

RECENSIONE A G. SCACCIA, *DIRITTI FONDAMENTALI, LEGISLAZIONE E GIURISDIZIONE. SCRITTI SCELTI*, NAPOLI, 2024, PP. 264

di Armando Lamberti\*

Nella sua vasta e apprezzata produzione scientifica, Gino Scaccia ha dedicato la sua attenzione a molti campi del diritto pubblico e costituzionale, coniugando una precisione e una finezza dommatica ed ermeneutica da positivista puro con una grande apertura intellettuale.

Ne è ulteriore testimonianza e conferma la raccolta *Diritti fondamentali, legislazione e giurisdizione. Scritti scelti*, edita per i tipi delle Edizioni Scientifiche Italiane.

Essa rivela, sin dalla densa Introduzione, che l'Autore è un costituzionalista consapevole della ineliminabile realtà della «politicità» dei diritti, che rigetta le «delizie dell'illimitata acconfittuale espansione delle libertà individuali» per sottolineare con forza il «primato della democrazia politica», quale sembra invece ridursi ad un «fastidioso colpo di tosse nel coro monocorde del post-moderno costituzionalismo dei diritti oltre lo Stato» (p. 12).

Il presupposto teorico fondamentale da cui muove l'Autore mi sembra, in effetti, delineato magistralmente nel primo saggio (*Legge e diritti fondamentali nell'art. 117 della Costituzione*, pubblicato nel 2003 e in questa sede ripresentato ai lettori).

Occorre, difatti, cogliere la irriducibile «dualità» – così verrebbe da definirla – dei diritti fondamentali: da una parte, nella loro valenza difensiva rispetto agli atti del potere, impongono al legislatore di non assumere contenuti lesivi di posizioni, interessi, beni dotati di protezione costituzionale – e in ciò, in effetti, si ravvisa la missione primigenia del costituzionalismo: la limitazione del potere legittimo<sup>1</sup> –; dall'altra, la legislazione è «essenziale per conformare i contenuti concreti delle libertà, individuando le condizioni e i presupposti che ne rendono possibile il pieno dispiegamento e foggando gli istituti processuali necessari a garantirne la tutela». E, puntualizza l'Autore, «la ricerca del difficile equilibrio fra completa 'legalizzazione' dei diritti e indipendenza dei diritti dalla legge e, in definitiva fra politica e giurisdizione, ruota attorno alla nozione di 'contenuto essenziale', che assolve alla funzione di baluardo estremo rispetto alla libertà di apprezzamento politico del legislatore, ma anche di fondamento e al contempo di limite allo sviluppo in via ermeneutica dei diritti dell'uomo». Di qui anche la conseguente affermazione della necessità di una distinzione dommatica tra il contenuto essenziale dei diritti fondamentali e i «livelli essenziali» delle prestazioni (di cui all'art. 117, c. 2, lett. m), Cost.).

Queste riflessioni mi sono parse da tempo assai convincenti tanto sul piano teorico, quanto sul piano dommatico: non a caso, in un lavoro monografico in corso di pubblicazione che intende rappresentare un «bilancio» costituzionale dell'esperienza dell'emergenza pandemica (e nei saggi che ne anticipano alcuni risultati<sup>2</sup>), ho voluto soffermarmi proprio sulla differenza, dommatica e positiva, tra le due espressioni.

\* Professore Ordinario di Diritto costituzionale e pubblico – Università di Salerno.

<sup>1</sup> In tema, sia consentito rinviare ad A. Lamberti, *Democrazia e Costituzione: attualità, disfunzioni, prospettive*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2024, 38 ss.

<sup>2</sup> Cfr., in particolare, A. Lamberti, *Emergenza sanitaria, Costituzione, soggetti deboli: vecchi e nuovi diritti alla prova della pandemia*, in *Federalismi.it*, 6, 2022, 159 ss.

Il contenuto essenziale dei diritti, difatti, costituisce un limite che i giudici (costituzionali e comuni) fanno valere nei confronti della discrezionalità del legislatore, dell'azione delle amministrazioni e dell'esercizio dei poteri privati, laddove invece la definizione dei livelli essenziali è il risultato di decisioni eminentemente politiche a contenuto normativo (generale e astratto) con le quali viene effettuata una ripartizione delle risorse disponibili nelle casse dello Stato erogatore onde determinare la misura minima di talune prestazioni inerenti al godimento di diritti che debbono essere indifferentemente garantite sull'intero territorio nazionale<sup>3</sup>.

