



2015 FASC. II

(ESTRATTO)

ANTONIO RUGGERI

**ATTIVITÀ DI GARANZIA E ATTIVITÀ D'INDIRIZZO POLITICO,
A SALVAGUARDIA DEI DIRITTI FONDAMENTALI**

15 MAGGIO 2015

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Antonio Ruggeri
Attività di garanzia e attività d'indirizzo politico,
a salvaguardia dei diritti fondamentali*

ABSTRACT: *Guarantee activities and political policy activities, to safeguard fundamental rights*
On one hand, the article aims to demonstrate the importance of the judges activity - in particular, the constitutional ones - to protect the fundamental rights. In this sense, the investigation of the forms and the extension of the fundamental rights protection must be focalised on the activities carried out by the judges. On the other hand, it shows the importance of the legislator activity in this matter, despite the variety of forms in which it takes place.

SOMMARIO: 1. Il quadro delle possibili combinazioni cui le attività qui fatte oggetto di studio possono dar vita, ponendosi in rapporto coi diritti. – 2. La tendenza alla politicizzazione delle attività di garanzia e i suoi indici maggiormente salienti (esemplificazioni, con specifico riguardo ai casi di deviazione della Consulta dai canoni che presiedono all'adozione delle sue pronunzie, del matrimonio del transessuale, della manipolazione del parametro costituzionale, col rischio che il massimo garante della legalità costituzionale innaturalmente si converta nel massimo decisore politico e, perciò, in buona sostanza, in un autentico *potere costituente permanente*). – 3. Ciò che il legislatore (costituzionale prima ed ordinario poi) può e deve fare a beneficio dei diritti, a mezzo di discipline caratterizzate da essenzialità di disposti e duttilità di struttura nomologica, sì da adattarsi alla varietà dei casi e delle mobili combinazioni degli interessi bisognosi di tutela. – 4. La riduzione delle garanzie apprestate ai diritti in sede giurisdizionale in nome del "sistema", che obbliga a bilanciamenti, alle volte molto gravosi per i diritti stessi, con altri interessi costituzionalmente protetti. – 5. Il "dialogo" tra le Corti (specie con quelle europee) quale risorsa avverso l'innaturale commutazione dell'attività di garanzia in attività politica, la tentazione cui ciascuna Corte rimane non di rado esposta a porsi quale *superiorem non recognoscens*, discostandosi così da quel canone della massimizzazione della tutela che dovrebbe costantemente presiedere ai loro rapporti ed a salvaguardia dei diritti, l'ordinazione "orizzontale" delle Carte (e delle Corti) quale la più efficace risorsa avverso lo snaturamento della funzione di garanzia e il suo porsi quale la massima espressione della direzione politica.

1. Il quadro delle possibili combinazioni cui le attività qui fatte oggetto di studio possono dar vita, ponendosi in rapporto coi diritti

Avverto subito che la riflessione che ora si avvia non ha l'ambizione, che potrebbe trasparire dal titolo datovi, di far luogo ad una trattazione (non dico esaustiva ma quanto meno) organica del tema evocato dal titolo stesso, sì da distendersi fino a coprire un campo materiale vastissimo, praticamente sconfinato. L'obiettivo è, in realtà, assai più modesto e circoscritto e, di conseguenza, lo è l'ambito di suo specifico interesse: mi prefiggo, infatti, l'obiettivo di porre le basi per successive analisi, mettendo dunque ora a fuoco unicamente gli elementi indispensabili per l'inquadramento del tema e tracciando un percorso a mia opinione proficuamente battibile a finalità teorico-ricostruttiva.

Comincio col dire che una particolare attenzione va prestata, quanto alle une attività, a quelle poste in essere dagli organi giurisdizionali (per ciò che in questo studio maggiormente interessa, dalla Corte costituzionale, fermo restando il ruolo di certo non secondario esercitato dai giudici comuni a tutela dei diritti¹) e, quanto alle altre, a quelle che prendono forma in via legislativa e normativa in genere².

* Testo rielaborato di un Seminario svolto all'Università Bocconi di Milano il 12 maggio 2015, alla cui data lo scritto è aggiornato. Avverto che la vastità del campo coperto da questo studio richiederebbe un parimenti vasto apparato di note e di riferimenti bibliografici, qui nondimeno ridotti a quanto strettamente necessario alla comprensione degli argomenti esposti nel testo.

¹ Tra gli studi di recente venuti alla luce in cui l'operato dei giudici è giustamente evidenziato, rammento qui solo, quanto al versante dei rapporti con la Corte costituzionale, quello di E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici*

La ragione è presto detta e non richiede un lungo discorso a sua chiarificazione.

Per l'un verso, sul fronte delle garanzie, i giudici, *tutti* i giudici ma, in ispecie, quelli costituzionali³ sono, senza alcun dubbio, i protagonisti dell'azione quotidianamente svolta a presidio dei diritti⁴, che rimarrebbero dunque gravemente esposti a minacce ed insidie fattesi col tempo crescenti senza il servizio, perlopiù in modo discreto, non appariscente e non di rado sofferto, ad essi apprestato dalle sedi in cui si amministra giustizia. Chi dunque si prefigga l'obiettivo di indagare in quali forme e fino a che punto i diritti stessi siano salvaguardati non può che far capo proprio alle attività allo scopo poste in essere dai giudici.

Per l'altro verso, sul fronte delle attività di direzione politica, malgrado la varietà delle forme in cui esse si manifestano e della pluralità delle sedi che vi fanno luogo, non c'è parimenti dubbio alcuno che gli atti per eccellenza espressivi d'indirizzo restino ancora oggi le leggi e, in genere, gli atti di normazione. Atti – come suol dirsi, con termine mutuato da una risalente e nobile tradizione, pur se maturata in un contesto assai diverso da quello del tempo presente – “politici” per antonomasia⁵, anche se il termine stesso richiederebbe oggi di essere a fondo ripensato, così come peraltro in parte si sta facendo per gli schemi teorici più strettamente legati alla sovranità ed a quant'altro rimanda allo Stato quale punto primario di riferimento dell'esperienza costituzionale, il

nell'Italia repubblicana, Laterza, Roma-Bari 2012 e, quanto al versante dei rapporti interordinamentali (e, segnatamente, con la Corte di Strasburgo), quelli di R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2011, e, ora, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*², Aracne, Roma 2014. Utili indicazioni, inoltre, in I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, Franco Angeli, Milano 2012; AA.VV., *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di G. Chioldi - D. Pulitanò, Giuffrè, Milano 2013; E. CECCHERINI, *L'integrazione fra ordinamenti e il ruolo del giudice*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, II/2013, 467 ss., e, con specifico riguardo alla materia penale, V. MANES, del quale, tra gli altri suoi scritti, v. almeno *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale*, Aracne, Roma 2012.

² Mi riprometto, poi, di dedicare un altro studio alle garanzie apprestate ai diritti da organi diversi da quelli qui presi in esame (e, segnatamente, dal Capo dello Stato), così come al rilievo al riguardo giocato da attività di direzione politica svolte in forme diverse da quelle normative.

³ ... termine che qui, come già in altri studi, intendo *in senso materiale*, ricomprendendovi altresì le Corti sovranazionali le quali pure, malgrado la loro peculiare natura, di certo non accostabile in tutto e per tutto a quella dei tribunali costituzionali di diritto interno, manifestano ad ogni buon conto nel tempo presente una spiccata tendenza appunto alla loro *costituzionalizzazione* (su ciò, tra gli altri, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; O. POLLICINO, che ne ha trattato a più riprese: ancora di recente, in *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in www.forumcostituzionale.it, 31 dicembre 2013; altri riferimenti in A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 2013, 3657 ss.).

⁴ Avverto che, per ragioni di scorrevolezza espositiva, il più delle volte nello studio ora avviato non aggiungerò al sostantivo l'aggettivo qualificativo “fondamentale”, considerandolo implicitamente riferito ai diritti dei quali solo faccio qui parola.

⁵ Siffatta qualifica, poi, richiederebbe tutta una serie di precisazioni, sia di ordine generale che con specifico riguardo ad alcuni ambiti di esperienza, ai quali usualmente si applica, di cui nondimeno non è questa la sede. Basti solo far caso al diverso modo di essere espressione d'indirizzo politico che è proprio, rispettivamente, delle leggi dello Stato e delle leggi regionali, specie a motivo dei vincoli ai quali le seconde vanno soggette, al punto che – come si ricorderà – un'avvertita dottrina ne discorreva in termini di fonti “subprimarie”. Vincoli che, nondimeno, secondo una raffinata ricostruzione teorica, non valevano (e non valgono) ad inficiare il carattere “politico” delle leggi in parola e, in genere, dell'autonomia di cui esse sono espressione (così, sopra tutti, T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 100 ss.). Tesi che può, invero, ancora oggi essere accolta, ove si ammetta – come, a quanto pare, devesi – che il “politico” comprende in sé “gradi” diversi – se così può dirsi – di libero apprezzamento e autodeterminazione. Va tuttavia riconosciuto che, a guardare in faccia la realtà, “subprimarie” dovrebbero, forse, oggi dirsi le stesse leggi dello Stato, quanto meno con riferimento ai numerosi campi della vita sociale nei quali vanno incontro a limiti alle volte schiacciati provenienti dalla Comunità internazionale e dall'Unione europea. Sta di fatto che, malgrado i vincoli ai quali sono soggette, le stesse leggi regionali e gli atti di autonomia in genere molto possono, per la loro parte, fare al servizio dei diritti, secondo quanto ha, ancora di recente, testimoniato il corposo studio di AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli - L. Trucco, Giappichelli, Torino 2014; e, già solo per ciò, il loro carattere “politico” sembra dunque accreditato e – appunto, con le dovute precisazioni – essere ancora oggi utilizzato.

perno attorno al quale la stessa ruota e dal quale stabilmente si tiene, perlomeno a stare alle sue più accreditate ricostruzioni, per quanto ad oggi fatte oggetto di radicale, critica riconsiderazione.

Ora, due essendo i termini della relazione, quattro parrebbero essere le soluzioni logicamente possibili, peraltro – anticipo – tutte, quale più quale meno, avvalorate dall'esperienza, secondo lo schema che passo subito ad esporre; in realtà, come pure si vedrà, il quadro complessivo appare essere assai più articolato e composito.

La prima eventualità è quella poc'anzi evocata e che vede nelle attività di direzione politica (e, in ispecie, come si diceva, in quelle in forma di legge) una fonte di possibili violazioni dei diritti e nelle attività di garanzia lo scudo eretto a loro protezione.

