



IL GIUDICE-CAMALEONTE E LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI FONDAMENTALI*

ANTONIO RUGGERI**

SOMMARIO: 1. La camaleontica trasformazione, in casi viepiù frequenti, dei giudici (e degli organi di garanzia in genere) in operatori politici e gli indici esteriori che ne danno una eloquente, particolarmente attendibile testimonianza, avuto specifico riguardo a *consuetudini culturali* diffuse e profondamente radicate nell’esperienza, espressive dei tratti maggiormente salienti della giurisdizione e dei suoi confini. – 2. Il carattere appannato e, in più punti, evanescente della linea divisoria tra politica e giurisdizione, la sua sottolineatura per il tramite di orientamenti giurisprudenziali consolidati, il significato della loro inopinata “rottura” (con specifico riguardo alla conversione del limite, valevole per le manipolazioni presso la Consulta, delle “rime obbligate” nelle “rime libere” ed ai casi d’interpretazione conforme non rispettosa della lettera dei testi di legge e della stessa Costituzione). – 3. Un banco di prova particolarmente attendibile delle camaleontiche trasformazioni del giudice, in relazione alle spinose questioni d’inizio e fine-vita, e lo scarto viepiù vistoso tra modello ed esperienza che al riguardo si registra, specie per ciò che concerne forme e sedi istituzionali di riconoscimento e tutela dei diritti. – 4. Una succinta notazione finale, con riferimento al bisogno che la stessa giurisprudenza ponga argini alle proprie camaleontiche manifestazioni ed in relazione alla sempre più problematica salvaguardia della certezza del diritto ed alla parimenti incerta e comunque sofferta tenuta dello Stato costituzionale.

1. La camaleontica trasformazione, in casi viepiù frequenti, dei giudici (e degli organi di garanzia in genere) in operatori politici e gli indici esteriori che ne danno una eloquente, particolarmente attendibile testimonianza, avuto specifico riguardo a consuetudini culturali diffuse e profondamente radicate nell’esperienza, espressive dei tratti maggiormente salienti della giurisdizione e dei suoi confini

Per una singolare e ad oggi solo in parte chiarita ragione, il ruolo giocato dai giudici in genere, quale che ne sia la natura e il livello istituzionale al quale svolgono il

* Contributo sottoposto a referaggio ai sensi dell’art. 5 del Regolamento della Rivista.

** Professore emerito di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Messina.

munus loro demandato, ha cambiato e cambia di continuo forma ed effetti a seconda del contesto in cui s’inscrive e svolge: esattamente come il camaleonte che si adatta all’ambiente in cui vive al fine di centrare l’obiettivo di volta in volta preso di mira (difendersi dal nemico, catturare la preda e quant’altro gli torna necessario per sopravvivere, ecc.). In realtà, sembra ormai provato che la diversa pigmentazione di quest’animale non si debba al bisogno di mimetizzarsi bensì a cambiamenti di umore legati alle emozioni che prova e, dunque, al bisogno di comunicare queste ultime all’esterno.

In qualche modo – come si tenterà di mostrare – è così anche per i giudici e, più largamente, per gli organi di garanzia che a volte presentano forti assonanze con gli organi politici, al punto da rendersi problematicamente distinguibili da questi e persino con essi confondersi del tutto. È poi chiaro che dovrebbe farsi un discorso a sé per ogni organo di garanzia, tutti accomunati dalla funzione esercitata e nondimeno ciascuno diverso dagli altri per il modo con cui la intende e fa valere.

Si pensi, solo per un momento, al Capo dello Stato, in un ordinamento quale il nostro a regime parlamentare, per il quale il fenomeno di cui qui si discorre si presenta con toni ancora più accesi e vistosi¹, agevolati peraltro dal carattere monocratico dell’ufficio che, unitamente alla incerta ed opaca formulazione degli enunciati che lo riguardano ed alla varietà delle competenze che gli sono demandate, porta naturalmente a far sì che gli *accidents of personality* abbiano avuto (ed abbiano) uno speciale rilievo nella conformazione e riconformazione senza sosta del ruolo².

Ad ogni buon conto, se per il Capo dello Stato lo scivolamento dal piano della garanzia a quello in cui si adottano decisioni politiche³ è *quodammodo* incoraggiato dal

¹ Basti solo al riguardo pensare alle innumerevoli dispute tra gli operatori politico-istituzionali e in seno alla pubblica opinione che assai di frequente hanno accompagnato talune iniziative dell’organo, specie prima della Presidenza Mattarella, connotata – come si sa – da uno stile sobrio e contenuto; eppure anche questo Presidente non sempre è riuscito a sottrarsi ad appunti critici non poco severi (si pensi, ad es., all’animato confronto avutosi tra gli studiosi, come pure tra gli operatori e nella pubblica opinione, al tempo del noto caso Savona).

² Se ne mostra (e non da ora) avvertita la più sensibile dottrina: emblematico, al riguardo, il titolo di una risalente, nota opera dedicata all’organo di A. BALDASSARRE e C. MEZZANOTTE: *Gli uomini del Quirinale. Da De Nicola a Pertini*, Bari-Roma, 1985; più di recente, v. S. CASSESE, G. GALASSO, A. MELLONI (a cura di), *I Presidenti della Repubblica. Il Capo dello Stato e il Quirinale nella storia della democrazia italiana*, Bologna, 2018; A. PERTICI, *Presidenti della Repubblica. Da De Nicola al secondo mandato di Mattarella*, Bologna, 2022, e, con specifica attenzione al piano delle relazioni internazionali, S. CRUCIANI, M. RIDOLFI, A. VARSORI (a cura di), *I Presidenti della Repubblica e il ruolo internazionale dell’Italia*, Milano, 2022. Tra gli scritti più risalenti, v., almeno, per il particolare spesso teorico delle ricostruzioni proposte, G. SILVESTRI (a cura di), *La figura e il ruolo del Presidente della Repubblica*, Milano, 1985.

³ ... seppur non d’indirizzo politico, nell’accezione ristretta e propria del termine, che rimanda ad una pluralità di atti e comportamenti posti in essere al fine di dare attuazione ad un organico disegno politico previamente definito. Così è, d’altronde, per una tesi risalente di un’accreditata dottrina, anche per la Corte costituzionale che, non disponendo dell’agenda dei propri lavori, risultante da imprevedibili domande di giustizia che le sono rivolte, non è in grado di dar vita ad un vero e proprio indirizzo politico, pur disponendo – si è detto – di una “forza politica” che può far valere secondo occasione [richiamo qui – com’è chiaro – i termini essenziali del magistero del mio compianto Maestro, T. MARTINES, che ne ha discusso a più riprese, a partire dal suo *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche* (1957), ora in *Opere*, I, Milano, 2000, spec. la parte III]. È pur vero, poi, che possono darsi anomale vicende che parrebbero evocare l’idea dell’indirizzo politico, nella sua propria accezione (così, in ispecie, con riguardo alla Presidenza Cossiga, cui accennerò a momenti). Altro è, però, il modello, quale a grandi linee

suo essere organo di “garanzia politica” della Costituzione⁴, non così è (o, meglio, *dovrebbe* essere) per altri organi di garanzia, in ispecie – per ciò che qui importa – per i giudici. L’esperienza, di contro, offre numerose e particolarmente attendibili testimonianze del fatto che anche questi ultimi vanno sempre più di frequente soggetti a marcate alterazioni del loro modo istituzionale di essere e di operare. E, invero, il tempo presente, per plurime ragioni, ci consegna ormai quotidiane conferme in tal senso, secondo un *trend* che anzi va sempre di più crescendo per dimensioni ed intensità delle manifestazioni e che – dico subito a scanso di possibili fraintendimenti del mio pensiero – preoccupa non poco per ciò che attiene agli esiti che, di qui a breve, potrebbero aversi di questa vicenda.

