

I diritti fondamentali, tra riconoscimento normativo ed effettività della tutela*

di Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. Il carattere polisemico del titolo evocativo dell'oggetto dello studio, dandosi forme e gradi diversi sia di riconoscimento dei diritti che della effettività della loro tutela. – 2. I c.d. “nuovi” diritti e la micidiale questione teorica relativa all'accertamento della loro “fondamentalità” ed alle sedi istituzionali in cui esso può aver luogo (modello ed esperienza a confronto). – 3. La centralità del ruolo dei giudici e la “misura” della effettività della tutela in ragione dei modi con cui essa risulta distribuita tra le sedi in cui si amministra giustizia e delle tecniche decisorie allo scopo messe in atto (esemplificazioni con riguardo al versante dei rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario ed alla tecnica delle decisioni in due tempi inaugurata dal giudice costituzionale in *Cappato*). – 4. Il modo distorto con cui è usualmente impostata e risolta la questione della effettività della tutela (gli esempi della salvaguardia della salute, specie nel tempo della pandemia da covid-19, e del sovraffollamento carcerario). – 5. L'effettività della tutela: un annoso e inquietante problema che, il più delle volte, può essere affrontato a modo solo attraverso la fattiva e solidale cooperazione degli Stati in seno alla Comunità internazionale e ad organizzazioni sovranazionali, quale da noi principalmente l'Unione europea.

1. *Il carattere polisemico del titolo evocativo dell'oggetto dello studio, dandosi forme e gradi diversi sia di riconoscimento dei diritti che della effettività della loro tutela*

Si torna oggi a discutere di talune micidiali questioni della teoria giuridica in genere (e costituzionale in ispecie), nell'intento di allentare, se non sciogliere del tutto, alcuni nodi già *ab antiquo* risalenti e col tempo fattisi via via sempre più fitti. Per avvedersene, basti solo porre mente alla questione dello sviluppo sostenibile che, ancora fino a non molto tempo addietro, non era avvertita come urgente e che invece si presenta oggi estremamente complessa e – a dirla tutta – di assai problematica risoluzione¹.

Il nostro odierno confronto oscilla tra i due poli dell'assetto democratico

* Relaz. conclusiva della terza sessione su *Diritti umani: riconoscimento normativo ed effettività della tutela*, nell'ambito del convegno italo-brasiliano dei professori di Diritto amministrativo e costituzionale (AIBDAC), dal titolo *Democrazia, diritti umani e sviluppo sostenibile. Quali sfide in Italia e Brasile?*, Palermo 15-16 settembre 2022, alla cui data lo scritto è aggiornato.

Dedico *toto corde* questo scritto a M. Immordino: studiosa insigne, persona dalle non comuni doti di mente e di cuore, amica carissima.

¹ Nella ormai nutrita letteratura, richiamo qui solo il contributo di AA.VV., *Nas fronteiras do direito: sustentabilidade e desenvolvimento*, a cura di A. RACHID COUTINHO, A. COPETTI, L.A. DAVID DE ARAUJO, Florianópolis, 2015, nel quale si fa il punto sulla situazione in Brasile, Spagna e Italia.

dello Stato (e, in genere, di una comunità politica organizzata)² e della salvaguardia dei diritti fondamentali³; ed è di tutta evidenza (e se n'è avuta anche oggi conferma) che chi tratta dell'una questione non può non dire anche dell'altra, e viceversa. È chiaro che può cambiare (ed effettivamente cambia) la prospettiva dalla quale si guarda all'oggetto peculiare di ciascuna riflessione, mettendo in particolare risalto alcuni profili piuttosto che altri. I due poli suddetti, nondimeno, si implicano a vicenda e non possono, dunque, essere tenuti innaturalmente separati tra di loro, così come pure talvolta si è tentato (ma senza successo) di fare in sede teorico-ricostruttiva.

Ne è presto spiegata la ragione. Di una tutela "effettiva" dei diritti in parola, nel significato che – come si vedrà – è da assegnare al termine, può dirsi unicamente in contesti ordinamentali ispirati al modello della liberal-democrazia (nelle sue plurime espressioni), così come di "democrazia" può discorrersi solo laddove si abbia (non il mero riconoscimento bensì la) "effettiva" tutela dei diritti stessi: *simul stabunt vel simul cadent*, insomma.

Il punto è però che tanto della democrazia (nell'accezione del termine di tradizioni liberali⁴) quanto dei diritti fondamentali si hanno non soltanto forme

² L'allargamento del campo si deve all'esigenza di non escludere dal raggio di osservazione del fenomeno oggi riguardato talune forme organizzative diverse dallo Stato (quale ad es. l'Unione europea), per quanto – com'è chiaro – è soprattutto sul primo che va appuntata l'attenzione.

³ Preferisco fare utilizzo del sintagma ora indicato nel testo al posto dell'altro "diritti umani", ricorrente – come si sa – specialmente nei discorsi dei cultori di diritto internazionale. Avverto, poi, che, per scorrevolezza della esposizione, il più delle volte ometterò di fare ricorso all'aggettivo qualificativo considerandolo implicitamente apposto.

Dal mio punto di vista, peraltro, anche i diritti umani sono, *in nuce*, provvisti dell'attributo della "fondamentalità", nell'accezione evocata dal termine, che rimanda appunto a ciò che sta a "fondamento" della organizzazione dello Stato o di altro ente; e, proprio perché "fondamentali", i diritti in parola sono "inviolabili", secondo la qualifica loro riconosciuta dalla nostra Carta costituzionale (e da altre Carte). L'"invulnerabilità", insomma, è una conseguenza della "fondamentalità" e comporta alcuni effetti suoi propri, tra i quali quello della refrattarietà delle norme che danno il riconoscimento dei diritti in parola ad essere oggetto di abrogazione "secca" o l'altro del peculiare trattamento ad esse riservato in sede giurisdizionale, secondo quanto si tenterà di mostrare meglio, per taluni aspetti, tra non molto.

⁴ "Democratici" infatti si sono autodefiniti (e si autodefiniscono) non soltanto regimi illiberali (e, anzi, antiliberali), riconducibili alla forma di Stato autoritario, nelle sue plurime varianti, ma anche quelli d'ispirazione marxiana, un tempo qualificati di "democrazia progressiva", nei quali pure nondimeno l'affermazione di una tutela "effettiva" dei diritti suonava come una beffarda mistificazione [sul rischio sempre incombente della degenerazione delle democrazie, in ispecie della loro conversione in "democrazie", v., spec., A. SPADARO, *Dalla "democrazia costituzionale" alla "democrazia illiberale" (populismo sovranista), fino alla... "democrazia"*, in *DPCE On Line*, 3/2020, 3875 ss., e A. DI GREGORIO, *La degenerazione delle democrazie contemporanee e il pluralismo semantico dei termini "democrazia" e "costituzionalismo"*, in *Scritti in onore di F. Lancaster*, I, a cura di G. CARVALE, S. CECCANTI, L. FROSINA, P. PICIACCHIA, A. ZEI, Napoli, 2022, 489 ss. Opportuni rilievi, nel corso del nostro convegno, spec. nelle relazioni di G. CORSO, *L'Europa tra democrazia liberale e democrazia illiberale*, e G. GRASSO, *Crisi pandemica e regressione democratica*].

sensibilmente diverse ma anche “gradi”, per dir così, di riconoscimento e di tutela parimenti diversi, al punto che seguitare a fare un discorso unitario, privo delle opportune specificazioni e precisazioni concettuali, appare dotato di mediocre capacità sistematica e qualificatoria, accomunandosi in un unico schema teorico “cose” eterogenee per forma e qualità.

Certo, è innegabile la esistenza di un “nucleo duro” che con costanza di caratteri si rinviene in ogni esperienza storico-positiva d’ispirazione liberale; e, se così non fosse, sarebbe del tutto improprio l’utilizzo dell’etichetta della “liberal-democrazia” che pure figura nei nostri discorsi di oggi. E, tuttavia, attorno a questo “nucleo” si dispongono materiali non poco consistenti che danno alla figura di riferimento un aspetto complessivamente peculiare, secondo quanto è peraltro avvalorato dal nostro confronto riferito a due Paesi dalle tradizioni costituzionali sensibilmente diverse.

Puntando ora specificamente l’attenzione sui diritti, lo studio che li ha ad oggetto oscilla esso pure tra due poli, emblematicamente evocati dal titolo dato alla nostra sessione di lavoro: il riconoscimento normativo e l’effettività della tutela. Un titolo, per vero, suggestivo ma anche – a me pare – polisemico, sì da richiedere talune precisazioni di non poco rilievo su entrambi i fronti.

