

TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI, TECNICHE DI NORMAZIONE E TIPOLOGIA DELLE PRONUNCE COSTITUZIONALI (LA “RIVOLUZIONE DELLA FLESSIBILITÀ”)*

di Claudio Panzera *

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Linguaggio delle legge e linguaggio dei diritti. – 3. Linguaggio normativo e linguaggio giurisdizionale. – 4. La posizione privilegiata delle Corti costituzionali. – 5. Inversione di marcia: dalla tutela dei diritti alle tecniche di normazione (attraverso le pronunce costituzionali). – 6. La “rivoluzione della flessibilità”: suo significato e portata. – 7. La “flessibilità” nelle decisioni di accoglimento... – 8. segue: ...e nelle decisioni di rigetto. – 9. Tre osservazioni conclusive.

1. Premessa

Al contrario di quanto potrebbe a prima vista sembrare, il rapporto fra le tecniche di normazione e la tutela dei diritti fondamentali non è unidirezionale; esso non procede sempre e costantemente dalle prime alla seconda in modo quasi verticistico. A ben vedere, non solo tale processo di determinazione (delle norme sui diritti) è tutt’altro che immediato e diretto, ma è possibile, nei fatti, che esso addirittura si *inverta*, procedendo dal basso verso l’alto. Ovvero, che siano le esigenze concrete di protezione dei diritti fondamentali a condizionare in modo ineluttabile – e finanche a “correggere” – la tecnica di normazione adottata (ad esempio, con riguardo al suo *drafting*).

Le notazioni che seguono hanno lo scopo di illustrare quest’affermazione, movendo, per un verso, dalla varietà dei linguaggi giuridici in rilievo nella materia dei diritti e guardando, per l’altro, all’opera di “intermediazione” fra questi linguaggi svolta dalla Corte costituzionale. In particolare, è proprio l’emersione negli ultimi anni di nuovi tipi di pronunce (volte ad incidere sulla “elasticità” della disciplina) ad aver reso concretamente possibile la menzionata incidenza *a posteriori* della tutela dei diritti sul linguaggio normativo.

2. Linguaggio della legge e linguaggio dei diritti

È ormai innegabile che, nel tempo in cui viviamo, la tutela dei diritti fondamentali non si esaurisca ad un problema tutto interno al singolo ordinamento, bensì esprima una dimensione *meta-nazionale* dell’esperienza giuridica contemporanea degli ultimi cinquant’anni¹. Per certi versi, le «istituzioni» della globalizzazione² non hanno fatto che portare a

* Testo rielaborato di un intervento al Seminario di studi su *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali*, svoltosi a Messina il 19 dicembre 2006, i cui Atti sono in corso di stampa per i tipi della Giappichelli a cura di A. Ruggeri.

* Dottore di ricerca in *Giustizia costituzionale e diritti fondamentali* presso l’Università di Pisa.

¹ Si assume il termine «meta-nazionale» come formula di sintesi per indicare complessivamente i fenomeni che si collocano tanto in una dimensione *internazionale* (relativa ai rapporti fra Stati regolati dal diritto internazionale: ad esempio l’ONU, la NATO o il Consiglio d’Europa), quanto in una dimensione *sovranazionale* (retta da un ordinamento non statale ma neppure strettamente internazionale: più un *tertium genus* come notoriamente è, ad esempio, il sistema comunitario) nonché *transnazionale* (concernente le attività giuridiche compiute specialmente da privati travalicando gli ambiti statali, in uno spazio virtuale dai confini mobili e sempre incerti: è il caso, ad esempio, delle multinazionali nel settore economico-finanziario e, più in generale, della c.d. *lex mercatoria*).

² Cfr. M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna 2000, ma v. ora spec. AA.VV., *Global law v. Local law. Problemi della globalizzazione giuridica*, a

maturazione un processo di superamento dei confini nazionali che, in Europa, era stato già avviato nel campo dei diritti (ma non solo) mezzo secolo fa, prima attraverso la CEDU e poi con l'evoluzione del diritto comunitario e della "sua" giurisprudenza³.

Tutto ciò ha immediate ricadute sul piano della *positivizzazione* dei diritti stessi e, da questo punto di vista, delle tecniche di normazione adottate dai legislatori statali. Basti solo porre a raffronto la condizione attuale degli Stati con quella esistente nel periodo del loro massimo fulgore.

Come si sa, nell'angusta prospettiva assunta dallo Stato liberale fra Otto e Novecento in gran parte degli ordinamenti dell'Europa continentale, la qualificazione dei diritti fondamentali costituiva un *atto di attribuzione* che promanava dallo Stato (detentore della sovranità) mediante la legge (espressione suprema di quella sovranità), ed aveva come beneficiari i sudditi/cittadini di quell'ordinamento specifico; tanto che i c.d. diritti pubblici subbiettivi potevano dirsi esistenti solo in quanto e finché lo Stato decideva sovranamente di auto-limitarsi. Dalla seconda metà del Novecento in avanti, invece e per fortuna, in quegli stessi ordinamenti i diritti fondamentali sono oggetto di un *atto di riconoscimento* da parte dello Stato e rappresentano una forma di etero-limitazione della sua autorità, secondo i tradizionali principi del costituzionalismo; di più: i diritti svolgono oggi un'immane funzione di "legittimazione" (continua) del potere, offrendo a quest'ultimo un fondamento ben più solido di quelli del passato – la volontà divina, la discendenza di sangue, la forza bruta, ecc. – e, probabilmente, anche di alcuni del presente, come ad esempio la forza del numero o il progresso della tecnica.

Insomma, volutamente semplificando: se in una certa fase storica può dirsi che il *linguaggio dei diritti* è coinciso con il *linguaggio della legge*, venendone assorbito, oggi non è più così, ed il primo tende a procedere lungo binari propri e largamente autonomi dal secondo. Anzi, a ben vedere, si può affermare che oggi sia il linguaggio dei diritti, *diventato linguaggio della Costituzione*, a condizionare il linguaggio del legislatore. In un'accezione politicamente pregnante, infatti, il termine "Costituzione" ha assunto il riconoscimento e la tutela dei diritti a proprio contenuto indefettibile, quale uno fra i principali pilastri dell'odierno "Stato costituzionale"⁴. Pertanto, la precedenza/gerarchia logico-normativa della Costituzione rispetto agli atti di normazione inferiori – e fra questi le leggi – in qualche modo finisce per invertire il rapporto di condizionamento fra legge e diritti⁵.

cura di C. Amato e G. Ponzanelli, Torino 2006.

³ Sui rapporti fra i diversi ordinamenti giuridici (nazionali, della "piccola" Europa e della "grande" Europa) nella prospettiva della giurisprudenza in materia dei diritti, v. fra tutti: AA.VV., *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. Falzea, A. Spadaro e L. Ventura, Torino 2003.

⁴ Fra i restanti pilastri si indicano: 1) il principio democratico; 2) il principio di decentramento; 3) la separazione dei poteri; 4) un sistema di garanzie costituzionali: cfr. A. SPADARO, da ultimo in *Costituzione (dottrine generali)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, II, diretto da S. Cassese, Milano 2006, 1630 ss. Per una decisa (e, sotto questo aspetto, opinabile) identificazione *tout court* del diritto costituzionale con i soli diritti fondamentali, v. ora O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano 2002. Più in generale, sul noto concetto di "Stato costituzionale" cfr. da ultimo: P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, Roma 2005 (raccolta delle voci composte dall'A. per l'*Enc. giur.*); E. CHELI, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Napoli 2006 e G. ZAGREBELSKY, *Fragilità e forza dello Stato costituzionale*, Napoli 2006.

⁵ L'assunzione dei diritti fondamentali, come si diceva nel testo, a *contenuto indefettibile e qualificante* della Costituzione – o, almeno, di una certa idea di Costituzione: quella comunque oggi assolutamente prevalente – vale ad escludere il rischio che il menzionato rapporto di condizionamento fra legge e diritti, lungi dall'essere neutralizzato o addirittura invertito, si riproduca identico ma semplicemente ad un livello più alto. Infatti, considerate quale mera espressione di potere sovrano e prescindendo dai contenuti assunti, tanto la legge quanto la Costituzione partecipano della stessa natura, differenziandosi solo per il "grado" della suddetta espressione, riconducibile sul piano giuridico alla distinzione fra potere costituito e potere costituente (i quali, in un ordinamento "democratico", comunque risiedono – appunto – *entrambi* nella sovranità del popolo). Ma se l'accento si sposta dalla forma dell'atto ai suoi contenuti necessari, si comprende allora come sia possibile il condizionamento della sfera dei diritti sulla sfera della legge: ciò avviene attraverso la subordinazione logico-gerarchica di un atto che può avere, in astratto, *qualunque contenuto* (la legge come espressione di determinazione politica contingente) ad un atto che, invece, deve avere – fra l'altro – un contenuto

Tuttavia, non può nascondersi il fatto che pure la Costituzione sia un *atto di normazione*, dotato anch'esso di una propria "tecnica". Per questa via, il problema del rapporto fra tecniche di normazione e tutela dei diritti si ripropone in forme non dissimili da quanto avviene per il caso delle leggi o di altri atti normativi, sebbene ad un livello diverso. In realtà, anche il riferimento alle Costituzioni non basta più: l'accennata dimensione meta-nazionale dei diritti umani ha contribuito a sviluppare e tuttora alimenta un linguaggio *specifico* dei diritti stessi che in molti casi supera quello delle Carte costituzionali nazionali, come l'esistenza di numerose Dichiarazioni inter- e sovranazionali dei diritti lascia intendere⁶. Ciò, unitamente al passaggio che, nell'epoca odierna, il titolare di questi diritti sembra stia risolutamente compiendo: dalla condizione di «cittadino» a quello di «cosmopolita»⁷.

