

## Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali\*

di Antonio Ruggeri\*\*  
(29 novembre 2014)

**SOMMARIO:** Stato-legislativo *versus* Stato-giurisdizionale? Una falsa alternativa tra termini in realtà complementari ed evocativi di uno scenario ordinamentale caratterizzato da costante equilibrio e mutuo sostegno delle istituzioni cui è demandato l'esercizio delle pubbliche funzioni, all'insegna della *norma di riconoscimento* della tipicità del ruolo a ciascuna di esse assegnato. – 2. Cenni alle più salienti manifestazioni di innaturali mescolamenti tra le funzioni, con specifico riguardo alle c.d. *sentenze normative* ed all'utilizzo di tecniche decisorie diverse, persino alternative, in relazione a casi analoghi, cui nondimeno si ricollegano talora effetti non dissimili (esempi tratti dalla più recente giurisprudenza costituzionale). – 3. Legislatore e giudici, nel sistema dei vasi comunicanti, e il ruolo "erculeo" dai secondi esercitato. – 3.1. I quattro fronti sui quali il giudice è simultaneamente impegnato: a) quello della interpretazione conforme, nelle sue plurime espressioni ed all'insegna della *Grundnorm* del conseguimento della maggior tutela dei diritti (e, in genere, degli interessi) costituzionalmente protetti. – 3.2. b) come si "pesa" o "misura" la tutela da questa o quella Carta apprestata ai diritti? – 3.3. c) la complessa e non di rado sofferta ricerca del "sistema di sistemi". – 3.4. d) a chi ed a mezzo di quali tecniche decisorie spetta risolvere i conflitti tra sistemi? – 4. Il bisogno di ripensare a fondo alle tecniche decisorie in atto esistenti e di far luogo alla invenzione di nuove tecniche, caratterizzate da duttilità di struttura ed agilità di movenze, sì da favorire un sempre più intenso e fecondo "dialogo" tra le Corti. – 4.1. I tre percorsi allo scopo proficuamente battibili: a) avuto riguardo alle forme del giuridico rilievo in ambito interno della CEDU (e, segnatamente, della sua possibile applicazione diretta da parte dei giudici, specie laddove si tratti di stabilire dove si situi la miglior tutela). – 4.2. b) l'infittirsi del "dialogo" intergiurisdizionale (anche tra le Corti europee) a seguito dell'entrata in vigore del prot. 16 annesso alla CEDU. – 4.3. c) la "mutazione genetica" della funzione giurisdizionale, in modo crescente portata a conformarsi quale *giurisdizione per risultati*. – 5. Una succinta notazione finale a riguardo del modo con cui può prendere corpo la "leale cooperazione" tra legislatore e giudici, ovvero sia la scrittura *in progress* delle norme adeguate ad apprestare l'ottimale – alle condizioni oggettive di contesto – servizio ai diritti.

1. *Stato-legislativo versus Stato-giurisdizionale? Una falsa alternativa tra termini in realtà complementari ed evocativi di uno scenario ordinamentale caratterizzato da costante equilibrio e mutuo sostegno delle istituzioni cui è demandato l'esercizio delle pubbliche funzioni, all'insegna della norma di riconoscimento della tipicità del ruolo a ciascuna di esse assegnato*

Da tempo si discute dell'alternativa tra il c.d. "Stato legislativo" e il c.d. "Stato giurisdizionale", dell'abdicazione del primo, detronizzato a forza dal secondo che – secondo questa veduta, da molti condivisa – va, in modo sempre più imperioso, affermandosi e diffondendosi, conquistando "territori" un tempo stabilmente assoggettati al dominio del primo.

Si tratta, in realtà, di descrizioni largamente approssimative, meramente allusive di una realtà assai più composita e refrattaria a farsi ingabbiare entro etichette eccessivamente semplificanti e, per ciò stesso, forzose. Gli stessi aggettivi che la qualificano – finiscono con l'ammettere anche coloro che pure li utilizzano – colgono, al più

---

\* Relazione al Convegno su *La scrittura plurale della norma. La legalità tra vincoli sovranazionali ed ermeneutica giurisprudenziale*, Catania 28-29 novembre 2014, alla cui data lo scritto è aggiornato.

concedere, esclusivamente il tratto dominante di un'esperienza comunque internamente articolata e complessa, siccome costituita da elementi di varia fattura e connotazione.

Il vero è che l'alternativa in parola può essere vista in modi assai diversi, a seconda dei piani ai quali l'analisi si dispone e svolge.

Senza indugiare ora qui su risalenti vicende e circoscrivendo l'attenzione unicamente ai lineamenti maggiormente salienti dell'odierno contesto positivo e fattuale, con specifico riguardo al nostro ordinamento<sup>1</sup>, a me sembra che l'alternativa stessa risulti priva di fondamento e che i due corni, usualmente considerati irriducibili, di cui essa si compone richiedano piuttosto di essere riportati ad unità.

Se ne ha conferma già solo ad una prima osservazione di alcuni dati elementari, di pronto riscontro.

In realtà, da quando si è fatta l'opzione, sulla scia del noto insegnamento aristotelico, per il "governo delle leggi" anziché per il "governo degli uomini" e, più ancora, con l'avvento dello Stato di diritto (nella sua densa e tipica accezione di *Stato di diritto costituzionale*), delle leggi non si può fare comunque a meno<sup>2</sup>. Il problema, tuttavia, non si risolve con questa scarna e lapidaria affermazione; si tratta infatti di vedere con *quali* leggi, come cioè esse sono fatte, in struttura e funzione (ma, su ciò, più avanti).

Le leggi, d'altronde, si consegnano pur sempre, inevitabilmente, agli uomini (per ciò che qui specificamente importa, ai giudici) per la loro implementazione nell'esperienza, i quali dunque sono chiamati a porsi al servizio di quelle<sup>3</sup>.

L'esercizio della *juris dictio* – quali che siano i modi con cui è intesa o le valenze di cui è caricata – si risolve, nella sua essenza, in tale servizio, nella varietà delle sue espressioni.

Legislatore e giudici si fanno, dunque, reciprocamente rimando e si pongono l'uno a complemento degli altri, nessun operatore potendo comunque fare a meno dei restanti, dandosi nondimeno un ordine temporale ed assiologico-normativo a base delle loro attività che, secondo modello, richiede di essere rispettato, quale evocato dal titolo dato a questo studio e che si tenterà di argomentare meglio più avanti.

---

<sup>1</sup> Le notazioni che seguono intendono restare circoscritte al nostro ordinamento; alcune di esse possono tuttavia valere anche per altri che col nostro condividono l'appartenenza alla grande "famiglia" delle liberaldemocrazie.

<sup>2</sup> Il termine "legge" è qui, di tutta evidenza, adoperato in larga accezione. È da chiedersi se il diritto scritto in genere (e legislativo in ispecie) sia sempre in grado di offrire garanzie maggiormente adeguate rispetto al diritto non scritto (e, specificamente, consuetudinario) per ciò che attiene all'ottimale cura degli interessi di singoli e gruppi e, per ciò stesso, alla fisiologica trasmissione dell'ordinamento nel tempo. Non è, ovviamente, questione che può essere qui affrontata, in tutta la sua complessità. Mi limito solo a segnalare, con esclusivo riguardo al diritto di rango costituzionale, che, pur essendo – come si sa – le Carte costituzionali venute alla luce, specie per effetto dei moti rivoluzionari di fine settecento e primo ottocento, proprio al fine di dare ai diritti fondamentali un riconoscimento dapprima insussistente, nulla esclude che si diano ordinamenti o momenti nella storia di un ordinamento dato in cui le regole non scritte sono riuscite e riescono ancora meglio di quelle scritte ad adempiere alla funzione che ne giustifica l'esistenza. Ciò che si è reso (e rende) particolarmente evidente proprio da noi, per effetto della predisposizione di progetti di riforma costituzionale, quale è stato quello andato in porto nel 2001 o l'altro da ultimo messo in cantiere dal Governo Renzi, largamente carenti sia per concetti che per forma espressiva e che hanno, perciò, alimentato un fitto contenzioso tra gli studiosi ed operatori per ciò che attiene sia al significato di singoli enunciati che per il loro senso complessivo.

Alle volte, insomma, un sano diritto costituzionale non scritto si rivela in grado di offrire maggiori certezze di diritto costituzionale e di diritti costituzionali di quante ne possa dare un diritto costituzionale mal scritto (maggiori ragguagli sul punto, nel mio *Costituzione scritta e diritto costituzionale non scritto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012. Del rilievo del diritto non scritto si è, da ultimo, discusso in occasione del Convegno AIC di Catanzaro del 17-18 ottobre 2014 su *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*).

<sup>3</sup> Già J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), tr. it. *Determinazione del campo della giurisprudenza*, a cura di M. Barberis, Il Mulino, Bologna 1998, 352 s., faceva lucidamente notare esser "ovvio che tutti i governi umani sono governi di uomini; e che, senza uomini che le producono, e senza altri uomini che le fanno rispettare, le leggi umane si ridurrebbero a nulla, o sarebbero soltanto parole oziose scarabocchiate su carta o su pergamena" (richiama questo passo, ora, anche M. BARBERIS, *Il custode delle fonti. Lo Stato dopo lo Stato e la sua legalità*, in *Lo Stato*, 2/2014, 20).

Questa del mutuo sussidio è, ad ogni buon conto, una prima, importante, ancorché palesemente insufficiente, acquisizione, che dimostra la necessità di preservare il complessivo equilibrio di ordine istituzionale, nei termini che saranno precisati a breve.

Si tratta tuttavia di chiedersi in che modo, nel presente contesto politico-istituzionale, il legislatore può agevolare e sorreggere l'opera del giudice e questa porsi in modo adeguato al servizio di quello.

La complementarietà rimanda infatti all'idea della tipicità delle funzioni e del ruolo che è da quella implicata. In siffatta tipicità, poi, si rispecchia il principio della separazione dei poteri che dal suo perdurante riscontro (e, perciò, dalla sua effettiva osservanza) si alimenta e rigenera<sup>4</sup>.

Secondo modello, si dà infatti una *norma di riconoscimento*, un'autentica *metanorma* relativa alla distribuzione della sovranità tra i centri istituzionali allo scopo costituzionalmente previsti, secondo cui ogni operatore è consapevole della tipicità sia del proprio che dell'altrui ruolo e, perlopiù, per un fisiologico svolgimento della vita istituzionale, lo rispetta e ne pretende rispetto<sup>5</sup>. Che poi si diano occasioni in cui ciò non avviene non smentisce ma piuttosto avvalorare l'esistenza della regola, la quale dunque viene meno unicamente laddove si dimostri che essa si è ormai commutata nel suo opposto, essendosi convertita in eccezione, così come questa in quella. Che però, malgrado le non infrequenti deviazioni di questo o quell'operatore dal solco entro cui deve stare, non siamo ancora arrivati a questo punto, oltrepassato il quale è lo smarrimento dello Stato costituzionale, lo dimostra già la circostanza per cui rispetto al quotidiano e plurimo svolgersi di attività istituzionali i casi di ricorso per conflitto di attribuzioni restano assai esigui per numero a fronte di quelli in cui invece si ha il tacito riconoscimento della liceità dei comportamenti da ciascun operatore offerto agli altri<sup>6</sup>.

I sostenitori della tesi dello "Stato giurisdizionale", in fondo, affermano proprio questo: che sono i giudici a fare ciò che fa (o non fa...) il legislatore, ad averne ormai preso il posto, che stabilmente detengono e non intendono abbandonare.

La verifica della bontà di questa ricostruzione richiede di essere svolta a più piani e riguardando l'esperienza in corso da plurimi angoli visuali.

In partenza, va rilevato che la tesi secondo cui si darebbe, secondo modello, una tipicità di ruolo di ciascun operatore istituzionale, tenendo perciò separati i decisori politici da un canto, i garanti dall'altro, è stata a più riprese fatta oggetto di penetranti rilievi critici, specie da quanti<sup>7</sup> hanno fatto notare che le relazioni tra gli organi sarebbero governate da

---

<sup>4</sup> Il punto di riferimento teorico maggiormente saldo ed attendibile presso la nostra dottrina rimane ancora oggi quello fissato da G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, Giuffrè, Milano, I (1979) e II (1984).

<sup>5</sup> Della tipicità dei ruoli degli operatori istituzionali si è, ancora da ultimo, discusso in occasione delle Giornate di studio svoltesi a Messina il 21 e 22 novembre 2014 su *Crisi dello stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali* (ed *ivi*, part., G. MOSCHELLA, *Ruolo del giudice e ruolo del legislatore a salvaguardia dei diritti fondamentali*, nonché, se si vuole, il mio *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive*, ora in [Consulta OnLine](#), 24 novembre 2014).

<sup>6</sup> È vero che il mancato appello al giudice costituzionale non equivale a sicura conformità di atti e comportamenti in genere a Costituzione, nulla ovviamente escludendo che essa non si abbia e che il suo venir meno sia pur sempre tollerato, per convenienza o per altro. Non contesto, ovviamente, il rilievo delle convenzioni e dei canoni in genere che presiedono al governo delle relazioni tra i protagonisti della vita istituzionale. Mi pare tuttavia che, ad una pur approssimativa ma disincantata osservazione della realtà, la linea che separa il lecito dall'illecito sia perlopiù non varcata. Quotidianamente c'è gente che ruba o uccide, ma non mi pare che sia la norma; anche gli aerei di tanto in tanto precipitano al suolo e, ciononostante, per quanto io ne sappia, rimangono i mezzi di locomozione maggiormente sicuri ed affidabili. Il fatto che la stampa o la televisione diano grande risalto agli eventi tristi, com'è peraltro giusto che sia, nulla toglie però che essi, per fortuna, non siano *id quod plerumque accidit*.

