

ISSN 1971-9892

Il custode della politicità dei diritti

fascicolo
2026/I

CONSULTA ONLINE

GINO SCACCIA

28 febbraio 2026

GINO SCACCIA

Il custode della politicità dei diritti

TITLE *The Guardian of the Political Dimension of Rights*

ABSTRACT Il contributo mette in discussione la formula del plus di tutela quale paradigma del costituzionalismo multilivello, evidenziandone il riduzionismo quantitativo, rilevando come la tutela dei diritti fondamentali non dipende dall'estensione della protezione, ma dalla qualità dei bilanciamenti tra diritti, doveri e principi istituzionali che ne definiscono la dimensione "politica". Sul piano interno, si valorizza l'equilibrio tra primato del legislatore e funzione correttiva del sindacato di costituzionalità; su quello esterno, il dialogo tra Corte costituzionale, Corte di giustizia dell'Unione europea e Corte europea dei diritti dell'uomo è letto alla luce dell'esigenza di preservare dei diritti stessi "la politicità". Ne discende la centralità del valore sistemico ed *erga omnes* del giudizio costituzionale, quale presidio della qualità della tutela nel contesto multilivello.

The article calls into question the greater protection (plus di tutela) formula as the paradigm of multilevel constitutionalism, highlighting its underlying quantitative reductionism. It argues that the protection of fundamental rights does not depend on the mere expansion of safeguards, but on the quality of the balancing among rights, duties, and institutional principles that shape their intrinsic "political" dimension. At the domestic level, the paper emphasises the equilibrium between the primacy of the legislature and the corrective function of constitutional review; at the supranational level, the dialogue among the Italian Constitutional Court, the Court of Justice of the European Union, and the European Court of Human Rights is interpreted in light of the need to preserve the political dimension of rights themselves. It follows that the systemic and erga omnes value of constitutional adjudication is central, serving as a safeguard for the qualitative dimension of rights protection within the multilevel framework.

KEYWORDS Costituzionalismo multilivello; plus di tutela; politicità dei diritti fondamentali; dialogo tra Corti.

Unlawful Multilevel constitutionalism; greater protection; political dimension of fundamental rights; judicial dialogue.

AUTHOR Professore ordinario di Diritto costituzionale e pubblico – *Universitas Mercatorum*.



Contributo scientifico sottoposto a referaggio

* * *



SOMMARIO 1. L'errore prospettico della formula del plus di tutela. – 2. La definizione dei contenuti dei diritti fondamentali fra legislatore e Corte costituzionale. –3. Il rapporto tra Corte costituzionale e Corti sovranazionali nella configurazione dei diritti fondamentali. – 4. Il ruolo della Corte costituzionale a presidio della "politicalità" dei diritti fondamentali.

1. L'errore prospettico della formula del plus di tutela

Nelle copiosissime riflessioni teoriche sulla tutela dei diritti fondamentali si è fatta progressivamente strada, fino a diventare egemone, l'illusione storicista di un progresso rettilineo, continuo, inarrestabile, governato dalla legge della necessità¹.

In questa visione prospettica, il progresso sarebbe assicurato: da un lato, dall'ampliamento, per il tramite di un'interpretazione accentuatamente evolutiva, dell'area delle situazioni "costituzionalmente"² protette; da altro lato, dalla lenta, ma progressiva traslazione verso il livello europeo e convenzionale della tutela giurisdizionale di tali situazioni in alternativa, in concorrenza e sovente a preferenza del livello nazionale.

La premessa su cui poggia questa concezione è che l'incremento delle tutele sia sempre un gioco a somma positiva, un gioco nel quale, in ossequio alla regola del *plus di tutela*³, si potrebbe costantemente selezionare la forma di protezione più ampia e vantaggiosa per il singolo, armonizzando e appianando ogni conflitto fra i diversi sistemi ordinamentali.