La seconda si ha con inversione dei ruoli, i diritti essendo tutelati dalle leggi ed invece sacrificati, sia pure alle volte solo in parte, dagli atti dei giudici, per effetto di operazioni di bilanciamento con altri interessi considerati meritevoli di prioritaria protezione⁶.

La terza è data dal fattivo concorso posto in essere dalle une e dalle altre attività in vista dell'appagamento ottimale, alle condizioni oggettive di contesto, da apprestare ai diritti.

La quarta si ha laddove i diritti stessi sono sacrificati tanto al piano della direzione politica quanto a quello delle garanzie: ad es., laddove si riscontrino gravi ed estese lacune ed una palese inadeguatezza della disciplina legislativa a far fronte ad almeno alcuni dei più pressanti e diffusi bisogni avvertiti in seno al corpo sociale e, allo stesso tempo, alla insufficienza della salvaguardia apprestata dai giudici.

Qui, come si diceva, parrebbero arrestarsi le possibili combinazioni dei termini costitutivi della relazione in esame. Si danno tuttavia, come pure si avvertiva, ulteriori evenienze, le più significative delle quali mi sembrano essere le seguenti: *a*) che la tutela avverso le lesioni determinate dalle leggi si abbia ma non nelle forme e nei limiti propri dell'esercizio della giurisdizione bensì in forme abnormi (rileva al riguardo, in particolare, il ruolo di "supplenza" – come si suole chiamarlo – svolto dai giudici nei confronti del legislatore, quale prende corpo a mezzo di vere e proprie *sentenze-legge*, provviste di efficacia normativa, alle volte "paralegislativa" ed altre persino "paracostituzionale"⁷); *b*) che i diritti siano tutelati solo... *a metà*, e segnatamente: *b*¹) in quanto si dia la base legislativa ma facciano difetto i suoi ulteriori, necessari svolgimenti normativi (ad es., manchi la disciplina regolamentare di esecuzione, senza la quale la legge è destinata a restare lettera morta), ovvero *b*²) in quanto gli organi della direzione politica non diano il necessario "seguito" a pronunzie della Corte costituzionale bisognose di essere adeguatamente svolte al fine di produrre in modo compiuto effetto, o ancora *b*³) il "seguito" stesso non sia dato dai giudici comuni ai quali la Corte consegna il punto di diritto enunciato nelle sue decisioni per il suo opportuno invero nell'esperienza⁸.

È interessante notare, già ad una prima, superficiale osservazione dello schema appena esposto, come la tipicità dei ruoli degli organi (e delle attività dagli stessi svolte) si trovi spesso sotto *stress*, nel mentre sembra affermarsi, vistosa, la tendenza piuttosto alla loro commistione, persino al ribaltamento dei ruoli stessi, il loro appuntarsi cioè in capo agli organi "sbagliati", dai quali dovrebbero restare istituzionalmente, nettamente separati. A conti fatti, solo l'ipotesi enunciata per

⁶ Avverto che discorro qui di "tutela" dei diritti, da parte del legislatore così come dei giudici, in larga accezione, riferendomi ad ogni forma di regolazione o garanzia apprestata ai diritti stessi, senza al momento impegnarmi in ulteriori tipizzazioni in ragione dei diritti stessi (e, segnatamente, a seconda che si tratti delle libertà classiche ovvero dei diritti sociali), che secondo un'argomentata opinione richiederebbero piuttosto l'uso di termini diversi (v., ora, Q. CAMERLENGO - L. RAMPA, *I diritti sociali fra istituti giuridici e analisi economica*, in *Quad. cost.*, 1/2015, 59 ss., spec. 68 ss., laddove si distingue tra la "tutela" in senso stretto e la "valorizzazione/promozione").

⁷ La qual cosa, poi, ripropone in termini viepiù pressanti ed urgenti l'annosa questione della legittimazione della magistratura in un ordinamento di tradizioni liberaldemocratiche, quale il nostro (su di che, di recente, G. MOSCHELLA, *Magistratura e legittimazione democratica*, Giuffrè, Milano 2010, e, dello stesso, ora, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, relaz. alle Giornate di studio su *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Messina 21-22 novembre 2014, in *paper*).

⁸ Avverto, al riguardo, che l'ipotesi ora considerata non si riferisce ai soli casi di cattiva "attuazione" data alle additive di principio ma, in genere, ai seguiti infedeli dati alle decisioni della Consulta, anche dunque alle pronunzie di accoglimento o di rigetto "secco", ove si tratti di farne pura e semplice "applicazione". Su tutto ciò, *infra*.

prima parrebbe rispecchiare fedelmente lo schema tradizionale, posto a base delle stesse nozioni storico-teoriche di “garanzia” e di “direzione politica”, nel mentre le ipotesi restanti, per l’uno o per l’altro verso, sembrano discostarsi dallo schema stesso.

Si noti inoltre, con riserva di approfondimento più avanti, che anche nell’ambito degli organi della medesima specie (in larga accezione), in quanto chiamati all’esercizio, pur se in forme e con effetti diversi, della medesima funzione, si assiste alla operatività di ruoli differenziati, al punto di potersi dubitare della loro appartenenza al medesimo *genus*, pur se internamente articolato. E basti solo considerare, sia pure di sfuggita, come sia diverso, secondo modello, il ruolo giocato dalle norme costituzionali rispetto a quelle di rango primario in ordine al riconoscimento ed alla tutela dei diritti, secondo quanto si dirà meglio a momenti, e come parimenti diverso sia il ruolo esercitato da questo o quel giudice (e, segnatamente, da quello comune ovvero da quelli costituzionali, nell’accezione materiale sopra indicata) a protezione dei diritti stessi. È sufficiente al riguardo porre mente alla circostanza per cui il giudice delle leggi è comunemente annoverato tra gli organi di “garanzia” (anzi, l’organo di garanzia per antonomasia), anche se le attività a mezzo delle quali la funzione in parola si concreta appaiono essere tra di loro significativamente differenziate, esprimendo “gradi” di “normatività” parimenti differenziati, a seconda dello strumento di volta in volta posto in essere e che porti ora a lasciare integro il materiale normativo col quale il giudice stesso lavora ed ora invece – come suol dirsi – a “manipolarlo”⁹, dovendosi peraltro allo scopo ulteriormente distinguere i casi in cui la “manipolazione” stessa si arresti all’oggetto da quelli, ancora più incisivi ancorché abilmente mascherati, in cui si volga nei riguardi dello stesso parametro, sostanzialmente “riscritto” per via d’interpretazione¹⁰. E ancora si considerino i casi in cui i giudici comuni non si limitano a fare – come si accennava poc’anzi – mera “applicazione” di una pronuncia del giudice delle leggi ma – di più – a darvi “attuazione”, svolgimento “normativo”, pur se ovviamente limitato *quoad effectum* al caso: un’attività, questa seconda, che una rigorosa dottrina¹¹, dalle risalenti tradizioni teoriche, giudica essere preclusa al giudice comune, proprio nella consapevolezza del suo carattere intrinsecamente, sostanzialmente “normativo” ma che – piaccia o no – è inevitabile che questi svolga, perlomeno *laddove ciò sia materialmente possibile*¹², in attesa dell’opportuno intervento riparatore del legislatore.

Insomma, parrebbe che non si sappia più dove finisca l’una attività e inizi l’altra, quali cioè siano i confini degli ambiti materiali nei quali esse possono (e devono), conformemente alla loro natura, svolgersi. Ciò che, poi, può dar luogo ad ulteriori effetti distorsivi dell’intero sistema ed obbliga, per un verso, ad un profondo ripensamento complessivo delle pubbliche funzioni e, per un altro verso, a por mano alla ricerca dei possibili rimedi a questo stato di cose che, riguardato alla luce appunto degli schemi teorici della tradizione, parrebbe essere non conforme al modello e foriero di guasti assai gravi, forse ad oggi non colti in tutta la loro consistenza ed incidenza.

Siamo però sicuri che le cose stanno davvero così? E, se così non dovesse essere, cosa rientra nella “normalità” costituzionale e cosa invece da essa deborda o ad essa frontalmente si contrappone?

⁹ Sulla varietà delle forme in cui la “manipolazione” stessa è idonea ad esprimersi e, di conseguenza, degli effetti dalla stessa prodotti, v., ora, lo studio accurato di C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013.

¹⁰ Su siffatte forme di “manipolazioni” apicali ho avuto modo di intrattenermi a più riprese, a partire da *La Costituzione allo specchio: linguaggio e “materia” costituzionale nella prospettiva della riforma*, Giappichelli, Torino 1999, 155 ss., spec. 187 ss.

¹¹ Di recente, M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in www.rivistaaic.it, 3/2012, spec. al § 4, ma *passim*, e, dello stesso, *Legislature e giudici nella protezione dei diritti fondamentali*, relaz. alle VI Giornate italo-spagnolo-brasiliane di diritto costituzionale, su *La protección de los derechos en un ordenamiento plural*, Barcellona 17-18 ottobre 2013, in *paper*.

¹² Alle volte, infatti, il giudice parrebbe esser obbligato a far luogo ad una particolarmente incisiva attività di produzione “normativa”, non volendo incorrere nell’illecito della denegata giustizia, e però, allo stesso tempo, l’attività stessa gli è preclusa a motivo del fatto che, al fine di svolgerla, sarebbe richiesta una regolazione articolata e complessa, quale solo il legislatore è attrezzato a porre in essere, secondo quanto si vedrà meglio a suo tempo.

2. *La tendenza alla politicizzazione delle attività di garanzia e i suoi indici maggiormente salienti (esemplificazioni, con specifico riguardo ai casi di deviazione della Consulta dai canoni che presiedono all'adozione delle sue pronunzie, del matrimonio del transessuale, della manipolazione del parametro costituzionale, col rischio che il massimo garante della legalità costituzionale innaturalmente si converta nel massimo decisore politico e, perciò, in buona sostanza, in un autentico potere costituente permanente)*

In realtà, uno studio che specificamente si volga a mettere in primo piano l'esperienza si trova costretto ad ammettere che la funzione di garanzia e quella di direzione politica, pur nelle loro plurime articolazioni interne e varie manifestazioni, faticano a tenersi fino in fondo distinte. Questa conclusione, avvalorata da molti ed inequivoci segni, ha costituito oggetto – come si sa – a più riprese di razionalizzazione teorica, ha cioè portato alcuni studiosi a ritenere che sia lo stesso modello costituzionale, con le sue strutturali carenze ed ambiguità espressive, a non dar spazio alla distinzione in parola. È una tesi, questa, che – come pure è assai noto – ha trovato il campo elettivo per la sua affermazione al piano dei rapporti tra Capo dello Stato e organi della direzione politica (e, tra questi, specificamente il Governo), negli ordinamenti a regime parlamentare, secondo quanto da noi avvalorato dalla nota teorizzazione di C. Esposito, quindi ripresa ed arricchita da G.U. Rescigno, in tema di controfirma ministeriale, quale attestante una generica ed indistinta “cooperazione” tra firmante e controfirmante, e, più di recente, dalla ricostruzione di ordine generale delle pubbliche funzioni prospettata da O. Chessa¹³. Ma è una tesi riproposta, nel suo nucleo concettuale, anche per ciò che attiene alle relazioni tra Corte costituzionale ed organi d'indirizzo, specificamente da quanti reputano essersi ormai formata una vera e propria consuetudine integrativa (o, forse, derogatoria) del dettato costituzionale e favorevole alla ammissione delle sentenze “normative” della Corte costituzionale¹⁴, le quali – si faccia caso – sono, sì, non di rado oggetto di critiche penetranti ma in ordine a talune eccessive o non argomentate applicazioni, non già appunto in merito alla teorica ammissibilità degli strumenti in parola, annoverati a pieno titolo accanto a quelli espressamente previsti dalle norme legislative che regolano il funzionamento della Corte.