Tutto ciò posto, qui pure si darà a breve rilievo a ciò che si discosta dal modello, piuttosto a ciò che ad esso si conforma, proprio perché conviene ragionare circa le misure più adeguate a contenere le esperienze devianti dal modello stesso, se non pure a rimuoverle del tutto.

<sup>7</sup> ... come, da noi, G.U. RESCIGNO, sulla scia di una sapiente indicazione teorica di C. ESPOSITO [v., dunque, del primo, tra i molti suoi scritti, almeno *Le convenzioni costituzionali*, Cedam, Padova 1972, e, del secondo,

regole convenzionali (e, forse pure, consuetudinarie<sup>8</sup>), mostrandosi largamente reticente e, talora, in buona sostanza, muto il disegno costituzionale. Regole che, essendo a conti fatti rimesse a rapporti di forza, spianerebbero la via a continui, indecifrabili mescolamenti delle funzioni, il garante facendosi decisore, e viceversa<sup>9</sup>.

Ancora di recente, la tesi è stata ripresa con originali ed acuti argomenti da una sensibile dottrina<sup>10</sup>, che è essa pure pervenuta all'esito di considerare non tipizzabili – non solo *secondo esperienza* ma, prima ancora, *secondo modello* – i ruoli.

Dico subito, a scanso di ogni possibile equivoco circa il senso ed il verso del mio pensiero, che la ricostruzione ora succintamente descritta trova appoggio in alcune vicende che sembrano invero avallarla. Il punto è però che non sembra cosa giusta far dire alla Costituzione proprio ciò che essa contesta, immaginando esser la prima una sorta di lavagna, suscettibile di essere di continuo riscritta, a piacimento e secondo occasione.

Questo modo di vedere le cose – piaccia o no – porta ad una sorta di anomalo, soffocante *congiunturalismo costituzionale*, ad un'aprioristica e fin troppo generosa *legittimazione dell'esistente* in ogni sua espressione, persino dunque laddove risulti deviante dal solco tracciato nella Carta ed anzi a questa frontalmente si opponga. Un "*esistente*" in grado di farsi Costituzione equivale – come si vede – a dissoluzione della Costituzione stessa, della sua forza, della sua funzione (anzi, di una delle sue funzioni, quella di porsi a limite al potere ed orientamento delle sue dinamiche verso i valori fondamentali positivizzati<sup>11</sup>).

---

particolarmente, il *Saggio sulla controfirma ministeriale*, Giuffrè, Milano 1962, e la voce *Controfirma ministeriale*, per l'*Enciclopedia del diritto*, X (1962), 285 ss.].

<sup>8</sup> Non indugio qui nella confutazione della tesi, pure finemente argomentata, che vorrebbe esclusa in partenza la categoria delle consuetudini costituzionali; chi avesse curiosità di conoscere il mio punto di vista al riguardo può vederlo nel mio *Costituzione e diritto costituzionale non scritto*, cit.

<sup>9</sup> Di gran lunga più frequente è la prima evenienza rispetto alla seconda. Rammento, tuttavia, un triste momento della nostra storia istituzionale in cui, a fronte della eccentricità ed esuberanza di comportamenti di un Presidente della Repubblica (pittorescamente ma efficacemente definito "picconatore"), proprio il Governo (e, per esso, il Presidente del Consiglio) si è assunto l'improbabile onere di tenere – fin dove possibile – sotto controllo l'operato del Capo dello Stato. Del ruolo del Presidente si discute, come si sa, animatamente da tempo: al tema è stato, da ultimo, dedicato il Seminario del Gruppo di Pisa svoltosi a Milano il 14 novembre 2014, dal titolo *Il ruolo del Capo di Stato nella giurisprudenza costituzionale*.

<sup>10</sup> O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo*, Jovene, Napoli 2010, del quale v., inoltre, *Capo dello Stato, politica nazionale e interpretazione costituzionale. Una replica ai critici*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 24 gennaio 2012, nonché la relazione al Seminario sopra cit., dal titolo *Il ruolo del Capo di Stato nella giurisprudenza costituzionale prima della sent. n. 1 del 2013*. Sul pensiero di quest'autore, v. i contributi di AA.VV., *Dibattito sul Presidente della Repubblica. Il Capo dello Stato nell'ordinamento costituzionale italiano*, a cura di M. Cecchetti, S. Pajno e G. Verde, duepunti, Palermo 2012.

<sup>11</sup> Su questa funzione della Costituzione, v., sopra tutti, A. SPADARO, in molti scritti (e, principalmente, in *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994, nonché in *L'idea di Costituzione fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni "geometriche" dell'"albero" della Costituzione e un'unica, identica "clausola d'Ulisse"*, in AA.VV., *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism Context*, a cura di F. Fernández Segado, Dykinson, Madrid 2003, 169 ss.). Il dibattito sulla Costituzione, i suoi modi d'intenderla, la sua pratica utilità, è tornato di recente a riaccendersi, specie per merito di *Quad cost.*, che l'ha avviato con una salutare provocazione teorica di R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, nel fasc. 1/2007, 11 ss., cui ha fatto seguito il mio *Teorie e "usi" della Costituzione*, 3/2007, 519 ss. e, quindi, G. BOGNETTI, *Cos'è la Costituzione? A proposito di un saggio di Roberto Bin*, e O. CHESSA, *Cos'è la Costituzione? La vita del testo*, entrambi nel fasc. 1/2008, rispettivamente, a 5 ss. e 41 ss.; A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, 2/2010, 311 ss.; ancora G. BOGNETTI, *Costantino Mortati e la Scienza del diritto*, e F. DI DONATO, *La Costituzione fuori del suo tempo. Dottrine, testi e pratiche costituzionali nella Longue durée*, entrambi nel fasc. 4/2011, rispettivamente, a 803 ss. e 895 ss. Inoltre, F. GALLO, *Che cos'è la Costituzione? Una disputa sulla rifondazione della scienza giuridica*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2011; M. CARDUCCI, *Brevi note comparate su Costituzione-fondamento e Costituzione-limite*, in *Studi in onore di F. Modugno*, I, Napoli 2011, 519 ss. e, pure *ivi*, G. RAZZANO, *Il concetto di costituzione in Franco Modugno, fra positivismo giuridico e "giusnaturalismo"*, III, 2771 ss.; F. RIMOLI, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Carocci, Roma 2011; M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 1/2013; G. AZZARITI - S. DELLAVALLE, *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*,

Si tratta tuttavia di chiedersi se siamo ormai giunti a questo punto, lungo una china inarrestabile che porta lontano dalla partenza di una Costituzione come norma fondativa di un ordine che dalla stessa prende il nome appunto di “costituzionale”.

Ora, non nego che le trasformazioni avvenute rispetto al contesto in cui si è avviata l’esperienza dello Stato costituzionale siano ormai tali da rendere persino irriconoscibile il volto con cui quest’ultimo oggi si presenta rispetto alla sua immagine consegnataci al tempo del suo avvento<sup>12</sup>. È tuttavia da chiedersi se, per effetto delle trasformazioni stesse, la Costituzione debba considerarsi ormai smarrita, in essenza e funzione, o se, piuttosto, non debba concludersi nel senso che essa è chiamata a nuove, formidabili sfide, che ha da affrontare nel presente contesto segnato da una integrazione sovranazionale particolarmente avanzata, sfide alle quali può far fronte sempre che ne vengano rafforzate le fondamenta, esattamente così come si fa coi vecchi e gloriosi edifici, tuttavia col tempo bisognosi della opportuna manutenzione<sup>13</sup>. Dire però che la Costituzione richiede di essere rigenerata, dotata di contenuti *temporis razione* adeguati, è cosa assai diversa rispetto ad ammettere che sia un ferro arrugginito, ormai inservibile.

*Abbiamo insomma bisogno di uno Stato con una nuova (o, meglio, rinnovata) Costituzione, non di uno Stato senza Costituzione.*

*2. Cenni alle più salienti manifestazioni di innaturali mescolamenti tra le funzioni, con specifico riguardo alle c.d. sentenze normative ed all’utilizzo di tecniche decisorie diverse, persino alternative, in relazione a casi analoghi, cui nondimeno si ricollegano talora effetti non dissimili (esempi tratti dalla più recente giurisprudenza costituzionale)*

Il rinnovamento di cui si fa qui parola deve svolgersi in plurime direzioni, una delle quali è proprio quella che vuole ristabilita la tipicità dei ruoli degli operatori laddove essa risulti sbiadita o gravemente pregiudicata.

Della confusione dei ruoli non si ha riscontro unicamente in occasione dell’esercizio delle funzioni di garanzia e di quelle di direzione politica; alle volte, si è avuto (e si ha) anche in seno ad una stessa funzione, tra gli atti che ne sono espressione, soggetti a reciproci, innaturali (nel senso di incostituzionali) mescolamenti.

Non indugio ora in esemplificazioni, peraltro a tutti note, il cui esame ci porterebbe troppo oltre l’*hortus conclusus* in cui questa succinta riflessione è tenuta a stare. Basti solo pensare ai casi dei decreti-legge che prendono il posto dei decreti legislativi e, persino, delle leggi di delega (dagli stessi variamente innovate) e, più in genere, di leggi alle quali non potrebbero invece sostituirsi, senza che nondimeno risultino sempre, efficacemente, sanzionati<sup>14</sup>; o si pensi, ancora, al carattere camaleontico degli atti politico-normativi per

---

ESI, Napoli 2014.

<sup>12</sup> Io stesso l’ho più volte riconosciuto (ancora da ultimo, nel mio *Lo Stato costituzionale e le sue “mutazioni genetiche”*, in corso di stampa in *Quad. cost.*, 4/2014).

<sup>13</sup> Di una “manutenzione costituzionale” si è peraltro, come si sa, più volte discusso: v., tra gli altri, AA.VV., *La “manutenzione” costituzionale*, a cura di F. Palermo, Cedam, Padova 2007.

<sup>14</sup> ... secondo quanto dimostra la singolare dottrina giurisprudenziale della “evidente mancanza” dei presupposti fattuali a base dell’adozione dei decreti in parola, la quale soltanto ne giustificherebbe la caducazione e che, però, a conti fatti, dà modo agli atti del Governo di sottrarsi, praticamente sempre, a sanzione (molto critica sul punto numerosa dottrina: tra gli altri, A. RAUTI, *La giurisprudenza costituzionale in tema di decreti-legge ed i suoi problematici riflessi sulla forma di governo*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a mia cura, ESI, Napoli 2006, spec. 63 ss.; R. DI MARIA, *La vis espansiva del Governo nei confronti del Parlamento: alcune tracce della eclissi dello Stato legislativo parlamentare nel “ruolo” degli atti aventi forza di legge*, in *Osservatorio sulle fonti 2008. La legge parlamentare oggi*, a cura di P. Caretti, Giappichelli, Torino 2010, 154 ss., spec. 163 ss.; C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d’urgenza nell’esperienza italiana*, in *Dir. pubbl.*, 2/2009, 317 ss.; R. DICKMANN, *Decreti legge e sindacato dei presupposti di costituzionalità: forse la Corte costituzionale non ha ragione ...*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 13/2011; G. MONACO,

autonomasia, le leggi, che hanno talora occupato non soltanto gli ambiti tradizionalmente considerati propri dell'amministrazione ma persino quelli della giurisdizione. La triste esperienza delle *leggi-sentenza, ad personam*, avutasi in una non lontana e particolarmente sofferta stagione che ci auguriamo di poter considerare definitivamente chiusa, è altamente indicativa di uno stato di cose che – al di là di alcune sue esasperate e fin troppo vistose manifestazioni – presenta un “sommerso” poco appariscente e tuttavia ugualmente corposo ed indicativo delle torsioni istituzionali, di cui si viene ora dicendo.

Un solo esempio per tutti varrà a renderne testimonianza, quello delle leggi di “pseudointerpretazione” autentica, che – come si sa – hanno alimentato un fitto e ad oggi irrisolto contenzioso tra il nostro giudice costituzionale e la Corte EDU<sup>15</sup>.

In realtà, la legge fatica ancora oggi a fare chiarezza dentro di sé, a rinvenire la propria identità, la giusta dimensione entro cui trovare finalmente ricetto. Alle volte sembra, infatti, spingersi oltre la soglia davanti alla quale dovrebbe arrestarsi<sup>16</sup>; altre volte, di contro, arretra in modo parimenti eccessivo, astenendosi dal normare in ambiti materiali nei quali dovrebbe invece lasciare il segno della propria presenza.

Le esperienze di questa seconda specie sono specificamente interessanti al fine della ricostruzione cui ora si attende, dal momento che è proprio ad esse che si fanno ricondurre i casi maggiormente eclatanti di confusione del ruolo del legislatore e di quello del giudice, sia esso comune che costituzionale.

Delle sentenze “normative” – come le ha chiamate una sensibile dottrina<sup>17</sup> – si è detto ormai talmente tanto che sembra persino banale rievocarle qui ancora una volta.

Mi limito dunque a soffermarmi solo su un paio di punti, a mia opinione meritevoli di ulteriore approfondimento teorico.

Il primo è dato dal fatto che “normativi” non sono soltanto alcuni tipi di decisione del giudice delle leggi, a motivo della generalità degli effetti loro propria. La generalità, infatti, si ritrova anche in pronunzie, quali quelle meramente caducatorie, alle quali l'attributo della “normatività”, nella sua più densa e propria accezione, non è riferito dalla dottrina sopra richiamata. È vero che, a giudizio di altra, autorevole dottrina<sup>18</sup>, tutte le sentenze di accoglimento sarebbero fonti del diritto; quando però si discorre di sentenze “normative”, com'è noto, usualmente ci si riferisce ad una particolare specie di sentenze di accoglimento, con le quali si fa luogo alla riscrittura dei testi di legge, specie aggungendovi statuizioni in essi originariamente, indebitamente mancanti.

