



**CONSULTA ONLINE**

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2023 FASC. I

(ESTRATTO)

**ANTONIO RUGGERI**

**CHI È IL GARANTE DEI NUOVI DIRITTI FONDAMENTALI?**

17 MARZO 2023

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

**Antonio Ruggeri**  
**Chi è il garante dei nuovi diritti fondamentali?\***

*Alle giovani ed ai giovani iraniani  
ed a quanti nel mondo si battono  
per la libertà, l'eguaglianza, la dignità*

**ABSTRACT:** *After highlighting the need to endowed the new fundamental rights with an essential constitutional discipline, the essay focuses, on the one hand, on the events of the relative rules over time and, on the other hand, about the balancing between the new rights case-by-case. Finally, the author argues that the most effective guarantee of the rights in question can and must be provided - even before and more than in court - by each one and by the social body as a whole, making them count to the maximum of their expressive potential in their context.*

SOMMARIO: 1. I “nuovi” diritti fondamentali, il bisogno da essi manifestato di un congruo riconoscimento, i nodi che restano ad oggi da sciogliere al fine di potersi fare valere. – 2. Lo strumento elettivo per il cui tramite può aversi il riconoscimento dei nuovi diritti, la legge costituzionale. – 3. La *Grundnorm* della massimizzazione della tutela dei diritti, il bilanciamento su basi di parità dei nuovi coi vecchi, i riflessi sulle dinamiche della normazione nel tempo. – 4. Al tirar delle somme, garanti dei diritti siamo (e *dobbiamo* essere) tutti noi.

*1. I “nuovi” diritti fondamentali, il bisogno da essi manifestato di un congruo riconoscimento, i nodi che restano ad oggi da sciogliere al fine di potersi fare valere*

Il quesito che è nel titolo della riflessione che mi accingo a svolgere evoca in campo non poche e non poco complesse questioni di ordine teorico-generale, da tempo fatte oggetto di animato dibattito e tuttavia ancora oggi ben lungi dal potersi dire in modo soddisfacente risolte.

Muovo da un dato che mi parrebbe essere incontrovertibile; ed è che ormai si riscontra una larga convergenza da parte di studiosi di varia estrazione e parimenti vario orientamento attorno alla esistenza dei diritti in parola, non foss’altro che per il fatto che il tempo trascorso dalla redazione delle Carte costituzionali del secondo dopoguerra ha naturalmente portato alla emersione dal corpo sociale di nuovi bisogni elementari della persona umana diffusamente percepiti appunto come diritti fondamentali, indispensabili cioè perché l’esistenza sia davvero – come dice la nostra legge fondamentale – “libera e dignitosa”<sup>1</sup>, diritti dei quali – piaccia o no – non si ha testuale riferimento nelle Carte stesse. Non è un caso, d’altronde, che se ne abbia traccia in documenti costituzionali *quoad substantiam* venuti alla luce in tempi più recenti e sovente espressamente etichettati appunto come Carte dei diritti: un dato, questo, di non secondario rilievo al fine del riconoscimento dell’attributo della “fondamentalità” in capo a questi ultimi.

Ammessane, dunque, in partenza la esistenza si va tuttavia subito incontro ad una preliminare difficoltà a riguardo della individuazione delle basi costituzionali sulle quali la categoria in sé e ciascuno degli elementi di cui si compone dovrebbero poggiare. Faccio al riguardo, per brevità, riferimento alla nostra Carta ma il discorso può – com’è chiaro – prestarsi, con i dovuti adattamenti, a considerazioni di ordine generale.

Ebbene, i diritti fondamentali, pur preesistendo alla loro positivizzazione, non possono comunque fare a meno di questa, se non altro perché è solo dalla loro regolazione normativa che



<sup>1</sup> Per l’accezione ora riportata di diritto fondamentale, rimando al mio [Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela](#), in questa [Rivista](#), 2016/II, 263 ss., nonché in in AA.VV., *Cos’è un diritto fondamentale?* a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 337 ss.

discende il regime giuridico peculiare di ciascun diritto e, dunque, forme, gradi, sedi della relativa salvaguardia.

Ora, i c.d. “nuovi” diritti si dicono tali non soltanto perché venuti alla luce in tempi recenti rispetto a quello di maturazione dei vecchi ma anche per la ragione che fa difetto il dato testuale al quale possono essere agganciati; allo stesso tempo, però, di esso non possono fare a meno, restando altrimenti delle mere aspirazioni, pur meritevoli della massima considerazione e, tuttavia, prive di un loro statuto giuridico complessivo. La “fondamentalità” è, infatti, un tratto intrinseco dei diritti che ne sono dotati che ha, al contempo, bisogno di essere disvelato, appunto attraverso il riconoscimento positivo. E quest’ultimo, conformemente alla natura propria dei diritti in parola, non può che essere dato dalla Costituzione o da altro documento del pari materialmente costituzionale, quali sono le Carte venute alla luce in seno alla Comunità internazionale o in ambito sovranazionale (tra le quali – per ciò che più da presso ci riguarda – la CEDU e la Carta dell’Unione europea).

Di qui un ossimoro a prima vista insuperabile. I diritti in parola sono nuovi perché privi di base testuale nella legge fondamentale della Repubblica ma, proprio per ciò, *dal punto di vista di quest’ultima*, parrebbero non potersi considerare esistenti fintantoché non ne siano dotati<sup>2</sup>.

Dunque, *proprio perché “fondamentali” in sé e per sé, hanno bisogno di essere riconosciuti; e, però, solo dopo che ciò avrà luogo, se ne potrà predicare la “fondamentalità”*.