È pur vero, tuttavia, che si è fatta sempre più marcata e vistosa la tendenza alla politicizzazione degli organi di garanzia, sia esso il Capo dello Stato e sia pure il giudice costituzionale e persino i giudici comuni, una tendenza che poi, per la sua parte, dà conferma di quella fluidificazione e commistione dei ruoli, di cui qui si viene dicendo. Altro è però il prendere atto di questo stato di cose, che nondimeno sollecita a verificare fino a che punto possa essere tollerato e *quodammodo* assorbito dal sistema senza che quest'ultimo ne venga travolto, ed altro ancora ragionare – così come fa la dottrina sopra richiamata – nel senso che lo stesso modello costituzionale farebbe propria la indistinzione dei ruoli, offrendo pertanto benevola “copertura” a pratiche a dir poco discutibili, da questa o quella parte adottate e connotate da improvvisazione, secondo occasionali convenienze.

¹³ V., nell'ordine, del primo, part., il *Saggio sulla controfirma ministeriale*, Giuffrè, Milano 1962 e la voce *Controfirma ministeriale*, per l'*Enc. dir.*, X (1962), 285 ss.; del secondo, tra gli altri suoi scritti, *Le convenzioni costituzionali*, Cedam, Padova 1972; infine, del terzo, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo*, Jovene, Napoli 2010, del quale v., inoltre, *Capo dello Stato, politica nazionale e interpretazione costituzionale. Una replica ai critici*, in www.forumcostituzionale.it, 24 gennaio 2012. Sul pensiero di quest'autore, v. i contributi di AA.VV., *Dibattito sul Presidente della Repubblica. Il Capo dello Stato nell'ordinamento costituzionale italiano*, a cura di M. Cecchetti - S. Pajno - G. Verde, :duepunti, Palermo 2012. Ho motivato il mio dissenso nei riguardi della proposta ricostruttiva in questi scritti avanzata nel mio *Controfirma ministeriale e teoria della Costituzione*, 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*, II, *Dell'organizzazione costituzionale*, Jovene, Napoli 2009, 693 ss., nonché in www.forumcostituzionale.it.

¹⁴ Per tutti, v. G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova 1985, 755 ss.; v., poi, nuovamente, la monografia, dietro già richiamata, di C. PANZERA.

Senza dover far qui richiamo all'originaria intenzione dei *framers*, testimoniata dall'intero andamento dei dibattiti alla Costituente, da cui in modo inequivoco risulta la netta tipizzazione dei ruoli¹⁵, è sufficiente già il dato della pluralità degli organi componenti la trama istituzionale, il diverso modo con cui ha luogo la provvista degli uffici, le diverse competenze ad essi spettanti per dare conferma della impossibilità di teorizzare l'esercizio in anomala "sussidiarietà" delle funzioni proprie degli uni da parte degli altri. Possiamo – questo sì – discutere e dividerci tra di noi, così come siamo non poco divisi, a riguardo della spettanza di questa o quella competenza, vale a dire della sua attrazione alla sfera di questo o quell'organo o, ancora, dei modi e soprattutto dei limiti del suo esercizio, delle condizioni che ne giustificano l'attivazione, e via dicendo. Non possiamo però pervenire alla sconcertante conclusione secondo cui sarebbe, *per Costituzione*, indifferente che essa sia svolta dall'uno ovvero dall'altro organo o che la Carta resti muta e neutra, lavandosi pilatescamente le mani, davanti alle forme del suo esercizio, i limiti e quant'altro insomma fa la competenza stessa, qualunque sia il modo con cui essa si presenta ed afferma.

Tutto ciò posto, non possiamo nondimeno chiudere gli occhi davanti alla realtà o fingere che essa non vi sia o che sia diversa da come vorremmo che fosse.

Si diceva un momento addietro che nel corso degli anni a noi più vicini il ruolo degli organi di garanzia, specie di quelli supremi, ha assunto una coloritura politica viepiù marcata¹⁶; e non è al riguardo inopportuno rammentare che non si tratta di un fenomeno isolato, esclusivamente nostro, bensì comune, pur se con toni o "gradi" diversi, a tutte le principali liberaldemocrazie (e, forse, non solo ad esse). È un indice alquanto eloquente, attendibile, del fatto che non è solo il contesto politico-istituzionale interno ma anche, in rilevante misura, quello internazionale a spingere vigorosamente in questa direzione, alimentando la tendenza in parola.

Due, in particolare, a mia opinione, le cause principali di questo stato di cose, che peraltro sembra non essere transitorio bensì endemico, di sistema: l'*escalation* del terrorismo (specie, appunto, di quello internazionale ma in alcuni ordinamenti o in alcuni periodi della storia di uno stesso ordinamento, anche di quello interno, com'è stato da noi ai tempi del brigatismo rosso) e la crisi economica soffocante in atto.

L'uno sollecita l'adozione di misure alle volte abnormi¹⁷, nonché la messa in atto di forme di bilanciamento singolari e fortemente discutibili tra la sicurezza ed altri beni costituzionalmente protetti, tra i quali appunto in primo luogo i diritti, non di rado obbligati a patire restrizioni insopportabili, fino ad esserne sacrificati del tutto¹⁸.

L'altra, poi, obbliga i diritti stessi a forti contrazioni del loro formidabile potenziale espressivo, che nuovamente si traducono, al tirar delle somme, in sacrifici inusuali, persino al sostanziale

¹⁵ Sui limiti ai quali va incontro l'*original intent*, nondimeno bisognoso di essere preservato nel suo "nucleo duro", rammento qui la nota (e discussa) posizione adottata da [Corte cost. n. 138 del 2010](#).

¹⁶ Emblematico, con riferimento al ruolo del Capo dello Stato, il titolo dato ad un recente studio sulla Presidenza Napolitano: v., dunque, G. SCACCIA, *Il Re della Repubblica. Cronaca costituzionale della Presidenza di Giorgio Napolitano*, in Quad. de *Lo Stato*, Mucchi, Modena 2015.

¹⁷ "Insolite" (non volendo dire apertamente incostituzionali) le ha pudicamente definite la Consulta, in sua nota decisione, la [n. 15 del 1982](#), con cui è stata fatta salva una disciplina legislativa che prolungava irragionevolmente i termini massimi della carcerazione preventiva, mandata assolta unicamente in ragione dello stato di emergenza costituito dal brigatismo rosso, al contempo tuttavia avvertendo che la disciplina stessa avrebbe perso legittimità una volta cessata l'emergenza medesima. Per quest'aspetto, dunque, "insolita" – come si vede – è stata la decisione in parola, giustificata unicamente nella eccezionale, particolarmente sofferta, congiuntura al tempo riscontratasi.

¹⁸ ... come, appunto, si è avuto nel corso della vicenda rammentata in nt. prec. In argomento, da un punto di vista generale, tra i molti altri, v. T.F. GIUPPONI, in molti scritti (e, spec., in *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Libreria Bonomo, Bologna 2010, e, dello stesso, *Sicurezza, migrazioni e autonomie territoriali*, in AA.VV., *La Repubblica e le migrazioni*, a cura di L. Ronchetti, Giuffrè, Milano 2014, 105 ss.); M. RUOTOLO, *Le declinazioni costituzionali del concetto di sicurezza. Il problema del bilanciamento tra sicurezza e diritti fondamentali*, in ID., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà. Dal "diritto alla sicurezza" alla "sicurezza dei diritti"*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, 15 ss.; C. MOSCA, *La sicurezza come diritto di libertà. Teoria generale delle politiche della sicurezza*, Cedam, Padova 2012; AA.VV., *L'ordinamento della sicurezza: soggetti e funzioni*, a cura di N. Gallo e T.F. Giupponi, Franco Angeli, Milano 2014. Infine, A. PACE, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 1/2015.

accantonamento, specie dei diritti maggiormente esposti davanti al vento impetuoso della crisi, quelli c.d. “sociali”¹⁹. Emblematica di questo stato di cose che ha indotto gli organi di garanzia (e, segnatamente, il giudice costituzionale) ad adottare misure draconiane di contenimento della spesa pubblica la soluzione originale di recente adottata da [Corte cost. n. 10 del 2015](#) che, pur di raggiungere l’obiettivo prefissosi, non ha esitato ad immolare sull’altare dell’equilibrio di bilancio persino la regola (ad opinione mia e di altri, indisponibile) della incidentalità²⁰. È pur vero, tuttavia, che da ultimo la Corte non si è fatta cura delle conseguenze di ordine economico-finanziario discendenti da una sua pronunzia ablativa, la [n. 70 del 2015](#), ed ha caducato una norma varata dal Governo Monti che stabiliva il blocco del meccanismo di rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici superiori ad un certo importo, obbligando l’erario a reperire numerosi miliardi di euro (e forse di più...) per far fronte al buco nei conti pubblici causato dalla Consulta²¹.

In un caso e nell’altro, si è assistito – a me pare – ad una esibizione di “forza” politica della Consulta – per riprendere una fortunata immagine del mio compianto Maestro, T. Martines²² – quale peraltro non di rado si è avuta (e si ha). La “logica” machiavellica del fine che giustifica il mezzo, *qualunque* mezzo, sembra dunque affermarsi, in queste come in altre circostanze: che poi, pur di centrare l’obiettivo, occorra passare sopra, come un ruolo compressore, gli stessi canoni che governano l’esercizio delle funzioni della Corte (e che, perciò, ne legittimano e giustificano l’operato) è, evidentemente un pensiero cui la Corte stessa non dà particolare rilievo o, diciamo pure, non ne dà alcuno.