È interessante notare che non è così per organi di altra natura (e, segnatamente, appunto per quelli della direzione politica), fedeli al loro ruolo, pur nella varietà dei modi con cui è stato (ed è) inteso e fatto valere nell’esperienza, e non convertitisi dunque in organi di garanzia⁵, fermo restando ovviamente che, per un fisiologico sviluppo della vita istituzionale, l’attività politica è comunque tenuta a mantenersi rispettosa dei limiti giuridici per essa posti. Insomma, lo scarto tra l’esperienza stessa e il modello, nei limiti in cui si riesca a mettere sia l’una che l’altro a fuoco, sì da coglierne i tratti maggiormente caratterizzanti⁶, si fa viepiù vistoso per gli organi di garanzia, non già per quelli politici; ed è interessante chiedersi perché.

La risposta è d’immediata evidenza e rimanda all’annosa, grave ed ormai endemica crisi della rappresentanza politica, in merito alla quale – come si sa – si è

abbozzato nella Carta, ed altra cosa esperienze da esso devianti o, addirittura, ad esso frontalmente contrapposte. E – com’è chiaro – si sta ora discorrendo specificamente del primo.

⁴ Questa l’etichetta con la quale è stato, in tempi ormai risalenti, sinteticamente espresso il tratto maggiormente saliente della natura dell’organo, specie al fine di tenerlo distinto da quello proprio dell’altro massimo garante del sistema, la Corte costituzionale, quale organo di “garanzia giuridica” (e, segnatamente, giurisdizionale, sia pure in una sua propria accezione). È pur vero tuttavia che, secondo opinione corrente, la natura della Corte risulterebbe da una *mix* di politica e giurisdizione: due componenti, queste, che peraltro si trovano in una condizione di equilibrio viepiù precario che, come si vedrà a breve con esempi, tende vistosamente ad alterarsi.

⁵ Forse, nella storia della nostra Repubblica abbiamo avuto una sola eccezione significativa alla regola appena indicata, al tempo della singolare e sofferta stagione della Presidenza Cossiga (specie della seconda metà del mandato), allorché il Governo (e, per esso, il Presidente del Consiglio), nell’intento di arginare in qualche modo le manifestazioni maggiormente esuberanti e devianti dal solco costituzionale del Presidente “picconatore”, si fece in alcune circostanze “garante” della osservanza della Costituzione, specie avvalendosi dell’arma della controfirma che, legando indissolubilmente i due organi in un’attività di reciproca “cooperazione” (largamente intesa), obbligava (ed obbliga) comunque l’uno a raggiungere una qualche intesa con l’altro (non riprendo qui – sia chiaro – la vessata questione relativa al significato di firma e controfirma in relazione a ciascun tipo di atto presidenziale, quanto meno per come è usualmente ricostruito il modello costituzionale; mi limito solo a far notare che – a prescindere da quest’ultimo – i rapporti tra gli organi in parola, secondo la magistrale configurazione datane da G.U. Rescigno, sono realisticamente retti da canoni di natura convenzionale, forse in qualche caso persino di carattere consuetudinario).

⁶ E, invero, per un verso, l’esperienza appare essere gravata da contraddizioni interne e svolgimenti a volte discontinui, nel mentre, per un altro verso, la trama positiva che sta a base della ricostruzione del modello si presenta in più punti alquanto incerta ed appannata (forse, persino oscura), secondo quanto peraltro è avvalorato dagli studi più attenti al linguaggio costituzionale [v., part., v., part., G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quaderni costituzionali*, 2/1989, 229 ss., e P. CARETTI E R. ROMBOLI (a cura di), *La lingua dei giuristi*, Pisa, 2016, nonché, ora, B. BARBISAN, *La più bella del mondo? Leggibilità e concretezza della Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, 2/2022, 8 giugno 2022, 142 ss.].

avuta una imponente produzione di scritti di vario segno ed orientamento. È qui, infatti, che si radica la “supplenza” – come suole essere chiamata, con immagine per vero colorita ma anche concettualmente ambigua – dei giudici nei riguardi degli operatori politici, in ispecie del legislatore. Una “supplenza” che, peraltro, non poche volte si è manifestata non soltanto a mezzo della riscrittura dei testi di legge ovvero all’adozione di discipline legislative *ab origine* mancanti, rivestite delle forme delle sentenze, ma che, anche al fine di spianare la via ad una produzione normativa siffatta, si è estesa fino a riguardare la stessa Costituzione, i cui enunciati sono stati (e sono) fatti oggetto di ricostruzioni semantiche talora in modo scoperto debordanti dai pur bassi argini segnati dai testi⁷. Quali conseguenze possono poi aversi per le sorti del principio di legalità (legale e costituzionale a un tempo) è questione assai spinosa ed impegnativa, il cui esame richiederebbe uno spazio di cui qui non si dispone⁸ ed i cui esiti, nondimeno, preoccupano non poco circa il loro complessivo significato e le implicazioni istituzionali che potrebbero aversene.

Sta di fatto che della esperienza in parola si hanno innumerevoli testimonianze, alcune particolarmente attendibili e vistose, praticamente in ogni campo materiale di esperienza. E, invero, non v’è praticamente alcun punto della trama positiva di cui la Carta si compone che sia rimasto immune al fenomeno ora evocato, tant’è che delle “modifiche tacite” della Carta stessa – come si è soliti chiamarle⁹ – i giudici (comuni e costituzionale) si sono dimostrati (e si dimostrano) essere tra i maggiori artefici, portando all’effetto di riscrivere, in buona sostanza di sana pianta, la legge fondamentale della Repubblica; e di farlo di continuo, esattamente come si fa con gesso e spugnetta alla lavagna.

Se n’è avuto (e se ne ha) continuo riscontro – per ciò che è qui di specifico interesse – sul terreno della tutela (e, prima ancora, del riconoscimento¹⁰) dei diritti

⁷ Un banco di prova al riguardo particolarmente rilevante – come si sa – è quello dei giudizi di costituzionalità. Le autorità remittenti prima e la Consulta poi, al fine di predisporre le migliori condizioni per innovazioni sostanziali ai testi di legge, fanno non di rado precedere queste ultime da manipolazioni dei parametri costituzionali, seppur abilmente occultate da un uso sapiente e raffinato dell’argomentazione giuridica. Ho illustrato i tratti maggiormente salienti di questa esperienza, presente sin da quando la giurisprudenza costituzionale ha mosso i primi passi ma venuta col tempo a manifestarsi in forme particolarmente esuberanti e vistose, nel mio *Linguaggio della Costituzione e parametri dei giudizi di costituzionalità*, in G. PITRUZZELLA, F. TERESI, G. VERDE (a cura di), *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Torino, 2000, 525 ss., e in altri scritti.

⁸ Non è, peraltro, senza significato che sia tornato ad animarsi il dibattito sulla crisi della legalità e della soggezione del giudice alla legge [riferimenti, ora, in A. COSENTINO, *Crisi della legge o crisi del giudice? Considerazioni a margine di un recente scritto di Tomaso Epandio*, in *Giustizia insieme*, 1° luglio 2022].

⁹ In tema, di recente, *ex plurimis*, S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in *Rivista AIC*, 1/2019, 23 marzo 2019, 335 ss.; M.P. IADICICCO, *Dinamiche costituzionali. Spunti di riflessione sull’esperienza italiana*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2019, 20 gennaio 2020, e, della stessa, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in U. ADAMO, R. CARIDÀ, A. LOLLO, A. MORELLI, V. PUPO (a cura di), *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, Napoli, 2019, 231 ss.; A. MANGIA e R. BIN (a cura di), *Mutamenti costituzionali*, in *Diritto costituzionale*, 1/2020; Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Napoli, 2021 e, della stessa, *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 2/2021, 21 maggio 2021, 40 ss.