Un autentico rompicapo, un vicolo cieco, come si vede. Non è un caso, d’altronde, che dottrina e giurisprudenza abbiano prodotto uno sforzo encomiabile per colmare la lacuna suddetta, ora agganciando i diritti in parola alla *Grundnorm* di cui all’art. 2 della Carta ed ora, con ulteriore sforzo di specificazione concettuale e positiva, facendo capo ad altri enunciati costituzionali, a partire da quello posto in testa all’art. 13. È chiaro che il richiamo a quest’ultimo o ad altri disposti ancora risolverebbe la questione in radice, con la negazione dell’attributo della “novità” in capo a questo o quel diritto che, dunque, verrebbe a porsi quale manifestazione peculiare della libertà personale (o di altra libertà ancora). Una via, questa, come si sa, molte volte battuta, senza peraltro che si avesse – temo – piena avvertenza della contraddizione insita nella qualifica come “nuovo” di un diritto che, in realtà, sarebbe pur sempre espressivo di un’“antica” libertà.

Più piana, invece, la via che porta all’art. 2 ma non per ciò ugualmente soddisfacente la soluzione patrocinata da quanti fanno appello al principio fondamentale in parola a “copertura” dei diritti di cui qui si torna rapidamente a discutere. Non è, infatti, chi non veda la differenza che passa tra un diritto che dispone di una base testuale per esso apprestata, in aggiunta alla indicazione di ordine generale di cui all’art. cit., e un diritto che invece ne è privo. Una differenza di cruciale rilievo, dal momento che il difetto di disciplina *ad hoc* non consente di stabilire in che modo il diritto stesso si articola e svolge, quali le sue garanzie, quali in particolare i ruoli che al riguardo giocano il legislatore per un verso, i giudici per un altro.

Il riconoscimento iniziale, poi, non resta ovviamente senza conseguenze. Grazie ad esso, alcuni diritti possono fregiarsi del titolo della “inviolabilità” che – come si è tentato di mostrare altrove – consegue alla “fondamentalità”, risolvendosi a conti fatti nel divieto categorico fatto al legislatore di revisione di abrogazione “secca” della disciplina dalla stessa Carta posta in svolgimento del riconoscimento suddetto, nel mentre è a mia opinione pur sempre possibile la modifica della stessa, ma solo a finalità espansiva, così come a mio modo di vedere può aversi per i principi fondamentali<sup>3</sup>. La circostanza, poi, che nei tre quarti di secolo trascorsi dalla redazione della Carta nessuno dei diritti di libertà di cui agli artt. 13 ss. sia stato innovato (con le sole, note eccezioni riguardanti gli artt. 26 e 27, ultimo comma), in ispecie allungando il catalogo dei diritti, non equivale di certo a riprova della astratta immodificabilità o, diciamo pure, “pietrificazione” del quadro costituzionale, attestando piuttosto che le garanzie dal Costituente apprestate sono state – a torto o a ragione – considerate col tempo ed ancora oggi si considerano adeguate allo scopo avuto di mira al momento della loro previsione.

---

<sup>2</sup> In realtà, quest’affermazione richiede una non secondaria precisazione che si farà a breve.

<sup>3</sup> La tesi è argomentata nel mio [I principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva](#), in questa [Rivista](#), 2022/II, 473 ss.

Non intendo sottoporre qui a verifica la conclusione appena indicata in relazione ai diritti “vecchi”, in ispecie per ciò che concerne la sufficienza – se così può dirsi – dello scudo protettivo costituito dalla riserva di legge e dalla riserva di giurisdizione. Trattasi di questione, per vero, meritevole della massima attenzione, sulla quale mi riservo di tornare in altra sede ad essa specificamente dedicata. Mi limito ora solo ad accennare al fatto che, soprattutto per effetto dello sviluppo della scienza e della tecnologia registratosi nel corso degli anni che ci separano dalla sofferta ma esaltante stagione della Costituente, con ogni probabilità dovrà pensarsi a garanzie ulteriori rispetto a quelle in atto indicate ovvero all’ulteriore rafforzamento delle stesse che, per il modo con cui complessivamente si atteggiavano, mi sembrano scarsamente attrezzate per far fronte agli attacchi micidiali che, soprattutto a certi diritti, possono essere (e non di rado sono) mossi avvalendosi appunto della strumentazione altamente sofisticata messa a disposizione dalla scienza e dalla tecnologia.

Ad ogni buon conto, se il massimo atto di potere costituito, la legge approvata con le procedure di cui all’art. 138, non può sostanzialmente svuotare di significati e valenze i diritti costituzionalmente nominati<sup>4</sup>, a maggior ragione – com’è chiaro – non può farlo alcun altro atto parimenti espressivo di potere costituito. I diritti fondamentali, insomma, proprio perché tali e grazie al riconoscimento di cui godono, risultano dotati di una protezione formidabile che non consente (o, meglio, giova dire con doverosa cautela, non *dovrebbe* consentire) ad alcuna minaccia, ad essi da qualunque parte recata, di sortire gli effetti sperati; perlomeno, così appunto, dovrebbe essere secondo modello e fintantoché i meccanismi istituzionali si dimostrino in grado di funzionare in modo complessivamente apprezzabile. Ciò che, però, nei fatti, non sempre si ha, sol che si pensi alle non poche carenze, specie di ordine processuale, ad oggi riscontrabili tanto nei giudizi comuni quanto in quelli costituzionali, oltre che nel corso delle vicende processuali che maturano presso le Corti non nazionali<sup>5</sup>. Si danno, peraltro, nell’esperienza forme plurime, sovente subdole in quanto svolgentisi per vie sotterranee e perciò abilmente mascherate, di sostanziale aggiramento delle garanzie costituzionali, con il conseguente svilimento dei diritti cui queste ultime si riferiscono.

Sta di fatto, però, che i nuovi diritti non dispongono nella Carta di alcuna base positiva sulla quale poggiare per tenersi e farsi valere, al di fuori appunto dell’*incipit* contenuto nell’art. 2.

Di qui, alcune conseguenze di non poco momento, che è ora opportuno mettere rapidamente in evidenza, con riserva di approfondimenti in altri luoghi ad esse specificamente dedicati.

Tre, in particolare, i nodi da sciogliere.