¹⁹ Trattasi di notazione largamente diffusa (tra i molti altri, A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo “modello sociale europeo”: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in [www.rivistaaic.it](#), 4/2011; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, spec. l’ult. cap.; AA.VV., *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, a cura di F. Angelini - M. Benvenuti, Jovene, Napoli 2012; I. CIOLLI, *Le ragioni dei diritti e il pareggio di bilancio*, Aracne, Roma 2012; AA.VV., *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, a cura di E. Cavasino - G. Scala - G. Verde, Editoriale Scientifica, Napoli 2013; AA.VV., *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, a cura di R. Bifulco - O. Roselli, Giappichelli, Torino 2013; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in [www.rivistaaic.it](#), 4/2013, e, della stessa, quindi, *Diritti fondamentali e sviluppo sostenibile: un binomio complesso*, Relaz. alle Giornate italo-spagnolo-brasiliane di Diritto costituzionale su *Nas fronteiras do direito: sustentabilidade e desenvolvimento*, Foz do Iguacu (Brasile), 23-24 ottobre 2014, in *paper*, e *Il diritto al lavoro e il Jobs Act: quale destino per il “principe dei diritti sociali”?*, in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Silvestri*; G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in [www.forumcostituzionale.it](#), 27 novembre 2013; R. CALVANO, *La tutela dei diritti sociali tra meccanismo europeo di stabilità e legalità costituzionale ed europea*, in [www.costituzionalismo.it](#), 20 gennaio 2014; gli scritti che sono in *Quad. cost.*, 1/2014, part. quello di A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo stato costituzionale in Europa*, 79 ss., del quale v., ora, pure *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in [www.rivistaaic.it](#), 3/2014; S. GAMBINO, *El Estado social y democrático de derecho: desarrollo histórico y conceptual*, in [www.federalismi.it](#), 23/2014; A. DI PASCALE, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione Europea: diritti fondamentali?*, in *Riv. dir. int.*, 4/2014, 1148 ss.; inoltre, utili indicazioni in molti degli scritti che sono in [www.federalismi.it](#), 19/2014; F. BILANCIA, *Crisi economica e asimmetrie territoriali nella garanzia dei diritti sociali tra mercato unico e unione monetaria*, in [www.rivistaaic.it](#), 2/2014, e, nella stessa *Rivista*, A. CANEPA, *Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una prima rassegna e classificazione di meccanismi e strumenti adottati nella recente crisi economico-finanziaria*, 1/2015; A. RANDAZZO, *Crisi economica e Costituzione: notazioni “fuori dal coro”*, in [www.dirittifondamentali.it](#), 19 marzo 2015. Infine, se si vuole, il mio [Crisi economica e crisi della Costituzione](#), in questa [Rivista](#), 2012 (21 settembre 2012).

²⁰ La pronunzia ha costituito oggetto di una pioggia di commenti, perlopiù fortemente critici. Se n’è discusso in occasione di un incontro svoltosi presso la casa editrice Il Mulino il 18 marzo 2015 (alcuni dei contributi possono vedersi in [www.forumcostituzionale.it](#)).

Su “incidentalità”, “pregiudizialità” e “rilevanza”, v., da ultimo, le precisazioni che sono in R. ROMBOLI, [La legittimazione della Cassazione a sollevare questioni di costituzionalità nell’ambito del procedimento di enunciazione del principio di diritto nell’interesse della legge, ai sensi dell’art. 363, 3° comma, c.p.c.](#), in questa [Rivista](#), 2015/II (5 maggio 2015), 352 ss.

²¹ Singolare e francamente sconcertante il balletto delle cifre, di cui si è avuta notizia attraverso i grandi mezzi d’informazione, che testimonia come neppure nelle sedi istituzionali competenti si sappia esattamente quanto potrà costare il ripianamento del buco suddetto.

²² Di T. MARTINES, v. l’ormai classico *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche* (1957), ora in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, spec. 196 ss. e 206 ss.

Dalla prospettiva ora adottata, poco importa, perlomeno dal mio punto di vista, che tutto ciò si faccia ora a discapito ed ora a beneficio dei diritti, come nei due esempi sopra richiamati. Non si trascuri tuttavia la circostanza per cui, se è vero che la Corte è solita interrogarsi circa le possibili conseguenze derivanti dalle proprie decisioni, è pur vero però che non sempre i calcoli sono fatti nel modo giusto; e basti solo por mente al fatto che il “buco” nei conti pubblici causato dalle pronunzie della Corte che costano (o, meglio, che costano molto), quale quella sopra indicata, dovrà pur essere, in un modo o nell’altro, colmato (e, purtroppo, non è detto che ciò si abbia prestando la dovuta attenzione ai soggetti meno abbienti). È vero che non è affare della Corte chiedersi come ciò possa aver luogo; il problema, nondimeno, resta ugualmente aperto.

Due, ad ogni buon conto, gli indici a mia opinione maggiormente indicativi ed attendibili del “tasso” di politicità espresso dalle pronunzie della Corte (specie, appunto, da alcune di esse).

Il primo indice è costituito dalla messa da canto, come nel caso di cui alla [sent. n. 10](#) sopra cit., dei canoni che presiedono al funzionamento della Corte.

Alle volte ciò si deve, come si diceva, non già allo scopo di far contrarre l’area della tutela dei diritti bensì all’intento di dare comunque a questi ultimi un appagamento di cui resterebbero altrimenti privi. Così, ad es., è stato in occasione dell’adozione della nota [sent. n. 238 del 2014](#), laddove la Corte, pur di centrare l’obiettivo prefissosi, ha acconsentito a svolgere (sia pure in forma peculiare) il proprio sindacato su una norma non scritta (quella di adattamento a norma internazionale generalmente riconosciuta), qualificandola peraltro come “inesistente” per il fatto di risultare incompatibile con principi fondamentali della Carta e, segnatamente, col valore indisponibile della dignità della persona umana, senza peraltro indugiare a spiegare perché mai nella circostanza, e diversamente da altre analoghe, la norma responsabile della violazione dei principi stessi sia stata considerata affetta da nullità-inesistenza e non già suscettibile di annullamento con le forme consuete del sindacato accentrato (si rammenti la nota dottrina dei “controlimiti” al diritto dell’Unione)²³.

Preoccupano, in particolare, come si viene dicendo, talune vistose oscillazioni nell’uso del meccanismo incidentale di controllo sulle leggi, testimoniate ad es. dal ricorso non infrequente a tecniche decisorie diverse (e persino opposte) in relazione a casi non diversamente connotati per l’aspetto oggettivo, tecniche che – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – sono innaturalmente piegate alla produzione di effetti sostanzialmente non dissimili. La qual cosa poi obbliga gli organi della “esecuzione” del giudicato costituzionale (e, in special modo, i giudici comuni) ad operazioni ardite, acrobatiche, esse pure non poco discutibili, al fine di dar seguito ai verdetti della Corte. Viene, insomma, a determinarsi una “catena” di atti che, secondo modello, dovrebbero presentarsi funzionalmente connessi e convergenti nello scopo e che, però, in conseguenza di una errata manovra posta in essere presso la Consulta, possono a conti fatti risultare reciprocamente scollegati e comunque complessivamente devianti dall’obiettivo finale.

Faccio solo un esempio che mi sembra essere particolarmente istruttivo di questo stato di cose, a riguardo del matrimonio del transessuale.

Come si sa, volendo spingere vigorosamente per la regolazione della condizione della coppia di coniugi il cui matrimonio debba considerarsi ormai sciolto per effetto del mutamento di sesso di uno dei suoi componenti, la Corte ha con [sent. n. 170 del 2014](#) fatto luogo ad una additiva di principio in vece della consueta pronunzia di rigetto con monito, quale quella di cui alla [sent. n. 138 del 2010](#). Il principio aggiunto è appunto quello per cui la coppia in parola, connotata da un “pregresso vissuto” – ci dice la Corte – non comune ad altri soggetti dello stesso sesso che pure aspirino ad aver riconosciuto il diritto alle nozze, appare esser bisognosa di una speciale protezione, che dovrà essere urgentemente apprestata dal legislatore.

²³ Questi ed altri rilievi critici possono, volendo, vedersi nelle mie note alla decisione in parola, dal titolo [La Corte aziona l’arma dei “controlimiti” e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all’ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria \(a margine di Corte cost. n. 238 del 2014\)](#), in questa [Rivista](#), 2014 (17 novembre 2014), e, pure [ivi](#), [Conflitti tra norme internazionali consuetudinarie e Costituzione, atto secondo: quale i possibili “seguiti” della 238 del 2014?](#), 2015/I (5 marzo 2015), 78 ss.

Alla ripresa del processo rimasto pendente, la Cassazione, consapevole di non riuscire a desumere dal principio in parola una regola immediatamente valevole per il caso, ha spostato il tiro e, facendo propria una proposta venuta da una sensibile dottrina²⁴, ha considerato ancora oggi sussistente il vincolo matrimoniale intercorrente tra i soggetti in questione, sia pure sottoponendolo alla condizione risolutiva del suo scioglimento una volta sopravvenuta l'attesa regolazione da parte del legislatore ([sent. n. 8097 del 2015](#)). Abbiamo così assistito alla "invenzione" di un istituto originale, che in realtà non c'è (e non può esserci): il *matrimonio "a tempo"*²⁵.

La vicenda è assai istruttiva per plurime ragioni.

In primo luogo, testimonia quello scollamento esistente tra la decisione dell'una e quella dell'altra Corte, di cui un momento fa si diceva, uno scollamento peraltro dovuto al salto logico riscontrabile nella pronunzia del giudice costituzionale che nella parte motiva fa salva la norma di legge che prevede lo scioglimento del matrimonio del transessuale mentre poi nel dispositivo produce una norma, che in quella legge mancava e non avrebbe potuto esservi ma che piuttosto avrebbe dovuto trovare posto in altra legge, volta alla disciplina della condizione della coppia in parola²⁶.

Per la Consulta, dunque, i componenti la coppia stessa sono ormai da considerare a tutti gli effetti *ex* coniugi; di contro, per la Cassazione sono ancora coniugi, mentre cesseranno di esserlo solo quando il legislatore offrirà loro la peculiare protezione cui hanno nondimeno diritto.

In secondo luogo e proprio perché i "terminali" della complessiva manovra posta in essere dalla Consulta sono i giudici comuni, l'obiettivo avuto di mira non viene centrato, mentre il bersaglio colpito risulta essere diverso da quello prefiguratosi dal giudice costituzionale. È vero, però, che – come pure si diceva – le due Corti hanno in comune lo scopo di esercitare una pressione sul legislatore perché finalmente si svegli dall'annoso letargo in cui versa e dia al diritto costituzionale leso la dovuta protezione.

