



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2019 FASC. I

(ESTRATTO)

ANTONIO RUGGERI

**IL FUTURO DEI DIRITTI FONDAMENTALI,
SEI PARADOSSI EMERGENTI IN OCCASIONE DELLA LORO TUTELA E LA
RICERCA DEI MODI CON CUI PORVI ALMENO IN PARTE RIMEDIO**

1° FEBBRAIO 2019

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Antonio Ruggeri

Il futuro dei diritti fondamentali, sei paradossi emergenti in occasione della loro tutela e la ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio*

SOMMARIO: Quattro dati, attinti dall'esperienza, ai quali far riferimento al fine di tentare di affacciare una risposta al quesito su quale possa essere il futuro dei diritti fondamentali. – 2. La micidiale questione teorica relativa al modo con cui può farsi luogo al riconoscimento di nuovi diritti fondamentali e il rilievo al riguardo assunto da *consuetudini culturali* diffuse e radicate nel corpo sociale. – 3. Due paradossi in tema di diritti: cresce la platea di coloro che astrattamente ne godono e crescono i diritti stessi per numero e pretese di appagamento ma diminuiscono le risorse allo scopo disponibili e, ancora, chiamati ad un innaturale ruolo di “supplenza” nei riguardi del legislatore i giudici, nell'intento di dare tutela ai diritti, si fanno decisori politici ma, così facendo, pregiudicano quella tipicità dei ruoli che è stata pensata proprio in funzione della ottimale salvaguardia dei diritti stessi. – 4. Il terzo paradosso, che vede ugualmente i giudici farsi decisori politici ma obbligati a sacrificare i diritti: “fatti” di emergenza sollecitano l'adozione di norme per farvi fronte che penalizzano, alle volte grandemente, i diritti, le quali norme poi sono non di rado mandate assolute dai giudici, trascurandosi tuttavia il dato elementare e di comune evidenza per cui quei “fatti” sono generati o, come che sia, alimentati da norme malfatte ovvero in tutto mancanti. – 5. Il quarto paradosso: il sacrificio dell'autonomia politica delle Regioni, pensata in funzione della salvaguardia dei diritti e, in genere, dei bisogni maggiormente avvertiti dalla comunità stanziata sul territorio, un sacrificio che ha, nondimeno, cause plurime, in ispecie dislocate nel “sistema” dei partiti per un verso, nella emersione impetuosa di crisi ed emergenze varie per un altro, e che è talora motivato proprio in relazione all'obiettivo di dare un congruo appagamento ai diritti. – 6. Il quinto paradosso: l'effetto domino che si ha ogni qual volta comportamenti abnormi adottati da un organo (in ispecie, giurisdizionale) determinano reazioni parimenti abnormi da parte di un altro, con effetti imprevedibili per i diritti. – 7. Il sesto paradosso: l'ordine gerarchico artificiosamente stabilito dalla giurisprudenza costituzionale tra le Carte dei diritti, malgrado la loro comune qualità di documenti “tipicamente costituzionali”, che però, a mo' di *boomerang*, si ritorce contro i diritti stessi, e la natura strutturalmente composita dei diritti, nazionali *proprio perché* anche sovranazionali e sovranazionali *in quanto* anche nazionali, il loro riconoscimento ponendosi quale testimonianza emblematica del carattere “intercostituzionale” della Costituzione e delle altre Carte, vale a dire quale *punctum unionis* dell'identità costituzionale dello Stato e dell'identità costituzionale dell'Unione. – 8. Il rischio che il *nazionalismo politico* innaturalmente si converta in un antistorico e abnorme *nazionalismo costituzionale* e il modo più efficace per fugarlo da parte delle Corti, a condizione che tutte si riconoscano nella regola fondamentale che ne governa le relazioni costituita dalla parità delle Carte dei diritti e, di conseguenza, delle stesse Corti che ne sono istituzionalmente garanti, nonché per fugarlo da parte della comunità tutta, ispirandosi ad una *cultura dei diritti* sorretta e alimentata dalla *cultura dei doveri*.

1. *Quattro dati, attinti dall'esperienza, ai quali far riferimento al fine di tentare di affacciare una risposta al quesito su quale possa essere il futuro dei diritti fondamentali*

Avverto subito che tentare di rispondere, sia pure in modo largamente approssimativo, al quesito su quale possa essere il futuro dei diritti fondamentali è estremamente disagevole e persino azzardato, specie in considerazione della opacità del quadro in cui esso s'inscrive e della fluidità e mobilità degli elementi di cui lo stesso si compone. Disponiamo, nondimeno, di dati attinti dall'esperienza plurimi e convergenti nell'attestare una tendenza che va sempre di più diffondendosi e radicandosi, dalla quale possiamo prendere le mosse nell'intento di fare almeno in parte chiarezza.

Il primo di questi dati è costituito dal progressivo allargamento della platea di quanti rivendicano in modo vigoroso e pressante il riconoscimento e la salvaguardia di taluni diritti, sia vecchi che nuovi. Si pensi solo a ciò che ha riguardo alla condizione degli stranieri, regolari e irregolari, una condizione che vorrebbe essere sempre meno distante da quella dei cittadini, anche in ambiti, quale quello del

* Intervento alla tavola rotonda su *Quale futuro per i diritti fondamentali?*, conclusiva dell'VIII Corso di Alta Formazione in Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti “Alessandro Pizzorusso”, Pisa 1° febbraio 2019, alla cui data lo scritto è aggiornato.

godimento dei diritti politici¹, tradizionalmente considerati di loro esclusivo dominio². Ciò che, peraltro, è la spia di una generale tendenza volta al complessivo ripensamento di antiche e un tempo incontestate categorie teoriche, quale quella di sovranità e – come si dirà meglio a breve – di Costituzione, obbligate a sottostare ad una profonda opera di rifacimento, conseguente peraltro alla ristrutturazione delle stesse basi portanti dello Stato in relazione all'avanzata, seppur non lineare e particolarmente sofferta, del processo d'integrazione sovranazionale.

Il secondo dato, al primo peraltro strettamente connesso, è costituito dalla crescita esponenziale e – parrebbe – inarrestabile del numero dei diritti fondamentali. A getto continuo, infatti, ne vengono sfornati di nuovi o, diciamo meglio e con doverosa cautela, se ne prospetta la esistenza e se ne rivendica il godimento; la qual cosa, poi, ripropone la micidiale questione teorico-pratica relativa al criterio o ai criteri che consentano di stabilire, quanto meno con sufficiente approssimazione al vero, quando si sia in presenza di un autentico, nuovo diritto fondamentale e quali ne siano i connotati complessivi³. Ed è di immediata evidenza come, allungandosi sempre di più il catalogo dei diritti, per un verso, diminuiscano le risorse disponibili per il loro congiunto, adeguato appagamento (specie di alcuni diritti la cui affermazione comporta costi assai elevati) e, per un altro verso, aumentino pure le minacce o le insidie alle quali gli stessi vanno soggetti, in particolare quelli di essi che si trovano maggiormente esposti all'incidenza di fattori di contesto idonei a lasciare un segno marcato, alle volte invero pesante, sulla loro tutela.

Il terzo dato è costituito dal rapporto assai stretto che viene ad instaurarsi tra alcuni diritti e lo sviluppo scientifico-tecnologico, nel senso che quest'ultimo sta a base della loro stessa venuta alla luce o, come che sia, ne condiziona fortemente la salvaguardia, così come però, di rovescio, può in pari misura menomarne l'esercizio⁴. La qual cosa, poi, da una prospettiva di ancora più largo respiro ripropone vigorosamente l'annosa questione circa il modo complessivo di essere delle relazioni tra scienza, diritto, etica, fino a che punto possa davvero predicarsi l'autonomia (o, diciamo meglio, l'autosufficienza) di ciascun termine rispetto agli altri e da che punto in avanti invece essi abbiano bisogno di appoggiarsi a vicenda al fine stesso della propria affermazione e integra trasmissione nel tempo⁵.

Il quarto ed ultimo dato è costituito dalla internazionalizzazione e sovranazionalizzazione del riconoscimento e della tutela dei diritti, dei vecchi come dei nuovi, non più appagabili, nelle loro

¹ ... il cui riconoscimento si vorrebbe da una crescente dottrina riferito al fatto in sé della stabile residenza nel territorio dello Stato degli stranieri regolari, come pure è alla residenza stessa che, in via generale, si propone di legare l'acquisto della cittadinanza (riferimenti in merito alla annosa questione in AA.VV., *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; A. RAUTI, *Lo ius soli in Italia: alla vigilia di una possibile svolta?*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 25 settembre 2017, e, nella stessa *Rivista*, S. FABIANELLI, *Le radici dello ius soli: il criterio territoriale di acquisto della cittadinanza negli ordinamenti di Italia e Francia*, 26 settembre 2017; inoltre, E. RINALDI, *Ius soli: qualche precisazione di metodo in materia di diritti di cittadinanza e diritti della cittadinanza*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 545 ss., e G. TINTORI, *Ius soli all'italiana. La strada lunga e tortuosa per riformare la legge sulla cittadinanza*, in AA.VV., *Politica in Italia. I fatti dell'anno e le interpretazioni*, a cura di C. Forestiere - F. Tronconi, Il Mulino, Bologna 2018).

² In realtà, la giurisprudenza è ad oggi incerta e oscillante, complessivamente cauta e gravata da alcune ipoteche teoriche di cui fatica a liberarsi. Si pensi, ad es., alla tesi, fatta propria da [Corte cost. n. 61 del 2011](#), secondo cui alcuni diritti (nella specie, quello della salute) possono essere goduti dagli stranieri irregolari unicamente nel loro "nucleo duro": formula mitica, risalente e tuttavia ancora al presente ricorrente, che nondimeno porta all'effetto di discriminare nel trattamento gli esseri umani, proprio a danno dei più deboli ed esposti.

³ In argomento, di recente e per tutti, AA.VV., *Cos'è un diritto fondamentale?*, a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; adde, ora, S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, FrancoAngeli, Milano 2018.

⁴ Rilievo ormai largamente diffuso: riferimenti, di recente, in S. AGOSTA, *Prove di cross-talk tra giurisprudenza convenzionale, eurounitaria, interamericana ed italiana in tema di diritto alla vita che comincia (prime notazioni)*, in [BiLaw Journal](#), 3/2018, 171 ss.

⁵ Interessanti spunti ricostruttivi in vista di una complessiva risistemazione dei rapporti in parola offre ora lo studio monografico di A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; se si vuole, può vedersi anche il mio *La "federalizzazione" dei diritti fondamentali, all'incrocio tra etica, scienza e diritto*, in AA.VV., *Nuove tecnologie e diritti umani: aspetti di diritto internazionale e di diritto interno*, a cura di L. Panella, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, 211 ss., nonché in [MediaLaws](#), 2/2018, 13 marzo 2018. Con specifico riguardo all'ambito familiare, v., ora, l'accurato studio di C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, Firenze University Press, Firenze 2019.

crescenti pretese, in modo ottimale se non attraverso il concorso di plurimi operatori istituzionali dislocati – come suol dirsi, con termine pure caricato di una non rimossa ambiguità – a diversi “livelli”, dalla cui effettiva (e non meramente proclamata) cooperazione dipende appunto una efficace salvaguardia dei diritti stessi.

Dalla congiunta considerazione di tutti questi dati, i quali peraltro – come si tenterà di mostrare – si fanno mutuo rimando, discende il senso complessivo del quesito che ora nuovamente c’impegna: vi sono le condizioni oggettive, di contesto, perché i diritti possano al presente e più ancora nel prossimo futuro conseguire una protezione complessivamente accettabile? E quali sono le risorse da mettere in campo allo scopo, ovverosia quali sono i modi per fronteggiare efficacemente le insidie che da più parti sono mosse ai diritti?

2. La micidiale questione teorica relativa al modo con cui può farsi luogo al riconoscimento di nuovi diritti fondamentali e il rilievo al riguardo assunto da consuetudini culturali diffuse e radicate nel corpo sociale

Forse, non si sono ad oggi valutati a sufficienza i rischi ai quali i diritti vanno incontro *proprio* per effetto del loro non adeguatamente vigilato riconoscimento, vale a dire a causa di una inflazionata e dozzinale qualificazione di molte pretese soggettive, pure vigorosamente e persino prepotentemente avanzate, in termini appunto di “diritti fondamentali”⁶.

Si torni al riguardo a riflettere solo su due cose.

La prima è che, una volta considerata una certa disciplina positiva quale idonea a dare il riconoscimento di un nuovo diritto, se ne ha – secondo una tesi, come si sa, risalente ed assai accreditata – che la stessa risulta dotata di una formidabile capacità di resistenza avverso discipline sopravvenienti, in virtù della “copertura” ad essa assicurata dal principio fondamentale di cui all’art. 2 della Carta (anzi, ad esser più precisi, dallo stesso nel suo fare “sistema”, in primo luogo, col principio di cui all’art. 3 e, quindi, coi principi restanti⁷). La qual cosa – non è inopportuno precisare, a scanso di ogni possibile equivoco – non porta affatto all’esito di una esasperata “pietrificazione” della disciplina stessa, per la medesima ragione che, a mia opinione⁸, sta a base della eventuale modifica degli enunciati espressivi di principi fondamentali, anche se solo *in melius*, a finalità inclusiva⁹, al fine cioè di assicurarne una sempre crescente e *temporis ratione* adeguata valorizzazione¹⁰.

⁶ Avvertono, da diversa angolazione, di questo rischio, di recente, F. RIMOLI, *Sulla retorica dei diritti*, Mucchi, Modena 2018, e V. SCALISI, *L’ermeneutica della dignità*, Giuffrè - Francis Lefebvre, Milano 2018, 41 ss., spec. 48 s., che rinviene nel principio di dignità la *ratio* del riconoscimento dei nuovi diritti e allo stesso tempo “il necessario filtro alla loro ammissione”. Dal mio canto, mi sono già in più scritti dichiarato dell’idea che un autentico diritto fondamentale, vecchio o nuovo che sia, ha proprio nel suo porsi in funzione servente della dignità il suo tratto più genuinamente espressivo ed immediatamente qualificante.

⁷ Sulle mutue implicazioni che si intrattengono tra i principi di libertà ed eguaglianza, v., part., G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009.

⁸ Raggiugli nel mio *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, Intervento al Convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Catanzaro l’8 e il 9 giugno 2018 su *Alla prova della revisione. Settant’anni di rigidità costituzionale*, nel [sito telematico](#) del Gruppo di Pisa, 2/2018, 20 giugno 2018.

⁹ Sul divieto di revisioni costituzionali a finalità di “restaurazione”, v., già, G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e i limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Giuffrè, Milano 1987, 1183 ss., spec. 1206; sul carattere “inclusivo” degli enunciati espressivi di principi fondamentali (e, segnatamente, di quelli relativi ai diritti), v. A. LOLLO, *Eguaglianza e cittadinanza. La vocazione inclusiva dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano 2016.