Ora, se il *quid* identificante la “normatività” è dato appunto dalla invenzione di precetti (sotto forma di *principi* ovvero di *regole*) ad opera del giudice e non pure del

---

“Necessità e urgenza” del decreto-legge: alcune precisazioni della Corte dopo la “storica” sentenza n. 171/2007, in AA.VV., *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, a cura di M. Cartabia - E. Lamarque - P. Tanzarella, Giappichelli, Torino 2011, 387 ss.; altri riferimenti nei contributi che ora sono in *Focus Fonti del diritto*, 1/2014, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) e, da ultimo, in A. SIMONCINI - E. LONGO, *Dal decreto-legge alla legge di conversione: dal controllo potenziale al sindacato effettivo di costituzionalità*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2014, e G. BERNABEL, *Riflessione critica sulla decretazione d'urgenza*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 21/2014, spec. al § 5).

<sup>15</sup> V., da ultimo, Corte cost. n. 227 del 2014. In dottrina, tra i molti altri e di recente, A. VALENTINO, *Ancora sulle leggi di interpretazione autentica: il contrasto tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale sulle cc.dd. pensioni svizzere*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), Osservatorio, settembre 2013. Utili indicazioni, ora, anche dall'incontro di studio su *Norme retroattive e diritti socio-economici: il ruolo del legislatore nazionale e quello del giudice di legittimità e di merito*, svoltosi presso la Corte di Cassazione il 29 ottobre 2014, ed *ivi part.* G. BRONZINI, *Il giudice di legittimità ed i limiti alla retroattività della legge civile: tra Corte Costituzionale e Corte di Strasburgo*, in *paper*.

<sup>16</sup> Si pensi, ad es., a tal riguardo, ai casi di leggi comuni che fanno ciò che invece, ad opinione mia e di altri, compete alle leggi costituzionali, come stabilire le norme sulla normazione di grado primario.

<sup>17</sup> G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova 1985, 755 ss.

<sup>18</sup> Sopra tutti, A. PIZZORUSSO, in molti scritti (e, tra questi, di recente, *Delle fonti del diritto*<sup>2</sup>, Zanichelli-Il Foro italo, Bologna-Roma 2011, spec. 536 ss.).

legislatore, se ne ha che esso molte volte si riscontra anche in decisioni dei giudici comuni. Dirò di più: forse, con ancora maggiore frequenza di quanto si abbia per mano del giudice costituzionale, per quanto il fenomeno sia assai arduo da monitorare, a motivo del carattere “diffuso” e parcellizzato della giurisdizione, esercitata in sedi plurime ed in forme il più delle volte poco o nient’affatto appariscenti. Si danno persino dei casi in cui il giudice comune è sollecitato dal giudice costituzionale a fare qualcosa che quest’ultimo ritiene di non poter fare, come nei casi di additiva di principio cui consegue l’estrazione di una regola ad opera del primo giudice, il quale dunque, al momento in cui esprime la sua *vis* innovativa, non si vedrebbe opposto quel rispetto della discrezionalità del legislatore che, pur nel suo carattere concettualmente opaco ed evanescente, si reputa valevole per il secondo giudice (ed è, come tale, da questi in concreto riconosciuto)<sup>19</sup>.

In siffatta evenienza si assiste, dunque, ad una doppia “normatività” di stampo giurisdizionale o – se più piace dire – ad una “normatività” che si fa per gradi di generalità decrescente, ad una sorta di *work in progress*, che si avvia presso la Consulta e quindi si specifica e concreta nelle sedi in cui si amministra la giustizia comune. Per questo verso, come mi è parso di poter dire in altri luoghi<sup>20</sup>, il giudice comune si rende partecipe di un’operazione di giustizia costituzionale (... *normativa*), per il fatto di immettersi in uno stesso processo di produzione giuridica, a rimorchio ed in ausilio del giudice costituzionale, incapace di provvedere da sé solo al perfezionamento dell’operazione di bonifica costituzionale avviata presso la Consulta.

Non è agevole “pesare” o “misurare” il tasso di “normatività” insito in ciascuna decisione giudiziale, se cioè valga di più quella che si ha nell’atto iniziale di siffatta “catena” produttiva ovvero in quelli terminali. A conti fatti, credo che si debba guardare alle singole esperienze e che non vi sia perciò una regola buona per tutti i casi, *allgemeingültig*.

Oggi, poi, si assiste assai di frequente ad esperienze di giustizia costituzionale di cui invero anche in passato si è avuta traccia ma non, appunto, ai ritmi incalzanti del tempo presente e nelle forme vistose di cui esse si rivestono<sup>21</sup>. Ciò che maggiormente lascia perplessi e francamente inquieta è l’uso di tecniche decisorie diverse, persino alternative (quali le pronunzie di rigetto con monito e le pronunzie di accoglimento, segnatamente le additive di principio), in relazione a vicende non dissimili, tecniche peraltro – e questo ora più preme mettere in evidenza – piegate alla produzione di effetti talora analoghi, persino identici.

---

<sup>19</sup> In realtà, si fa da più d’uno notare che la discrezionalità del legislatore non sarebbe intaccata dalle additive di regola operate dal giudice comune, non essendo le regole stesse provviste di efficacia generale. La spiegazione, tuttavia, persuade solo fino ad un certo punto, dal momento che l’addizione stessa si ha pur sempre ed appare indicativa di un’anomala attività “sussidiaria” esercitata dal giudice in vece del legislatore. Si consideri, poi, che alle volte si è in presenza di pronunzie non isolate o, diciamo pure, eccentriche del singolo operatore di giustizia bensì espressive di un vero e proprio “diritto vivente” largamente diffuso e profondamente radicato nel terreno delle pratiche giurisdizionali.

Ora, riguardando al fenomeno da una prospettiva non formalista, che porta a mettere in evidenza i diversi effetti dei *singoli* atti (rispettivamente, del legislatore e del giudice costituzionale da un canto, del giudice comune dall’altro), ma da una sostanzialista, volta a cogliere il significato complessivo di un “indirizzo” giurisprudenziale, se ne ha che la distanza usualmente intravista tra gli atti stessi secondo la loro diversa efficacia viene ad accorciarsi sensibilmente, se non pure ad azzerarsi del tutto.

<sup>20</sup> Maggiori ragguagli possono, volendo, aversi dai miei *Esperienze di normazione ed esperienze 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”. Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, a cura di E. Malfatti - R. Romboli - E. Rossi, Giappichelli, Torino 2002, 521 ss., e *La giustizia costituzionale italiana tra finzione e realtà, ovvero tra esibizione della “diffusione” e vocazione all’“accentramento”*, in *Riv. dir. cost.*, 2007, 69 ss.

<sup>21</sup> Riferimenti, ora, in G. D’AMICO - D. TEGA, *1993-2013: la Corte costituzionale tra giurisdizione e politica*, in AA.VV., *Interpreti e interpretazioni della Costituzione nel periodo 1993/2013*, a cura di M. Cavino e S. Sicardi, di prossima pubblicazione per i tipi de Il Mulino, nonché, volendo, già, nel mio *Gli “effetti politici” delle sentenze della Corte costituzionale emesse in occasione dei giudizi sulle leggi*, in [Consulta OnLine](#), 12 giugno 2014.

Solo un paio di esempi per dare un minimo di concretezza al discorso che si va ora facendo (ma molti altri potrebbero nel medesimo verso addursi).

Si pensi, dunque, al caso, di cui a sent. n. 278 del 2013, che ha portato a dare appagamento al diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche<sup>22</sup> e lo si metta a confronto col caso, risolto con la decisione immediatamente successiva, la n. 279 del 2013, del sovraffollamento carcerario. Oppure si consideri il riconoscimento del diritto delle coppie composte da persone dello stesso sesso ad avere finalmente una disciplina normativa che, pur non consentendo loro l'auspicato accesso al matrimonio, offra un'adeguata protezione alle aspettative da esse intensamente nutrite, salvaguardando perciò la dignità di coloro che le compongono, ad oggi vilipesa (sent. n. 138 del 2010); e si metta a confronto questa decisione con quella, di cui a sent. n. 170 del 2014, relativa alla coppia di ex coniugi, divenuti ormai dello stesso sesso per effetto di trattamento chirurgico cui uno di essi si sia sottoposto, coppia ancora una volta bisognosa di specifica ed adeguata protezione, a motivo del "trascorso vissuto" – per riprendere l'espressione adoperata dallo stesso giudice costituzionale – che ha caratterizzato la loro peculiare vicenda.

Ebbene, il primo caso si è concluso – come si sa – con una additiva di principio; il secondo con una pronuncia d'inammissibilità, corredata da un vigoroso monito indirizzato al legislatore<sup>23</sup>. Nel terzo caso, ancora una volta, si è avuta una decisione di rigetto con monito; nell'ultimo, un'additiva di principio. In tutti, però, a me pare che, senza l'intervento del legislatore che appresti una disciplina congrua per ciascuno di essi, il diritto riconosciuto leso dalla mancanza della disciplina stessa non può trovare appagamento<sup>24</sup>.

Interrogarsi sulle ragioni di questo diverso trattamento per casi oggettivamente non dissimili richiederebbe uno spazio di cui qui non si dispone; con ogni probabilità, si tratta di plurime ragioni, legate alla peculiarità dei casi<sup>25</sup>. Certo, però, che non è casuale la circostanza per cui la più vistosa e colpevole inerzia del legislatore, espressiva di un ritardo culturale bisognoso di urgente rimedio, si riscontra proprio in relazione ai diritti di natura etico-sociale. Non è a caso, per fare ancora solo un altro esempio, se tarda a venire alla luce una disciplina organica su inizio e fine-vita, che ha obbligato i giudici tutti, quello costituzionale al pari di quelli comuni, ad una innaturale opera di "supplenza", alle volte spintasi fino al punto di tradursi in vere e proprie *sentenze-legge*<sup>26</sup>, come in occasione del caso Englaro<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> ... o, diciamo meglio, a che gli sia offerta l'*opportunità* di conoscerle. Un diritto alla conoscenza in ogni caso non potrebbe infatti aversi, restando altrimenti pregiudicato il diritto, parimenti meritevole, del genitore a conservare l'anonimato. Diciamo, dunque, che si ha il *diritto ad una possibilità*, concretata attraverso procedure idonee a salvaguardare entrambi i soggetti del rapporto.

<sup>23</sup> Una pronuncia che poi – si faccia caso – nella chiusa della sua parte motiva, preannuncia la sua possibile conversione in una futura decisione di accoglimento.

<sup>24</sup> Di altro avviso si è dichiarata una sensibile dottrina [B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), 15 giugno 2014], con specifico riferimento al caso deciso dalla sent. n. 170 del 2014, a cui opinione il matrimonio del transessuale non dovrebbe considerarsi subito sciolto, divenendolo solo una volta sopraggiunta la disciplina legislativa adottata in svolgimento del principio somministrato dalla Corte. Nessuna indicazione tuttavia si ha – né nel dispositivo né nella parte motiva della decisione *de qua* – che offra un avallo a siffatta ricostruzione, secondo quanto ora finisce col riconoscere anche chi si è decisamente schierato a favore del matrimonio tra persone dello stesso sesso [v., infatti, R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto" (quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice)*, in corso di stampa in *Foro it.*].

<sup>25</sup> È chiaro che far fronte al sovraffollamento carcerario con le misure giuste richiederebbe uno sforzo, oltre che giuridico, materiale ed economico, che non si ha al fine di riconoscere i diritti delle coppie omosessuali, un riconoscimento al quale evidentemente si oppongono "ragioni" diverse, espressive di una cultura non ancora giunta alla sua compiuta maturazione.

<sup>26</sup> ... in senso "normativo" (o materiale), quale dietro precisato, al di là della estensione degli effetti da tali decisioni prodotti.

<sup>27</sup> Su queste esperienze e, in genere, sulle questioni eticamente sensibili, per tutti, S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*; II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e R.

### 3. Legislatore e giudici, nel sistema dei vasi comunicanti, e il ruolo “erculeo” dai secondi esercitato

Il meccanismo che governa i rapporti tra legislatore e giudici ricorda da presso il sistema dei vasi comunicanti: man mano che si svuota l'un contenitore si riempie l'altro. E qui, con l'affermazione di sempre nuovi diritti<sup>28</sup>, specie per effetto dello sviluppo scientifico e tecnologico (oltre che grazie alla maturazione di una cultura, giuridica e non, volta a rivendicare spazi viepiù estesi a beneficio dell'autodeterminazione di singoli e gruppi), il contenitore in cui il legislatore immette i propri prodotti, fattosi appunto col tempo sempre più largo, è parso (e appare) sempre di più vuoto, comunque carente di elementi indispensabili, a fronte di quello in cui si dispongono i prodotti della giurisdizione.

Di qui, la sottolineatura del ruolo del giudice (come si diceva, sia comune che costituzionale), resa ancora più evidente e marcata dall'infittirsi dei vincoli provenienti *ab extra*, dalla Comunità internazionale e da organizzazioni sovranazionali (sopra tutte, l'Unione europea)<sup>29</sup>.

Un *giudice-Ercole* di dworkiniana memoria, quello che è oggi chiamato all'esercizio della giurisdizione, dunque?<sup>30</sup> Non saprei, francamente, dire se questa fortunata etichetta sia, o no, appropriata a descrivere l'impegno che quotidianamente attende l'operatore di giustizia; ciò che è certo è che quest'impegno è incomparabilmente più gravoso di quello di un tempo. Lo scrittoio del giudice di una volta poteva, infatti, essere di ridotte dimensioni, dovendo ospitare solo la Costituzione e i codici e le leggi nazionali; quello di oggi, invece, si presenta particolarmente esteso, dal momento che in esso trovano posto i

---

CONTI, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014. Numerosi e varî riferimenti sono ad esse stati fatti in occasione delle Giornate di studio su *Crisi dello stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, cit. (dello stesso S. AGOSTA, v., *ivi*, la relaz. dal titolo *Bioetica e dialogo intergiurisprudenziale: quali prospettive di tutela per i diritti?* Più in genere, su *I diritti senza legge*, v., sempre *ivi*, con questo titolo, la relaz. di A. MORELLI).