Lo spazio concessomi non mi consente ora di far luogo ad un’analisi sufficientemente approfondita; mi limiterò, pertanto, a rappresentare talune notazioni essenziali in relazione ad alcuni nervi scoperti (e dolenti) della teoria costituzionale.

2. *I c.d. “nuovi” diritti e la micidiale questione teorica relativa all’accertamento della loro “fondamentalità” ed alle sedi istituzionali in cui esso può aver luogo (modello ed esperienza a confronto)*

Con riguardo al primo punto, la questione del riconoscimento si pone in termini particolarmente pressanti non tanto (o non solo) in relazione a diritti dalle antiche e solide radici nei Paesi di tradizioni liberali, dei quali è fatta dunque parola già nelle Carte costituzionali di fine Settecento e primo Ottocento, quanto (e soprattutto) per i c.d. “nuovi” diritti, ad oggi privi di esplicito riscontro in molte Carte costituzionali, tra le quali la nostra, venute alla luce all’indomani della immane tragedia della seconda grande guerra. Non è, per vero, senza significato che ad essi sia data l’opportunità di rispecchiarsi in documenti materialmente (o – come preferisce dire la giurisprudenza costituzionale⁵ – *tipicamente*) costituzionali, quali sono le Carte internazionali e sovranazionali dei diritti (e,

⁵ Il riferimento è, ovviamente, a Corte costituzionale, 14 dicembre 2017, n. 269: una pronunzia – come si sa – molto discussa (e, invero, discutibile), cui qui pure si farà più avanti cenno in relazione alla vessata questione della intensità della tutela dei diritti in ragione delle sedi processuali e delle tecniche di risoluzione delle controversie da queste adottate per farla valere.

specificamente, la CEDU e la Carta di Nizza-Strasburgo); e, tuttavia, la circostanza per cui in alcune Costituzioni statali non se ne faccia esplicita parola non resta priva di conseguenze, sol che appunto si voglia ammettere il giuridico rilievo dei riconoscimenti testuali.

Il *punctum dolens* della questione oggi nuovamente discussa è dato dalle incertezze che potrebbero aversi (e non di rado si hanno) per ciò che attiene ai diritti che possono propriamente fregiarsi del titolo della “fondamentalità”, laddove non sia stato dato al momento del varo della Carta costituzionale, sì da meritare appunto di essere recepiti nell’ordinamento e di potersi quindi affermare nell’esperienza⁶.

Do qui per acquisito l’esito teorico-ricostruttivo di una questione un tempo animatamente discussa, vale a dire che la Costituzione non *constituisce* bensì, appunto, *riconosce* i diritti fondamentali. Ciò che è, nella sua ristretta e propria accezione, “fondamentale” non può presentarsi come espressivo di un atto di volontà sovrana che appunto lo crea *ex nihilo* e impone; piuttosto, preesiste alla volontà stessa e, in un certo senso, la sovrasta, obbligandola a darvi il “riconoscimento” (in senso stretto), a pena di contraddire se stessa, vale a dire la complessiva conformazione del fatto costituente d’ispirazione liberale⁷.

Ciò che preesiste alla sua positivizzazione è, nondimeno, nascosto negli strati più profondi del corpo sociale. I diritti fondamentali sono infatti diffusamente ed intensamente avvertiti dalla comunità che per essi non poche volte si è battuta con vigore, mostrandosi pronta a pagare anche un duro prezzo in termini di vite umane sacrificate in vista del raggiungimento della meta del loro riconoscimento. Non a caso, d’altronde, i “vecchi” diritti hanno una lunga storia di rivoluzioni fatte dal popolo in armi, di “lotte per la Costituzione”⁸, quale documento avente proprio nel riconoscimento dei diritti stessi il suo cuore pulsante⁹. I “nuovi” diritti, invece, seppur ugualmente radicati nel corpo sociale ed intensamente avvertiti da quanti lo compongono, attendono il loro disvelamento, la “*inventio*”,

⁶ A conferma, poi, del rilievo teorico-pratico assunto dalla questione, si pensi solo al fatto che, una volta acquisito che certi diritti (“nuovi”) sono essi pure fondamentali, ad essi è dato di partecipare ad armi pari coi “vecchi”, espressamente riconosciuti, ad operazioni di bilanciamento, assiologicamente ispirate, secondo i casi.

⁷ Di qui lineare discende la conseguenza, a riguardo della quale G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005, secondo cui l’unico, vero detentore della sovranità è la Costituzione in senso oggettivo, appuntandosi essa nei valori fondamentali quali resi palesi dai principi di base dell’ordinamento, nonché dalle norme che ne danno la prima, diretta e necessaria specificazione-attuazione.

⁸ Su di che, per tutti, M. DOGLIANI, *La lotta per la Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2/1996, 293 ss.

⁹ ... secondo quanto peraltro è mirabilmente attestato dall’art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, laddove – come si sa – si rinviene proprio nei diritti in parola e nella separazione dei poteri i due elementi costitutivi della Costituzione, il secondo dei quali peraltro si pone – com’è noto – in funzione servente del primo: il tratto più genuinamente espressivo, ieri come oggi, della Costituzione e dello Stato che da essa prende il nome.

se così può dirsi, riprendendo un termine particolarmente significativo nella tradizione romanistica e da questa riferito a quanto appunto attende di essere portato alla luce ed opportunamente esplicitato¹⁰. Si tratta, quindi, di stabilire come ciò possa aversi in modo adeguato.

Muovo qui pure dall'idea, altrove argomentata¹¹, secondo cui i diritti fondamentali, vecchi o nuovi che siano, si pongono quali *bisogni elementari dell'uomo il cui appagamento è condizione di un'esistenza libera e dignitosa*¹². Chiaramente, ciascuno dei termini di cui questa definizione si compone richiederebbe di essere spiegato; la qual cosa, tuttavia, obbligherebbe a complesse ed impegnative analisi teoriche¹³ comportanti una marcata e lunga deviazione dal solco tracciato per questo studio, qui per evidenti ragioni d'impossibile realizzazione.

Il vero è che, al fine di fuggire – per quanto possibile – il rischio di indebite omissioni o parimenti indebite previsioni, occorre fare riferimento a quelle che a me piace chiamare *consuetudini culturali* di riconoscimento dei bisogni in parola diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale. Oltre tutto, per ciò che è qui di specifico interesse, dando voce ai bisogni stessi si rende salda l'aspettativa in ordine all'inveramento nell'esperienza degli enunciati che li riguardano, e perciò si hanno le migliori garanzie in merito alla loro effettiva osservanza, in una misura dunque complessivamente apprezzabile.

Si tratta quindi di stabilire quale sia la sede istituzionale maggiormente attrezzata allo scopo e il modo giusto di far luogo al riconoscimento in parola.

Ora, plurime ragioni depongono, a mio modo di vedere, a favore della sede parlamentare e dello strumento della legge costituzionale: il solo atto di potere costituito abilitato ad incidere sulla manifestazione genuina ed immediata di potere costituente, la Costituzione, variamente innovandovi¹⁴, specie per ciò

¹⁰ Nella nostra dottrina si è particolarmente rifatto a questa tradizione con personale rielaborazione P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017.

¹¹ Ho cominciato a discorrerne nel mio *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2016, 30 giugno 2016, 263 ss., nonché in *Cos'è un diritto fondamentale?*, a cura di V. BALDINI, Napoli, 2017, 337 ss., sforzandomi quindi di precisare meglio la ricostruzione ivi prospettata in altri luoghi di riflessione scientifica, tra i quali, di recente, *Il giudice-camaleonte e la salvaguardia dei diritti fondamentali*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 2/2022, 12 luglio 2022, 25 ss., spec. 36 ss.; nell'opera coll. sopra richiamata possono peraltro vedersi contributi teorici di diverso orientamento.

¹² Riprendo – come si vede –, generalizzandoli, termini attinti dalla nostra Carta e da questa utilizzati con specifico riguardo alla entità della retribuzione per il lavoro prestato.

¹³ ... in specie, per ciò che può propriamente intendersi per “libertà” e “dignità” nel corso della esistenza umana.

¹⁴ ... nei limiti – secondo dottrina e giurisprudenza correnti – stabiliti per la revisione costituzionale, quali linearmente ed esclusivamente discendenti dai principi fondamentali. A mia opinione, tuttavia, questi ultimi non soltanto non restano insensibili alla revisione stessa ma – di più – al ricorrere di talune circostanze sollecitano essi stessi di essere adeguati a sopravvenienti bisogni, secondo quanto peraltro è attestato dalla recente modifica posta in essere nei riguardi degli artt. 9

che attiene alla essenza stessa della materia costituzionale, ai diritti fondamentali appunto.