La morale che poi si trae da questa intricata e sofferta vicenda è che "politica" è stata la decisione della Consulta e ugualmente (e, forse, più ancora...) "politica" la decisione della Cassazione: lo è stata la prima, che ha riservato al matrimonio tra persone dello stesso sesso, originario o sopravvenuto che sia, un trattamento diverso, dando vita la seconda volta ad una decisione di accoglimento comunque inidonea ad essere portata ad immediata applicazione, a motivo della complessità delle regole allo scopo necessariamente richieste. Lo è stata anche la seconda, indotta in errore dalla prima, che ha oggettivamente incoraggiato il giudice dell'"esecuzione" non già ad estrarre una regola dal principio somministrato dalla Consulta bensì ad inventarsi di sana pianta una regola non riportabile al principio stesso, una regola che in realtà non aveva, non poteva avere, titolo per farsi valere a motivo della sua palese incompatibilità col paradigma eterosessuale del matrimonio prescritto dall'art. 29 della Carta.

Come si vede, pur laddove le tecniche decisorie siano dalla Consulta piegate per una giusta causa, alle volte possono a mo' di *boomerang* rivoltarsi contro chi se ne avvale, dal momento che – al di là della innegabile pressione esercitata, come si è veduto, sul legislatore²⁷ – resta il fatto che il matrimonio considerato dal giudice costituzionale ormai sciolto è stato dal giudice comune miracolosamente "resuscitato" (anzi, non è mai morto...).

²⁴ Il riferimento è, ovviamente, a B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in [www.articolo29.it](#), 15 giugno 2014.

²⁵ Riprendo qui una critica che è nella mia nota [Il matrimonio "a tempo" del transessuale: una soluzione obbligata e... impossibile? \(A prima lettura di Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015\)](#), in questa [Rivista](#), [2015/I](#) (28 aprile 2015), 304 ss.

²⁶ Che l'addizione normativa sia stata operata dalla Consulta su legge "sbagliata" è stato prontamente rilevato da una sensibile dottrina: v., dunque, R. ROMBOLI, [La legittimità costituzionale del "divorzio imposto" \(quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice\)](#), in questa [Rivista](#), [2014](#) (1° luglio 2014), nonché – se si vuole – anche nel mio [scritto](#) da ultimo richiamato.

²⁷ In realtà, la maggiore pressione – a me pare – è, nei fatti, esercitata, più ancora che dalla additiva della Consulta, dal forzato mantenimento del matrimonio tra persone (divenute) dello stesso sesso operato dalla Cassazione, che dovrebbe finalmente indurre – la speranza è questa – il legislatore all'azione.

Il secondo indice è dato da quella manipolazione del parametro, in vece dell'oggetto ovvero unitamente a questo, cui pure si è poc'anzi fatto cenno. Certo, non è facile darne la prova, per quanto si siano date e si diano vicende altamente emblematiche in tal senso; e basti solo por mente alle numerose "riscritture" del Titolo V avutesi *ope juris prudentiae*, al punto che il volto dello Stato regionale italiano, qual è secondo "diritto vivente", fatica ormai a riconoscersi o diciamo pure che non si riconosce affatto nella sua immagine disegnata nella Carta.

Non occorrono esempi, tanto numerosi e lampanti, essi sono, praticamente in ogni campo materiale di esperienza, avuto cioè riguardo al terreno su cui maturano le esperienze della legislazione (e della normazione in genere), dell'amministrazione, della finanza, senza peraltro trascurare taluni profili non secondari dell'organizzazione, tanto con riguardo alla forma di governo quanto in merito alla "forma di Regione", per riprendere, adattandolo alla dimensione regionale, un concetto familiare alle vicende statali (applicato, appunto, alle relazioni intercorrenti tra comunità governata ed apparato governante).

Insomma, una Corte che si mostra sempre più intraprendente, incisiva, insofferente a restare rispettosa delle regole che presiedono all'esercizio delle sue funzioni, persino – si faccia caso – a quelle che essa stessa s'è data, ad integrazione del dettato costituzionale e legislativo. La qual cosa poi ripropone l'inquietante interrogativo di Giovenale a riguardo di chi mai possa controllare i controllori, impedendo alla Corte, che è, e deve restare, il massimo garante della legalità costituzionale di convertirsi innaturalmente nel massimo decisore politico, non più dunque un *potere costituito*, bensì un *potere costituente permanente*.

Qui è il cuore della questione ora nuovamente discussa, il suo *punctum crucis*.

3. *Ciò che il legislatore (costituzionale prima ed ordinario poi) può e deve fare a beneficio dei diritti, a mezzo di discipline caratterizzate da essenzialità di disposti e duttilità di struttura nomologica, sì da adattarsi alla varietà dei casi e delle mobili combinazioni degli interessi bisognosi di tutela*

Avverto subito che, a mia opinione, il rischio micidiale insito nello scenario appena descritto non può essere parato efficacemente fino in fondo; e ciò, per la elementare ragione che la Corte può in ogni tempo rivendicare per sé il titolo di dire l'ultima parola sulle controversie di diritto costituzionale e di diritti costituzionali, chiudendo la partita aperta con gli altri operatori istituzionali, siano essi organi della direzione politica e siano pure giudici diversi, comuni e non²⁸. Su quest'ultimo punto, nondimeno, tornerò a momenti; tengo tuttavia da subito a precisare che l'idea di una Corte *Constitutioni soluta*, sol perché protetta dallo scudo impenetrabile eretto dall'art. 137, ult. c., a norma del quale le pronunzie della Corte stessa non soggiacciono ad alcuna "impugnazione"²⁹, non è in alcun modo accettabile, ove la si intenda come espressiva di una *sovranità della Corte* in grado d'imporsi sulla stessa *sovranità della Costituzione* e dei suoi valori³⁰, non dandosi in tesi rimedio alcuno che possa impedire al massimo garante della Carta di

²⁸ Non si dimentichi che la Corte può giudicare l'operato di *tutti* gli organi, compreso l'altro massimo organo di garanzia, il Capo dello Stato, tanto in sede di conflitti interorganici quanto per responsabilità penale, senza essere giudicata da alcuno.

²⁹ Sul peculiare significato che il termine assume nelle sue applicazioni alle esperienze della giustizia costituzionale mi permetto rinviare al mio *Storia di un "falso". L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990, con le ulteriori precisazioni che vi ho dato in *Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - J. Luther, Giappichelli, Torino 2011, 349 ss.

³⁰ Sulla desoggettivizzazione della sovranità e il suo compiuto inquadramento ed apprezzamento in prospettiva assiologicamente orientata, v., sopra tutti, G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005, sul cui pensiero, ora, E. CASTORINA - C. NICOLOSI, "Sovranità dei valori" e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull'evoluzione della giurisprudenza statunitense, in corso di stampa negli *Scritti in onore di G. Silvestri*.

commutarsi – come si diceva – nel massimo decisore politico, in quanto appunto interprete privilegiato, se non pure esclusivo, l'unico comunque insindacabile, della Carta stessa.

Si tratta, ad ogni buon conto, di stabilire, al di là delle parole e degli schemi teorici, anche i più accurati e raffinati, a mezzo di esse forgiati, cosa possa in concreto farsi allo scopo – come si diceva – di arginare fin dove possibile questo rischio.

La prima, elementare e persino ovvia, considerazione che viene da fare, riprendendo il quadro inizialmente delineato a riguardo delle relazioni tra l'una e l'altra specie di attività, è che molto può (e deve) fare al riguardo il legislatore che, col fatto stesso di esercitare a modo la funzione sua propria, può porsi quale una sorta di *garante preventivo* avverso gli usi abnormi della giurisdizione in genere e costituzionale in ispecie.

Il punto è di centrale rilievo e merita che su di esso si fermi, sia pure con la necessaria speditezza imposta a questo studio, l'attenzione.

Una delle ipotesi sopra fatte è – come si rammenterà – quella per cui tanto gli organi di garanzia quanto (e prima ancora) quelli della direzione politica offrono, ciascuno per la propria parte e nel rispetto del ruolo che gli spetta, un fattivo concorso all'appagamento dei diritti.

Soprattutto nel tempo presente, in cui le pretese di tutela vantate dai diritti e da coloro che ne sono portatori si fanno viepiù crescenti e pressanti, è solo dallo sforzo congiunto – ripetesì: *nella tipicità dei ruoli* – prodotto a plurimi livelli istituzionali che può fondatamente nutrirsi la speranza che la tutela stessa possa, almeno in una certa, non disprezzabile misura, essere raggiunta.

La prima mano, come si diceva, è chiamata a giocarla il legislatore, cui compete di dare il primo e necessario sviluppo alle previsioni della Carta costituzionale e delle altre Carte che danno il *riconoscimento* (nella ristretta e propria accezione del termine) dei diritti.

Qui si pongono due formidabili questioni: l'una è relativa a ciò che il riconoscimento stesso significa, non tanto con riferimento ai diritti “vecchi”, avvalorati da una tradizione storico-positiva ormai risalente e consolidata, quanto in merito ai “nuovi” o ai “nuovissimi”; l'altra attiene, poi, al modo o alla misura con cui al riconoscimento stesso deve far seguito la sua prima attuazione ad opera della legge, vale a dire fin dove questa è tenuta a spingersi, conformemente al ruolo disegnato per il legislatore nella Carta, e dove invece deve arrestarsi per far posto ad altre attività, alle volte “applicative” ed altre invece – come si è già accennato – “attuative”, poste in essere dai giudici e dai pratici in genere al servizio dei diritti ed in vista del loro ottimale appagamento, alle condizioni oggettive di contesto.

La prima è la somma questione, quella che più di ogni altra rimette in gioco, a un tempo, l'essenza delle pubbliche funzioni, a partire appunto da quella legislativa (e di predisposizione normativa in genere), e l'essenza della Costituzione, quale documento cioè che ha la sua tipica ed irripetibile ragione d'essere nel dare appunto il *riconoscimento* ai diritti, secondo l'aureo, ad oggi attualissimo, insegnamento datoci dai rivoluzionari francesi col famigerato art. 16 della *Dichiarazione* dell'89 (una proprietà, questa, che oggi la Costituzione condivide con altri documenti parimenti “costituzionali” *in senso materiale*, le Carte internazionali dei diritti).

