento, parrebbe tuttavia essere non irresistibile, sol che si pensi che le fonti di origine esterna possono rivendicare a loro “copertura” il valore fondamentale della pace e della giustizia costituzionale, secondo quanto ha peraltro riconosciuto la giurisprudenza a beneficio delle norme dell’Unione, “copertura” di cui sarebbero prive le leggi di forma costituzionale. E però anche questo modo di vedere le cose non persuade appieno, vuoi per la ragione che le leggi in parola potrebbero giovare alla causa della pace e della giustizia internazionale⁷ e vuoi ancora perché potrebbero comunque esse pure risultare dotate di “copertura” in uno o più valori fondamentali (ed anzi in tutti, nel loro fare “sistema”) nei cui riguardi si pongano in funzione servente. Tesi, questa, che ai miei occhi appare sorretta di solido fondamento, ove si ammetta – come a mio modo di vedere si deve⁸ – che la revisione e l’innovazione costituzionale in genere⁹ si giustifica alla sola condizione che si presuma essere la nuova disciplina maggiormente idonea della vecchia a dare specificazione-attuazione ai principi

Giudico urgente che sia colmata questa lacuna.

⁶ Indicazioni, di recente, in P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2015 e, dello stesso, *Il Bundesverfassungsgericht e l’Unione Europea, tra principio di apertura e controlimiti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2016, 431 ss.; AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, in corso di stampa per i tipi della Jovene; AA.VV., *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell’Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di giustizia Taricco*, a cura di C. Paonessa e L. Zilletti, Pacini, Pisa 2016.

⁷ Non giova addurre in avverso la circostanza per cui la “copertura” dell’art. 11 si indirizzerebbe esclusivamente verso l’esterno, a beneficio di organizzazioni internazionali attrezzate alla salvaguardia dello scopo costituzionale. Sarebbe infatti ben strano che lo Stato non possa spendersi con ogni mezzo di cui dispone al fine di concorrere al raggiungimento dello scopo stesso, rimettendone la realizzazione unicamente ad enti dislocati fuori delle mura domestiche.

⁸ Mi sono sforzato di argomentare questa tesi in più scritti, a partire da *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell’ordinamento*, in *Dir. soc.*, 4/2005, 451 ss.

⁹ Per l’aspetto ora considerato, nessun rilievo acquista la pur discussa distinzione tra leggi di revisione costituzionale ed altre leggi costituzionali, di cui è parola nell’art. 138 della Carta, o la ancora più discussa distinzione, d’“invenzione” dottrinale, tra leggi di revisione e leggi di riforma costituzionale.

fondamentali dell'ordinamento e, dunque, a complessivamente servirli¹⁰.

Altra questione è, poi, se il primato dei principi urtati da norme aventi origine esterna (che, come si diceva, per la comune opinione, si ha sempre, *per sistema*, mentre a mia opinione occorre far luogo a verifiche caso per caso¹¹) si risolva nella nullità-inesistenza delle norme stesse – secondo quanto trovasi affermato in [Corte cost. n. 238 del 2014](#) – ovvero nella loro mera annullabilità: come dire, insomma, riprendendo una partizione affacciata da un'accreditata dottrina¹², se la invalidità sia (e debba sempre essere) *di tipo forte* ovvero *di tipo debole*. Una questione – accenno qui di passaggio – che, a mio modo di vedere¹³, può risolversi in entrambi i versi ora indicati, dovendo di volta in volta “pesarsi” – se così può dirsi – l'entità del contrasto e darsene quindi l'opportuna qualificazione (aggiungo che, a mio modo di vedere, nella stessa pronuncia appena richiamata non è esclusa siffatta eventualità, essendosi essa limitata a rilevare che *in quel caso* il contrasto era appunto “forte”). È poi chiaro che, a seconda della qualifica in concreto data, potrà attivarsi la competenza del giudice comune ovvero quella della Corte costituzionale in ordine a siffatto accertamento; si tenga, tuttavia, presente che, anche ove si sospetti la nullità-inesistenza della norma, ugualmente ad avviso di alcuni studiosi potrebbe rivelarsi opportuno o addirittura necessario che sia investito il giudice delle leggi affinché ne dia conferma, seppur attraverso una pronuncia di manifesta inammissibilità della questione. Una eventualità, questa della chiamata in campo della Corte, che, però, in alcune circostanze si dimostra praticamente impossibile o addirittura sconsigliata¹⁴.

Come che stiano al riguardo le cose, avverso la comune opinione che vede nei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale un limite comunque invalicabile dalle norme di origine esterna possono, a parer mio, essere adottati plurimi argomenti di ordine teorico e, prima ancora, di ordine metodico.

Due, in particolare, mi sembrano essere le cose da tenere maggiormente presenti.

Per un verso, va considerato che una stessa norma – non importa, dal punto di vista generale ora adottato, se interna o esterna – può, a un tempo, urtare un principio e servirne un altro (o altri), il conflitto dunque richiedendo di essere risolto in applicazione della “logica” usuale dei bilanciamenti su basi di valore e secondo i casi¹⁵. È, dunque, da mettere in conto tanto l'eventualità che lo scudo

¹⁰ Ovviamente, non è possibile andare oltre la mera presunzione, dal momento che la stessa, pur risultando dal modello, si trova particolarmente esposta nell'esperienza, laddove diffuse e rilevanti sono le torsioni o – come usa dire – le “modifiche tacite” del modello stesso avutesi nel corso delle pluridecennali esperienze della Repubblica; e basti solo, da ultimo, por mente alla “riscrittura” – com'è stata definita da una sensibile dottrina – del Titolo V operata dalla giurisprudenza costituzionale al fine di porre rimedio a talune sviste ed incongruenze della riforma del 2001. Un esito questo – è facile previsione – che verosimilmente si ripeterà qualora dovesse essere confermata la riforma Renzi-Boschi dal referendum che è ormai alle porte.

Di qui, la conseguenza per cui, al momento del varo di una nuova disciplina costituzionale, nessuna certezza o garanzia si ha circa il vero volto che la stessa potrà esibire nell'esperienza.

¹¹ ... per la ragione, che si dirà subito appresso, che il primato di questa o quella norma sull'altra discende all'esito di operazioni di bilanciamento fatte nelle singole vicende processuali, secondo valore.

¹² Il riferimento è, ovviamente, a R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*², Giappichelli, Torino 1992, 207 ss. Analoga, in buona sostanza, alla partizione richiamata nel testo è quella tra *anticostituzionalità* ed *incostituzionalità* patrocinata da A. SPADARO, già in *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, ESI, Napoli 1990, 262 ss., e quindi in altri scritti.

¹³ Ne ho discusso nel mio *Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quale i possibili “seguiti” della 238 del 2014?*, in [Consulta OnLine](#), 1/2015, 4 marzo 2015, 78 ss.

¹⁴ Nel mio scritto da ultimo cit., faccio l'esempio, volutamente esasperato, di una legge macroscopicamente invalida (in senso forte) che stabilisca l'obbligo di soppressione in sala parto dei nati coi capelli rossi, della quale sarebbe aberrante il solo immaginare che possa essere caducata esclusivamente con un colpo di scure della Consulta. Un esempio, dunque, chiaramente insensato; e però, come sappiamo, è proprio prospettando i casi di scuola che si risolvono anche quelli non di scuola.