¹⁰ Per l’aspetto ora indicato – torno qui a dire di sfuggita, dopo averne ripetutamente trattato altrove – si coglie come il sistema delle norme, nel suo dinamicamente svolgersi ed incessante rinnovarsi, risulti governato da canoni d’ispirazione sostanziale (o, meglio, assiologico-sostanziale) e possa, perciò, essere fedelmente rappresentato al piano teorico-ricostruttivo unicamente ricorrendo a schemi teorici aventi la medesima ispirazione. La qual cosa, a mio modo di vedere, linearmente e necessariamente discende dalla premessa, sulla quale ormai vi è quasi universale concordia, secondo cui l’essenza della Costituzione sta nei valori fondamentali che ne hanno determinato la nascita e che costantemente la sostengono e giustificano e, dunque, nei principi fondamentali che a quei valori danno voce e la più genuina ed

La seconda cosa da tener presente è che i diritti (autenticamente) fondamentali partecipano ad un “gioco” senza fine che tra gli stessi s’intrattiene e svolge, come pure con altri beni della vita parimenti fondamentali e dotati di riconoscimento costituzionale, un “gioco” che ogni volta si rinnova, specie in occasione delle più spinose e complesse vicende, obbligando gli operatori (e, segnatamente, i giudici) a parimenti complesse e non di rado sofferte ponderazioni assiologicamente connotate, in vista della fissazione del punto di sintesi più elevato raggiungibile, in ragione del caso, tra i beni in campo, vale a dire dell’affermazione della Costituzione come “sistema”¹¹. Sta di fatto, perciò, che uno slabbrato e non adeguatamente vigilato riconoscimento di nuovi diritti può comportare significative rinunce a carico di altri, fino in alcune non infrequenti evenienze al loro stesso, seppur provvisorio, accantonamento.

Si tratta, dunque, di chiedersi cosa possa farsi allo scopo di circoscrivere fin dove possibile i margini di errore nelle qualificazioni, allo stesso tempo pervenendo all’esito di accettabili bilanciamenti tra i beni in parola.

Riassumo qui, in breve, i risultati raggiunti in studi precedenti, la cui considerazione peraltro torna preziosa al fine di tentare di dare risposta al quesito che dà origine a questa riflessione.

A mia opinione¹², i diritti fondamentali sono bisogni elementari dell’uomo senza il cui appagamento l’esistenza non sarebbe – come dice la Carta all’art. 36 (con specifico riguardo alla misura della retribuzione ma con affermazione dotata di generale valenza) – “libera e dignitosa”. Senza i diritti, l’uomo non sarebbe autenticamente, pienamente “libero”, anzi non sarebbe un... *uomo*, se si conviene che la dignità è l’essenza stessa dell’uomo, ciò che fa (ed è) l’*humanitas* di ogni persona. Si dà – come si è tentato di mostrare in altri luoghi¹³ – un rapporto complesso tra i diritti e la dignità, dal momento che quest’ultima può costituire oggetto di un diritto (alla dignità, appunto), anzi del primo dei diritti¹⁴, ma è, allo stesso tempo, la fonte di ogni altro. In questo senso, può dirsi che la dignità è concetto necessariamente autoreferenziale, autofondantesi, proprio perché fa tutt’uno con ogni essere umano, qualunque cosa quest’ultimo ne abbia fatto: anche colui che svende la propria dignità, facendo commercio di se stesso e del proprio corpo, va infatti comunque trattato come se non l’avesse mai persa, come un uomo appunto¹⁵.

immediatamente espressiva rappresentazione positiva. Ed è allora chiaro che le norme, *quali che siano le fonti da cui sono prodotte*, che si dimostrino essere idonee a servire nel modo più *immediato, diretto e necessario* i principi stessi vengono da questi ultimi dotate di un formidabile scudo protettivo e finiscono con il dividerne le sorti; e, dunque, possono essere, sì, innovate ma solo al fine di risultarne viepiù promosse e portate ad ulteriore espansione e ad ancora più saldo radicamento nel tessuto ordinamentale e sociale. Se ne ha, peraltro, conferma *per tabulas* dalla giurisprudenza sui limiti all’abrogazione referendaria alla quale non possono soggiacere norme idonee ad apprestare una “tutela minima” a beni costituzionalmente protetti e, in via generale, dal riconoscimento operato dalla Carta costituzionale, quale novellata nel 2001, della esistenza di “livelli essenziali” di prestazioni assicurate ai diritti, le norme che fanno luogo alla loro fissazione ancora una volta potendo essere innovate unicamente *in melius* (su ciò, anche *infra*).

¹¹ All’idea di “sistema” la giurisprudenza costituzionale ha, specie di recente, fatto insistito e pressante richiamo (*ex plurimis*, v. [sentt. nn. 236 del 2011](#); [264 del 2012](#); [1, 85, 170 e 202 del 2013](#); [10 e 49 del 2015](#); [63 del 2016](#); [124 e 269 del 2017](#)).

¹² La tesi è rappresentata nel mio [Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela](#), in AA.VV., *Cos’è un diritto fondamentale?*, cit., 337 ss., nonché in questa [Rivista, Studi, 2016/II](#), 263 ss., dal quale possono, volendo, aversi maggiori ragguagli sul punto ora rapidamente toccato; in tema, di recente, G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Il Mulino, Bologna 2017, e F. RIMOLI, *Sulla retorica dei diritti*, cit., spec. 46 ss.

¹³ ... tra i quali, di recente, il mio [La dignità dell’uomo e il diritto di avere diritti \(profili problematici e ricostruttivi\)](#), in questa [Rivista, Studi, 2018/II](#), 392 ss.

¹⁴ Si rammenti l’efficace titolo dato dal compianto S. RODOTÀ ad un suo libro di qualche anno addietro (*Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari 2013), peraltro ripreso – come si sa – da un pensiero di H. Arendt, cui si è ora richiamato anche C. PINELLI, *Il principio di dignità e la giurisprudenza sui diritti dei richiedenti asilo*, in [Rivista di Diritti Comparati](#), 2018, 37 ss.

¹⁵ Occorre nondimeno distinguere caso da caso, pur laddove il comportamento risulti essere oggettivamente sempre identico a sé (appunto, la vendita del corpo); e così la donna che si prostituisce unicamente per godere di una vita agiata o per puro diletto svende la propria dignità, a differenza della donna che è a ciò costretta dal bisogno o dietro percosse e minacce per sé e i propri cari. Ad ogni buon conto, come si è altrove mostrato e qui pure si tiene a rimarcare, ogni persona, per il solo fatto di essere tale, va pur sempre trattata in modo rispettoso della sua dignità, per la elementare ragione che quest’ultima, facendo tutt’uno con la *humanitas* della persona stessa, non può mai essere perduta [pregnanti notazioni sul punto in F. VIOLA, *I volti della dignità umana*, in AA.VV., *Colloqui sulla dignità umana*, a cura di A. Argiroffi - P. Becchi

Non è di qui tentare di definire o ridefinire la dignità: s'illudono quanti pretendono di toccarla o afferrarla con mano e tenerla saldamente in pugno o, peggio, assumono che essa, a conti fatti, non esista o, addirittura, che sia un concetto “stupido”¹⁶, comunque polisemico¹⁷ e, a conti fatti, idoneo a risolversi, puramente e semplicemente, nella (e riduca alla) mera autodeterminazione di ciascun soggetto¹⁸. L'essenziale – troviamo scritto ne *Il piccolo principe* – è “invisibile agli occhi” e, però, proprio perché tale, c'è ugualmente, come l'aria che respiriamo e che non vediamo ma senza la quale non potremmo sopravvivere. D'altro canto, che si dia, debba darsi una connotazione e definizione anche oggettiva della dignità è provato proprio dal riferimento ad essa fatto nell'art. 36, sopra richiamato¹⁹: sarebbe davvero singolare, folle, come si è tentato di mostrare altrove, la pretesa di colui che assuma di poter stabilire insindacabilmente la misura della retribuzione per il lavoro prestato rapportandola alla propria, parimenti insindacabile, idea di esistenza “libera e dignitosa”.

Tutto ciò posto, è evidente che il problema è così solo impostato nel modo, a mia opinione, giusto

- D. Anselmo, *Aracne*, Roma 2008, 107 (al cui pensiero si è, tra gli altri, richiamato R.G. CONTI, [La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?](#), in questa [Rivista, Studi, 2018/1](#), 228 e nt. 33), a cui opinione la dignità “non può essere perduta da alcun essere umano, anche da quello più misero e sofferente o da quello più miserabile e abbruttito”; similmente, per G. SILVESTRI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana: bilanciamenti, conflitti e integrazioni delle tutele*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 57, essa “non deve essere ‘meritata’ dal singolo individuo e non può mai essere perduta, qualunque sia il comportamento tenuto”. Efficacissima, poi, l'affermazione di M.A. GLENDON, *Il fondamento dei diritti umani: il lavoro incompiuto*, ora in AA.VV., *Tradizioni in subbuglio*, a cura di P.G. Carozza e M. Cartabia, Rubbettino, Soveria Mannelli 2007, 98, secondo cui “i diritti umani sono fondati sul dovere di ciascuno di portare a compimento la propria dignità, che a sua volta obbliga a rispettare la ‘donata’ scintilla di dignità presente negli altri, qualunque cosa costoro ne abbiano fatto”. Da ultimo, il legame indissociabile che si intrattiene tra il principio di dignità e il principio di persona è messo in evidenza con opportuni rilievi da V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, cit., spec. 26 ss.].

¹⁶ S. PINKER, *The stupidity of dignity*, in *The new Republic*, 28 maggio 2008, richiamato anche da B. SGORBATI, *La dignità umana tra diritto internazionale, fondamenti storico-filosofici e prospettive nell'ambito del biodiritto*, in [Biolaw Journal](#), 2/2017, 72, in nt. 4.

¹⁷ La “poliedricità” del concetto è, tra gli altri, rilevata, oltre che da B. SGORBATI, nello scritto appena cit., da M. BELLOCCI - P. PASSAGLIA, *La dignità dell'uomo quale principio costituzionale*, nel [sito telematico](#) della Corte costituzionale, 2007; A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, ESI, Napoli 2012 e, della stessa, *Dignità. Le contraddizioni*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, III, Giappichelli, Torino 2016, 1785 ss., e, pure *ivi*, G. ZAGREBELSKY, *Dignità e orrore*, 2635 ss.; P. VERONESI, *La dignità umana tra teoria dell'interpretazione e topica costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2014, 315 ss.; R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 127 ss., ma *passim*; V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, cit., spec. 15 ss. In prospettiva giusfilosofica, v. la sintetica ma densa rappresentazione della pluralità delle accezioni via via prospettate della dignità che è in F. VIOLA, *Dignità umana*, in *Enc. fil.*, III (2006), 2863 ss.; v., inoltre, E. RIPEPE, *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, Giappichelli, Torino 2014; G. TURCO, *Dignità e diritti. Un bivio filosofico-giuridico*, Giappichelli, Torino 2017, e, ora, AA.VV., *La dignità in questione. Un percorso nel dibattito giusfilosofico contemporaneo*, a cura di V. Marzocco, Giappichelli, Torino 2018, e G. MANIACI, *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia e al suicidio assistito*, in [Rivista AIC](#), 1/2019, 16 gennaio 2019, 54 ss.

¹⁸ Una conversione, questa, che ha soprattutto nelle dolorose vicende relative al fine-vita il suo emblematico banco di prova, come testimoniano taluni casi che hanno fortemente diviso studiosi e pubblica opinione, quale da ultimo quello *Cappato*, peraltro ad oggi pendente davanti alla Consulta per effetto di una discussa (e discutibile) decisione da quest'ultima adottata di rinvio della definizione della causa al prossimo settembre, in attesa di un (improbabile) intervento risolutore del legislatore.

Una vigorosa sottolineatura dell'autodeterminazione, strettamente ed inscindibilmente connessa alla salvaguardia della dignità, è, tra gli altri, in S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., spec. 210; ulteriori riferimenti, ora, in C. CASONATO, *I limiti all'autodeterminazione individuale al termine dell'esistenza: profili critici*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2018, 3 ss. Non si trascuri tuttavia l'avvertenza di un'accreditata dottrina secondo cui l'autodeterminazione può, specie in talune sofferte vicende della vita, tradursi in comportamenti lesivi della dignità [ancora di recente, G.M. FLICK, *Considerazioni sulla dignità*, Intervista rilasciata ad A. D'Aloia per conto di [Biolaw Journal](#), 2/2017, 8, che riprende e precisa ulteriormente alcune indicazioni date nel suo *Elogio della dignità*, Libreria Editrice Vaticana, Roma 2015; v., inoltre, M. REICHLIN, *La discussione sulla dignità umana nella bioetica contemporanea*, in [Biolaw Journal](#), 2/2017, 93 ss.] o – come pure è stato lucidamente rilevato (V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, cit., spec. 31 ss.) – portare all'esito abnorme di fare di ciascuno di noi “un potenziale tiranno di sé stesso” (38).

¹⁹ ... oltre che in altri disposti della Costituzione e – non si dimentichi – di altre Carte, a partire da quella di Nizza-Strasburgo, parimenti vigenti nel nostro ordinamento e – come si tenterà di mostrare – provviste di forza normativa non inferiore a quella della nostra legge fondamentale.

ma, di certo, non può dirsi risolto; piuttosto, è spostato in avanti, dovendosi quindi rinvenire uno o più criteri idonei a fissare la misura suddetta e, dunque, a conti fatti, a mettere a fuoco il concetto di dignità e, di riflesso, quello di diritto fondamentale. Una questione che – com'è chiaro – vale specialmente per i nuovi diritti, innominati dalla Carta, ma vale anche per i vecchi, essi pure bisognosi di essere rimessi a punto concettualmente e fatti oggetto di una protezione adeguata al contesto in cui al presente s'inscrivono e chiedono di farsi valere.

Soccorre al riguardo, a mio modo di vedere, un criterio che appare essere il più oggettivo di tutti, che rimanda, in ordine alla individuazione degli autentici diritti fondamentali, a *consuetudini culturali* di riconoscimento ormai affermatesi e radicatesi nel corpo sociale: l'ulteriore riconoscimento da parte degli operatori (e, segnatamente, come si vedrà a momenti, di legislatore e giudici) consegue all'affermazione delle consuetudini in parola, costituisce (e *deve* costituire) cioè disvelamento di ciò che è racchiuso negli strati più profondi della società e che perciò richiede di esser portato alla luce e fatto oggetto di congrua protezione. D'altro canto, la stessa Costituzione – secondo l'aureo insegnamento di V.E. Orlando che, a sua volta, si rifaceva espressamente alla nobile tradizione romanistica – è disvelamento (“riconoscimento”, appunto) di interessi e beni diffusamente ed intensamente avvertiti e dei *mores* formati in ordine alla loro salvaguardia²⁰; e non è inopportuno rammentare che ancora oggi la più accreditata dottrina si riconosce, con originali svolgimenti, in questa indicazione metodico-teorica²¹.

La questione si complica, tuttavia, terribilmente in relazione a consuetudini incipienti, che lottano per la loro affermazione ma che non sono ancora pervenute a piena maturazione.

Si pensi, per fare ora solo uno dei molti esempi che potrebbero al riguardo addursi, al diritto al matrimonio tra persone dello stesso sesso, il cui riconoscimento è oggi – come si sa – vigorosamente reclamato da molti e da molti altri però osteggiato, considerato cioè una pretesa inaccettabile, che fa a pugni con l'idea stessa della primigenia formazione sociale, la famiglia, nella sua ristretta e propria accezione, quale peraltro accolta dalla stessa giurisprudenza costituzionale ([sent. n. 138 del 2010](#)).

