

COSTITUZIONI, DIRITTI E GIUDICI NELLO SCENARIO DELL'INTEGRAZIONE EUROPEA (UNIVERSITÀ DI NAPOLI FEDERICO II – 12 OTTOBRE 2022)*.

di Filippo Patroni Griffi**

“Il principio di tolleranza è una modalità di espressione del principio di uguaglianza stabilito dal primo comma dell’art. 3 della Cost, [...]. Questo vuol dire che l’uguaglianza consiste nell’uguale valore associato a tutte le differenze d’identità, che fanno di ciascuno individuo una persona differente l’una dagli altri e, al tempo stesso, di ciascuna persona un individuo l’uno uguale agli altri. Vale a dire, uguaglianza e differenza sono, in questo senso, due facce della stessa medaglia”¹.

Sommario. 1. Costituzioni. – 2. Il punto di partenza: com’è nata la Costituzione: madri e padri costituenti. – 3. Questo è il contesto in cui va collocata la Costituzione italiana. – 4. Diritti e doveri. – 5. I Giudici.

1. Costituzioni.

“Ogni società ha una costituzione. È come dire che ogni vertebrato ha la colonna vertebrale”².

La Costituzione, quindi, rappresenta i tratti somatici di uno Stato, i valori e lo spirito di una comunità. Questo giustifica oggi una riflessione sulla Costituzione, che è anche un viaggio nella nostra comunità.

La comunità è retta da regole, che attengono alla “carne viva della società” (P. Grossi). E – come vedremo – le regole che governano la convivenza si fondano in primo luogo sulla “dignità riconosciuta”, assunta ad assioma (secondo il suo etimo greco: *axios*)³. Se le regole

* Testo della lezione svolta agli studenti del primo anno del corso di laurea in Giurisprudenza dell’Università di Napoli Federico II.

** Giudice della Corte costituzionale.

¹ L. Ferrajoli *Diritti fondamentali, tolleranza e democrazia nel dibattito politico*, *Ordines*, n. 2/2017, p. 174.

² P. Bobbit, accademico statunitense, autore, con G. Calabresi di *Tragic choices* (trad.it. *Scelte tragiche*, Milano 2006), sottolinea (in www.giustiziainsieme.it, che “poiché le società hanno un eccesso di valori, ad un tale livello che neppure i loro valori più profondi possono essere protetti simultaneamente, le scelte tragiche sono inevitabili”, per poter risolvere i dilemmi che si presentano

³ N. Galantino, *Esiste, ma la calpestiamo*, in *Il Sole24ore*. 9 luglio 2017, p. 28.

non ci sono, non vi è convivenza; se le regole che ci sono, se la dignità, vengono violate, la società ne esce dunque *scarnificata*.

È una idea antica, che ritroviamo perfino nel mondo greco. *Nomos* è la legge positiva che garantisce *dike*, la giustizia della polis⁴. Nel mondo di Esiodo, *Dike* è al centro di un sistema teologico e morale che fonda la vita associata, senza la quale l'uomo ricade nella barbarie. Nei poemi omerici –osserva un grande filologo tedesco, Werner Jaeger, in un saggio del 1947, *Elogio del diritto*⁵ – la giustizia è vista “come fondamento di ogni più alta forma di vita umana”, il diritto e la giustizia costituiscono “il centro della cultura umana e la chiave della posizione dell'uomo nel cosmo”.

Torniamo a noi. Conoscere la Costituzione aggiunge un tassello alla comprensione della propria persona. È conoscerci in quanto italiani ed europei ed è fare un viaggio attraverso noi stessi e il nostro Paese.

Come è stato detto, “l'ignoranza è l'appannaggio del popolo schiavo: la scienza del libero. Ma la scienza del popolo libero è quella dei suoi Diritti, della sua Costituzione, del suo Governo, delle Funzioni de' suoi Magistrati, delle sue relazioni cogli altri popoli” (G. Compagnoni, come riportato da L. Carlassare).

In altre parole, la scienza del popolo libero è la conoscenza della sua Costituzione, che non è conoscere solo il passato ma, soprattutto, il presente e prefigurare il futuro.