¹⁰ Di siffatta precedenza si dirà meglio più avanti.

fondamentali che della Costituzione stessa sono – come si sa – il cuore pulsante, secondo la pregnante e ad oggi attualissima qualifica datane dall’art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

Si tratta, nondimeno, di stabilire quali siano gli indici maggiormente attendibili della tendenza in parola. La qual cosa, poi, rimanda alla previa definizione di un modello teorico di giurisdizione, nelle sue varie forme ed espressioni, e, per ciò stesso, alla individuazione dell’area materiale dalla stessa coltivata e, con essa, dei confini che la separano dall’area della politica in genere e della legislazione in ispecie.

Ora, com’è chiaro, non è di qui riprendere *funditus* annose e spinose questioni riguardanti la complessiva connotazione delle pubbliche funzioni e la reciproca, sia pur sommaria e relativa, tipizzazione¹¹. Si danno tuttavia alcuni indici eloquenti che ne disvelano ed accompagnano le più salienti manifestazioni, attorno alla cui conformazione gli stessi operatori hanno per lungo tempo convenuto: come dire, dunque, che si dispone di alcune convenzioni costituzionali convertitesì e consolidatesì quindi in vere e proprie consuetudini di particolare rilievo. Il punto è, però, che antiche regole (o, diciamo meglio, *regolarità*) sembrano essere nel tempo a noi più vicino “saltate” o – se si preferisce, con maggiore cautela, dire – stanno in buona sostanza per “saltare”, radicalmente appunto. Anche le consuetudini in parola, infatti, non vigono *usque ad aeternitatem* e possono andare incontro a sensibili adattamenti fino ad essere rimpiazzate da nuovi canoni non scritti della medesima specie.

Per quanto le dinamiche della normazione che si rifanno a questi ultimi presentino, per vero, una maggiore rigidità e lentezza di movimenti rispetto a quelle proprie degli atti di normazione¹², ugualmente può aversi (ed effettivamente si ha) riscontro dell’avvicendamento delle une alle altre regole. Qui tuttavia – si faccia caso – il fenomeno assume un particolare rilievo, dal momento che investe i comportamenti di organi statali da cui dipende il lineare svolgimento della forma di governo e della stessa forma di Stato (come sono usualmente chiamate¹³), con riflessi immediati per la integra trasmissione dell’ordinamento nel tempo, dal momento che sono in gioco i diritti fondamentali, i modi del loro riconoscimento e della loro salvaguardia, vale a dire, a conti fatti, il cuore pulsante dei rapporti tra apparato governante e comunità governata.

Quando si assiste a vicende che testimoniano la difficoltà dell’esperienza a mantenersi rispettosa dei canoni, anche non scritti, per essa stabiliti, le responsabilità non sono mai di un solo operatore ma di tutti assieme, seppur in diversa misura e intensità. Un ruolo di centrale rilievo, per diffuso riconoscimento è, comunque, esercitato, per ciò che attiene al nuovo indirizzo *in progress*, dalla Corte costituzionale

¹¹ In tema, faccio qui richiamo solo della corposa opera di M.A. CARNEVALE VENCHI, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, I e II, Padova, risp., 1969 e 1974.

¹² È fuori discussione, infatti, che le consuetudini in genere (anche, dunque, quelle costituzionali) non subiscono mutamenti nel tempo con la stessa frequenza e, a volte, persino con i ritmi incalzanti con i quali si rinnovano le leggi e gli atti in genere di normazione. Se, invece, così fosse, si negherebbe proprio l’essenza del fenomeno consuetudinario.

¹³ In realtà, le etichette in parola ai miei occhi appaiono (e non da ora) dotate di assai gracile fondamento metodico-teorico; la verifica di quest’assunto, tuttavia, comporterebbe una deviazione vistosa dal solco entro cui è tenuta a stare la succinta riflessione che si va ora facendo, e non è, dunque, qui consentita.

che, forse, più di ogni altro operatore ha dato (e seguita senza sosta a dare) il proprio fattivo concorso al nuovo *trend* in via di progressiva maturazione. È però chiaro che della convinta adesione e fattiva collaborazione degli altri operatori (in specie, dei giudici comuni) il *trend* stesso costantemente e a piene mani si alimenta, ulteriormente crescendo e radicandosi nel terreno su cui prendono forma le relazioni suddette.

Il punto è molto importante e richiede che gli sia prestata la massima attenzione. Peraltro, come si vedrà tra non molto con esempi, non v'è praticamente esperienza della giustizia costituzionale che possa compiutamente affermarsi senza il fattivo concorso degli operatori restanti, a partire appunto dai giudici. Come si sa, le esperienze in parola si avviano, infatti, fuori della Consulta, così come si perfezionano poi pur sempre fuori di questa. Ed è chiaro che le domande di giustizia costituzionale ricevono quindi risposte conseguenti al modo con cui sono poste, risposte che non poche volte richiedono di essere seguite da un'attività che assai di frequente è non già di mera *applicazione*¹⁴ bensì di vera e propria *attuazione* da parte degli altri operatori, un'attività cioè che si connota per un tasso, ora più ed ora meno elevato, di discrezionalità valutativa da parte di questi ultimi¹⁵. In un siffatto contesto, stabilire la quantità e qualità del concorso apprestato dagli organi chiamati a “collaborare” con la Corte in vista della ottimale riuscita delle operazioni di giustizia costituzionale è assai problematico, pur essendo incontestabile che il concorso stesso risulti essere comunque di prima grandezza.

¹⁴ ... come pure ritiene un'accreditata dottrina [part., M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della iurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 4/2014, 10 ottobre 2014, nonché *Ermeneutica costituzionale e “massima attuazione della Costituzione”*, in P. PERLINGIERI e S. GIOVA (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli, 2018, 37 ss., spec. 43 ss. Sull'antica e vessata questione relativa alla “creatività” della giurisprudenza v. inoltre, di M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 345 ss., e, dello stesso, *Dal chaos all'ordine e ritorno*, in *Liber amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, I, Napoli, 2019, spec. 260 ss., e *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, in *Questione giustizia*, 3/2019, 16 ss., spec. 27 ss. In tema, tra i molti altri, v. R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l'entrata in vigore della Costituzione*, in G. CAMPANELLI (a cura di), *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, Torino, 2009, 25 ss.; T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Napoli, 2014; G.P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Diritto pubblico*, 2/2018, 313 ss.; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss.; nella stessa *Rivista*, R.G. RODIO, *Alcune riflessioni su anomalie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale*, 1/2019, 16 gennaio 2019, 1 ss.; C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Diritto pubblico*, 2/2019, 549 ss., spec. 556 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Il ruolo delle Corti nella costruzione dell'ordinamento europeo (From judge-made law to judge-made Europa)*, Editoriale, in *Federalismi.it*, 15/2019, 31 luglio 2019; R. BIN, *Il giudice tra Costituzione e biodiritto*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, I, Napoli, 2021, 441 ss., e, in prospettiva giusfilosofica, almeno, L. FERRAJOLI, in più scritti, tra i quali, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena, 2018].

¹⁵ Emblematica testimonianza di quanto si viene ora dicendo si ha in relazione alle additive di principio, bisognose al fine di potersi implementare nell'esperienza di essere seguite da regole, varie in ragione dei casi, prodotte nelle sedi in cui si amministra la giustizia comune. Anche però le decisioni di accoglimento “secco” a volte creano dei vuoti per il cui riempimento è pur sempre sollecitata la produzione di regole in sede giudiziaria, tanto più poi laddove il legislatore dovesse seguitare a restare inerte o, come che sia, dimostrarsi incapace di provvedere in modo congruo a colmare i vuoti conseguenti alle decisioni della Corte.