Il primo concerne le forme di cui deve rivestirsi la disciplina dei diritti di cui non si ha esplicita traccia nella Carta.

Il secondo riguarda le vicende nel tempo della disciplina stessa, in ispecie se da essa discendano limiti a carico della normazione a venire.

Il terzo attiene al modo complessivo di porsi dei nuovi diritti in rapporto coi vecchi, in particolare se sia loro dato di partecipare ad armi pari con questi ad operazioni di bilanciamento secondo i casi.

---

<sup>4</sup> Si dà qui – come si vede – per acquisito che si diano limiti alla revisione costituzionale: questione, come si sa, un tempo animatamente discussa, registrandosi nondimeno ormai un larghissimo consenso a riguardo della soluzione evocata nel testo che – ed è ciò che più importa – risulta avvalorata dal diritto vivente, specie da quello che viene a formazione presso la Consulta.

<sup>5</sup> Si aggiungano a ciò, con specifico riguardo alle vicende della normazione di forma costituzionale, le remore alle quali va incontro la giurisprudenza costituzionale a caducare atti venuti alla luce con le procedure di cui all’art. 138, preferendo piuttosto “sanzionarli” in via di fatto, a mezzo di coraggiose (ma, in qualche caso, francamente temerarie) reinterpretazioni “sananti”, secondo quanto peraltro attesta la riscrittura a tappeto operata nei riguardi del nuovo Titolo V; d’altro canto, la Corte delle leggi non si è trattenuta (e non si trattiene), laddove ne avverta il bisogno, di far luogo a “modifiche tacite” dello stesso dettato originario, ancorché espressivo della genuina volontà del Costituente. È pur vero, poi, che la stessa giurisprudenza comune pone non di rado mano a letture tanto delle leggi quanto, appunto, della Costituzione in sensibile misura innovative, secondo quanto testimoniano, ad es., alcune pratiche d’interpretazione conforme.

Trattasi, peraltro, di questioni che si fanno di continuo rimando l'una all'altra, sì da rendersi problematico tenerle, se non fino ad un certo punto, distinte l'una dall'altra, facendone quindi oggetto di separato esame.

Di tutto ciò dobbiamo, dunque, ora dire, con la speditezza che è congeniale a questo studio.

## 2. *Lo strumento elettivo per il cui tramite può aversi il riconoscimento dei nuovi diritti, la legge costituzionale*

Al primo profilo riserverò adesso solo un cenno, trattandosi di questione fatta oggetto di esame in altri luoghi<sup>6</sup>. Mi limito solo a rinnovare qui il mio fermo convincimento che la materia costituzionale, in ispecie il suo cuore pulsante, i diritti fondamentali<sup>7</sup>, non possa comunque fare a meno di una prima, essenziale regolazione con fonte costituzionale. Certo, rimane la differenza non trascurabile costituita dal fatto che la disciplina relativa ai vecchi diritti è stata posta dalla mano del Costituente, laddove quella dei nuovi è pur sempre opera di un potere costituito, sia pure della sua massima espressione positiva. Ciò che potrebbe far pensare – per fare subito un cenno al terzo profilo – che, in sede di bilanciamento tra vecchi e nuovi diritti, i primi debbano comunque avere la meglio. Si vedrà, però, che le cose non stanno così.

Ad ogni buon conto, ammessa – come si diceva – in premessa la esistenza di diritti innominati e manifestando gli stessi il bisogno che la loro “fondamentalità” sia *per tabulas* riconosciuta, non può darsi risorsa migliore, in seno allo strumentario di cui l'ordinamento dispone, di quella apprestata dalle leggi approvate con le procedure di cui all'art. 138.

Occorre, tuttavia, preliminarmente chiedersi se non vi sia altro modo per il raggiungimento dello scopo.

Ora, non va al riguardo trascurata la circostanza per cui il riconoscimento dei diritti in parola si ha – come si diceva – altresì ad opera di altri documenti *materialmente* (o – come preferisce dire la Consulta<sup>8</sup> – *tipicamente*) costituzionali venuti alla luce *extra moenia*, le Carte dei diritti; e, dunque, potrebbe rilevarsi che, per effetto del loro recepimento in ambito interno, la lacuna originaria della legge fondamentale della Repubblica risulti comunque colmata. Un'affermazione, questa, che parrebbe essere persuasiva ma che ugualmente non si sottrae ad alcuni appunti critici.

Va, in particolare, tenuto presente che le Carte in parola, per il modo con cui sono comunemente intese, occupano – piaccia o no (e a me non piace per nulla) – un posto comunque subordinato alla Costituzione. Non è un caso, d'altronde, che sono recepite con legge comune, laddove a mia opinione dovrebbe a tal fine farsi luogo all'adozione di legge costituzionale, sì da ricongiungere nel migliore dei modi, forma e materia costituzionale; quand'anche, poi, fossero rese esecutive a mezzo delle procedure stabilite nell'art. 138, dovrebbero a rigore considerarsi comunque soggette alla osservanza dei principi fondamentali dell'ordinamento. Non è neppure casuale che la giurisprudenza costituzionale, a partire dalle famose sentenze “gemelle” del 2007, abbia riconosciuto nella CEDU una fonte “subcostituzionale”<sup>9</sup>. L'unica eccezione a questo inquadramento

---

<sup>6</sup> Tra i quali, di recente, *I diritti fondamentali, tra riconoscimento normativo ed effettività della tutela*, in [Nuove Autonomie](#), 2/2022, 23 settembre 2022, 405 ss.