Pertanto, in una fase storica in cui lo sviluppo socio-economico, scientifico e tecnologico fa rapidamente emergere "nuovi" diritti fondamentali (ma, per converso, anche nuovi *doveri* altrettanto fondamentali)⁸ ed in cui "globale" e "locale" si rincorrono – tanto da coniare inedite espressioni, come *glocale*, ed innovativi *slogans*, come "pensare globale, agire locale" – le tecniche di normazione difficilmente possono *precedere* il passo dei diritti giacché, il più delle volte, seguono a ruota l'avanzata di questi. O meglio, la normazione può tentare di imbrigliare e orientare lo sviluppo dei diritti in una precisa direzione, ma può sperare di riuscirci dal punto di vista dello stretto diritto positivo, meno probabilmente su di un piano *politico-culturale* ove il linguaggio dei diritti è tendenzialmente più rapido e sfuggente, proprio in virtù del suo carattere "transnazionale"⁹.

3. Linguaggio normativo e linguaggio giurisdizionale

In verità, poi, il carattere da ultimo menzionato incide pure su un terreno giuridico affine a quello del riconoscimento/qualificazione dei diritti, ossia sul piano della loro "effettività" e dunque della loro tutela. Infatti, al *linguaggio della normazione* si aggiunge comunemente (fino a sovrapporsi) un altro linguaggio, *quello dell'applicazione* tipico degli organi giurisdizionali. Com'è ampiamente noto, negli ordinamenti di *civil law* il secondo prende le mosse dal primo, ma finisce spesso col distaccarsene nel passaggio attraverso il momento dell'interpretazione, al punto che la linea di separazione fra produzione e applicazione del diritto – sorvegliata, per quanto riguarda il nostro ordinamento, dall'art. 101 Cost. – perde di pratica rilevanza nell'ineliminabile creatività dell'attività giurisdizionale. Che anche il giudice "crei" diritto, infatti, da molto tempo non è considerato un tabù (con buona pace di

specifico, i diritti fondamentali (la Costituzione). La legge diventa così un atto che può avere *qualunque contenuto non incompatibile* con il contenuto della Costituzione, quindi con i diritti fondamentali. Quanto appena affermato non esclude che *dal punto di vista delle tecniche di normazione* i problemi siano superati, come pure si dirà subito nel testo.

⁶ Pur se non mancano, naturalmente, forme di reciproca influenza fra cataloghi di diritti nazionali e cataloghi inter- o sovranazionali, come testimonia da ultimo la vicenda della Carta di Nizza, vivacemente discussa – fra l'altro – proprio sotto il profilo della diversa formulazione di medesimi diritti rispetto a quanto rinvenuto nelle Carte costituzionali dei singoli Stati membri dell'UE. In argomento cfr., fra gli altri, G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di "copertura" costituzionale "a più facce"*, in *Pol. dir.*, n. 3/1997, 349 ss.

⁷ Secondo A. BALDASSARRE (*Globalizzazione contro democrazia*, Roma-Bari, 2002, 71) tale passaggio «segna un mutamento d'epoca, chiudendo un ciclo iniziato circa tremila anni fa. Allora l'uomo ha intrapreso il cammino che lo ha portato dall'*orbis* all'*urbis*, cioè dal mondo verso la città e lo Stato. Oggi, quello stesso uomo sembra ripercorrere a ritroso quel cammino, ma in una forma e in un ambiente radicalmente rinnovati. Il suo, in realtà, è un ritorno al futuro. Lascia l'*urbs*, la *polis*, per rientrare nell'*orbis*, il *kosmos*, ritrovando un mondo totalmente diverso da com'era tre millenni prima».

⁸ Sul punto, si rinvia per tutti a A. SPADARO, *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali". La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli (CZ) 2005.

⁹ A tale carattere si aggiungono almeno altri due fattori, la dimensione "comunicativa" e l'"oralità": cfr., sul punto, M.R. FERRARESE, *Il linguaggio transnazionale dei diritti*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, spec. 85 ss.

Montesquieu), risolvendosi tutte le discussioni sul rispetto della menzionata linea divisoria in un problema di “misura”¹⁰.

Ciò, a ben vedere, rappresenta già un primo contemperamento alla menzionata pretesa del linguaggio normativo di *precedere*, condizionandolo giuridicamente, il linguaggio dei diritti. Come da più parti rilevato, infatti, la configurazione astratta di una qualunque situazione giuridica subisce spesso un mutamento nel contatto con la realtà del caso concreto, una specie di deformazione dall’originaria immagine la cui ampiezza dipende sia dalle potenzialità ermeneutiche del testo che dalla sensibilità/creatività dell’interprete. Il diaframma che in tal modo si frappone tra legge e diritti (e i rispettivi linguaggi) – costituito dalla pronuncia del giudice – relativizza dunque, anche sul piano del diritto positivo, l’incidenza che le tecniche di normazione legittimamente aspirano ad avere, in modo pieno o assoluto, sul versante della tutela dei diritti.

Ora, venendo al secondo contemperamento, anche il fenomeno testé considerato possiede una dimensione che travalica i confini nazionali. Almeno due sono i fattori che lo testimoniano. Da un lato, basti pensare alla recente tendenza delle Corti – specialmente quelle supreme – a richiamare nell’applicazione del diritto interno anche le giurisprudenze straniere su casi analoghi, quali strategie argomentative in funzione rafforzativa delle proprie decisioni¹¹. Dall’altro, nel più circoscritto ambito europeo, si consideri l’opera di intermediazione svolta dalle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo nell’edificazione e nello sviluppo di un proficuo dialogo (ancora allo stato embrionale) fra giurisdizioni appartenenti ad ordinamenti nazionali diversi. Naturalmente, il dialogo “mediato” fra le giurisdizioni europee è una specificazione della più generale tendenza alla comparazione delle giurisprudenze, ma – per certi versi – ne è anche una delle origini. Cosicché fra i due fattori menzionati esiste un rapporto di causa/effetto di tipo *circolare* e non mono-direzionale.

Quanto alla dimensione europea, è vero che l’accennata opera di intermediazione sul piano della “tutela dei diritti” ha sfruttato come base di appoggio il piano della “normazione” (offerto specialmente dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni). E, tutta-

¹⁰ Cfr., ad esempio, il posto assegnato al diritto creato dai giudici nella costruzione gradualistica dell’ordinamento elaborata da H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), Milano 1954, 136 ss., per il quale – come si sa – la differenza fra «legislazione» e «giurisdizione» sarebbe solo “quantitativa”, o di grado, e non “qualitativa”. Si spiega, da tale prospettiva, come persino la giurisdizione costituzionale possa essere stata considerata dal chiaro A. una forma di legislazione, sebbene di tipo negativo (*negative Gesetzgebung*): porre o anche soltanto eliminare una legge vuol dire, infatti, collocarsi sempre e comunque sul piano delle norme *generali*, che è propriamente il piano della legislazione, a differenza della amministrazione e della giurisdizione, che operano invece al livello delle norme *individuali*. Cfr. H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale)* (1928), in Id., *La giustizia costituzionale*, Milano 1981, spec. 173, ma v. *passim*. La *complementarietà* di legislazione e giurisdizione nei termini qui sintetizzati, a ben vedere, ha però radici lontane rispetto alla dottrina pura del diritto, costituendo un tratto caratterizzante – quasi un lascito – del c.d. “movimento del diritto libero” (*Freirechtsbewegung*): sul punto, v. L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, 259.

¹¹ Cfr., in generale: AA.VV., *Il giudice e l’uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, a cura di G. Alpa, Milano 2006; T.M. Fine, *El uso de precedentes jurisprudenciales de origen extranjero por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América*, in *Rev. iberoam. der. proc. const.*, n. 6/2006, 327 ss.; A. Sperti, *Il dialogo fra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione giuridica nell’esperienza più recente*, in in *Riv. dir. cost.*, 2006, 125 ss. Il fenomeno descritto non è esente da critiche, talvolta anche feroci: v., ad esempio, la netta presa di posizione – frutto, però, di una visione eccessivamente pessimista e parziale – di R.H. Bork, *Il giudice sovrano* (2002), Macerata 2004, 163 ss.; ma cfr. pure R.A. Posner, *The Supreme Court 2004 Term. A political court*, in *119 Harv. Law Rev.* (2005), 99. È nostra ferma convinzione, invece, che il fenomeno di “circolazione culturale” delle giurisprudenze abbia un indubbio valore positivo per lo sviluppo del diritto contemporaneo ed sia ormai, per certi versi, inevitabile. «È naturale», infatti, «quando i beni costituzionali diventano interdipendenti e indivisibili, che le giustizie costituzionali di ogni livello aspirino a integrarsi, se non in una forma istituzionale sopranazionale cosmopolitica, che non è alle viste e forse non lo sarà mai, almeno in contesti deliberativi comunicanti. L’interazione non potrà non portare, prima o poi, a una convergenza di risultati»: così, per tutti, G. Zagrebelsky, *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2006, 297 ss.

via, proprio la nascita ed il graduale sviluppo *in via giurisprudenziale* di una “rete europea” di protezione dei diritti trasversale ai singoli Stati ha generato – come si diceva – un importante processo di circolazione di modelli, strumenti di giudizio, tecniche decisorie¹² che, a sua volta, ha contribuito ad autonomizzare il linguaggio “pratico” dei diritti dalle formulazioni scritte dei legislatori/costituenti nazionali.