Questa prospettiva, apparentemente allettante e fascinosa, se condotta alle sue più estreme conseguenze teoriche, potrebbe perfino portare a chiedersi se ci sia ancora bisogno della tutela costituzionale dei diritti, una volta che questa è garantita in modo talvolta più intenso e immediato dalle norme della Carta dei diritti fondamentali⁴ e della CEDU. È allora il caso di inserire qualche granello di sabbia nella concatenazione di sillogismi che ha portato a diffondere quest'opinione e a considerarla come il riflesso puro e semplice del primato del diritto dell'Unione e convenzionale sul diritto interno.

¹ Ogni riferimento bibliografico in questa sede sarebbe insufficiente; sia intanto consentito rinviare a G. SCACCIA, *Diritti fondamentali, legislazione e giurisdizione. Scritti scelti*, ESI, Napoli, 2024, e alla letteratura ivi richiamata.

² Impiego qui il termine "costituzionalmente" in senso lato, riferendolo non solo alla Costituzione repubblicana, ma anche alla Carta dei diritti e alla CEDU.

³ Si tratta di una prospettiva accolta dalla giurisprudenza costituzionale con riferimento al sistema CEDU ([Corte cost., sent. n. 317 del 2009](#)) e all'ordinamento europeo ([Corte cost., ord. n. 31 del 2011](#)).

⁴ In G. SCACCIA, *Sindacato accentrato di costituzionalità vs diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 3/2021, ora in *Diritti fondamentali, legislazione e giurisdizione*, op. cit., 173-174, movendo dalle teorie di R. ALEX, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Mein, 1986, 100 ss., sulla struttura nomologica delle norme enunciative diritti fondamentali, abbiamo posto in dubbio che «i diritti costituzionali fondamentali, nei termini generalissimi e "universali" in cui sono fraseggiati nella Carta di Nizza possano essere dotati di diretta efficacia», se con questo vuole intendersi che «i diritti si traducono normativamente in regole capaci di impadronirsi di una fattispecie somministrando per essa una regola dettagliata e precisa, tanto da prendere il posto della corrispondente e concorrente regola nazionale», concludendone che il criterio che presume di fondare sulla distinzione fra diritti e principi una differenza di regime applicativo delle norme della CDFUE «ha basi scientifiche fragilissime». N. ZANON, *Il ruolo della Corte costituzionale nella difesa del principio di uguaglianza e degli obblighi europei ex art. 117, primo comma, Cost.*, in [federalismi.it](#), 30/2024, 6, generosamente riprende questo spunto e vi aggiunge che «le norme europee in questi casi esibiscono (...) un effetto diretto solo nominale, che non equivale alla somministrazione di una regola precisa, se non a prezzo di valutazioni, bilanciamenti, estensioni e sottrazioni che non dovrebbero competere al giudice comune».

Occorre smascherare, innanzitutto, l'errore prospettico che si annida nella formula apparentemente pacificante del *plus di tutela*⁵. Essa lascia intendere che la complessità del rapporto fra diritti protetti a livello costituzionale e diritti riconosciuti a livello unionale e convenzionale si possa ridurre a un tema di quantità, di addizioni e sottrazioni. A mio parere, invece, non è decisiva la quantità della protezione accordata, ma la qualità dei bilanciamenti tra diritti e doveri che porta a definire i confini di quella tutela. È la qualità dei bilanciamenti, infatti, a conferire alla decisione una valenza sistemica, che vada oltre il caso concreto e risponda a una *ratio* più generale, che tenga conto del contesto politico-istituzionale.

Nelle libertà europee e convenzionali, diversamente dalle libertà costituzionali, manca o è fortemente recessivo l'aspetto dei doveri solidaristici e dei vincoli istituzionali che invece è decisivo nella configurazione dei diritti fondamentali della Costituzione. I diritti della Costituzione, in effetti, non sono mai declinabili come diritti solipsistici, centrati sull'individuo egoisticamente scisso dalla sua comunità di riferimento, ma si concretizzano sempre in diritti di una persona che vive in una socialità, in un sistema istituzionale dal quale riceve stimoli, impulsi utili a svolgere la sua personalità (come recita l'art. 2 Cost.), ma anche limiti e vincoli solidaristici.