<sup>28</sup> Altra cosa è che siano davvero “nuovi” e non piuttosto la esplicitazione di diritti già racchiusi e *quodammodo* imprigionati dentro il “contenitore” costituzionale, dalle formidabili potenzialità espressive, dal quale siano quindi fatti uscire a forza, ora (e però raramente) dal legislatore ed ora (e perlopiù) dal giudice. Torna – come si vede – ad affacciarsi l'annosa questione circa il carattere “aperto” ovvero “chiuso” del catalogo costituzionale dei diritti, sulla quale tuttavia qui non è dato nuovamente d'intrattenersi. È, poi, persino banale rilevare che, per quanto formidabili, le potenzialità in discorso sono pur sempre, inevitabilmente, finite. Come si è tentato di mostrare altrove e qui pure si dirà per taluni aspetti, non rendono infatti un buon servizio alla Carta quanti si dichiarano dell'idea che essa dica *tutto su tutto*, ciò che a conti fatti rischia di convertirsi nel suo opposto, la Carta stessa finendo col dire unicamente ciò che ai suoi lettori (e, in specie, ai detentori del potere ed ai garanti) piace che dica. La sua *vis* prescrittiva, in tal modo, verrebbe a smarrirsi del tutto e, con essa, quella funzione, propria della Costituzione stessa, di dare un orientamento, se non pure un ordine, alle dinamiche politico-sociali in genere, cui si è sopra fatto cenno e della quale si dirà ancora a breve.

<sup>29</sup> Con specifico riferimento al ruolo del giudice comune nel presente contesto “multilivello”, una sua vigorosa sottolineatura è negli scritti, numerosi ed approfonditi, di R. CONTI, di cui mi limito qui a segnalare solo un paio di contributi di respiro monografico: v., dunque, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma, 2010, e *I giudici ed il biodiritto*, cit., e la relazione illustrata alle Giornate di studio su *Crisi dello stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, cit., dal titolo *Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”: in particolare, il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza dei giudici comuni*.

<sup>30</sup> Fa notare R. CONTI, *Alla ricerca degli anelli di una catena*, Introduzione alla sessione pomeridiana dei lavori del Convegno su *Diritti delle coppie omosessuali*, Brescia 26 settembre 2014, in *paper*, come a giudizio di molti vada diffondendosi l'idea “di un giudice sempre più Re, sempre più Salomone, sempre più arbitro di contese sulle quali l'altro invitato di pietra, il legislatore, non ha *potuto* o non ha *voluto* o non ha *saputo* scolpire, in anticipo rispetto ai fatti, regole con valore precettivo destinate ad operare per i casi futuri”. Di un giudice “antropologo” ha poi, di recente, discusso I. RUGGIU, *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, FrancoAngeli, Milano 2012. Cfr., infine, in argomento, R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine una prospettiva “quantistica”*, FrancoAngeli, Milano 2013.

numerosi (ed ogni giorno che passa crescenti) documenti normativi di origine esterna, tra i quali è la copiosa produzione di provenienza europea<sup>31</sup>. E, poiché qui il riferimento è specificamente fatto a quanto attiene alla salvaguardia dei diritti fondamentali, nelle sue “viventi” espressioni, esso principalmente vale per la giurisprudenza delle due Corti europee, per il tramite della quale la salvaguardia stessa ha modo di realizzarsi in una particolarmente significativa misura.

*3.1. I quattro fronti sui quali il giudice è simultaneamente impegnato: a) quello della interpretazione conforme, nelle sue plurime espressioni ed all'insegna della Grundnorm del conseguimento della maggior tutela dei diritti (e, in genere, degli interessi) costituzionalmente protetti*

Quattro i fronti sui quali il giudice è principalmente impegnato, chiamato a spostarsi di continuo dall'uno all'altro e di ripassare più volte dallo stesso punto, fintantoché non reputi di aver raggiunto la postazione giusta dalla quale far luogo a risposte complessivamente appaganti per coloro che gli fanno domande viepiù pressanti di giustizia.

Il primo è quello dell'interpretazione conforme: un fronte esso stesso “plurale”, che si apre cioè a più scenari, dal momento che – come si sa – l'interpretazione in parola è sollecitata simultaneamente a volgersi verso la Costituzione, il diritto internazionale, il diritto (ieri “comunitario” ed oggi) “eurounitario”<sup>32</sup>.

Per la verità, si discute se siffatti plurimi indirizzi del processo ermeneutico debbano prendere forma in tempi diversi e secondo una prefissata scala di priorità. L'ordine di priorità poi – per quanti in esso credono – è comunemente inteso in due modi, *temporale* e *normativo*. Così, ad es., secondo parte della dottrina e la giurisprudenza, la c.d. pregiudizialità “comunitaria” dovrebbe precedere quella costituzionale; la qual cosa farebbe pensare che l'interpretazione conforme alle norme dell'Unione debba venire prima dell'interpretazione conforme a Costituzione, malgrado le norme stesse si considerino comunque soggette all'osservanza dei principi fondamentali di diritto interno (i c.d. “controlimiti”, secondo la fortunata definizione datane da una indimenticata dottrina), ferma restando la loro attitudine a derogare alle “comuni” norme costituzionali.

Trattasi di un modo di vedere le cose che solleva non poche, gravi perplessità e che non sembra, ad ogni buon conto, sempre linearmente rispettato proprio da coloro che pure in esso si riconoscono. La stessa giurisprudenza, che – come pure è assai noto – qualifica la CEDU quale fonte “subcostituzionale”, in quanto tale tenuta a prestare osservanza all'intero dettato costituzionale (e non soltanto ai principi di base in esso sanciti), ha, in una recente e discussa occasione, dapprima dato a vedere di considerare prioritaria, comunque necessaria, la verifica della conformità della disciplina legislativa alla Convenzione rispetto alla Costituzione, per poi smentire siffatta impressione (in realtà, smentire... *se stessa*), accontentandosi di accertare la (non) compatibilità della disciplina in questione rispetto alla Carta costituzionale<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> L'immagine della scrivania è ora ripresa anche da A. SAITTA, *Il concetto di “noi” e di “altri” nella Costituzione e nella C.E.D.U.*, in [Consulta OnLine](#), 4 novembre 2014, § 4.

<sup>32</sup> Incontenibile ormai la letteratura in tema d'interpretazione conforme: indicazioni possono ora aversi da T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, nonché dai contributi al convegno di Rovigo del 15-16 maggio 2014 su *L'interpretazione conforme al diritto UE. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, i cui *Atti* sono prossimi a vedere la luce. Infine, R. COSIO, *L'interpretazione conforme nell'ordinamento complesso*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 20 giugno 2014.

<sup>33</sup> Mi riferisco, come si sarà capito, alla vicenda della fecondazione eterologa, il cui divieto, denunciato da alcuni giudici, ha, in un primo momento – ord. n. 150 del 2012 –, indotto la Consulta a restituire gli atti per una nuova

Quel che, ad ogni buon conto, è certo è che, secondo la comune opinione, si darebbe una ordinazione gerarchica tra i diversi tipi di interpretazione conforme, discendente dalla sistemazione parimenti gerarchica previamente data ai materiali normativi verso i quali l'interpretazione stessa si orienta. È vero che – come si accennava poc'anzi – la gerarchia, quanto ai rapporti col diritto eurounitario, resta circoscritta ai soli principi fondamentali, diversamente da ciò che si ha sul versante dei rapporti col diritto convenzionale (ed internazionale in genere<sup>34</sup>). Al piano però di esperienza della tutela dei diritti fondamentali, questo diverso regime scema fortemente di significato, sol che si pensi che la CEDU e le Carte dei diritti in genere *naturalmente* si confrontano, per la materia trattata e il modo della sua trattazione (a mezzo di enunciati espressivi di principi), con enunciati della Carta costituzionale aventi la medesima struttura nomologica e carica assiologica.

Ora, è proprio siffatta omogeneità strutturale, unitamente alla comune destinazione del riconoscimento di diritti fondamentali, che impedisce, a mia opinione, di stabilire alcun ordine di priorità tra i documenti normativi in parola. In fondo, lo riconosce la stessa giurisprudenza costituzionale – non saprei invero dire con quanta linearità rispetto alle premesse poste, di formale fattura ed espressive di una sistemazione di stampo gerarchico – nel momento in cui afferma<sup>35</sup> che le relazioni tra la CEDU e il diritto interno risultano governate dal canone della tutela più “intensa”, dovendosi appunto dare la precedenza alla fonte che meglio si presta ad assicurarla non soltanto (o, meglio, non tanto) al singolo diritto evocato in campo dal caso bensì all'intero sistema di diritti (e, ancora più largamente, interessi) costituzionalmente protetti<sup>36</sup>. Una precedenza che ha, a mia opinione, una duplice proiezione, valendo non solo al fine della selezione della norma (o, meglio, del sistema di norme) in grado di servire al meglio il caso, in ciascuna delle esigenze in esso emergenti e in tutte assieme, ma, prima ancora, a dare il giusto orientamento al processo interpretativo e, dunque, alla combinazione dei materiali normativi disponibili, ricostruiti nel loro retto significato alla luce appunto del canone suddetto, che in tal modo si rivela essere norma fondamentale dell'*interpretazione* e, di conseguenza, dell'*applicazione*.

La soluzione ora indicata è, poi, a mio modo di vedere, generalizzabile. D'altro canto, non si vede come possa predicarsi che debba esser tenuta ferma laddove si pongano a confronto norme convenzionali e norme interne, mentre possa essere tosto abbandonata laddove si raffrontino le seconde con norme di specie diverse (ad es., eurounitarie).

Il canone della tutela più “intensa” si pone dunque – come si è tentato di mostrare in altre sedi – quale l'autentica *Grundnorm* o il *Grundwert* delle relazioni internormative; e, proprio per ciò, esso non lascia fuori della portata del suo raggio di azione la stessa Costituzione. Solo infatti per un ingiustificato apriorismo potrebbe predicarsi l'operatività delle qualificazioni e delle conseguenti applicazioni discendenti dal canone stesso

valutazione della questione in conseguenza di una sopravveniente pronuncia della Corte EDU, mentre il giudizio finale, di cui alla sent. n. 162 del 2014, dopo che la questione stessa era stata riproposta, ha fatto esclusivamente capo al parametro costituzionale.

Non si tratta qui di tornare a discutere del modo con cui si fa (o dovrebbe farsi) in concreto uso della tecnica dell'assorbimento dei vizi; ci si chiede solo perché mai il giudice delle leggi non abbia fatto nel 2012 ciò che ha fatto due anni dopo, alimentando l'aspettativa, rivelatasi dunque fallace, di quanti hanno pensato che, senza il necessario riferimento alla giurisprudenza EDU, la questione della eterologa non avrebbe comunque potuto essere risolta.

<sup>34</sup> ... eccezione fatta – come pure è assai noto – delle norme generalmente riconosciute, esse pure provviste di forza “paracostituzionale”, nonché delle norme concordatarie, parimenti dotate di tale forza.

<sup>35</sup> ... con particolare vigore espressivo, in Corte cost. n. 317 del 2009, in termini quindi ripresi in molte altre decisioni.

<sup>36</sup> Particolarmente marcata nella più recente giurisprudenza costituzionale (da ultimo, v. ord. n. 223 e sent. n. 235 del 2014) la sottolineatura del bisogno di far luogo ad un utilizzo non frazionato dei diritti, nonché del necessario riferimento al sistema dei beni costituzionalmente protetti.

esclusivamente al piano delle relazioni tra Convenzione e legge, non pure a quello delle relazioni con la Costituzione: solo cioè a condizione di considerare quest'ultima perfetta in se stessa, immune da qualsivoglia pecca e priva della pur minuscola lacuna, potrebbe sottrarsi alla verifica del "grado" o del "livello" di tutela da essa apprestato ai diritti.

Di qui, una importante conseguenza, ad oggi assai poco apprezzata, come invece sarebbe opportuno, anche dalla più avveduta e sensibile dottrina, per ciò che attiene alla conformazione strutturale del c.d. "nucleo duro" della Costituzione ed alla sua effettiva attitudine a resistere a qualsivoglia attacco dovesse venirgli *ab extra*. I "controlimiti", infatti, si considerano dotati di una forza irresistibile, che appunto discende dall'assunto della loro perfezione, del loro essere in grado di apprestare la massima tutela possibile (ed anzi pensabile) ai bisogni più largamente ed intensamente avvertiti in seno alla comunità statale. Non a caso, essi infatti – secondo la comune opinione, fatta propria dalla giurisprudenza – si sottrarrebbero a bilanciamento con norme di origine esterna<sup>37</sup> e resisterebbero a qualsivoglia innovazione positiva, proprio perché nessuna innovazione è immaginabile a motivo della loro perfezione<sup>38</sup>.

La *Grundnorm* della tutela più "intensa", in ragione del caso, invece ci dimostra che nessun limite o "controlimite" può valere *in astratto, per sistema*. Solo le tavole consegnate da Dio a Mosè sul Sinai avevano (ed hanno) il dono della perfezione e, perciò, della eternità; nessuna legge umana però ne condivide né può dividerne la natura, altrimenti negherebbe la stessa "santità" di quelle.