¹⁵ Quest'argomento, coi suoi conseguenti svolgimenti, è espresso in alcuni miei scritti, tra i quali, di recente, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i “controlimiti”)*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, cit., nonché in [www.forumcostituzionale.it](#), 9 aprile 2016, e in *Lo Stato*, 6/2016, 47 ss. Nella stessa op. coll. ora cit. la tesi da me caldeggiata è stata fatta, ancora una volta, oggetto di critica serrata da più autori, cui mi sono sforzato di replicare nel

dei “controlimiti” si eriga invalicabile avverso l’ingresso in ambito interno di norme internazionali o sovranazionali, quanto però l’eventualità opposta che le norme stesse trovino ugualmente lo spazio per affermarsi nell’ordine interno ritenendosi per il loro tramite maggiormente salvaguardata la Costituzione come “sistema”¹⁶, ovvero sia essere minore il sacrificio richiesto alla Costituzione stessa rispetto al caso opposto che si faccia valere l’arma dei “controlimiti”.

Come si vede, il punto fermo e costante di riferimento è pur sempre dato dalla Costituzione, specie nei suoi valori di libertà ed eguaglianza, la *coppia assiologica fondamentale* – come a me piace chiamarla – dalla cui sintesi origina la giustizia e per il cui tramite la dignità della persona umana, l’autentico *Grundwert* dell’ordinamento, riceve il suo più genuino e qualificante invero. Perciò, quando pure si dovesse pervenire alla conclusione secondo cui la Costituzione, in questa o quella sua norma (e persino in un principio fondamentale), si trovi costretta a recedere di fronte ad altra norma di origine esterna, essa si realizzerebbe ugualmente al meglio di sé, alle condizioni oggettive di contesto, dal momento che quest’esito rinverrebbe in tesi giustificazione nel principio della miglior tutela¹⁷, vale a dire nella “metanorma” che presiede ai bilanciamenti secondo valore, anche nelle loro proiezioni al piano delle relazioni interordinamentali. E, invero, non si vede perché mai la “logica” dei bilanciamenti debba restare circoscritta ai soli casi di conflitti intraordinamentali. Ciò che varrebbe come lasciar fuori, per un assiomatico preorientamento, dall’area entro cui i bilanciamenti in parola hanno luogo i principi di cui agli artt. 10 e 11 (nel loro fare “sistema” con gli artt. 2 e 3 ed i principi fondamentali restanti), nei quali, per comune riconoscimento, è da rinvenire il fondamento dell’apertura al diritto internazionale e sovranazionale.

Ad avvalorare l’idea della improponibilità della tesi corrente in tema di “controlimiti” è, poi, la circostanza per cui gli ordinamenti non possono ormai più (se mai hanno potuto...) essere visti come rigidamente separati ed anzi reciprocamente ed irriducibilmente contrapposti, a mo’ di eserciti schierati in campo e portati a farsi una guerra senza risparmio di colpi. È vero che non sono neppure *pleno iure* integrati; sono, però, in via di *tendenziale* e *progressiva integrazione*: un’esperienza, questa, ad oggi connotata da fluidità di movenze ed afflitta – va riconosciuto – da non poche né lievi contraddizioni e carenze, particolarmente vistose le une e le altre proprio sul terreno su cui va maturando la complessiva vicenda dei diritti e delle forme della loro tutela. Ma un’esperienza che, appunto, è già qui, in tutto il suo corposo spessore, sotto i nostri occhi ed ha una sua conformazione che non merita di essere ignorata o, peggio, travisata e distorta.

Ora, la spinta più vigorosa per l’ulteriore avanzamento di siffatto processo viene proprio dalle Carte in genere (Costituzione inclusa), laddove cioè la mutua e feconda integrazione interordinamentale appare nella sua più elevata e nitida espressione, secondo quanto è peraltro da

mio *A difesa della idoneità delle norme europolitane a derogare a norme costituzionali sostanziali e della “europeizzazione” dei controlimiti*, ancora nell’op. coll. sopra cit. e in www.forumcostituzionale.it, 21 luglio 2016.

¹⁶ L’idea di “sistema” e il bisogno di darvi una speciale protezione al piano costituzionale è – come si sa – costantemente presente nella giurisprudenza costituzionale che, specie di recente, vi ha fatto molte volte richiamo (tra le altre, v. le decisioni nn. [236 del 2011](#); [264 del 2012](#); [1, 170](#) e [202 del 2013](#); [10](#) e [49 del 2015](#)).

¹⁷ ... al quale una crescente dottrina mostra opportunamente attenzione, rimarcandone la centralità di posto nelle operazioni di bilanciamento coinvolgenti i diritti [tra gli altri, 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)*, cit., 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.; 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. CAPPUCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 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.].

tempo avvertito non solo dalla più sensibile dottrina¹⁸ ma – per ciò che qui maggiormente importa – dalla stessa giurisprudenza. E mi piace qui far nuovamente richiamo alla nota [sent. n. 388 del 1999](#), in cui è lapidariamente affermato che la Costituzione e le altre Carte “*si integrano reciprocamente nella interpretazione*”. Un’affermazione che, per il tempo in cui è stata fatta, sembra essere quasi profetica, pur se condizionata – a mia opinione, negativamente – da altra affermazione contenuta nella stessa pronunzia, con la quale la Consulta ha orgogliosamente (e, però, a mia opinione, temerariamente) rivendicato a beneficio della nostra Carta il titolo, a suo dire inconfutabile (e perciò assiomaticamente posto), di fonte idonea ad assicurare *in ogni caso* ai diritti una tutela “non meno intensa” di quella apprestata dalle altre Carte. Insomma, una pronunzia, quella cui si fa ora riferimento, espressiva di un pensiero complesso, a un tempo attratto dal corno della parità tra le Carte e dell’apertura al diritto di origine esterna e da quello del primato della Carta nazionale e della chiusura a riccio, in modo autoreferenziale, dell’ordine interno in se stesso.

E, invero, a tutt’oggi il giudice delle leggi non è riuscito a sottrarsi a queste oscillazioni in cui, a conti fatti, si rispecchiano indirizzi metodico-teorici reciprocamente irriducibili ad unità, che il giudice stesso assume invece di poter far convivere avvalendosi di siffatto *mix* concettuale eterogeneo in forme continuamente cangianti, come in un ideale caleidoscopio, e secondo occasionali convenienze. Non ci si avvede, tuttavia, in tal modo, che il primato può, sì, aversi (ma solo, a mio modo di vedere, al *piano culturale*, non pure a quello *positivo*), a beneficio ora di questa ed ora di quella Carta che nel mercato dei diritti si dimostri dotata della merce migliore e riesca dunque a lasciare un segno maggiormente marcato di quello impresso dalle altre nel circolo interpretativo in cui tutte si immettono al fine di potersi reciprocamente comporre in unità significativa e porsi perciò a fondamento di un unitario, seppur internamente articolato e composito, “sistema di sistemi”.

2. “Dialogo” tra Corti e manipolazioni da parte dell’una nei riguardi dell’altra giurisprudenza (esempi tratti da alcune vicende di diritto di famiglia e da esperienze d’inizio-vita)

Delle oscillazioni in parola si hanno numerose e rilevanti testimonianze nell’esperienza, il cui esame nondimeno si rivela essere estremamente disagiata e scivolosa.

Va, al riguardo, avvertito che l’indagine, al fine di potersi dire (se non compiuta comunque) provvista di un apprezzabile grado di organicità, dovrebbe distendersi sopra ogni campo materiale su cui si radicano i diritti fondamentali, ovunque tentandosi di stabilire quali frutti siano venuti dal “dialogo” tra le Corti, quali cioè le sue forme e gli effetti. La qual cosa non può, per evidenti ragioni, qui farsi e ci si dovrà dunque limitare ad una riflessione di sintesi avuto esclusivo riguardo ad alcuni ambiti selezionati tra quelli di maggior interesse sotto un duplice ed opposto profilo: ora per il fatto che in essi si hanno numerose e tangibili testimonianze della mutua influenza esercitata dall’una nei riguardi dell’altra Carta ed ora per le difficoltà riscontratesi circa la possibilità di pervenire a convergenti orientamenti giurisprudenziali. Nell’idea di “dialogo” è, infatti, insita – come si sa – tanto l’eventualità dell’accordo quanto quella del disaccordo: il “dialogo” è, cioè, un *metodo* o una *direttiva d’azione*, non il *risultato* della loro applicazione, è parlarsi e comprendersi ma non necessariamente, seppur auspicabilmente, convenire sulle medesime posizioni¹⁹.