Le consuetudini, per loro natura, non vengono mai alla luce *ex abrupto*; possono, sì, darsi eventi scatenanti, che portano a fare un balzo in avanti decisivo al fine della loro compiuta affermazione ma presentano sempre carattere progressivo: vale per le consuetudini quali fonti del diritto e vale anche per le consuetudini culturali, come a me piace chiamarle, e per ogni altro genere di consuetudine sociale. Non escludo che gli storici del futuro, guardando retrospettivamente alla vicenda cui si fa ora

²⁰ Scriveva il fondatore della scienza giuspubblicistica in Italia ne *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Arch. giur.*, 1889, ora in ID., *Diritto pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano 1940, 18, che “il diritto pubblico non si codifica, non solo per la ragione, gravissima certo, ma di indole transitoria, della poca elaborazione che esso ha avuto, ma soprattutto perché l'indole medesima di quei rapporti non si presta, non che ad una codificazione, spesso nemmeno ad una dichiarazione legislativa. Sono osservazioni così comuni da parer triviali, il ricordare che il principio su cui si fonda il governo di gabinetto non è stato scritto in nessuna legge, che impossibile è determinare la parte che, per diritto pubblico, resta riservata alla consuetudine, e che su molti argomenti i vari diritti pubblici positivi mancano di una legge, e la scienza non crede conveniente di farla”. Ancora, poi, sul finire della sua lunga ed operosa esistenza, troviamo affermato nello *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/1951, ora in *Scritti giuridici vari (1941-1952)*, Giuffrè, Milano 1955, 19, che “i giuristi romani, infatti, non meno degli anglosassoni, restarono fedeli nell'attendere allo sviluppo spontaneo del diritto e nel riconoscere in esso la vera ed unica forza conferita dai *mores maiorum* e dalla tradizione, mentre non sono certo superati dai tedeschi moderni per ciò che riguarda la ricostruzione in forma di sistema di quei principî che l'evoluzione giuridica era venuta formando e la trasformazione di essi in regole normative, ma derivate, non originarie” (ha, di recente, fatto il punto sul magistero orlandiano V. TEOTONICO, *Contributo alla riflessione sul lascito di Vittorio Emanuele Orlando nel diritto pubblico*, Cacucci, Bari 2018).

²¹ L'idea del “disvelamento”, con specifico riguardo alla materia costituzionale, è vigorosamente patrocinata, tra gli altri, da P. GROSSI, a cui opinione “una attività consistente nel *creare* non si addice a una realtà fondamentale quale il diritto, che è già scritto, sia pure negli strati profondi dell'esperienza; che è, però, sempre da decifrare e che va, pertanto, cercato e trovato. Orbene, i Costituenti furono straordinariamente provvisti di *capacità inventiva*...” [L'*invenzione della Costituzione: l'esperienza italiana*, in *Dir. pubbl.*, 3/2016, 816; dello stesso, più di recente, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2017; sul pensiero di G., v. O. ROSELLI, *L'invenzione del diritto (Considerazioni a margine di un recente libro di Paolo Grossi)*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 1/2018, 23 marzo 2018, e C. FARALLI, L'“*invenzione*” della Costituzione a settant'anni dalla nascita. A proposito di Paolo Grossi, *L'invenzione del diritto*, in *Riv. fil. dir.*, 1/2018, 171 ss.].

riferimento, possano vedere nella legge sulle unioni civili una importante tappa in vista del riconoscimento *pleno iure* del diritto alle nozze a beneficio degli omosessuali; può darsi, invece, che la legge in parola si ponga quale la punta più avanzata, la finale, di un processo di maturazione culturale e normativa inidoneo a portarsi ancora oltre. Escluderei, invece, che possa immaginarsi un regresso rispetto a questa giusta conquista: sarebbe uno di quei casi di riforma *in peius* che – come si è sopra rammentato – non può comunque trovare giustificazione alcuna ed è anzi frontalmente contrastata dai principi di libertà ed eguaglianza, nel loro fare “sistema”.

Sta di fatto che il diritto, tanto se ad opera del legislatore quanto se di giurisprudenziale fattura, non può né restare indietro né però portarsi troppo oltre rispetto alle consuetudini culturali in parola: in un caso e nell’altro, infatti, risulterebbe squilibrato, irragionevole, e finirebbe, a conti fatti, con l’essere respinto dal corpo sociale, esattamente così come si ha in caso di trapianto di un organo estraneo al corpo ricevente, laddove non dovesse risultare efficace la terapia antirigetto.

Il diritto (in senso oggettivo) è, insomma, tenuto a mostrarsi costantemente adeguato, conforme, ai diritti soggettivi, nelle loro proiezioni culturali (una indicazione, questa, che, come si vedrà, torna preziosa al fine di rivedere nella giusta luce modi e forme della tutela dei diritti stessi). La qual cosa, nondimeno, non esclude, ed anzi implica, che la “razionalizzazione” positiva, per il fatto stesso di venire ad esistenza, possa avviare inusuali processi culturali volti a rimettere a fuoco i diritti ovvero concorrere, per la sua parte, alla formazione di nuove consuetudini culturali: con un moto – come si vede – di mutua e incessante ricarica tra cultura e diritto, ciascun termine della relazione avendo comunque bisogno dell’altro al fine di potersi far valere ed ulteriormente trasmettere nel tempo.

3. Due paradossi in tema di diritti: cresce la platea di coloro che astrattamente ne godono e crescono i diritti stessi per numero e pretese di appagamento ma diminuiscono le risorse allo scopo disponibili e, ancora, chiamati ad un innaturale ruolo di “supplenza” nei riguardi del legislatore i giudici, nell’intento di dare tutela ai diritti, si fanno decisori politici ma, così facendo, pregiudicano quella tipicità dei ruoli che è stata pensata proprio in funzione della ottimale salvaguardia dei diritti stessi

Le vicende dei diritti si ambientano e svolgono a tutti i piani della vita sociale, a ciascuno di essi nondimeno assumendo connotati peculiari e risentendo di suggestioni e condizionamenti in genere di contesto di varia intensità e capacità d’incidenza. Ad ogni piano, poi, uno speciale rilievo va assegnato a crisi ed emergenze in genere i cui riflessi sono d’immediata evidenza proprio a carico dei diritti, specie di quelli che si trovano davanti ad esse maggiormente esposti.

Un dato è al riguardo da tenere particolarmente presente, con riferimento alle mutue implicazioni che tutti i diritti si fanno: per essi, infatti, vale ed è sistematicamente avvalorata la regola, che è peraltro propria dei principi fondamentali e delle loro vicende, secondo cui *simul stabunt vel simul cadent*. I diritti, poi, come nel sistema dei vasi comunicanti, riversano gli uni sugli altri le risorse di cui dispongono al fine di potersi affermare e, però, allo stesso tempo, riflettono a vicenda anche gli effetti negativi ai quali ciascuno di essi va incontro, specie con riferimento a quelli di essi idonei ad incidere più a fondo, nella loro stessa struttura costitutiva²². Il fenomeno, malgrado sia di corpora ed immediata evidenza, fatica ad essere colto appieno e descritto come si conviene fin nelle sue pieghe più sottili e recondite.

Un solo esempio per tutti. Si consideri il diritto alle nozze, da una coraggiosa giurisprudenza ([Corte cost. n. 245 del 2011](#)) riconosciuto – come si sa – anche allo straniero irregolare. Ebbene, è questo uno degli esempi più illuminanti di come non possano ormai più, se mai hanno potuto, essere tenuti

²² Non è vero (o, meglio, non è *sempre* vero), dunque, quanto rilevato da molti studiosi secondo cui la crescita di un diritto andrebbe fatalmente a discapito di un altro o di altri. Come si viene dicendo, infatti, alle volte l’innalzamento del livello di un diritto spinge parimenti in alto quello di altri e così pure per il caso opposto dell’abbassamento; può inoltre darsi il caso che l’uno ovvero l’altro movimento dell’asticella si rifletta, allo stesso tempo, in un arricchimento ovvero in un impoverimento del patrimonio dei diritti della persona, a seconda delle situazioni soggettive evocate in campo dal caso stesso e del contesto in cui la singola vicenda s’inscrive e svolge.

rigorosamente distinti (o, peggio, separati a colpi d'accetta) i diritti etico-sociali rispetto ai diritti economico-sociali ed agli stessi diritti politici. Per effetto del riconoscimento del diritto in parola, infatti, lo straniero può acquistare lo *status* di cittadino, con tutti i diritti e doveri che gli sono propri, avendone pertanto costi e benefici apprezzabili compiutamente solo di volta in volta.

La stessa Costituzione novellata nel 2001, peraltro, espressamente prende atto della difficoltà di seguitare a riprodurre, nel modo schematico di un tempo, la usuale partizione dei diritti in “civili” e “sociali”, tutti avendo comunque bisogno – come si è poc'anzi rammentato – di “livelli essenziali” di prestazioni senza il cui raggiungimento sarebbero fatalmente sacrificati.

Di qui, un primo esito, a prima vista, paradossale, al quale si è già fatto cenno in sede di notazioni introduttive di questo studio; ed è che crescono per numero i diritti, come pure le loro pretese di tutela, con specifico riguardo a quelli aventi natura etico-sociale, e diminuiscono fatalmente le risorse disponibili per la tutela degli stessi o di altri diritti ad essi comunque inscindibilmente legati, specie di quelli la cui affermazione comporta i maggiori costi.

Di qui, poi, un secondo paradosso, che si rende particolarmente visibile sul terreno su cui maturano le esperienze dei *diritti scientificamente condizionati* ma che non di rado si ha anche con riguardo ai vecchi diritti; un paradosso che, peraltro, rimanda alla generale questione, dietro accennata, relativa ai luoghi ed ai modi coi quali può prendere forma in modo acconcio il riconoscimento dei nuovi diritti e si ha la incessante messa a punto dei vecchi.

Va fatta una preliminare considerazione; ed è che le sfide viepiù impegnative e le minacce e insidie crescenti alle quali i diritti vanno incontro richiede la discesa in campo a loro salvaguardia di tutti gli operatori, pur nella naturale, costituzionalmente imposta, tipicità dei ruoli e delle responsabilità. Solo in tal modo, infatti, si può coltivare la speranza che i rischi, perlomeno quelli di maggior effetto, possano essere fugati o, quanto meno, contenuti i danni che i diritti sono obbligati in una certa misura a patire. È ovvio – è stato ripetuto in innumerevoli sedi, sia pure con varietà di accenti e argomenti²³ – che la prima e più rilevante parte spetta fare ai decisori politici (e, dunque, principalmente al legislatore); i giudici, tutti i giudici (comuni e costituzionali, nazionali e non), scendono (o, meglio, *dovrebbero* scendere) in campo solo in seconda battuta, a rimorchio e a salvaguardia delle previsioni stabilite dal legislatore. La qual cosa, nondimeno, non toglie che quest'ultimo risulti poi debitore culturalmente delle indicazioni e sollecitazioni venute dalla pratica giuridica, nelle sue più salienti espressioni, rivedendo e variamente correggendo ed integrando i prodotti normativi dapprima sfornati.

Ora, è un dato di comune acquisizione, talmente notorio da risultare persino banale dovervi qui fare richiamo, che questo modello teorico-ricostruttivo si è trovato (e si trova) soggetto a forti torsioni, a causa di ritardi e carenze della normazione che hanno obbligato (ed obbligano) i giudici a forme abnormi di “supplenza” – come suole essere chiamata – i cui effetti di sistema (al piano della normazione stessa come pure a quello delle relazioni istituzionali) sono d'inusitata gravità, peraltro ad oggi ancora solo in parte indagati e fatti oggetto di adeguata sistemazione teorica.

Si badi: che anche i giudici siano chiamati dallo stesso modello ad un compito di normazione (in larga accezione) non è, ad opinione di molti, da dubitare. La complessità dei casi della vita, specie di quelli che trovano sbocco nelle vicende processuali, porta a dire che, tanto laddove il legislatore resti totalmente inerte quanto, all'opposto, che faccia luogo a discipline connotate da disposti eccessivamente minuti e dettagliati, i giudici si trovano comunque obbligati ad un faticoso e non di rado sofferto compito di rifacimento sostanziale dei testi, a colmare cioè strutturali lacune della legislazione²⁴ ovvero a rendere duttile e flessibile ciò che, a motivo del sovraccarico dei disposti

²³ Da ultimo e per tutti, R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in [Rivista AIC](#), 4/2018, 30 dicembre 2018, 619 ss.

²⁴ In tema, di recente, interessanti spunti di ordine teorico-ricostruttivo sono offerti da G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in [Rivista AIC](#), 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss., e, nella stessa *Rivista*, R.G. RODIO, *Alcune riflessioni su anomalie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale*, 1/2019, 16 gennaio 2019, e C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, cit.

(specie laddove infarciti di irragionevoli divieti²⁵), era in origine troppo rigido, incapace dunque di piegarsi davanti alla varietà del reale e ad offrire a ciascuna delle sue espressioni l'ottimale servizio, alle condizioni oggettive di contesto.

Il modello maggiormente adeguato ai complessivi bisogni dei diritti, specie (ma non solo) appunto di quelli scientificamente condizionati, vede, pertanto, la legislazione connotata da essenzialità di disposti (in buona sostanza, *per principia*)²⁶ e i giudici naturalmente chiamati a darvi svolgimento ed *attuazione* (e non già, come pure ritenuto da un'accreditata dottrina²⁷, mera *applicazione*) a mezzo delle regole di volta in volta sollecitate dai casi²⁸.

Il punto è, però, che siffatta normazione di fattura giurisprudenziale dovrebbe pur sempre svolgersi entro il solco tracciato dalla legislazione, far cioè opera di adattamento dei suoi principi ai casi, non già prendervi – irragionevolmente, appunto – il posto: tanto che ciò sia presentato quale esito di processi complessi d'interpretazione quanto che prenda forma a mezzo di pronunzie dei giudici costituzionali additive o sostitutive dei testi, si sarebbe pur sempre in presenza – per riprendere un'antica e fortunata espressione – di un “uso alternativo” della normazione. Di contro, per la tesi qui nuovamente patrocinata, la normazione posta in essere nelle sedi in cui si amministra giustizia dovrebbe porsi sempre (e solo) quale il naturale *prolungamento* della legislazione, non già la sua abnorme *sostituzione*. Debordando dall'alveo entro il quale devono stare, i giudici si fanno dunque decisori politici, alle volte anzi i massimi decisori²⁹, fino al punto di trasformarsi in un autentico

²⁵ Emblematica, in tal senso, la legge n. 40 del 2004, fatta giustamente a pezzi dalla giurisprudenza costituzionale, oltre che “riscritta” in molte sue parti per via d'interpretazione da una ipercreativa giurisprudenza comune [efficacissimo il titolo che riassume questa vicenda dato ad una sua sintetica ma densa riflessione da A. D'ALOIA, *L'ex 40*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 997 ss.].

²⁶ Così, *ex plurimis*, P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 524, del quale v., ora, le precisazioni che sono in *Rights on the move: come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)*, in *Biolaw Journal*, 2/2018, 77 ss.; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 38 ss., ma *passim*; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5 e, dello stesso, *amplius*, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; C. CASONATO, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti Costituzionali*, 17 giugno 2014; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *Biolaw Journal*, 3/2015, 168; nella stessa *Rivista*, A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, 1/2016, 105 ss.; M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, in *Biolaw Journal*, 1/2018, spec. 12 ss.; R.G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, in questa *Rivista*, *Studi 2018/I*, spec. 235 ss., e, dello stesso, ora, *Bioetica e biodiritto. Nuove frontiere*, in *Giustizia Insieme*, 28 gennaio 2019, e *Scelte di vita o di morte. Il giudice garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la l. 219/2017*, in corso di stampa per i tipi della Aracne; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, cit., spec. 170 s., e, se si vuole, anche il mio *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta - G. D'Amico - L. D'Andrea, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 257 ss., nonché in *Federalismi.it*, 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4. Da ultimo, G. LANEVE, *Legislature e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, cit., 407 ss., spec. 431.