Lo sviluppo di un binario *giurisprudenziale* di normazione “parallelo” a quello, classico, della legislazione, poi, è almeno in parte figlio della globalizzazione. I rivolgimenti connessi a tale fenomeno, infatti, hanno inciso significativamente sulla *dimensione spazio-temporale* dell’esperienza giuridica. Come giustamente osservato, l’odierna realtà del diritto appare «capovolta rispetto all’epoca precedente»: ad un diritto spazialmente differenziato (da Stato a Stato) e dotato di una tendenziale stabilità temporale (la codificazione nei singoli ordinamenti) si viene sostituendo un diritto sempre più uniforme/omogeneo nello spazio e sempre più in rapida evoluzione nel tempo¹³. È naturale, quindi, che lo strumento di regolazione privilegiato nella disciplina dei rapporti meta-nazionali finisca per coincidere con la giurisprudenza, per sua natura duttile, flessibile, rapidamente adattabile.

Da questa peculiare e nuova prospettiva, la saldatura che si è venuta a creare fra linguaggio applicativo/giudiziario e linguaggio dei diritti spinge a interrogarsi sull’idea che i diritti fondamentali siano dotati di un linguaggio realmente *proprio* e non, piuttosto, “derivato” da altri: in specie, di volta in volta, da quello dei processi di produzione o di applicazione del diritto oggettivo. Prescindendo per il momento da tale problematica¹⁴, ci limitiamo a sintetizzare il quadro descritto in una prima, breve conclusione: il rapporto fra normazione e diritti – sotto il profilo dell’effettività di questi ultimi – non può considerarsi di influenza diretta, ma sempre mediato dall’intervento degli organi dell’applicazione.

4. La posizione privilegiata delle Corti costituzionali

Fra tali organi, una posizione privilegiata è certamente quella delle Corti costituzionali. Quali interpreti particolarmente qualificati delle norme costituzionali, esse si trovano costantemente chiamate a ridefinire la linea di confine fra legge e diritti, la quale è solo un modo per rappresentare la tradizionale separazione (oggi, peraltro, meno sicura che in passato) fra i due livelli di legalità: quella ordinaria e quella costituzionale¹⁵. E poiché la Costituzione impiega solitamente il *linguaggio dei principi*, e questo per sua natura si apre ad evoluzioni anche del tutto peculiari (che possono prendere il posto, a certe condizioni,

¹² V. spec., da ultimo, AA.VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa* (Roma, 27-28 ottobre 2006), in corso di stampa.

¹³ Cfr. F. GALGANO, *La globalizzazione e le fonti del diritto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2006, 320 e, *amplius*, Id., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna 2005, ove si parla di un «cosmopolitismo dei giudici», per buona parte inconsapevole.

¹⁴ Sul punto si ritornerà in sede di conclusioni (v. § 9).

¹⁵ L’idea che si tratti di due forme di legalità distinte e separate è da tempo in crisi, anche a causa di fattori che spingono nella direzione di un suo deciso superamento: basti solo pensare al potere di applicazione diretta della Costituzione ed all’impiego dell’interpretazione adeguatrice (su cui v. per tutti, da ultimo: G. SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Milano 2006), due formidabili strumenti ormai saldamente riconosciuti in mano ai giudici comuni. Anche in ragione di ciò, parte della dottrina ritiene che il compito di protezione dei diritti di fronte alla legge spetti prevalentemente alla magistratura – vera istituzione “contromaggioritaria” – mentre la Corte costituzionale debba invece impegnarsi a vigilare sul rispetto di un’altra linea divisoria: quella fra il potere giudiziario e il potere legislativo (detto altrimenti, fra applicazione e produzione del diritto). Cfr. in tal senso: R. Bin, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in AA.VV., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre e A. Spadaro, Torino 2003, spec. 78 ss., ma anche Id., *L’applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l’interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in AA.VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche*, cit.; O. CHESSA, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, a cura di V. Tondi della Mura, M. Carducci e R.G. Rodio, Torino 2005, 54 ss. e 86 ss.

di esplicite revisioni formali), ecco che l'organo di giustizia costituzionale è in grado di acquisire una posizione di assoluto rilievo fra tutti gli attori istituzionali, giacché «partecipare alla precisazione (e al mutamento) del linguaggio costituzionale significa esercitare potere»¹⁶. Se a ciò, poi, si aggiungono eventuali clausole di “non impugnabilità” delle sue decisioni (cfr. l'art. 137, u.c., Cost. it.), si spiega come sia possibile identificare in tale organo il *punto di chiusura* dell'intero ordinamento¹⁷. Questo vale certamente per i sistemi dotati di controllo accentrato di costituzionalità; ma non è men vero per quelli ove il controllo ha carattere diffuso, pur nella nota relatività, oggi, di tale dicotomia¹⁸.

Nel suo ruolo di “custode” della Costituzione – e, pertanto, anche dei diritti ivi protetti – il giudice costituzionale si trova inevitabilmente al *crocevia fra più linguaggi giuridici*: quello della produzione/normazione astratta e quello dell'interpretazione/applicazione pratica, con il primo, a sua volta, comprendente almeno due polarità (il linguaggio legislativo ed il linguaggio costituzionale)¹⁹. Questa sua condizione fa sì che il linguaggio impiegato dalla Corte non si appiattisca meccanicamente su quello giudiziario, ma presenti caratteri peculiari, con una struttura e una funzione proprie.

Ciò si deve soltanto in minima parte alla sovrapposizione dei linguaggi tecnici tipici di tre categorie professionali differenti (quella dei professori, quella degli avvocati e quella dei magistrati). La peculiarità del linguaggio del giudice costituzionale deriva soprattutto dal fatto che, nel ristabilire la superiorità della Costituzione sulla legge, la pronuncia della Corte assolve ad un'insostituibile funzione di rilegittimazione dei valori di fondo del sistema. Per fare ciò, il suo linguaggio ha bisogno di acquisire una connotazione certamente prescrittiva (com'è quella del dispositivo), ma necessita altresì – com'è noto – di una componente giustificativa in funzione persuasiva (che si ritrova nella motivazione) tramite la quale gli sia possibile entrare successivamente in contatto con gli altri linguaggi, influenzandoli ma anche subendone a sua volta le influenze²⁰.

A questo fine, può certo rivelarsi utile la ricerca di *standards* consolidati onde misurare il rigore del linguaggio impiegato dal giudice costituzionale. Essenziale, però, è che in tale ricerca vi sia piena consapevolezza della “mobilità” che caratterizza le tecniche decisorie della Corte nel corso del tempo. Ad esempio, formule come «nella parte in cui...», «nella parte in cui non...», o «nella parte in cui... anziché...» – ordinariamente deputate ad evidenziare, rispettivamente, operazioni riduttive, additive o sostitutive – non rappre-

¹⁶ Così: G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, n. 2/1989, 255. Con grande perspicacia per il tempo in cui scriveva, già F. PIERANDREI [*Corte costituzionale*, in *Enc. dir.*, X (1962), 885] notava che la natura spiccatamente evolutiva dell'interpretazione costituzionale proveniente dalla Corte avrebbe potuto, in molti casi, sostanzialmente sostituire la procedura di revisione, «rendendone inutile il formale esercizio»; per questo Egli non esitava ad individuare nel nostro giudice delle leggi una «espressione del potere costituente». Similmente, ma con riferimento alla Corte Suprema USA, C. MORTATI (*Le forme di governo*, Padova 1973, 322) parlava di un «costituente stabile».

¹⁷ Per questa tesi, v. A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2001³, 14, ove pure si indicano le ragioni che inducono ad escludere per la Corte ogni timore di potere arbitrario e sostanzialmente incontrollato.

¹⁸ Relatività dovuta, com'è noto, non soltanto all'esistenza di sistemi “misti” di giustizia costituzionale, ma anche alla graduale polarizzazione delle vere alternative intorno al binomio “astrattezza/concretezza” del giudizio (per tutti: A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quad. cost.*, n. 3/1982, 521 ss.), e soprattutto ai processi evolutivi che spingono un modello verso il suo opposto: si pensi, anche per il nostro ordinamento, ai numerosi fattori di “diffusione” del giudizio di costituzionalità, sui quali v. A. GARDINO CARLI, *Giudici e Corte costituzionale nel sindacato sulle leggi. Gli «elementi diffusi» del nostro sistema di giustizia costituzionale*, Milano 1988; A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli 1990, 199 ss.; AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, a cura di E. Malfatti, R. Romboli e E. Rossi, Torino 2002.

¹⁹ Cfr., sul punto, M. AINIS, *Sul linguaggio del giudice costituzionale*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano 1988, 233 ss.

²⁰ V. ancora M. AINIS, *op. cit.*, 256 ss. Più in generale sulla motivazione delle pronunce costituzionali, cfr. per tutti: AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Torino 1994 ed A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano 1996.

sentano più oggi un'ancora sicura per l'identificazione del *reale* effetto imputabile alla pronuncia. La dipendenza di quest'ultimo anche da ulteriori fattori, nonché recenti fenomeni di *combinazione* di plurime tecniche tra di loro ad uno stesso fine riducono la precisione definitoria degli *standards* linguistici menzionati, rendendoli soltanto *indici presuntivi* delle conseguenze scaturenti dalla pronuncia adottata²¹.

5. *Inversione di marcia: dalla tutela dei diritti alle tecniche di normazione (attraverso le pronunce costituzionali)*

Bisogna ora chiedersi, tornando così al tema che ci interessa, in quale sede l'organo di giustizia costituzionale abbia maggior occasione di partecipare all'eventuale ridefinizione del rapporto fra i due piani qui considerati (quello delle tecniche di normazione e quello della tutela dei diritti fondamentali). Un tempo si sarebbe potuto rispondere con certezza: il giudizio in via incidentale; oggi, invece, è necessario essere più cauti, visto il forte incremento del contenzioso fra Stato e Regioni seguito alla riforma del titolo V della Costituzione. In particolare, come si sa, la nota formula dei «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» di cui all'art. 117, Il c., Cost. (lett. *m*) stabilisce una linea divisoria fra competenza legislativa statale e competenza legislativa regionale tutt'altro che chiara e univoca²². Da questo punto di vista, l'intervento della Corte diretto ad accertare nel caso concreto la competenza a legiferare ha un'evidente incidenza sul piano della tutela dei diritti, in quanto, definendo con chiarezza la "premessa maggiore" del sillogismo giudiziario, individua la corretta base normativa su cui il giudice comune potrà in seguito garantire la protezione effettiva del diritto disciplinato.