Per questa ragione, la conoscenza, che è sempre la chiave per la libertà, nel caso della Costituzione diventa uno strumento essenziale per noi cittadini per vivere consapevolmente il nostro tempo, attivare gli strumenti e i diritti che ci sono garantiti nel rispetto doveroso dei nostri doveri e nell'ambito del circuito democratico. Per essere cittadini e non sudditi. In una società sempre più complessa, cresce la necessità di definire i diritti e i doveri dei cittadini, le loro tutele, i rapporti fra gli organi dello Stato e le relazioni di questi con le istituzioni europee e internazionali.

Nonostante il passare del tempo, la Costituzione resta giovane. La scarsa influenza del tempo quando si parla di costituzioni deriva dal fatto che esse “sono fatte per durare, fissano

⁴ A.Tomaselli, *Il diritto della giustizia e la giustizia del diritto*, in <https://archiviomarini.sp.unipi.it/433/1/articolo%5B1%5D.pdf>

⁵ Il libro trae titolo da un saggio (*Praise of law*) di Werner Jaeger, grande filologo classico e grecista del secolo scorso, apparso nel 1947 tra gli *Studi in onore* del grande giurista statunitense Nathan Roscoe Pound. Tradotto in francese da Jacqueline Prieur nel 1949, come *Eloge de la loi*, fu pubblicato in italiano da Edoardo Ruffini sulla *Rivista Italiana per le scienze giuridiche* (1948), con il titolo *Elogio del diritto*.

le basi della convivenza, pongono principi di fondo e non regole minute modellate sul contingente” (L. Carlassare).

Uno dei padri della nostra Costituzione, Piero Calamandrei, osservò “è un errore” – disse con una riflessione da tenere bene a mente soprattutto quando si intraprende una fase di riforma costituzionale – “formulare gli articoli della Costituzione collo sguardo fisso agli eventi vicini, [...] alle amarezze, agli urti, alle preoccupazioni elettorali dell’immediato avvenire. [...] La Costituzione deve essere presbite, deve vedere lontano, non essere miope⁶”.

Leggendola, capiamo quanto lontano la Costituzione abbia guardato: fino a noi e oltre noi.

2. Il punto di partenza: com’è nata la Costituzione: madri e padri costituenti.

Se non ha età, la Costituzione – al pari delle Costituzioni degli altri Stati – ha però un tempo *storico*.

Negli ultimi duecento anni, ci sono stati due *momenti costituenti* cui corrispondono due visioni del costituzionalismo: le costituzioni ottocentesche e le costituzioni del secondo dopoguerra, cioè della seconda metà del 900.

Le costituzioni ottocentesche sono il frutto della emancipazione delle classi emergenti, segnatamente della classe borghese, dal potere assoluto regio. Quelle costituzioni (pensiamo alle costituzioni nate dai moti insurrezionali negli Stati preunitari fino allo Statuto albertino, che sopravvive all’Unità d’Italia) sono Carte *concesse graziosamente* dal sovrano al popolo perché vengano definiti i limiti al potere assoluto del sovrano in favore dei parlamenti nazionali (costituiti dal *popolo borghese*, siamo lontani dal suffragio universale) e normalmente seguono a eventi insurrezionali più o meno marcati; queste costituzioni accompagnano il processo di formazione degli Stati nazionali, nel senso che sono espressione dei valori di quella classe borghese che nell’Ottocento è protagonista delle *rivoluzioni nazionali*, un nazionalismo fondato sull’idea democratica che – si badi – affratellava i popoli delle diverse nazioni, tutti tesi a recuperare la propria identità nazionale

⁶ P. Calamandrei, Intervento all’Assemblea Costituente, 4 marzo 1947, seduta pomeridiana, disponibile su http://www.istitutodegasperi-emilia-romagna.it/pdf/seminari2014_calamandrei.pdf. Le carte dell’Assemblea Costituente, conservate presso l’Archivio storico della Camera dei Deputati, sono consultabili on-line, insieme ad un interessantissimo archivio fotografico, al seguente indirizzo: <https://archivio.camera.it/>

e, con essa, i diritti di libertà negati nello Stato assoluto.

Le costituzioni del Novecento sono frutto della sconfitta dei totalitarismi del secolo e della seconda guerra mondiale e sono costituzioni che, sul piano interno, sono dirette a evitare il rischio di nuove dittature, attraverso il richiamo ai valori e ai principi del liberalismo classico arricchito dalle idee democratiche di uguaglianza e partecipazione, e, sul piano esterno agli Stati, reagiscono alla follia collettiva e agli orrori di una guerra che, soprattutto in Europa, aveva dilaniato popoli e nazioni.