L’esperienza, in effetti, mostra tanto le convergenze quanto le divergenze d’indirizzo: le une e le altre comunque salutari laddove mosse e giustificate dall’intento di servire al meglio i diritti e

¹⁸ Per tutti, in aggiunta ad AA.VV., *Le tutele nel dedalo d’Europa*, cit., v. R. CONTI, in molti scritti, tra i quali, nel modo più organico, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2011, e *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*², Roma 2014.

¹⁹ Alle volte, infatti, il dialogo appare essere – come ha efficacemente fatto di recente notare F. GIUFFRÈ, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell’uomo: un dialogo senza troppa confidenza*, in www.federalismi.it, 7/2016, 6 aprile 2016, con specifico riguardo ai rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU – “senza troppa confidenza”.

perciò di tendere alla loro più adeguata tutela in ragione dei casi. D'altro canto, anche laddove dovessero manifestarsi orientamenti divaricati, ugualmente potrebbe aversene un giovamento per la causa dei diritti, i conflitti sollecitando non di rado ripensamenti di giurisprudenza suscettibili in talune circostanze di risolversi in una più adeguata salvaguardia dei diritti e, in genere, degli interessi meritevoli di tutela, anche in considerazione di sopravvenuti mutamenti di contesto.

I campi materiali nei quali il “dialogo”, nelle sue due espressioni appena descritte, ha preso corpo con la maggiore frequenza sono quelli su cui insistono i diritti etico-sociali, per un verso, e, per un altro verso, i diritti economico-sociali. Il quadro complessivo che se ne ha appare estremamente composito, sì da rendersi assai problematico enucleare un unitario e ben definito indirizzo di questa o quella Corte persino per uno stesso ambito di esperienza. Il frequente mutamento dei contesti, poi, in cui s'inscrive e prende forma la tutela dei diritti porta naturalmente al rinnovo, anche a breve turno di tempo (ed alle volte persino a ritmi incalzanti), della giurisprudenza, sotto la spinta di plurimi fattori, tra i quali le nuove acquisizioni della scienza e della tecnologia, nonché i condizionamenti esercitati dal bisogno pressante di far fronte all'emergenza terroristica o alla crisi economica (l'una e l'altra – a quanto pare – ormai endemiche e suscettibili di pesare fortemente sulle aspettative di tutela di molti diritti).

Così stando le cose, non suona strano che, allo stesso tempo in cui alcuni diritti hanno avuto, in determinate circostanze, modo di espandersi e farsi valere anche in forme inusuali rispetto ad un recente passato, questi stessi o altri diritti, in circostanze diverse, ne hanno invece non poco sofferto.

V'è poi un punto su cui, a mia opinione, giova fermare particolarmente l'attenzione; ed è che, quando pure l'una Corte ha tenuto a marcare la distanza dalle altre, ugualmente ne ha non di rado subito l'influenza. E questo stato di cose appare connotato da una certa fluidità di movenze ed opacità di quadro, sì da non potersi prevedere se e in che senso il “dialogo” giurisprudenziale potrà evolversi.

Faccio solo un esempio al riguardo al fine di dare un minimo di concretezza al discorso che vado ora facendo.

Si consideri, ad es., la sofferta vicenda delle coppie omosessuali e delle loro attese di poter dar vita ad una unione coniugale a tutti gli effetti. Ebbene, credo che pochi dubbi possano aversi a riguardo del fatto che la sollecitazione in modo vigoroso indirizzata da [Corte cost. n. 138 del 2010](#) al legislatore e volta alla produzione di una disciplina normativa adeguata a farsi carico degli interessi che fanno capo alle coppie in parola abbia avuto proprio nella giurisprudenza europea sulla famiglia (intesa in larga accezione), se non la sua fonte ispiratrice, un suo costante e rilevante punto di riferimento. Certo, rimane la distanza tra l'idea di “vita familiare” di cui la giurisprudenza stessa mostra di farsi portatrice e quella di “famiglia”, nella sua ristretta e propria accezione fondata *ex art.* 29 cost. sul paradigma eterosessuale della coppia, patrocinata dal nostro giudice delle leggi²⁰. Le

²⁰ Riferimenti sull'una e l'altra accezione di “famiglia”, nella ormai nutrita lett., in E. CRIVELLI, *La tutela dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza interna ed europea*, ESI, Napoli 2011; M.G. CUBEDDU, *La dimensione europea del diritto della famiglia*, in *Trattato di diritto di famiglia*, I, t. I, *Famiglia e matrimonio*, a cura di G. Ferrando - M. Fortino - F. Ruscello, Giuffrè, Milano 2011, 83 ss. e, pure *ivi*, J. LONG, *Le fonti di origine extranazionale*, spec. 144 ss., e M. GATTUSO, *Il matrimonio tra persone dello stesso sesso*, spec. 808 ss.; A. SCHUSTER, *Le unioni fra persone dello stesso genere nel diritto comparato ed europeo*, in AA.VV., *Unioni e matrimoni same-sex dopo la sentenza 138 del 2010: quali prospettive?*, a cura di Pezzini - A. Lorenzetti, Jovene, Napoli 2011, 255 ss., spec. 274 ss.; R. TORINO, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo ed italiano*, Giappichelli, Torino 2012, spec. 199 ss.; S. NINATTI, *Ai confini dell'identità costituzionale. Dinamiche familiari e integrazione europea*, Giappichelli, Torino 2012; AA.VV., *Discriminação por orientação sexual. A homossexualidade e a transsexualidade diante da experiência constitucional*, a cura di G. Vidal Marcílio Pompeu e F. Facury Scaff, Conceito, Florianópolis 2012; V. SCALISI, “Famiglia” e “famiglie” in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013, 7 ss.; M.C. VITUCCI, *Orientamento sessuale e adozione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, in *Dir. um., dir. internaz.*, 2/2013, 481 ss. e, della stessa, *amplius*, già, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Jovene, Napoli 2012; F. MANNELLA, *I “diritti” delle unioni omosessuali. Aspetti problematici e casistica giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013, spec. al cap. II; A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa University Press, Pisa 2013, 19 ss., e, della stessa, *Eguaglianza, diritto alla*

aperture fatte da quest'ultimo a beneficio delle persone dello stesso sesso²¹ non possono, ad ogni buon conto, essere trascurate; e mi parrebbe innegabile il fatto che esse abbiano lasciato un segno nella pur tardiva e per molti versi inappagante disciplina contenuta nella legge n. 76 del 2016.

La vicenda è, poi, interessante anche per un aspetto che avrebbe forse meritato maggiore considerazione dai pur numerosissimi commenti avutisi in dottrina; ed è dato dal fatto che il “dialogo” racchiude in sé, ovviamente, anche il rischio del fraintendimento, ovvero della manipolazione da parte di uno dei parlanti degli enunciati linguistici dovuti alla penna dell'altro, un fraintendimento non di rado scientemente fatto a bella posta, non potendosi altrimenti centrare l'obiettivo avuto di mira.

Questa eventualità non soltanto può aversi al piano dei rapporti tra giudici europei e giudici nazionali ma anche a quello in cui si svolge il confronto degli uni ovvero degli altri *inter se*.