Pur con tale avvertenza, il nostro discorso si orienterà essenzialmente sul terreno del giudizio incidentale ove, ci sembra, emerge con maggiore evidenza un secondo fattore in grado di mettere in crisi il rapporto fra piano della normazione e piano dei diritti come usualmente considerato²³. Ci riferiamo alla pratica eventualità che *sia la tutela dei diritti ad incidere, condizionandolo, il piano della normazione* (ad esempio sotto il profilo della tecnica redazionale adottata: c.d. *drafting*). Si tratta di un fenomeno di notevole rilevanza eppure, a nostro parere, non oggetto finora di adeguata considerazione da parte della dottrina.

Per illustrarlo ci serviremo di una vicenda concreta, affrontata e risolta con la sent. cost. n. 253/2003, di cui qui evidenzieremo soltanto i profili più strettamente attinenti all'oggetto della nostra indagine²⁴.

Oggetto della questione è l'art. 222 c.p., concernente il ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario come misura *obbligatoria* da adottare *sempre* nei casi di proscioglimento dell'imputato totalmente incapace di intendere e volere per infermità mentale, che sia anche ritenuto socialmente pericoloso. Rispetto a ciò, il giudice remittente chiede sostanzialmente alla Corte di potersi discostare da tale misura di sicurezza qualora la verifica

²¹ Approfondimenti sul punto sono qui impossibili. Rinviamo pertanto ad altri nostri lavori (i quali costituiscono altrettante anticipazioni delle idee che saranno espresse in un più ampio lavoro monografico, in corso di stesura): *Prime riflessioni sulle sentenze «miste» (ovvero: della fantasia della Corte)*, in *Giur. it.*, n. 10/2004, 1985 ss. e *Sentenze "normative" della Corte costituzionale e forma di governo*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Napoli 2006, spec. 542 ss.

²² Come la stessa giurisprudenza costituzionale ha mostrato, l'essenzialità del livello cui la prestazione deve essere assicurata su tutto il territorio nazionale opera nei fatti come una "leva" che sposta il baricentro della normazione verso la competenza dell'ente più alto a prescindere dalla materia, quindi in modo *transversale*: cfr., per tutte, la sent. n. 282/2002.

²³ Il primo fattore corrisponde alla conclusione cui si è giunti alla fine del § 2.

²⁴ Per un più approfondito commento della sentenza, anche in relazione ad altri profili (sostanziali), sia consentito il rinvio a C. PANZERA, *Legislature, giudici e Corte costituzionale di fronte al diritto alla salute (verso un inedito "circuito" di produzione normativa?)*, in *Dir. soc.*, n. 3/2004, spec. 351 ss.

condotta *nel caso concreto* mostri – da un lato – che il ricovero non sia lo strumento più adeguato alle condizioni di salute del soggetto né il più idoneo a garantirne il recupero, e – dall'altro – che esistano misure meno gravose ma ugualmente compatibili con l'esigenza di assicurare la tutela della collettività, come, ad esempio, il ricovero in casa di cura e custodia e, a certe condizioni, la libertà vigilata. Tale è, infatti, la situazione più favorevole goduta dal maggiorenne affetto da infermità psichica soltanto parziale (ex art. 219 c.p.) e dal minore infermo di mente (ex sent. cost. n. 324/1998).

Dietro tale richiesta, com'è facilmente intuibile, si cela una posta ben diversa dalla semplice parificazione di situazioni più o meno analoghe invocata in applicazione del principio di uguaglianza formale. In effetti, l'intervento che il remittente auspica non coincide con l'introduzione di una nuova misura di sicurezza *di origine giurisprudenziale e alternativa* a quella normativamente prevista. Una richiesta di tal fatta sarebbe stata probabilmente respinta dalla Corte per rispetto della discrezionalità politica del legislatore in una materia delicata come quella in esame²⁵.

Al contrario, l'obiettivo perseguito dal giudice è quello di essere facultizzato a "graduare" l'applicazione della norma in esame oltre i confini da questa posti, in base a necessità del caso concreto che il legislatore non ha esplicitamente preso in considerazione. La sua richiesta, in altri termini, mira ad *introdurre un'istanza di flessibilità* all'interno di una normativa "rigida" nella sua absolutezza, che abbia per conseguenza il trasferimento del bilanciamento fra gli interessi contrapposti dal piano della produzione astratta di norme al piano della loro applicazione concreta.

E quando la Corte accoglie tale istanza, come nel caso in questione, ecco che si produce quell'inversione del rapporto di condizionamento fra normazione e diritti che realizza il secondo fattore sopra evocato: è *l'esigenza di tutela dei diritti a modificare/correggere il linguaggio del legislatore*.

Difatti, la sent. n. 253 giunge a dichiarare illegittimo l'art. 222 c.p. «nella parte in cui non consente al giudice, nei casi ivi previsti, di adottare, in luogo del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza, prevista dalla legge, idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale». Una conferma, dunque, che non si è creata alcuna nuova fattispecie legale, ma che è venuto meno solo il «rigido automatismo» della disciplina normativa – come lo chiama la Corte – per effetto del suo intervento²⁶.

Se non che, alterando detto carattere si finisce per incidere primariamente sulla *struttura nomologica* della proposizione normativa e solo secondariamente, in maniera indiretta, sulla sua estensione materiale: ovvero, il "contenuto" della norma non viene indebitamente incrementato di elementi aggiuntivi (com'è tipico, invece, delle comuni sentenze *additive*), mentre viene ridefinito il "contenitore" attraverso una manipolazione dell'impalcatura lessicale, ovvero del *linguaggio normativo*. Si tratta sempre di una sentenza appartenente al *genus* delle pronunce additive, ma "di principio" e, fra queste, di un tipo tutto particolare²⁷.

La manipolazione in parola si realizza con l'inserimento all'interno della regola generale e astratta di una o più "eccezioni" concrete che ne rendano elastica l'applicazione.

²⁵ La qual cosa è in effetti già avvenuta in passato in relazione ad identiche o analoghe questioni di legittimità: il precedente immediato è costituito dall'ord. n. 88/2001, ma la Corte stessa – nella sentenza in commento – ricorda di essere stata chiamata a pronunciarsi sull'art. 222 c.p. ben 18 volte a partire dal 1967 (cfr. il punto 2 del *considerato in diritto*). Successivamente al 2003 e sempre per il caso qui considerato, la Corte ha ancora escluso di poter "creare" nuove misure di sicurezza al posto del legislatore: cfr. ordd. nn. 254/2005 e 83/2007.

²⁶ Cfr. il punto 3 del *considerato in diritto*.

²⁷ Di sentenze additive di principio "per deficit di flessibilità" ha discorso, ad esempio, C. SALAZAR, «Guerra e pace» nel rapporto Corte-Parlamento: *riflessioni su pecche e virtù delle additive «di principio» quali decisioni atte a rimediare alle «omissioni incostituzionali» del legislatore*, in Aa.Vv., *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, a cura di A. Ruggeri e G. Silvestri, Milano 2000, 279 ss.

Ma quest'operazione, in fin dei conti, *non è altro che la conversione di una norma-regola in un principio*²⁸. Il "modo" di disciplina della materia, pertanto, risulta radicalmente alterato: dalla prescrizione generale e astratta ma inflessibile (*dura lex...*) alla regolazione morbida e adattabile alle peculiarità dei singoli casi concreti (*ragionevole*); dal bilanciamento accentrato e "ingessato" del legislatore al bilanciamento "delegato" nello specifico, volta per volta, al giudice.

È forse più chiara, adesso, l'entità della trasformazione compiuta sul piano della tecnica di normazione, soprattutto in ordine al linguaggio impiegato dal legislatore: l'esigenza di protezione di un diritto fondamentale (nel caso specifico, il diritto alla salute) avrebbe richiesto un bilanciamento diverso rispetto a quello cristallizzato nella formulazione normativa, con la preferenza per una disciplina a trama aperta, idonea ad offrire maggiore elasticità al momento della sua applicazione giudiziaria. Quanto non aveva fatto il legislatore l'ha fatto, così, la Corte, spingendo molto in avanti la frontiera dei suoi interventi creativi e portandoli ad un livello davvero notevole.

Una vicenda, dunque, che ha una portata estremamente rilevante, non solo per *l'hortus conclusus* in cui stiamo svolgendo le presenti considerazioni, ma anche perché schiude alla riflessione del giurista più ampie prospettive d'indagine.

6. La "rivoluzione della flessibilità": suo significato e portata

La sent. n. 253/2003 appena commentata si colloca nel seno di un percorso seguito negli ultimi quindici anni dalla giurisprudenza costituzionale. In altri termini, nel periodo considerato si è assistito ad un'ennesima trasformazione nell'ambito delle tecniche decisorie impiegate dalla Corte, che potremmo provocatoriamente chiamare la *rivoluzione della flessibilità*.

Si tratta di una precisa tendenza, sviluppatasi con riferimento tanto al versante delle pronunce di accoglimento quanto al versante delle pronunce di rigetto, che incarna emblematicamente un approccio teorico e metodologico al diritto *profondamente diverso* rispetto a quello del passato, e che appare, se non proprio in netta antitesi, certamente proiettato verso il deciso superamento dell'orizzonte teorico dominato dal "positivismo giuridico".