Se differenti sono i concetti, mi è parso importante sottolinearne il ruolo che essi rispettivamente (hanno assunto e) assumono nel contesto emergenziale: da una parte, infatti, la normativa emergenziale a tutela della salute pubblica, nel restringere altri diritti fondamentali, non può spingersi sino al punto di varcare la soglia del «contenuto essenziale» dei suddetti diritti, a pena di incostituzionalità diretta; dall'altra parte, le istituzioni pubbliche sono chiamate a garantire i livelli essenziali determinati con legge dello Stato ai sensi dell'articolo 117, c. 2, lett. m), Cost., nei limiti di quel «contenuto essenziale».

Se è vero, quindi, che si ravvisa una discrezionalità del legislatore statale nell'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, d'altro canto ciò non impedisce la configurazione di un limite a questa stessa discrezionalità, dato, appunto, dal rispetto del «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali.

Per dirla altrimenti, l'essenzialità del livello di prestazioni è fissata dal legislatore entro il limite dell'essenzialità del diritto che quelle prestazioni sono chiamate a rendere effettivo: ecco, quindi, che su questo terreno emerge la differenza qualitativa e quantitativa dei concetti di «contenuto essenziale» e di «livello essenziale delle prestazioni», nel senso che la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni deve avvenire in maniera uguale o maggiore al contenuto essenziale dei diritti civili o sociali di cui si tratta.

Non a caso, si osserva che «una legge statale che determinasse i livelli essenziali delle prestazioni in maniera deficitaria potrebbe essere dichiarata illegittima per lesione del contenuto essenziale dei diritti cui le prestazioni si riferiscono»<sup>4</sup>.

Il contenuto essenziale è, dunque, un criterio di giudizio (anche) dei livelli essenziali.

Eppure – segnale criticamente – non sono mancati taluni arresti della Corte Costituzionale che, in maniera poco convincente, hanno affermato la coincidenza tra le nozioni di livelli essenziali e di contenuto essenziale dei diritti sociali (cfr. sent. n. 166/2008), con connesse ricadute applicative di non poco momento.

Molto ci sarebbe da dire intorno agli altri saggi raccolti da Gino Scaccia in questo volume, a cominciare dalla densa relazione su *Valori e diritto giurisprudenziale*, che prende le mosse dal celebre libretto schmittiano sulla «tirannia dei valori» e propone una riflessione sulla problematicità e sulla conflittualità interna dei valori (ne è espressione proprio la dignità – pur riconosciuta unanimemente come presupposto assiologico dei diritti fondamentali, per dirla con Silvestri<sup>5</sup> –, che nondimeno ha una natura intrinsecamente controversistica, potendo essere ora interpretata in termini soggettivi, di autodeterminazione, ora in termini oggettivi, di limite all'autodeterminazione, con ricadute applicative anche opposte).

Così come appare denso di spunti di riflessione il saggio dedicato all'etica della funzione

<sup>3</sup> Si v. D. Messineo, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, 2012, 274-275.

<sup>4</sup> *Ivi*, p. 276.

<sup>5</sup> G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007, [https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old\\_sites/sito\\_AIC\\_2003-2010/dottrina/libertadiritti/silvestri.html](https://www.associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/dottrina/libertadiritti/silvestri.html).

giudiziaria tra teoria dell'interpretazione e separazione dei poteri.

E decisamente significativi appaiono i saggi concentrati nella sezione seconda e nella sezione terza, che affrontano problematicamente il tema della tutela multilivello dei diritti fondamentali, con particolare riguardo alle questioni teoriche e dommatiche relative all'impatto che questa implica sul sindacato accentrato di costituzionalità (di qui l'analisi, criticamente condotta in senso adesivo, della storica sentenza n. 269/2017 della Corte costituzionale sull'inversione della doppia pregiudizialità).

Proprio nella seconda e nella terza sezione, a mio avviso, è possibile apprezzare ancor meglio il tratto dell'approccio di Gino Scaccia, contrario ad illusioni ireniche e deciso a non accontentarsi del racconto delle «magnifiche sorti e progressive» del costituzionalismo cosmopolitico e multilivello né ad arrendersi al fatto della trasformazione costituzionale.

Un approccio, quindi, lontano dalle «sirene» che vorrebbero ormai superata la teoria dualista degli ordinamenti nel nome di un diritto costituzionale cosmopolitico dai tratti invero vaghi e sfumati, al punto da rivelarsi intrinsecamente monco e strutturalmente incompleto (nella misura in cui pretende di dissolvere in un «costituzionalismo dei diritti oltre lo Stato» la componente, decisiva e irriducibile, del «costituzionalismo dei poteri»).