<sup>7</sup> Così, in ispecie, per l'accezione liberale di Costituzione, mirabilmente scolpita nel famoso art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

<sup>8</sup> L'etichetta trovasi – com'è noto – in [Corte cost. sent. n. 269 del 2017](#), con specifico riguardo alla Carta dei diritti dell'Unione ma non vedo come possa non valere altresì per ogni altra Carta. Né varrebbe opporre che solo a quella è riconosciuto rango costituzionale, a motivo della forza normativa di cui è dotata, diversamente da ciò che è proprio della CEDU e – a quanto pare – di ogni altra Carta. Con riserva di quanto sul punto si dirà a momenti, è, ad ogni buon conto, innegabile il carattere *materialmente* costituzionale di ogni Carta, per il fatto oggettivo che tutte danno il riconoscimento di diritti fondamentali. D'altronde, se così non fosse, non sarebbero appunto... *tali*.

<sup>9</sup> ... e per fortuna – verrebbe da dire – si è avuta nel 2001 la modifica dell'art. 117, con il richiamo ivi operato alla osservanza degli obblighi internazionali; altrimenti, si sarebbe con ogni probabilità tenuto fermo l'antico *trend* che dava modo alle leggi comuni di derogare alle leggi di esecuzione dei trattati e di altri atti ancora della Comunità internazionale.

sistematico si è avuta – come si sa – a beneficio della Carta di Nizza-Strasburgo che, al pari del diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario in genere, gode di rango costituzionale, restando ad ogni buon conto soggetta pur sempre ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale. Il che equivale a dire che essa pure non può comunque essere in tutto e per tutto accostata alla Costituzione quanto al rango posseduto ed alla *vis* normativa che è in grado di esprimere.

Ora, prefigurare graduatorie tra le Carte dei diritti – come si è avuto modo di far notare altrove – è una insanabile contraddizione. Lo è, in particolare, immaginare che si diano diritti più... *fondamentali* di altri: come dire che vi sarebbe un assoluto (costituzionale) ancora più... *assoluto* di un altro (cosa c'è, infatti, in un edificio di più solido e più profondo delle sue fondamenta?).

D'altro canto, non dovrebbe perdersi di vista il fatto che la disputa attorno alle forme non è mai pura manifestazione di pignoleria e meno che mai lo è in relazione alla questione qui trattata, sol che si pensi che le leggi comuni possono essere espressione della volontà della sola maggioranza di turno. Una eventualità, questa, che per vero non può considerarsi esclusa in partenza per le stesse leggi costituzionali. Se, però, è possibile che si abbiano, così come si sono avute, innovazioni costituzionali a colpi di maggioranza laddove ne sia oggetto questo o quell'aspetto della organizzazione<sup>10</sup>, non è concepibile – a me pare – che se ne abbia riscontro in occasione del riconoscimento dei nuovi diritti, del cuore pulsante – si diceva – della materia costituzionale, per il cui aggiornamento s'impone il rinnovo tra le forze politiche di opposto schieramento del *pactum unionis* siglato alla Costituente. Il *quorum* della maggioranza dei due terzi è – perlomeno nel presente contesto politico – una garanzia adeguata allo scopo, mentre non è ormai più – temo – rassicurante la previsione che l'approvazione delle leggi costituzionali possa aversi altresì a maggioranza assoluta. Ciò che rende opportuna la modifica dello stesso art. 138, stabilendo quale unico *quorum* possibile il primo: una modifica – è appena il caso di precisare – che può aversi unicamente con metodo consensuale<sup>11</sup>.

L'esplicito riconoscimento dei nuovi diritti – come si viene dicendo – è, dunque consigliabile, seppur per vero, in relazione ad alcuni, non necessario. Mi riferisco, in particolare, oltre che ai diritti di cui fa menzione la Carta dell'Unione, a quelli che beneficiano della “copertura” da parte di norme generalmente riconosciute della Comunità internazionale. Non va, però, trascurata la circostanza per cui la Carta in parola vale unicamente per gli ambiti materiali di competenza dell'Unione stessa, per estesi che obiettivamente siano, nel mentre le norme suddette, per un verso, non sempre si presentano di sicura individuazione, mentre, per un altro verso, la loro formazione consuetudinaria richiede comunque tempi molto lunghi ed un riconoscimento da parte della Comunità internazionale che potrebbe tardare ad arrivare, specie per i diritti venuti di recente alla luce, quali quelli che appaiono essere più immediatamente riguardati dallo sviluppo scientifico e tecnologico.

La disciplina con legge costituzionale, ad ogni buon conto, presenterebbe il vantaggio di ovviare all'improprio “declassamento” operato dalla giurisprudenza ed insito nell'ambigua formula della “subcostituzionalità”, per ciò che attiene al grado posseduto dalla CEDU (e – viene da pensare – ad ogni altra Carta, diversa da quella dell'Unione) nel sistema delle fonti.

Rimane, poi, il nervo scoperto (e dolente) della osservanza da parte degli stessi atti di forma costituzionale dei principi fondamentali dell'ordinamento.

Ancora una volta, però, il ragionamento – se ci si pensa – si rivela essere circolare, sol che si guardi non già alle *fonti* ed alle loro *forme* bensì alle *norme* dalle stesse prodotte: norme che, in

---

<sup>10</sup> Eloquente al riguardo la vicenda relativa alla riscrittura del Titolo V, passata come si sa con una manciata di voti di scarto; va, nondimeno, rilevato che una cosa sono modifiche circoscritte al dettato della Carta ed altra cosa modifiche corpose, quale appunto quella avutasi nel 2001. Ad ogni buon conto, sarebbe consigliabile che le stesse novità apportate alla organizzazione, specificamente laddove si pongano quali vere e proprie *riforme* di struttura, vengano alla luce con i più larghi consensi. Si pensi, ad es., all'eventuale passaggio dall'attuale forma di governo ad un'altra: questione spinosa e, per più versi, inquietante in relazione al nostro quadro politico, secondo quanto si è tentato di mostrare nel mio *Riforme costituzionali quali e perché?* di prossima pubblicazione in [Osservatorio sulle fonti](#).

<sup>11</sup> Maggiori ragguagli sul punto di cruciale rilievo possono, volendo, aversi dal mio scritto da ultimo richiamato, sez. I.

quanto risultanti da documenti volti a dar voce ai nuovi diritti, risultano essere filiazione immediata e diretta dell'art. 2, nel suo fare "sistema" con l'art. 3 della Carta<sup>12</sup>.