2. Il carattere appannato e, in più punti, evanescente della linea divisoria tra politica e giurisdizione, la sua sottolineatura per il tramite di orientamenti giurisprudenziali consolidati, il significato della loro inopinata “rottura” (con specifico riguardo alla conversione del limite, valevole per le manipolazioni presso la Consulta, delle “rime obbligate” nelle “rime libere” ed ai casi d’interpretazione conforme non rispettosa della lettera dei testi di legge e della stessa Costituzione)

È ormai acclarato da plurime esperienze che la iperpoliticizzazione esasperata di un organo di centrale rilievo, qual è il tribunale costituzionale¹⁶, sollecita la messa in atto di pratiche di giustizia comune parimenti politicamente connotate, e viceversa. Non poche volte – come si sa – davanti al *pressing* tenacemente esercitato dai giudici comuni nei riguardi della Consulta, quest’ultima, pur dopo una iniziale resistenza, ha quindi ceduto ad insistite ed esigenti richieste di giustizia costituzionale provenienti dai giudici stessi¹⁷, convertendo anteriori pronunzie di rigetto in pronunzie di accoglimento. È pur vero, però, che taluni indirizzi ormai nitidamente delineati nel senso della inammissibilità (specie se “manifesta”) di talune questioni portate alla cognizione della

¹⁶ Il fenomeno ha attratto l’attenzione di una nutrita schiera di studiosi che ne hanno fatto oggetto di notazioni di vario segno, non senza peraltro tacere una viva preoccupazione per i suoi possibili, ulteriori sviluppi: un sentimento che anch’io ho avuto modo più volte di manifestare [di recente, ne *La giustizia costituzionale in navigazione verso l’ignoto*, in *Diritti comparati*, 2/2022, 9 giugno 2022. Sulla tendenza in parola, *ex plurimis* v. C. DRIGO, *Giustizia costituzionale e political question doctrine. Paradigma statunitense e spunti comparatistici*, Bologna, 2012; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell’evoluzione del processo costituzionale*, Milano, 2017; R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, Torino, 2017; G. BISOGNI, *La ‘politicalità’ del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giustiziorico contemporaneo*, Torino, 2017; M. RAVERAIRA, *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, in *Lo Stato*, 11/2018, 123 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2019, 251 ss. (nei riguardi del cui pensiero, criticamente, v. R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2019, 757 ss., e, pure *ivi*, E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, 777 ss.); di A. MORRONE, v., inoltre, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 12/2021, 5 maggio 2021, 170 ss.; A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 26 novembre 2019, 154 ss.; M. NISTICÒ, *Corte costituzionale, strategie comunicative e ricorso al web*, in D. CHINNI (a cura di), *Potere e opinione pubblica. Gli organi costituzionali dinanzi alle sfide del web*, Napoli, 2019, 77 ss.; R. DI MARIA, *Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti (fondamentali) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli “animali fantastici”. The final cut*, in *Consulta OnLine*, 1/2020, 7 gennaio 2020, 1 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss.; C. PADULA (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale?*, Napoli, 2020. In prospettiva comparata, per tutti, L. MEZZETTI, E. FERIOLI (a cura di), *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, Bologna, 2018].

¹⁷ ... e, ovviamente, anche da altri organi o soggetti; qui, nondimeno, si farà specifico riferimento ai giudizi sulle leggi in via incidentale, quale terreno elettivo per la verifica della tesi che si va argomentando. D’altronde, la scelta si giustifica, oltre che nel rilievo in sé posseduto dai giudizi in parola, nella circostanza che è proprio da essi che vengono le maggiori indicazioni in relazione ai mutamenti continui di “pelle” dei giudici in ragione dei contesti in cui s’inscrive di volta in volta l’esercizio della giurisdizione e, dunque, dei casi nei quali questa si fa valere.

Corte risultano ormai consolidati¹⁸, sì da non essere infondato affermare che attorno ad essi si sia venuta a formare, viepiù consolidandosi, una vera e propria consuetudine nel senso patrocinato dal giudice costituzionale¹⁹.

I rapporti tra gli operatori di giustizia s’inscrivono, ad ogni buon conto, in un unico quadro, internamente assai articolato e composito, che peraltro si porta ben oltre i confini nazionali, coinvolgendo altresì le Corti europee, sollecitate ad intavolare con gli operatori di diritto interno un “dialogo” sempre più fitto, esteso a pressoché tutti gli ambiti materiali di esperienza, particolarmente fecondo per i diritti fondamentali e le loro aspettative di salvaguardia. Ed è anche alimentandosi e sorreggendosi a vicenda che gli operatori tutti si sono dimostrati (e si dimostrano) viepiù intraprendenti, occupando gradatamente spazi ancora fino a non molto tempo addietro dagli stessi riconosciuti essere di esclusiva spettanza degli attori politico-istituzionali.

È interessante fermare l’attenzione su questo dato. Non v’è dubbio che la linea divisoria tra politica e giurisdizione risulti essere alquanto incerta, appannata, mobile. Senza fare – come si diceva – richiamo di dottrine, antiche e recenti, in merito a ciò che è *in nuce* pertinenza dell’una e dell’altra, ancora più costruttivo a fini pratici appare allo scopo essere il riferimento a *consuetudini culturali* di fattura giurisprudenziale inveterate, largamente condivise e solidamente radicate nel terreno su cui maturano le esperienze della giustizia costituzionale. L’improvvisa, inopinata “rottura” posta in essere nei loro riguardi dagli stessi operatori cui si deve la loro formazione²⁰ è, dunque, la migliore riprova di una discontinuità culturale gravida di implicazioni per l’assetto complessivo dei pubblici poteri e dei loro rapporti (in breve, della forma di governo) e, ancora più a fondo, per le stesse dinamiche ordinamentali caratterizzanti la forma di Stato.

Sia chiaro. Gli orientamenti giurisprudenziali possono, ovviamente, andare soggetti a rinnovamento interno, a volte anche particolarmente significativo, specie in ragione di mutati contesti entro i quali essi s’inscrivono e producono effetti; non c’è,

¹⁸ Indicazioni possono, volendo, aversi da A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁷, Torino 2022, 175 ss., e *ivi* riferimenti di giurisprudenza.

¹⁹ La circostanza, poi, che seguitano a manifestarsi resistenze nei riguardi degli indirizzi in parola, testimoniate dalla cocciuta ripresentazione di questioni pur se già giudicate manifestamente inammissibili, non equivale a negazione del canone consuetudinario in parola; qui come altrove, infatti, ciò che conta è la media osservanza, ampiamente avvalorata malgrado le occasionali resistenze suddette. Al riguardo, va però tenuto presente che non si dispone di dati sicuri in ordine alla grandezza, comunque ragguardevole, della osservanza stessa, dal momento che sono, sì, note le questioni portate alla Consulta, ma restano sommerse le questioni rigettate dai giudici comuni per carenza dei presupposti giustificativi del giudizio di costituzionalità. Quelle stanno nondimeno a queste come la punta sta alla montagna sommersa di un *iceberg*.