A partire da questa concezione e dogmatica dei diritti fondamentali, va preso in esame un duplice versante: quello interno del rapporto tra legislatore e Corte costituzionale e quello esterno del rapporto fra Consulta e Corti sovranazionali per quanto attiene alla definizione dei contenuti sostanziali dei diritti fondamentali.

2. La definizione dei contenuti dei diritti fondamentali fra legislatore e Corte costituzionale.

I processi discorsivi della democrazia parlamentare, come li definirebbe Jürgen Habermas⁶, meritano ancora il primato nella definizione dei contenuti sostanziali dei diritti fondamentali. Il *political process* conserva la responsabilità primaria nella promozione e attuazione dei diritti, che senza il formante legale sarebbero gusci vuoti, enunciazioni prive delle condizioni materiali che li rendono effettivi⁷. E tuttavia il giudice costituzionale, pur riconoscendo il primato della democrazia politica, non può sottrarsi all'onere di intervenire in senso correttivo quando e se il legislatore resti insensibile alla tutela di valori costituzionali

⁵ Cfr. A. RUGGERI, *La Carta di Nizza-Strasburgo nel sistema costituzionale europeo*, in [Rivista AIC](#), 3/2020, 132 e 136, che definisce questo "metapprincipio" come «l'autentica *Grundnorm* delle relazioni tra le Carte (e, di riflesso, degli ordinamenti sulle stesse fondati), criterio di composizione delle fonti (*rectius*, delle norme) in sistema, fattore di preorientamento interpretativo di ogni documento normativo, in specie di quelli che danno il riconoscimento e la salvaguardia dei diritti». In proposito, si veda altresì A. RANDAZZO, *Il "metapprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti*, in [Dirittifondamentali](#), 2/2020.

⁶ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1992, trad. it. a cura di L. Ceppa, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Guerini, Milano, 1996.

⁷ Sul rapporto tra legislatore e Corte costituzionale nella tutela dei diritti, tra gli altri, cfr. I. MASSA PINTO, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 1309 ss., nonché ora i contributi contenuti in G. SCACCIA (a cura di), *Corti dei diritti e processo politico*, Napoli, ESI, 2019.



imperativi e sordo alle sollecitazioni ad adeguare ad essi le sue discrezionali scelte di indirizzo⁸.

Per un verso, dunque, non può postularsi la completa determinazione in via legale (e quindi politica) dei diritti, ossia affidarne interamente la sagomatura alle mutevoli maggioranze parlamentari, senza destituire di senso la loro collocazione in Costituzione, che risponde precisamente al fine di sottrarre il loro contenuto di garanzia – il contenuto essenziale – alla disponibilità degli organi di indirizzo politico⁹. Per altro verso, l'idea che il sistema delle libertà costituzionali possa inverarsi quasi del tutto indipendentemente dalle contingenti decisioni politiche, per sola virtù dell'interpretazione evolutiva – o addirittura creativa – della giurisprudenza, ha quale ineluttabile conseguenza la perdita di stabilità e di generalità applicativa del diritto di produzione politica, lo sfilacciamento del vincolo di soggezione del giudice alla legge e la correlata erosione del principio di separazione dei poteri. Non si può affidare, pertanto, alla legge la definizione del contenuto essenziale dei diritti fondamentali senza recidere le radici teoriche più profonde del controllo giurisdizionale della Costituzione, che nasce proprio in opposizione all'idea che sia possibile una completa legalizzazione dei *Grundrechte*.

Legislatore e Corte concorrono, dunque, alla determinazione dei diritti fondamentali¹⁰, nello specifico senso che il controllo costituzionale rappresenta un correttivo fecondo della democrazia politica¹¹, non un succedaneo o un'alternativa ai processi deliberativi pubblici. I diritti fondamentali non tollerano, infatti, di essere conformati interamente per via giurisprudenziale, estraniandosi dal processo politico¹². Come ho già avuto modo di argomentare in modo più esteso¹³, nel territorio di confine, e di contrapposizione, tra *lex* e *ius*, tra la formula regolativa generale e astratta e l'ideale di equità ritagliato sulla giustizia del caso singolo, si sperimenta l'insufficienza della teoria dell'interpretazione a contenere l'esuberanza creativa della funzione giurisdizionale e viene in soccorso il principio della separazione/integrazione dei poteri, che, declinato nella cornice del *multilevel constitutionalism*¹⁴, coinvolge il rapporto con le Corti europee e internazionali dei diritti (CGUE e Corte EDU). Si giunge per questa via al versante esterno del problema che ne occupa.