D'altro canto, la procedura aggravata prescritta per la formazione degli atti di forma costituzionale¹⁵ è la migliore garanzia di cui si dispone in ordine al giusto riconoscimento dei nuovi diritti, se non altro per la maggiore ponderazione che è insista nel *quorum* stabilito per la venuta alla luce degli atti stessi che verosimilmente prelude alla condivisione dei loro contenuti da parte delle forze politiche di opposto schieramento rappresentate in seno alle assemblee elettive e – ciò che qui più importa – alla loro rispondenza alle consuetudini culturali suddette¹⁶.

Alle indicazioni date *per essentialia* dalla legge costituzionale, conformemente alla natura ed al modello di struttura nomologica tipici di questa, dovrebbero quindi far luogo – come si è mostrato altrove – ulteriori svolgimenti ad opera della legge comune, essi pure nondimeno offerti da enunciati contenuti per estensione e duttili per sostanza normativa, sì da prestarsi quindi alle loro opportune specificazioni ed attuazioni in ragione dei peculiari, complessivi connotati dei casi, ad opera degli organi dell'esecuzione, in ispecie dei giudici.

Tengo qui pure a rimarcare il ruolo di non secondario rilievo giocato al riguardo da questi ultimi, col fatto stesso di essere chiamati – per il modello qui sommariamente raffigurato – non semplicemente a far luogo all'*applicazione* delle indicazioni somministrate dal legislatore bensì – di più – alla loro *attuazione*, a mezzo di regole prodotte in relazione alle singole questioni processuali portate alla loro cognizione.

Come si vede, per il modello in parola si vorrebbe un ruolo forte del legislatore prima e un ruolo non meno forte dei giudici poi, l'uno e l'altro idoneo a prendere varie forme a seconda dei diritti in relazione ai quali si fanno valere e del contesto in cui si avvia e svolge il processo, internamente articolato e composito, di produzione giuridica.

In realtà, di contro, il modello stesso è largamente “saltato”, a motivo del fatto che il legislatore costituzionale è venuto largamente meno al compito al quale era chiamato, nel mentre il legislatore comune, pur laddove è intervenuto

e 41 della Carta [maggiori ragguagli sul punto di cruciale rilievo possono, volendo, aversi dal mio *I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2022, 12 maggio 2022, 473 ss.].

¹⁵ ... in merito alla quale, di recente, acuti rilievi in A.I. ARENA, *Libertà e pluralismo nella formazione delle leggi costituzionali*, Napoli, 2021.

¹⁶ Naturalmente, non può escludersi che in occasione della formazione di una legge costituzionale si registri una spaccatura tra le forze politiche presenti in Parlamento. È pur vero però che non dovrebbe aversene riscontro – perlomeno secondo modello – con riguardo appunto al *riconoscimento* (nella sua ristretta e propria accezione) dei diritti fondamentali, mentre è ben possibile che le divisioni di schieramento tornino a presentarsi al momento della individuazione, per mano del legislatore comune, dei modi con cui darvi appagamento, secondo quanto si passa subito a dire nel testo. In ogni caso, com'è chiaro, strumento migliore di quello di forma costituzionale non si ha al fine di apprestare la prima ed essenziale disciplina del cuore pulsante della materia costituzionale, i diritti fondamentali.

(e non sempre si è avuto e si ha), ha esibito diffuse e gravi carenze, dando proprio sul terreno della disciplina dei diritti testimonianza di quella annosa e forse ormai irreversibile crisi di identità che affligge la rappresentanza politica (*rectius*, la rappresentatività), su cui – come si sa – è scorso un fiume d'inchiostro¹⁷.

Di qui, poi, la innaturale chiamata in sussidiarietà dei giudici, obbligati a farsi carico di un ruolo che, in prima battuta, come si è veduto, non dovrebbe loro competere, ponendo mano alla intera regolamentazione dei diritti, dandone cioè dapprima il riconoscimento e poi la tutela, peculiare di ciascun diritto e di ciascun caso.

Lo squilibrio istituzionale che è conseguito (e seguita a conseguire) allo stato di cose qui sommariamente descritto¹⁸ non è senza conseguenze al piano della organizzazione in genere e, di riflesso, delle dinamiche che al suo interno si impiantano e svolgono.

Di recente, una sensibile dottrina ha discusso di “democrazia giurisdizionale”¹⁹. Mi chiedo, però, quanta democrazia *tout court* possa aversi in contesti segnati dallo squilibrio istituzionale cui si è appena fatto cenno, tanto più se si conviene – come devesi convenire – che quella rappresentativa resta pur sempre – piaccia o no – la forma di democrazia ad oggi meno imperfetta inventata dall'uomo per dar modo al popolo di governare e al valore che sta a base della organizzazione della comunità statale²⁰ di potersi affermare, nei limiti segnati dalla Costituzione e dalle condizioni oggettive di contesto.

3. *La centralità del ruolo dei giudici e la “misura” della effettività della tutela in ragione dei modi con cui essa risulta distribuita tra le sedi in cui si amministra giustizia e delle tecniche decisorie allo scopo messe in atto (esemplificazioni con riguardo al versante dei rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario ed alla tecnica delle decisioni in due tempi inaugurata dal giudice costituzionale in Cappato)*

Centrale è, dunque, il rilievo giocato dai giudici non soltanto al fine di offrire ai diritti la tutela in misura viepiù crescente attesa ma anche (e prima ancora) – come si è venuti dicendo – di darne il riconoscimento, definendone quindi lo statuto complessivo²¹. Ciascun giudice, poi, a seconda del *munus* che gli è proprio e del livello ordinamentale in cui esso è esercitato è chiamato a dare il proprio concorso alla realizzazione di un compito così gravoso, impegnativo e non di rado sofferto.

¹⁷ Sulla questione, nondimeno, si tornerà sul finire di questa riflessione.

¹⁸ ... a riguardo del quale ho avuto modo, ancora non molto tempo addietro, di svolgere alcune precisazioni cui pure qui rimando [v., dunque, volendo, il mio *Il giudice-camaleonte e la salvaguardia dei diritti fondamentali*, cit., 25 ss.].

¹⁹ L. LONGHI, *La democrazia giurisdizionale. L'ordinamento giudiziario tra Costituzione, regole e prassi*, Napoli, 2021.

²⁰ ... al quale, non a caso, da noi è fatto richiamo nel disposto iniziale della Carta, ferma, ad ogni buon conto, la giuridica parità che è propria di tutti i valori fondamentali cui la Carta stessa dà voce.

²¹ In argomento, in occasione dei nostri lavori, v., part., A.M. SANDULLI, *Effettività della tutela tra fonti normative e interpretazione giurisprudenziale*.

Sarebbe tuttavia ingenuo e, a dirla tutta, insensato pensare di poter fare una graduatoria tra chi dà di più e chi di meno alla costruzione dell'edificio comune. Non può, però, tacersi che, a seconda della sede istituzionale e delle tecniche retorico-argomentative e decisorie poste in essere per la soluzione dei casi, varia la misura della tutela e, dunque, della effettività della stessa.

Il punto merita una speciale attenzione, avvalorando l'idea che seguitare a discorrere in modo indistinto della effettività della salvaguardia dei diritti, senza precisarne appunto il grado o la intensità, è operazione teorica imprecisa e, se posso esprimermi con franchezza, alquanto rozza. È pur vero, comunque, che i giudici si dispongono tutti in uno stesso circuito, variamente influenzandosi a vicenda e dando vita ad orientamenti giurisprudenziali bisognosi di alimentarsi costantemente e copiosamente l'un l'altro. D'altronde, se è vero che è soprattutto in sede giurisprudenziale che si forma ed incessantemente rinnova il c.d. "diritto vivente", così come la Costituzione, al fine della propria messa a punto ed incessante rigenerazione semantica, ha bisogno di integrarsi con altre Carte nei fatti interpretativi²², parimenti è per le giurisprudenze quali sedi elettive della conversione del diritto vigente in vivente. Ed è chiaro che in siffatto "dare-avere", specificamente apprezzabile al piano culturale, non è agevole stabilire quale sia l'entità del contributo offerto dai singoli operatori di giustizia, fermo restando che la costruzione è pur sempre il frutto di un apporto corale, fattivo, particolarmente rilevante. È ovvio che non infrequenti sono le occasioni di divergenze ed anche di aspri conflitti tra le Corti; il raffronto dei punti di vista è, comunque, salutare e, per effetto degli sforzi argomentativi prodotti, alla lunga porta a convergenze e talora persino alla sostanziale identità dei punti stessi, con beneficio tangibile per i diritti e per coloro che ne sono portatori²³.