Il vero è che – come mi sono sforzato di precisare meglio in altri luoghi – le Carte sono chiamate a giocarsi ogni volta, caso per caso, la partita alla pari, in una sana competizione al rialzo, a chi è in grado di offrire la "merce" migliore a beneficio dei bisogni elementari dell'uomo<sup>39</sup>. Una gara, dunque, aperta ad ogni possibile esito: a quello

---

<sup>37</sup> Va tuttavia osservato che la Corte parrebbe ora (sent. n. 238 del 2014) astrattamente ammettere che ad un qualche, pur "minimo" sacrificio i diritti fondamentali possono andare incontro all'impatto con norme internazionali; nella circostanza, ad ogni buon conto, la salvaguardia dei diritti stessi è stata assicurata in modo pieno [sulla vicenda, tra i molti commenti, v. P. PASSAGLIA, *Una sentenza (auspicabilmente) storica: la Corte limita l'immunità degli stati esteri dalla giurisdizione civile*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 28 ottobre 2014, e, pure *ivi*, P. FARAGUNA, *Corte costituzionale e corte internazionale di giustizia: il diritto alla penultima parola (sulla sentenza 238 del 2014)*, 30 ottobre 2014, e, dello stesso, *Corte costituzionale contro Corte internazionale di giustizia: i controlimiti in azione*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2 novembre 2014; F. FONTANELLI, *I know it's wrong but I just can't do right. First impressions on judgment no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it), 28 ottobre 2014; L. GRADONI, *Corte Costituzionale italiana e Corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile*, in [www.sidi-isil.org](http://www.sidi-isil.org), 27 ottobre 2014, e, dello stesso, *Corte costituzionale italiana "controvento" sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 17 novembre 2014; P. DE SENA, *Spunti di riflessione sulla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale*, 30 ottobre 2014, in [www.sidi-isil.org](http://www.sidi-isil.org), e, pure *ivi*, dello stesso, *Norme internazionali generali e principi costituzionali fondamentali, fra giudice costituzionale e giudice comune (ancora sulla sentenza 238/2014)*, 17 novembre 2014; A. GUAZZAROTTI, *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 5 novembre 2014, e, pure *ivi*, S. LIETO, *Il paradosso della ricognizione delle consuetudini internazionali. Note minime a Corte cost. n. 238 del 2014*, 6 novembre 2014, e, della stessa, ancora *ivi*, *Sul dispositivo della sentenza n. 238 del 2014: una soluzione preordinata ad accentrare il sindacato sulle consuetudini internazionali presso Palazzo della Consulta*, 13 novembre 2014; R. DICKMANN, *Il "Diritto al giudice" di cui all'art. 24 Cost. come principio supremo e limite al diritto internazionale generalmente riconosciuto (Nota a Corte cost., sent. n. 238 del 22 ottobre 2014)*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 24/2014. Infine, volendo, anche il mio *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in [Consulta OnLine](http://ConsultaOnLine), 17 novembre 2014].

<sup>38</sup> Questa tesi, a mia opinione, richiede un complessivo, critico ripensamento, del quale tuttavia – com'è chiaro – è altra la sede. Mi limito solo qui a rilevare di passaggio, in linea con le osservazioni appena svolte, che non vedo cosa mai osti a che possa imitarsi ciò che si considera esser detto ancora meglio in altre Carte, apportando dunque le opportune innovazioni agli stessi enunciati costituzionali espressivi di principi fondamentali, proprio al fine di una loro accresciuta valorizzazione e salvaguardia.

<sup>39</sup> Nulla, dunque, si oppone a che, in una vicenda data, la nostra Carta (per bocca della Corte che se ne fa garante) riesca ad innalzare il livello della tutela rispetto a quello apprestato da altra Carta (e Corte). Possiamo (e

governato dalla “logica” dell’*aut-aut*, che porta alla dolorosa scelta di dover far luogo all’applicazione di una Carta al posto dell’altra o delle altre<sup>40</sup>, ovvero all’altro, più fecondo e foriero di benefici effetti, della congiunta applicazione di tutte le Carte in campo, reciprocamente integrate e persino immedesimate nei fatti interpretativi<sup>41</sup>.

La reciproca integrazione rende *per tabulas* testimonianza del fatto che, al piano delle esperienze riguardanti la salvaguardia dei diritti, l’interpretazione o è *circolarmente* conforme oppure semplicemente non è<sup>42</sup>.

### 3.2. b) come si “pesa” o “misura” la tutela da questa o quella Carta apprestata ai diritti?

Di qui, poi, l’ulteriore conferma di quanto impegnativo sia il lavoro che il giudice è chiamato a svolgere sul secondo fronte, quello cioè dell’apprezzamento del grado della tutela rispettivamente offerta dalla Carta costituzionale e dalle altre Carte. Come si “pesa” o “misura” la tutela in parola? Quale ne è o ne sono i criteri o parametri qualificatori?

È chiaro che il giudizio varia in ragione dei casi, i quali perciò possono indurre (ed effettivamente inducono) ad intraprendere vie diverse e pervenire, di conseguenza, ad esiti ricostruttivi parimenti diversi. Deve tuttavia darsi pur sempre un orientamento nell’analisi degli elementi costitutivi del caso, vale a dire nell’esame della struttura della “questione” sottoposta al giudice, nella complessità dei materiali (normativi e fattuali) di cui si compone<sup>43</sup>. E quest’orientamento, a mia opinione, non può che essere di natura assiologico-sostanziale, così come assiologico-sostanziale è il terreno sul quale la verifica si impianta e svolge. Il criterio della miglior tutela rimanda infatti ad un raffronto non già tra *fonti*, in ragione della forma di cui si rivestono e della loro provenienza, bensì tra *norme* (o, meglio, tra le fonti stesse ma in quanto produttive di certe norme), delle quali si tratta appunto di apprezzare la “qualità”, la “pregevolezza”, come ho ritenuto di chiamarla già nel

---

dobbiamo), però, immaginare anche il caso inverso: di norma “vivente” di origine esterna che, seppur incompatibile con questo o quel principio fondamentale, tuttavia serva ancora meglio i principi stessi nel loro fare “sistema” e, perciò, in buona sostanza, porti ad una più efficace salvaguardia di quella che ho altrove qualificato essere la “coppia assiologica fondamentale”, costituita da libertà ed eguaglianza, nelle loro mutue ed inscindibili implicazioni (su di che, sopra tutti, G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009; v., inoltre, ora, L. VENTURA, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Giappichelli, Torino 2014, spec. 122 ss.), e, in ultima istanza, dignità. Come si vede, alle volte, non è già rinchiudendosi in modo autoreferenziale in se stessa bensì dando spazio ad altre Carte che la Costituzione riesce ad affermarsi *magis ut valeat* (ma v. gli ulteriori svolgimenti che subito seguono nel testo).

<sup>40</sup> Una “logica” che giudico perdente ma che è pur sempre da mettere in conto, per remote che siano poi le occasioni in cui possa aver modo di farsi valere.

<sup>41</sup> ... secondo quanto, peraltro, è stato auspicato dalla stessa Corte costituzionale, già a partire dalla sent. n. 388 del 1999, seppur in quadro ricostruttivo complessivamente non esente da vistose oscillazioni di qualificazione teorica. Proprio nella importante decisione ora richiamata, infatti, se, per un verso, si rileva il bisogno della mutua integrazione delle Carte per il tramite dell’interpretazione, per un altro verso però si seguita a rivendicare il primato, culturale ancora prima che positivo, della Costituzione sulle Carte restanti (si dice, infatti, che le Carte in parola “*si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione*”; allo stesso tempo, poco prima risolutamente si afferma che “i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall’Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione”. Mie, ovviamente, le sottolineature).

<sup>42</sup> Ho molte volte insistito sul punto, che giudico di cruciale rilievo: ad es., in *L’interpretazione conforme e la ricerca del “sistema di sistemi” come problema*, in AA.VV., *L’interpretazione conforme al diritto UE*, cit., ed ora anche in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 2/2014.

<sup>43</sup> Con specifico riguardo alle questioni di costituzionalità, indicazioni in merito agli elementi, normativi e fattuali, che le compongono possono aversi da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*<sup>5</sup>, Giappichelli, Torino 2014, 75 ss.

mio primo scritto di respiro monografico<sup>44</sup>. E la qualità, a sua volta, rimanda ai valori, all'intera tavola dei valori nel loro fare sistema.

Ecco perché – come mi affanno a dire da tempo –, persino nell'ipotesi remota che la Costituzione dovesse cedere il passo, in una vicenda processuale data, ad altra Carta dall'operatore giudicata ancora più conducente della prima al fine della garanzia della miglior tutela, ugualmente la Costituzione stessa si affermerebbe pur sempre al meglio di sé. Solo una Costituzione in punto di principio considerata “parziale” (e non “totale”), imperfetta e non perfetta, può realizzarsi in modo autenticamente... *pieno*, assicurando in tal modo ai suoi valori fondamentali di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità), nel loro fare sistema coi valori restanti, il miglior servizio e presidio possibile. Ed ecco, dunque, perché – se ci si pensa – la Costituzione non si fa *mai*, davvero, interamente da parte: recede, sì, per l'ipotesi ora ragionata, ma solo in vista dei benefici che possono aversene per i *suoi* valori suddetti.

Su questo fronte l'impegno che il giudice ha da affrontare è, ad ogni buon conto, micidiale.

La dottrina dei “controlimiti” infatti sollecita l'operatore a percorrere la via in un solo senso di marcia, dovendosi porre alla ricerca dei *sol*i principi fondamentali dell'ordine interno e verificarne l'osservanza da parte delle norme di origine esterna<sup>45</sup>.

La tesi qui nuovamente patrocinata invece obbliga ad un doppio percorso, in entrambi i versi, e perciò alla ricerca dei principi di base di questo o quell'ordinamento e, dunque, della norma (o, meglio, del *sistema di norme*) su cui possa appuntarsi, di volta in volta, la miglior tutela. Ed è proprio in siffatto duplice verso che prende gradatamente forma, attraverso la mutua integrazione dei materiali normativi (laddove si renda possibile, come a me pare il più delle volte accada), un “*insieme*” *normativo composito*, fatto appunto di elementi di origine interna e di altri di origine esterna, al quale l'operatore fa capo in vista della risoluzione della questione sottopostagli.

Qui tuttavia le cose si complicano non poco. Già, infatti, a porsi da un solo angolo visuale (ad es., da quello del nostro ordinamento), è assai disagiata – come si è veduto – cogliere l'essenza dei principi fondamentali e stabilirne la tenuta a fronte di eventuali (specie se abilmente mascherati) attacchi ad essi portati sia dall'interno che dall'esterno.

---

<sup>44</sup> Mi si consenta qui un richiamo al mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977, spec. 240 ss. Alla “qualità” delle leggi, poi, ma diversamente intesa, usualmente si guarda da una prospettiva e per finalità ricostruttive diverse da quelle di qui, con specifica attenzione alle tecniche di redazione dei testi normativi (per tutti ed anche per ulteriori riferimenti, P. TORRETTA, *Qualità della legge e informazione parlamentare. Contributo allo studio dell'indagine conoscitiva nel procedimento legislativo*, ESI, Napoli 2007, ed E. ALBANESI, *Teoria e tecnica legislativa nel sistema costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2013).

<sup>45</sup> Una ricerca ed una verifica, comunque, assai meno scontate, nell'itinerario e negli esiti, di come siano usualmente viste. Quali siano infatti i principi fondamentali è cosa non poco disagiata da stabilire, così come lo è poi riconoscere le disposizioni della stessa Carta o di fonti a questa sottostanti che, seppur inespressive di principi, ugualmente di essi riflettono l'immagine, nel senso che la loro eventuale rimozione ridonderebbe automaticamente in incisione di quelli, da cui dunque ricevono “copertura”. Una sola cosa sembra essere sicura, rimandando quindi per gli ulteriori, necessari approfondimenti ad altri luoghi a ciò specificamente dedicati; ed è che occorre metodicamente tenersi distanti dai due corni estremi di un'alternativa soffocante: tanto dall'ammettere quanto dall'escludere che *ogni* disposizione, in modo più o meno indiretto e mediato, si ponga pur sempre quale specificazione-attuazione dei principi. L'una ipotesi ricostruttiva porterebbe infatti diritto ad ingessare o pietrificare l'intero ordinamento, specie a seguire la tesi, dietro accennata, riguardante i limiti della revisione costituzionale che, spinta fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti, per questa ipotesi determinerebbe un irrigidimento esasperato, insopportabile, dell'intero ordine costituzionale (e, discendendo, del sistema normativo dallo stesso derivato). L'altra ipotesi, di contro, abbandonerebbe i principi alla mercé di un legislatore appena smalzato che, mirando ad abbattere i principi stessi, ne potrebbe devitalizzare la *vis* prescrittiva, col fatto stesso di muovere loro un attacco irresistibile per via traversa, rimuovendo cioè le statuizioni che, nella stessa Carta costituzionale o in atti subordinati, vi diano diretta ed immediata attuazione. Disporsi a mezza via, in misura equidistante dai corni suddetti, è cosa facile a dirsi quanto, però, estremamente complessa da fare. In ultima istanza, come sempre, soccorre il metro della ragionevolezza, assiologicamente qualificata.

Se, invece, si tratta di apprezzare i principi di base di più ordinamenti o sistemi di norme<sup>46</sup> posti a raffronto, nell'intento di stabilire dove si appunti la miglior tutela, è giocoforza adottare allo stesso tempo più angoli visuali. La qual cosa, in buona sostanza, equivale ad un raffronto tra "diritti viventi", per come cioè essi prendono forma attraverso la giurisprudenza di questa o quella Corte<sup>47</sup>. Un raffronto che, tuttavia, può portare ad esiti diversi, persino opposti, laddove si faccia riferimento ad indirizzi giurisprudenziali non pienamente, armonicamente sovrapponibili o, come che sia, convergenti. D'altro canto, il "dialogo" tra le Corti – come si è tentato di mettere in chiaro in altri luoghi – non presuppone di certo l'obbligo delle Corti stesse di pensarla alla stessa maniera. Una cosa è parlare la medesima lingua, sì da intendersi e potersi persuadere a vicenda col ragionamento pacato e non inquinato da preorientamenti di stampo nazionalistico<sup>48</sup>; altra cosa – com'è chiaro – pervenire alla identica meta.