Le costituzioni oggi hanno prevalentemente due caratteri:

a) sono dettagliate (si dice anche *lunghe*) proprio per blindare, dettagliandoli, i diritti fondamentali e disciplinare il sistema di pesi e contrappesi su cui si fonda lo Stato costituzionale contemporaneo;

b) Sono inoltre *rigide* (a differenza, per esempio, dello Statuto albertino che era *flessibile*) nel senso che le disposizioni in esse contenute possono essere modificate solo con una procedura c.d. aggravata, in funzione di garanzia, cioè più complessa rispetto a quella prevista per modificare le leggi ordinarie.

Le Costituzioni contemporanee servono a porre un limite anche alla sovranità dei parlamenti e quindi della politica, tutelano le minoranze anche intese come minoranze sociali, i soggetti deboli e senza rappresentanza: il legislatore, infatti, non è più *libero nei fini*, perché al di sopra della legge c'è la Costituzione.

In entrambi i casi (costituzioni ottocentesche e costituzionalismo moderno) il valore politico di una costituzione si comprende dal raffronto con lo stato assoluto e dall'emersione del principio di legalità, la *rule of law*.

Nello Stato assoluto il sovrano impone le regole ma è *legibus solutus*; applica le regole ma è anche giudice di questa applicazione.

Nello Stato di diritto, che viene instaurato dopo la Rivoluzione francese in molti Stati nazionali nel corso dell'Ottocento, il sovrano ammette di avere poteri che possono essere limitati, in primo luogo dal Parlamento nazionale, che fa leggi a cui deve sottostare anche il potere esecutivo, allora incarnato dal sovrano e dall'amministrazione del regno.

Questa idea di sovranità, e con essa di potere pubblico che deve osservare le leggi, si rafforza nelle Costituzioni liberali e democratiche. Nella Costituzione della nostra Repubblica, per esempio, è il popolo ad essere sovrano. Il popolo, a mezzo dei suoi rappresentanti eletti, impone dunque le regole. Già questo impedisce che vi sia un soggetto

che sovrasta gli altri e che esso possa essere *legibus solutus*.

La sovranità popolare, tuttavia, non basta per dare vita al principio di legalità. Basti pensare ai regimi dittatoriali sorti in nome del popolo all'indomani di una rivoluzione. Imporre regole in nome del popolo, anziché in nome proprio come facevano i monarchi, può non cambiare le cose. Montesquieu ci ha insegnato, con la sua teoria della divisione dei poteri, che nessun'autorità dello Stato può avere *pieni poteri* perché dev'essere evitato che un soggetto si attribuisca da solo i poteri oppure giudichi da solo le sue azioni.

È nello Stato moderno, di concezione montesqueiana, che nasce il principio di legalità. Esso è figlio dell'esigenza di controllare l'esercizio del potere e di far sì che lo stesso non diventi uno strumento di dominio. Il popolo sovrano, a mezzo dei suoi rappresentanti in parlamento, fa le leggi (Parlamento), attribuisce i poteri ad un corpo di funzionari (amministrazione, o potere esecutivo) cui indica gli obiettivi da perseguire e i limiti da osservare perché quei poteri non diventino arbitrio. I giudici garantiscono l'osservanza della corretta applicazione della legge.

Ma anche il Parlamento è soggetto a limiti (nel fare le leggi deve rispettare la Costituzione) e le stesse costituzioni sono tenute a rispettare i vincoli sopranazionali, le leggi e, più in generale sono costrette, esse che sono nate per regolare comunità nazionali, a misurarsi con la internazionalizzazione del diritto costituzionale, e soprattutto dei diritti.

3. Questo è il contesto in cui va collocata la Costituzione italiana.

Come e quando è nata?

Dopo il referendum istituzionale tra monarchia e repubblica, tenutosi il 2 giugno 1946, si insediò, il successivo 25 giugno, l'Assemblea costituente, che scelse al proprio interno i 75 membri della Commissione per la Costituzione (o *Commissione Ruini* dal nome del suo Presidente) chiamata redigere il progetto di Costituzione.