In questo quadro, cruciale rilievo hanno la tipologia e gli effetti delle tecniche decisorie, con riflessi immediati – per ciò che è qui di specifico interesse – per la intensità della tutela, la misura cioè della sua effettività.

Un paio di esempi soltanto, per maggior concretezza del discorso, con riferimento a vicende peraltro assai note e discusse.

Si consideri, dunque, la vessata questione relativa alla risoluzione delle antinomie tra norme legislative interne e norme della Carta dei diritti dell'Unione europea (e/o norme a questa *quodammodo* "connesse"), con specifico riguardo ai casi di "doppia pregiudizialità" e all'ordine logico e cronologico in cui l'una si pone rispetto all'altra, alla luce delle indicazioni venute da Corte cost. n. 269 del 2017, con le non secondarie

²² Così, quasi testualmente, secondo Corte costituzionale, 22 ottobre 1999, n. 388, seguita da altre pronunzie, tra le quali la 30 aprile 2021, n. 84 e la 13 giugno 2022, n. 145.

²³ Non è casuale che sia col tempo sempre più cresciuto il rilievo della comparazione giuridica: testimonianza inequivocabile della naturale, irrefrenabile tendenza ad abbattere artificiose barriere al fine di assicurare ai diritti un livello accettabile di salvaguardia (in tema, per tutti, G. DE VERGOTTINI, *Constitutional law and the comparative method*, in *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism*, a cura di J. CREMADES, C. HERMIDA, Cham, 2021, 1 ss.).

“precisazioni” datevi da alcune note pronunzie del 2019 (a partire dalla 20) e da altre ancora (da ultimo, sent. n. 149 del 2022), in forza delle quali il giudice sarebbe libero di scegliere a quale questione pregiudiziale accordare la precedenza, senza peraltro escludere la eventualità del loro congiunto e simultaneo esercizio.

Non intendo riprendere ora neppure in sunto i termini essenziali del confronto teorico che ha accompagnato gli sviluppi dell’indirizzo giurisprudenziale inaugurato dalla pronunzia del 2017, un confronto – come si sa – particolarmente animato ed al quale ha partecipato una nutrita schiera di studiosi di vario orientamento. Mi limito qui solo a ribadire due cose, a mia opinione meritevoli di essere tenute particolarmente presenti.

La prima è che non vedo come non dare la precedenza alla questione “comunitaria” per il caso che il significato del disposto sovranazionale si presenti oscuro o, come che sia, appannato agli occhi dell’operatore nazionale, al punto da non sapere neppure se ricorrano le condizioni per la eventuale prospettazione di una questione di costituzionalità che lo riguardi²⁴. A seconda, poi, delle indicazioni ricevute dalla Corte dell’Unione, potrà (e dovrà) aversi la immediata “non applicazione” della norma interna, accompagnata dalla immediata applicazione di quella sovranazionale *self-executing* con la prima in tesi incompatibile, ovvero la presentazione di una questione di costituzionalità avente ad oggetto la stessa norma interna (per il caso di antinomia con norma eurounitaria non immediatamente applicabile) o, ancora, avente ad oggetto la norma sovranazionale (per il tramite della legge di esecuzione) sospetta di recare un *vulnus* ai principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale²⁵.

La seconda è che sia la tecnica decisoria dell’annullamento, vigorosamente caldeggiata dalla Consulta²⁶, sia l’altra della “non applicazione” da parte del singolo operatore di giustizia, a cui favore mi sono ripetutamente dichiarato, presentano obiettivamente

²⁴ ... tanto, in via ordinaria, quale parametro, quanto (eccezionalmente) quale oggetto del sindacato di costituzionalità, ovviamente per il tramite della legge di esecuzione della fonte sovranazionale, facendosi valere nei suoi riguardi l’arma dei “controlimiti”.

²⁵ Si è fatto al riguardo altrove notare che i “controlimiti” (in merito ai quali, per tutti, S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Napoli, 2018, e D. PELLEGRINI, *I controlimiti al primato del diritto dell’Unione europea nel dialogo tra le Corti*, Firenze, 2021) possono entrare in campo e farsi valere non già per il mero fatto della incompatibilità di norma sovranazionale con questo o quel principio fondamentale bensì unicamente laddove l’incompatibilità stessa comporti un costo per i principi (nel loro fare “sistema”) maggiore di quello dei benefici che possono aversi per effetto dell’applicazione della norma stessa in ambito interno. È infatti da mettere in conto l’eventualità che la disciplina avente origine esterna (sovranazionale o internazionale che sia), per un verso, si mostri in conflitto con un principio fondamentale e però, per un altro verso, si disponga al servizio della tavola dei principi nella sua unità significativa. Ed è chiaro che, in una congiuntura siffatta, dovrà – come di consueto – farsi luogo ad un’operazione di “bilanciamento” su basi di valore tra costi e benefici conseguenti all’efficacia della normativa in parola.

²⁶ ... malgrado le aperture fatte (specie a partire dal 2019) a beneficio degli operatori nazionali in ordine alla precedenza da accordare all’una ovvero all’altra specie di pregiudizialità.

vantaggi ed inconvenienti²⁷; e, tuttavia, far dipendere unicamente dalla loro reciproca ponderazione la scelta per l'una o l'altra è, a mio modo di vedere, praticamente sterile e – ciò che maggiormente importa – metodicamente e teoricamente scorretto.

È l'una cosa, per il fatto che costi e benefici, a conti fatti, si equivalgono, di modo che l'opzione finisce con il porsi quale il frutto di una personale inclinazione del singolo giudice²⁸.

È l'altra cosa, se si conviene (e, a mia opinione, non può non convenirsi) a riguardo del fatto che la tecnica della “non applicazione” è l'*unica* a discendere in modo lineare e diretto dall'art. 11 della Carta, nella lettura ormai invalsa, con riguardo ad *ogni* caso di antinomia coinvolgente norma sovranazionale *self-executing*, una lettura alla cui affermazione – è bene non dimenticare – la stessa giurisprudenza costituzionale ha dato, a seguito di una lunga e travagliata elaborazione, il proprio fattivo, decisivo apporto. Ebbene, la tecnica in parola non è una sorta di *optional* – come, invece, parrebbe dare ad intendere la Consulta – che, peraltro, il medesimo operatore di giustizia potrebbe utilizzare in un caso e, senza neppure spiegarne la ragione, non utilizzare in un altro (segnatamente, laddove sia evocata in campo norma della Carta di Nizza-Strasburgo e persino di altra fonte a questa *quodammodo* funzionalmente “connessa”²⁹).

Il vero è che, dopo aver demandato ai giudici comuni la soluzione di talune specie di antinomie tra diritto interno e diritto (ieri comunitario ed oggi) eurou-

²⁷ A favore del sindacato della Consulta milita principalmente l'argomento secondo cui lo stesso – si suole dire – serve meglio la causa della certezza del diritto e porta alla caducazione della norma invalida con effetti *erga omnes*. Si può, tuttavia, opporre un rilievo che ho più volte affacciato e che induce ad identificare la certezza del diritto con la effettività della tutela apprestata ai diritti, l'una infatti risolvendosi nella seconda e, comunque, ponendosi quale valore fondamentale dell'ordinamento proprio per il ruolo servente giocato a beneficio dei diritti stessi. D'altro canto, è sì vero che il carattere generale degli effetti propri delle decisioni ablativo del tribunale costituzionale è una risorsa preziosa; e, tuttavia, l'argomento prova troppo, dal momento che, spinto fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni, dovrebbe portare alla esclusione della tecnica della “non applicazione” *per ogni caso* di antinomia interordinamentale. Ciò che, tuttavia, non può aversi e non si ha, la stessa Consulta dichiarandosi pronta a conoscere unicamente delle specie di antinomie cui si riferisce la 269 del 2017. Non si trascuri, infine, la circostanza per cui la tecnica dell'immediata applicazione della norma sovranazionale al posto di quella interna con essa incompatibile presenta l'innegabile pregio della immediata risoluzione della controversia, senza ulteriore dispendio di energie e di tempo, confermando pertanto la regola secondo cui la prima delle sedi in cui va offerta tutela ai diritti – com'è stato, non molto tempo addietro, opportunamente rammentato da un'accreditata dottrina (R. BIN, *Chi è responsabile delle “zone franche”?*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, a cura di R. ROMBOLI, Torino, 2017, 152) – è quella in cui si amministra la giustizia comune. Ad ogni buon conto, ciò che ai miei occhi appare risolutivo è l'argomento che si passa subito a rappresentare nel testo.