Ebbene, se si conviene che gli enunciati appena richiamati compongono – piace a me dire – la *coppia assiologica fondamentale* dell'ordinamento, in funzione servente della quale gli stessi principi fondamentali restanti si dispongono<sup>13</sup>, su quali basi – mi chiedo – è possibile pretendere il rispetto *sempre e comunque* di questi ultimi da parte di atti che possono vantare la formidabile "copertura" apprestata dalla coppia suddetta? Non è, forse, vero che, in sede di bilanciamento, uno o più principi fondamentali possono avere la peggio, trovandosi pertanto costretti a recedere a fronte di altri giudicati meritevoli di prioritaria considerazione in ragione dei casi? E quali principi, più e prima ancora di quelli di cui agli artt. 2 e 3, ne sono degni?

D'altro canto, anche i vecchi diritti possono vantare lo scudo protettivo formidabile apprestato dalla coppia assiologica in parola. Si tratta allora di vedere come prenda forma la composizione degli uni con gli altri: il terzo dei nodi sopra indicati, il cui scioglimento appare essere assai problematico, comunque non di rado sofferto.

### 3. *La Grundnorm della massimizzazione della tutela dei diritti, il bilanciamento su basi di parità dei nuovi coi vecchi, i riflessi sulle dinamiche della normazione nel tempo*

In realtà, le cose non stanno così come sono viste, in ispecie dalla giurisprudenza costituzionale, con la rappresentazione piramidale che usualmente si dà dei rapporti tra la Costituzione e le altre Carte dei diritti.

Viene al riguardo in rilievo il terzo dei profili suaccennati, per ciò che attiene ai modi con cui i nuovi diritti si bilanciano tanto *inter se* quanto con i diritti vecchi.

La premessa di ordine metodico, prima ancora che teorico-ricostruttivo, da cui qui muovo è che la *coppia assiologica* suddetta racchiude in sé ed esprime una formidabile carica onnipervasiva e, allo stesso tempo, espansiva.

È l'una cosa, per il fatto di poter irradiare la propria luce in ogni angolo, foss'anche il più remoto, dell'ordinamento, per la elementare ragione che libertà ed eguaglianza sono l'essenza stessa del costituzionalismo e che dalla loro sintesi espressiva trae origine ed alimento la dignità della persona umana, un valore costituzionale avente "carattere assoluto" – si è detto da un'accreditata dottrina<sup>14</sup> – che, per sua indeclinabile vocazione, si sottrae a qualsivoglia operazione di bilanciamento, ponendosi piuttosto quale la "bilancia" che dà modo di effettuare le operazioni stesse.

È anche l'altra cosa, sol che si ammetta – come devesi – la naturale attitudine dei valori transepocali in parola al proprio costante e mai finito accrescimento, a non sentirsi cioè mai a pieno appagati delle conquiste man mano raggiunte bensì di vantare sempre maggiori pretese di nuove acquisizioni.

Ora, la "copertura" della coppia suddetta non è a beneficio solo di alcuni diritti con esclusione di altri: nessuna preclusione può aversi in partenza, nessuna distinzione di rango in base alla provenienza (dall'interno ovvero *ab extra*), nessuna in ragione del carattere "vecchio" o "nuovo"

---

<sup>12</sup> Le mutue implicazioni tra i canoni fondamentali in parola sono state efficacemente rilevate da G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Bari-Roma 2009.

<sup>13</sup> Non si vuol qui dire che si dia una sistemazione di stampo gerarchico tra i principi fondamentali dell'ordinamento, ciò che equivarrebbe a negare la "fondamentalità" di quelli che stanno sotto gli altri. È, tuttavia, innegabile – se non altro al piano storico – che il ritorno alla democrazia, dopo l'immane tragedia della seconda grande guerra e, prima ancora, dell'avvento del regime autoritario che se n'è reso, per la sua parte, responsabile, ha naturalmente proiettato in primo piano i valori transepocali di libertà ed eguaglianza, gli stessi valori fondamentali restanti rinvenendo la loro *ratio* immanente nel bisogno di mettere al riparo – finché possibile – quelli dal rigurgito di moti eversivi dell'ordine costituzionale.

<sup>14</sup> Ancora G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, nella pagina web dell'[AIC](#), 14 marzo 2008, e in altri scritti.

dei diritti, nessuna – per ciò che più importa – che risulti apprezzabile in prospettiva formale- astratta. Di contro, si tratta di vedere come i diritti si scompongono e ricompongono secondo i casi, in vista del raggiungimento di una sintesi complessivamente appagante, in funzione servente nei riguardi della Costituzione, affinché cioè la stessa possa affermarsi *magis ut valeat*.

La *Grundnorm* che regola le esperienze dei diritti è, dunque, quella della massimizzazione della tutela, in ragione delle complessive esigenze dei casi. Un canone, questo, fatto per vero oggetto di animate discussioni<sup>15</sup> e tuttavia – per ciò che più importa – dotato di solido fondamento nel diritto vivente; e un canone – qui è il punto che maggiormente preme ora rimarcare – che impone una svolta metodica nella prospettiva da cui si osservano le vicende della normazione nel tempo, con il risoluto abbandono di ogni criterio di ricostruzione del sistema di formale fattura (che guardi cioè alle *fonti ut sic*) e l'adozione di uno d'ispirazione assiologico-sostanziale che punti diritto alle *norme* ed al loro porsi in rapporto con i valori fondamentali dell'ordinamento nel loro fare "sistema".

Le fonti sono, infatti, strumenti, veicoli di normazione, orientati verso i loro fini naturali, i valori.