Ora, tornando qui ad interrogarci circa ciò che fa la “fondamentalità” di un diritto³¹, a me pare che la risposta linearmente discenda dalla premessa, che non mi sembra da alcuno contestata, secondo cui le Costituzioni di stampo liberale (e, tra queste, dunque la nostra) hanno nel *principio personalista* il perno attorno al quale ruotano tutte le norme della Costituzione stessa, le organizzative al pari delle sostantive, tutte infatti essendo in funzione della salvaguardia dell'uomo, dell'affermazione della sua personalità, della soddisfazione dei suoi elementari bisogni³². “Fondamentali” sono, pertanto, i diritti (e solo quei diritti) che si dimostrano essere *direttamente, immediatamente e necessariamente* serventi il valore della dignità, l'“assoluto costituzionale”,

³¹ Per i vari modi d'intendere i diritti in parola, v., ora, A. MORELLI, [I diritti senza legge](#), in questa [Rivista](#), 2015/I (26 gennaio 2015), 10 ss.

³² Del principio in parola si tratta nel mio *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in [www.federalismi.it](#), 17/2013, cui mi permetto dunque di far rinvio anche per risalenti indicazioni di lett.

secondo la efficace qualificazione datane da un'autorevole dottrina³³, il bene cioè non bilanciabile con alcun altro e che però resterebbe senza riparo sacrificato ove non si avesse il riconoscimento e, come si vedrà a breve, l'effettiva salvaguardia di quei diritti.

Il legislatore può (e deve) portare alla luce ciò che nella Carta è rimasto, per ragioni storico-politiche (e, in ultima istanza, culturali), inesplicitato e compresso, dandovi quindi modo di espandersi ed inverarsi nell'esperienza, di farsi fin dove possibile valere.

Al legislatore non è dato di porre nuovi principi fondamentali – ciò che è attributo esclusivo del potere costituente – ma è dato di porre “nuovi” diritti fondamentali, che poi veramente “nuovi” non sono (e non possono essere), siccome comunque bisognosi di farsi riportare alla previsione larga, ma non senza confini, di cui all'art. 2 della Carta, nelle mutue implicazioni che quest'ultimo intrattiene con l'art. 3 e nel suo fare “sistema” coi principi fondamentali restanti (specie, come si dirà, con quelli di cui agli artt. 10 e 11, che danno l'apertura dell'ordine interno al diritto internazionale e sovranazionale). Solo i diritti che servono libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità), in quanto appunto indispensabili al fine di farli valere, possono fregiarsi del titolo di autenticamente, genuinamente “fondamentali”; e, *proprio per ciò*, essi sono “inviolabili”.

Così stando le cose, ci si avvede che lo strumento secondo modello congeniale alla posizione (*rectius*, al *riconoscimento*) di “nuovi” diritti fondamentali è la legge costituzionale; quella comune entra in campo, a mio modo di vedere, solo in seconda battuta, al fine di dare ulteriore svolgimento alla prima, la sua più immediata (e, come si vedrà, di necessità contenuta) specificazione-attuazione.

Di questa idea sono convinto da tempo e – confesso – in essa mi vado sempre di più radicando, pur consapevole che la soluzione da me preferita seguita a faticare ad affermarsi nella teoria come, e più ancora, nella pratica³⁴. Trovo nondimeno singolare e francamente inspiegabile che si pensi sufficiente allo scopo di dare il *riconoscimento* suddetto lo strumento della legge comune, quando non addirittura quello diretto da parte dei giudici.

Al di là di ogni riserva che solleva lo scenario che veda la legge comune, quale atto per antonomasia espressivo d'indirizzo politico (e, dunque, atto di parte), far luogo al *riconoscimento* stesso facendo al riguardo valere quella logica di schieramento che dovrebbe restare estranea alla definizione della stessa essenza della materia costituzionale³⁵, soccorre a sostegno della tesi qui patrocinata il dato elementare, di tutta evidenza, costituito dal fatto che i diritti “vecchi” hanno tutti avuto il loro *riconoscimento* dalla stessa Carta costituzionale, nel mentre la legge comune, cui la stessa Carta rinvia, entra in campo solo *dopo*, per ciò che attiene alla disciplina dei limiti all'esercizio dei diritti stessi, così come *dopo ancora* entra in campo la giurisdizione, cui è riservata l'attivazione dei limiti stessi ovvero la verifica della loro osservanza da parte degli organi cui è demandata la materiale adozione dei provvedimenti restrittivi dei diritti³⁶. C'è, insomma, una consecuzione, assiologico-positiva e temporale, nell'esercizio della funzione legislativa e di quella

³³ G. SILVESTRI, cui peraltro si deve la felice, citatissima, definizione della dignità quale la “bilancia” su cui possono effettuarsi le operazioni di bilanciamento tra i beni della vita costituzionalmente protetti (l'A. ha iniziato a discorrerne nel suo *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 14 marzo 2008, e quindi in altri scritti, tra i quali, di recente, *La dignità umana dentro le mura del carcere*, intervento al Seminario organizzato dall'AIC su *Il significato della pena. A un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, Roma 30 maggio 2014, in www.rivistaaic.it, 2/2014).

³⁴ Non a caso, i dibattiti sulle riforme costituzionali, pur nelle laceranti divisioni tra i fautori di questa o quella soluzione, risultano tutti convergenti in ordine alla necessità di lasciare al di fuori della traiettoria delle future innovazioni della Carta la norme sostantive in genere e quelle relative ai diritti in specie.

³⁵ Si potrà, forse, anche accedere all'ordine di idee favorevole a che le revisioni della Carta abbiano luogo a colpi di maggioranza (un esito, questo, nel quale nondimeno non mi riconosco), ma non ho esitazione alcuna ad escludere categoricamente che ciò possa aver luogo per ciò che attiene al *riconoscimento* di nuovi diritti fondamentali, all'essenza appunto della materia costituzionale.

³⁶ Sul significato e la funzione delle riserve di legge, con specifico riguardo alla materia processuale ma con interessanti notazioni di ordine generale, v., ora, G. SORRENTI, *Riserva di legge in materia processuale e latitudine del sindacato di costituzionalità*, in *Dir. pubbl.*, 3/2014, 807 ss.

giurisdizionale, a salvaguardia dei diritti riconosciuti dalla *sola* norma a ciò, per sua indeclinabile vocazione, abilitata: la norma costituzionale³⁷.

Perché mai allora – qui è il punto – questo schema non dovrebbe valere altresì per i “nuovi” diritti? Piuttosto, ove appunto non dovesse considerarsi per essi valevole, il dubbio assai elevato è che non si tratti di *veri* diritti “fondamentali”, la “fondamentalità” essendo rivelata ed emblematicamente rappresentata proprio dallo strumento per eccellenza preposto a dare la prima ed essenziale disciplina della “materia” costituzionale, anzi del cuore della stessa: la legge costituzionale.

La legge comune – come si diceva – entra in campo solo *dopo*, perlomeno *secondo modello*; e lo fa, è opportuno che lo faccia, a mezzo di discipline comunque segnate da duttilità di struttura nomologica ed agilità di movenze: da discipline, dunque, esse pure contenute per svolgimento normativo, non tanto per articolazione delle disposizioni di cui si compongono, quanto per la loro attitudine ad adattarsi a plurime, continuamente cangianti, situazioni dalle stesse regolate. È perciò inevitabile la “delega” – come suole essere chiamata – fatta ai giudici, a quelli costituzionali come a quelli comuni, non di rado dunque sollecitati a quell’opera di *attuazione*, e non di mera *applicazione*, di cui poc’anzi si diceva, senza peraltro escludere l’ulteriore opera di produzione normativa alle volte indispensabile per l’effettiva implementazione della disciplina legislativa³⁸.

Quando poi la disciplina legislativa non risulti dotata della necessaria flessibilità, questa si è molte volte avuta (e si ha) a forza, attraverso l’adattamento della disciplina stessa, inizialmente eccessivamente rigida, da parte del giudice costituzionale e talora direttamente da parte dei giudici comuni, cui pure si devono non infrequenti “manipolazioni” dei testi di legge mascherate sotto le vesti candide dell’interpretazione conforme.

Come si vede, laddove il legislatore viene del tutto meno al suo compito ovvero lo esercita malamente³⁹, questo obbliga i giudici ad un innaturale ruolo di supplenza e, perciò, alla *commutazione dell’attività di garanzia in attività politica*. Non consola il fatto che i giudici adducono, a giustificazione del loro operato, la circostanza per cui della Costituzione (e – aggiungo – delle altre Carte dei diritti) può alla bisogna farsi applicazione diretta. Quando infatti le regole non ci sono e gli stessi principi sono enunciati in termini sommamente vaghi e reticenti, la loro “manipolazione” in sede giudiziaria, pur se effettuata con le migliori intenzioni, resta una evenienza da mettere in conto, forse talora davvero inevitabile⁴⁰.

Se, di contro, il legislatore fa il proprio lavoro come si conviene, questa è già la prima e rilevante, pur se da sola non sufficiente, risorsa di cui si dispone avverso siffatti indebiti mescolamenti funzionali, quanto meno – come si diceva – allo scopo di contenerne talune esasperate, irragionevoli manifestazioni.

³⁷ Riprendo qui, con ulteriori precisazioni, l’esito di precedenti indagini, tra le quali *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibrio istituzionale in un ordinamento “intercostituzionale”*, in www.rivistaaic.it, 4/2013, e *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in www.forumcostituzionale.it, 29 novembre 2014.

³⁸ Ricordo ora, per tutti, il caso, drammaticamente venuto alla luce molti anni addietro, del piccolo Alfredino Rampi precipitato in un pozzo artesiano, dove trovò la morte, che mise a nudo la mancata attuazione della legge sulla protezione civile, con vigore denunciata alla pubblica opinione dal Presidente della Repubblica Pertini.

³⁹ A riguardo delle carenze della legislazione, distingue tra diritti senza legge *in senso relativo* e diritti senza legge *in senso assoluto* A. MORELLI, *I diritti senza legge*, cit., 10 ss., spec. 20 ss.

⁴⁰ Rammento qui, per tutti, il caso Englaro e rammento altresì che a tutt’oggi la latitanza del legislatore nel far luogo ad un’adeguata disciplina delle esperienze di fine-vita perdura senza che si sia riusciti a porvi riparo: dobbiamo, forse, aspettarci un nuovo caso Englaro per avere la speranza che la disciplina stessa possa finalmente venire alla luce? (Su tutto ciò, nella ormai nutrita lett., per tutti, v. S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e, dello stesso, più di recente, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all’epoca della rivoluzione biologica*, in www.rivistaaic.it, 1/2014, § 5 ss.).