In verità, per tornare un attimo alla casistica, non sempre la Corte ha corretto i rigidi meccanismi insiti nella legislazione che le venivano denunciati, reputando in più di un'occasione che il legislatore non fosse obbligato a rimettere la determinazione concreta della regola ad una flessibile scelta del giudice²⁹. Ma, laddove ciò è invece avvenuto, si è generata una notevole espansione dei poteri decisorii dei giudici, con un effetto che potremmo definire di vera e propria *liberazione di "energia" interpretativa*. La qual cosa conduce inevitabilmente a privilegiare nella fase discendente del giudizio costituzionale il canale "Corte-giudici" più che quello "Corte-legislatore", a tutto discapito dell'intervento legislativo, invocato più per prassi (o per galateo) che per convinzione³⁰.

²⁸ Sulla distinzione fra regola e principio, v. per tutti le note pagine di R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), Bologna 1982, 90 ss. e 157 ss.

²⁹ Così ad esempio, per limitarci ad alcuni casi che reputiamo più significativi, le ordd. nn.: 339-450/1995, 353/1997, 386/1998, 88-225/2001, 40/2002, 130/2003.

³⁰ Sebbene tali pronunce siano destinate, di solito e comprensibilmente, ad ampliare gli spazi di manovra dei *giudici* (ad esempio, sentt. nn.: 239-267-418/1998, 167/1999, 186-509/2000, 78/2002, 350/2003, 63/2005, 255/2006), alcune di esse, tuttavia, si indirizzano esplicitamente agli organi della *pubblica amministrazione*, rimettendoli in gioco quali *soggetti dell'attuazione diretta delle norme costituzionali* – sia chiaro: "re-interpretate" dalla Corte – ed influenzando in un certo senso anche sul modo di intendere il principio di legalità dell'azione amministrativa (è il caso delle sentt. nn.: 371/1994, 110/1996, 195/1998 e 433/2002). Per approfondimenti, qui impossibili, si rinvia fra gli altri a: M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell'amministrazione. Ipotesi dottrinali e casistica giurisprudenziale*, Milano 2002, 316 ss. e P. GIANGASPERO, *Il principio di legalità e il "seguito amministrativo" delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale*, Trieste 2003.

Per quanto concerne le peculiari sentenze additive sopra descritte, non a torto si è considerato l'allentamento del vincolo di soggezione del giudice alla legge propriamente come il *contenuto* del principio aggiunto e non come la sua conseguenza³¹, e c'è chi ha parlato esplicitamente di un fenomeno di *giurisdizionalizzazione "dal basso" della politica*, attraverso le iniziative dei giudici comuni³².

A nostro modo di vedere, l'additiva di principio in parola funziona semplicemente come una "valvola di sicurezza" di fronte alle ipotesi in cui l'applicazione rigida della legge rischi seriamente di trasformare il *summum jus* in *summa injuria*³³. E questo porta ad interrogarci sulle ragioni più profonde che ne stanno alla base.

Si parlava poc'anzi di una tendenza, in esse manifesta, al superamento dialettico della pesante eredità del positivismo giuridico. In effetti, le pronunce (di accoglimento e di rigetto) ispirate al canone della *flessibilità* vanno a "scardinare" i caratteri tradizionali della legge per come questa è stata sempre conosciuta: regolazione – appunto – generale e astratta, destinata naturalmente a valere per tutti e senza eccezioni (*dura lex sed lex*). Al posto di questi caratteri, invece, tali pronunce inseriscono nella legge una intrinseca "adattabilità" o "elasticità", pronta a scattare al contatto con la «non raggiungibile varietà del concreto»³⁴, avvicinando in maniera impressionante il sistema a diritto scritto del nostro ordinamento alla duttilità dell'opposto sistema di *common law*.

È, in effetti, il definitivo superamento del positivismo otto-novecentesco, dei suoi crismi e dei suoi dogmi, fra cui la granitica certezza del diritto, la presunta onnipotenza del Parlamento e la conseguenziale irresponsabilità del legislatore³⁵. Tale momento di passaggio è emblematicamente rappresentato in più forme: ora con l'immagine di una *vocazione alla mitezza* degli ordinamenti costituzionali contemporanei, ora con l'abbandono dell'idea di una sovranità soggettivizzata a favore di una *sovranità oggettivizzata* nei valori costituzionali (soprattutto per la parte relativa ai diritti fondamentali)³⁶.

Ma la formula maggiormente pregnante, a nostro sommosso parere, è quella di un *rinnovato punto di incontro fra "diritto positivo" e "diritto naturale"* reso possibile nelle Costituzioni contemporanee, liberaldemocratiche e personaliste, soprattutto tramite l'aggancio alla teorica dei diritti umani³⁷. Come autorevolmente affermato parecchi anni fa, le Costituzioni aspirano ad essere nella fase attuale «una forma legalistica di superare il legalismo, un ritorno al giusnaturalismo con gli strumenti del positivismo giuridico»; e, nel drammatico tentativo di fermare il tempo che fugge, esse con la loro pretesa di stabilità e durata finiscono con l'esprimere un afflato che supera la realtà *positiva*, per tendere ad una dimensione *meta-positiva* di giustizia³⁸.

³¹ Cfr. C. SALAZAR, «Guerra e pace» nel rapporto Corte-Parlamento, cit., 283.

³² 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, 1326 ss.

³³ Maggiori riferimenti giurisprudenziali verranno dati al § successivo.

³⁴ Così, testualmente, la sent. n. 644/1988, punto 3 del *considerato in diritto*.

³⁵ In argomento, cfr.: R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova 1999; A. PIZZORUSSO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi in Italia*, in *Foro it.*, 2003, V, 175 ss.; E. CALZOLAIO, *L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparata*, Milano 2004; A. LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Torino 2005; e, se si vuole, C. PANZERA, *La responsabilità del legislatore e la caduta dei miti*, in U. BRECCIA-A. PIZZORUSSO, *La responsabilità dello Stato*, a cura di F. Dal Canto, Pisa 2006, 91 ss.

³⁶ Cfr., nel primo senso, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino 1992 e, nel secondo, G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino 2005.

³⁷ «Se il prezzo che la dottrina del diritto naturale deve pagare ai gusti lessicali del presente, per mantenere la propria identità al di là del variare delle etichette, è quello di rigenerarsi come dottrina dei diritti dell'uomo, non si tratta certo di un prezzo troppo alto, come dimostra il fatto che è stato praticamente già pagato, e nella sua interezza, dai migliori giuristi del nostro tempo»: così, F. D'AGOSTINO, *Diritto naturale*, in *Dizionario delle idee politiche*, a cura di E. Berti e G. Campanini, Roma 1993, 225.

In questa prospettiva, la “rivoluzione della flessibilità” testimonia sul piano delle tecniche decisorie della Corte costituzionale un’evoluzione più ampia dell’intero ordinamento che investe direttamente, sul piano teorico-dogmatico, l’eterno problema del *fondamento di autorità* – ovvero, della legittimazione del potere – nelle democrazie costituzionali contemporanee.

7. La “flessibilità” nelle decisioni di accoglimento...

Come anticipato, la sentenza sopra commentata non costituisce affatto un caso isolato, né uno sporadico episodio di “sconfinamento” della Corte costituzionale in terreni altrui. Tale genere di pronunce, infatti, taglia trasversalmente i più disparati settori dell’ordinamento, rimodulando ad esempio: l’ambito delle presunzioni legali³⁹, il campo delle adozioni⁴⁰, la materia dei rimborsi delle spese sanitarie⁴¹, la disciplina della percepibilità delle pensioni di guerra⁴², nonché – soprattutto – diverse aree del settore penale, quali la custodia cautelare carceraria⁴³, le misure di sicurezza non detentive⁴⁴, le misure premiali ed alternative applicate ai minori⁴⁵, le prove testimoniali⁴⁶ e, non ultima, l’ignoranza della legge penale⁴⁷.

Si tratta – dicevamo – di un nuovo genere di sentenze additive, nella specie, “di principio”: decisioni che per la prima volta non incidono tanto sul *contenuto* della norma scrutinata, quanto sulla sua *struttura*. Come s’è appena visto, la dichiarazione di illegittimità colpisce la formulazione normativa a causa della sua *eccessiva rigidità*, con l’effetto di ampliare i poteri ermeneutici del giudice ed inserire nella fase “discendente” del giudizio (l’applicazione della legge nel processo riassunto) un sostanziale *margin*e di *flessibilità* da far valere, volta per volta, secondo le necessità dei casi concreti.

Dal punto di vista tecnico-formale, la manipolazione in questo caso si realizza «incorporando» interpretativamente all’interno della *regola* normativa prevista un’*eccezione*, mentre, dal punto di vista contenutistico-sostanziale, l’addizione assume specificamente ad oggetto «una norma sulla competenza». Infatti, la decisione del caso concreto è ancora affidata al bilanciamento fra gli interessi in gioco, se non che questo non è più direttamente compiuto dalla Corte – come avviene in molti altri casi – ma «delegato in concreto» al

³⁸ Così, lucidamente: M. CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano 1968, rist. inalt. 1979, 122 ss.; ma v. ora A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano 1994, 123 ss. e *passim.*; infine, anche G. SILVESTRI (*Verso uno jus commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, n. 1/2006, 16 ss.) intravede nel passaggio dal fondamento di “autorità” al fondamento di “valore” dei sistemi giuridici contemporanei il «nuovo volto» del diritto naturale. Ma per una diversa prospettiva, cfr. M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, spec. 1654 ss.

³⁹ Sentt. nn.: 103/1967, 205/1972, 167-171-179-200-225/1976, 40/1980, 139/1982, 179/1988, 542/1989, 123/1990.

⁴⁰ Emblematica la sent. n. 283/1999, di illegittimità della normativa impugnata «nella parte in cui non prevede che il giudice possa disporre l’adozione, valutando esclusivamente l’interesse del minore, quando l’età dei coniugi adottanti superi di oltre quarant’anni l’età compresa in quella che di solito intercorre tra genitori e figli, se dalla mancata adozione deriva un danno grave e non altrimenti evitabile per il minore». Analogamente, per l’indirizzo in questione, cfr. le sentt. nn.: 183/1988, 44/1990, 148/1992, 361/1995, 303/1996 e 349/1998.