²⁰ Al riguardo, non sarebbe per vero perspicuo opporre che la “rottura” in parola equivarrebbe a dimostrazione che nessuna consuetudine culturale nel senso sopra indicato si sarebbe formata. Un ragionamento siffatto non terrebbe, infatti, conto di almeno due cose. Per un verso, portato fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti, dovrebbe negare qualsivoglia avvicendamento nel tempo dei canoni consuetudinari, starebbe cioè a significare che essi si sottraggono a mutamenti per mano di altri canoni aventi la loro stessa natura; ciò che, poi, condurrebbe diritto a negarne l’appartenenza al sistema dei fatti (e atti) di produzione giuridica. Per un altro verso, la conferma della sussistenza delle consuetudini culturali, di cui si viene ora dicendo, è data *per tabulas* dalla loro protratta osservanza, dalla loro *diuturnitas* appunto (connotato, questo, che peraltro un’avveduta dottrina richiede in modo meno esigente con riguardo alle esperienze di rilievo costituzionale rispetto a quello con cui lo stesso connotato è esibito dalle consuetudini comuni).

dunque, da farsene meraviglia. Qui, però, non si tratta di nuove soluzioni di merito ovvero di originali riletture dei canoni processuali poste in essere dai loro diretti destinatari. Piuttosto, è in gioco il rispetto nei riguardi di principi fondamentali dell’ordinamento, a partire da quello che sta a base della tipicità dei ruoli, rispettivamente, degli organi della direzione politica e degli organi di garanzia: in breve, è in gioco quel principio della separazione dei poteri che – come si sa – è una delle due gambe su cui si regge e incede, nel suo non di rado sofferto cammino, lo Stato costituzionale, vale a dire il principio che più di ogni altro appare essere di vitale importanza per la salvaguardia dei diritti fondamentali, secondo la suggestiva, per sintesi espressiva, formula, già richiamata, di cui all’art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789. Un principio, dunque, indisponibile, per la elementare ragione che senza di esso non c’è la Costituzione stessa.

Ora, plurime e convergenti esperienze stanno ad indicare che sempre più di frequente il modello costituzionale è piegato a contingenti interessi, fatto cioè oggetto di torsioni tali da rendere il volto degli operatori irriconoscibile rispetto al figurino delineato nella Carta; ed occorre, dunque, una buona volta interrogarsi su quali potrebbero essere gli ulteriori sviluppi di questo *trend* e il suo finale approdo.

Faccio qui richiamo unicamente dei profili maggiormente marcati della tendenza in parola, senza peraltro dedicare alla loro illustrazione uno spazio particolarmente esteso, a motivo della loro notorietà. Ed è interessante osservare che della tendenza stessa si ha conferma tanto al piano in cui operano i canoni che governano il processo costituzionale quanto a quello dei canoni sostanziali riguardanti i singoli diritti costituzionali e l’intero sistema dagli stessi composto. Le “modifiche tacite” si riscontrano dunque – come si accennava poc’anzi – praticamente in ogni punto della trama costituzionale, a partire da quelli riguardanti i principi fondamentali²¹.

In primo luogo (e la cosa è particolarmente grave), se ne ha evidenza per il tramite dello scostamento dai canoni sul processo²². Uno degli indici maggiormente attendibili di questo *trend* è dato dalla invenzione a getto continuo di nuovi tipi e sottotipi di decisioni, ormai componenti una gamma particolarmente estesa, di tutta evidenza debordante dagli angusti spazi per essa stabiliti dalla Carta e dalla disciplina attuativa

²¹ Singolare destino questo cui vanno incontro i principi in parola, sottratti – secondo opinione corrente – alla loro eventuale riscrittura con legge approvata con le procedure di cui all’art. 138 [ma v., al riguardo, le precisazioni che sono ora nel mio *I principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva dei principi fondamentali*, in *Consulta OnLine*, 2/2022, 12 maggio 2022, 473 ss.], non già però a sostanziali mutamenti per mano del giudice costituzionale che, dandone l’interpretazione quasi “autentica”, può innovarvi senza essere giuridicamente contraddetto da alcuno (art. 137, ult. c., Cost.). Non è, poi, inopportuno osservare, sia pure di sfuggita, che le stesse leggi costituzionali – secondo opinione corrente – non potrebbero propriamente fregiarsi del titolo di atti di interpretazione “autentica” dei principi fondamentali, qualità che – com’è noto – è propria unicamente di atti abilitati ad innovare a quelli di cui danno la retta interpretazione (una innovazione che tuttavia, a certe condizioni ed entro certi limiti, non soltanto può ma – come si tenta di mostrare nello scritto da ultimo cit. – deve aversi). Ad ogni buon conto, le stesse leggi d’interpretazione autentica non si sottraggono – come pure è noto – alla loro eventuale caducazione per mano del giudice costituzionale.

²² A riguardo della varietà degli usi (e non usi...) dei canoni in parola da parte della Consulta, indicazioni possono, volendo, aversi dal mio *La Corte costituzionale e il processo incidentale tra regole e regolarità*, in *Quaderni costituzionali*, 2/2022, 325 ss.

(persino – si faccia caso – da quella prodotta dalla stessa Corte...)²³. Al di là delle forme, ciò che maggiormente conta è la sostanza che vede la Corte avventurarsi alla conquista di territori dapprima inesplorati, in quanto – come si diceva – ritenuti soggetti all’esclusivo dominio del legislatore.

La spia maggiormente indicativa (e – a dirla tutta – inquietante) di quest’indirizzo che parrebbe ormai non conoscere argine alcuno alla sua affermazione è data dalla conversione del limite delle “rime obbligate” nelle “rime possibili” o – se si preferisce altrimenti dire, con una sensibile dottrina – nei “versi sciolti”²⁴.

Non regge l’obiezione che anche le manipolative tradizionali appartengono pur sempre al *genus* delle decisioni “normative” della Corte, per riprendere una fortunata etichetta di un’accreditata dottrina²⁵. Il salto di qualità operato dalla più recente giurisprudenza è, infatti, d’immediata evidenza: per effetto di una crescente produzione “senza rima”, ormai la scelta tra il rigetto e l’accoglimento accompagnato da una manipolazione (e, segnatamente, da un’addizione) dei testi di legge appare essere il frutto di una libera e praticamente incontrollata invenzione della stessa Corte: verrebbe da dire con Giovenale, *sic volo sic iubeo*. Ed è allora da chiedersi cosa ne sarà, nel futuro che è ormai alle porte, del requisito della “non manifesta infondatezza”, dal momento che l’accoglimento delle questioni dipende, a conti fatti, dall’incontrollato volere della Corte, e cosa perciò ne sarà dell’ormai vetusto art. 28 della legge n. 87 del ’53, incapace di farsi in qualche modo valere.

Stando così le cose, va sempre di più affievolendosi, fino a rischiare di smarrirsi del tutto, la credibilità della Corte, specie laddove quest’ultima, in relazione a talune circostanze, dichiara di considerare a sé precluso il rifacimento di un testo di legge gravemente carente. Pronta è, infatti, l’obiezione che, evidentemente, non ha voluto (e non vuole) farvi luogo, non dandosi ormai più – piaccia o no²⁶ – alcun ostacolo che lo impedisca. E, poiché le pronunzie di rigetto seguitano ad aversi in un numero ragguardevole²⁷, c’è solo da augurarsi che la Corte stabilisca una sorta di “modello” cui

²³ Una speciale attenzione ha, al riguardo, attratto la tecnica della decisione in due tempi, inaugurata in *Cappato*, nondimeno da ultimo non fatta valere con scrupolosa linearità. Mi riferisco – com’è chiaro – all’ulteriore rinvio di sei mesi, con indulgente generosità concesso da Corte cost. n. 122 del 2022, dopo il primo rinvio, come di consueto, annuale [sulla vicenda, per più aspetti singolare, tra gli altri, v. U. ADAMO, *È (resterà) due senza tre? Sull’“incostituzionalità prospettata”*: *criticità ulteriori di una tecnica decisoria già di per sé problematica*, in *Consulta OnLine*, 2/2022, 28 giugno 2022, 819 ss.].