²⁸ Il punto è molto importante, se si considera che numerosi tentativi sono stati fatti da una generosa dottrina al fine di stabilire quali criteri dovrebbero presiedere alla scelta. Sta di fatto, però, che né di essi si fa parola alcuna in diritto positivo né – ciò che, a conti fatti, più importa – ne fa la giurisprudenza costituzionale fin qui maturata.

²⁹ ... una “connessione” lasciata peraltro largamente indeterminata e rimessa ad occasionali

nitario ed essersi deliberatamente esclusa dal “dialogo” diretto con la Corte dell’Unione³⁰, il nostro giudice costituzionale ha fatto opera di pentimento, mettendo in atto un’articolata e complessa manovra di “riaccentramento” – com’è usualmente chiamata³¹ –, di cui proprio la decisione del 2017 sopra richiamata costituisce, forse, la più emblematica e rilevante testimonianza³².

Al di là della soluzione da ciascuno di noi caldeggiata, una cosa è certa; ed è

apprezzamenti dell’operatore di turno in prima battuta e, in ultima istanza, del giudice costituzionale.

³⁰ Emblematica appare appunto essere la vicenda del rinvio pregiudiziale, conclusasi – come si sa – con un *revirement*, per effetto del quale ormai da anni il nostro tribunale costituzionale si è dichiarato pronto ad avvalersi dello strumento in parola; ciò che – come pure è noto – ha più volte (e ancora di recente) fatto.

³¹ *EX plurimis*, D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020; AA.VV., *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, a cura di G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI, Napoli, 2020; E. MALFAITI, *La tendenza a un nuovo accentramento*, in AA.VV., *Rileggendo gli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019). A Roberto Romboli dai suoi allievi*, Torino, 2020, 243 ss.; pure *ivi*, G. CAMPANELLI, A. LO CALZO, *La Corte e i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, 328 ss.; R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers* (www.europeanpapers.eu), 19 giugno 2020, 1 ss.; C. PADULA, *Le “spinte centripete” nel giudizio incidentale di costituzionalità*, in *Quest. giust.* (www.questionegiustizia.it), 4/2020, spec. 62 ss.; E. LAMARQUE, *I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee*, *ibid.*, 89 ss., della quale v., inoltre, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana. Nuova stagione, altri episodi*, Napoli, 2021; M. LOSANA, *Tutela dei diritti fondamentali e (in)stabilità delle regole processuali*, in *Quad. cost.*, 2/2020, 305 ss.; G. MONACO, *La Corte costituzionale ridisegna il proprio ruolo nella tutela dei diritti fondamentali, tra Carta di Nizza, CEDU e Carta sociale europea*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2020, 15 luglio 2020, 146 ss.; A.O. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent’anni dalla sua proclamazione*, in *Dir. pubbl.*, 3/2020, 659 ss.; AA.VV., *Granital revisited? L’integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, a cura di C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE, Bologna, 2020; AA.VV., *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 3/2021, 27 gennaio 2021; G. REPEITO, *Dell’utilità per la Corte di giustizia della priorità dell’incidente di costituzionalità. In margine alla sentenza del 2 febbraio 2021 sul diritto al silenzio nei procedimenti volti all’irrogazione di sanzioni amministrative punitive (Corte di giustizia, Grande Sezione, C-481-19, DB c. Consob)*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 6 aprile 2021; S. BARBIERI, *Quel che rimane della sentenza n. 269 del 2017: il finale (non previsto?) di un tentativo di ri-accentramento*, in *Eurojus* (www.rivista.eurojus.it), 17 maggio 2021 e, se si vuole, i miei *Il giudice e la “doppia pregiudizialità”: istruzioni per l’uso*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 6/2021, 24 febbraio 2021, 211 ss.; *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2021, 16 aprile 2021, 456 ss., spec. 468 ss., e, ora, *La giustizia costituzionale in navigazione verso l’ignoto*, in *Dir. comp.* (www.diritticomparati.it), 2/2022, 9 giugno 2022.

³² Non minore rilievo è, poi, da assegnare al sostanziale abbandono del limite delle “rime obbligate”, inopinatamente convertite nelle “rime possibili”, come sono state chiamate da attenti commentatori [v., part., S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 183 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss., spec. 293; I. GOIA, *Una giustificabile “invasione” di campo*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2021, 9 dicembre 2021, 1001 ss. e lo stesso Presidente della Corte G. Amato, nella relazione relativa all’anno 2021. Di “versi sciolti” discorre D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento*

che, diverse essendo le tecniche decisorie (quanto alla sede istituzionale in cui si fanno valere, la loro natura, gli effetti prodotti), parimenti diversa non può che essere la misura della effettività della tutela assicurata ai diritti: una conferma *per tabulas* – come si vede – del bisogno di declinare al plurale il termine che figura nel titolo della nostra sessione di lavoro.

Questa conclusione è, poi, da tener ferma anche per il caso, su cui ora non indugio, che un'antinomia interordinamentale in genere sia risolta (*rectius*, prevenuta) a mezzo della tecnica decisoria della interpretazione conforme, in occasione della cui messa in atto si ha, ancora una volta, riprova del ruolo di cruciale rilievo giocato dai giudici comuni (qui, con l'incoraggiamento venuto dallo stesso tribunale costituzionale)³³, così come peraltro la si ha per effetto di utilizzi (a volte, per vero, forzosi o, come che sia, inappropriati) di altre tecniche

della giustizia costituzionale in Italia, cit., 101 ss.; di “rime libere” A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 264 ss., nonché *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi* (www.federalismi.it, 12/2021, 5 maggio 2021, spec. 197 ss. A giudizio di M. RUOTOLO, *Oltre le rime obbligate?*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 3/2021, 27 gennaio 2021, 58 ss., si sarebbe, invece, in presenza di un mero “allentamento” del vincolo discendente dalle rime obbligate; cfr. nella stessa *Rivista*, N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, 94 ss.].

È pur vero, nondimeno, che il giudice costituzionale mette in atto una tecnica, altrove definita di *stop and go* (così nel mio *La Corte costituzionale e il processo incidentale tra regole e regolarità*, in *Quad. cost.*, 2/2022, spec. 329 ss.), ora portandosi dentro il campo riservato al legislatore ed ora invece ritraendosi, in nome del rispetto del discrezionale apprezzamento proprio di quest'ultimo (ad es., di recente, Corte costituzionale, 8 luglio 2022, n. 171, e 14 luglio 2022, nn. 176 e 177), senza che peraltro sia del tutto chiara la ragione che sta a base della scelta nell'uno ovvero nell'altro verso fatta.

³³ Che poi dello strumento in parola a volte non si sia fatto (e non si faccia) buon uso, ora per difetto ed ora per eccesso, è, ovviamente, da prendere in considerazione; non v'è tuttavia da farsene meraviglia, dovendosi pur sempre mettere in conto che si abbiano delle deviazioni dai canoni in sede d'interpretazione, sia o no conforme. A volte, si registra nei fatti persino il ribaltamento su se stesso dello schema della interpretazione conforme, adattandosi i contenuti della Costituzione (e, in genere, delle fonti assunte a parametro, specie internazionali e sovranazionali) a quelli della legge, in vista della loro forzata riconciliazione. Ed è chiaro che altro è la circolarità del percorso interpretativo, secondo la mirabile intuizione che era già nella *Theorie der Rechtsquellen* del '29 di A. ROSS, ed altra cosa una ricognizione semantica a senso unico, nei termini appena indicati: un esito, questo, peraltro agevolato dalla formidabile duttilità strutturale dei materiali di cui per norma si compongono gli enunciati della Carta costituzionale (e di altre Carte), a motivo del linguaggio a maglie larghe (e in più punti persino larghissime) con il quale essi si esprimono [sulla lingua della Costituzione, v., spec., G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2/1989, 229 ss.; AA.VV., *La lingua dei giuristi*, a cura di P. CARETTI, R. ROMBOLI, Pisa, 2016; B. BARBISAN, *La più bella del mondo? Leggibilità e concretezza della Costituzione italiana*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2022, 8 giugno 2022, 142 ss. e, nella stessa *Rivista*, J. VISCONTI, *La lingua della Costituzione tra lessico e testualità*, 3/2022, 29 agosto 2022, 110 ss.].

interpretative³⁴, quale ad es. quella della selezione del precedente ovvero del suo adattamento interpretativo, dell'autocitazione, e via dicendo³⁵.