⁸ Il più nobile antecedente della teoria dei valori si rinviene in R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, trad. it. a cura di F. Fiore e J. Luther, *Costituzione e diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1988; in Italia, si veda anzitutto A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Politica del diritto*, 1991, 641 ss.; sia, infine, consentito rinviare a G. SCACCIA, *Valori e diritto giurisprudenziale*, in *Diritto e società*, 1/2011, 135 ss., ora anche in Id., *Diritti fondamentali, legislazione e giurisdizione*, op. cit., 63 ss.

⁹ Per un maggiore approfondimento, G. SCACCIA, *op. ult. cit.*, 12-13 e 37 ss., con riferimento al saggio pubblicato anche in Id., *Legge e diritti fondamentali nell'art. 117 della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2003, spec. 533.

¹⁰ M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, GFL, Milano, 2023, 231, afferma che «i diritti, poi, hanno bisogno del potere, che non è soltanto il pericolo da cui devono difendersi, ma è prima ancora il sostegno al quale possono appoggiarsi».

¹¹ Cfr. C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Tipografia Veneziana, Roma, 1984.

¹² Me ne sono occupato più diffusamente in G. SCACCIA, *Il controllo della legittimità costituzionale del diritto dell'Unione europea*, in federalismi.it, 29/2022, spec. 157 ss., ora anche in Id., *Diritti fondamentali, legislazione e giurisdizione*, op. cit., 219 ss.

¹³ Cfr. G. SCACCIA, *Diritti fondamentali, legislazione e giurisdizione*, op. cit., 17 ss., cui si rinvia per maggiori approfondimenti.

¹⁴ Cfr. I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Review*, 36/1999, 703 ss.; Id., *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 27/2002, 511 ss.

3. Il rapporto tra Corte costituzionale e Corti sovranazionali nella configurazione dei diritti fondamentali.

Sul versante esterno, che riguarda il rapporto fra Corte costituzionale e Corti sovranazionali o internazionali nella configurazione dei diritti fondamentali, l'ideale di una tutela universalistica dei diritti, funzionale all'edificazione di una legalità cosmopolitica e "senza Stato"¹⁵ rischia di marginalizzare il sindacato di costituzionalità nazionale, con il pericolo, da tempo denunciato in dottrina, che il moderno costituzionalismo multilivello possa riservare un «trattamento peggiore proprio ai giudici costituzionali dei singoli Paesi, i quali sono maggiormente vicini alla realtà della società civile e traggono la propria legittimazione da una decisione costituente democratica»¹⁶. Occorre muovere al riguardo dalla constatazione che i diritti, quali essi vivono nella dimensione europea e convenzionale, tendono ad essere ritagliati sull'individuo come soggetto astratto, apolide, sganciato cioè da una relazione con una comunità politica e culturale ben situata. Sono riferiti a un ricorrente senza colore e nazionalità, e dunque sono deprivati della loro caratura politica. Quelle Corti, infatti, sono "Corti senza Stato", perché collocate fuori dal confronto con un processo politico autenticamente inteso e non esposte al rischio realistico di una censura da parte degli attori politici. Per questo le Corti sovranazionali operano in una cornice politico-istituzionale strutturalmente priva di robusti disincentivi al *judicial activism*¹⁷, terreno fertile per una creatività giurisprudenziale che nuoce alla certezza del diritto¹⁸, e meno avveza al *self-restraint*¹⁹, che caratterizza invece l'attività delle Corti costituzionali, le quali sono costantemente tenute a confrontarsi con gli altri soggetti politico-istituzionali che compongono il sistema di governo, senza invaderne i territori. Per questo, è più difficile per

¹⁵ Cfr. sul punto F. CIARAMELLI, *Legislazione e giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2007, spec. 96.

¹⁶ Così M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 4/2006, 1643-1668.