Eppure, tutto ciò posto, nessun operatore, che intenda assolvere i compiti affidatigli al meglio delle proprie capacità e con onestà di intenti e di modi, può sfuggire alla domanda, che pure molte volte può metterlo in croce, circa il "luogo" positivo in cui si situa la miglior tutela. Deve chiederselo il giudice sovranazionale, perché è proprio dalla risposta data, che si avrà (o non si avrà) l'entrata in campo della CEDU o della Carta di Nizza-Strasburgo, entrambe espressamente ritagliando per sé un ruolo meramente "sussidiario" rispetto alle garanzie offerte in ambito interno, dichiarando cioè di poter (e dover) valere unicamente laddove queste ultime si dimostrino essere meno appaganti di quelle risultanti dalle Carte suddette. E deve chiederselo anche il giudice nazionale (in prima battuta, quello comune e, in seconda ed eventualmente, quello costituzionale), giusta la lettura sopra proposta che vede il principio dell'apertura al diritto di origine esterna operare a fisarmonica ed in funzione servente nei riguardi dei valori di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità), dandosi pertanto ingresso alle sole norme di origine esterna che appaiano essere maggiormente conducenti di quelle interne all'ottimale appagamento dei valori suddetti.

---

<sup>46</sup> La diversa dizione si spiega col fatto che – ad opinione (che non condivido) della nostra giurisprudenza – le norme CEDU non comporrebbero un "ordinamento" giuridico (nell'accezione istituzionale, di stampo romaniano, che si reputa esser fatta esclusivamente propria dall'art. 11 cost.) bensì, appunto, un mero "sistema" giuridico.

Lo scopo è palese: evitare che anche alla CEDU debba riconoscersi l'attitudine ad essere portata ad immediata applicazione, attitudine che sarebbe dunque propria delle sole norme dell'Unione. Si dimentica, però, così che essa non discende dall'art. 11, che nulla dice a riguardo delle tecniche decisorie per il cui tramite prendono corpo le limitazioni di sovranità, ma dallo stesso trattato eurounitario, che la riconosce ed impone. Altra cosa è poi vedere se anche alla CEDU l'attitudine stessa possa essere riconosciuta, *per ragioni diverse* (ma di ciò, più avanti).

<sup>47</sup> Non si trascuri poi che la domanda circa la sede istituzionale in cui in modo elettivo, seppur non esclusivo, prende forma il "diritto vivente" evoca in campo questioni di estremo impegno teorico, specie con riferimento agli ordinamenti nei quali, per risalente e tuttora solida tradizione, si reputa non sussistere il vincolo del precedente giudiziario. È persino banale dover qui rammentare che lo stesso diritto costituzionale, nelle sue "viventi" e più salienti espressioni, non si riduce unicamente a quello predicato dal giudice costituzionale, sol perché, da noi come altrove, si dà un meccanismo "accentrato" di giudizio sulle leggi (peraltro, integrato da elementi assai significativi e crescenti di "diffusione"). Presa alla lettera, quest'affermazione porterebbe infatti ad escludere un potere di qualsivoglia giudice diverso da quello costituzionale d'interpretare la Costituzione, di farla "vivere" appunto, seppur talora discostandosi dalle interpretazioni datene dal giudice costituzionale; cosa che, perlomeno con riguardo alle pronunzie di rigetto, si considera peraltro da noi fattibile (ma il punto meriterebbe tutta una serie di precisazioni teoriche che non possono trovare qui posto). Che dire, allora, dei casi in cui si fa applicazione diretta della Carta, magari apprestando soluzioni interpretative originali, non allineate a quelle della Corte costituzionale? E di quelli in cui il giudice chiude subito la partita senza rivolgersi al tribunale costituzionale? La Costituzione "vive" solo quando vi dà voce il giudice costituzionale, sciogliendo i dubbi che gli sono posti? E quando dubbi non se ne hanno? E che dire ancora degli altri casi in cui il giudice comune dà originale svolgimento ed attuazione (in senso stretto) ai principi somministrati dalle pronunzie additive della Corte? E così via.

<sup>48</sup> Un vizio, questo, nel quale incappa non di rado lo stesso giudice sovranazionale: ne dà emblematica testimonianza l'irrigidimento in ordine all'affermazione del principio del primato del diritto eurounitario sul diritto interno, quale ad es. risulta da *Melloni*.

Si vedrà poi a breve quali possano essere le tecniche decisorie maggiormente proficue allo svolgimento del “dialogo” suddetto, al suo fruttuoso radicamento ed alla crescita rigogliosa presso ciascun ordinamento.

### 3.3. c) *la complessa e non di rado sofferta ricerca del “sistema di sistemi”*

È, dunque, in occasione della ricerca della miglior tutela che prende forma quello che si è altrove chiamato il “sistema di sistemi”<sup>49</sup>. Dopo quello dell’interpretazione conforme e l’altro del raffronto tra i “nuclei duri” – se così vogliamo seguirli a chiamarli, volendoci riferire ai principi, di origine tanto interna quanto esterna –, questo della ricerca del “sistema di sistemi” è il terzo fronte sul quale si svolge il quotidiano, operoso ma anche non poco gravoso, impegno del giudice.

Il “sistema” in parola è a doppio titolo complesso.

Lo è una prima volta, dal momento che – come si è poc’anzi rammentato – il giudice deve volgere a un tempo lo sguardo non solo al singolo diritto o bene della vita del quale si invoca tutela ma all’intero insieme di beni bisognosi di protezione, nel loro fare “sistema” appunto, beni che perciò richiedono di essere sottoposti a delicate e non di rado sofferte operazioni di reciproco bilanciamento. Lo è, poi, una seconda volta, dal momento che il bilanciamento stesso non si perfeziona rinchiudendosi insensatamente e senza costruito entro le sole mura domestiche bensì proiettandosi al piano delle relazioni interordinamentali (o intersistemiche), al quale soltanto può quindi avere il suo naturale compimento, il finale ricetta<sup>50</sup>.

Il sistema – si scopre così – è, infatti, per sua naturale ed irriducibile vocazione... *intersistemico*, esattamente così come la Costituzione è una... *intercostituzione*<sup>51</sup>, nella struttura dell’uno e dell’altra immettendosi materiali provenienti *ab extra*, a mezzo dei quali essi si rigenerano semanticamente senza sosta, riconformandosi nella loro stessa struttura e dotandosi del potenziale assiologico-normativo idoneo a dare l’ottimale – alle condizioni oggettive di contesto – appagamento ai diritti e, in genere, agli interessi costituzionalmente protetti.

È il carattere dinamico e circolare del percorso compiuto dall’operatore che ne aggrava ed affatica il compito, reso peraltro ancora più disagiata dalla varietà e non di rado opacità concettuale dei materiali bisognosi di sistemazione, secondo quanto è proprio del “diritto vivente” riguardante i diritti di natura etico-sociale: un diritto segnato da svolgimenti giurisprudenziali non sempre lineari ed alle volte, anzi, scopertamente

---

<sup>49</sup> Indicazioni sul punto nel mio *L’interpretazione conforme e la ricerca del “sistema di sistemi” come problema*, cit.

<sup>50</sup> Di qui il ricorso, necessario e di cruciale e crescente rilievo, allo strumento della comparazione, del quale tutti gli operatori, pur nella diversità dei ruoli, devono avvalersi, trandone profitto in occasione dello svolgimenti delle loro attività istituzionali: una comparazione non solo “verticale”, tra i materiali normativi e giurisprudenziali dislocati a “livelli” diversi, ma anche “orizzontale”, tra i materiali offerti dagli ordinamenti nazionali, specie al fine della ricognizione di quelle “tradizioni costituzionali comuni” che – come si sa – entrano a comporre i principi di struttura dell’ordinamento dell’Unione europea ed alle quali la stessa CEDU, nel suo farsi “diritto vivente”, attinge in vista della sua ottimale, incessante rigenerazione semantica.

<sup>51</sup> ... nel senso che si è tentato di illustrare in più scritti, a partire da *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2/2001, 544 ss. In argomento, v., ora, A. GUSMAI, *Il valore normativo dell’attività interpretativo-applicativa del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2014, spec. al § 4; L. D’ANDREA, *Brevi riflessioni su governance globale e costituzionalismo interlivello*, in [Consulta OnLine](http://Consulta.OnLine), 6 ottobre 2014, e, in prospettiva comparata, M. CARDUCCI - V. DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Teoria tridimensional das integrações supranacionais. Uma análise comparativa dos sistemas e modelos de integração da Europa e América Latina*, Forense, Rio de Janeiro 2014, spec. il cap. I.

contraddittori, comunque oscillanti, in modo sofferto protesi alla ricerca di un assetto dotato di una pur relativa stabilità ed interna chiarezza ad oggi tuttavia non raggiunto.

3.4. d) *a chi ed a mezzo di quali tecniche decisorie spetta risolvere i conflitti tra sistemi?*

Il quarto fronte è quello delle tecniche decisorie. Essenzialmente, si tratta di stabilire come si affrontano i casi di conflitto ed a chi e come compete risolverli.

Ho già detto che, a motivo della larghezza della struttura nomologica degli enunciati delle Carte, il caso del loro scoperto contrasto dovrebbe essere l'eccezione, non la norma. Gli svolgimenti concreti della giurisprudenza, ai plurimi livelli ai quali prende forma, tuttavia dimostra che questa evenienza non può essere del tutto scartata, per quanto molte volte sia abilmente camuffata dagli stessi operatori che ora sono portati a negare del tutto l'esistenza dei reciproci contrasti ed ora comunque ne smussano le maggiori asprezze e tendono dunque a ridimensionarne portata ed effetti.

Sul versante dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU, lungo il quale negli anni a noi più vicini sono venute crescendo le occasioni di attrito (una delle più emblematiche delle quali è stata data dalla nota, vessata e ad oggi non conclusa vicenda delle leggi d'interpretazione autentica, cui si è sopra fatto cenno), sono state messe a punto dalla prima Corte tecniche difensive particolarmente raffinate e duttili<sup>52</sup>, sì da adattarsi alla specificità dei casi, nel mentre la seconda ha col tempo fatto frequente ricorso alla tecnica dello *stop and go*, ora spingendosi in avanti alla conquista dei territori nazionali, mostrando un volto grintoso ed "aggressivo"<sup>53</sup>, ed ora invece prudentemente arretrando (ma pur sempre e solo fino ad un certo punto), specie avvalendosi dell'arma assai efficace del "consenso"<sup>54</sup>.

Quanto alle une tecniche, si segnala qui, ancora una volta, il fatto che – a dire della nostra Corte – l'obbligo d'interpretazione delle leggi in senso conforme a Convenzione resta circoscritto alla sola "sostanza" della giurisprudenza della Corte EDU, non pure a quest'ultima in ogni sua parte. È un'affermazione di cruciale rilievo perché dà modo al giudice nazionale (non solo, ovviamente, a quello costituzionale ma anche, e prima ancora, a quello comune) di far luogo a selezioni anche corpose della giurisprudenza europea, sì da agevolarsi la sua convergenza (se non proprio l'immedesimazione) con quella nazionale.

---

<sup>52</sup> ... la cui illustrazione può, volendo, vedersi nel mio "Dialogo" tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 24/2013.

<sup>53</sup> Questa cruda e franca espressione trovasi in O. POLLICINO, che vi ha fatto ricorso più volte (ad es., in *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, 1 ss., e spec. *La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo l'allargamento del Consiglio D'Europa ad Est: forse più di qualcosa è cambiato*, in AA.VV., *Le scommesse dell'Europa. Diritti, Istituzioni, Politiche*, a cura di G. Bronzini - F. Guarriello - V. Piccone, Ediesse, Roma 2009, 101 ss., e, *amplius*, in *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010).

<sup>54</sup> ... la quale, nondimeno, si presenta come *double face*, valendo a rendere testimonianza ora di arretramento ed ora però di penetrazione negli ambiti nazionali [riferimenti a riguardo dei modi (non sempre per vero lineari) con cui la dottrina in parola ha preso forma nella giurisprudenza europea sono in R. CONTI, *Convergenze (inconsapevoli o ... naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, in *Corr. giur.*, 4/2011, 579 ss. e, dello stesso, *Il diritto alla vita nella giurisprudenza delle Alte Corti*, in *Pol. dir.*, 4/2012, 555 ss., nonché, più di recente, *I giudici ed il biodiritto*, cit., spec. 214 ss., e, ora, *Alla ricerca degli anelli di una catena*, cit.; inoltre, G. RAIMONDI, *La controversa nozione di Consensus e le recenti tendenze della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in riferimento agli articoli 8-11 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 11 gennaio 2013].

Non importa ora interrogarsi nuovamente sul fondamento e sullo stesso significato della delimitazione in parola, ad oggi non chiarita nei suoi effettivi contorni dal giudice delle leggi (tanto più se la si pone a raffronto con l'incondizionata osservanza invece richiesta in relazione alle norme eurounitarie<sup>55</sup>); ed è da pensare che difficilmente ciò si avrà in seguito, non avendosi la convenienza ad irrigidire termini teorici che è più prudente lasciare fluidi ed indeterminati, sì da piegarli alle più varie contingenze. Sta di fatto che è proprio grazie alla tecnica in parola che la Consulta si è riservata una via di fuga, specie in relazione ai casi in cui il *pressing* da Strasburgo dovesse dimostrarsi davvero insopportabile.