La Commissione dei 75 terminò i suoi lavori il 12 gennaio 1947 e il 4 marzo cominciò in aula il dibattito del testo che fu definitivamente approvato il 22 dicembre 1947 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il 27 dicembre 1947.

La nostra Costituzione entra in vigore il primo gennaio 1948.

Quali furono le forze politiche che presero parte al disegno costituzionale? Saperlo ci è

utile per capire due cose:

- a) quali furono i valori trasfusi nella Carta;
- b) come le diverse visioni della società seppero trovare in essa un punto di sintesi, a conferma della capacità delle forze politiche di saper trovare un punto di mediazione tra tali visioni e dare al nostro Paese una *comune e condivisa* Carta di principi di valori di ordinamento.

Alla Costituente siedono le tre grandi forze politiche spazzate via dalla dittatura fascista, che si erano ritrovate nella Resistenza: quella liberale, quella cattolica, quella socialista.

E la Costituzione riesce a comporre in sintesi valori pur diversi, talvolta distanti, alla base di tre visioni della società. I Costituenti riuscirono in questo aprendosi al confronto e prendendo ciò che di *buono* era in ciascuna visione, che fosse perciò accettabile dall'altra. Nasce così una Costituzione che

- *recupera* dal liberalismo politico, il valore dell'individuo e le libertà classiche dell'ideologia liberale (una Costituzione per la persona e non dello Stato), che nasce dalla contrapposizione dello Stato *limitato* allo Stato assoluto: lo Stato deve limitarsi a garantire le condizioni per il libero esplicarsi della personalità degli individui;
- ribadisce ed enfatizza i diritti degli individui, secondo una ideologia comune a liberali e democratici, ma
- trae dalla concezione democratica l'idea di uguaglianza nei rapporti politici, dell'appartenenza della sovranità al popolo, del suffragio universale;
- dall'esperienza socialista trae l'idea dell'uguaglianza sociale ed economica, la cui promozione è compito dello Stato; si elaborano i doveri degli individui nella società, i diritti degli individui verso la comunità e in quanto ad essa appartenenti (i cd. diritti sociali, *in primis* diritto al lavoro, all'istruzione, all'assistenza);
- richiama i doveri di solidarietà, un collante tra diritti individuali e doveri sociali, propri dell'interclassismo cattolico e della dottrina sociale della Chiesa, che tende ad attribuire grande importanza alle formazioni sociali intermedie (famiglia, associazionismo, partiti e sindacati).

Ne nasce una Costituzione forse non perfetta, non eterna, ma sicuramente espressione della convergenza delle idee di tutti, frutto della paura del passato ma intenta a porre le basi per la futura vita della comunità nazionale.

È una Costituzione, come fu detto in Costituente, frutto di un compromesso: per alcuni

autorevoli esponenti della minoranza (B. Croce), nel senso deteriore del termine; per le grandi forze politiche, il risultato dello sforzo di individuare un “terreno comune sul quale potevano confluire correnti ideologiche e politiche diverse” (P. Togliatti).

4. Diritti e doveri.

Popolo e persona, solidarietà, uguaglianza e dignità, lavoro.

Se limitiamo il nostro sguardo ai principi fondamentali della nostra Costituzione, vediamo che al centro di essa c'è il popolo e ci sono le persone che lo compongono.

Art. 1, comma 2: «La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione»

Art. 2: La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

Dalla lettura del testo si evince subito che il popolo – cui appartiene la sovranità, che vota, elegge i propri rappresentanti ed è *fonte dei poteri pubblici* – è un popolo fatto di persone (donne e uomini), cittadini e lavoratori (artt. 2 e 3).

È questo un passaggio cruciale e segna l'apertura della Carta verso un futuro che ormai è diventato presente, fatto di popoli che non necessariamente si trovano tutti entro i confini degli Stati a cui appartengono.

Alle persone, dunque, si rivolge l'art. 2, stabilendo che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale».

La Costituzione, con il riferimento alle formazioni sociali all'interno delle quali si realizza la sua personalità, non si riferisce all'individuo astratto e isolato ma alla *persona sociale* o *politica*, secondo l'etimologia greca del termine, una persona reale, che vive nella società.

È questa la ragione per cui l'art. 2 coniuga i diritti inviolabili con i doveri inderogabili.