Sta di fatto che, nel pur encomiabile intento di dare un qualche ristoro a diritti largamente trascurati dal legislatore e vilipesi nell'esperienza, il giudice costituzionale si è trovato col tempo ad allargare sempre di più il ventaglio delle tecniche decisorie di cui dispone e che lo stesso si è largamente forgiato (in aggiunta ai tipi-base dell'accoglimento e del rigetto "secchi"), con ciò stesso rendendo sempre più marcata e vistosa la "supplenza" dallo stesso esercitata nei riguardi di chi è istituzionalmente preposto alla produzione legislativa.

Particolare rilievo va, al riguardo, assegnato alla tecnica della decisione in due tempi – com'è usualmente chiamata –, inaugurata in *Cappato* e più volte messa in atto. Ciò che, tuttavia, inquieta – se posso esprimermi in modo franco (e mi scuso per la pesantezza del linguaggio) – è la disinvoltura e l'improvvisazione esibite in occasione della sua messa in atto, testimoniata ancora di recente dal mancato rispetto del termine annuale dalla stessa Corte fissato per la definizione del caso, prorogato per altri sei mesi (ord. n. 122 del 2022)³⁶. Il rischio della perdita (o, quanto meno, di un calo vistoso) di credibilità per la Corte mi parrebbe innegabile...

Insomma (e senza dilungarsi, ora, in altri esempi che pure potrebbero agevolmente addursi), si è ormai perfezionata (o, diciamo pure, è in via di compiuta maturazione) la parabola di un giudizio obbligato secondo modello a restare entro i confini della *validità*, sia pure nei tratti complessivamente peculiari che gli sono propri e che lo distinguono dai giudizi posti in essere presso le sedi in cui si

³⁴ Dei casi non infrequenti di eccesso di potere giurisdizionale tratta ora P. BONINI, *La questione dell'evoluzione della funzione giurisdizionale (alcune riflessioni sull'eccesso di potere giurisdizionale)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2022, 19 settembre 2022, 980 ss. Una questione, questa, che – come si viene dicendo – si presenta in forme particolarmente gravi in relazione alle pronunzie del giudice costituzionale.

³⁵ Tecniche – rammento qui di sfuggita – di cui fanno largo uso anche altri giudici, quali le Corti europee e, per ciò che qui più da presso importa, la Corte costituzionale, di cui rende eloquente testimonianza la parte motiva delle decisioni adottate, specie in relazione alle questioni maggiormente complesse e spinose (in tema, v., almeno, AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Torino, 1994, e A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996. Un raffronto con le tecniche interpretative e argomentative di *common law*, può vedersi in V. VARANO, *Regola del precedente, overruling, giustizia predittiva*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il diritto giurisprudenziale*, a cura di V. MESSERINI, R. ROMBOLI, E. ROSSI, A. SPERTI, R. TARCHI, Pisa, 2020, 173 ss.; pure *ivi*, V. FREDIANELLI, *L'uso del precedente interno da parte della Corte suprema statunitense: la vicenda del prospective overruling*, 221 ss., e V. BARSOTTI, *Diritto giurisprudenziale e comparazione giuridica*, 245 ss.; infine, G. ROMEO, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Torino, 2020).

³⁶ Su questa anomala vicenda, per tutti 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* (www.giurcost.org), 2/2022, 28 giugno 2022, 819 ss.

amministra la giurisdizione comune, e invece convertitosi in uno di *opportunità*³⁷, secondo occasionali apprezzamenti che lo stesso tribunale costituzionale riserva in via esclusiva a se stesso e che si giovano poi della formidabile, invalicabile “copertura” offerta dall’ultimo comma dell’art. 137 della Carta. Se ne ha, dunque, una vistosa confusione dei ruoli istituzionali, segnatamente di quelli di direzione politica e di garanzia, con uno scadimento vistoso dei tratti tipici di quest’ultimo che peraltro – per ciò che è qui di particolare interesse – rende alquanto incerta e, diciamo pure, imprevedibile la effettività della tutela assicurata ai diritti, dipendente da contingenti valutazioni del giudice costituzionale e dal modo con cui quest’ultimo calibra i propri interventi volti al sostanziale rifacimento dei testi di legge (sempre che appunto decida di farvi luogo...) in ragione dei casi.

4. *Il modo distorto con cui è usualmente impostata e risolta la questione della effettività della tutela (gli esempi della salvaguardia della salute, specie nel tempo della pandemia da covid-19, e del sovraffollamento carcerario)*

Si ha, dunque, conferma del fatto che la cruciale questione relativa alla effettività dei diritti (e, allo stesso tempo, della democrazia) rimanda, per un verso, ad orientamenti forgiati secondo occasione dal giudice costituzionale, in un contesto nondimeno segnato da un ruolo crescente esercitato da tutti gli operatori di giustizia (nazionali e non), e, per un altro verso, a nodi micidiali della teoria costituzionale ad oggi non sciolti e – è bene averne chiara avvertenza – forse impossibili da sciogliere del tutto, dei quali dunque è realisticamente auspicabile l’allentamento.

Si consideri, a quest’ultimo riguardo, un dato d’immediata evidenza. Al fine, infatti, di stabilire se una previsione normativa sia “effettiva” occorre far luogo dapprima alla ricognizione del significato della stessa, quindi alla osservazione dell’esperienza e, infine, al riporto di questa a quella; e non è chi non veda quante incertezze ciascuna di tali operazioni comporta, tant’è che non infrequenti sono i casi di divergenze degli esiti ricostruttivi.

V’è di più. Come si è già accennato e deve ora precisarsi meglio, si danno non di rado più “gradi” di effettività, tanto più ove si abbia riguardo ai diritti (in ispecie ad alcuni di essi), suscettibili di essere appagati in diversa misura. È chiaro che l’apprezzamento di quest’ultima ha molto di soggettivo; e una tutela da alcuni considerata soddisfacente può non esserlo per altri.

Ancora una volta, tuttavia, l’ordinamento può dare rilievo a pulsioni sogget-

³⁷ Di un sindacato di opportunità discorreva già la dottrina molti anni addietro, senza che ovviamente potesse minimamente immaginare come sarebbe cambiato il sindacato stesso, portando all’effetto di uno squilibrio marcato tra l’“anima” politica della Corte e la sua “anima” giurisdizionale – come si è soliti chiamarle –, a tutto detrimento della seconda.

tive solo fino ad un certo punto, di lì in avanti risultando necessario far luogo a criteri idonei a portarsi oltre le pretese dei singoli al fine di poter pervenire alla chiusura di controversie soggettive e, dunque, all'accertamento della "verità" dei fatti (seppur solo nell'accezione processuale del termine).

Si spiega in questa luce, per un verso, il riconoscimento del diritto al processo, quale diritto strumentale piegato all'appagamento dei diritti – per dir così – sostanziali, che nondimeno può essere fatto valere – come si sa – unicamente fino alla produzione della cosa giudicata³⁸.

V'è, poi, da tener conto del fatto che la pretesa soggettiva alla tirannica, piena affermazione di un diritto non può comunque trovare accoglienza, per la elementare ragione che la prospettiva giusta dalla quale i diritti stessi richiedono di essere osservati (e "misurati" nel grado della loro realizzazione) non è quella *atomistica*, che si appunta unicamente sul diritto di volta in volta considerato, bensì l'altra *olistica* o, per dir meglio, *sistematica*, che ha riguardo all'intera gamma dei diritti e, in genere, dei beni della vita costituzionalmente protetti ed evocati in campo da ciascun caso, interrogandosi se la soluzione apprestata a quest'ultimo risulti idonea a darvi un complessivo appagamento. Il "bilanciamento" – come si è soliti chiamarlo – è la tecnica cui si fa usualmente ricorso al fine della ottimale risoluzione delle questioni portate alla cognizione dei giudici, nell'intento di dar modo alla Costituzione, quale "sistema" di beni riconosciuti meritevoli di tutela, di potersi far valere al meglio di sé, alle condizioni oggettive di contesto. E i bilanciamenti, pur quando riescano nel migliore dei modi, comportano pur sempre sacrifici, a volte anche molto consistenti a carico di questo o quel diritto, senza peraltro che resti esclusa la eventualità del pur momentaneo, integrale sacrificio di un diritto per far posto ad altri considerati prioritari ovvero allo stesso diritto di cui si facciano portatori soggetti giudicati maggiormente meritevoli di tutela di altri.

Emblematica, al riguardo, la vicenda di un diritto al quale nel corso dei nostri lavori si è prestata una speciale attenzione, quello alla salute³⁹.