¹⁷ Cfr. B.C. CANON, *A Framework for the Analysis of Judicial Activism*, in S.C. HALPERN, C.M. LAMB (a cura di), *Supreme Court Activism and Restraint*, Lexington Books, MA, 1982, 385 ss.; S.A. LINDQUIST, F.B. CROSS, *Measuring judicial activism*, Oxford University Press, Oxford, 2009; sia anche consentito rinviare a G. SCACCIA, *Corti sovranazionali dei diritti e judicial activism*, in G. SCACCIA (a cura di), *Corti dei diritti e processo politico*, op. cit., 158 ss., ora anche in Id., *Diritti fondamentali, legislazione e giurisdizione*, op. cit., 233 ss.

¹⁸ Preoccupazioni sulla perdita di certezza derivante dall'immissione nella giurisprudenza di spinte equitative erano espresse già da P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in *Opere giuridiche*, I, a cura di M. CAPPELLETTI, Napoli, Morano, 1965, 504 ss.; cfr., più di recente, L. MENGONI, *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985, il quale rileva come il sistema fondato sulla positivizzazione di valori abbia rinunciato alla certezza e tenda piuttosto a realizzare «un grado tollerabile di incertezza». In generale, sul concetto di certezza del diritto, nella sterminata letteratura, si richiamano anzitutto i classici F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, rist. a cura di G. Astuti, Gismondi, Roma, 1950, che allontana la certezza del diritto dalla fisionomia di bene astratto e ideale, nonché N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 146 ss.; ancora sulla certezza del diritto, negli anni più recenti, A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in Costituzionalismo.it, 2/2005, 1 ss.; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, ES, Napoli, 2006; G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 521 ss.; L. LONGHI, *Certezza del diritto e diritto vivente*, in federalismi.it, 5/2018, 2 ss.; C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. Pubbl.*, n. 2/2019, 549 ss.; A. RUGGERI, *La garanzia dei diritti costituzionali tra certezze e incertezze del diritto*, in questa *Rivista*, [Studi 2020/I](http://Studi.2020/I), 161 ss., che lega la certezza del diritto alla giustizia sociale e quest'ultima alla garanzia dei diritti fondamentali; cfr., da ultimo, M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, op. cit., che ricollega la ricerca dell'ordine alla certezza del diritto (spec. 47 ss.) e afferma che «è principalmente il principio democratico-rappresentativo che è stato mortificato dal disordine e che sono le ragioni del principio democratico-rappresentativo che occorrerebbe soddisfare ripristinando l'ordine» (227 ss.).

¹⁹ R.A. POSNER, *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*, in *California Law Review*, 3/2012, 533.



le Corti sovranazionali e internazionali bilanciare le posizioni individual-soggettive con la dimensione storico-concreta dei diritti quali riferiti a una *persona* collocata in una comunità politica; è arduo per esse bilanciare quelle pretese e aspettative individuali con doveri solidaristici e principi istituzional-organizzativi che ne segnano il confine e ne definiscono il limite.

Far valere, in ambito sovranazionale, questa dimensione concreta, storicamente situata e, sinteticamente, "politica" dei diritti spetta alle Corti costituzionali nazionali. Sono queste Corti a realizzare quello che altrove mi è parso possibile definire "il paradosso della politicità". Nate come istanze impolitiche, a moderazione delle esondazioni del principio di maggioranza e dell'indirizzo politico, le Corti costituzionali, nel loro rapporto dialogico e dialettico con le Corti dei diritti sovranazionali, rappresentano le paladine e le custodi della "politicità" dei diritti fondamentali. Per questo se, per paradosso, decidessimo, per l'intera parte della Costituzione che enumera i diritti, di operare un puro e semplice rinvio alle Carte sovranazionali; e persino, spingendoci oltre nell'argomentazione per assurdo, se abrogassimo tutta questa parte, interamente recependo i contenuti dei *Bill of Rights* europei, non avremmo più la nostra Costituzione dei diritti, ma avremmo comunque bisogno della nostra Corte costituzionale.