Come disse alla Costituente Meuccio Ruini in riferimento all'art. 2, “i proponenti hanno aderito alla mia tenace insistenza perché in questo articolo si mettano insieme, come lati inscindibili, come due aspetti dei quali uno non può sceverare dall'altro, i diritti e i doveri”.

È sintomatico che due giuristi contemporanei abbiano scritto due libri dal titolo significativo: *Il diritto di avere diritti* (S. Rodotà) e *Il dovere di avere doveri* (L. Violante). Costituzione alla mano, entrambi hanno ragione (e in realtà entrambi parlano di diritti e doveri).

La lettura del testo dell'art. 2 ci rivela molte cose, che ora approfondiremo.

In primo luogo, la Repubblica «riconosce e garantisce» i diritti.

Che significa «garantisce» è semplice: fa sì che i diritti abbiano tutela e che si possa reagire, per il tramite dei giudici, alla violazione di un diritto.

Ma «riconosce»? I diritti preesistono alla Costituzione e alle leggi? O i diritti esistono (solo) nel momento in cui la comunità politica li riconosce come tali?

Il dibattito è filosofico. Pensate alla teoria dei diritti innati di Hobbes e del giusnaturalismo, da una parte, e alla Scuola positiva dall'altra. E riguarda anche la questione *quali sono i diritti?* Solo quelli scritti nella Costituzione e nelle leggi? E chi decide quali sono i diritti? Una cosa per volta.

Normalmente perché un diritto possa essere riconosciuto e tutelato occorre una legge che lo preveda come tale. Non basta che io dica di avere diritto a qualcosa per avere ragione davanti a un giudice. Alla base di questa concezione sta un principio fondamentale in democrazia: la divisione dei poteri. Le scelte politiche le fa il legislatore. È lui che decide se uno ha o non ha un diritto, quale pretesa riconoscere come diritto e quale no.

Più complicato è capire se, in mancanza di una scelta esplicita del legislatore, la Costituzione possa fondare direttamente un diritto. E cosa un cittadino può fare per reclamare un diritto.

I diritti cui la Costituzione presta una particolare attenzione sono quelli «inviolabili», quindi quelli più importanti, quelli fondamentali.

Questi diritti risentono originariamente di una visione giusnaturalistica (c'è chi li chiama per esempio diritti innati), ma con lo sviluppo del costituzionalismo moderno anche i neopositivisti ammettono che esistano dei diritti che non possono essere misconosciuti perché attengono agli aspetti più importanti di una persona.

La storia dei *diritti fondamentali* nella nostra (occidentale) tradizione democratica vede come punto di partenza la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo alla base della Costituzione americana e la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e dell'individuo* nella Rivoluzione francese. Erano dichiarazioni, come dicevamo all'inizio, che rivendicavano le

libertà dell'individuo nei confronti del potere, e molte di queste sono ritenute libertà fondamentali anche ai giorni nostri (libertà di pensiero, di associazione, libertà religiosa). Il passaggio dalle (semplici) libertà ai diritti è invece questione molto più moderna. Io non solo ho certe libertà ma queste libertà sono riconosciute in capo a ogni singolo cittadino come un diritto che può anche essere fatto valere davanti a un giudice nei confronti di chiunque (privato o pubblico potere) mi impedisca di esercitarlo. Le libertà sono *passive* nel senso che basta che mi si lasci in pace; i “diritti” spesso richiedono che altri si diano da fare per garantirmeli.

I diritti fondamentali hanno una vocazione *universalistica*. Che significa? Due cose:

- che sono *generalmente* riconosciuti, cioè sono riconosciuti da un largo numero di Stati e tendenzialmente dalla cd. comunità internazionale: non esiste una elencazione tassativa ed esaustiva dei diritti fondamentali;

- e che spettano a prescindere dal territorio e dalla sovranità del singolo Stato: anzi sono riconosciuti anche contro lo Stato (pensate al delitto di genocidio o ai crimini di guerra).

Abbiamo descritto il passaggio *dalle libertà ai diritti*. Il passaggio successivo è quello *dai diritti individuali ai diritti sociali*.

A ben guardare, nelle costituzioni contemporanee, già i diritti fondamentali sono riferiti in considerazione della socialità in cui si inserisce lo sviluppo della personalità. I diritti sono configurati come diritti dell'individuo *situato* nella società (*homme situé*). In qualche modo, la Costituzione organizza la libertà individuale nella realtà sociale.