Nel momento in cui la pandemia sanitaria che ad oggi ci affligge è esplosa con immediata evidenza, si è avuta chiara percezione del rilievo giocato dalle risorse umane, materiali ed organizzative per l'appagamento del diritto in parola (come pure di altri), in ragione delle condizioni oggettive di contesto. Ciò che, infatti, è considerato sufficiente in situazioni di una sia pur relativa quiete sociale ed istituzionale non lo è più in situazioni "eccezionali"⁴⁰ che, pur diverse dalla

³⁸ Non indugio qui sui casi di revisione del processo (segnatamente in materia penale) che pur tuttavia si pongono quale la classica eccezione che conferma la regola.

³⁹ Sui limiti patiti dalla tutela di tale diritto per effetto della pandemia, per tutti e di recente, V. MANZETTI, *Il diritto alla salute di genere e la sindrome di Yentl: una fragile "effettività"*, in *Nuove aut.* (www.nuoveautonomie.it), 1/2022, 133 ss.

⁴⁰ Su regole ed eccezioni acuti rilievi, di recente, in M. LUCIANI, *Il diritto e l'eccezione*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2022, 13 maggio 2022, 59 ss.

rappresentazione datane nella nota teorizzazione schmittiana e ancorché giudicate inidonee a mettere a rischio la identità e continuità della società e dell'ordinamento nel tempo, ugualmente a questi ultimi recano un *vulnus* profondo, pregiudicandone il fisiologico svolgimento, fatto deviare dal suo solco naturale⁴¹.

Ebbene, mostrando le risorse umane e materiali limiti evidenti di rendimento, le soluzioni concretamente adottate per far fronte alla drammatica situazione determinatasi si sono ad esse giocoforza adeguate e la stessa teoria costituzionale si è trovata obbligata dagli eventi a far luogo a letture riduttive e, a conti fatti, forzose del dettato della Carta.

Così, si è discusso (e si seguita a discutere) in merito ai criteri da mettere in campo per fissare l'ordine delle priorità nei posti di terapia intensiva, già rivelatisi insufficienti nel momento in cui la pandemia ha raggiunto livelli paurosi e che – ahimè – potrebbero nuovamente dimostrarsi troppo esigui⁴².

La questione di fondo non è però quella di stabilire se dare la precedenza a chi arriva prima o a chi ha maggiori aspettative di vita e, in genere, appare essere maggiormente vulnerabile ed esposto. La via diritta tracciata nella Carta costituzionale è, infatti, un'altra, a *tutti* dovendo essere data l'opportunità di farsi curare e, se possibile, di guarire.

L'obiezione corrente che fa capo al *leit motiv* delle risorse limitate sposta innaturalmente il fuoco della questione, non consentendo dunque di metterla sotto la giusta luce e darne il retto inquadramento.

Il vero è, infatti, che le risorse ci sono, quanto meno in Stati come il nostro nei quali la produzione della ricchezza nazionale raggiunge certi livelli⁴³. Il punto

⁴¹ Non affronto qui la complessa questione relativa ai segni, numerosi e profondi, lasciati dalla emergenza sanitaria in corso sul corpo della Costituzione e dello Stato costituzionale: segni, a mia opinione, indelebili che parrebbero invero avvalorare il giudizio di quanti si sono dichiarati dell'idea che nella storia della umanità vi sarebbe un prima della pandemia ed un dopo di essa.

⁴² È singolare che dalla vicenda gli organi della direzione politica non abbiano tratto – da noi come altrove – il necessario insegnamento, tanto più che è pressoché certo che pandemie quale questa (e, forse, peggiori di essa) se ne avranno anche in futuro e che è pertanto urgente attrezzarsi per tempo al fine di farvi fronte in modo adeguato, dando vita a nuovi ospedali, dotando quelli già esistenti di ulteriori posti di terapia intensiva, aumentando il numero dei posti nei corsi di studio di medicina (e, specificamente, di quelli di specializzazione più direttamente interessati da siffatto tipo di malattia), ecc.

⁴³ Non è così, invece, come si sa, in altri Paesi che non hanno raggiunto il nostro livello di sviluppo; e, poiché nulla v'è di più "globale" o "globalizzato" di un male che si diffonde senza conoscere confini territoriali, se ne ha che l'unico modo per uscirne o, quanto meno, per contenerne i disastrosi effetti è quello di dar vita ad una efficace organizzazione sovrastatale frutto di un'autentica, fattiva cooperazione tra i Paesi che dispongono delle maggiori risorse e che, anche per loro interesse e non soltanto per spirito di solidarietà, devono renderle disponibili a beneficio di coloro che ne sono dotati in minore misura o, addirittura, che non ne hanno [sulla solidarietà, che per taluno ha da risolversi in vera e propria fraternità, specie nei riguardi dei lontani, acuti rilievi in A. SPADARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it); dello stesso, v., inoltre, *Dai*

è che esse sono mal distribuite e male impiegate: a conferma del fatto che il modello liberista ad oltranza richiede consistenti correzioni della sua stessa struttura⁴⁴ e che i modi usualmente adottati per la selezione dei governanti hanno essi pure bisogno di un complessivo, radicale ripensamento⁴⁵. Una conclusione, questa, che vale per il diritto ora succintamente preso in esame ma che appare essere generalizzabile in relazione ad ogni diritto che comporta un costo (anzi, per dir meglio, un costo elevato, sol che si convenga che non ve n'è alcuno che ormai non richieda, al fine di essere congruamente appagato, la messa in campo di risorse ora più ed ora meno cospicue⁴⁶).

Si pensi, ad es., alla vessata questione del sovraffollamento carcerario, la cui soluzione – com'è stato egregiamente messo in chiaro⁴⁷ – richiederebbe, prima (e piuttosto) che l'adozione di misure, quale quella che vorrebbe esclusa la detenzione in carcere per reati la cui pena è temporalmente ridotta, che incrinano il valore della certezza della pena stessa, con evidente pregiudizio per la legittimazione dei governanti, l'allestimento di nuove strutture di detenzione accompagnato da una più adeguata distribuzione delle stesse sul territorio e,

diritti "individuali" ai doveri "globali". La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione, Soveria Mannelli, 2005, e *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2011, 6 dicembre 2011; altri riferimenti e indicazioni, di recente, in S. MABELLINI, *Il "radicamento territoriale": chiave d'accesso e unità di misura dei diritti sociali?*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2022, 24 giugno 2022, 792 ss., spec. 815 ss., e G. ALPA, *Note sul principio di solidarietà come principio precettivo nel diritto interno e nel diritto dell'Unione europea*, in *Lo Stato*, 18/2022, 11 ss. Della fraternità ha ripetutamente, approfonditamente trattato F. PIZZOLATO: tra gli altri suoi studi, v. *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma, 2012].

⁴⁴ Quali, poi, esse possano essere è un interrogativo soffocante al quale qui non può darsi neppure un inizio di risposta.

⁴⁵ Torna qui prepotentemente ad emergere l'annosa, irrisolta questione della crisi della rappresentanza politica e, con essa, del modello democratico, fatto oggetto di riduttive e distorte applicazioni [in tema, in occasione del nostro incontro, v., part., B. MERCURIO, *Crisi della rappresentanza ed emersione di nuovi modelli di democrazia deliberativa*; inoltre, di recente, I. CIOLLI, *La rappresentanza politica. Recenti trasformazioni di una categoria ineludibile*, in *Lo Stato*, 18/2022, 129 ss. Si prefigura un rafforzamento della democrazia rappresentativa per effetto di una oculata revisione dei trattati europei S. MANGIAMELI, *La democrazia rappresentativa nell'UE e l'opinione pubblica europea. Problemi e prospettive*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2/2022, 24 luglio 2022, 293 ss.].

⁴⁶ Se ne mostra avvertita la stessa Carta che, per l'immagine che di sé dà a seguito del rifacimento del Titolo V operato nel 2001, ha ormai bandito la risalente, logora, *summa divisio* tra diritti civili e diritti sociali poggiante sul vetusto criterio delle prestazioni, di cui solo i secondi avrebbero bisogno [art. 117, II c., lett. m)]; ed è chiaro che le prestazioni stesse richiedono risorse umane e materiali viepiù costose proprio in situazioni di emergenza.