4. Il ruolo della Corte costituzionale italiana a presidio della "politicità" dei diritti fondamentali

La Corte costituzionale italiana si sta coraggiosamente facendo interprete di questo ruolo di custode della insopprimibile dimensione politica dei diritti fondamentali²⁰. A partire dalla [sentenza n. 269 del 2017](#)²¹ e ora con la giurisprudenza seguita alla [n. 181 del 2024](#)²², essa dimostra di cogliere la concorrenzialità tra la Carta di Nizza-Strasburgo, e più in generale il diritto unionale, con le omogenee previsioni della Costituzione repubblicana, misurandone i reciproci rapporti non alla stregua di geometriche relazioni funzionali o astratte gerarchie formali, ma verificando la capacità del diritto europeo di integrare, caso per caso, il livello di garanzie apprestato dalla sede nazionale²³.

Ho già in altra occasione osservato che posizioni soggettive che avrebbero meritato protezione alla luce della normativa dell'UE e convenzionale possono legittimamente essere sacrificate a esigenze ordinamentali meritevoli di apprezzamento in sede costituzionale; e simmetricamente, misure limitative dei diritti che trovano giustificazione nel diritto UE o nella Corte EDU possono vedersi interdetto l'ingresso nell'ordinamento nazionale quando si

²⁰ Per una riflessione aggiornata su questi temi, si veda ora A. CHIAPPETTA, *Sindacato accentrato e diritto dell'Unione europea: prospettive di interdipendenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2025.

²¹ Cfr., tra gli altri, F.S. MARINI, *I diritti europei e il rapporto tra le Corti: le novità della sentenza n. 269 del 2017*, in [federalismi.it](#), 4/2018, 2 ss.

²² R. MASTROIANNI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 2024 in tema di rapporti tra ordinamenti, ovvero la scomparsa dell'articolo 11 della Costituzione*, in [AISDUE](#), 1/2025, 1 ss.

²³ Si tratta di ragionamenti che ho avuto occasione di svolgere già in riferimento alla sentenza n. 269/2017 e che a maggior ragione valgono ora, a seguito della [pronuncia n. 181 del 2024](#); si rinvia per il resto a G. SCACCIA, *Diritti fondamentali, legislazione e giurisdizione*, op. cit., 19 e 127 ss., che contiene riflessioni originariamente pubblicate in Id., *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 2018, 1 ss.

manifesti l'esigenza di preservare principi di struttura del sistema costituzionale²⁴. Per questa ragione la *Drittwirkung* di norme della Carta di Nizza di contenuto analogo a parametri costituzionali offre bensì immediatezza di protezione, ma non realizza quella tutela sistemica e integrata delle posizioni soggettive che soltanto il giudizio incidentale può apprestare. La Corte costituzionale, in effetti, non si limita a interrogare il caso, «ma interpella tutte le *rationes* operanti nel sistema giuridico e gli intrecci di esse che, prima ancora, ne determinano il punto di osservazione e lo inducono a vedere il caso in un modo anziché in un altro»; si fa, quindi, portatrice di una *ratio* «non frammentata e dispersa nei casi legali, non singolare, ma olistica, che guarda alle strutture giuridiche interpellate dal caso ed alle loro reciproche interazioni come sede di un tutto, il sistema, che eccede la somma delle singole parti, le fattispecie e i casi da esse descritti»²⁵. La rilevata diversità di struttura logico-argomentativa dello scrutinio costituzionale rispetto alle forme di tutela sovranazionale dei diritti corrobora la tesi²⁶ che i rimedi nazionale e unionale non si escludano, ma operino in funzione di sostegno e di complemento reciproco; e legittima la statuizione della [sentenza n. 181 del 2024](#) secondo la quale il *percorso europeo* e quello interno di garanzia dei diritti possono porsi in termini pienamente alternativi anche al cospetto di norme unionali dotate di effetto diretto, giacché l'effetto *erga omnes* della declaratoria di incostituzionalità della legge anti-comunitaria potenzia e generalizza la disapplicazione *inter partes*, garantendo la certezza del diritto, e opera perciò quale complemento sostanziale alla disapplicazione diretta, rafforzando il primato del diritto UE²⁷.