Ma, a mano a mano che la componente liberale alla base della elaborazione teorica dello Stato di diritto e dei diritti individuali si arricchisce dell'apporto della idea democratica di uguaglianza, comincia ad affacciarsi l'idea dei diritti sociali per “riequilibrare le disuguaglianze sociali e intervenire a sostegno delle categorie più svantaggiate”⁷. Il legame con l'art. 3 della nostra Costituzione è evidente.

I diritti sociali (già nel *manifesto* di Georges Gurvitch del 1946) sono visti in un'ottica proattiva e “fattuale” del diritto, come prodotto di una società civile che concorre a formare il diritto e che quindi non si pone come mera destinataria di esso.

Dalla iniziale contrapposizione tra Stato di diritto e Stato sociale, si giunge, nel secondo dopoguerra, allo Stato sociale di diritto (il *sozialer Rechtsstaat*, alla base delle socialdemocrazie nordeuropee), che si pone come sintesi della salvaguardia delle libertà

⁷ A. Facchi, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna, 2007.

individuali e della promozione dell'uguaglianza delle opportunità.

Diritti soggettivi classici e nuovi diritti sociali convivono nella società, in una società organizzata in cui l'incremento delle funzioni, ma soprattutto delle prestazioni amministrative è strumentale sì al perseguimento della vita ordinata, ma serve anche a garantire la promozione del benessere sociale e l'uguaglianza tra i cittadini. Diventa centrale il rapporto di questi diritti con il potere pubblico. In un'ottica inizialmente solo difensiva, a tutela della sfera individuale (proprietà ed espropriazione, per restare sul piano delle potestà amministrative), poi in un'ottica pretensiva, nel reclamare il godimento dei diritti sociali, che trovano riconoscimento progressivo nelle Costituzioni nazionali e nelle Carte sovranazionali: una cosa, infatti, è vedersi riconosciuto un diritto, altra è avere un accesso effettivo a quel diritto.

Quali le fonti normative di quest'ampia –ma pur sempre variabile– concezione dei diritti fondamentali? Cioè, dove se ne parla? Le Costituzioni del dopoguerra, come si è detto. Ma anche altri due testi non nazionali di grande importanza per noi e di cui parleremo alla fine: la *Convenzione europea dei diritti dell'uomo* (CEDU) e la c.d. *Carta di Nizza*.

Dunque, riassuntivamente, nel pensiero giuridico contemporaneo i diritti fondamentali ricomprendono diritti di libertà classici, diritti della persona e diritti sociali, secondo un catalogo storicamente e anche geograficamente variabile.

Abbiamo già richiamato le parole alla Costituente di Meuccio Ruini. Ora richiamo le parole di Luciano Violante: “Un sistema politico privo di diritti non è una democrazia. Ma una democrazia senza doveri resta in balia di egoismi individuali e conflitti istituzionali, è priva dei valori della solidarietà e dell'unità politica, capisaldi di qualunque forma democratica di governo⁸”. E sempre Violante aggiunge “i doveri esprimono, forse più dei diritti, il legame politico fra i cittadini e favoriscono il senso di appartenenza al corpo sociale”⁹.

Ma cosa è che lega indissolubilmente diritti e doveri tra loro? La solidarietà, ci dice l'art. 2. E la solidarietà ha un fine ultimo, centrale in una Costituzione che ponga al centro la persona: il rispetto della dignità. Solidarietà e dignità funzionano da collante tra diritti e doveri. Ma, di più: la solidarietà non tollera non solo leggi che non rispettino la dignità della persona, ma nemmeno può tollerare che il legislatore, cioè il Parlamento, sia inerte rispetto a situazioni che ledano la dignità della persona proprio perché non affrontate dal

⁸ L. Violante, *Il dovere di avere doveri*, Einaudi, Torino 2014.

⁹ *Ibidem*, p. 82.

legislatore. Ogni cittadino è libero: è vero, la democrazia “presuppone la libertà, ma implica che si esprima nella solidarietà”¹⁰, tanto che si è giunti a configurare, con riferimento alle vicende della pandemia, un vero e proprio obbligo giuridico di solidarietà¹¹.