Ciò non significa, però, chiudersi in un anti-storico sovranismo, che difatti l'Autore respinge con chiarezza, quanto piuttosto applicare correttamente le premesse dell'impianto teorico e dommatico delineato sin dalla sentenza *Granital* e, più in generale, rivendicare l'imprescindibilità del sindacato accentrato di costituzionalità, quale strumento ineliminabile di garanzia della rigidità della costituzione (e dell'«identità costituzionale») e, aggiungerei, anche di unità del diritto (oggettivo).

Non soltanto, infatti, la massimizzazione della tutela dei diritti (al plurale) non coincide sempre e ineluttabilmente – come sostiene l'A. (p. 25) – con la massimizzazione della tutela costituzionale (in quanto «l'interesse individual-soggettivo all'incremento di protezione giuridica va, infatti, bilanciato con principi istituzional-organizzativi che possono opporsi a tale incremento di tutela»), ma – soprattutto – la liquidazione dell'identità politica e culturale della Costituzione non può essere condotta surrettiziamente, attraverso decisioni giurisdizionali che, pur nel buon nome dell'espansione dei diritti soggettivi, espandono oltremodo l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione (e, in particolare, della Carta dei diritti fondamentali), ma «richiede passaggi democratici di natura costituzionale, se non addirittura costituente» (così ancora l'A., a pag. 222).

Chi scrive ha sempre dedicato molta attenzione – e certo anche entusiasmo – al tema della tutela multilivello dei diritti, ora con riferimento alla libertà di informazione<sup>6</sup> ora con riguardo ai diritti delle persone con disabilità<sup>7</sup>, ma non si può non esprimere la consapevolezza – che ora si arricchisce anche del sapiente contributo di Gino Scaccia – che una tutela multilivello o, come si dice, a «cerchi concentrici», funziona davvero se questi cerchi abbiano effettivamente lo stesso centro.

Ovverosia, se si vuole, lo stesso punto di riferimento.

Ma ciò non è sempre vero, sol se si pensi alla problematica dei diritti sociali e alla tensione che non di rado si manifesta tra un ordinamento euro-unitario ancora troppo spesso permeato da una prevalente connotazione economicistica e un ordinamento costituzionale orientato intorno all'idea-forza (mortatianamente intesa) del lavoro *fundamentum rei publicae*

<sup>6</sup> Tra i lavori più recenti, mi limito a segnalare A. Lamberti, *Libertà di informazione e democrazia ai tempi della società digitale: problemi e prospettive*, in *Consulta Online*, 2, 2022, 875 ss. e Id., *Libertà di informazione, poteri privati e tutela dei dati personali nell'era digitale*, in *Dirittifondamentali.it*, 3, 2023, 22 ss.

<sup>7</sup> A. Lamberti, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: prospettive di tutela multilevel*, in *Consulta Online*, 3, 2022, 1031 ss.

(ex art. 1 Cost.)<sup>8</sup>.

Il volume di Scaccia, dunque, affronta il tema dei diritti fondamentali nel prisma del rapporto tra legislazione e giurisdizione secondo un approccio critico ai problemi.

E lo fa, in ultima istanza, accogliendo di fatto quell'invito formulato già in tempi, per così dire, non sospetti, da Luciani: «in queste condizioni, il compito dei costituzionalisti è quello di catturare nuovamente quel potere che molti secoli addietro avevano saputo subordinare al diritto e funzionalizzare ai diritti; di mettere in luce i complessi rapporti fra potere, diritto e diritti; di rivelare il modesto rendimento democratico delle procedure decisionali nei sistemi 'a rete' o 'multilivello'. Occorre rifuggire, insomma, i rischi di un costituzionalismo irenico che si limiti a celebrare i trionfi dei diritti fondamentali grazie alla giurisdizione (anzi: alle giurisdizioni) e tornare ad un costituzionalismo polemico che si misuri con il potere. È davanti a *pólemos*, non ad *eiréne*, che il costituzionalismo deve vincere le proprie sfide»<sup>9</sup>.

Ed è proprio quanto il volume di Gino Scaccia ci aiuta a fare.

---

<sup>8</sup> Spunti in tal senso provengono, per esempio, da P. Piluso, "Costituzione economica" e teoria della costituzione materiale, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2, 2023, 357 ss. e spec. 410 ss.

<sup>9</sup> M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 1643 ss. e spec. 1667-1668.