Dal canto suo, il giudice europeo dà mostra di voler fare un uso della dottrina del "consenso" – dobbiamo, ancora una volta, dire – a fisarmonica, sì da modulare i suoi interventi, specie con riguardo ai diritti etico-sociali, e renderli ora più ed ora meno penetranti in ambito nazionale.

Alcune delle vicende alle quali si è già fatto riferimento – come per ciò che attiene alla condizione delle coppie di omosessuali che aspirino al riconoscimento dello *status* di coniugati *pleno iure* o alla fecondazione medicalmente assistita – sono indicative di una giurisprudenza, sì, innovativa ma allo stesso tempo assai cauta, rispettosa delle specifiche "tradizioni costituzionali" nazionali, magari in quanto non ancora effettivamente "comuni". Di contro, altre vicende – come a riguardo del sovraffollamento carcerario e della conseguente condizione di mortificazione della dignità dei detenuti o del diritto del figlio a che gli sia offerta l'opportunità di conoscere le proprie origini biologiche – denotano l'intento del giudice europeo volto ad esprimere un condizionamento forte a carico delle autorità nazionali, in linea pertanto con una lettura parimenti avanzata ed incisiva della Convenzione<sup>56</sup>.

Il canone della tutela più intensa – come si vede dagli esempi appena fatti e da molti altri che potrebbero farsi nel medesimo senso – sembra tradursi, nel vivo delle esperienze nel corso delle quali se ne ha riscontro, in manifestazioni assai varie per forma e sostanza, restando la partita ad ogni buon conto sempre aperta a plurimi esiti, a seconda della posta in palio, del contesto in cui la partita stessa si gioca, dei protagonisti della stessa e di quant'altro insomma fa ed incessantemente rinnova la singola "questione" relativa ai diritti.

#### *4. Il bisogno di ripensare a fondo alle tecniche decisorie in atto esistenti e di far luogo alla invenzione di nuove tecniche, caratterizzate da duttilità di struttura ed agilità di movenze, sì da favorire un sempre più intenso e fecondo "dialogo" tra le Corti*

In un quadro siffatto, occorre a mio modo di vedere ripensare a fondo proprio alle tecniche decisorie, "inventarne" di nuove e rendere viepiù malleabili quelle in atto disponibili, sì da favorire il "dialogo" intergiurisprudenziale e non già portare a sue torsioni, frutto di irrigidimenti da parte dei protagonisti istituzionali di queste vicende, che finirebbero col dar vita – come, invero, talvolta si è avuto (e si ha) –, anziché ad un fecondo scambio

---

<sup>55</sup> ... nondimeno, però, come si è venuti dicendo, "filtrata" per il tramite (ed alla luce) del canone della tutela più intensa.

<sup>56</sup> Dell'apporto dato dalle "tradizioni costituzionali comuni" alla tutela dei diritti si discute, con varietà di ricostruzioni, da tempo: un interessante confronto di punti di vista non coincidenti si è avuto in occasione delle Giornate su *Crisi dello stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, cit., ed *ivi*, part., dalle due relazioni speculari di O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovvero la influenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, e G. D'IGNAZIO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "discendente", ovvero la influenza esercitata dalla giurisprudenza "eurounitaria" nella giurisprudenza nazionale a tutela dei diritti*.

di idee, ad un doppio (o plurimo, a seconda del numero delle Corti in campo) monologo tra parlanti che non sono in grado di comunicare a vicenda.

Indico qui tre percorsi a mia opinione con profitto battibili, in attesa che altri possano rendersi allo scopo servibili<sup>57</sup>.

4.1. *I tre percorsi allo scopo proficuamente battibili: a) avuto riguardo alle forme del giuridico rilievo in ambito interno della CEDU (e, segnatamente, della sua possibile applicazione diretta da parte dei giudici, specie laddove si tratti di stabilire dove si situi la miglior tutela)*

Il primo percorso riguarda specificamente le forme del giuridico rilievo della CEDU in ambito interno.

A mia opinione (e contrariamente all'avviso al riguardo – come si sa – manifestato dalla Corte costituzionale), conviene riconoscere ai giudici comuni il potere-dovere di applicazione diretta della Convenzione, non già però – come alcuni vorrebbero – incondizionatamente bensì unicamente al ricorrere di talune circostanze. Se n'è detto in altre sedi e non giova perciò qui far luogo ad inutili ripetizioni<sup>58</sup>.

Mi limito dunque solo ad enunciare, senza argomentare, i casi che possono portare a quest'esito: a) la sostanziale coincidenza tra norma della Convenzione e norma della Carta di Nizza-Strasburgo suscettibile d'immediata applicazione; b) la mancanza di una disciplina legislativa che, così come giustifica l'applicazione diretta della Costituzione, ad uguale (se non addirittura maggiore<sup>59</sup>) titolo può portare all'applicazione diretta della Convenzione (o di altra Carta); c) l'esistenza di un conflitto tra norma interna e norma convenzionale sopravveniente, sì da potersi ragionare dell'avvenuta abrogazione della prima ad opera della seconda; soprattutto, d) l'esclusione di un'antinomia in senso ristretto e proprio laddove si tratti di stabilire dove si situi la più intensa tutela, se nella Convenzione ovvero in norma interna (legislativa o costituzionale). Laddove infatti, nella circostanza *de qua*, dovesse ragionarsi non già di un vero e proprio "conflitto" bensì di una mera diversità di tutele, graduate e perciò idonee a disporsi a diverse "altezze" lungo lo stesso verso, sarebbe in partenza preclusa la via che porta la questione alla cognizione del giudice delle leggi, che è – come sappiamo – giudice dei potenziali conflitti (tra legge e Convenzione ovvero tra quest'ultima e Costituzione), non già dei "non conflitti", ovverosia è giudice delle questioni di costituzionalità, non pure di quelle di mera interpretazione.

Credo che soprattutto quest'ultima via, per il solo fatto di escludere l'esistenza del conflitto, potrebbe dare una spinta vigorosa all'ulteriore infittirsi del "dialogo" intergiurisprudenziale, scaricando per altro verso la Corte costituzionale dell'onere di doversi direttamente confrontare (e, se del caso, scontrare) col giudice europeo.

---

<sup>57</sup> Penso ora soprattutto alla eventuale disciplina, di cui si è a più riprese e variamente discusso, dei rapporti tra i tribunali costituzionali e le Corti europee, ancorché in misura assai circoscritta, sì da dar modo alle Corti stesse di mettere opportunamente a punto i rapporti stessi per via giurisprudenziale, a seconda dei casi: dunque, quella qui auspicata una disciplina essenzialmente *per principia*, bisognosa di essere quindi seguita da "regole" che – come sempre – a conti fatti risulteranno da... *regolarità* giurisprudenziali.

<sup>58</sup> Se si vuole, in argomento possono consultarsi i miei *Applicazioni e disapplicazioni dirette della CEDU (lineamenti di un "modello" internamente composito)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), e *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento "intercostituzionale"*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2013, spec. al § 2.

<sup>59</sup> Non si dimentichi, infatti, che in una congiuntura siffatta, a rigore, una disciplina legislativa c'è pur sempre ed è appunto data dall'atto che ha reso esecutivo la CEDU in ambito interno (argomento, ovviamente, riferibile altresì a Carte diverse dalla Convenzione).

#### 4.2. b) *l'infittirsi del "dialogo" intergiurisprudenziale (anche tra le Corti europee) a seguito dell'entrata in vigore del prot. 16 annesso alla CEDU*

Il secondo percorso si intreccia con quello che direttamente collega i giudici di Lussemburgo e Strasburgo. Soprattutto a seguito dell'entrata in vigore del prot. 16 annesso alla CEDU (per non dire poi dello scenario delineabile col perfezionamento dell'adesione dell'Unione alla CEDU), il "dialogo" intergiurisprudenziale potrebbe infittirsi in misura ad oggi invero imprevedibile (nessuno infatti è in grado di stabilire quale uso si farà del nuovo strumento), intraprendendo vie di svolgimento assai più varie ed articolate di quelle in atto disponibili<sup>60</sup>. Sarà pure tutta da vedere la ricaduta che potrebbe aversene sul rinvio pregiudiziale al giudice dell'Unione. È nondimeno da mettere in conto che, interpellata dalle più alte autorità giurisdizionali nazionali (e, tra queste, verosimilmente anche i tribunali costituzionali), la Corte EDU si dimostri sempre di più sollecita nel confrontarsi con la Corte dell'Unione, tenendo conto – come si conviene –, in sede di redazione dei propri pareri, del punto di vista di quest'ultima, così come, dal suo canto, la Corte di Lussemburgo non potrà di certo ignorare i pareri emessi a Strasburgo (sin da ora e, naturalmente, più ancora dopo l'adesione dell'Unione alla CEDU, cui si è appena fatto cenno). Tanto più, poi, laddove della medesima questione dovessero essere investite entrambe le Corti, sia pure in sedi diverse (l'una dietro rinvio pregiudiziale, l'altra ex prot. 16) e con effetti parimenti diversi (in punto di astratto diritto, vincolanti le pronunzie del giudice eurounitario, cui è stata riconosciuta natura di vere e proprie fonti del diritto di forza "paracostituzionale"; non vincolanti invece le consultazioni della Corte EDU. E, tuttavia, il giudice nazionale è pienamente consapevole degli inconvenienti cui può andare incontro a discostarsi dai pareri stessi, essendo le proprie pronunzie suscettibili di venire nuovamente portate alla cognizione del giudice di Strasburgo, stavolta in sede giurisdizionale).

Entrambe le Corti europee, peraltro, sanno di non poter tirare oltre misura la corda che le tiene unite, rischiando altrimenti di delegittimarsi a vicenda e di perdere così complessivamente credibilità.

#### 4.3. c) *la "mutazione genetica" della funzione giurisdizionale, in modo crescente portata a conformarsi quale giurisdizione per risultati*

Il terzo ed ultimo percorso appare già oggi con frequenza battuto tanto dalle Corti europee quanto da quelle nazionali (e, segnatamente, da quelle costituzionali, come la nostra); ed è proprio da esso che possono, forse, attendersi i più immediati e tangibili frutti di un "dialogo" ben speso, al servizio dei diritti e, in genere, dei beni della vita costituzionalmente protetti.

Mi riferisco ad una tendenza che va delineandosi con tratti in modo crescente marcati e che vede la giurisdizione – in ispecie, appunto, quella relativa alla salvaguardia dei diritti – viepiù soggetta ad una trasformazione strutturale meritevole di una speciale

---

<sup>60</sup> Dei possibili effetti discendenti dal prot. 16, una volta entrato in vigore, si è ultimamente molto discusso. Tra gli altri, i contributi all'incontro di studio su *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 Cedu*, svoltosi presso l'Università di Milano-Bicocca il 10 marzo 2014, i cui Atti sono in corso di stampa (alcuni scritti, peraltro, sono già consultabili: tra questi, O. POLLICINO, *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte EDU ex Protocollo 16?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2 aprile 2014, e R. CONTI, *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla CEDU e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, in [Consulta OnLine](http://ConsultaOnLine), 16 maggio 2014). V., inoltre, utilmente, R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2014, spec. il § 11.

considerazione. Ho già avuto modo di invitare in altri luoghi a fermare l'attenzione sul punto e posso dunque ora procedere in modo spedito ad illustrarne i profili di maggiore evidenza e significato<sup>61</sup>.

Dopo, infatti, il passaggio da un'*amministrazione per atti* ad un'*amministrazione per risultati* e quello da una *normazione per atti* ad una *per risultati*, oggi sembra che anche la giurisdizione vada incontro allo stesso destino. Certo, immaginare una *giurisdizione per risultati* sembra urtare contro antiche e però tuttora solide credenze, che legano la tipicità di ciascun atto espressivo della giurisdizione (e, perciò pure, la tipicità degli effetti da essi prodotti) alla indipendenza della giurisdizione stessa e di coloro cui ne è demandato l'esercizio<sup>62</sup>. Eppure, senza nulla togliere alle garanzie costituzionali dei giudici e della funzione di cui sono titolari, oggi ci si avvede che anche la giurisdizione somiglia ad una sorta di *work in progress*. Non di rado, infatti, il motore della produzione giurisdizionale si accende in ambito sovranazionale (magari, dietro impulso dei giudici nazionali ovvero in conseguenza di preve decisioni di questi che, a vario titolo, sollecitano i giudici europei a pronunziarsi, a loro volta, sopra di esse<sup>63</sup>); dopo di che, alla decisione o alle decisioni dei giudici europei<sup>64</sup> possono far seguito ulteriori decisioni dei giudici nazionali, tutte componendo una sorta di ideale "catena" che va perfezionandosi e mettendosi a punto variamente, in ragione dei contesti nazionali nei quali prende forma.

Le vicende sopra più volte rammentate relative ai diritti degli omosessuali o alla fecondazione medicalmente assistita (o ad altro ancora) rendono palmare testimonianza di questo farsi della giurisdizione per gradi discendenti di generalità. Le pronunzie dei giudici si saldano, dunque, l'una all'altra, convergendo nella produzione di un effetto (solo formalmente frazionabile tra i singoli atti ma) sostanzialmente unitario<sup>65</sup>.

La ricerca affannosa, alle volte – come si diceva – particolarmente sofferta, di una convergenza o, comunque, di un reciproco *modus vivendi* dei giudici nazionali e di quelli sovranazionali sollecita, infatti, spesso questi ultimi a far luogo a pronunzie *soft*, rispettose della tipicità delle tradizioni costituzionali proprie dei singoli Stati; ed è proprio in siffatta "morbidezza" strutturale degli indirizzi giurisprudenziali di origine esterna che si innestano gli indirizzi dei tribunali costituzionali, ai quali danno quindi svolgimento e concretezza le decisioni dei giudici comuni: i "terminali" del processo produttivo, coloro cioè che chiudono e perfezionano la "catena". La portata del margine di apprezzamento – per riprendere una nota espressione riferita alla giurisprudenza europea nei suoi rapporti con quella nazionale e facendone però un uso ancora più largo, esteso dunque anche alle relazioni tra il giudice delle leggi e quelli comuni<sup>66</sup> –, di cui in concreto dispone ciascun operatore nel suo

<sup>61</sup> Raguagli sul punto nel mio *L'integrazione europea, attraverso i diritti, e il "valore" della Costituzione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 12/2014, spec. ai §§ 3.5 e 4, le cui notazioni richiedono di essere integrate alla luce di quelle ora svolte.