È (anche) su questa base che la Corte costituzionale è intervenuta nei confronti del Parlamento, ora direttamente sancendo un diritto ora stimolando il Parlamento a regolare date materie (specie nel campo della bioetica: fecondazione artificiale, suicidio assistito, ma anche ergastolo ostativo).

Oggi ci sono fattori di crisi dei diritti fondamentali, non tanto e non soltanto in Italia.

Pensate al fenomeno migratorio e conseguentemente alla posizione dello straniero: i diritti fondamentali richiedono fiducia, tolleranza e solidarietà; in tempo di crisi prevalgono paura e chiusura. È per questo che è stato proposto di ribattezzare la tematica dei diritti fondamentali nella problematica dei *diritti contesi*, in cui la contrapposizione sembra prevalere sul bilanciamento, il conflitto sulla convergenza, la tensione sulla mediazione¹².

5. i Giudici.

Quella dei diritti fondamentali è un’area a forte *definizione* (*rectius*: individuazione) giurisprudenziale, probabilmente proprio per la difficoltà di individuare un catalogo di tali diritti. La individuazione – se non la creazione – di tali diritti è spesso frutto di opera delle Corti sia nazionali sia sovranazionali, che rendono concrete le dichiarazioni di principio, con operazioni ermeneutiche spesso *disinvolve*. E anche da noi abbiamo continuamente esempi. Basti pensare all’intervento della Corte costituzionale in materia di bioetica o di tutela dei figli nella, anzi nelle comunità familiari, a fronte della sostanziale inerzia del legislatore.

È un processo di individuazione abbastanza comune anche nella giustizia amministrativa, la cui storia è stata caratterizzata spesso da un’inversione logica (Clarich) tra attribuzione di un rimedio e riconoscimento di una situazione soggettiva nonché dall’emersione dall’indistinto giuridico di interessi adespoti e posizioni legittimanti (Nigro). Ma è un

¹⁰ V. Zagrebelsky, *Introduzione a J. Habermas, Proteggere la vita*, Bologna, 2022.

¹¹ J. Habermas, *Proteggere la vita*, Bologna, 2022, p. 101

¹² M. D’Amico, *I diritti contesi*, ed. Franco Angeli, Milano, 2016.

processo non estraneo alla giurisprudenza civile, per esempio nell'area della responsabilità civile in relazione alla individuazione delle situazioni risarcibili.

Il carattere eminentemente giurisprudenziale della tutela dei diritti fondamentali è affermazione oramai condivisa anche nel sistema europeo, ci si riferisca alle Corti *sovranazionali* (CEDU e Corte di giustizia) o alle stesse Corti nazionali, che vanno consolidando metodi di valutazione omogenei dell'operato dei pubblici poteri che incidano su diritti fondamentali (si pensi alla giurisprudenza della pandemia).

Del resto è stata sottolineata da più parti¹³ l'importanza dei giuristi nella costruzione del processo di integrazione europea.

A questo processo di integrazione europea in via giurisprudenziale, le Corti pervengono attraverso due vie che tra loro si intrecciano: il ricorso ai principi generali del diritto – che, tratti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e fatti propri dalla Corte come principi dell'Unione, diventano comune patrimonio di valori e principi; il rispetto dei principi fondamentali – inserito tra i principi generali del diritto: “i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto, di cui la Corte garantisce l'osservanza; nel garantire la tutela di tali diritti la Corte è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni comuni agli Stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni degli Stati” (sent.13 dicembre 1979, 44/79, *Hauer*; ma affermazioni simili si rinvencono già in precedenti sentenze).

Oltre che nelle Costituzioni nazionali, la Corte ha presto rinvenuto tali diritti, idonei a diventare principi generali UE, nella CEDU. Il riferimento a questa, anzi, ha consentito alla Corte di giustizia di spostare il baricentro della sua attenzione *dal commercio ai diritti*, affermando che la tutela dei diritti fondamentali può costituire una legittima attenuazione degli obblighi imposti dall'Unione ancorché derivanti da una libertà fondamentale quale la libera circolazione delle persone e delle merci, pur nel rispetto del canone di proporzionalità. Con la *Carta dei diritti UE*, poi, l'ordinamento europeo procede a una catalogazione dei diritti fondamentali, che nei fatti si rivela un aggiornamento del catalogo della *Convenzione europea dei diritti dell'uomo*.