La giurisprudenza costituzionale, pur tra non rimosse, vistose oscillazioni, in più occasioni ha dato mostra di esserne avvertita. Muove, infatti, da schemi qualificatori di formale fattura, assumendo che ogni fonte abbia e stabilmente detenga un proprio posto nel sistema, in ragione della forma di cui si riveste, ma poi, a conti fatti, perviene, in relazione a talune fattispecie, ad esiti ricostruttivi assiologicamente connotati.

Faccio solo alcuni esempi al riguardo, specificamente riferiti ad esperienze riguardanti i diritti, ma altri ancora potrebbero essere utilmente adottati. E, dunque, si rammenti l'orientamento manifestato a riguardo della condizione della CEDU in ambito interno, per un verso, e, per un altro verso, a quello concernente i limiti all'abrogazione referendaria, segnatamente laddove l'iniziativa popolare dovesse investire norme idonee ad assicurare una "tutela minima" a beni costituzionalmente protetti (e, segnatamente, appunto ai diritti).

È di non poco rilievo la circostanza per cui, dopo aver in astratto e in via generale riconosciuto la natura "subcostituzionale" della Convenzione e, dunque, il suo rango sovraordinato a quello proprio delle leggi comuni, la Consulta finisca con l'ammettere che questo schema possa (e debba) essere messo senza rimpianti da canto e persino rovesciato su se stesso laddove, in una circostanza data, la legislazione ordinaria agli occhi dell'operatore di turno appaia maggiormente idonea rispetto alla

---

<sup>15</sup> Ne ha perentoriamente e con insistenza confutato l'esistenza R. BIN, del quale v., part., *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1/2019, 11 ss., spec. 21 ss., nonché l'intervista sul tema *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in *Giustizia Insieme*, 10 aprile 2019 e in AA.VV., *Il mestiere del giudice*, a cura di R.G. Conti, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 2020, 1 ss.; *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 757 ss., spec. 764 e nt. 15, e, nella stessa *Rivista*, *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, 4/2020, spec. 866 ss.; l'ho invece con fermo convincimento difeso in più scritti, tra i quali *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in questa *Rivista*, 2019/III, 707 ss., spec. 714 in nt. 30, e *Tecniche decisorie dei giudici e "forza normativa" della Carta di Nizza-Strasburgo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 aprile 2020. V., inoltre, utilmente B. NASCIBENE, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in *Eurojus.it*, 3/2020, 277; I. ANRÒ, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in *federalismi.it*, 19/2020, 17 giugno 2020, 109 ss.; F. DONATI, *Tutela dei diritti e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 14/2020, 49 ss.; C. CARUSO, *Granital reloaded o di una «precisazione» nel solco della continuità*, in *Giustizia Insieme*, 19 ottobre 2020; R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in questa *Rivista*, 2020/III, spec. 588 ss.; A. RANDAZZO, *Il "metaprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2020, 10 giugno 2020, 689 ss.; B. NASCIBENE-I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, in *Giustizia Insieme*, 31 marzo 2022. Notazioni di vario segno, infine, in AA.VV., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, a cura di C. Amalfitano, M. D'Amico e S. Leone, Giappichelli, Torino 2022, e AA.VV., *I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee*, a cura di G. Lattanzi - G. Grasso - S. Lembo - M. Condinanzi - C. Amalfitano, Quad. 11 della Scuola Superiore della Magistratura, Roma 2022, nonché, con specifica attenzione alla materia penale, P. MAGGIO, *Giudicato penale e diritti fondamentali in area CEDU*, Giappichelli, Torino 2023, spec. 25 ss.



Convenzione stessa a dare appagamento ai diritti evocati in campo dal caso. Tutt'al più, dunque, può dirsi che la presunzione giochi a beneficio della Convenzione, restando nondimeno aperta la via per la dimostrazione del contrario.

Non diversa la conclusione per ciò che attiene alle vicende della normazione nel tempo. Ed è questa – si faccia caso – una conclusione provvista di generale valenza. Perché se è da considerare ormai provato che l'abrogazione non possa aversi con referendum laddove siano prese di mira norme volte a dare la "tutela minima" suddetta, per logica conseguenza non può – a me pare – parimenti aversi al piano dell'avvicendamento delle stesse leggi nel tempo.

Similmente, poi, per ciò che attiene alla disciplina dei (non meglio precisati) "livelli essenziali" delle prestazioni relative ai diritti, il cui rilievo non resta a mia opinione confinato unicamente al piano dei rapporti tra le leggi di Stato e Regione, così come parrebbe dalla *sedes materiae* in cui se ne fa parola [art. 117, II c., lett. m)], bensì possiede appunto generale valenza, ciò che è "essenziale" non potendo comunque venire meno, a pena di un irreparabile pregiudizio per la dignità della persona e la sua stessa sopravvivenza.

Ancora una volta, tuttavia, ciò non equivale a dire che talune discipline positive si consegnano all'uomo, al pari delle tavole mosaiche, "pietificate" *usque ad aeternitatem*. Lo stesso concetto di "essenzialità" s'inscrive pur sempre, al pari di ogni umana vicenda, in un certo contesto storico-sociale; e, dunque, specie laddove si verificano situazioni *extra ordinem*, di emergenza<sup>16</sup>, può aversene il pur parziale ripensamento, nondimeno bisognoso di rinvenire giustificazione nel canone della ragionevolezza, nel suo duplice orientamento verso la situazione di fatto da un canto, la tavola dei valori fondamentali positivizzati da un altro.

Quest'esito è prezioso anche in relazione alle vicende nel tempo delle norme che danno il riconoscimento dei nuovi diritti. Esse pure, infatti, una volta venute alla luce, non soltanto non possono essere puramente e semplicemente rimosse ma non può aversi neppure una contrazione delle garanzie dapprima offerte ai diritti stessi. Ogni disciplina, insomma, che incroci i diritti va incontro ad un limite strutturale di ordine teleologico: può aversi, cioè, unicamente a finalità espansiva, perlomeno fintantoché non maturino situazioni straordinarie, quali quelle cui si è appena fatto cenno. Solo che l'abbassamento del livello dei... *livelli*, proprio perché giustificato unicamente in situazioni straordinarie, comporta – a me pare – una inversione dell'onere della prova, assumendosi dunque in via di principio come invalida la disciplina che vi faccia luogo, salva appunto la prova del contrario.