⁴⁷ Raggiugli in A. ALBANO, A. LORENZETTI, F. PICOZZI, *Sovraffollamento e crisi del sistema carcerario. Il problema "irrisolvibile"*, Torino, 2021; v., inoltre, AA.VV., *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti. Le recenti riforme in materia di sicurezza della pena*, a cura di F. CAPRIOLI E L. SCOMPARIN, Torino, 2015.

persino, all'interno di ciascuna di esse, delle sezioni in cui si articolano⁴⁸. E così via per altre questioni di cruciale rilievo ad oggi non risolte: questioni affrontate, al pari di quelle ora esemplificativamente richiamate, con il classico metodo del rammendo posto in essere a “copertura” dei buchi maggiormente vistosi esibiti da un tessuto sociale ed ordinamentale ormai a brandelli, in un clima invelenito da animate discussioni tra gli operatori politico-istituzionali cui sovente assiste inerme una pubblica opinione sempre più sfiduciata, disorientata e soffocata dalle plurime ed ingravescenti emergenze che affliggono gli individui, specie i più deboli ed esposti, e l'intera collettività.

Come si vede, l'effettività dei diritti non è problema solo giuridico; è anche uno – potrebbe dirsi – d'*ingegneria sociale* (e, a volte, d'*ingegneria tout court*), di riordino complessivo della organizzazione volto all'ottimale invero dei valori costituzionalmente positivizzati nel loro fare “sistema”.

5. *L'effettività della tutela: un annoso e inquietante problema che, il più delle volte, può essere affrontato a modo solo attraverso la fattiva e solidale cooperazione degli Stati in seno alla Comunità internazionale e ad organizzazioni sovranazionali, quale da noi principalmente l'Unione europea*

L'esempio della pandemia sanitaria è, poi, altamente istruttivo, rendendo sicura conferma della necessità di un poderoso sforzo collettivo prodotto dagli Stati in seno alla Comunità internazionale e ad organizzazioni sovranazionali, quale da noi principalmente l'Unione europea, e specificamente mirato a far fronte a talune specie di emergenze ormai endemiche, quale ad es. quella ambientale che, a giudizio di molti, ha ormai superato il punto di non ritorno, sì da potersi solo coltivare la speranza che non s'inasprisca ancora di più, finendo col portare alla distruzione dell'intero pianeta.

Il punto è però che, pur laddove la posta in palio non presenti carattere divisivo tra gli Stati, come appunto si ha in relazione alla salvaguardia dell'ambiente e dell'ecosistema che a tutti dovrebbe stare a cuore nell'identica misura, non si riesce ugualmente a superare contrapposizioni di schieramento risalenti e profondamente radicate che ostano alla messa in atto delle misure allo scopo adeguate o, comunque, ne frenano la operatività. Fatica, insomma, a farsi largo

⁴⁸ Ovviamente, molto potrebbe servire allo scopo la rimozione della pena perpetua, da sensibili studiosi vigorosamente patrocinata, che tuttavia potrebbe tardare ancora a lungo prima di realizzarsi, in attesa che maturi un convincimento in tal senso diffuso in seno al corpo sociale e tra le forze politiche, di cui francamente non vedo segni concreti ed apprezzabili [in tema, nella ormai copiosa lett., di recente e per tutti, E. DOLCINI, F. FIORENTIN, D. GALLIANI, R. MAGI, A. PUGIOTTO, *Il diritto alla speranza davanti alle Corti. Ergastolo ostativo e art. 41-bis*, Torino, 2020; D. GALLIANI, *L'ergastolo nel mondo. Appunti di diritto costituzionale penale comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2022, 109 ss.; A. CARDONE, E. SANTORO, *Ergastolo ostativo e problemi di legittimità costituzionale*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 2/2022, 79 ss.; D. MARTIRE, A.R. SALERNO, *L'ergastolo ostativo e lo stato attuale della giustizia costituzionale*, in *Oss. cost.* (www.osservatorioaic.it), 4/2022, 2 agosto 2022, 247 ss.].

e ad affermarsi il diffuso convincimento di doversi lasciare alle spalle antiche divisioni, nondimeno permanenti in relazione alla cura di interessi aventi natura diversa, e fare fronte comune avverso l'incalzare delle emergenze.

Ancora una volta, sono le situazioni straordinarie a portare allo scoperto un fenomeno che, in situazioni di quiete sociale ed ordinamentale, non emerge in tutta la sua cruda, eclatante evidenza.

La guerra in Ucraina ci consegna molti insegnamenti: in primo luogo, a mio modo di vedere, quello per cui la pace è un "bene assoluto" – come ho ritenuto altrove di qualificarlo⁴⁹ – ponendosi quale il *prius* logico ed assiologico per il fisiologico svolgimento della vita sociale ed ordinamentale e, dunque, il godimento di molti diritti, a partire da quelli alla vita ed alla dignità della persona umana.

In secondo luogo, ha messo a nudo la strutturale eterogeneità culturale esistente tra Paesi dell'Est e Paesi occidentali, europei e non, che sempre più a fatica, a forza, coabitano nel vecchio continente e nel pianeta, irriducibilmente diversi, persino laddove compartecipi di una stessa organizzazione internazionale o sovranazionale⁵⁰. Le ripetute dichiarazioni d'odio da parte del Presidente Medvedev e di altri esponenti della nomenklatura russa la dicono lunga in merito all'*animus* nutrito nel loro Paese nei riguardi dell'Occidente in genere e di alcuni Stati in ispecie che si trovano nel mirino del regime putiniano. Dal suo canto, l'Ucraina, che giustamente si difende come può dall'invasore, dando mostra di eroico attaccamento alla propria terra ed alla propria identità culturale ed ordinamentale, oltre a reagire agli attacchi subiti con le armi, in esercizio del sacrosanto diritto-dovere di resistenza collettiva, ha posto in essere anche sanzioni francamente illiberali, quale quella di inibire la diffusione nel proprio territorio di scritti in lingua russa, sia se provenienti dal Paese invasore che da altri Paesi, ovvero la esibizione di musicisti che non si siano apertamente dissociati dalla guerra. La qual cosa, per vero, qualche interrogativo lo pone e – come si è tentato di mostrare altrove⁵¹ – dovrebbe forse indurre ad una maggiore cautela prima di spalancare le porte all'ingresso dell'Ucraina in seno all'Unione europea.

La guerra, ad ogni buon conto, disvela l'essere umano nella sua intima natura: vale per l'invasore come pure per l'aggredito e, ancora, per chi è chiamato a rendere testimonianza di fulgida e fattiva solidarietà nei riguardi di quest'ultimo, in ogni forma⁵².

⁴⁹ ... ne *La pace come bene assoluto, indisponibile e non bilanciabile, il diritto fondamentale a goderne e il dovere di preservarla ad ogni costo*, Editoriale, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 27 febbraio 2022; cfr. ora, T. GRECO, *Il sogno di Einstein. Una rilettura del pacifismo giuridico*, in *Il Mulino*, 2/2022, 205 ss.

⁵⁰ Emblematico l'esempio della Polonia e dell'Ungheria, membri – come si sa – dell'Unione europea unitamente a Paesi di antiche tradizioni di liberal-democrazia.

⁵¹ ... nel mio *Le sanzioni illiberali dell'Ucraina all'invasore russo*, Editoriale, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 21 giugno 2022.

⁵² Così, ad es., per quanto riguarda l'assistenza prestata ai rifugiati provenienti dai territori

Abstract

Lo scritto mette preliminarmente in evidenza come si diano forme e gradi diversi sia di riconoscimento dei diritti che della effettività della loro tutela. Si sofferma quindi sul formidabile problema teorico relativo all'accertamento della loro "fondamentalità" ed alle sedi istituzionali in cui esso può aver luogo, rilevando la centralità del ruolo dei giudici giocato al riguardo. Chiude lo studio una succinta riflessione in merito alla spinosa questione della effettività della tutela, rilevando come quest'ultima il più delle volte richieda la fattiva e solidale cooperazione degli Stati in seno alla Comunità internazionale e ad organizzazioni sovranazionali, tra le quali principalmente l'Unione europea.

Fundamental Rights between normative recognition and effective protection

The paper shows the manifold shapes and degrees of recognition and enforcement of rights. The A. reflects upon the giant theoretic problem concerning the qualification of a right as a "fundamental" one, approaching it from the perspective of Institutions and Powers that are involved. To this extent the paper underlines the central role played by Judges. The final part of the paper is dedicated to the tricky issue of effective protection of fundamental rights. To this regard the A. qualifies as a key function the cooperation among States within the sphere of International Community and the role played by International Organizations, above all, the one of the European Union.

invasi, in merito alla quale, v., tra gli altri, M. MALVICINI, *Il soccorso e l'assistenza dei rifugiati ucraini in Italia. Una prima lettura dei provvedimenti adottati a livello nazionale*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2/2022, 24 giugno 2022, 174 ss.