Per restare all'esempio appena fatto, una conferma di questo stato di cose si è avuta con riguardo alla condizione del transessuale coniugato. A dispetto di quanto scritto nella parte motiva di [Corte cost. n. 170 del 2014](#), in cui il paradigma eterosessuale della coppia coniugata è tenuto fermo, la sent. n. 8097 del 2015 della prima sezione civile della Cassazione ritiene di poter dare congruo (ma, in realtà, infedele) “seguito” al verdetto della Consulta tenendo fermo, sia pure *ad tempus*, il matrimonio del transessuale, in attesa della disciplina legislativa (al tempo mancante) idonea a farsi carico della peculiare condizione della coppia composta da quest'ultimo, caratterizzata da un

differenza e dignità umana nell'attuale dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui diritti degli omosessuali, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, cit., III, 2328 ss.; R. CONTI, *Alla ricerca del ruolo dell'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Pol. dir.*, 1-2/2013, 127 ss., e, dello stesso, *I giudici e il biodiritto*, cit., spec. alla parte VI (ma *passim*); F. MASTROMARTINO, *Il matrimonio conteso. Le unioni omosessuali davanti ai giudici delle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013; AA.VV., *Same-Sex Couples before National, Supranational and International Jurisdictions*, a cura di D. Gallo - L. Paladini - P. Pustorino, Springer, Berlin 2014; AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; A. D'ALOIA, *El matrimonio entre las personas del mismo sexo: ¿Una irresistible escalada constitucional?*, in *An. it.-iberoamer. dir. cost.*, 2014, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, 79 ss.; L. LORELLO, *Coppie omosessuali e tutela costituzionale*, Giappichelli, Torino 2015; L. PRINCIPATO, *I profili costituzionali della famiglia, come canone ermeneutico, soggetto giuridico e fattispecie*, in *Giur. cost.*, 2/2015, 649 ss.; C. CAMPIGLIO, *L'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in materia familiare*, in *Dir. um. e dir. internaz.*, 2/2015, 279 ss., e, nella stessa Rivista, F. PESCE, *La tutela europea dei diritti fondamentali in materia familiare: recenti sviluppi*, 1/2016, 5 ss.; V. BALDINI, *Famiglia e diritti connessi alla vita familiare nella giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, cit., 105 ss.; pure *ivi*, A. RANDAZZO, *Nuovi modelli di famiglia e dialogo tra le Corti*, III, 1877 ss.; G. BRUNELLI, *Matrimonio same-sex e unioni civili: alla ricerca di una tutela costituzionale e sovranazionale*, in *Scritti in ricordo di P. Cavaleri*, ESI, Napoli 2016, 59 ss.; A. MACCARO - M. MILITERNI, *Famiglia contemporanea tra biodiritto e bioetica*, ESI, Napoli 2016; G. DOSI, *La nuova disciplina delle unioni civili e delle convivenze. Commento alla legge 20 maggio 2016, n. 76, al d.p.c.m. 23 luglio 2016, n. 144, e al d.m. 28 luglio 2016*, Giuffrè, Milano 2016; A. FASANO - G.E. GASSANI, *La tutela del convivente dopo la legge sulle unioni civili*, Giuffrè, Milano 2016; M.C. VENUTI, *La regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze in Italia*, in *Pol. dir.*, 1-2/2016, 95 ss.; AA.VV., *Unioni civili e convivenze di fatto: la legge*, a cura di P. Rescigno e V. Cuffaro, in *Giur. it.*, 7/2016, 1771 ss.; E. GUARDIGLI, *Omosessualità ed eterosessualità nel matrimonio e nelle unioni civili*, in *Fam. e dir.*, 8-9/2016, 781; S. PARISI, *Famiglia “di diritto”: un genere, tre specie? Intorno alla legge Cirinnà sulle unioni civili*, in *Quad. cost.*, 3/2016, 567 ss.; N. COLAIANNI, *Diritto alla vita familiare e unioni civili: la laicità incompiuta*, in www.federalismi.it, 19/2016, 5 ottobre 2016; V. ZAGREBELSKY - R. CHENAL - L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, cit., 261 ss. Volendo, v. anche il mio *Famiglie, genitori e figli, attraverso il “dialogo” tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in [Consulta OnLine](#), 30 maggio 2014.

²¹ Segnalo in materia, ora, [Corte cost. n. 213 del 2016](#), con cui è stata dichiarata la illegittimità costituzionale dell'art. 33, c. III, l. n. 104 del 1992, nella parte in cui non annovera anche il convivente *more uxorio* tra i soggetti legittimati a fruire del permesso mensile retribuito per l'assistenza ad un familiare portatore di *handicap*, in alternativa al coniuge, parente o affine entro il secondo grado. Del beneficio in parola, dunque, non possono essere private le persone civilmente unite, gravando sulle stesse l'obbligo della mutua assistenza morale e materiale.

Infine, ricordo [Corte cost. n. 225 del 2016](#), che ha rigettato la questione di legittimità costituzionale con cui si sollecitava un intervento additivo al fine di dar modo al minore di mantenere rapporti con persona dello stesso sesso della madre biologica pur dopo la rottura della relazione tra le due donne, assumendo che già il diritto vigente dà modo al giudice di venire incontro all'istanza della parte privata, dal momento che il divieto di frequentazione tra la persona suddetta e il minore opposto dalla madre biologica di quest'ultimo è da considerare pregiudizievole per lo stesso.

“pregresso vissuto” – per dirla con la Consulta – meritevole di particolare protezione²².

In ambito familiare (latamente inteso) o in altri a questo contigui molti altri esempi possono addursi a conferma di quanto si viene ora dicendo. E così è marcata l’influenza esercitata dalla giurisprudenza europea con riguardo alle esperienze d’inizio-vita da cui ha tratto alimento la giurisprudenza costituzionale nella sua opera demolitoria della legge 40 del 2004²³. Permangono, sì, talune gravi oscillazioni e remore non rimosse, di cui ancora di recente si è avuta testimonianza con la [sent. n. 84 del 2016](#), con la quale il giudice delle leggi, allo stesso tempo, riconosce il ruolo cruciale, decisivo, della scienza in ordine alla soluzione di alcune tra le più spinose questioni di biodiritto, tant’è che difettando l’accordo nella cerchia degli scienziati la Costituzione – a suo dire – dovrebbe restare “muta”²⁴, e però sacrifica proprio alcune delle maggiori aspettative della stessa scienza sotto il versante della ricerca scientifica²⁵. Il “silenzio” della Carta²⁶, nondimeno, non si traduce nella neutralità della stessa: risolvendosi, infatti, al piano processuale, nella inammissibilità della questione, di fatto porta all’esito di avallare la disciplina *sub iudice* per un tempo prevedibilmente non breve (fino a quando gli scienziati non avranno fatto chiarezza e raggiunto dunque al proprio interno un accordo...).

Non è di ciò, ad ogni buon conto, che siamo ora nuovamente chiamati a discutere. Importa solo rilevare come una pur cauta e accorta giurisprudenza europea, in cui – com’è noto – è frequente il richiamo alla dottrina del consenso²⁷ e, con esso, la salvaguardia della autodeterminazione discrezionale dei decisori statali²⁸, non abbia comunque fatto da ostacolo a talune non insignificanti

²² È appena il caso di rammentare che, con l’entrata in vigore della legge 76, cit., il matrimonio del transessuale dovrebbe essersi ormai convertito, dietro consenso degli interessati, in unione civile.

²³ D’altro canto, alcune note pronunzie del giudice europeo (da *S.H. ed altri c. Austria* a *Costa e Pavan c. Italia*, ad altre ancora) sono assai di frequente richiamate dalla stessa giurisprudenza comune, oltre che ovviamente dalla dottrina, sì da potersi considerare i punti di diritto in esse fissati ormai entrati in circolo e *quodammodo* metabolizzati nella cultura giuridica del nostro tempo. Di tutto ciò si è, ancora di recente, discusso in occasione delle Giornate di studio su *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, svoltesi a Messina il 5 e 6 maggio 2016, i cui Atti, a cura di S. Agosta e G. D’Amico, sono in corso di stampa. Con riguardo alle esperienze d’inizio-vita, nella ormai incontestabile lett., richiamo qui solo gli studi monografici di S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e 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, seguiti da numerosi altri studi degli stessi autori. Altri riferimenti, da ultimo, in C. MASCIOTTA, *La tutela dei diritti fondamentali tra Corte costituzionale e Corte edu alla prova di questioni eticamente controverse*, relaz. al *Quinto seminario annuale dell’Associazione “Gruppo di Pisa” con i dottorandi in materia gius-pubblicistiche*, Università di Roma Tre, 30 settembre 2016, in www.gruppodipisa.it, spec. al § 2.