La "regola 181", che segna un nuovo decisivo tornante nel lungo e tortuoso "cammino comunitario" della Corte²⁸, può essere letta alla luce di un'ulteriore e diversa prospettiva: quella della custodia che con essa la Corte rivendica della politicità dei diritti fondamentali. Il ruolo che la Corte costituzionale si sta attribuendo rende prospetticamente possibile superare gli equivoci insiti nella formula del *plus di tutela* e riportare al centro della riflessione teorica il tema della qualità dei bilanciamenti tra diritti e doveri. In questa luce prospettica, i vantaggi della tutela *erga omnes* non possono essere letti in senso meramente quantitativo, come applicazione della decisione alla generalità dei consociati, ma si riverberano sulla

²⁴ Ne ho parlato più diffusamente in G. SCACCIA, *Diritti fondamentali, legislazione e giurisdizione*, op. cit., 25 ss. e 159 ss., nonché nell'articolo originariamente pubblicato in ID., *Sindacato accentrato di costituzionalità e diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 3/2021, 235 ss.

²⁵ Cfr. M. BARCELLONA, *Norme e prassi giuridiche. Giurisprudenze usurpative e interpretazione funzionale*, Mucchi editore, Modena, 2022, 54.

²⁶ Tesi su cui ha insistito particolarmente G. PITRUZZELLA, *La costruzione dello spazio costituzionale europeo nel "dialogo" tra Corte di giustizia e Corti costituzionali*, ora in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2024, 795 ss.

²⁷ Cfr. Corte cost. n. 181/2024, punti 6.1 e 6.2 del *Considerato in diritto* (link: <https://giurcost.org/decisioni/2024/0181s-24.html>). Autorevole dottrina, nel commentare la pronuncia, ha riconosciuto la consistenza degli argomenti spesi dalla Corte per perorare il ricorso al giudizio incidentale, ma ha pure paventato il rischio di marginalizzazione del percorso europeo di tutela dei diritti. Il pericolo è evocato, tra gli altri, da R. MASTROIANNI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 2024*, op. cit., 3, nonché da A. RUGGERI, *La doppia pregiudizialità torna ancora una volta alla Consulta, in attesa di successive messe a punto (a prima lettura di Corte cost. n. 181 del 2024)*, in *Consulta online*, 2024, 1346 ss.; C. AMALFITANO, *Tanto tuonò che piovve. Abbandonare Granital: cui prodest?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2024, 2636 ss.; F. FERRARO, *La Consulta si affida al "tono costituzionale" per estendere il suo controllo (anche) sulle norme dell'Unione provviste di effetto diretto*, in *Rivista Eurojus*, n. 4/2024, 160 ss. Sui rapporti fra sindacato accentrato e percorso europeo dopo la "regola 181", sia consentito rinviare anche a G. SCACCIA, *Tutela unionale e garanzia costituzionale dei diritti nel dialogo fra Corti*, in corso di pubblicazione in *cortecostituzionale.it*.

²⁸ L'espressione ormai classica si deve a P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1973, p. 2401 ss.



qualità della protezione accordata, nella misura in cui quella del giudice costituzionale è un'attività di giudizio che non tratta il caso nella sua isolata singolarità, ma lo universalizza e lo riconduce a un archetipo legislativo, in questo modo collocandolo in una cornice più estesa di riferimenti normativi e di vincoli sistemici²⁹.

Il percorso intrapreso dalla Corte costituzionale italiana, che valorizza i vantaggi della questione di legittimità costituzionale rispetto alla mera *non applicazione* del diritto interno anti-unionale, deve essere così inteso anche nel senso di dotare la dimensione "politica" dei diritti fondamentali di un presidio stabile³⁰. L'effettività di un tale presidio è garantita non solo dai contenuti sostanziali delle pronunce, ma anche dalla possibilità di fare uso delle cosiddette *virtù passive*: di compiere, cioè, la scelta di *non decidere*, quando la questione oggetto della pronuncia frammenta la società sul piano ideale e il collegio decidente, a sua volta diviso, si astiene dall'assumere una posizione che sarebbe percepita come irragionevole da larghi strati dell'opinione pubblica, preferendo lasciare al processo politico – come è connaturale alla logica democratica – la responsabilità di imporre alla *minor pars* una decisione comunque divisiva e indigesta³¹.