²⁴ La prima formula ricorre negli scritti di S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2019, 183 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, cit., 282 ss., e I. GOIA, *Una giustificabile “invasione” di campo*, in *Consulta OnLine*, 3/2021, 9 dicembre 2021, 1001 ss.; la seconda è di D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, 101 ss.; sono poi state coniate altre etichette ma la sostanza – a me pare – non muta.

²⁵ G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985, 755 ss., e già in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, 1684 ss.

²⁶ ... e a me – come si sarà capito – non piace.

²⁷ L’ultima pronunzia di siffatto tipo emessa al momento in cui si consegna questo scritto per la stampa è la 171 del 2022, laddove si assegna centrale rilievo a quel principio del rispetto della discrezionalità del legislatore che tuttavia, proprio per effetto del nuovo corso giurisprudenziale che ha messo in crisi il limite delle “rime obbligate”, appare ormai versare in una condizione di palese sofferenza.

attenersi, al fine di dare un minimo di certezze operative, precisando dunque a quali condizioni, fattuali e normative, potrà farsi luogo alla produzione di nuovo diritto... *senza rima*. Di tutto ciò, nondimeno, ad oggi non si vede segno alcuno²⁸.

Di qui, poi, una spinta vigorosa ai giudici comuni a presentare questioni di costituzionalità che un tempo si sarebbero ben guardati dal portare alla cognizione della Corte, consapevoli del loro pressoché certo rigetto.

Si ha, pertanto, conferma del fatto che il sistema in cui prendono forma e si svolgono le relazioni tra la Corte e i giudici comuni²⁹ somiglia molto a quello dei vasi comunicanti, il carattere viepiù politicamente connotato delle decisioni della prima riversandosi nel campo in cui maturano le decisioni dei secondi e, dunque, rispecchiandosi nei parimenti politicamente orientato indirizzo complessivo di questi ultimi, con un moto continuo ed inarrestabile di mutua, cospicua ricarica.

La politicità ha, poi, molti volti, talora anche poco appariscenti, volutamente lasciati in penombra.

Si pensi, ad es., ai casi in cui si faccia un utilizzo forzato del canone della interpretazione conforme (nelle sue plurime espressioni, a seconda che risulti orientata verso la Costituzione ovvero il diritto internazionale o quello sovranazionale³⁰). Sul terreno su cui prendono forma le esperienze di salvaguardia dei diritti, il fatto stesso

²⁸ D’altro canto, se è pur vero che alla Corte conviene tenersi le mani libere, non è meno vero che per un elementare ed indisponibile bisogno di certezza del diritto la Corte stessa non può sottrarsi al compito di consegnare agli operatori un “modello”, sia pur sommariamente delineato, cui ritenga di doversi attenere, tanto più in relazione ad una questione di cruciale rilievo, qual è quella di cui si viene ora dicendo.

²⁹ ... per la cui illustrazione, in aggiunta ai manuali correnti di giustizia costituzionale (che, ovviamente, vi dedicano ampio spazio), v., almeno, gli accurati studi di E. LAMARQUE, specie ora *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Napoli, 2021, che nondimeno s’inscrive in un ordine di idee non poco distante, per impostazione metodica e svolgimenti teorici, da quello di qui.

³⁰ Non si è, peraltro, avuto un adeguato approfondimento della questione teorica relativa all’ordine logico e cronologico in cui stanno i “tipi” suddetti d’interpretazione conforme. In altri luoghi di riflessione scientifica ho preso le distanze dalla tesi che vorrebbe allo scopo meccanicamente applicato lo schema usuale consegnato dalla teoria delle fonti, assicurando pertanto la precedenza alla interpretazione conforme a Costituzione rispetto a quella a diritto eurounitario ed a diritto internazionale (con specifico riguardo alla CEDU). E ciò, per il fatto che il diritto dell’Unione è comunque assoggettato alla osservanza dei principi fondamentali di diritto interno, frequentemente evocati in campo in relazione alla salvaguardia dei diritti, nel mentre la Convenzione europea, in quanto fonte “subcostituzionale”, sarebbe tenuta a prestare ossequio ad ogni norma della Costituzione.

Siffatto modo di vedere le cose espone tuttavia il fianco a plurimi (e, a mia opinione, insuperabili) rilievi critici, specie laddove – come qui – si presti specifica attenzione alle Carte dei diritti ed ai loro rapporti.

In primo luogo, infatti, suona strano che possa darsi un ordine gerarchico tra documenti tutti *materialmente* (o – come preferisce dire, seppur limitatamente alla Carta di Nizza-Strasburgo, la Consulta – *tipicamente*) costituzionali, vale a dire tra forme diverse di riconoscimento (in senso proprio) dei diritti fondamentali.

In secondo luogo, la conferma *per tabulas* del carattere forzato del trapianto al piano della teoria della interpretazione degli esiti teorico-ricostruttivi raggiunti al piano della teoria delle fonti viene, per un verso, dal diritto positivo, laddove – come si sa – è prescritta la interpretazione della Carta dei diritti dell’Unione in linea con quanto è stabilito nella CEDU, fatta nondimeno salva la clausola della miglior tutela, e, per un altro verso, dalla stessa giurisprudenza costituzionale che da tempo si è dichiarata dell’avviso che le Carte dei diritti debbano essere interpretate ciascuna alla luce delle altre e che, anzi, debbano reciprocamente e – è appena il caso di mettere in chiaro – *paritariamente* integrarsi nella interpretazione (part., sentt. n. 388 del 1999 e, più di recente, 84 del 2021, 145 del 2022, ed altre ancora).

della esistenza di una pluralità di Carte che danno il riconoscimento dei diritti stessi ed apprestano indicazioni essenziali in merito alla loro tutela incoraggia vistosamente la messa in atto della tecnica in parola, della quale nondimeno si fanno talora usi non adeguatamente vigilati. Ed è chiaro che politicamente connotato può essere tanto il modo con cui l’interpretazione in parola prende forma quanto quello con cui non se ne ha riscontro, vale a dire la decisione di ritenere preclusa la fattibilità dell’interpretazione stessa. Il punto è però che non può mai dirsi in astratto, *in vitro*, quando si ha l’una e quando l’altra cosa, dovendo piuttosto aversene la riprova in concreto, *in vivo*.

Di qui, appunto, la conferma che la medesima tecnica decisoria si presta tanto ad utilizzi appropriati, conformi ai canoni che presiedono alla sua messa in atto, quanto ad utilizzi scorretti, senza che peraltro sia sempre sicuro il riconoscimento degli uni e degli altri, specie laddove le pratiche della giurisdizione maturino in ambiti materiali ad oggi gravati da forti incertezze. Come dire, insomma, che non sempre è agevole stabilire, con riguardo alla tecnica decisoria in parola come pure ad altre, quando il giudice fa il... *giudice* e quando invece camaleonticamente si commuta in un operatore politico, per quanto invero si diano talune vicende processuali all’esito delle quali la risposta al quesito ora posto appaia non particolarmente disagiata e provvista di solido fondamento teorico.

3. Un banco di prova particolarmente attendibile delle camaleontiche trasformazioni del giudice, in relazione alle spinose questioni d’inizio e fine-vita, e lo scarto viepiù vistoso tra modello ed esperienza che al riguardo si registra, specie per ciò che concerne forme e sedi istituzionali di riconoscimento e tutela dei diritti

Uno dei banchi di prova maggiormente attendibili a riguardo delle mutazioni di pelle, di cui qui si viene dicendo, si ha sul terreno su cui è fiorita e va sempre più rigogliosamente crescendo la pianta dei c.d. “nuovi” diritti.