²⁴ Al riguardo, non è chi non veda la stranezza costituita dal fatto che in molte altre occasioni le divisioni nel mondo della scienza non hanno – giustamente – fatto da ostacolo a pronunzie nel merito, nell’uno o nell’altro senso. E, se così non fosse stato, il giudice non avrebbe potuto, né potrebbe, praticamente pronunziarsi mai.

²⁵ Quest’appunto critico, presente nel mio *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 2/2016, 245 ss., è ora ripreso con originali svolgimenti da G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scientia*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita*, cit.

²⁶ Avverto qui di passaggio che altro è il “silenzio” della Carta dovuto ai ritardi ed alle divisioni in seno alla scienza ed altra cosa il “silenzio” addebitabile a lacune di costruzione del dettato costituzionale (in merito alle quali richiamo qui solo l’ampio ed approfondito studio di Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2/2014, 267 ss., cui, se si vuole, può aggiungersi il mio *Lacune costituzionali*, in www.rivistaaic.it, 2/2016, 18 aprile 2016).

²⁷ ... per quanto non sempre risulti chiaro il criterio o parametro utilizzato al fine del riscontro del consenso stesso, posto che non risulta decisivo quello meramente quantitativo (così, ora, C. MASCIOTTA, *op. ult. cit.*, che propone “un’articolazione del *consensus* normativo diversificata dal punto di vista ‘qualitativo’ e ‘quantitativo’”, quindi, connotato da “due differenti gradazioni dello stesso: una flessibile, meno restrittiva, incidente sul piano interpretativo, ed una stringente, calcolata in modo rigidamente quantitativo, per misurare la ragionevolezza dell’ingerenza statale”). A mia opinione, il criterio qualitativo, proprio perché tale, per un verso, sollecita il giudice europeo ad un impegno di motivazione in ordine al suo utilizzo ancora maggiore dell’usuale, mentre, per un altro verso, può dotare di spazi più ampi i giudici nazionali in sede d’interpretazione della Convenzione, ben oltre dunque i pur consistenti riconoscimenti in tal senso fatti da [Corte cost. n. 49 del 2015](#).

²⁸ In argomento, nella ormai nutrita dottrina, v. G. RAIMONDI, *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8-11 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in www.europeanrights.eu, 11 gennaio 2013, e R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, cit., spec. 214 ss. Sulla

aperture della giurisprudenza nazionale, come ad es. a riguardo della eterologa.

3. *Convergenze e divergenze degli indirizzi giurisprudenziali, oltre che nelle soluzioni di ordine sostanziale, nelle tecniche decisorie (in ispecie, il diffuso riscontro di decisioni di principio, le loro ragioni e valenze, la “rinforzata” efficacia sostanziale delle pronunzie dei giudici nazionali poggianti su analoghi verdeti dei giudici europei)*

Il sempre più vasto ed internamente articolato campo materiale su cui maturano le questioni di biodiritto costituisce un prezioso banco di prova per la verifica delle convergenze e divergenze, oltre che nelle soluzioni di ordine sostanziale, altresì nelle tecniche decisorie adoperate e, perciò, della misura in cui le stesse, al di là della connotazione peculiare di ciascuna, riescono a trapassare dall'uno all'altro piano istituzionale, variamente contagiandosi a vicenda, senza nondimeno smarrire la propria identità.

Si pensi, ad es., al diffuso riscontro di formule di principio presenti nelle pronunzie sia delle Corti europee (e, particolarmente, della Corte EDU) che della nostra Corte costituzionale²⁹. Ancora non molto tempo addietro si era da molti affrettatamente sancito il graduale affievolimento delle additive di principio di cui invece (e non casualmente...) si hanno consistenti tracce proprio nel campo suddetto: un tipo di decisione per più versi accostabile alle decisioni-pilota della Corte di Strasburgo³⁰, al di là ovviamente dei diversi effetti e del regime complessivo propri sia dell'una che dell'altra specie di pronunzia.

Si possono dare spiegazioni diverse di questa marcata convergenza, facendo riferimento, per ciò che attiene al giudice europeo, alla eterogenea estrazione culturale dei suoi componenti, naturalmente portati ad optare per soluzioni *soft*, per quanto possibile inclusive, non divisorie³¹. Un

dottrina del margine di apprezzamento, tra gli altri, v. J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti - A. Morrone, Giappichelli, Torino 2011, 87 ss.; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 88 ss. e 110 ss.; i contributi che sono nella parte II.A di AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Intersentia, Cambridge 2013; E. CANNIZZARO - B.I. BONAFÈ, *Beyond the archetypes of modern legal thought. Appraising old and new forms of interaction between legal orders*, in AA.VV., *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, a cura di M. Maduro - K. Tuori - S. Sankari, University Press, Cambridge 2014, 84 ss.; C. CINELLI, *Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale italiana e margine di apprezzamento*, in *Riv. dir. internaz.*, 3/2014, 787 ss. Altri riferimenti, infine, in C. NARDOCCI, *Razza e etnia. La discriminazione tra individuo e gruppo nella dimensione costituzionale e sovranazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 221 ss.

²⁹ Talora, poi, le formule in parola si riscontrano anche nelle pronunzie dei giudici comuni, in ispecie della Cassazione cui si deve la fissazione di punti di diritto alle volte in significativa misura innovativi del dettato legislativo (una testimonianza in tal senso si è ora avuta con Cass., I sez. civ., 30 settembre 2016, n. 19599, che ha dato il via libera alla trascrizione nel nostro Paese dell'atto di nascita di una minore partorita in Spagna da una donna coniugata con altra donna. Un rilievo critico sul punto può, volendo, vedersi nel mio *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, in [Consulta OnLine](#), III/2016, 5 ottobre 2016, 364 in nt. 46).

³⁰ ... esse pure, com'è noto, fatte oggetto di largo esame in dottrina (riferimenti in M. FYRNYS, *Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, in *Germ. Law Journ.*, 2011, 1231 ss.; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2012, 123 ss.; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, 105 ss.; V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012, 864; F. GALLO, *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte EDU. Bruxelles 24 maggio 2012*, in [www.rivistaaic.it](#), 1/2013, 1° marzo 2013, spec. § 3; R. CONTI, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul sovraffollamento carcerario e i diritti del detenuto*, in *Pol. dir.*, 4/2013, spec. 452 ss.).

³¹ Al dato inerente alla struttura delle Corti ha fatto di recente riferimento un'attenta dottrina anche ad altro fine (quello della indipendenza del giudice), qui di non specifico rilievo (v., dunque, A. FUSCO, *Le garanzie di indipendenza dei giudici di Lussemburgo e Strasburgo*, relaz. al Terzo Seminario annuale del “Gruppo di Pisa” coi dottorandi dei

ragionamento, tuttavia, che, pur cogliendo un fondo innegabile di verità, non persuade fino in fondo, sol che si pensi che la connotazione strutturale del giudice stesso non ha impedito né impedisce a quest'ultimo di far luogo, laddove richiesto dal caso, a pronunzie anche particolarmente incisive e perciò idonee ad esprimere vincoli stringenti a carico dei loro destinatari.