Ci siamo spostati dal diritto giurisprudenziale interno, e dal suo ruolo nel riconoscimento e garanzia dei diritti fondamentali, al piano sovranazionale europeo.

¹³ C. Van Canaeghem, *I sistemi giuridici europei*, Bologna, 2003.

Natalino Irti ci ricorda che il diritto ha bisogno di un *dove*, di una dimensione spaziale in cui operare.

Tradizionalmente, nello Stato moderno, politica e diritto sono racchiusi nella sfera statale e *poggiano* sulla sua stessa superficie, come, da prospettazioni diverse, già rilevavano Carl Schmitt e Kelsen.

Ma la realtà moderna ci insegna che allo spazio nazionale si affianca uno spazio europeo in cui circolano persone e cose. Per commercio o per lavoro, ma anche per studio, per ragioni di salute, per svago, per motivazioni di ordine culturale. I trattati istitutivi non si sono limitati a disciplinare una relazione commerciale tra territori sovrani, ma hanno creato un nuovo spazio giuridico, in cui anche il diritto pubblico si è affrancato dal vincolo territoriale.

Ebbene, lo *spazio* giuridico europeo si è fatto *ordine* giuridico attraverso il ruolo dei giudici. Il loro contributo *costituzionale* (forse direi meglio *costituente*) si individua soprattutto nella tessitura di uno *ius commune* attuata attraverso una *griglia* di principi generali e di diritti ritenuti fondamentali che non si sovrappongono bensì si affiancano ai diritti nazionali, secondo una logica di integrazione ed assimilazione. Creando così un'area condivisa di diritti che cono tutelai, oltre che dalle Corti europee, dalle Corti nazionali di singoli Stati.

Naturalmente questo importante ruolo delle Corti – che, specie nei momenti di crisi elle istituzioni europee rappresentative, tendono ad assumere una funzione in qualche misura di *supplenza* – si presta a letture ambivalenti: uno strumento di rafforzamento dell'Unione europea per alcuni; l'avvento di una *giuristocrazia* per altri.

Non è questo il luogo per prendere posizione su di un tema così complesso e spinoso.

Ma su due cose mi sembra potersi convenire:

a) anche nelle democrazie nazionali, da sempre sussistono istituzioni al di fuori del sistema elettivo. Esse costituiscono un imprescindibile strumento di bilanciamento all'interno di una matura *democrazia amministrativa*, al fine di mantenere alcuni meccanismi istituzionali al di fuori della ricerca ciclica del consenso;

b) questo diritto giurisprudenziale europeo è chiamato a regolare la circolazione nello spazio europeo di persone e cose, fenomeno che ormai non dipende più dalle scelte politiche o giuridiche, ma dai fatti. Esso ha un merito fondamentale: contribuire a creare, nei fatti, nella vita quotidiana, uno *status* di cittadino europeo, una cittadinanza europea

che si affianca alle cittadinanze nazionali.

Il diritto delle Corti gioca quindi un ruolo decisivo nel processo di integrazione europea. Esso implica il rispetto delle Corti nazionali tra loro e delle Corti europee verso le Corti nazionali. Ma anche il rispetto delle Corti nazionali verso i valori europei che la Corte di giustizia UE è chiamata a tutelare.

È però vero che le Corti da sole non bastano, né possono bastare.

La declaratoria dei diritti nelle Carte e l'opera delle Corti non possono reggere a lungo – e forse nemmeno sarebbe *giusto* che reggessero - un comune sentire che rinnegasse nei fatti i valori di quella *costituzione comune*. Ed è la politica che interpreta e risponde ai bisogni delle persone.

Altrimenti la divaricazione tra società e giudici diventa insopportabile per l'ordinamento stesso. In altri termini, se il giudice spesso è chiamato a far rispettare i diritti contro la politica e il potere, tuttavia questo ruolo gli deve essere *riconosciuto* dall'ordinamento e dalla società che lo esprime: se la giurisdizione è il grado di controllo che il potere è disposto ad accettare, è la legge a fondare democraticamente la legittimazione del controllo giudiziario sul parlamento medesimo. Se politica e giurisdizione divorziano, viene meno uno dei pilastri del costituzionalismo, anche nell'architettura europea.