²⁷ V., part., M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 4/2014, 10 ottobre 2014, nonché, ora, *Ermeneutica costituzionale e “massima attuazione della Costituzione”*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, ESI, Napoli 2018, 37 ss., spec. 43 ss. Sull'annosa questione della creatività della giurisprudenza, tra gli altri e di recente, v., in aggiunta allo scritto di G. LANEVE sopra cit., l'ampio saggio di G.P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 313 ss. In prospettiva giusfilosofica, v., almeno, L. FERRAJOLI, in più scritti, tra i quali, ora, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena 2018.

²⁸ Non si sottovaluti, poi, il ruolo al riguardo giocato dall'amministrazione, pur se in forme assai meno appariscenti di quelle possedute dalle pronunzie dei giudici, specie di quelli che hanno la maggiore visibilità, quali i giudici costituzionali (in argomento, di recente, M. D'AMICO, *Amministrazione creatrice ed esecutrice del diritto*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 8 novembre 2018).

²⁹ La spiccata tendenza, viepiù rimarcata nella più recente giurisprudenza, della Corte costituzionale a proiettare in primo piano sulla scena la propria “anima” politica – come si è soliti chiamarla –, lasciando sullo sfondo (o, diciamo pure,

potere costituente permanente, laddove si assista alla riscrittura del dettato costituzionale o di quello di altri documenti normativi materialmente costituzionali, quali sono appunto le Carte dei diritti³⁰: un potere costituente, peraltro, dai mille volti, vuoi per il fatto che assai parcellizzata è la distribuzione territoriale delle sedi istituzionali in cui esso si rende manifesto e vuoi perché nella medesima sede uno stesso disposto può costituire oggetto innumerevoli volte del suo sostanziale rifacimento, persino ad opera dello stesso operatore, esattamente come si fa con un lavagna in cui ciò che è scritto può essere di continuo cancellato e sostituito.

Ed è proprio qui che si coglie il secondo paradosso. La Costituzione infatti – come sappiamo – è nella sua essenza la Carta dei diritti fondamentali, a salvaguardia dei quali è stata stabilita la separazione dei poteri, secondo la magistrale e ad oggi insuperata intuizione dei rivoluzionari francesi consacrata nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789³¹. Senza la seconda non avrebbe alcun senso il riconoscimento dei diritti che, anzi, rischierebbe, nella sua retorica enunciazione, di tradursi in un'autentica beffa per coloro che astrattamente ne godono ma che nei fatti di siffatto godimento sono privati.

Ebbene, il paradosso è dato dal fatto che molte volte i giudici sono costretti dalle complessive mancanze della legislazione a venir meno alla tipizzazione del loro ruolo rispetto a quello dei decisori politici, vale a dire a far cadere una delle basi portanti dello Stato costituzionale, pensata proprio al fine di preservare al meglio i diritti stessi. Come dire, con parole diverse ma identità di sostanza, che i giudici si rendono responsabili di evidenti e marcate torsioni di una delle due componenti della Costituzione allo scopo di servire fin dove possibile l'altra, senza però avvedersi del fatto che, privata di una delle sue gambe, la Costituzione non può portarsi avanti: sarebbe come immaginare che un edificio poggiante su due colonne possa ugualmente tenersi in piedi una volta che ne sia fatta crollare una di esse.

Torna allora a riproporsi l'antico, inquietante quesito: *il fine giustifica il mezzo o, quanto meno, lo giustifica sempre*³²? E ancora: è rimediabile quest'esito perverso, al quale parrebbe che l'intero sistema istituzionale debba fatalmente andare incontro? Non si dimentichi, infatti, che – come la

sacrificando) quella giurisdizionale, è rilevata con varietà di accenti ed argomenti da una nutrita dottrina (tra gli altri, C. DRIGO, *Le Corti costituzionali fra politica e giurisdizione*, Bononia University Press, Bologna 2017; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017; AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2017; v., inoltre, utilmente, in prospettiva comparata, AA.VV., *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, a cura di L. Mezzetti - E. Ferioli, Bonomo, Bologna 2018).

³⁰ Siffatto attributo delle Carte, poi, naturalmente si riflette sulle Corti, esse pure dunque tendenzialmente costituzionali, pur ovviamente mantenendo i tratti loro peculiari, conformemente alle loro origini, ai piani istituzionali ai quali operano, alle funzioni loro assegnate [su questa tendenza, tra gli altri v. O. POLLICINO, in più scritti, tra i quali *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010; O. POLLICINO - V. SCIARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti - V. Piccone, Aracne, Roma 2010, 125 ss.; 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; altri riferimenti in A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss., del quale v., inoltre, pure *ivi*, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'Unione sempre più stretta*, 1/2016, 381 ss.; AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, a cura di C. Padula, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, e, da ultimo, G. REPETTO, *Tra procedura e legittimazione politica. Il (fragile) momento costituzionale della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in corso di stampa in *Quest. giust.* Risolutamente contrario all'accostamento della Corte dell'Unione alla Corte costituzionale si è dichiarato M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio Costituzionale AIC*, 1/2017, 21 aprile 2017, spec. l'ult. par.].

³¹ Sulla varietà delle espressioni storiche del principio e la sua perdurante attualità, v., per tutti, la corposa indagine di G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I e II, Giuffrè, Milano, risp. 1979 e 1984.

³² È stato, nondimeno, ancora non molto tempo addietro rammentato da una sensibile dottrina che “i fini non giustificano mai i mezzi, perché sono sempre i mezzi a prefigurare i fini” (A. PUGIOTTO, *Dalla “porta stretta” alla “fuga” dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 169).

stessa Consulta ha fatto notare, in risposta alla critica ricorrente di proporsi quale legislatore alternativo – la “supplenza” alla quale essa si è trovata (e si trova) costretta non è stata “né richiesta né gradita”³³. Il che poi, andando al cuore del problema, equivale a chiedersi se possa porsi, almeno in parte, rimedio alla crisi della rappresentanza politica, nella quale è la radice da cui incessantemente si alimentano quelle complessive carenze della legislazione alle quali si è sopra fatto cenno (ma, di ciò, più avanti).

4. Il terzo paradosso, che vede ugualmente i giudici farsi decisori politici ma obbligati a sacrificare i diritti: “fatti” di emergenza sollecitano l’adozione di norme per farvi fronte che penalizzano, alle volte grandemente, i diritti, le quali norme poi sono non di rado mandate assolute dai giudici, trascurandosi tuttavia il dato elementare e di comune evidenza per cui quei “fatti” sono generati o, come che sia, alimentati da norme malfatte ovvero in tutto mancanti

Non sempre, tuttavia, le alterazioni del modello (in ispecie, per ciò che concerne lo svolgimento dei ruoli istituzionali) hanno nel bisogno di assicurare salvaguardia ai diritti la loro ragione d’essere; alle volte, si ha proprio l’inverso, assistendosi a ripetuti e gravi sacrifici dei diritti stessi, immolati al fine di offrire protezione ad altri interessi meritevoli di tutela e, persino, in situazioni di vera e propria emergenza, al fine di preservare la continuità dell’ordinamento nel tempo, di un’esperienza istituzionale cioè che rischierebbe altrimenti di restare travolta da un fatto di discontinuità costituzionale.

Qui, si coglie un terzo paradosso della complessiva vicenda cui si riferisce la succinta riflessione che si va ora facendo.

La “logica” dell’emergenza è perversa e soffocante allo stesso tempo. Nel suo nome, discipline positive che comportano costi assai elevati, alle volte francamente insopportabili, per i diritti vengono fatte salve da parte dei garanti (in ispecie, della Corte costituzionale), trascurandosi tuttavia il dato elementare e di tutta evidenza per cui non è il “fatto” in sé e per sé (potremmo dire: il mero “fatto”) ad essere incostituzionale bensì ciò che lo determina e consolida, a partire appunto da norme mancanti ovvero esistenti ma complessivamente carenti che ne agevolano l’affermazione e il radicamento.

Il circolo diviene così perfetto: norme inesistenti o, come che sia, difettose generano e alimentano il “fatto” contrario a Costituzione e quest’ultimo, a sua volta, incoraggia l’adozione di altre norme, volte a farvi fronte, che comportano gravi sacrifici per i diritti e, in genere, i beni della vita costituzionalmente protetti³⁴. Si danno, poi, situazioni di emergenza particolarmente grave, tale – come si diceva – da mettere in forse la sopravvivenza stessa dell’ordinamento che portano all’adozione di discipline positive che mettono sotto *stress* persino la dignità della persona umana, il valore dei valori – come lo si è altrove chiamato – o, secondo un’altra sua efficacissima rappresentazione, la “bilancia” su cui si dispongono i diritti e gli interessi in genere meritevoli di tutela al fine della loro mutua ponderazione³⁵.

³³ L’efficace espressione è del Presidente *pro tempore* G. ZAGREBELSKY, che l’ha utilizzata nel corso della Conferenza stampa relativa al 2004 con specifico riguardo alla mancata adozione di un’adeguata disciplina legislativa di attuazione del nuovo Titolo V; come si viene dicendo, ad essa può però riconoscersi generale valenza.

³⁴ Ho già anticipato i concetti ora evocati in altri luoghi (tra i quali, il mio [Fatti “interposti” nei giudizi di costituzionalità, sacrifici insostenibili imposti ai diritti fondamentali in tempi di crisi economica, tecniche decisorie a salvaguardia dell’etica pubblica repubblicana](#), in questa [Rivista, Studi](#), 6 novembre 2014, spec. al § 3); li riprendo, ora, con ulteriori precisazioni e svolgimenti.

³⁵ La bella immagine della bilancia si deve – come si sa – a G. SILVESTRI, che vi ha fatto più volte richiamo, a partire da *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, nel [sito telematico](#) dell’Associazione Italiana dei Costituzionalisti, 14 marzo 2008; si sono, tra gli altri, rifatti a questa indicazione teorica G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Libreria Editrice Vaticana, Roma 2015, e C. SALAZAR, *I principi in materia di libertà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura - A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 205 ss.; altri riferimenti, ora, in V. SCALISI, *L’ermeneutica della dignità*, cit., 41 ss., spec. 44 s. Considerano, invece, la dignità soggetta a bilanciamento, tra gli altri, 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., del quale v. inoltre, *I controlimiti e l’eterogenesi dei fini (a proposito della sent. Corte*

Si pensi, ad es., a ciò che si è da noi avuto al tempo in cui la morsa della crisi economica si è fatta talmente stretta da risultare soffocante, portandoci ad un passo dal *default* di Stato e obbligando il Governo Monti all'adozione di misure gravemente penalizzanti e francamente insopportabili per larghe fasce della popolazione³⁶ e, più ancora, a quanto s'è fatto al tempo del terrorismo rosso per far fronte al quale è venuta alla luce una disciplina normativa, fatta quindi salva da [Corte cost. sent. n. 15 del 1982](#), che innalzava in modo abnorme i termini massimi di carcerazione preventiva al fine di evitare che persone sospette di appartenere alle brigate rosse e detenute in attesa di processo potessero essere rimesse in libertà, con rischi evidenti per la incolumità individuale e collettiva.

La "logica" perversa sopra illustrata ha qui avuto, forse, la sua emblematica rappresentazione: non riuscendosi a celebrare i processi in tempi ragionevoli (premessa maggiore del sillogismo), occorre adeguare alla loro insopportabile durata il tempo della custodia in carcere (premessa minore), ad opera di disciplina giustificata dall'emergenza e perciò mandata assoluta in sede di sindacato di costituzionalità (conclusione verace).

Anziché andare alla radice del male (la premessa) si è intervenuti (e si interviene) a valle, non sanzionando l'autore di un rimedio perverso, che poi era (ed è)... lo stesso responsabile del male.

È singolare l'esito paradossale di questa vicenda messo a raffronto col paradosso precedentemente esposto. In un caso e nell'altro, infatti, tanto che i giudici operino a salvaguardia dei diritti quanto che li sacrificino in nome di altri interessi considerati meritevoli di prioritaria considerazione, si assiste non di rado ad interventi comunque forzosi nei riguardi della Costituzione, della sua stessa essenza. La Costituzione, insomma, comunque ne soffre; e si tratta, quindi, di stabilire quale sia la soglia di tolleranza di una siffatta, complessiva torsione, dove cioè si situi il punto di non ritorno di un'alterazione dei ruoli istituzionali che – come si è venuti dicendo – fa tutt'uno con l'alterazione della Costituzione.

È evidente che, perdurando ed anzi ulteriormente aggravandosi la crisi della rappresentanza politica³⁷, i garanti sono naturalmente sollecitati a convertirsi, snaturandosi, in decisori politici. La proliferazione di tecniche decisorie viepiù raffinate ed incisive, elaborate dagli stessi giudici (in specie dalla Corte costituzionale), rende eloquente e – a dirla tutta – inquietante testimonianza di questo stato di cose; ed è un fenomeno che – come confermano recenti esperienze – parrebbe non conoscere sosta né limiti³⁸.

5. Il quarto paradosso: il sacrificio dell'autonomia politica delle Regioni, pensata in funzione

cost. n. 238 del 2014), in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Giappichelli, Torino 2016, 1270 ss., e G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.* 1/2011, 45 ss., spec. 69 ss.

³⁶ Ancora una volta, tuttavia, la giurisprudenza s'è dimostrata oscillante, ora avallando le scelte necessitate del legislatore ed ora invece sanzionandole. Non sempre, invero, i diritti (specie quelli già acquisiti) sono stati abbandonati a se stessi, in balia dei marosi della crisi. Coraggiosa e da molti apprezzata è parsa essere la posizione assunta, una volta superato il momento più critico della crisi, da [Corte cost. sent. n. 275 del 2016](#), specie nel suo passo in cui si rileva che "è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione".

³⁷ Fra le numerose illustrazioni che se ne sono date in tempi antichi e recenti, v., almeno ed anche per risalenti indicazioni, AA.VV., *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, a cura di A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015; F. BIONDI - G. BRUNELLI - M. REVELLI, *I partiti politici nella organizzazione costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 21 ss.; i contributi al Seminario su *Crisi della rappresentanza e nuove dinamiche della regolazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa*, Catania 3-4 aprile 2017, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2017, e quelli di O. MASSARI, *Partiti e parlamenti negli ordinamenti di democrazia pluralista*, e G. VECCHIO, *Crisi dei partiti e crisi del pluralismo*, in *Il problema del partito politico tra scienza politica e diritto*, in [Nomos](#), 3/2017; F. SCUTO, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Giappichelli, Torino 2017; A. MORELLI, *Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica*, in *Dir. cost.*, 1/2018, 95 ss., e, dello stesso, ora, *amplius*, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; in prospettiva filosofica, v., per tutti, L. FERRAJOLI, *Separare i partiti dallo Stato, riportare i partiti nella società*, in *Lo Stato*, 6/2016, 11 ss.; con riguardo alla dimensione sovranazionale, ora, A. COSSIRI, *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e sovranazionale. I fattori normativi*, FrancoAngeli, Milano 2018.