⁴¹ Sent. n. 267/1998.

⁴² Sent. n. 239/1998.

⁴³ Sentt. nn. 438-439/1995.

⁴⁴ Oltre alla citata sent. n. 253/2003, v. pure la n. 367/2004.

⁴⁵ Sentt. nn. 109/1997 e 324-450/1998.

⁴⁶ Sent. n. 283/1997.

⁴⁷ Sent. n. 364/1988.

giudice stesso, che acquista pertanto una competenza (un margine di manovra interpretativo) che prima non possedeva⁴⁸.

Tali pronunce hanno il non trascurabile merito di essere (o tentare di essere) – grazie ai giudici comuni – *auto-applicative*, realizzando direttamente l'interesse costituzionalmente protetto senza dover attendere che si attivi il legislatore. E proprio perché sostanzialmente aggirano la tradizionale "insostituibilità" dell'intervento politico-legislativo, esse proiettano l'organo di giustizia costituzionale in una dimensione nuova rispetto al passato in relazione al suo compito di garanzia/custodia della Costituzione.

Infatti, nelle peculiari ipotesi ora descritte, la Corte viene a trovarsi all'interno di un singolare "circuito" di produzione normativa vera e propria, nel quale *ciascuno* dei soggetti coinvolti – il legislatore, il singolo giudice e, appunto, la Corte – partecipa attivamente alla "costruzione" della norma definitiva che regola il caso concreto. In specie, il percorso mediante cui si ottiene la manipolazione finale può descriversi attraverso le seguenti fasi: 1) il legislatore *confeziona una disposizione* formulandola in termini generali e rigidi; 2) il giudice, nel trarre da essa la norma da applicare al caso concreto, *verifica un urto* fra gli interessi fondamentali emergenti dalla controversia e le possibilità interpretative ridotte consentite dalla disposizione; quindi, *si rivolge alla Corte*; 3) questa raccoglie il suggerimento del remittente e *rimodula nomologicamente la disposizione*, rendendola più flessibile; 4) infine, *nell'attuare la norma-principio* offerta dalla Corte, il giudice *introduce una specifica norma-regola del tutto nuova*.

Si può agevolmente osservare come quel che alla fine più conta – ovvero, l'immissione nell'ordinamento della regola destinata al caso concreto – non sia il prodotto della creatività del legislatore, bensì il risultato finale di un'operazione complessiva che si regge *esclusivamente* sul "gioco di squadra" fra il giudice e la Corte⁴⁹.

Per quanto una tale prospettiva possa sembrare eccessiva, si può forse affermare – con parte della dottrina – che il giudice delle leggi in non poche occasioni ormai *sostanzialmente "riscrive"* la disciplina impugnata, comportandosi nei fatti "come se" (*als ob*) fosse un *Überparlament*, ma spingendo in realtà verso l'orizzonte teorico di una «giurisdizionalizzazione» dello Stato costituzionale contemporaneo⁵⁰.

Se quanto affermato nel testo si avverte particolarmente in settori che sono stati più volte "riversati" negli anni da interventi manipolativi della Corte – come è per la materia delle adozioni, sopra menzionata – non è meno verosimile se predicato anche in ordine a singole decisioni di eccezionale creatività, come la sent. n. 285/1995, il cui dispositivo è insolitamente dettagliato⁵¹.

⁴⁸ Sul punto, cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, 88 ss. e 120 ss., da cui sono tratte le espressioni virgolettate.

⁴⁹ Riprendiamo testualmente queste considerazioni ancora dal nostro *Legislatore, giudici e Corte costituzionale di fronte al diritto alla salute*, cit., 380 ss. Con riferimento al fenomeno appena accennato, va posto l'accento sull'assoluto rilievo che riveste l'attività "conseguenziale" del giudice *a quo*, che deve propriamente qualificarsi non tanto come mera *applicazione* del diritto (legislativo), quanto come *attuazione-svolgimento* del diritto (giurisprudenziale): cfr. A. RUGGERI, *Esperienze di normazione ed esperienza di giustizia costituzionale a confronto: un rapporto tra giudici e Corte a geometria variabile?*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, cit., spec. 538 ss.

⁵⁰ Cfr. A. SPADARO, *Di una Corte che non si limita ad "annullare" le leggi, ma "corregge" il legislatore e, dunque, "scrive" – ...o "riscrive" per intero – le leggi (il caso emblematico della giurisprudenza normativa sulle adozioni)*, in AA.VV., *Corte costituzionale e Parlamento*, cit., 337 ss.; critico, invece, sull'orizzonte dello "Stato giurisdizionale" è, ancora, M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, cit., 1658 ss.

⁵¹ Ovvero: di illegittimità della norma impugnata «nella parte in cui, per l'effetto della non sottoponibilità ad esecuzione forzata delle somme destinate ai fini ivi indicati, non prevede la condizione che l'organo di amministrazione dell'unità sanitaria locale, con deliberazione da adottare per ogni trimestre, quantifichi preventivamente gli importi delle somme innanzi destinate e che dall'adozione della predetta delibera non siano emessi mandati a titoli diversi da quelli vincolati, se non seguendo l'ordine cronologico delle fatture così come pervenute per il pagamento o, se non è prescritta fattura, dalla data della deliberazione di impegno da

Si tratta, crediamo, di più di una mera suggestione: probabilmente, è un segnale del concreto e silenzioso processo di avvicinamento fra i tipi “storici” di giurisdizione costituzionale. Non suona strano, infatti, che più di ottant’anni or sono un’autorevole dottrina paragonò la Corte Suprema USA ad una *terza camera legislativa*⁵²; né che proprio in Austria – nel cuore dell’Europa, patria e laboratorio di sperimentazione delle idee kelseniane – si riconosca come *oggi* sarebbe «sbagliato, da un punto di vista empirico, sostenere che la produzione del diritto costituisce una funzione solo del Parlamento»; al contrario, il diritto «è divenuto in maniera *considerevole* il prodotto della giurisprudenza della Corte costituzionale»⁵³.

8. segue: ...e nelle decisioni di rigetto

Il fenomeno considerato non si esaurisce solo nell’ambito delle pronunce additive; anzi, a ben vedere, le decisioni in parola non sono che la punta di un più grande *iceberg* sommerso. Bisogna difatti osservare che qualcosa di simile è sorprendentemente avvenuto *pure sul fronte delle pronunce di rigetto*, adottate nei casi in cui la medesima esigenza di una regolamentazione normativa “a maglie larghe” poteva trovare un canale di realizzazione senza giungere alla dichiarazione d’incostituzionalità.

Non che l’operazione compiuta sul piano ermeneutico sia meno sofisticata, tutt’altro.

Basti pensare, ad esempio, al suggerimento contenuto nella nota sent. n. 10/1993 di interpretare la norma impugnata «come una clausola generale, di ampia applicazione, destinata ad espandersi e a specificarsi, nell’ambito dei fini normativamente riconosciuti, di fronte al verificarsi delle varie esigenze concrete che lo richiedano»⁵⁴. Si tratta di un invito ad allargare i confini naturali della disposizione sindacata, non con l’ausilio delle tecniche di “permutazione” testuale in mano alla Corte, bensì *immaginandola come un principio* la cui applicazione in concreto richiede uno spazio di valutazione (ragionevole) da condurre caso per caso. Cosa che il giudice costituzionale ha evidentemente ritenuto fosse nelle possibilità del giudice remittente. La dottrina ha subito parlato di sentenza *interpretativa di rigetto “di principio”*⁵⁵, sottolineando con ciò che la soluzione ottenuta seguendo le indicazioni della Consulta non è l’“unica”, ma – appunto – ricompresa fra le tante espresse da un principio aperto a plurimi esiti ermeneutici, fra cui i giudici devono orientarsi.

In tali situazioni, a ben vedere, lo sforzo cui il giudice comune è chiamato concerne l’uso diretto dei principi costituzionali nella fattispecie concreta da decidere, talvolta da soli ma più spesso cumulativamente ad altre norme desumibili dal quadro legislativo esistente. Proprio tali principi indicano con una certa sufficienza le deroghe/eccezioni che è consenti-

parte dell’ente». Sulla stessa strada, hanno coerentemente seguito le sentt. nn. 69/1998 e 211/2003.

⁵² Cfr. L. EINAUDI, *Decreti e legge* (1925), ora in *Id.*, *Cronache economiche e politiche di un trentennio (1893-1925)*, VIII, Torino 1965, 214, per il quale i poteri di controllo e annullamento delle leggi esercitati dalle Corti giudiziarie nel sistema nordamericano non significano affatto «che si misconoscano i diritti del parlamento; ma che la consuetudine, creatrice di legge, ha affermato che a far leggi non bastano due camere, *ma ne occorrono tre*: la camera dei rappresentanti, il senato e l’alta corte di giustizia, composta di *pochi* uomini, *inamovibili* finché ad essi piaccia di rimanere in carica, senza limiti di età, *indipendenti* dalle passioni di popolo e dalle pressioni di governo». Tuttavia, era l’amara conclusione, «Le tradizioni europee ed italiane *impediscono* di imitare questo sistema tricamerale, radicato nella storia locale, e nelle tradizioni giuridiche anglosassoni» (c.vi aggiunti). A tanti anni di distanza, come si viene dicendo nel testo, non è oggi più da escludere del tutto un graduale avvicinamento a quel modello.

⁵³ Cfr. T. ÖHLINGER, *La legittimazione del sindacato di costituzionalità delle leggi*, in *AA.VV.*, *La circolazione dei modelli e delle tecniche*, cit., 3 del *paper* (c.vv. aggiunto).