È così che la Corte, custode della Costituzione³² secondo il modello della *Verfassungsgerichtsbarkeit*, si propone anche, nello scenario multilivello, come custode della politicità dei diritti fondamentali, realizzando la conciliazione solo apparentemente impossibile fra Kelsen e Schmitt. E questa funzione custodiale, come la Corte costituzionale italiana si sforza di affermare, può essere efficacemente svolta soltanto da "Corti nello Stato". Non è nelle disponibilità di Corti sovranazionali e internazionali, perché l'assenza di un confronto reale con gli attori politici nazionali e sovranazionali non ammette surroghe e non può essere supplito da un'eventuale dilatazione dell'ampiezza del contraddittorio sopperire a tale *deficit* genetico. I circuiti discorsivi della democrazia politica non possono essere riprodotti nel processo, la cui rigidità è incompatibile con le mediazioni culturali e di interessi che caratterizzano il processo politico³³. Per queste Corti sovranazionali e internazionali, che non temono censure da parte degli attori politici, l'unico realistico confronto con il tema

²⁹ Cfr. G. PITRUZZELLA, *La costruzione dello spazio costituzionale europeo*, op. cit., 810, allorché chiarisce «come il sindacato di costituzionalità della legge per contrasto con il diritto dell'Unione svolge una duplice importante funzione: garantisce il principio, di sicura rilevanza nello spazio costituzionale europeo, della certezza del diritto grazie all'efficacia *erga omnes* della sua decisione; rafforza l'effettività del diritto dell'Unione e fornisce un *surplus* di garanzia al principio del primato».

³⁰ Sugli ulteriori vantaggi del sindacato accentrato faccio rinvio a F. VIGANÒ, *Quel che resta di Granital*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2025, 223 ss.

³¹ Di *passive virtues* discorre A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, II ed., New Haven and London, 1986, 111 ss., riferendosi a quelle tecniche di selezione dei casi come la *ripeness* o la dottrina delle *political questions* che consentono alla Corte Suprema federale degli Stati Uniti di non decidere (si veda al riguardo l'ampia e documentata monografia di C. DRIGO, *Giustizia costituzionale e political question doctrine. Paradigma statunitense e spunti comparatistici*, Libreria Bonomo Editrice, Bologna, 2012).

³² Il riferimento è ovviamente al notissimo dibattito tra Kelsen e Schmitt sul «custode della Costituzione», per cui cfr. H. KELSEN, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, in *Die Justiz*, n. 6/1930-1931, 576 ss.; ID., *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, in *Rev. dr. publ. et sc. pol.*, 1928, 197 ss., ora tradotti in ID., *La giustizia costituzionale*, trad. it., a cura di C. Geraci, Giuffrè, Milano, 1981; C. SCHMITT, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen, 1931, ed. it. a cura di A. Caracciolo, *Il Custode della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1981.

³³ Su questi aspetti mi soffermo in G. SCACCIA, *Diritti fondamentali, legislazione e giurisdizione*, op. cit., 34 e 223 ss., ove riprendo le riflessioni originariamente contenute in ID., *Corti sovranazionali dei diritti e judicial activism*, op. cit., 1 ss.



della politicità dei diritti fondamentali è quello del dialogo con le Corti costituzionali nazionali, che presidiano quei territori di dialettica democratica.

Non sorprende che la Corte costituzionale italiana, si sia fatta negli anni più recenti attiva promotrice di questo dialogo, divenendone sempre più il decisivo punto di snodo. È infatti anche in questa forma dialettica di produzione del diritto che le Corti costituzionali nazionali si fanno testimoni e custodi della tessitura politica dei diritti, rendendo presenti ai giudici di Strasburgo e Lussemburgo le aspettative, le esigenze, i vincoli derivanti dal processo politico e, in ultima analisi, dal principio democratico-rappresentativo posto a fondamento dell'architettura costituzionale.