È sufficiente al riguardo prestare attenzione già al solo fatto in sé della “invenzione” dei diritti stessi: termine che qui pure utilizzo nel significato suo proprio, conosciuto sin dal tempo in cui è maturata la tradizione romanistica e quindi trasmesso integro fino ai giorni nostri³¹, che è quello del portare alla luce ciò che è racchiuso negli strati più profondi del corpo sociale e dell’ordinamento, del disvelamento cioè della essenza stessa della materia costituzionale³², ovvero sia – come suol dirsi – del suo “nucleo duro”³³, quale mirabilmente rappresentato nella già richiamata formula di cui all’art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

³¹ Magistrale, al riguardo, la ricostruzione teorica di P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017.

³² Per i modi con cui esso può concretarsi, ragguagli possono, volendo, aversi dal mio *La “materia” costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull’una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in *Rivista AIC*, 4/2017, 12 dicembre 2017.

³³ Su di che, per tutti, S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principî fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino, 2006.

I “nuovi”³⁴ diritti fondamentali, al pari peraltro dei vecchi, di cui si ha esplicito riscontro nella Carta, possono dunque essere solo *riconosciuti*, non già *costituiti*, altrimenti l’etichetta della “fondamentalità”, di cui si fregiano, sarebbe da considerare ad essi posticciamente apposta. Di contro, si giustifica appieno (ed anzi si impone) proprio perché il riconoscimento dei diritti in parola non può non aversi. E ne è subito spiegata la ragione.

I diritti fondamentali, per l’idea che ho avuto modo di farmene nel corso di ripetute riflessioni ad essi dedicate, sono *bisogni elementari dell’uomo senza il cui appagamento l’esistenza non sarebbe libera e dignitosa*, per riprendere, estendendola oltre l’ambito lavorativo cui – come si sa – è espressamente riferita, l’efficace formula che figura nell’art. 36 della Carta.

Non sto qui a dire nuovamente delle vessate questioni cui ha dato (e dà) vita ciascuno dei termini di cui la definizione suddetta si compone³⁵. Come che stiano al riguardo le cose, anche i nuovi diritti fondamentali sono dunque tali solo se riferibili alla definizione suddetta.

Il punto è però come acquisire sufficiente certezza in merito alla loro giusta ricognizione e – ciò che praticamente più conta – come stabilire quale sia la sede istituzionale maggiormente attrezzata per farvi luogo.

Per il primo aspetto, soccorrono, ancora una volta, *consuetudini culturali* di riconoscimento dei diritti diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale. È sempre e solo a quest’ultimo che occorre, dunque, volgere lo sguardo, ponendo in essere una scrupolosa e vigilata opera di scavo al suo interno, al fine di portare integro ad emersione ciò che esso racchiude e custodisce dentro di sé: proprio come fanno gli archeologi con passione, competenza, amore per quanto di meglio abbiamo ereditato da chi è venuto prima di noi e che abbiamo il dovere di trasmettere a coloro che verranno, per quanto possibile accudito con la massima cura e valorizzato come si deve.

Il *punctum crucis* della questione ora nuovamente discussa riguarda soprattutto il secondo aspetto, quello della sede in cui lo scavo e la venuta alla luce – per restare nella metafora – hanno da prendere forma nel modo migliore, alle condizioni oggettive (non sempre, per vero, benevoli) di contesto.

In più luoghi di riflessione scientifica ho avuto modo di patrocinare un modello teorico-ricostruttivo che vede demandato alla legge costituzionale il riconoscimento (nella sua ristretta e propria accezione) dei nuovi diritti, ricongiungendo pertanto forma e materia costituzionale, specie per ciò che attiene alla disciplina “a prima battuta” della

³⁴ Le virgolette si giustificano per il fatto che non si tratta di diritti autenticamente nuovi, potendosi pur sempre riportare alla omnicomprensiva formula di cui all’art. 2 della Carta, nel suo fare “sistema” con i principi fondamentali restanti e, segnatamente, con quello di cui all’art. 3. Ad ogni buon conto, l’opera di disvelamento in parola si presenta – com’è chiaro – particolarmente delicata ed impegnativa, pur giovandosi del costante e saldo riferimento a quelle *consuetudini culturali* di riconoscimento dei diritti, di cui si viene ora dicendo.

³⁵ In tema, un animato ed interessante confronto di punti di vista anche sensibilmente divergenti si è registrato nel corso del convegno di Cassino del 10-11 giugno 2016 su *Cos’è un diritto fondamentale?*, i cui Atti, a cura di V. Baldini, sono usciti per i tipi della Editoriale Scientifica di Napoli nel 2017.

essenza di quest’ultima. Le garanzie insite nella procedura aggravata³⁶, prescritta per la venuta alla luce degli atti di normazione in massimo grado espressivi di potere costituito, sono la migliore risorsa di cui si dispone per ciò che attiene al retto riconoscimento dei nuovi diritti. D’altro canto, è proprio grazie al fatto che essi vengono portati alla luce dallo strumento apprestato dall’art. 138 che possono vantare il titolo di partecipare ad armi pari coi vecchi ad operazioni di “bilanciamento” secondo i casi.

Alla fonte in parola dovrebbe, quindi, far seguito una normativa di prima attuazione, essa pure *per essentialia*, con legge comune, cui sarebbe quindi chiamata ad armonicamente saldarsi la finale attuazione per mano dei giudici, in ragione dei peculiari connotati dei casi e delle loro complessive esigenze. Verrebbe così a determinarsi una “catena” di atti normativi, per gradi discendenti di generalità, secondo la mirabile intuizione kelseniana, atti prodotti in modo tipico da organi chiamati ad esercitare ruoli parimenti tipici³⁷; una catena fattasi via via sempre più lunga, dal momento che in casi viepiù ricorrenti essa si porta oltre i confini nazionali, alcuni degli anelli di cui si compone venendo forgiati dalle abili mani delle Corti europee cui, anzi, non di rado si deve proprio una sollecitazione vigorosa per la produzione di diritto interno orientata al riconoscimento dei diritti in parola.

Ebbene, questo modello – come si sa – è largamente “saltato”.

La legge costituzionale si è rivelata un’arma spuntata: lo strumento non è stato, infatti, in pratica utilizzato per la parte sostantiva della Carta, nel mentre per la stessa parte organizzativa è andato (e va) incontro ad ostacoli non lievi di ordine politico-istituzionale per ciò che attiene ad un incisivo e, per quanto possibile, organico rifacimento dell’impianto costituzionale³⁸. Ad ogni buon conto, per restare a ciò che è qui di specifico interesse, non è mai stato adoperato allo scopo di dar voce ai nuovi diritti fondamentali ovvero per integrare o emendare in più punti la disciplina dei vecchi.

La legge comune, poi, ora tarda a venire alla luce ed ora, quando invece se ne ha riscontro, esibisce carenze diffuse e di particolare gravità, secondo quanto peraltro è emblematicamente rappresentato dalla disciplina delle esperienze d’inizio e fine-vita³⁹.

³⁶ ... in merito alla quale, di recente, acute notazioni in A.I. ARENA, *Libertà e pluralismo nella formazione delle leggi costituzionali*, Napoli, 2021.

³⁷ Seppure, dunque, le attività in parola possano tutte qualificarsi come “normative”, è ad ogni buon conto da tenere ferma la reciproca caratterizzazione, proprio perché ciascuna di esse prende forma a seguito di procedimenti distinti ed appare pertanto idonea a dar vita ad effetti parimenti tipici.