Il vero è che il carattere *soft* di alcune decisioni si deve al convergere di plurimi fattori riportabili agli ambiti materiali su cui esse insistono, alle congiunture in cui sono adottate, al rilievo dei beni della vita (o, più largamente, degli interessi) in gioco, al ruolo che in ordine alla loro tutela è esercitato dagli scienziati ed esperti in genere, chiamati ad assumersi sempre più onerose responsabilità, e ad altro ancora. È, in breve, l'oggetto e il contesto, vale a dire la *questione* nella sua complessiva connotazione³², ad attrarre a sé il tipo di decisione, che poi fa da veicolo per la soluzione sostanziali di volta in volta prescelta.

Ancora una volta, solo un paio di esempi di tipi di decisione peraltro diversi tra di loro ma accomunati dall'intento di fissare i principi della futura attività normativa e giurisprudenziale.

Si consideri, dunque, la vicenda del figlio desideroso di conoscere le proprie origini biologiche. Ebbene, non è casuale che il nostro giudice delle leggi abbia mutato avviso riconoscendo finalmente (appunto, con un'additiva di principio: [sent. n. 278 del 2013](#)), sotto la spinta della presa di posizione adottata dalla Corte EDU in [Godelli](#), il diritto negletto dalla legislazione, dopo che lo stesso era stato pochi anni prima negato³³.

E si consideri ancora la vicenda del sovraffollamento carcerario, laddove nuovamente il giudice delle leggi dà mostra (nella [sent. n. 279 del 2013](#)) di aver recepito alcune indicazioni contenute in una pronunzia-pilota del giudice europeo³⁴.

Ecco, queste sono solo alcune tra le molte testimonianze – come si vede – di un “dialogo” andato a buon fine.

Le esperienze cui si è appena fatto cenno acquistano poi uno speciale rilievo di ordine istituzionale, avuto riguardo agli equilibri che possono instaurarsi tanto al piano dei rapporti tra giudici e legislatore quanto a quello dei rapporti tra giudici e giudici. Ed è interessante notare che, proprio facendo leva sulle pronunzie adottate in ambito europeo e sui vincoli che ne discendono in ambito interno, la Corte costituzionale ha avuto modo di rafforzare il proprio *decisum*, spianando la via sia all'intervento, doveroso seppur (in caso di omissione assoluta) non sanzionabile, del legislatore e sia pure a quello dei giudici comuni, per l'intanto sollecitati a dare seguito all'operazione di giustizia costituzionale, svolgendo nel modo più opportuno i principi

discipline giuspubblicistiche su *Corti costituzionali e Corti europee*, Università di Roma Tre, 18 settembre 2014, in www.gruppodipisa.it, e, della stessa, ora, *L'indipendenza del giudice di Lussemburgo e Strasburgo e «I profili costituzionali del diritto processuale»*, in corso di stampa in *Quad. cost.*)

³² Sul carattere composito dei materiali, normativi e fattuali, di cui si compongono le questioni di costituzionalità, v. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, Giappichelli, Torino 2014, 77 ss. Parimenti (e, forse, persino di più) composita è, poi, la struttura delle questioni di “convenzionalità” e di quelle di “comunitarietà” (che, però, oggi dovrebbero chiamarsi di “eurounarietà”), in considerazione del particolare rilievo in esse assunto dal “fatto”.

³³ A riprova della varietà dei casi, in relazione ai quali il legislatore, per un verso, e il giudice costituzionale, per un altro, non possono andare oltre nelle loro decisioni mere affermazioni di principio, rimettendosi quindi ai giudici per la posizione delle regole adeguate al loro svolgimento, può richiamarsi la recente pronunzia della Cassazione, I sez. civ., 15024 del 2016, con cui si è data prevalenza, in sede di bilanciamento, al diritto del figlio in considerazione del fatto che la madre era ormai defunta. Forse, però, maggiore considerazione avrebbero meritato le implicazioni discendenti dalla volontà della madre di restare nell'ombra: ad es., perché aveva taciuto al coniuge o ai figli avuti con quest'ultimo la propria dolorosissima vicenda anteriore, con la conseguenza che i soggetti in parola potrebbero ricevere un grave turbamento nel caso dovessero venire a conoscenza di siffatta vicenda. Di qui, la conclusione per cui il verdetto della Corte avrebbe potuto essere rovesciato su se stesso, dandosi la prevalenza all'interesse della madre, la cui volontà non può più essere sondata a causa del suo decesso, anche in considerazione dei riflessi che potrebbero aversene a carico di altri soggetti. L'esito potrebbe, invece, essere diverso nel caso che la donna sia ancora in vita e si renda pertanto possibile verificare la sua perdurante volontà di anonimato (su ciò, volendo, il mio *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso*, cit., 366 in nt. 50).

³⁴ In tema, rammento la recente [sent. n. 204 del 2016](#), con cui è stato riconosciuto anche agli ergastolani il diritto al risarcimento del danno conseguente a sovraffollamento carcerario.

somministrati dalla Corte stessa.

Nei casi ora discussi, un “dialogo” che si traduca in indirizzi convergenti diventa, dunque, fattore di rinvigorismento della decisione del giudice costituzionale, *soft* per natura o tipo ma *quodammodo* “rilegittimata” *ex ante* dalla decisione del giudice europeo.

Qua, dunque, non è questione di efficacia *sul piano formale-astratto*; è questione di *efficacia sostanziale*, la quale poi è pur sempre, in concreto, condizionata dalla forza persuasiva di cui la singola decisione è dotata, per l’apparato argomentativo che la sostiene e giustifica.

Ci si intenda. Le additive di principio si differenziano dalle pronunzie di rigetto con monito proprio per il fatto che le une sono giuridicamente vincolanti, diversamente dalle seconde, idonee ad esprimere un vincolo esclusivamente al piano politico; e ciò, checché ne dica la stessa Corte che, al fine di rendere allettanti i propri moniti, li reputa vevoli altresì (e soprattutto) al piano giuridico. Sappiamo però che molte volte le parole della Corte restano lettera morta. Il fatto che siano precedute da analoghe e convergenti affermazioni contenute in pronunzie dei giudici europei giova senz’altro alla loro efficacia persuasiva, tanto più laddove a queste ultime pronunzie sia fatto dalle prime esplicito richiamo.

4. *Il singolare andirivieni cui, ad avviso della Consulta, l’operatore sarebbe chiamato in sede d’interpretazione e talune vicende dei diritti maturate in ambito economico-sociale, con la conferma da esse data del contributo offerto dalla giurisprudenza europea alla salvaguardia dei diritti stessi, tanto più considerevole laddove la giurisprudenza si esprima a mezzo di pronunzie di principio (l’esempio della nota, sofferta vicenda delle leggi d’interpretazione autentica)*

Le esperienze maturate, specie in tempi di crisi economica, sul terreno su cui allignano i diritti economico-sociali³⁵ si distendono in un ventaglio particolarmente ampio e variegato, sì da rendersi