4. *La riduzione delle garanzie apprestate ai diritti in sede giurisdizionale in nome del “sistema”, che obbliga a bilanciamenti, alle volte molto gravosi per i diritti stessi, con altri interessi costituzionalmente protetti*

Non fanno, poi, difetto i casi, ai quali pure si è accennato in sede di notazioni iniziali, in cui i diritti provvisti di riconoscimento costituzionale sono stati, in tutto o in parte, sacrificati dai giudici a mezzo di operazioni di bilanciamento che hanno portato all’esito di privilegiare altri interessi giudicati meritevoli di prioritaria tutela.

Questa esperienza ha molti volti e non è qui possibile passare in rassegna neppure alcune delle sue più salienti espressioni. Mi limito solo, riprendendo un esempio dietro fatto, a rammentare i sempre più ricorrenti casi in cui si è assistito ad una vistosa compressione dei diritti e persino della stessa dignità, che – come si è fatto notare – dovrebbe andare esente da bilanciamento alcuno, allo scopo di far fronte ora al dilagante terrorismo internazionale ed ora alla soffocante crisi economica in atto.

La principale argomentazione alla quale si è fatto (e si fa), in tali congiunture, ricorso è quella che fa riferimento al “sistema”, al bisogno cioè di guardare all’intera gamma degli interessi costituzionalmente meritevoli di protezione e di ricercarne quindi la sintesi ottimale, in ragione del contesto, in vista dell’affermazione della Costituzione *magis ut valeat*, come “sistema” appunto, fissando pertanto il più in alto possibile il punto di realizzazione dei valori fondamentali dell’ordinamento⁴¹.

Ci si intenda. Il “sistema” è un dato oggettivo ed un fine allo stesso tempo, bisognoso di essere ogni volta ricercato, raggiunto, preservato, in ragione dei casi. Insomma, non si discute. Lo stesso legislatore, d’altronde, quando pone mano a dare tutela normativa ai diritti e, in genere, agli interessi dei quali intende farsi cura non può non tenere costantemente fisso lo sguardo sul “sistema”. Solo che i bilanciamenti insiti nelle discipline legislative presentano il difetto congenito ed ineliminabile della rigidità e dell’astrattezza, secondo quanto è proprio di ogni previsione di accadimenti o comportamenti futuri. Questi bilanciamenti sono sempre, tutti, condizionati dai casi che, nella loro incontenibile varietà, portano a combinazioni delle norme (o, se si preferisce, degli interessi dalle stesse regolati) parimenti varie, così come varie sono le combinazioni dei valori evocati in campo dai casi stessi. Al primo bilanciamento operato dal legislatore fa dunque seguito, di necessità, un secondo bilanciamento posto in essere dai pratici, e segnatamente dai giudici. Ed è presso questi ultimi che la partita, a conti fatti, si gioca e si chiude.

Ora, i bilanciamenti davanti ai giudici richiedono, al fine di essere convenientemente fatti, che i giudici stessi dispongano di spazi adeguati al fine di ricercare l’ottimale realizzazione del sistema, in conformità di quello che – come si è veduto – appare essere una sorta di “metacriterio” o di “metanorma”: la ricerca della massima tutela possibile dell’intera gamma degli interessi costituzionalmente meritevoli⁴².

⁴¹ Sul bisogno di salvaguardare il “sistema” la giurisprudenza costituzionale ha, specie in tempi recenti, insistito con particolare frequenza e vigore (v., tra le molte altre, le [decc. nn. 236 del 2011](#); [264 del 2012](#); [1, 170](#) e [202 del 2013](#) e, ora, [10](#) e [49 del 2015](#)).

⁴² Su quest’autentica *Grundnorm* che presiede alla composizione delle norme in sistema e, prima ancora, agli stessi processi interpretativi che portano alla loro individuazione, tra i molti altri e di recente, v. S. GAMBINO, *Livello di protezione dei diritti fondamentali (fra diritto dell’Unione, convenzioni internazionali, Costituzioni degli Stati membri) e dialogo fra le Corti. Effetti politici nel costituzionalismo interno ed europeo*, in [www.federalismi.it](#), 13/2014; G. D’AMICO, *Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”: in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza costituzionale*, relaz. alle Giornate di studio su *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, cit., in *paper*, spec. al § 5, e, dello stesso, *La massima espansione delle libertà e l’effettività della tutela dei diritti*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell’uguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 17 ss., nonché negli *Scritti in onore di G. Silvestri*; pure *ivi*, E. CASTORINA - C. NICOLOSI, “Sovranità dei valori” e sviluppo della tutela dei diritti fondamentali: note sull’evoluzione della giurisprudenza statunitense; L. CAPPUCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, e C. PANZERA, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali (prime notazioni)*, spec. al § 3; v. inoltre, L. TRIA, *La tutela dei diritti*

Qui è il cuore della questione oggi nuovamente discussa. Perché gli spazi in parola non possono essere né troppo estesi né troppo ristretti: non l'una cosa, conseguente all'eccessiva laconicità o, addirittura, alla totale carenza della disciplina legislativa (ciò che porterebbe a quella innaturale conversione dell'attività di garanzia in attività politico-normativa, di cui è dietro discorso) e neppure però l'altra, conseguente alla eccessiva minuzia e rigidità della regolazione legislativa, incapace di adattarsi alla varietà del reale, con le peculiari esigenze manifestate da ciascun caso.

V'è, dunque, un fatto (anzi, un problema) di "misura", di ragionevolezza, cui devono conformarsi tutte le pubbliche funzioni e tutti gli atti, anche espressivi della medesima funzione, nel loro disporsi in "catene" teleologicamente orientate verso lo scopo, a tutti gli atti per modello comune, della massimizzazione della tutela⁴³.

Restare nel giusto mezzo – com'è chiaro – è quanto di più arduo vi sia. Se poi si considera che soprattutto i "nuovi" diritti, che gravitano nell'orbita del c.d. biodiritto, sono da noi in larga misura "scoperti", al di fuori di alcune indicazioni offerte dalle Carte dei diritti (ma non – ahimè – dalla Carta costituzionale, che anche per quest'aspetto appare a mia opinione bisognosa di aggiornamento), se ne ha che del problema della "misura" suddetta devono farsi carico particolarmente i giudici che, in conseguenza delle annose carenze del legislatore, vengono davvero ad essere messi in croce. Perché, per un verso, sono sollecitati a quel ruolo di "supplenza", di cui si diceva, allo scopo di non lasciare sguarniti di protezione i diritti; per un altro, però, sanno di non potersi spingere troppo in avanti, quanto meno laddove vogliono restare fedeli al proprio ruolo, non snaturandolo.

Si tratta allora di stabilire di quali risorse, interne all'apparato dei giudici, si dispone al fine di potersi muovere in equilibrio lungo questo crinale sottilissimo, senza cadere nel difetto della denegata giustizia ovvero nell'eccesso di una normazione per via (non legislativa ma) giudiziaria dei diritti.

5. Il "dialogo" tra le Corti (specie con quelle europee) quale risorsa avverso l'innaturale commutazione dell'attività di garanzia in attività politica, la tentazione cui ciascuna Corte rimane non di rado esposta a porsi quale superiore non recognoscens, discostandosi così da quel canone della massimizzazione della tutela che dovrebbe costantemente presiedere ai loro rapporti ed a salvaguardia dei diritti, l'ordinazione "orizzontale" delle Carte (e delle Corti) quale la più efficace risorsa avverso lo snaturamento della funzione di garanzia e il suo porsi quale la massima espressione della direzione politica

Molto di buono al riguardo ha già fatto ed ancora di più potrà fare nel prossimo futuro il c.d. "dialogo" tra le Corti, tanto in ambito interno (al piano cioè dei rapporti tra giudici comuni e Corte costituzionale) quanto a quello internazionale e sovranazionale (al piano dei rapporti tra giudici nazionali e Corti europee): una risorsa preziosa, spendibile a doppio verso, sia al fine del rinnovamento che a quello della stabilizzazione delle giurisprudenze.

Devesi subito far luogo ad un'avvertenza, cui qui si assegna uno speciale significato; ed è che il "dialogo", pur laddove porti i frutti migliori che da esso si attendono, non è detto che riesca a fare da argine alle tendenze di frequente affioranti alla "politicizzazione" delle pronunzie dei giudici e

*fondamentali. Le tecniche di interrelazione normativa indicate dalla Corte costituzionale. L'abilità di usare il patrimonio di sapienza giuridica ereditato dal passato per preparare il futuro, in www.cortecostituzionale.it, dicembre 2014; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2014, 389 ss.; C. AMALFITANO - M. CONDINANZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Giappichelli, Torino 2015, 126 ss. e 168 ss., nonché, se si vuole, ora, il mio *Pluralismo assiologico, pluralismo istituzionale, integrazione di sistemi*, in www.dirittifondamentali.it, 24 marzo 2015, spec. §§ 4 e 5, e già in altri scritti.*

⁴³ Si ha dunque, ancora una volta, conferma che la ragionevolezza costituisce – secondo la fortunata immagine di una sensibile dottrina (L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano 2005) – un autentico "principio architettonico del sistema".

degli indirizzi dalle stesse composti; potrebbe, di contro, ancora di più rimarcare il “tasso” di politicità insito negli indirizzi medesimi. Allo stesso modo, il loro radicamento nell’esperienza potrebbe giocare sia nel senso di esercitare una vigorosa pressione nei riguardi del legislatore perché finalmente si attivi a dare ai diritti l’attesa regolazione ovvero ad aggiornare una regolazione preesistente, quanto però nel senso opposto di incoraggiare l’ulteriore riprodursi di una iniziale inerzia, in considerazione del fatto che una qualche disciplina pur sempre si ha, anche se di anomala, “sussidiaria” formazione giurisprudenziale: un esito, questo, in particolare sollecitato a venire alla luce laddove la disciplina stessa si debba a pronunzie provviste di efficacia generale, quali sono quelle della Corte costituzionale (segnatamente, secondo comune opinione, quelle di accoglimento) e, più ancora, quelle della Corte dell’Unione, idonee a distendersi all’occorrenza su tutti i territori degli Stati membri, e, sia pure in via di mero fatto, talora anche quelle della Corte di Strasburgo, in specie laddove i punti di diritto in esse enunciati riescano a farsi valere oltre il caso che dà modo alla loro definizione.