⁵⁴ Cfr. il punto 3 del *considerato in diritto*.

⁵⁵ Cfr.: V. ANGIOLINI, *Rigetto interpretativo di “principio” e “regole” legislative*, in *Giur. cost.*, 1993, 1413 ss. e M. D’AMICO, *Decisioni interpretative di rigetto e diritti fondamentali: una nuova strada per la Corte costituzionale?*, in *Giur. it.*, 1993, I, 2049 ss.

to apportare alla norma della quale deve fare applicazione in giudizio. Così è avvenuto, per fare alcuni esempi, in materia di: partecipazione consapevole a tutti gli atti del processo di soggetti appartenenti a minoranze linguistiche in esso implicati⁵⁶; tutela della libertà di corrispondenza e valore probatorio dei tabulati telefonici⁵⁷; protezione dei figli in caso di cessazione della convivenza di fatto⁵⁸.

Da questi esempi emerge il riconoscimento di uno *statuto duplice* delle norme costituzionali. «Innanzitutto» – per usare ancora una volta le parole della Corte⁵⁹ – quello «di principi direttivi, richiedenti l'apprestamento sia di norme ulteriori di svolgimento sia di strutture o istituzioni finalizzate alla loro concreta operatività»; opera, questa, di iniziative essenzialmente politiche «rispetto alle quali le norme costituzionali pongono le linee direttrici ma non possono rappresentare un surrogato alternativo, attivabile attraverso il ricorso alla Corte costituzionale». Ma, in secondo luogo, quello di “fonte di proclamazione” e riconoscimento di diritti fondamentali, da cui discende «sempre e necessariamente» un obbligo di ricerca della «tutela minima, immediatamente operativa, sottratta alla vicenda politica e direttamente determinabile attraverso l'interpretazione costituzionale dell'ordinamento, anche per mezzo della valorizzazione di tutti gli elementi normativi esistenti, suscettibili di essere finalizzati allo scopo indicato dalla Costituzione».

Questa seconda dimensione, mentre da un lato legittima la ricerca di soluzioni flessibili anche laddove la legge in questione apparentemente non ne preveda lo spazio⁶⁰, dall'altro rende più sfumata la linea di confine fra interpretazione conforme e *Drittwirkung* delle norme costituzionali⁶¹, sempre che una tale distinzione sia ancora da ritenere utile⁶².

Talvolta, poi, la medesima situazione può determinarsi anche in virtù di pronunce di «inammissibilità», sebbene ciò avvenga in uno stadio “anteriore”: ovvero, quando la Corte si preclude l'esame nel merito a causa del mancato tentativo di interpretazione adeguatrice da parte del remittente, lasciando però intendere di ritenerla esperibile, soprattutto in presenza di molteplici possibilità ermeneutiche. Anche qui si è subito coniata una nuova espressione, parlandosi di *interpretative di inammissibilità*⁶³.

⁵⁶ Sent. n. 15/1996, ma v. già la risalente sent. n. 28/1982.

⁵⁷ Sent. n. 81/1993.

⁵⁸ Sent. n. 166/1998.

⁵⁹ Così, la citata sent. 15/1996, punto 4 del *considerato in diritto*; ma analogo ragionamento è condotto con riferimento ad altre norme costituzionali dalle citate sentt. nn. 81/1993 e 166/1998 (rispettivamente: artt. 15 e 30), nonché dalla sent. n. 460/2000 (artt. 24 e 97).

⁶⁰ Agli esempi fatti vanno aggiunti i casi in cui la posizione del giudice in ordine al suo potere di valutazione è convertita da “vincolata” a “discrezionale”: cfr. le sentt. nn. 178/1991 e 66/1998.

⁶¹ Sul punto: O. CHESSA, *Drittwirkung e interpretazione: brevi osservazioni su un caso emblematico*, in AA.Vv., *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, cit., 420 ss.

⁶² In senso contrario, v. le recenti osservazioni di R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione*, cit., 15 del *paper*.

⁶³ Fra tutte, si distinguono le sentt. nn. 356/1996, 347/1998 e la “triade” rappresentata dalle nn. 315-487/2002 e 68/2003. Per alcuni commenti dottrinali cfr.: per la sent. n. 356, E. LAMARQUE, *Una sentenza «interpretativa di inammissibilità»?*, in *Giur. cost.*, 1996, 3107 ss.; per la sent. n. 347, M.R. MORELLI, *Ancora una nuova tipologia di decisione costituzionale: la «interpretativa di inammissibilità» (A proposito della sentenza n. 347 del 1998, sulla azione di disconoscimento di figlio nato mediante inseminazione eterologa)*, in *Giust. civ.*, 1998, I, 2410 ss. e, con una diversa qualificazione, G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 239 s. (che preferisce parlare di inammissibilità «per irrilevanza derivata da reinterpretezione»); sulle restanti, infine, A. ANZON, *Interpretazione «corretta» e interpretazione «conforme a Costituzione» del regime delle rogatorie internazionali*, in *Giur. cost.*, 2002, 2426 ss. (ma, più in generale, v. pure: AA.Vv., *Rogatorie internazionali e dintorni. La legge n. 367 del 2001 tra giudici e Corte costituzionale*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi, Torino 2002). Infine, sulla vera e propria “anticipazione” della soluzione costituzionalmente corretta, spesso sottesa all'invito ad un'interpretazione adeguatrice rivolto dalla Corte al giudice a quo, si ricordano le acute riflessioni di A. RAUTI, *L'interpretazione adeguatrice come metacriterio ermeneutico e l'inversione logica dei criteri di rilevanza e non manifesta infondatezza*, in AA.Vv., *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, cit., 496 ss.

Per distinguerle dalle comuni sentenze interpretative, si è individuato il *proprium* delle menzionate sentenze di inammissibilità nel fatto che esse non solo non si “sbilanciano” sul problema di costituzionalità sollevato, ma neppure offrono indicazioni circostanziate sull’interpretazione da prediligere, limitandosi a *segnalare* l’esistenza di una pluralità di scelte ermeneutiche disponibili, senza optare in concreto per l’una o l’altra e lasciando così un discreto margine di autonoma decisione al remittente. Le *interpretative di rigetto*, invece, sarebbero preferite quando al giudizio sulla costituzionalità dell’interpretazione selezionata dal giudice *a quo* si accompagni l’indicazione dell’*unica* scelta ermeneutica ritenuta costituzionalmente conforme⁶⁴.

Per quanto ci riguarda, rispetto alle comuni sentenze di rigetto o di inammissibilità, le pronunce in parola sembrano avvicinarsi molto di più – con ovvie differenze – alle additive di principio, come tentativo di rimediare ad un’omissione del legislatore: se così è, il “salto in avanti” è innegabile. Prendendo spunto da questa evoluzione, non sarebbe allora fuori luogo – nel contesto considerato – accomunare per identità di *ratio* nel loro utilizzo le decisioni interpretative di rigetto “classiche” alle additive e sostitutive “tradizionali”, potendosi parlare in relazione alle prime di una sorta di *obbligo di interpretazione... a «rime obbligate»*.

9. Tre osservazioni conclusive

La disamina compiuta sul versante delle pronunce costituzionali, per un verso, conferma i due assunti di partenza di queste brevi riflessioni (ossia: anzitutto, che il condizionamento delle tecniche di normazione sulla tutela dei diritti non è immediato e diretto e, secondariamente, che codesto rapporto può addirittura invertirsi, procedendo dal basso verso l’alto), per un altro verso, consente di aggiungere un corollario al secondo assunto. Infatti, anche quando si verifichi l’inversione del rapporto in parola, ancora una volta *ciò avviene in maniera mediata e indiretta* attraverso la decisione del giudice costituzionale (in grado, a sua volta, di stimolare con intensità diversa – a seconda dell’esito: accoglimento o rigetto – la pronuncia del giudice comune).

Questo corollario vale, dunque, come regola generale per entrambi i “versi di marcia” lungo cui corre il rapporto fra normazione e protezione dei diritti, avvicinando le due alterne raffigurazioni dello stesso.

È possibile per questa via fissare in tre punti le nostre osservazioni conclusive.

La prima concerne il *linguaggio giuridico in genere*, ed è la seguente. Anche con peculiare riguardo alla materia dei diritti, è avvalorata la tesi che vede nel linguaggio del diritto un mezzo di «potenziamento del processo di oggettivazione dei valori sociali»; un mezzo necessario ma mai, da solo, sufficiente⁶⁵. In effetti, come si sa, i valori giuridici sono valori sociali *pratici*, per cui il linguaggio impiegato in relazione ad essi non è quello altamente formalizzato e “artificiale” delle scienze pure (logica, matematica, ecc.), bensì – senza essere appiattito su quello comune – un linguaggio specifico e proprio, per certi versi “naturale” in relazione al suo oggetto (il diritto), addirittura quasi *gergale*, «col suo retaggio di alternative strutturali (indeterminatezza, ambiguità, polisemia) o funzionali (momento emotivo o suggestivo; orientamento descrittivo o prescrittivi) che rendono difficile l’interpretazione, specialmente fuori di un contesto determinato»⁶⁶.

⁶⁴ Cfr. G.P. DOLSO, *Giudici e Corte alle soglie del giudizio di costituzionalità*, Milano 2003, 110 ss., 134 s. e 142 ss., che la reputa una tecnica molto “vantaggiosa” per la Corte.

⁶⁵ Sul punto, v. R. DE STEFANO, *Diritto e linguaggio* (1981), in Id., *Scritti sul diritto e sulla scienza giuridica*, Milano 1990, 207 ss.

⁶⁶ Cfr. S. PUGLIATTI, *Sistema grammaticale e sistema giuridico*, in Id., *Grammatica e diritto*, Milano 1978, 74.