³⁵ Copiose indicazioni in prospettiva comparata possono aversi dai contributi di AA.VV., *Problemi e prospettive in tema di tutela costituzionale dei diritti sociali*, a cura di F. Facury Scaff - R. Romboli - M. Revenga, Quartier Latin - Giuffrè, Milano 2009 e, più di recente, da J.M. CASTELLÁ ANDREU, *Derechos sociales y Estado autonómico en tiempo de crisis (no solo) económica*, in www.issirfa.cnr.it, giugno 2015; AA.VV., *Crisi economica e diritti sociali. Problemi e prospettive*, a cura di S. Gambino, Giappichelli, Torino 2015. Lo stesso S. GAMBINO è autore di numerosi ed approfonditi studi in tema di diritti sociali, specie per ciò che concerne forme e limiti della loro tutela attraverso il “dialogo” tra le Corti: *ex plurimis*, v. *Stato e diritti sociali*, Liguori, Napoli 2009; *Diritti fondamentali e Unione europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Giuffrè, Milano 2009, spec. il cap. IV, dedicato a *I diritti fondamentali sociali fra Costituzioni nazionali e nuovi Trattati; Diritti sociali e libertà economiche nelle Costituzioni nazionali e nel diritto europeo*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, cit., 245 ss; *El Estado social y democrático de derecho: desarrollo histórico y conceptual*, in www.federalismi.it, 23/2014, 10 dicembre 2014, e *Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo Quale futuro europeo per i diritti fondamentali e per lo Stato sociale?*, in *KorEuropa* (www.unikore.it), 7/2015. V., inoltre, tra i molti altri, A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in www.rivistaaic.it, 4/2011, 6 dicembre 2011; M. BENVENUTI, *Diritti sociali*, in *Dig./Disc. Pubbl.*, V Agg. (2012), 219 ss.; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, spec. il cap. V; AA.VV., *I diritti dei lavoratori nelle Carte europee dei diritti fondamentali*, a cura di S. Borelli - A. Guazzarotti - S. Lorenzon, Jovene, Napoli 2012; AA.VV., *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. Angelini - M. Benvenuti, Jovene, Napoli 2012; I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Aracne, Roma 2012; F. BALAGUER CALLEJÓN, *Crisi economica e crisi costituzionale in Europa*, in *KorEuropa* (www.unikore.it), 1/2012; S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all’istruzione e all’integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello Stato sociale*, Giuffrè, Milano 2012; F. GABRIELE, *Diritti sociali, unità nazionale e risorse (in)disponibili: sulla permanente violazione-inattuazione della parte prima (quella intoccabile!) della costituzione*, in www.rivistaaic.it, 3/2013, 13 settembre 2013; AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, a cura di E. Cavasino - G. Scala - G. Verde, Giappichelli, Torino 2013; AA.VV., *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, a cura di R. Bifulco - O. Roselli, Giappichelli, Torino 2013; A. GUAZZAROTTI, *I diritti sociali nella giurisprudenza della corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2013, 8 ss., e, dello stesso, *Il ruolo dei diritti sociali (e dei giudici) nella ‘costituzionalizzazione’ dell’Unione europea*,

estremamente disagiata, forse persino temerario, il tentativo di darne una sintesi seppur approssimativa e largamente incompleta. Il quadro, poi, si presenta in molti suoi punti alquanto appannato e confuso, con la conseguenza che la sua chiarificazione comporta in sé il rischio dell'arbitraria sovrapposizione al pensiero di questa o quella Corte di quello dei loro interpreti.

Va fatta al riguardo una preliminare avvertenza; ed è che, anche su questo terreno, nel mentre, per un verso, occorre tenere distinto l'orientamento delle Corti, per un altro verso, ci si avvede che ciò non può farsi fino in fondo, in considerazione della sollecitazione rivolta da ciascuna Carta a se stessa ed alle altre per la loro mutua integrazione nei fatti interpretativi. Qui, tuttavia, a questa evenienza farebbe da ostacolo la circostanza per cui, secondo opinione corrente, la CEDU e la stessa Carta dell'Unione esibirebbero in materia carenze di cui non sarebbe afflitta la nostra legge fondamentale, assunta anzi a modello di Carta particolarmente avanzata (e non solo per il tempo in cui fu adottata ma per la idoneità di cui appare ancora oggi dotata al fine di assicurare un'adeguata salvaguardia ai diritti in parola).

Questa diffusa credenza richiede, a mia opinione, talune non secondarie precisazioni e correzioni.

In primo luogo, volendosi prestare attenzione all'esperienza, il riferimento va fatto alle sedi istituzionali in cui il diritto vigente si converte in vivente, e dunque alle sedi in cui si somministra giustizia, sia comune che costituzionale (aggettivo che qui pure intendo *in senso materiale*, facendolo valere per gli stessi giudici europei tendenzialmente portati a conformarsi appunto come

in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2014, 55 ss.; G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in www.forumcostituzionale.it, 27 novembre 2013; F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino 2013; gli scritti che sono in *Quad. cost.*, 1/2014, part. quello di A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, 79 ss.; R. CALVANO, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, in www.costituzionalismo.it, 20 gennaio 2014; E. FAGNANI, *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica: il caso dell'istruzione. Stato di attuazione, funzioni amministrative e finanziamento del sistema*, Giuffrè, Milano 2014; Q. CAMERLENGO - L. RAMPA, *I diritti sociali fra istituti giuridici e analisi economica*, in *Quad. cost.*, 1/2015, 59 ss.; A. RANDAZZO, *Crisi economica e Costituzione: notazioni "fuori dal coro"*, in www.dirittifondamentali.it, 19 marzo 2015; G.L. CECCHINI, *I diritti sociali nel quadro del diritto dell'Unione europea*, in *KorEuropa* (www.unikore.it), 7/2015; G. FIENGO, *La nuova frontiera dei diritti sociali e della cittadinanza europea alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4/2015, 1029 ss. A *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte: qualche riflessione"* è, ora, dedicata l'accurata disamina di C. SALAZAR, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, cit., 217 ss., della quale v., inoltre, *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il "principe dei diritti sociali"*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, III, cit., 2206 ss. e, già, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 4/2013, 11 ottobre 2013, e *Regioni, diritti fondamentali, crisi economica: qualche considerazione alla luce del disegno "Renzi-Boschi"*, in www.issirfa.cnr.it, aprile 2015; F. SALMONI, *Riflessioni minime sul concetto di Stato sociale e vincoli comunitari. Selezione dei diritti o selezione dei soggetti da tutelare?*, in www.rivistaaic.it, 2/2016, 11 aprile 2014; AA.VV., *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, a cura di E. Catelani e R. Tarchi, Editoriale Scientifica, Napoli 2015; G. ALLEGRI - G. BRONZINI, *Libertà e lavoro dopo il Jobs Act. Per un garantismo sociale oltre la subordinazione*, DeriveApprodi, Roma 2015; M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 3/2016, 25 luglio 2016; F. SAIITTO, *La 'solitudine' delle Corti costituzionali? Sindacato sulle misure di austerità e protezione dei diritti sociali tra giudici nazionali e Corte EDU*, in *Dir. pubbl.*, 1/2016, 421 ss.; AA.VV., *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, a cura di M. Della Morte, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; M. D'ALBERTI, *L'unione europea e i diritti*, cit., spec. 772 ss.; G. ROMEO, *Riposizionare i diritti sociali nelle tradizioni costituzionali comuni*, relaz. II Seminario annuale di *dirittocomparati su Costruendo le tradizioni dei diritti in Europa*, Macerata 11 dicembre 2015, in *La cittadinanza europea*, Suppl. al fasc. 1/2016, FrancoAngeli, Milano 2016, 129 ss.; S. ROSSI, *Oltre il margine. Diritti, povertà estrema e diseguaglianza sociale*, in www.federalismi.it, 20/2016, 19 ottobre 2016. Infine, i contributi all'incontro di studi su *Poteri normativi del Governo ed effettività dei diritti sociali*, svoltosi a Pisa il 27 ottobre 2016; G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in www.rivistaaic.it, 4/2016, 1 novembre 2016; nonché volendo, anche i miei *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in [Consulta OnLine](http://ConsultaOnLine), 21 settembre 2012, e, nella stessa *Rivista*, *Fatti "interposti" nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell'etica pubblica repubblicana*, 6 novembre 2014.

costituzionali³⁶). E la giurisprudenza, anche quella delle Corti europee (e, segnatamente, quella della Corte di Strasburgo, da molti considerata la meno sensibile ai diritti in discorso), non è affatto avara d'indicazioni a beneficio dei diritti stessi.