³⁸ Si rammenti nuovamente, ad es., l'anomalo rinvio della decisione sul caso Cappato disposto da un atto, l'[ord. n. 207 del 2018](#), nel quale risulta vistoso lo scollamento tra la veste formale e la sostanza in essa racchiusa.

della salvaguardia dei diritti e, in genere, dei bisogni maggiormente avvertiti dalla comunità stanziata sul territorio, un sacrificio che ha, nondimeno, cause plurime, in ispecie dislocate nel “sistema” dei partiti per un verso, nella emersione impetuosa di crisi ed emergenze varie per un altro, e che è talora motivato proprio in relazione all’obiettivo di dare un congruo appagamento ai diritti

Alla crisi della rappresentanza politica, per un verso, e, per un altro verso, anche (ma non solo) ad emergenze varie si deve poi un ulteriore esito paradossale³⁹, costituito dalla forte contrazione dell’autonomia degli enti territoriali (a partire dalle Regioni) registratasi nel corso dell’intera esperienza repubblicana ma che proprio negli anni a noi più vicini ha avuto le sue più emblematiche e vistose testimonianze. Ed è un esito paradossale proprio per il fatto che esso è talora giustificato in relazione all’obiettivo di dare appagamento ai diritti, trascurandosi tuttavia la circostanza per cui l’autonomia è stata pensata già in tempi risalenti ed obiettivamente sfavorevoli alla sua affermazione⁴⁰ proprio al fine di assicurare l’ottimale tutela ai diritti e, in genere, a bisogni diffusamente e intensamente avvertiti in seno al corpo sociale, bisogni peraltro almeno in parte diversi da luogo a luogo, sì da richiedere strutture parimenti diversificate chiamate a farsene carico in modo adeguato.

Rivista questa vicenda *dal punto di vista dei diritti*⁴¹, piana appare essere la conclusione secondo cui il sacrificio dell’autonomia, dovuto a spinte neocentralistiche particolarmente vigorose e pressanti⁴², naturalmente ridonda in sacrificio per i diritti che dalla promozione dell’autonomia stessa si attendono l’ottimale appagamento.

³⁹ Ovviamente, per la parte in cui l’alterazione del modello costituzionale di autonomia si deve a situazioni di emergenza possono riproporsi, sia pure con adattamenti, le notazioni dietro fatte a riguardo della spirale perversa in cui fatti e norme vengono non di rado a disporsi.

⁴⁰ È noto che già nel corso della vicenda risorgimentale e, specificamente, al tempo della unificazione del Regno pensatori illustri avevano vagheggiato l’istituzione delle Regioni, ancorché intese in modi assai diversi sia tra di loro che rispetto al disegno poi affermatosi alla Costituente; il carattere accentrato dell’organizzazione dello Stato post-unitario era, nondimeno, un esito pressoché obbligato al fine di tenere unito ciò che altrimenti avrebbe potuto subito tornare ad essere frammentato e diviso.

⁴¹ ... come si è tentato, ancora di recente, di fare nel mio *L’autonomia legislativa delle Regioni, rivista dall’angolo visuale dei diritti, e i suoi ossimori*, in [Diritti regionali](#), 3/2018, 18 dicembre 2018.

⁴² ... spinte la cui provenienza ha, alle volte, fuori delle mura domestiche i luoghi in cui sono generate e da cui incessantemente si alimentano e traggono rinnovato vigore, ad es. dall’Unione europea, da cui hanno origine vincoli viepiù stringenti a carico dello Stato che poi sono da quest’ultimo addotti a giustificazione di politiche fortemente accentratrici. In realtà, le cose non stanno affatto così, dal momento che è ormai provato che l’osservanza dei vincoli suddetti può bene conciliarsi con il rispetto del riparto costituzionale di materie e funzioni, secondo quanto peraltro lo stesso art. 4.2 TUE esplicitamente riconosce (sul significato di quest’enunciato, fatto oggetto di ricostruzioni di vario segno, v., tra gli altri, F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell’europeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; S. GAMBINO, *Identità costituzionali nazionali e primauté eurounitaria*, in *Quad. cost.*, 3/2012, 533 ss.; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1/2012, 263 ss. e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino 2013; T. CERRUTI, *Valori comuni e identità nazionali nell’Unione europea: continuità o rottura?*, in [Federalismi.it](#), 24/2014, 24 dicembre 2014, e, pure *ivi*, G. CAPONI - V. CAPUZZO - I. DEL VECCHIO - A. SIMONETTI, *Omogeneità costituzionale europea e identità nazionali: un processo di integrazione circolare tra valori costituzionali europei e teoria dei controlimiti* e, più di recente, G. DI FEDERICO, *L’identità nazionale degli stati membri nel diritto dell’Unione europea. Natura e portata dell’art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; AA.VV., *Primato del diritto dell’Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, a cura di C. Amalfitano, Giuffrè, Milano 2018; G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2018, 781 ss.; L.S. ROSSI, 2, 4, 6 TUE... *l’interpretazione dell’“Identity Clause” alla luce dei valori fondamentali dell’UE*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l’Union: la long parcours de la justice européenne*, Giappichelli, Torino 2018, 859 ss.; A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall’integrazione europea*, in [Federalismi.it](#), 20/2018, 24 ottobre 2018, spec. §§ 5 e 6; F.-X. MILLET, *Plaidier l’identité constitutionnelle de l’État devant la Cour de justice*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 831 ss.; v., inoltre, i contributi in tema di *Constitutional Adjudication in Europe between Unity and Pluralism*, a cura di P. Faraguna - C. Fasone - G. Piccirilli, in *It. Journ. Publ. Law*, 2/2018. Infine, se si vuole, v. il mio *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2018, 31 dicembre 2018).

Questa conclusione è, in buona sostanza, da tener ferma ma rischia di dimostrarsi parziale e affrettata.

E infatti.

In primo luogo, va precisato che la contrazione degli spazi dell'autonomia, avuto specifico riguardo a quella regionale, non si deve al proposito scientemente coltivato e linearmente e fermamente perseguito di ridurre gli spazi entro cui i diritti possono affermarsi: un effetto, questo, che piuttosto si ha di riflesso e per ragioni diverse. Scavando al fondo della vicenda regionale, per come è venuta fin qui tra non poche contraddizioni e autentica sofferenza svolgendosi, ci si avvede che alla base della sua riduttiva e persino svilita affermazione vi sono strutturali carenze del c.d. "sistema" dei partiti⁴³, in particolare vi è il difetto di un'autentica dimensione regionale dei partiti stessi. Opportunamente, infatti, la più avvertita dottrina ha da tempo messo in evidenza come le direzioni nazionali dei partiti non consentano che le loro ramificazioni periferiche dispongano di una effettiva autonomia decisionale, quanto meno con riguardo all'assunzione delle decisioni di maggior peso (quali quelle relative alla definizione delle alleanze politiche ed alla gestione in genere delle crisi di governo). Non dandosi compiuta autonomia politica dei partiti, di riflesso non si dà autonomia politica degli enti territoriali in cui questi operano⁴⁴.

Sia chiaro. La crisi dell'autonomia non ha cause solo esogene, dipendendo in larga misura anche da palesi carenze e limiti complessivi manifestati dai decisori locali, da incapacità di progettazione dello sviluppo della società governata, alle volte accompagnata da grave miopia istituzionale⁴⁵, sì da dar vita ad un'autentica miscela esplosiva, gravemente penalizzante per i bisogni maggiormente avvertiti dalla comunità stanziata sul territorio.

Il vero è che fa da noi difetto – a me pare – un'autentica *cultura regionale*: le Regioni ci sono ma l'idea regionale non è mai stata metabolizzata dalla cultura istituzionale, sono insomma rimaste come una sorta di sovrastruttura artificiosa, incapace di radicarsi nel terreno ordinamentale e sociale e in esso di crescere e portare i frutti sperati.

Le emergenze, poi, hanno fatto il resto; il bisogno di farvi fronte ha portato all'esito di ulteriormente alimentare quella spinta all'accentramento che parrebbe essere una "costante" della organizzazione, a tutti i livelli istituzionali e in tutte le forme in cui si manifesta. Non a caso,

⁴³ Metto volutamente tra parentesi il termine per evidenziare quanto poco invero di... *sistematico* esso possieda, se si conviene che il termine stesso evoca l'idea di una sia pur relativa stabilità ed armonia di cui invece – come si sa – non si ha alcun riscontro. In realtà, la crisi dei partiti parrebbe non conoscere limiti od ostacoli al suo sempre più accelerato avanzare, al punto che lo stesso sostantivo che designa siffatta specie di formazione sociale rischia di essere foriero di gravi fraintendimenti, ove si ammetta – come, a mia opinione, si deve – che i partiti di oggi sono una "cosa" talmente diversa da quella di un tempo che, con ogni probabilità, è forzato seguire a chiamarla con lo stesso nome.

⁴⁴ Su questo attributo particolarmente qualificante dell'autonomia ha più di ogni altro insistito con dovizia di argomenti e autentica passione civile il mio indimenticabile Maestro, T. MARTINES, in più contributi, tra i quali l'ormai classico *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 100 ss. È pur vero che il terreno costituzionale era (ed è) disseminato di intralci al libero dispiegarsi dell'autonomia, a partire da quell'autentica mina vagante che era data dall'"interesse nazionale" (per non parlare degli altri limiti, anche di quelli valevoli per la massima espressione di potestà legislativa, c.d. "piena" o "esclusiva", riconosciuta a beneficio delle Regioni speciali, essi pure risultanti da formule connotate da somma vaghezza concettuale). Forse, dunque, può considerarsi eccessivamente generoso il riconoscimento di un'autentica pienezza di autodeterminazione politica a favore degli enti regionali (non a caso, un'avvertita dottrina discorreva delle leggi regionali in termini di fonti "subprimarie") e, non a caso, d'altronde, non era (e non è, a tutt'oggi) assicurata una vera "parità delle armi" – secondo la sua efficace qualificazione di una sensibile dottrina – al piano delle garanzie nei giudizi di costituzionalità. Di qui, tuttavia, a giustificare il trattamento nei fatti riservato all'autonomia stessa ne corre... Francamente intollerabile è, dunque, scaricare su pur obiettive carenze ed oscurità del dettato costituzionale le responsabilità della condizione avvilita in cui l'autonomia versa, le quali invece – come qui pure si viene dicendo – hanno altrove (e, segnatamente, nella politica e nel "sistema" dalla stessa composto) la radice da cui incessantemente si alimentano.

⁴⁵ Emblematica testimonianza di quest'ultima è data dalla mancata approvazione da parte delle Regioni ad autonomia differenziata di progetti di nuovi statuti, il cui varo è stato – come si sa – prefigurato dallo stesso autore della riforma del 2001; ed è solo grazie alla felice intuizione di quest'ultimo, che l'ha portato a prevedere la clausola di maggior favore al fine di estendere subito anche a tali Regioni le più avanzate condizioni di autonomia stabilite a beneficio delle Regioni di diritto comune, che si è potuto porre un argine alla deriva alla quale l'autonomia speciale è andata soggetta. Diciamo pure che si è tamponata in qualche modo una falla sempre più estesa, seppur col costo di una innaturale uniformità di regime che fa a pugni con l'idea stessa di autonomia differenziata.

d'altronde, le Regioni hanno trattenuto presso di sé quote consistenti delle funzioni ricevute dallo Stato sin dalle prime ondate di trasferimento, laddove avrebbero dovuto – com'è noto – dislocarle agli enti territoriali minori, nel mentre lo Stato ha avocato a sé compiti il cui adempimento avrebbe dovuto (e dovrebbe) gravare sulle Regioni (ed altri enti ancora) e, andando ancora più in alto, l'Unione europea ha – come si diceva – espresso vincoli alle volte fin troppo stringenti a carico degli Stati-membri. Insomma, una “sussidiarietà” rovesciata, perlopiù ascendente e non discendente, che ha finito con il riflettersi in uno squilibrato e inadeguato appagamento dei bisogni maggiormente diffusi.

Occorre, nondimeno, guardarsi dal rischio di far luogo a facili ma esasperate generalizzazioni: sempre a riguardare a questa vicenda, sia pure con la rapidità imposta a questa riflessione, *dal punto di vista dei diritti*, non si trascuri il fatto che alle volte alcuni di essi hanno potuto trovare appagamento proprio grazie all'avocazione all'alto di funzioni che avrebbero richiesto di essere esercitate ad un livello sottostante, come testimonia la nota vicenda della *social card*, inventata da una disciplina statale ricadente su materia – i servizi sociali – di spettanza delle Regioni e, ciononostante, fatta salva dalla Corte costituzionale ([sent. n. 10 del 2010](#)) proprio per il ristoro che essa dava a persone particolarmente bisognose⁴⁶. Come dice un vecchio adagio, rondine però non fa primavera; e, se si punta – come si è qui tentato di fare – unicamente a mettere in chiaro qual è la maggiore tendenza di una vicenda che ha carattere ordinamentale (e anzi, come si è veduto, persino proiezione sovranazionale), è inconfutabile – a me pare – che, al di là di occasionali e tutto sommato circoscritte espressioni della pratica giuridica (legislativa e giurisprudenziale) rispettose dell'autonomia, quest'ultima è stata complessivamente, gravemente sacrificata, al punto che è da chiedersi se si diano le condizioni oggettive di contesto che possano darle modo di risollevarsi e riprendere vigore, se non pure nella misura e nelle forme auspicate dal modello costituzionale, in modo tale da potersi comunque tradurre in un servizio apprezzabile dalla comunità che ne è destinataria.

6. Il quinto paradosso: l'effetto domino che si ha ogni qual volta comportamenti abnormi adottati da un organo (in specie, giurisdizionale) determinano reazioni parimenti abnormi da parte di un altro, con effetti imprevedibili per i diritti

Possono, insomma, considerarsi fondate le speranze che a siffatto stato di cose possa porsi, almeno in parte, rimedio?

Il modello – come si diceva – vorrebbe che ciascun operatore faccia fino in fondo e come si deve la propria parte. Solo che la crisi della rappresentanza politica sembra essere – si è fatto notare da tempo dalla più avveduta dottrina⁴⁷ – la spia e la proiezione al piano dell'apparato di una generale e profondamente radicata crisi dei rappresentati, della società insomma, che ha quindi il suo speculare riflesso nelle sedi istituzionali preposte alla direzione politica. Dubito molto che, quanto meno a breve, si possa coltivare il fondato proposito di una inversione di rotta di un *trend* che va anzi ulteriormente crescendo e radicandosi nel tessuto sociale.

Non sembra dunque realistico prefigurare un riequilibrio nei rapporti tra centro e periferia o tra legislatore e giudici, perlomeno fintantoché non si diffonderà e sarà metabolizzato dal corpo sociale il bisogno di una intima adesione all'etica pubblica repubblicana, del recupero cioè di un senso della cosa pubblica che parrebbe essersi ormai definitivamente smarrito e, a conti fatti, come si dirà meglio sul finire di questa riflessione, di una cultura dei diritti alimentata e sorretta da una cultura dei doveri, consapevolmente avvertita ed autenticamente vissuta.

Dobbiamo, in particolare, chiederci se si diano le condizioni per un recupero dell'equilibrio al

⁴⁶ Si tocca qui con mano il paradosso di cui si è venuti dicendo: compressa l'autonomia quale fonte di realizzazione dei diritti al fine di assicurare una qualche tutela ai... *diritti stessi*.