Ciò che, nondimeno, qui maggiormente importa è che, ancora una volta, entra – come si vede – in campo la *Grundnorm* della massimizzazione della tutela che proietta un fascio di luce, in primo luogo, sulle dinamiche della normazione nel tempo, persino di quelle riguardanti le fonti di grado costituzionale sia nei rapporti *inter se* e sia pure – si faccia caso – in quelli con fonti sottostanti<sup>17</sup>. In secondo luogo, ne sono poi illuminate le esperienze processuali, nel corso delle quali si rende necessario operare un raffronto tra discipline positive, specie di quelle risultanti dalle Carte, al fine di verificare dove si situi la miglior tutela, bilanciando quindi i beni della vita evocati in campo dal caso: sempre e soltanto in vista della ottimale affermazione della Costituzione in tutti i suoi principi fondamentali nel loro fare "sistema", compresi – tengo qui nuovamente a ribadire – quelli che danno l'apertura dell'ordinamento al diritto internazionale e sovranazionale.

---

<sup>16</sup> Si pensi, ad es., alla sofferta ed inquietante vicenda della guerra in Ucraina ed a ciò che essa rappresenta, in termini di privazione di condizioni elementari di vita dignitosa per gli appartenenti all'eroico popolo di questa martoriata nazione. E non si trascurino neppure i riflessi, specie di ordine economico, che essa ha avuto (ed ha) anche per il nostro Paese e gli altri non direttamente riguardati dalla guerra stessa che potrebbero ugualmente incidere sulla messa a punto del... *livello dei "livelli essenziali"*.

<sup>17</sup> Come si è in altri luoghi fatto notare, la prospettiva assiologico-sostanziale, infatti, portata fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni, può tradursi nella precedenza offerta a norme risultanti da leggi comuni o altri atti ancora nei riguardi delle stesse norme di legge costituzionale, laddove si dimostri che le prime, diversamente dalle seconde, godano di "copertura" da parte di principi fondamentali dell'ordinamento ovvero, per il caso che tutte le norme in campo siano provviste della "copertura" stessa, laddove alle prime debba comunque accordarsi prioritario rilievo in occasione della messa in atto di operazioni di bilanciamento assiologicamente connotate.

#### 4. Al tirar delle somme, garanti dei diritti siamo (e dobbiamo essere) tutti noi

Le notazioni fin qui svolte danno conferma di ciò che è, peraltro, sotto gli occhi di tutti, vale a dire del ruolo di cruciale rilievo giocato dai pratici del diritto, in specie dai giudici, quale che sia la sede istituzionale in cui esercitano il *munus* loro demandato e quale che ne sia la natura (di giudici comuni o costituzionali<sup>18</sup>). Un ruolo che non si esprime unicamente ogniqualevolta si tratti di dare seguito<sup>19</sup> a norme positive, scritte e non<sup>20</sup>, che danno il riconoscimento dei diritti bensì (e prima ancora) ove si tratti di far luogo a quest'ultimo in difetto delle norme stesse.

Non può tacersi, infatti, che la incommensurabile varietà dei casi porta naturalmente all'esito di una graduale dilatazione per via interpretativa dei "contenitori" costituzionali nei quali trovano alloggio i diritti, persino di quelli apprestati dalle Carte di più fresca redazione. È un *trend* questo di cui si ha dappertutto riscontro; ed è sufficiente scorrere i commentari in circolazione di questa o quella giurisprudenza per averne subito sicura riprova.

Il linguaggio, poi, con cui sono forgiati gli enunciati delle Carte stesse incoraggia e senza sosta alimenta questa tendenza<sup>21</sup>.

Per altro verso, quest'esito è agevolato dal fatto epocale registratosi con la proliferazione delle Carte in parola, con il flusso ininterrotto e viepiù crescente che tra le stesse s'intrattiene di materiali che ne sollecitano la mutua rigenerazione semantica: un'esperienza, questa, assai complessa che si coglie ed apprezza specificamente al piano culturale e che, per la sua parte, concorre a dare – una volta di più – conferma della inadeguatezza delle prospettive d'inquadramento sistematico aventi ispirazione formale-astratta, ad oggi diffuse, e del bisogno, ormai acclarato, di far luogo al loro posto di prospettive aventi connotazione assiologico-sostanziale.

La giurisprudenza costituzionale, dal suo canto, parrebbe esserne già da tempo avvertita: ne rende testimonianza una pronunzia alla quale ho fatto ripetutamente richiamo nelle mie riflessioni in tema di rapporti tra le Carte (e le Corti che se ne fanno garanti), la [sent. n. 388 del 1999](#), specificamente laddove è l'affermazione secondo cui le Carte stesse "*si integrano completandosi reciprocamente nella interpretazione*"<sup>22</sup>. E non è chi non veda lo scarto (e, anzi, la vera e propria contraddizione) che si ha tra l'inquadramento dei rapporti tra le Corti che si ha *al piano della teoria delle fonti*, per com'è appunto patrocinata dal giudice costituzionale, e l'altro che risulta *al piano della teoria della interpretazione*: l'uno d'ispirazione formale-astratta e di forma piramidale, l'altro di contro di fattura assiologico-sostanziale e carattere orizzontale e, a conti fatti, circolare, specificamente apprezzabile – come si diceva – sul terreno culturale.

Ebbene, è in quest'ultimo (e solo in esso) che può efficacemente radicarsi e portare frutto la pianta dei diritti (per ciò che è qui di specifico interesse, dei nuovi).

---

<sup>18</sup> Qualifica, quest'ultima, che qui intendo ancora una volta in senso materiale, riferita perciò anche alle Corti non nazionali chiamate a far valere i diritti fondamentali, tra le quali uno speciale rilievo è da assegnare alla Corte di Strasburgo ed a quella di Lussemburgo.