Sarebbe, a parer mio, un grave errore di prospettiva, foriero di deformanti rappresentazioni della realtà, circoscrivere il raffronto alle sole Carte, a ciò che dicono come pure a ciò che non dicono, laddove il raffronto stesso va fatto *in vivo*, più (o anzi) che *in vitro*.

Ora, come si faceva poc'anzi notare, le stesse Carte richiedono il loro adattamento interpretativo fondato sul (ed orientato dal) canone della massimizzazione della tutela. Nelle letture della Carta dell'Unione va, dunque, vista in filigrana la CEDU verso la quale la prima intende volgersi, salvo nondimeno il caso che la prima si dimostri in grado di offrire una tutela maggiormente intensa ai diritti in campo. Come dire che l'interprete, dopo aver esperito il tentativo d'interpretazione della Carta eurounitaria in senso conforme alla Convenzione, potrebbe trovarsi costretto a tornare al punto di partenza ed imboccare una via diversa da quella che porta a Strasburgo. Lo stesso – secondo la discussa e discutibile [sent. n. 49 del 2015 della Corte costituzionale](#) – dovrebbe fare l'interprete delle leggi in rapporto alla Convenzione. Laddove infatti il tentativo d'interpretazione conforme dovesse portare ad un esito ripugnante per Costituzione, disvelare cioè un'antinomia della Convenzione con la nostra legge fondamentale, l'operatore dovrebbe nuovamente fare marcia indietro, abbandonare il riferimento alla Convenzione e fermare lo sguardo sulla sola Costituzione. Cosa che – ci dice la Corte – può (e deve) fare, sempre che tuttavia non si abbia al riguardo un indirizzo consolidato della Corte EDU ovvero una decisione-pilota in materia; nel qual caso il giudice sarebbe costretto ad investire la Consulta della questione di legittimità della norma convenzionale “interposta” (*rectius*, della legge di esecuzione “*nella parte in cui...*”).

Questo andare avanti ed indietro dell'interprete è logicamente, oltre che praticamente, privo di senso. Senza senso è chiamare “interpretazione” un'attività intellettuale posta in essere dal medesimo operatore che si reputi facultizzato (ed anzi obbligato) ad intraprendere vie reciprocamente divergenti al fine di pervenire alla giusta messa a punto semantica di un enunciato, nel suo fare “sistema” con gli enunciati restanti.

Sta di fatto però che la spinta che viene dai canoni sull'interpretazione indicati dalle Carte europee per la loro mutua integrazione è davvero formidabile; e porta – a me pare – naturalmente all'abbandono di ogni possibile ordinazione gerarchica su basi formali-astratte dei documenti normativi in parola (e, discendendo, degli interi ordinamenti o sistemi normativi sugli stessi fondati), dovendosi piuttosto ambientare – come si è venuti dicendo – le loro relazioni su basi assiologico-sostanziali, nell'intento di cogliere di volta in volta qual è la mutua influenza culturale che le Carte stesse, per voce delle Corti, sono in grado di farsi. Non si dimentichi, peraltro, che ogni giudice può, per la sua parte e dal proprio punto di vista, far parlare ogni Carta, senza che nessuno possa appropriarsene in esclusiva.

La questione, poi, si complica non poco sol che si pensi che l'influenza stessa non si ha nei soli casi in cui le Corti si fanno reciproco ed esplicito richiamo ma può aver aversi (ed effettivamente si ha) anche in difetto di siffatti riferimenti.

La CEDU, perciò, sta dietro le quinte o – se più piace – sta sotto, al pari della montagna sommersa dell'*iceberg*, la Carta dell'Unione e la sorregge. In un certo senso, però, è vero anche l'inverso, sol che si pensi che il patrimonio eurounitario dei diritti non attinge alle sole indicazioni della Carta proclamata a Nizza prima e poi a Strasburgo, dal momento che la stessa richiede di essere riletta alla luce delle “tradizioni costituzionali comuni”, della cui considerazione la stessa Corte EDU non può fare in alcun caso o modo a meno, secondo quanto testimonia la dottrina del consenso che culturalmente e positivamente poggia sugli stessi materiali normativi da cui si traggono le tradizioni suddette.

³⁶ Questa tendenza è colta da tempo dalla più sensibile dottrina (tra gli altri, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale*, cit.; D. TEGA, *I diritti in crisi.*, cit., spec. 63 e 143; altri riferimenti in GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss.).

Il circolo interpretativo, con la complessità e fluidità dei materiali che in esso s'immettono, viene così ulteriormente confermato e rafforzato. Mi pare importante che se ne tenga conto anche in sede di vaglio della giurisprudenza sui diritti economico-sociali.

È poi interessante notare che l'influenza può, ovviamente, aversi quale che sia la tecnica decisoria adoperata; in un certo senso, è dunque invariante rispetto a questa. E tuttavia non credo che sia un caso che l'influenza stessa risulti particolarmente marcata nei casi in cui si sia in presenza di quelle pronunzie di principio cui si è dietro fatto cenno. Come dire, insomma, che le pronunzie in parola posseggono una naturale attitudine a veicolare scambi d'informazione e – fin dove possibile – favorire la convergenza delle posizioni. È altresì interessante osservare che proprio le decisioni in parola sono quelle che maggiormente si prestano a far luogo ad affermazioni valedoli non poche volte non soltanto per il caso specificamente trattato ma idonee, grazie proprio al loro essere contenitori di enunciati di principio, a spingersi oltre il caso stesso fino a dotarsi talora di generale valenza.

Si pensi alla discussa vicenda delle leggi d'interpretazione autentica: una delle non poche vicende in cui maggiormente aspro è stato lo scontro tra il nostro giudice delle leggi e la Corte EDU³⁷. È però anche uno dei casi in cui, a mio modo di vedere, quest'ultima ha mostrato una maggiore sensibilità rispetto all'altro giudice per ciò che attiene alla ricaduta del *decisum* sui diritti patrimoniali dei ricorrenti. È vero che, come si è fatto da alcuni notare, quest'esito era facilmente prevedibile, persino scontato, sol che si consideri che il giudice europeo non ha da farsi carico dei problemi di bilancio ai quali invece, per la sua parte, non può (e non deve) volgere le spalle il giudice nazionale, specie se costituzionale, le cui pronunzie producono un effetto ablativo provvisto di generale valenza.

Il punto è – com'è chiaro – di cruciale rilievo. Resta, nondimeno, il fatto che certi diritti costituzionali dei cittadini (e, in genere, delle persone) possono talvolta trovare proprio nel giudice europeo una sponda in grado di far rimbalzare le loro aspettative di tutela ancora più in alto di come potrebbe fare il giudice nazionale laddove richiesto di farsene cura.

Sarebbe bene non scordarsene.

³⁷ Sulle leggi interpretative, riferimenti in R. RORDORF, *Diritti fondamentali, leggi interpretative e leggi retroattive nel dialogo tra corti supreme europee*, relaz. al Convegno su *Diritti fondamentali e Corti supreme europee*, svoltosi presso la Corte di Cassazione l'8 aprile 2016, in *paper*. Adde, ora, [Corte cost. n. 187 del 2016](#), dove si conclude nel senso che, nella circostanza, la violazione del diritto dell'Unione si sarebbe, sì, perpetrata ma coloro che ne hanno subito un danno avrebbero già avuto il necessario ristoro (accenno, *per incidens*, al fatto che nella stessa data, il 20 luglio 2016, in cui è stata depositata questa pronunzia sono state altresì depositate le [ordd. n. 194](#) e [195](#), nelle quali non si fa parola della prima decisione e, in conseguenza dell'adozione della pronunzia della Corte di giustizia nel caso *Mascolo* assimilata quanto agli effetti ad un vero e proprio *ius superveniens*, si sono restituiti gli atti all'autorità remittente per una nuova valutazione della rilevanza). V., infine, la [sent. n. 214 del 2016](#).