⁴⁷ V., part., M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in AA.VV., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di N. Zanon - F. Biondi, Giuffrè, Milano 2001, 109 ss., e, dello stesso, *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee*, in *Teoria pol.*, 2015, 113 ss., spec. 128. Tra i molti che si sono rifatti a questa indicazione teorica, v., ora, G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, cit., spec. 423 ss.

piano dei rapporti dei garanti *inter se*, che va esso pure soffrendo crescenti e vistose alterazioni, delle quali è spia eloquente la tendenza al “riaccentramento” vigorosamente espressa dalla più recente giurisprudenza costituzionale, la quale poi – come subito si vedrà – può avere riflessi negativi proprio a carico dei diritti, specie laddove il sindacato da parte della Consulta si consideri essere una soluzione obbligata e però assai problematicamente ottenibile⁴⁸.

Va, al riguardo, nondimeno riconosciuto che di eccessi e carenze si è avuto largo riscontro praticamente in ogni sede in cui si amministra giustizia, tanto presso i giudici comuni quanto presso la Corte costituzionale e, in ambito esterno, presso le Corti sovranazionali.

Ancora una volta, si assiste non di rado ad una sorta di effetto domino: comportamenti abnormi posti in essere dall’una sede danno luogo a reazioni parimenti abnormi da parte di altre, con un moto di mutua ricarica dagli imprevedibili esiti per i diritti che, trovandosi a mezzo tra due litiganti, alle volte finiscono con il prendere colpi da entrambi. Un risultato – come si vede – paradossale, sol che si pensi che le relazioni tra i giudici dovrebbero essere costantemente informate dal (ed orientate verso il) principio della massimizzazione della tutela dei diritti stessi e, in genere, dei beni della vita meritevoli di tutela⁴⁹. A farne le spese, poi, non di rado sono i prodotti legislativi, oggetto – come si

⁴⁸ Malgrado la vigorosa spinta avutasi (specie con riguardo alle leggi elettorali), per effetto – ad esser franchi – di una vistosa torsione dei canoni che stanno a base dei giudizi di costituzionalità, al fine di portare alla cognizione della Corte questioni che non avrebbero potuto pervenirvi (e, dunque, alla forte contrazione delle “zone franche” non ricopribili dal sindacato della Corte stessa), sta di fatto che si hanno non pochi casi al verificarsi dei quali il sindacato stesso difficilmente può spiegarsi, come testimonia da ultimo la vicenda del c.d. “decreto sicurezza”, oggetto di “ribellione” da parte di alcuni giudici (in tema, tra gli altri e per tutti, A. MORELLI, [La “ribellione” dei sindaci contro il “decreto sicurezza”: la tortuosa via per la Corte costituzionale](#), in questa [Rivista, Studi, 2019/I](#), 7 gennaio 2019, 1 ss., e M. CARDUCCI, [La “disobbedienza” dei Sindaci come “intreccio” di doveri “diffusi” di difesa dei diritti](#), in [laCostituzione.info](#), 7 gennaio 2019). La qual cosa, poi, per la sua parte ulteriormente avvalorata la tesi, altrove argomentata (da ultimo, nel mio *Dopo Taricco: identità costituzionale e primato della Costituzione o della Corte costituzionale?*, cit., part. ult. par.), secondo cui un “riaccentramento” esasperato del controllo di costituzionalità, oltre che tradursi in un autentico *boomerang* per lo stesso giudice delle leggi, può rivelarsi – ed è ciò che più importa – nocivo per i diritti e la Costituzione, comunque meno attrezzato del controllo diffuso (seguito dalla immediata disapplicazione di norme di legge frontalmente contrarie a Costituzione) a farsi carico di certi bisogni impellenti incisi da atti primari di normazione che calpestinano i diritti fondamentali.

Troppo presto, poi, è oggi per poter stabilire se i diritti potranno trarre beneficio dal riconoscimento operato, sia pure con riferimento a casi con ogni probabilità eccezionali, della qualità di “potere dello Stato”, ai fini e per gli effetti di cui all’art. 134 cost., in capo al singolo parlamentare in occasione della sofferta approvazione nel dicembre scorso della legge di bilancio, impugnata – come si sa – da alcuni parlamentari. Malgrado, infatti, la dichiarazione d’inammissibilità del ricorso avutasi nella circostanza, non è da escludere che – sia pure in casi, come si diceva, con sommo rigore selezionati – si possa assistere ad impugnazioni dirette di norme di legge da parte delle minoranze parlamentari sotto forma di conflitti da menomazione. Altra questione, la cui trattazione rimanda tuttavia di necessità a luoghi diversi da questo, è quella relativa al fondamento del “filtro” immaginato dalla Consulta per i ricorsi dei singoli parlamentari, giustificati unicamente laddove la menomazione delle loro prerogative risulti essere grave e manifesta, con la conseguenza che la loro condizione risulta discriminata rispetto a quella di altri “poteri dello Stato”. D’altronde, il carattere grave e manifesto della violazione della Costituzione ricorre – come si sa – in più ambiti di esperienza, al fine di radicare la competenza della Corte a conoscerne (ad es., per ciò che attiene al sindacato sui decreti-legge in relazione alla sussistenza dei presupposti fattuali giustificativi della loro adozione), senza nondimeno che sia chiaro, ancora una volta, quale ne sia la teorica giustificazione.

⁴⁹ Il principio in parola è fatto oggetto, specie di recente, di studio da parte di una crescente dottrina (tra gli altri e variamente, v. A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, spec. 222 ss., ma *passim*; N. COLACINO, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, in [Diritti Comparati](#), 3/2017, 15 dicembre 2017, § 3, e, dello stesso, *Costituzione e Carte europee dei diritti nel recente orientamento del giudice delle leggi: supremazia assiologica o primato funzionale?*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2018; F. DE VANNA, *I ‘controlimiti’ tra disordine delle fonti ed equilibrio del diritto*, in [Federalismi.it](#), 23/2017, 20 dicembre 2017, spec. al § 3; G. SILVESTRI, *L’individuazione dei diritti della persona*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 29 ottobre 2018; R. ROMBOLI, [La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell’ordinamento costituzionale italiano](#), in questa [Rivista, Studi, 2018/III](#), 24 dicembre 2018, 626 ss.; S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, cit., spec. 60 ss.; infine, D. TRABUCCO, *Tutela multilivello dei diritti e sistema delle fonti nei rapporti tra la CEDU e l’ordinamento italiano. Verso un ritorno ai criteri formali-astratti a garanzia della superiorità della Costituzione*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2018, 31 dicembre 2018, spec. 10 ss. Sulla vocazione espansiva dei diritti, v., inoltre, G. D’AMICO, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in AA.VV., *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell’Assemblea Costituente*, a cura di F. Cortese - C. Caruso - S. Rossi, FrancoAngeli, Milano 2018, 97 ss., spec. 114 ss.; pure *ivi* si è, ancora di recente, dichiarato in senso critico circa la possibilità di far valere con profitto il canone del massimo *standard* R. BIN, *70 anni dopo. Attualità*

diceva – di corposi, ancorché non sempre immediatamente vistosi, rifacimenti, tanto per via d'interpretazione quanto a mezzo di addizioni e manipolazioni in genere di ordine testuale⁵⁰.

Si pensi, ad es., alle vicende della interpretazione conforme (a Costituzione così come a diritto internazionale e a diritto eurounitario)⁵¹. Innumerevoli sono i percorsi che la stessa può intraprendere, le forme espressive, gli effetti. Ebbene, sembra che una spinta non da poco ad usi non adeguatamente vigilati della tecnica in parola sia venuta anche (seppur, evidentemente, non solo) dalla manovra di “riaccentramento” posta in essere dalla Consulta specie con la discussa (e discutibile) [sent. n. 269 del 2017](#), a sua volta mossa dall'intento di recuperare a beneficio del giudice costituzionale quella centralità di ruolo in ordine alla salvaguardia dei diritti costituzionali che è parsa appannata o, come che sia, messa a rischio dall'infittirsi del “dialogo” tra i giudici comuni e la Corte dell'Unione per effetto di un utilizzo viepiù intenso e fecondo dello strumento del rinvio pregiudiziale (uno strumento del quale peraltro – com'è noto – lo stesso giudice costituzionale aveva in passato ritenuto di non potersi avvalere⁵²). Sta di fatto che, già all'indomani dell'adozione di questa importante pronuncia e, quindi, nell'anno trascorso dalla sua venuta alla luce, i giudici comuni (a partire dalla loro più

e mitologie della Costituente. Discutendo le relazioni di Morelli, Faraguna, D'Amico e Saitto, 170 ss., del quale v., ora, anche *Critica della teoria dei diritti*, cit., spec. 63 ss., ma *passim*).

⁵⁰ Se volessimo riproporre la “logica”, cui si è dietro fatto cenno, secondo cui il fine giustifica il mezzo, potremmo concludere nel senso che le manipolazioni poste in essere dagli interpreti (e, segnatamente, dai giudici) hanno non poche volte portato (e portano) ad esiti “migliorativi” dei testi di legge, con conseguente beneficio per i diritti. Si è tuttavia dietro veduto che l'alterazione dei ruoli istituzionali è, comunque, un fatto intollerabile, anche dal punto di vista dei diritti (e, più largamente, della Costituzione).

⁵¹ Nutrita – come si sa – la letteratura che ne ha fatto oggetto di esame: tra gli altri, v., almeno, G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Giuffrè, Milano 2006 e, della stessa, *La Costituzione “sottintesa”*, in AA.VV., *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazione adeguatrice*, Giuffrè, Milano 2010, 3 ss., e [La \(parziale\) riconversione delle “questioni di interpretazione” in questioni di legittimità costituzionale](#), in questa [Rivista, Studi, 2016/II](#), 293 ss.; A. CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Aracne, Roma 2011; G. LANEVE, *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in AA.VV., *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, a cura di B. Caravita, Jovene, Napoli 2012, 3 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Ann.*, IX (2016), 391 ss.; AA.VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini - R. Cosio, Giuffrè, Milano 2017, spec. i contributi di cui alla parte II, e, ora, G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 99 ss.; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, cit., 37 ss.; M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, in [Questione Giustizia](#), 22 ottobre 2018, e con particolare riferimento all'ordinamento spagnolo, R.G. RODIO, *Il Tribunal Constitucional spagnolo ed i limiti all'interpretazione conforme a Costituzione*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2018, 13 novembre 2018. Con specifico riguardo alla CEDU, v., ora, P. ROSSI, *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2018; L. CASSETTI, *La “manipolazione” dell'efficacia delle sentenze della Corte EDU: misure riparatorie generali e sentenze pilota per andare oltre la “giustizia del caso singolo”*, relaz. alle XI Giornate di Diritto costituzionale su *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani*, svoltesi a Messina il 10 e 11 settembre 2018, i cui Atti, a cura di R. Romboli e A. Ruggeri, sono in corso di stampa per i tipi della Giappichelli, spec. al § 4; R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, cit., 624 ss., e infine lo studio monografico di V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, in corso di stampa, cap. IV; quanto al diritto dell'Unione europea, v., almeno, G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012; 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; V. PICCONE, in più scritti, tra i quali, da ultimo, *A prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di “sutura” post Corte costituzionale n. 269/2017*, in [Diritti Comparati](#), 16 marzo 2018, 298 ss.

⁵² È poi tutto da vedere se, per il caso che dovesse diffondersi la inversione dell'ordine temporale in cui si dispongono la pregiudizialità “comunitaria” (*rectius*, eurounitaria) e quella costituzionale, dandosi la precedenza a quest'ultima, il giudice costituzionale farà largo uso dello strumento del rinvio alla Corte dell'Unione, *ex art.* 267 TFUE. Personalmente, ne dubito, temendo il giudice delle leggi di doversi quindi assoggettare a *responsa* in tutto o in parte sgraditi, per discostarsi dai quali non gli resterebbe altra risorsa difensiva che quella della messa in campo dei “controlimiti” (un'arma da usare comunque con somma cautela e in frangenti pur sempre di raro riscontro). Ad ogni buon conto, il tribunale costituzionale è... *uno*; i giudici comuni, invece, sono sparsi per l'intero territorio della Repubblica. È dunque evidente che, realizzandosi la inversione suddetta, si avrà un calo vistoso dei rinvii alla Corte dell'Unione, specificamente per ciò che attiene alle disposizioni relative ai diritti. Questo scenario non mi sembra, invero, foriero di benefici per questi ultimi.

accreditata espressione, la Corte di Cassazione) hanno mostrato di non gradirne il senso complessivo e il fine da esso avuto di mira. E così, per un verso, si è fatta richiesta⁵³ di un “chiarimento” per ciò che attiene al limite posto dalla decisione suddetta all’esercizio del rinvio pregiudiziale⁵⁴; per un altro verso, poi, non si è avverata la condizione della denuncia della sostanziale coincidenza delle norme assunte a parametro, posta a giustificazione della proposizione della questione di legittimità costituzionale⁵⁵. La qual cosa – come si è fatto in altri luoghi notare⁵⁶ – induce per vero a pensare che si sia fatto (e si faccia) un uso “forte” (o, diciamo pure, forzato) della tecnica della interpretazione conforme.

Dal suo canto, anche la Corte dell’Unione non è rimasta silente; e in alcune sue decisioni ha mostrato chiari segni d’insofferenza nei riguardi del nuovo corso inaugurato dalla decisione suddetta: da un lato, si è ribadito senza mezzi termini che nessun limite precostituito può porsi all’attivazione dello strumento del rinvio pregiudiziale, laddove ne sia giudicato opportuno o necessario l’utilizzo da parte del singolo operatore di giustizia; da un altro lato, si è parimenti riconfermato l’obbligo su tutti gli operatori gravante di disapplicare norme di legge incompatibili con norme dell’Unione *self executing*, pur laddove contenute nella Carta di Nizza-Strasburgo⁵⁷.

I rapporti che si sono fin qui venuti ad intrecciare tra la Consulta e la Corte di giustizia richiederebbero, al fine di essere opportunamente rappresentati, uno studio di gran lunga più esteso ed approfondito di quello che è qui consentito; e lo stesso dovrebbe, ovviamente, dirsi anche per ciò che concerne i rapporti con la Corte di Strasburgo, come pure quelli che si hanno tra le Corti europee *inter se* e di tutte tali Corti con i giudici comuni⁵⁸. La rete è, infatti, ormai assai larga e fitta allo stesso

⁵³ ... specie da Cass., II sez. civ., 16 febbraio 2018, n. 3831, *Bolognesi c. Consob*. Altre pronunzie del giudice della legittimità in chiara dissonanza rispetto alle indicazioni date dalla sent. 269 possono vedersi in A. COSENTINO, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza di legittimità dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2018, 31 dicembre 2018. *Adde*, ora, Cass., sez. lav., 10 gennaio 2019, *Canestri c. ICCREA Banca*, ric. 2553-2014, pp. 47-48, nella quale si manifesta apertamente dissenso nei riguardi del punto di diritto fissato da [Corte cost. sent. n. 269 del 2017](#). La decisione è finemente argomentata; muove, tuttavia, da un assunto, nel quale per vero si riconosce un nutrito schieramento di studiosi ma sul quale ho altrove mosso riserve, vale a dire che la [sent. 269](#), cit., avrebbe stabilito (sia pure con la forza meramente persuasiva che è propria degli *obiter dicta*) la necessaria precedenza della pregiudizialità costituzionale rispetto a quella eurounitaria. A mia opinione, di contro, giusta la premessa secondo cui il ricorso alla Consulta si giustifica unicamente in caso di violazione di norma della Carta dell’Unione sostanzialmente coincidente con norma della Costituzione, non vedo come possa precludersi al giudice dubbioso circa l’esatto significato della prima di chiedere dapprima lumi alla Corte di giustizia.