<sup>19</sup> Preferisco adoperare un lemma cui assegno carattere omnicomprensivo, al posto di quello usuale di "applicazione", a motivo del fatto che in realtà molte volte i giudici sono chiamati, ancora prima di far luogo a quest'ultima (nella sua ristretta e propria accezione), ad *attuare* disposti normativi dotati di struttura nomologica a maglie larghe (o larghissime), perlopiù espressivi di principi o clausole generali, come tali bisognosi appunto di essere dapprima specificati concettualmente e positivamente, a mezzo della produzione di *regole*, e quindi messi in atto nel corso delle singole vicende processuali. Chiaramente, la distinzione tra l'uno e l'altro momento non si apprezza nella pratica ma va pur sempre tenuta teoricamente ferma.

<sup>20</sup> ... tra le quali le già richiamate norme di diritto internazionale di cui all'art. 10, I c., Cost.

<sup>21</sup> Del linguaggio costituzionale si è tornati a discutere – come si sa – in occasione del convegno AIC di Messina e Taormina del 27-29 ottobre 2022 su *Lingua linguaggi diritti* [v., ora, i contributi che sono in [Rivista AIC](#), 1/2023]; nella dottrina anteriore, tra gli altri, G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2/1989, 229 ss., e AA.VV., *La lingua dei giuristi*, a cura di P. Caretti e R. Romboli, Pisa University Press, Pisa 2016.

<sup>22</sup> A questa indicazione la Consulta ha, peraltro, fatto più volte richiamo: ad es., di recente, in [Corte cost. sentt. nn. 84 del 2021](#), [54](#), [145](#) e [198 del 2022](#).

La positivizzazione dei nuovi diritti – si abbia, come qui consigliato, con fonte di rango costituzionale ovvero con legge comune – o, in sua vece, il riconoscimento degli stessi *ope juris prudentiae* non può, infatti, che attingere, a mia opinione, a *consuetudini culturali* diffuse nel corpo sociale in ordine ai più avvertiti bisogni, intesi appunto quali diritti il cui godimento si consideri – come si diceva – necessario per un’esistenza “libera e dignitosa”. La positivizzazione, poi, per un verso, rafforza e viepiù radica le consuetudini in parola nel corpo sociale e, per un altro verso, incoraggia ed alimenta il processo incessante di rinnovo delle stesse, con un moto – come si vede – di mutuo condizionamento tra la scrittura costituzionale e i fatti sociali che ad essa fanno riferimento, che poi – se ci si pensa – è il moto stesso della Costituzione conseguente al decorso del tempo<sup>23</sup>.

La Costituzione, negli ordinamenti di tradizioni liberali, è, in sé e per sé, l’espressione più genuina di ciò che è profondamente radicato nel corpo sociale e che della Costituzione stessa è l’essenza, i diritti fondamentali; e gli atti di forma costituzionale sono – come si è veduto – lo strumento elettivo per fare da cassa di risonanza dei nuovi. Gli interpreti dell’una e degli altri, a loro volta, al momento in cui sono chiamati a convertire il diritto vigente in vivente in ragione delle peculiari esigenze dei casi, non di rado non ricevono un sussidio adeguato dagli enunciati, a motivo del carattere cauto e persino reticente del linguaggio della Carta e degli atti materialmente costituzionali in genere, aperto ad esiti ricostruttivi plurimi, persino assai distanti tra di loro. Ed è, dunque, proprio dalle consuetudini culturali in parola che le letture di tutti tali documenti normativi ricevono luce ed orientamento.

Dove porta quest’esito metodico-teorico?

Ebbene, da esso si ha – a me pare – conferma che garanti dei diritti, in ispecie dei nuovi, sono (e devono essere), ancora prima (e di più) dei giudici, tutti i componenti il gruppo sociale, ciascuno per la propria parte così come il gruppo stesso nella sua interezza, col fatto stesso di farli valere, se del caso anche mediante pratiche di resistenza collettiva opposta agli attacchi ad essi portati, da qualunque parte ed in qualunque forma si abbiano.

Giusta infatti la premessa secondo cui i diritti fondamentali – come si è rammentato – sono bisogni elementari dell’uomo del cui appagamento non può comunque farsi a meno, degli stessi ciascun individuo è chiamato a farsi interprete e, appunto, garante; e la più attendibile testimonianza si ha per il tramite delle consuetudini suddette.

*Rivendicare i diritti fondamentali prima e farli valere poi è la più genuina e qualificante testimonianza di fedeltà alla Repubblica ed alla Costituzione.* Non farlo – come si è rilevato in altri luoghi – porterebbe fatalmente all’esito dell’impianto di pratiche imitative degeneri che, alla lunga, determinerebbero lo sfilacciamento del tessuto sociale, lo smarrimento della essenza stessa del costituzionalismo e, con esso, della identità, assiologicamente connotata, dell’ordinamento, disarmato ed incapace di farsi valere sì da potersi trasmettersi integro nel tempo. È per ciò che, a conti fatti, garanti dei diritti siamo (e *dobbiamo* essere) tutti noi che, dando adempimento al dovere in parola e in spirito di autentica, mutua solidarietà, offriamo un servizio – per quanto possibile, ottimale alle condizioni oggettive del contesto – alla Costituzione, alla comunità e, a conti fatti, a noi stessi.

---

<sup>23</sup> Del moto della Costituzione ha – come si sa – trattato M. LUCIANI, nel suo *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Rivista AIC*, 1/2013, 1° marzo 2013. Di evoluzione preferisce discorrere A. SPADARO, *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss. Dei mutamenti costituzionali ha, di recente, trattato A. MANGIA, *Mutamento costituzionale e dogmatica giuridica*, in *Lo Stato*, 19/2022, 61 ss.; infine, volendo, può vedersi anche il mio *Riforme costituzionali: quali e perché?*, cit.