Per questo ci vogliono ulteriori fattori perché maturi il processo di effettiva realizzazione dei valori sociali – in specie, dei diritti fondamentali – assunti ad oggetto della disciplina giuridica. Ora, l'intermediazione della garanzia offerta dal controllo di costituzionalità delle leggi costituisce uno di tali fattori, certo fra i più importanti, ma non l'unico. In questo senso si può dire che il linguaggio giuridico di per sé non garantisce l'effettività dei valori protetti dal diritto; esso, però, deve offrire adeguate garanzie di *effettività*⁶⁷.

La seconda conclusione riguarda il *linguaggio dei diritti*. Intendendo questo come il complesso delle comunicazioni, giuridiche e non, che avvengono nella materia considerata, si è osservato come tale fenomeno posseda una dimensione strutturalmente *aperta* all'apporto di plurime "voci" non necessariamente coerenti fra di loro; tanto che l'immagine migliore per descriverlo sarebbe quella del *patchwork*. Il linguaggio dei diritti, insomma, non si farebbe portatore di una specifica concezione (etica, religiosa, politica, ecc.) dei diritti stessi, ma si limiterebbe a farsi veicolare lungo «una catena di comunicazioni nelle diverse sfere della vita sociale»; in ciò si manifesterebbe tutta la distanza fra il "linguaggio" dei diritti e quella che viene usualmente chiamata "cultura" dei diritti⁶⁸.

Distanza, però, non vuol dire incomunicabilità o indifferenza. A noi pare, invero, che il linguaggio dei diritti miri ad *apparire* "neutrale" rispetto alle diverse culture dei diritti, ma nei fatti non lo sia appieno. Ciò sembrerà più chiaro se solo si pone mente al fatto che la formazione e lo sviluppo di un linguaggio dei diritti *autonomo* dalla legislazione⁶⁹, compiutisi parallelamente all'approdo dei diritti medesimi in una realtà meta-nazionale, sono stati resi possibili grazie alla presenza di una specifica "cultura" dei diritti, germogliata dai solchi del costituzionalismo moderno e alimentata dai valori di libertà, eguaglianza ed autonomia. Ovviamente, com'è ben noto, le diverse anime del costituzionalismo moderno (quella anglo-americana e quella europeo-continentale, specie francese) hanno prodotto una sensibile biforcazione della strada percorsa dai diritti nella loro evoluzione⁷⁰; ed anche oggi questi si presentano spesso come terreno elettivo di contrasti fra concezioni etiche non sempre compatibili, alla luce delle rivendicazioni e delle "pretese di riconoscimento" che sono tipiche dei contesti sociali multiculturali e, per di più, altamente tecnologizzati. Quali siano i riflessi di tutto questo sulla dimensione comunicativa dei diritti è evidente, al punto che non è raro esprimere l'inconciliabilità fra le diverse istanze etiche in materia dicendo che si parlano – appunto – *linguaggi diversi*.

Tutto ciò, a nostro sommo parere, non deve comunque indurre a un cupo pessimismo. Il fatto che da più parti si indichi nell'*universalità* uno dei caratteri essenziali dei "veri" diritti fondamentali spinge ad individuare in tali diritti un elemento del c.d. *Verfassungskern* o "nucleo costituzionale minimo" comune a tutti gli ordinamenti appartenenti alla famiglia delle democrazie liberali e pluraliste⁷¹. Attraverso la condivisione di un "linguaggio" sempre più simile in materia di diritti fondamentali, gli ordinamenti costituzionali

⁶⁷ Così, lucidamente, D. FARIAS, *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Milano 1981, 231.

⁶⁸ Per questa tesi, v. M.R. FERRARESE, *Il linguaggio transnazionale dei diritti*, cit., 82 ss., spec. 85 ss., la quale tuttavia non valuta il fenomeno in maniera negativa, anzi, lo reputa tale da consentire l'individuazione di soluzioni nuove ed inaspettate ai conflitti eventualmente insorti fra le diverse istanze etiche che entrano in gioco (cfr. p. 95: il linguaggio come «un elaboratore di soluzioni giuridiche»). Sulla "cultura dei diritti" v. per tutti: P. HABERLE, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*. Saggi, Milano 2003.

⁶⁹ Ma su tale presunta "autonomia" v. subito *infra*.

⁷⁰ Divaricazione riconducibile, grosso modo, alla teoria dei "diritti di libertà pre-statali" da un lato, ed alla dottrina dei "diritti pubblici subbiettivi" dall'altro, cui si è accennato *supra*, al § 2.

⁷¹ Fra i primi e più convinti sostenitori dell'esistenza – accanto a "nuclei duri *particolari*" di ogni ordinamento – di un "nucleo duro *universale*" delle Costituzioni contemporanee è 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.*, n. 3/1998, spec. 362 ss.

contemporanei testimoniano che il processo di universalizzazione cui tali diritti vanno incontro è strettamente legato alla diffusione di una certa “cultura” politico-giuridica dei diritti medesimi, favorevole alla massima espansione possibile delle condizioni che li fanno attecchire in ogni parte del mondo (sebbene il vero problema, assai spesso, sia quello di garantire loro effettiva tutela al di là delle solenni e astratte proclamazioni di principio). In tal modo, i singoli ordinamenti manifestano una *vocazione cosmopolita* che potrebbe costituire il primo passo verso l’edificazione – per il momento soltanto utopica – di un *diritto costituzionale mondiale*⁷².

Questa seconda considerazione apre il varco alla terza ed ultima osservazione conclusiva, che è possibile formulare mediante il seguente interrogativo: il linguaggio dei diritti è realmente “autonomo” dagli altri linguaggi giuridici? In altri termini, possiede una specificità assolutamente distinta da quella del linguaggio della normazione e del linguaggio dell’applicazione o piuttosto “fa corpo” con questi? Insomma: esiste un vero e proprio linguaggio “dei” diritti?

L’impressione di chi scrive, invero, è che la rilevata tendenza all’universalità dei diritti contribuisca a mettere meglio a fuoco la *dipendenza del linguaggio che li ha ad oggetto dagli altri linguaggi giuridici*, siano essi tipici degli atti produttivi di *soft law* (ad es., le Carte e le Dichiarazioni di diritti inter-/sovrnazionali) come pure di *hard law* (ad es., le Costituzioni ed il diritto legislativo nazionali), ovvero caratteristici di prassi amministrative o, infine, delle procedure giurisdizionali di applicazione del diritto oggettivo.

Secondo questa prospettiva, quando il linguaggio dei diritti viene invocato in contrapposizione ad altri linguaggi giuridici, ciò rappresenterebbe soltanto un artificio retorico per dissimulare un contrasto più profondo che si accende fra questi ultimi e al fine di rendere accettabile la prevalenza di uno di essi. Ad esempio, quando il riferimento al linguaggio dei diritti viene usato in funzione oppositiva a concrete manifestazioni di volontà politica, spesso a tale operazione è sotteso uno iato già consumato fra un linguaggio legislativo recessivo e un linguaggio giudiziario/applicativo nei fatti prevalente. Questa anzi è l’ipotesi più frequente; ma non è la sola. Può verificarsi, in verità, anche il contrario: quando – sul pretesto di un vuoto di disciplina – il legislatore manifesta la chiara intenzione di occuparsi di una certa materia al fine di sottrarre la sua regolamentazione alle “incertezze” dovute alle oscillazioni dell’interpretazione giudiziaria. Di quest’ultima eventualità si hanno molti esempi di recente⁷³.

A nostro sommo parere, lungi dal costituire una *deminutio* a carico dei diritti fondamentali, l’asserita mancanza di un linguaggio veramente “autonomo” degli stessi permette di porre l’accento sulla dimensione della loro *effettività* giuridica, misurando specialmente sul piano della produzione e dell’applicazione del diritto oggettivo, rispettivamente,

⁷² Cfr., al riguardo, l’interessante e recente lavoro di Q. CAMERLENGO, *Contributo ad una teoria del diritto costituzionale cosmopolitico*, Milano 2007. Il carattere potenzialmente illimitato (“senza confini”: *boundless*) del processo di espansione dei diritti non si arresta alla sola dimensione “spaziale” del fenomeno, ma – ancora una volta – coinvolge pure quella “temporale”, come testimoniato dal crescente interesse oggi dedicato dal tema dei diritti delle generazioni future o *diritti intergenerazionali*. In argomento, cfr. almeno: F. RIMOLI, *Bioetica. Diritti del nascituro. Diritti delle generazioni future*, in AA.VV., *I diritti costituzionali*, II, a cura di R. Nania e P. Ridola, Torino 2006², 527 ss.; R. BIFULCO, *La responsabilità giuridica verso le generazioni future tra autonomia della morale e diritto naturale laico*, in AA.VV., *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, a cura di A. D’Aloia, Milano 2003, 169 ss.; U. POMARICI, *Responsabilità verso le generazioni future*, in AA.VV., *Biotecnologie e tutela del valore ambientale*, a cura di L. Chieffi, Torino 2003, 39 ss.; AA.VV., *Globalizzazione e diritti futuri*, a cura di R. Finelli, F. Fistetti, F.R. Recchia Luciani e P. Di Vittorio, Roma 2004; AA.VV., *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale* (*A law for future. Theories and models of sustainable development*), a cura di A. D’Aloia, in corso di stampa ed ivi spec. A. SPADARO, *L’amore dei lontani. I diritti fondamentali alla prova della globalizzazione: ragionevolezza e intergenerazionalità*.

⁷³ È il caso, ad esempio, di alcuni delicati settori attinenti all’ambito dei diritti fondamentali quali: la procreazione medicalmente assistita, il testamento biologico, le convivenze di fatto, solo per citare i più noti.

le potenzialità e le concrete capacità di realizzazione delle istanze di valore sottese ai diritti fondamentali.

Forum di Quaderni Costituzionali

stituzionali