³⁸ Ripetuti e, come si sa, fin qui andati a vuoto i tentativi posti in essere a tal fine, l’unica riforma di un certo respiro giunta in porto essendo rimasta quella del 2001 relativa al Titolo V, senza peraltro sottostimare gli effetti di sistema, fatti oggetto di valutazioni di vario segno, conseguenti alla drastica riduzione del numero dei parlamentari che nondimeno – rilevo qui di passaggio – dubito fortemente potrà giovare ad innalzare in apprezzabile misura il tasso di qualità – se così può dirsi – della rappresentanza politica, afflitta da una crisi lacerante che affonda le sue radici nel profondo del corpo sociale e che è, in primo luogo, crisi d’identità culturale e di senso dello Stato ispirato ai valori della Carta.

³⁹ Si rammenti, dunque, la sofferta vicenda della legge 40, fatta in buona sostanza a pezzi – come si sa – dalla giurisprudenza costituzionale, o le animate dispute concernenti le esperienze di fine-vita che immancabilmente si ripropongono ogni qual volta una persona in stato di grave sofferenza decida di porre fine ai propri giorni. In tema, nella ormai incontinentabile letteratura (e limitando i riferimenti solo agli scritti di respiro monografico), v., almeno, per le esperienze della prima specie, S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell’attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015; A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra*

Di qui, l'esito di un innaturale sovraccarico di responsabilità gravante sui giudici, su *tutti* i giudici: sovranazionali e nazionali, costituzionali e non; e, per farvi fronte, si è fatto (e seguita senza sosta a farsi) appello alle tecniche decisorie sopra indicate (e ad altre ancora). È chiaro, infatti, che davanti a discipline legislative internamente sfilacciate e/o problematicamente compatibili con la Carta costituzionale e le altre Carte si è obbligati, per un verso, a far luogo ad un uso intenso (e talora forzoso) della tecnica della interpretazione conforme, nelle sue plurime espressioni, e, per un altro verso, a frequenti ricorsi alla Consulta come pure alla Corte dell'Unione in sede di rinvio pregiudiziale⁴⁰ e parimenti frequenti sono le chiamate in campo della Corte di Strasburgo a salvaguardia di diritti che, in un modo o nell'altro e per l'una o l'altra ragione, non ottengono ristoro presso i giudici nazionali.

È in questo quadro ed alla luce della evoluzione al suo interno registratasi che va visto il brusco *revirement*, cui si è poc'anzi fatto cenno, registratosi nella giurisprudenza costituzionale per ciò che attiene alle condizioni idonee a giustificare il sostanziale rifacimento dei testi di legge, *anche a “rima libera”*.

Della bontà della intenzione qui non discuto; discuto invece del modo con cui la stessa è realizzata e prendo risolutamente le distanze dalla “logica” perversa, machiavellica, secondo cui il fine giustifica il mezzo, senza limiti di sorta o eccezione alcuna⁴¹. Se si conviene, infatti, a riguardo della perdurante attualità della definizione di Costituzione racchiusa nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti, sopra cit., se ne ha che entrambi gli elementi di cui essa si compone sono indispensabili per la sopravvivenza stessa dello Stato costituzionale. È vero che la separazione dei poteri si pone in funzione servente nei riguardi dei diritti, al fine appunto del loro ottimale riconoscimento e appagamento; non è, dunque, in alcun caso o modo immaginabile che quest'ultimo

legislatore e giudici, Napoli, 2016; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali d'inizio-vita*, Milano, 2012, e, dello stesso, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Roma, 2020; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Torino, 2018; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Torino, 2018; V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, Torino, 2019; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020. Per quelle della seconda, v., poi, S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano, 2012, e, dello stesso, *Disposizioni di trattamento e dignità del paziente*, Roma, 2020; G. RAZZANO, *Dignità del morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, 2014; R.G. CONTI, *Scelte di vita o di morte. Il giudice garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la l. 219/2017*, Roma, 2019; S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bologna, 2021.

⁴⁰ Non è, d'altronde, per mero accidente che la stessa Corte costituzionale si avvalga non di rado dello strumento in parola, dopo aver finalmente superato una remora iniziale in tal senso [riferimenti, di recente, in F. TORRE, *L'assegno per il nucleo familiare sfugge dalla morsa della doppia pregiudizialità: occasione mancata o balzo in avanti per il dialogo tra Roma e Lussemburgo? (prime riflessioni a margine della sent. n. 67/2022, in Consulta OnLine, 2/2022, 9 maggio 2022, 447 ss., spec. 452 ss.)*.

⁴¹ Com'è stato, peraltro, finemente osservato da un'accreditata dottrina (A. PUGIOTTO, *Dalla “porta stretta” alla “fuga” dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni, in Quaderni costituzionali, 1/2016, 169*), sono sempre e solo i mezzi a “prefigurare” i fini.

possa aversi senza di quella o, peggio, in opposizione rispetto ad essa. Un esito, questo, al quale fatalmente, senza rimedio, conduce – come si è venuti dicendo – il sostanziale abbandono del limite delle “rime obbligate” e la sua innaturale conversione nelle “rime possibili”.

4. Una succinta notazione finale, con riferimento al bisogno che la stessa giurisprudenza ponga argini alle proprie camaleontiche manifestazioni ed in relazione alla sempre più problematica salvaguardia della certezza del diritto ed alla parimenti incerta e comunque sofferta tenuta dello Stato costituzionale

La conclusione della succinta riflessione svolta è, dunque, piana e, allo stesso tempo, inquietante: i giudici possono cambiare di continuo “pelle”, secondo occasione, trasformandosi alla bisogna in operatori politici, prendendo cioè il posto di questi ultimi, laddove appaiano essere latitanti ovvero si dimostrino complessivamente inadeguati al ruolo particolarmente gravoso al cui adempimento sono chiamati, a fronte di domande sociali viepiù imponenti e pressanti.

Ad oggi, siamo – a me pare – in mezzo al guado, in seno ad un processo in corso connotato da incertezze e contraddizioni interne, del quale dunque non si vedono i prossimi, ulteriori sviluppi che nondimeno – come si è venuti dicendo – fanno temere a riguardo della tenuta dello Stato costituzionale e della sua evoluzione in linea di continuità rispetto alla sua originaria e genuina matrice.

L’augurio – come si avvertiva poc’anzi – è che la stessa giurisprudenza voglia porre argini e dare un complessivo orientamento ad alcune delle sue espressioni di maggior peso e capacità d’incidenza sulle dinamiche che connotano sia la forma di governo che la forma di Stato, stabilendo dunque le condizioni di contesto al ricorrere delle quali si renda possibile una produzione normativa a “rime libere” e precisando a quali parametri culturali la stessa sia comunque tenuta a fare riferimento. Solo così è possibile recuperare un minimo di certezze operative delle quali il processo, anche (e soprattutto) nelle peculiari manifestazioni che si hanno presso la Consulta, non può comunque fare a meno.

Il riconoscimento dei diritti fondamentali si è posto – come si sa – quale il naturale approdo della “lotta per la Costituzione” che ha infiammato il vecchio continente al tramonto del XVIII secolo e nel corso della prima metà del XIX: una lotta che ha avuto per obiettivo primario il bene indisponibile della certezza del diritto nella sua più elevata e qualificante espressione, quale certezza di diritto costituzionale (in senso oggettivo) e, allo stesso tempo, di certezza dei diritti costituzionali.

La domanda che mi pongo è allora la seguente: cosa ne è della certezza in parola, in entrambe le sue declinazioni, nel momento in cui i giudici in genere e la Corte costituzionale in ispecie⁴² possono, secondo discrezionale (o, diciamo pure, politico) apprezzamento e senza limite di sorta, convertirsi camaleonticamente, secondo occasione, in operatori politici?

⁴² ... le cui decisioni – non si dimentichi – risultano essere sottratte ad ogni forma d’“impugnazione”.