⁵⁴ Com’è noto, la Consulta si è dichiarata dell’avviso che il rinvio in parola possa aversi unicamente “per altri profili” rispetto a quelli dapprima rilevati nell’atto con cui è sollevata questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto norma di legge sospetta di violare a un tempo una norma della Costituzione ed una della Carta dei diritti dell’Unione con la prima sostanzialmente coincidente. Un inciso che ha fatto molto discutere e che seguita verosimilmente a farlo fintantoché la Consulta non fornirà il “chiarimento” che le è stato sollecitato.

⁵⁵ Si sono, sì, avuti sporadici casi di denuncia della violazione di norme della Carta di Nizza-Strasburgo, delle quali tuttavia non si è rilevata la sostanziale coincidenza con norme della Costituzione; ciò che fa pensare che le une norme non erano qualificate *self executing* (altrimenti avrebbero dovuto essere portate ad immediata applicazione) o, meglio, che le autorità remittenti non dubitavano né del loro significato né della loro natura (quali norme idonee, o no, ad essere portate ad applicazione diretta), sì da non rendersi necessario l’interpello della Corte dell’Unione al fine di avere indicazioni al riguardo.

⁵⁶ Rimando sul punto al mio [Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile](#), in questa [Rivista, Studi, 2018/III](#), 548 ss., spec. 562.

⁵⁷ V., part., Corte giust., Prima Sez., 20 dicembre 2017, *Global Starnet*, e Grande Sez., 24 ottobre 2018, *XC, YB e ZA c. Austria*, e 22 gennaio 2019, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*.

⁵⁸ Con specifico riguardo ai rapporti tra la Corte EDU e i giudici nazionali, notazioni di vario segno possono ora vedersi in AA.VV., *Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte interamericana dei diritti umani*, cit.; *adde*, da ultimo, gli approfonditi studi di R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell’ordinamento costituzionale italiano*, cit., 618 ss.; V. SCARABBA, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, cit.; C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU nell’evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, cit., e, con specifico riguardo alla materia penale, da ultimo, i contributi all’incontro di studi su *La crescente influenza della giurisprudenza della Corte EDU sull’ordinamento penale italiano*, Catania 18 gennaio 2019. Un confronto tra le esperienze di alcuni Paesi può infine vedersi in A. OSTI, *L’implementazione delle sentenze della Corte europea dei diritti e le resistenze nazionali: tre modelli a confronto*, in *Quad. cost.*, 4/2017, 851 ss.

tempo⁵⁹, dal momento che non v'è campo di esperienza o diritto che non sia fatto oggetto di plurime e, non di rado, oscillanti o, diciamo pure, discordanti orientamenti manifestati persino da uno stesso giudice a breve distanza di tempo. D'altro canto, l'obiettivo del "dialogo" sta proprio in ciò: nell'intento di persuadersi a vicenda e – fin dove possibile – portare all'esito di correzioni della rotta dapprima intrapresa. Ne ha dato, ancora di recente, inequivoca testimonianza una vicenda molto discussa, *Taricco*, nel corso della quale si è assistito ad un cambiamento di posizione della Corte dell'Unione per effetto di una vigorosa sollecitazione in tal senso venuta dalla Corte costituzionale, seguito però da un ingiustificato irrigidimento di quest'ultima che, nella sua pronuncia di fine-partita, ha inteso nuovamente marcare la distanza dal giudice eurounitario che, invece, aveva prodotto un sensibile ed apprezzabile sforzo di ravvicinamento⁶⁰.

Il vero è che, al tirar delle somme, ciascun giudice sembra ad oggi essere internamente combattuto: per un verso, è consapevole di doversi comunque confrontare – gli piaccia o no – con altri giudici, quale che ne sia la natura o il "livello" istituzionale al quale operano, e perciò di dover ricercare – fin dove possibile – convergenze, se non pure identità, di orientamenti; allo stesso tempo, però, e per un altro verso, risente fortemente della suggestione (o, diciamo pure, tentazione) che lo induce a farsi portatore di soluzioni comunque idonee ad evidenziarne e a rimarcare la condizione di *primaauté* in seno alla trama istituzionale da tutti composta.

7. Il sesto paradosso: l'ordine gerarchico artificiosamente stabilito dalla giurisprudenza costituzionale tra le Carte dei diritti, malgrado la loro comune qualità di documenti "tipicamente costituzionali", che però, a mo' di boomerang, si ritorce contro i diritti stessi, e la natura strutturalmente composita dei diritti, nazionali proprio perché anche sovranazionali e sovranazionali in quanto anche nazionali, il loro riconoscimento ponendosi quale testimonianza emblematica del carattere "intercostituzionale" della Costituzione e delle altre Carte, vale a dire quale punctum unionis dell'identità costituzionale dello Stato e dell'identità costituzionale dell'Unione

⁵⁹ ... e più ancora promette di esserlo una volta entrato a regime anche per il nostro Paese il prot. 16 allegato alla CEDU, la qual cosa è peraltro opportunamente sollecitata da ultimo nel corso di un incontro svoltosi alla Consulta l'11 gennaio scorso tra i vertici della Corte EDU, della Corte costituzionale, della Cassazione (e relativa Procura generale), del Consiglio di Stato, della Corte dei conti e del Consiglio superiore della magistratura (un raffronto tra tale protocollo e i protocolli d'intesa tra la Corte EDU e le alte Corti nazionali è, ora, in R.G. CONTI, *Il Protocollo di dialogo fra Alte Corti italiane, Csm e Corte Edu a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu. Due prospettive forse inscindibili*, in [Questione Giustizia](#), 30 gennaio 2019). Non si dimentichi, infatti, che una sostanziale coincidenza di norme che danno il riconoscimento dei diritti potrà aversi (ed è, anzi, auspicabile che si abbia, rendendo testimonianza della convergenza degli indirizzi giurisprudenziali che le riguardano), oltre che tra la Carta dell'Unione e la Costituzione, anche con la CEDU, alla cui luce gli enunciati della prima Carta richiedono – come si sa – di essere interpretati (fatto nondimeno salvo il canone della miglior tutela). Con la conseguenza che, prima o poi, dovrà finalmente chiarirsi quale sia l'ordine giusto in cui, per l'aspetto temporale, si inseriranno le richieste di parere alla Corte di Strasburgo rispetto alla pregiudizialità eurounitaria ed a quella costituzionale (sempre che, naturalmente, si versi su ambito materiale sul quale può farsi applicazione della Carta dell'Unione). D'altro canto, la Corte di giustizia, una volta interpellata, dovrà pur sempre tener conto – come si sa – della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

⁶⁰ Tra i molti che hanno fatto oggetto di esame della vicenda in parola, v., almeno, AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi - C. Cupelli, Jovene, Napoli 2017; AA.VV., *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, a cura di I. Pellizzone, Giuffrè, Milano 2017; i contributi al forum su *La saga Taricco a una svolta: in attesa della decisione della Corte costituzionale*, in [Diritti Comparati](#), 1/2018, 4 ss.; R. MASTROIANNI, *Da Taricco a Bolognesi, passando per la ceramica sant'Agostino: il difficile cammino verso una nuova sistemazione del rapporto tra Carte e Corti*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2018; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale*, cit., e, della stessa, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l' "evoluzione" dei controlimiti attraverso il "dialogo" tra le Corti dopo la sent. cost. n. 115/2018*, in [Osservatorio Costituzionale AIC](#), 2/2018, 20 giugno 2018; AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, cit.; B. GUASTAFERRO, *Derubricare i conflitti costituzionali per risolverli: sezionando il caso Taricco*, in *Quad. cost.*, 2/2018, 441 ss., e, da ultimo, i contributi all'incontro di studio su *Il "dialogo tra le corti" parla anche di processo penale. Implicazioni e ricadute della vicenda "Taricco" sui rapporti tra ordinamenti e tra istituti della giustizia penale*, a cura di S. Quattrocchio, Alessandria 15 novembre 2018, in corso di stampa in *Legisl. pen.*, e G. COMAZZETTO, *Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017*, in [Federalismi.it](#), 24/2018, 19 dicembre 2018.

In questa oscillazione si specchia la complessiva vicenda delle Carte dei diritti e, di riflesso, dei diritti stessi. Nessuna di esse dispone del monopolio in ordine al loro riconoscimento, in particolare non ce l'ha più la Costituzione che, secondo tradizione, proprio in ciò aveva (ed ha) il suo tratto più genuinamente espressivo e qualificante: tutte le Carte sono infatti – come la stessa [sent. n. 269](#), dietro richiamata, ha ammesso, con specifico riguardo alla Carta dell'Unione ma con considerazione dotata di generale valenza – documenti “tipicamente costituzionali”.

Di qui, poi, una duplice conseguenza di cui, nondimeno, si fatica a prendere matura consapevolezza.

La prima (e più rilevante) è che le Carte – checché stancamente se ne dica in giurisprudenza⁶¹ – si pongono tutte in condizioni di parità, nessuna graduatoria potendosi fare in astratto o *in vitro* tra di esse, a motivo della forma dell'atto che le recepisce in ambito interno ovvero della loro provenienza. La graduatoria – se così vogliamo seguitare a chiamarla – piuttosto le Carte stesse possono ambire a stabilirla *in vivo*, al piano dei loro rapporti in ragione dei casi, per il modo cioè con cui ciascuna di esse si dimostra essere attrezzata a dare appagamento ai diritti in gioco, anzi – come si diceva – a darvi l'ottimale appagamento, alla luce di quell'autentica *Grundnorm* che governa l'andamento della partita e che è data dal “metaprinzipio” della massimizzazione della tutela. Una *primauté*, dunque, apprezzabile in primo luogo al *piano culturale*, ancora di più apprezzabile poi – come si è fatto in altri luoghi notare – laddove le Carte stesse riescano a fare “sistema”, reciprocamente integrandosi ed alimentandosi semanticamente nei fatti interpretativi, a fare insomma tutt'uno esprimendo norme sostanzialmente coincidenti e confacenti alle complessive esigenze del caso⁶². La forma più elevata (e – ciò che più conta – maggiormente idonea ad offrire un buon servizio ai diritti) dell'attitudine di ciascuna Carta a giocare un ruolo “sussidiario” nei riguardi delle altre viene, infatti, ad affermarsi non già laddove l'operatore si trovi obbligato a scegliere, in nome del “metaprinzipio” suddetto, una Carta al posto dell'altra o delle altre bensì quando dimostri di farne un uso congiunto e reciprocamente integrato, tutte esprimendo la medesima norma, sia pure raggiunta all'esito di un lungo e non di rado sofferto processo interpretativo alimentato dal mutuo e fecondo “dialogo” tra gli attori istituzionali.

È in questo scenario che si coglie ed apprezza la seconda conseguenza, a stare alla quale i diritti non hanno ormai più una sola natura o dimensione, nazionale o sovranazionale che sia, bensì una duplice o – se si preferisce altrimenti dire – esibiscono una natura internamente composita ed articolata. Come Giano bifronte, essi hanno una proiezione introversa ed una estroversa: esprimono, a un tempo, l'essenza della identità costituzionale dell'ordinamento cui appartengono le norme che fanno ad essi riferimento e quella degli ordinamenti coi quali il primo intrattiene una relazione stabile, in essi progressivamente integrandosi. Non vi sono, insomma, ormai più diritti solo nazionali o diritti solo sovranazionali ma diritti a un tempo (e di necessità) *nazionali e sovranazionali* o, per dir meglio, che hanno l'una qualità *proprio perché* hanno anche la seconda.

Se ne ha sicura riprova proprio dalla pur parziale integrazione degli ordinamenti in corso e, dunque, dal rimando che le Carte si fanno a vicenda, attingendo l'una dalle altre materiali e suggestioni che concorrono in significativa misura al rifacimento stesso della struttura della Carta in cui essi s'immettono. Basti solo pensare, per un verso, al rilievo posseduto, pur dopo il varo della Carta di Nizza-Strasburgo, dalle tradizioni costituzionali comuni, frutto sì di originale rielaborazione e creativa selezione da parte della Corte dell'Unione ma pur sempre operata su materiali estratti dagli ordinamenti nazionali, che hanno fatto – come si sa – la storia del costituzionalismo e che

⁶¹ La subordinazione delle Carte dei diritti rispetto alla Costituzione è infatti predicata dalla Consulta ora limitatamente ai principi fondamentali (quanto alla Carta di Nizza-Strasburgo) e ora con riferimento ad ogni norma della Costituzione (quanto alla CEDU e – viene da pensare – ad ogni altra Carta). Che, poi, come si è fatto notare in altri luoghi, *ogni* Carta (e proprio perché tale) naturalmente si confronti esclusivamente con enunciati della Costituzione espressivi dei principi suddetti o, come che sia, da questi “coperti” è questione di cui il giudice costituzionale sembra non volersi fare carico. Ad ogni buon conto, per le ragioni subito di seguito riassunte nel testo, è fuor di luogo immaginare di disporre a scala *documenti tutti, egualmente e tipicamente costituzionali*.

⁶² È questa, d'altronde, la direttiva di metodo offerta da una ispirata pronunzia del giudice costituzionale, l'[ord. n. 388 del 1999](#), alla quale tuttavia non sembra che lo stesso giudice abbia dato l'atteso e lineare svolgimento nei vent'anni trascorsi dalla sua venuta alla luce.

incessantemente la riscrivono dietro sollecitazioni di varia natura ed intensità venute dal contesto⁶³. Per un altro verso, poi, va tenuto conto, ancorché sin qui invero non si sia fatto in modo adeguato, della indicazione di cui all'art. 4.2 TUE, col richiamo operato ai principi di struttura degli ordinamenti nazionali, ai quali l'Unione s'impegna solennemente a prestare ossequio, in tal modo sussunti a contenuto qualificante di uno dei principi di base dell'Unione stessa. L'identità costituzionale degli Stati, quale risultante in prospettiva assiologicamente orientata dai principi suddetti, entra così per la sua parte a comporre l'identità costituzionale dell'Unione, e viceversa; e i diritti si pongono quale *punctum unionis* delle due identità, autentica cerniera ed emblema di una integrazione ormai avanzata, ancorché ad oggi non compiutamente matura. I riferimenti ai valori comuni ad Unione e Stati, fatto nell'art. 2 TUE, ne dà d'altronde la più eloquente testimonianza: valori che, com'è chiaro, non si pongono l'uno quale fotocopia dell'altro, nelle affermazioni che ne danno le Carte costituzionali e, più ancora, nelle loro traduzioni nell'esperienza, e tuttavia sono pur sempre chiamati a darsi costante sostegno, a reciprocamente intrecciarsi, esattamente come lo sono gli alberi di diversa specie che hanno radici diffuse sul medesimo terreno.

I casi nei quali questo o quel giudice ha tentato di separare a forza ciò che, di contro, è già unito, anche se non a pieno, possono dunque essere ricordati quali espressivi di goffi, ingenui e complessivamente infecondi tentativi di far girare all'indietro le lancette della storia; il presente, però, malgrado il rigurgito di nazionalismo imperante, è segnato da una progressiva e necessitata integrazione degli ordinamenti, alla quale dovrebbe piuttosto sempre accompagnarsi lo sforzo congiunto e poderoso posto in essere da tutti gli operatori al fine di assecondare siffatta tendenza alla integrazione, non già di ostacolarla.