<sup>62</sup> Da un punto di vista ancora più generale, peraltro, secondo un autorevole insegnamento teorico, ogni atto giuridico è produttivo di un proprio effetto, comunque distinto da quelli propri degli atti restanti. Di modo che, laddove v'è un effetto, li può risalirsi all'atto che lo ha prodotto, così come dov'è un atto può discendersi ai suoi effetti [sopra tutti, v. A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV (1965), 432 ss.].

<sup>63</sup> Può darsi, infatti, tanto il caso che il giudice nazionale interPELLI quello europeo, quanto l'altro che quest'ultimo sia chiamato al fine di rimuovere gli effetti del verdetto emesso dal giudice nazionale o, comunque, di sanzionarne l'operato e dare così ristoro al ricorrente.

<sup>64</sup> Non si dimentichi, infatti, che – come si è dietro segnalato – su una questione data può essere richiesta una decisione di entrambe le Corti europee (col conseguente, eventuale conflitto tra "giudicati", foriero di gravi questioni teorico-pratiche, sulle quali nondimeno non è ora possibile intrattenersi).

<sup>65</sup> ... ed anzi di una pluralità di effetti, a seconda dei modi con cui i singoli giudici danno specificazione-attuazione agli atti situati più in alto lungo la stessa "catena" e condizionanti quelli inferiori.

<sup>66</sup> Sulla "dottrina" (o, meglio, tecnica) del margine di apprezzamento, fatta oggetto di norazioni di vario segno, v., tra i molti altri, A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford University Press, Oxford 2012; J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in AA.VV., *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà*

raccordarsi a quello o a quelli che l'hanno preceduto, varia dunque a seconda dei casi, senza che la sua operatività sia tenuta ad obbedire a canoni rigidamente prestabiliti. Sta di fatto che, presentandosi molte delle pronunzie dei giudici materialmente costituzionali (tali sempre di più connotandosi le stesse Corti europee<sup>67</sup>) quali *sentenze-direttiva*, aperte a plurimi svolgimenti in ragione dei caratteri complessivi del caso e degli interessi in esso emergenti e bisognosi di cura, l'attività dei "terminali" in parola sempre meno somiglia a mere *applicazioni* delle decisioni cui sono chiamate a dare "seguito", piuttosto volgendosi a darvi *attuazione*, siccome appunto idonee ad esprimere una, ora maggiore ed ora minore e tuttavia pur sempre consistente, *vis innovativa*<sup>68</sup>.

**5. Una succinta notazione finale a riguardo del modo con cui può prendere corpo la "leale cooperazione" tra legislatore e giudici, ovvero sia la scrittura in progress delle norme adeguate ad apprestare l'ottimale – alle condizioni oggettive di contesto – servizio ai diritti**

Un compito immane, davvero improbo, come si è venuti dicendo, è quello che ogni volta attende il giudice sulla soglia del caso. Proprio per ciò, il giudice non può essere lasciato solo con se stesso: una conclusione, questa, che vale tanto per il singolo

---

*fondamentali (1950-2010)*, a cura di L. Mezzetti - A. Morrone, Giappichelli, Torino 2011, 87 ss.; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 88 ss. e 110 ss.; i contributi che sono nella parte II.A di AA.VV., *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, a cura di G. Repetto, Intersentia, Cambridge 2013; G.P. DOLSO, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Jovene, Napoli 2013, 180 ss.; E. CRIVELLI, *I protocolli n. 15 e n. 16 alla CEDU: nel futuro della Corte di Strasburgo un rinvio pregiudiziale di interpretazione?*, in *Quad. cost.*, 4/2013, 1021 ss.

<sup>67</sup> Sul punto si registrano non poche divergenze di orientamento e restano comunque ferme talune, serie obiezioni, legate alla diversità dei contesti in cui tutte le Corti in parola operano, ancora di recente evidenziate da un'autorevole dottrina (O. PFERSMANN, *L'enigma della giustizia costituzionale europea*, in AA.VV., *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, a cura di A. Ciancio, Aracne, Roma 2014, 417 ss.). Ciò che, nondimeno, non osta, secondo altra, sensibile dottrina, a poter ragionare di una giustizia costituzionale "plurale" e, dunque, anche sopranazionale (tra gli altri, A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012, e B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012). La qualificazione qui adottata (e ripresa da altri studi) nondimeno sembra avvalorata proprio dal materiale normativo col quale anche le Corti europee quotidianamente lavorano: i diritti fondamentali. Che poi la lavorazione stessa abbia luogo in forme anche significativamente diverse (e con effetti parimenti diversi), ovviamente, qui non si nega; il tratto comune, nondimeno, resta. Altra cosa ancora è, ovviamente, la più generale tendenza alla "costituzionalizzazione" del diritto internazionale, cui peraltro fa da *pendant* la convergente tendenza alla "internazionalizzazione" del diritto costituzionale [sulla prima, v., ora, R. BIFULCO, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2014; sulla seconda, volendo, il mio *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto europolitano*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it), 00/2010]. La "costituzionalizzazione" delle Corti europee e la "internazionalizzazione" delle Corti nazionali (di *tutte* le Corti, costituzionali e non) è un tassello del quadro generale.

<sup>68</sup> Questa conclusione è, in via generale, negata da una sensibile dottrina, timorosa del fatto che l'attività dei giudici possa assumere una colorazione politica, confondendosi così con quella del legislatore [v., infatti, ora, M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2012, spec. al § 4, ma *passim*, e, dello stesso, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, cit.]. Un conto è, però, tener ferma la tipicità dei ruoli degli operatori – ciò che, come si vede, anche a me sta molto a cuore – ed altra cosa ragionare di un giudice incapace di far valere il proprio apprezzamento a beneficio dei diritti, muovendosi tra le maglie comunque non strette (e stringenti) di un dettato legislativo che – piaccia o no – al fine di rendersi utile ai diritti ha da esibire duttilità di struttura nomologica, rimettendosi quindi ad operazioni di bilanciamento, assiologicamente ispirato, poste in essere, in ragione delle esigenze complessive dal caso, dal giudice stesso. Se così non dovesse essere, il rischio (che, però, è quasi certezza) cui si va incontro è proprio quello di non riuscire ad assicurare agli utenti del servizio giudiziario una giustizia giusta, effettiva (a riguardo della quale, lo stesso M. LUCIANI oggi ci offre riflessioni suggestive: v., infatti, il suo *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2014).

operatore quanto per l'“insieme” degli organi chiamati a somministrare giustizia, per tutti i componenti la “catena” sopra descritta insomma.

Torniamo così alla partenza del percorso fatto. Il legislatore può (e deve) fare tutta quanta la propria parte per agevolare l'adempimento del compito suddetto<sup>69</sup>, che poi altro non è – come si è venuti dicendo – che mettere tutti i giudici nelle migliori condizioni di partenza per poter offrire il loro quotidiano, ancorché disagiata e non di rado particolarmente sofferto, servizio al legislatore stesso (e, a conti fatti, alla comunità degli utenti cui esso si dirige).

D'altro canto, la varietà e complessità degli interessi in campo, non di rado tutti astrattamente meritevoli di tutela e, però, occasionalmente in reciproco conflitto, spinge vigorosamente per l'allestimento di discipline normative caratterizzate da essenzialità di disposto e duttilità di formulazione: discipline che si portino fino al punto giusto, non trattenendosi dal dare le indicazioni di base sulle quali l'edificio eretto dai giudici può stabilmente reggersi ma neppure, appunto, portandosi troppo in avanti, facendo luogo a previsioni eccessivamente minute e, come tali, inevitabilmente rigide. V'è, insomma, un senso della *misura* che deve presiedere alle attività che tutti gli operatori (legislatore e giudici) sono chiamati a svolgere, in spirito di reciproca “leale cooperazione” e di autentico servizio alla collettività. La ragionevolezza delle soluzioni apprestate dunque s'impone, a tutti i livelli istituzionali, a quelli interni come pure a quelli esterni, ed in ogni ambito materiale<sup>70</sup>. Ciascun promotore di una nuova “catena” deve costantemente essere consapevole delle responsabilità che gli incombono, sapere cioè che deve spingersi fino ad un certo punto e, quindi, come nelle corse a staffetta, passare il testimone a chi gli è davanti perché a sua volta faccia, come si conviene, la propria parte, in attesa di dar spazio a chi gli dovrà quindi succedere.

L'ordine giusto, cronologico ed assiologico, è – come si è venuti dicendo – quello evocato dal titolo dato a questa riflessione, che porta cioè dal legislatore ai giudici. Non è tuttavia inopportuno in conclusione notare che lo stesso legislatore, al momento in cui si accinge a confezionare i propri prodotti che quindi consegnerà ai giudici (ed ai pratici in genere<sup>71</sup>), non può di certo ignorare (e sarebbe insensato se lo facesse) il ruolo svolto dai giudici, pur se alle volte in via “sussidiaria”, nel dare appagamento ai diritti ancora prima (e, non di rado, in vece) dell'intervento del legislatore stesso. E ciò, per la elementare ragione che i giudici sono parte integrante e rilevante di quella complessiva cultura (giuridica e non) dalla quale possono attingersi le indicazioni utili all'esercizio delle pubbliche funzioni in genere (e, perciò, appunto, di quella di predisposizione normativa).

Prende così forma un “circolo”, produttivo prima ancora che applicativo, idoneo a presentarsi come virtuoso, anziché vizioso, laddove ciascuno degli operatori che in esso si immettono si dimostri (non a parole ma nei fatti) disponibile all'ascolto degli altri,

---

<sup>69</sup> Si tratta tuttavia di vedere se si danno talune condizioni perché ciò avvenga: *condizioni culturali*, in primo luogo (e temo che non sia ad oggi giunta al punto giusto di maturazione una “cultura dei diritti” che vigorosamente spinga per l'adozione delle discipline normative adeguate alla salvaguardia dei diritti stessi) e, quindi, *condizioni di sistema politico*, che agevolino la realizzazione delle discipline in parola (in un quadro complessivo segnato da gravi e diffuse tensioni e lacerazioni, persino all'interno di uno stesso schieramento politico, è invero assai problematico che l'obiettivo qui raffigurato possa essere centrato).

<sup>70</sup> Si ha così, ancora una volta, conferma che la ragionevolezza davvero si pone – come ha fatto notare un sensibile studioso (L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano 2005) – quale “principio architettonico del sistema”.

<sup>71</sup> Non si trascuri, a quest'ultimo riguardo, il ruolo, nient'affatto secondario, che è chiamata a giocare la pubblica amministrazione, dalla cui discreta ma fattiva operosità, in concreto dipende l'implementazione delle discipline positive, il loro farsi cioè “diritto vivente”. Questo versante non è stato qui percorso, essendosi preferito fermare l'attenzione sull'altro, attraversato dai giudici. Sarebbe tuttavia di estremo interesse completare lo studio mettendo a fuoco, come si conviene, il concorso offerto dagli amministratori al servizio dei diritti, per disagiata che sia il reperimento e la sistemazione dei materiali offerti dall'esperienza.

raccogliendo quanto di meglio di sé ciascuno ha da dare in vista dell'appagamento dei bisogni più diffusamente ed intensamente avvertiti in seno al corpo sociale.

Insomma, il "diritto vigente" aspira naturalmente a convertirsi in "diritto vivente" ma la via piana che conduce a quest'esito è molte volte – come si è veduto – quella in cui la stessa formazione del primo è preceduta ed orientata da un "diritto vivente" dai cui stimoli quello è indotto a venire alla luce.

Nulla ovviamente esclude che il diritto legislativo nasca per reazione ad un diritto giurisprudenziale giudicato inadeguato, comunque non meritevole di imitazione o "razionalizzazione". Nella sua "discrezionalità", il legislatore può fare di queste valutazioni, pur nella consapevolezza che poi i suoi prodotti si consegnano pur sempre ai pratici (e, segnatamente, ai giudici) tramite la cui opera soltanto può realizzarsi quella conversione del "diritto vigente" in "vivente", cui si è sopra fatto cenno. Ogni evenienza è, dunque, da mettere in conto: tanto quella di un diritto legislativo fortemente innovativo, che induca alla nascita di un originale diritto giurisprudenziale, quanto l'altra, opposta, in cui l'uno raccolga le suggestioni venute dalla pratica giurisprudenziale anteriore.

Come che stiano al riguardo le cose (e solo l'analisi sul campo, reiterata nel tempo, può dirlo), una sola cosa – come si è veduto – appare esser certa: che solo dagli sforzi congiunti posti in essere da tutti gli operatori, da ciascuno nel rispetto del ruolo che gli è proprio, dipende la sorte dei diritti: una sorte benigna, laddove sia preservato il complessivo equilibrio istituzionale; infausta, in caso contrario. Dove c'è squilibrio, infatti, non importa se a discapito di questo o quell'operatore, lì i diritti comunque ne soffrono e ne soffre anche la separazione dei poteri, perché lo squilibrio – come si è venuti dicendo – non è altro che lo smarrimento della tipicità dei ruoli degli operatori istituzionali. E, se non c'è separazione dei poteri – ci è stato insegnato dalla storia –, non c'è né democrazia né Costituzione e, perciò pure, non ci sono i diritti.

Sarebbe bene non scordarselo.

\*\* Ordinario di Diritto costituzionale, Università di Messina