La convergenza delle giurisprudenze rimane, ad ogni buon conto, un fatto altamente positivo, una risorsa appunto. Un fatto che ha però da essere costantemente sostenuto ed alimentato da un *animus* che, per vero, tarda ancora oggi ad affermarsi e a radicarsi nella cultura giuridica del nostro tempo e – ciò che più importa – ad essere recepito e *quodammodo* metabolizzato dai protagonisti del “dialogo” stesso, le Corti, ed al quale è, tuttavia, a mia opinione da assegnare cruciale rilievo. Mi riferisco all’abbandono, senza indugi e rimpianti, di un’antica e però ad oggi attualissima credenza che induce ciascuna Corte a considerarsi “superiore” alle altre, nell’assunto del tutto privo di fondamento che “superiore” sia la Carta di cui ciascuna di esse è istituzionalmente garante rispetto alle Carte restanti.

È una tentazione, questa alla quale le Corti restano non di rado soggette e di cui non riescono a liberarsi, condizionate da un malinteso “nazionalismo” o “patriottismo” costituzionale che, specie nelle sue più esasperate manifestazioni, finisce a conti fatti col ritorcersi a detrimento dei diritti. Si difende, cioè, con le unghie e coi denti la disciplina contenuta nella *propria* Carta, pur laddove essa si riveli meno attrezzata di altre Carte nel dare tutela ai diritti evocati in campo dai casi, anche – come si è veduto – nel loro fare “sistema” con altri beni della vita meritevoli di protezione. Insomma, viene messo in buona sostanza da parte quel canone della massimizzazione della tutela che dovrebbe invece stare a base dello svolgimento delle pratiche giuridiche, qualunque sia il livello istituzionale al quale esse prendono forma. Ed è singolare, francamente malinconico, che a parole tutte le Corti dichiarino di riconoscersi nel canone stesso né potrebbero fare altrimenti, dal momento che esso è esplicitamente enunciato nelle Carte europee (art. 53 sia della CEDU che della Carta di Nizza-Strasburgo) e chiaramente desumibile dalla Carta costituzionale (segnatamente, dagli artt. 2 e 3, espressivi – come si è veduto – della *coppia assiologica fondamentale* dell’ordinamento), quando poi da esso nei fatti si discostino.

Basti solo por mente all’idea del primato del diritto dell’Unione di cui la Corte dell’Unione stessa mostra di volersi fare portatrice e di cui ha reso, ancora di recente, testimonianza nel famoso parere reso a riguardo dell’adesione alla CEDU, che ha posto condizioni praticamente impossibili, tali in buona sostanza da aggirare il precetto di cui all’art. 6 del trattato di Lisbona.

Oppure si pensi all’avventata dichiarazione resa dal nostro giudice costituzionale in una sua risalente, ma non per ciò inattuale, pronunzia, la [n. 388 del 1999](#), nella parte in cui con sicumera si dichiara che la tutela offerta dalla nostra Carta ai diritti non è in ogni caso meno intensa di quella data dalle Carte restanti. È vero che subito appresso si aggiunge che le Carte tutte “*si integrano reciprocamente nella interpretazione*”: un’affermazione, questa, che dà voce ad una concezione delle Carte stesse quali idonee ad ambientare i loro rapporti su un piano “orizzontale”, improntandoli a reciproca parità, diversamente dalla prima affermazione che invece ordina le Carte in modo “verticale”, assumendo che quella costituzionale detenga in sovrana solitudine il primato sopra ogni altra.

Ancora da ultimo, poi, con [sent. n. 49 del 2015](#) il nostro giudice delle leggi ha avuto modo di precisare il proprio pensiero in ordine al rilievo in ambito interno della CEDU, confermandone il

carattere irriducibilmente “subcostituzionale” ed abilitando i giudici nazionali (dunque, quelli comuni ma anche... *se stesso*) a discostarsi dalla giurisprudenza della Corte europea, segnatamente laddove le pronunzie di volta in volta di riferimento siano inespressive di un indirizzo “consolidato” ovvero non si sia in presenza di una *sentenza-pilota*⁴⁴. Quando poi il vincolo interpretativo risulti essere stringente, per il ricorrere dell’una ovvero dell’altra delle condizioni ora indicate, ebbene è pur sempre data la facoltà del giudice nazionale di portare la norma CEDU sospetta di violare la Costituzione alla cognizione della Consulta perché la rende inoffensiva, annullando la legge di esecuzione della Convenzione “*nella parte in cui...*”. Come si vede, un orientamento del nostro giudice costituzionale, questo manifestato con la [decisione sopra cit.](#), che appare palesemente dettato da un *animus* difensivo, incoraggiato cioè a formarsi da un *pressing* della Corte europea che alle volte dev’esser apparso insopportabile.

In realtà, il giudice di Strasburgo, a seconda dei diritti in campo e dei contesti in cui maturano le operazioni di bilanciamento, usa a mo’ di elastico la dottrina del consenso e del margine di apprezzamento, ora ritraendosi e lasciando spazio alle giurisprudenze (e, in genere, alle autorità) nazionali perché possano dar modo all’identità costituzionale di espandersi e farsi valere ed ora invece spingendosi vigorosamente in avanti in ambito nazionale, sì da obbligare le giurisprudenze (e le autorità suddette) ad allinearsi agli indirizzi definiti a livello europeo⁴⁵.

Il punto è che i giudici europei da un canto, i giudici nazionali dall’altro, hanno da prendere finalmente consapevolezza del fatto che tutte le Carte, specie nel presente contesto multiculturale, o sono da considerare – piace a me dire⁴⁶ – come “intercostituzionali” oppure semplicemente non sono.

Le Carte europee non possono fare a meno di attingere e costantemente alimentarsi dalle “tradizioni costituzionali comuni”, così come le Carte costituzionali non possono assumere di poter

⁴⁴ La decisione ha subito attratto l’attenzione dei commentatori, molti dei quali non hanno mancato di evidenziarne il carattere esasperatamente “nazionalista” [variamente sul punto, F. VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in www.penalecontemporaneo.it, 1° aprile 2015; nella stessa Rivista e con la stessa data, M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, nonché, ancora *ivi*, V. MANES, *La “confisca senza condanna” al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, 13 aprile 2015; inoltre, R. CONTI, [La CEDU assediata? \(Osservazioni a Corte cost. n. 49 del 2015\)](#), in questa [Rivista](#), 2015/I (9 aprile 2015), 181 ss.; P. MORI, *Il “predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU”: Corte costituzionale 49/2015 ovvero della “normalizzazione” dei rapporti tra diritto interno e la CEDU*, in www.sidi-isil.org, 15 aprile 2015; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in www.forumcostituzionale.it, 30 aprile 2015. Infine, volendo, anche il mio *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, in www.penalecontemporaneo.it, 2 aprile 2015].

⁴⁵ Sulle esperienze al riguardo maturate, notazioni di vario segno possono vedersi in J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell’ordine pubblico europeo. Nei sessant’anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti - A. Morrone, Giappichelli, Torino 2011, 87 ss.; A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, University Press, Oxford 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi*, cit., spec. 88 ss. e 110 ss.; G. RAIMONDI, *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8-11 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in www.europeanrights.eu, 11 gennaio 2013; i contributi che sono nella parte II.A di AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Intersentia, Cambridge 2013; R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, cit., spec. 214 ss., e, con specifico riguardo alle prospettive aperte per la sua ulteriore valorizzazione dal prot. 15, E. CRIVELLI, *I protocolli n. 15 e n. 16 alla CEDU: nel futuro della Corte di Strasburgo un rinvio pregiudiziale di interpretazione?*, in *Quad. cost.*, 4/2013, 1021 ss.; E. CANNIZZARO - B.I. BONAFÈ, *Beyond the archetypes of modern legal thought. Appraising old and new forms of interaction between legal orders*, in AA.VV., *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, a cura di M. Maduro - K. Tuori - S. Sankari, University Press, Cambridge 2014, 84 ss.; C. CINELLI, *Corte europea dei diritti dell’uomo, Corte costituzionale italiana e margine di apprezzamento*, in *Riv. dir. internaz.*, 3/2014, 787 ss.; T. GIOVANNETTI - P. PASSAGLIA, *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, cit., 387 ss.

⁴⁶ Di un ordine “intercostituzionale” ho cominciato a discorrere 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.

assicurare sempre l'ottimale tutela ai diritti rinchiudendosi insensatamente, in modo autoreferenziale, in se stesse ed hanno dunque bisogno di rigenerarsi culturalmente facendo capo alle Carte di origine esterna.

Ogni immagine "verticale", nel senso sopra detto, delle Carte ha un solo esito, obbligato: quello di fare – come si è veduto – della Corte apicale, posta al vertice del "sistema di sistemi", un *potere costituente permanente*, non più un garante bensì il massimo decisore politico. L'immagine "orizzontale", che mostra ogni Carta piegarsi davanti a ciò che di più e di meglio hanno le altre Carte da offrirle in vista dell'ottimale appagamento dei diritti e, in genere, degli interessi meritevoli di tutela considerati nel loro fare "sistema", invece preserva il ruolo "giurisdizionale" (nella sua ristretta e propria accezione) dei giudici (di *tutti* i giudici) o, quanto meno, si pone quale precondizione necessaria, seppur non sufficiente, perché il ruolo stesso possa essere, nelle singole circostanze alle quali si applica, preservato. Di lì in avanti, poi, spetta direttamente ed esclusivamente ai giudici assumersi le responsabilità, morali e giuridiche, che loro competono per mantenersi fedeli al proprio ruolo, senza dar vita né a difetti né ad eccessi in occasione del suo esercizio. Ma per far ciò, come si diceva, hanno da essere sostenuti ed incoraggiati dal legislatore, così come quest'ultimo ha poi bisogno della "leale cooperazione" di quelli al fine di vedere portate linearmente e con profitto ad effetto le soluzioni normative apprestate a beneficio dei diritti.

Il rischio della "politicizzazione" (o "iperpoliticizzazione") dei giudici e dei giudizi può essere, dunque, fugato solo in un modo, ad una condizione: che ciascun operatore faccia per intero e fino in fondo, come deve, la propria parte. È solo così che può allontanarsi e dissolversi l'esito di una fatale politicizzazione dei giudici, che renderebbe testimonianza di una sia pur tardiva e sterile rivincita di Schmitt su Kelsen, estesa oltre il campo in cui maturano le esperienze della giustizia costituzionale e perciò portata fino a ricomprendere le esperienze della giustizia comune.

Il cerchio si chiude e si torna così alla partenza dell'itinerario qui percorso, l'equilibrio complessivo del sistema, anche nel suo porsi come "sistema di sistemi", dipendendo dal costante, necessario equilibrio tra organi di garanzia ed organi della direzione politica, senza il quale i diritti non hanno, non possono avere, né presente né futuro⁴⁷.

⁴⁷ Un opportuno richiamo all'equilibrio complessivo del sistema istituzionale è, ora, anche nella chiusa del saggio su *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, cit., di G. MOSCHELLA.