Questa vicenda ha la sua emblematica rappresentazione al piano della teoria della Costituzione. Come si è altrove osservato, i diritti hanno natura internamente composita per la elementare ragione che composita è la struttura stessa della Costituzione e di ogni documento "materialmente costituzionale", ciascuno di essi facendo rimando agli altri e disponendosi dunque a farsi da essi rigenerare semanticamente senza sosta all'insegna del canone fondamentale della ricerca della miglior tutela. È questo il senso complessivo del loro essere tutti documenti "intercostituzionali"⁶⁴, avendo tra i propri principi fondanti appunto quello della mutua accoglienza, nondimeno condizionata nelle sue concrete movenze dal canone suddetto.

8. *Il rischio che il nazionalismo politico innaturalmente si converta in un antistorico e abnorme nazionalismo costituzionale e il modo più efficace per fugarlo da parte delle Corti, a condizione che tutte si riconoscano nella regola fondamentale che ne governa le relazioni costituita dalla parità*

⁶³ Il perdurante rilievo delle tradizioni in parola è variamente rimarcato dalla più sensibile dottrina [tra gli altri, 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 *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.; v., inoltre, utilmente, 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; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 16 luglio 2017, 4 ss.; P. MORI, *Taricco II o del primato della Carta dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, *Oss. eur.*, dicembre 2017; N. LAZZERINI, *sub art. 52*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Giuffrè, Milano 2017, 1073 ss.; i contributi di S. CASSESE, M. GRAZIADEI - R. DE CARIA, M.E. COMBA e O. PORCHIA che sono in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2017. Infine, G. COMAZZETTO, *Luci e ombre del dialogo tra Corti: la "saga Taricco" tra revirements e questioni irrisolte*, in questa *Rivista*, *Studi*, 2018/II, 347 ss., e G. DI FEDERICO, *La "saga Taricco": il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in *Federalismi.it*, 11/2018, 23 maggio 2018].

⁶⁴ Ho iniziato a discorrerne nel mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2001, 544 ss., svolgendo quindi questa indicazione teorica in altri luoghi.

delle Carte dei diritti e, di conseguenza, delle stesse Corti che ne sono istituzionalmente garanti, nonché per fugarlo da parte della comunità tutta, ispirandosi ad una cultura dei diritti sorretta e alimentata dalla cultura dei doveri

Osservando talune recenti vicende giurisprudenziali, nel corso delle quali si è assistito alla rivendica orgogliosa da parte di questa o quella Corte del titolo di esclusivo garante di una malintesa identità costituzionale⁶⁵, mi è venuto di pensare che anche il nazionalismo costituzionale s'inscrive nella generale tendenza ad una sterile ed autoreferenziale chiusura, riproponendosi schemi teorici ispirati ad un modello ormai storicamente superato, che però prepotentemente vorrebbe tornare ad affermarsi. D'altronde, secondo l'aureo insegnamento vichiano, la storia – come si sa – ciclicamente si ripete; e l'esperienza ce ne offre purtroppo tristi conferme.

Il *nazionalismo politico*, insomma, rischia di riprodursi anche al piano delle garanzie, convertendosi in un insano e improduttivo *nazionalismo costituzionale*. Qualora i prossimi sviluppi delle relazioni tra le Corti dovessero avallare questa tendenza, sarebbe a mia opinione la fine per i diritti e per la Costituzione. Di contro, la via da battere in modo risoluto e senza ripensamenti è esattamente quella opposta, dell'abbattimento degli steccati, non già quella dell'innalzamento di nuovi e invalicabili muri divisorii.

Al piano delle relazioni tra le Corti, quest'obiettivo può essere centrato unicamente ad una duplice condizione: per un verso, che si condivida da parte di tutte le Corti la regola fondamentale del gioco, che tra le stesse s'intrattiene e ormai pressoché quotidianamente si rinnova, della parità di tutte le Carte (e, di conseguenza, delle Corti stesse), senza alcun ordine gerarchico preconstituito e di formale fattura, senza cioè che la costruzione comune si concluda con un vertice in cui, in sovrana solitudine, trovi posto una sola Carta e una sola Corte, la qual cosa sarebbe la negazione *per tabulas* della comune natura “tipicamente costituzionale” di ciascuna Carta, portando allo stesso tempo all'esito fatale di fare della Corte che ne è istituzionalmente garante – come si diceva – un potere costituente permanente. Per un altro verso, poi, occorre prendere finalmente consapevolezza del fatto che tutte le Carte, *proprio perché costituzionali*, sono strutturalmente *lacunose e parziali*, non già *totali*⁶⁶, richiedendo pertanto di integrarsi a vicenda nei fatti interpretativi; di conseguenza, anche le Corti hanno bisogno di darsi mutuo sussidio, all'insegna del “metaprinzipio”, al quale si è qui più volte fatto richiamo, della ricerca del massimo *standard* di tutela.

Non possiamo tuttavia puntare solo sulle Corti, pur nella consapevolezza della assoluta rilevanza del ruolo dalle stesse giocato a presidio dei diritti. Nessun operatore, quali che ne siano la natura e le funzioni svolte, può con le sole forze di cui dispone assicurare un adeguato ristoro ai diritti, specie nella presente congiuntura gravata – come si è sopra rammentato – da pesanti ipoteche che condizionano la realizzazione dei diritti stessi in una misura complessivamente appagante. Occorre, dunque, come si è venuti dicendo, produrre uno sforzo collettivo e convergente nello scopo, posto in essere da tutti gli operatori, legislatori o giudici che siano⁶⁷.

Il nodo – come si accennava poc'anzi, a riguardo della crisi della rappresentanza politica e delle radici da cui incessantemente si alimenta – è nel profondo del corpo sociale; ed è, dunque, solo dal rifacimento del tessuto connettivo dello stesso che, a conti fatti, dipende il raggiungimento di risultati apprezzabili in ordine al godimento dei diritti.

Qui, viene subito in evidenza il rilievo della formazione di quelle consuetudini culturali, cui si faceva dietro parola, dalle quali dipende il riconoscimento di nuovi diritti e – ciò che più importa – la effettività della loro tutela. La *cultura dei diritti* però – qui è il punto – rischia di essere meramente,

⁶⁵ Emblematico espressivo di quest'*animus* l'atteggiamento tenuto, in occasione della vicenda *Taricco*, dietro richiamata, dal nostro giudice costituzionale, specie nella sua pronunzia di fine partita, la [sent. n. 115 del 2018](#), secondo quanto si è tentato di mostrare nel mio [Taricco, amaro finale di partita](#), in questa [Rivista, Studi, 2018/III](#), 488 ss.

⁶⁶ Su siffatto loro carattere ho più volte discusso, part. in *Lacune costituzionali*, in [Rivista AIC](#), 2/2016, 18 aprile 2016, e, nella stessa *Rivista*, *La “materia” costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, 4/2017, 12 dicembre 2017.

⁶⁷ Non si trascuri, peraltro, l'apporto che, in varie forme e con pari varietà di effetti, può venire dai pubblici amministratori e dagli stessi privati, specie dalle formazioni sociali spontanee che si costituiscano a fine di solidarietà, del quale nondimeno ora non può dirsi ma il cui rilievo non può ugualmente essere fatto passare sotto silenzio.

astrattamente declamata da pochi spiriti eletti, senza tradursi in convincimento diffuso e – ciò che più importa – operativo, costruttivo, laddove non si affermi e radichi una *cultura dei doveri*.

Se ne discute – come si sa – da tempo e sotto molti aspetti; è singolare, tuttavia, che non vi sia chi non reclami sollecita salvaguardia per questo o quel diritto senza però dichiararsi allo stesso tempo pronto all’adempimento di quei doveri inderogabili di solidarietà ai quali è fatto richiamo – di certo, non casuale – nello stesso principio fondamentale che fa riferimento di ordine generale ai diritti⁶⁸.

Più volte mi sono dichiarato dell’idea, della cui bontà mi faccio sempre più persuaso, che due siano i mali maggiormente diffusi e radicati nella società e che stanno poi a base di quella crisi dei rappresentati, ancora prima che dei rappresentanti, alla quale si faceva dianzi cenno, e che sono dati dalla corruzione diffusa e dalla iniqua distribuzione della ricchezza. Basterebbe anche solo un parziale contenimento di questi mali che vanno sempre più diffondendosi come un cancro inarrestabile nel corpo sociale perché ciascun individuo possa finalmente godere – come vuole la Carta – di un’esistenza “libera e dignitosa”. I giudici possono fare complessivamente poco al fine di debellare questi mali, pur non avendo fatto (e non facendo) venire meno il loro fattivo concorso a questa battaglia. Spetta, però, come si è venuti dicendo, in primo luogo ai decisori politici (e, dunque, al legislatore) segnare una svolta al fine di far volgere l’esperienza verso il modello costituzionale.

Di qui, la domanda finale, cruciale, spinosa: ci sono le condizioni perché il prossimo futuro possa essere maggiormente clemente del tempo presente?

Non nascondo al riguardo le mie preoccupazioni e talora, davanti a certe pratiche di mal governo, il vero e proprio scoramento, specie davanti al diffondersi, da noi come altrove (ma non è di certo, questo, un motivo di consolazione, tutt’altro...), di un nazionalismo esasperato misto ad un populismo becero e dissennato⁶⁹: un’autentica miscela esplosiva, che rischia di far riavvolgere la storia su se

⁶⁸ La dottrina più avvertita, nondimeno, non ha mancato da tempo di sottolineare il rilievo della cultura della solidarietà, in ciascuna delle sue forme espressive e ad ogni ambito materiale o istituzionale di esperienza (riferimenti in F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell’ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano 2002, e, dello stesso, *I doveri di solidarietà sociale*, in AA.VV., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - E. Grosso - J. Luther, Giappichelli, Torino 2007, 3 ss.; A. COSTANZO, *Declinazioni normative della solidarietà*, in AA.VV., *Struttura e senso dei diritti. L’Europa tra identità e giustizia politica*, a cura di F. Sciacca, B. Mondadori, Milano 2008, 169 ss.; S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un’utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari 2014; A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, cit., 305 ss., e dello stesso, ora, *Solidarietà, diritti sociali e immigrazione nello Stato sociale*, in questa *Rivista, Studi*, 2018/III, 533 ss.; F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Press, Bologna 2016; A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all’interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2016, 20 aprile 2016, 1 ss.; P. CHIARELLA, *Società a solidarietà limitata. Lo Stato sociale in Europa*, in *Pol. dir.*, 4/2017, 689 ss.; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino 2017; A. SCHILLACI, *Governo dell’economia e gestione dei conflitti nell’Unione europea: appunti sul principio di solidarietà*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2017, 17 marzo 2017, 27 ss.; S. GIUBBONI, *La solidarietà come “scudo”. Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quad. cost.*, 3/2018, 591 ss.; G. BASCHERINI, *La doverosa solidarietà costituzionale e la relazione tra libertà e responsabilità*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 245 ss.; infine, S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, cit., 271 ss.). Mi piace, infine, ricordare che un fermo ed opportuno – specie nella presente congiuntura politica... – richiamo all’adempimento dei doveri di solidarietà è venuto dal Presidente S. Mattarella, in occasione del suo messaggio di fine anno, sottolineato e corredato di acute notazioni da A. MORELLI, *Il discorso del Presidente Mattarella: la solidarietà non è “buonismo”*, e S. PRISCO, *Il discorso del Presidente Mattarella: “L’Italia che ricuce” ai tempi della disunità nazionale*, entrambi in *laCostituzione.info*, 3 gennaio 2019.

⁶⁹ Nella ormai incontenibile letteratura di varia provenienza che ne ha fatto, specie di recente, oggetto di studio, v., almeno, i contributi che sono nel fasc. 3/2015 di *Dir. pubbl. comp. eur.*, nonché J.-W. MÜLLER, *Cos’è il populismo?* (2016), trad. it., Università Bocconi Editore, Milano 2017; A. SPADARO, in più scritti, tra i quali di recente *Sui rischi, forse mortali, della democrazia costituzionale contemporanea. Prime considerazioni*, in *Rivista AIC*, 1/2017, 26 gennaio 2017, spec. 19 ss.; *Dalla crisi istituzionale al Governo Conte: la saggezza del Capo dello Stato come freno al “populismo sovranista”*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1 giugno 2018, e, ora, *L’evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, Relazione al Seminario di *Quad. cost.* su *La forma di governo italiana nel settantennio della Costituzione*, Bologna 17 settembre 2018, in corso di stampa; G. FERRAIUOLO, *Rappresentanza e populismo*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 29 luglio 2017; D. PALANO, *Populismo*, Editrice Bibliografica, Milano 2017; M. REVELLI, *Populismo 2.0*, Einaudi, Torino 2017; G. GRASSO, *Le “mouvement 5 étoiles” et les défis de la démocratie représentative: à la recherche d’une notion constitutionnelle de populisme?*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2017, 205 ss. e, dello stesso, *La “cifra democratica” del Movimento 5 Stelle*

stessa, di resuscitare gli spaventosi fantasmi di un passato in cui alcuni uomini si sono tramutati in belve feroci ed assassine.

Poi, però, penso che la società possiede pur sempre degli anticorpi in grado di difenderla, che dispone cioè di risorse nascoste che, messe in mano ad uomini coraggiosi ed animati da spirito di servizio, possono essere sfruttate come si conviene a beneficio dell'uomo, di *ciascun* uomo, quale che ne sia il colore della pelle, le opinioni politiche e quanto di bene o di male abbia fatto e fa, senza che perciò si giustificino trattamenti lesivi della sua dignità.

Insomma e per chiudere, la ragione mi fa temere il peggio; il cuore, invece, mi spinge a seguire a sperare che forse tutto non è ancora andato davvero perduto.

alla prova dell'art. 49 della Costituzione, in *Quad. cost.*, 3/2017, 616 ss.; A. MORELLI, *La democrazia come sistema aperto: il caso italiano*, in *Percorsi costituzionali*, 1/2017, 82 ss., e, dello stesso, ora, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, cit., spec. il cap. I, nonché la relazione illustrata all'incontro di studio su *Crisi della rappresentanza e metamorfosi della funzione giurisdizionale*, Catania 8-9 novembre 2018, dal titolo *Dal populismo ai populismi e ritorno. Appunti per una mappatura delle concezioni illiberali della rappresentanza e della funzione giurisdizionale*, in *paper*; i contributi alla prima sessione, dedicata a *Democrazia, partecipazione popolare e populismo*, del Convegno AIC su *Democrazia, oggi*, Modena 10-11 novembre 2017, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, e, part., *ivi*, la relazione di M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, 3 ss., già apparsa in *Rivista AIC*, 3/2018, 11 luglio 2018; nel vol. coll. ora cit., v., pure V. PAZÉ, *Populismo: alla ricerca di una definizione*, 605 ss., e A. PERTICI, *La Costituzione italiana alla prova del populismo*, 621 ss. E inoltre I. DIAMANTI - M. LAZAR, *Popolocrazia. La metamorfosi delle nostre democrazie*, Laterza, Roma-Bari 2018; V. BALDINI, *Populismo versus democrazia costituzionale. In "dialogo" con Andreas Voßkuhle...*, in *Diritifondamentali.it*, 2/2018, 23 luglio 2018; E. SCODITTI, *Populismo e diritto. Un'introduzione*, in *Questione Giustizia*, 10 settembre 2018; l'IMF Working Paper su *Populism and Civil Society*, curato da T. BOERI - P. MISHRA - C. PAPAGEORGIOU - A. SPILIMBERGO, in *Astrid*, e, pure *ivi*, con specifico riguardo alla Germania, lo studio curato per conto della Bertelsmann Stiftung da R. VEHRKAMPF - W. MERKEL, *Populismusbarometer 2018. Populistische Einstellungen bei Wählern und Nichtwählern in Deutschland 2018*.