

VII

I DIRITTI FONDAMENTALI TRA DIRITTO POLITICO E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE*

ROBERTO ROMBOLI **

SOMMARIO: 1. Diritto politico e diritto giurisprudenziale nella definizione e nella tutela dei diritti fondamentali: premessa. – 2. L'alterazione dei rapporti tra diritto politico e diritto giurisprudenziale a seguito della realizzazione dello stato costituzionale. – 3. La valorizzazione del diritto giurisprudenziale nell'ordinamento convenzionale della Cedu... – 4. *Segue* ...e nell'ordinamento comunitario. – 5. L'incidenza della giurisprudenza costituzionale sulla definizione e sulla tutela dei diritti fondamentali: gli strumenti decisorii utilizzati. – 6. L'inerzia del legislatore e l'attivismo dei giudici: i c.d. diritti nuovi ed il conflitto tra diritto politico e diritto giurisprudenziale nella vicenda Englaro.

1. DIRITTO POLITICO E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE NELLA DEFINIZIONE E NELLA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI: PREMESSA

Nell'ambito dell'ampia letteratura e altrettanto vasta giurisprudenza relativa ai diritti fondamentali, possiamo, almeno in astratto, tenere distinti due momenti: quello, temporalmente precedente, della determinazione ed individuazione degli stessi e del loro contenuto e quello, necessariamente successivo, della loro tutela, per l'ipotesi in cui un soggetto ritenga di essere leso in un suo diritto fondamentale. Ciò può in realtà accadere sia ad opera di

* Il presente scritto, con alcune integrazioni, è destinato agli scritti in onore di Aldo Loiodice.

** *Professore di Diritto costituzionale presso l'Università di Pisa.*

un atto di un privato oppure di un atto pubblico, il quale a sua volta può provenire da organi della pubblica amministrazione (atto amministrativo), dell'autorità giudiziaria (sentenza) oppure dal potere legislativo (legge o atto avente forza di legge).

Gli strumenti a disposizione dell'interessato, a seconda del tipo di atto impugnato, saranno ovviamente diversi e differenti anche i procedimenti e gli organi competenti a decidere, ma appare palese come un diritto fondamentale in tanto può ritenersi effettivamente esistente e concretamente efficace a condizione che lo stesso sia non solamente enunciato in qualche Carta più o meno solenne, quanto garantito in maniera efficace nell'ipotesi di una sua supposta o reale violazione.

Identificazione dei diritti fondamentali e tutela quindi come momenti astrattamente separabili, ma strettamente connessi al pari di due facce della stessa medaglia.

Inserire in questa tematica quella del rapporto tra il diritto politico (derivante cioè dagli organi politicamente rappresentativi) e quello giurisprudenziale (o "culturale", secondo la definizione di Alessandro Pizzorusso) parrebbe dover tranquillamente condurre ad una facile ed immediata soluzione, in applicazione del classico principio di separazione tra i poteri: il primo momento (individuazione) spetta alla fonte politica, mentre il secondo (la tutela) rappresenta la funzione caratterizzante del potere giudiziario, che ne giustifica addirittura l'esistenza.

Come vedremo in questa lezione, richiamando alcuni profili abbastanza noti in materia, la soluzione non è in realtà così semplice, ma le due diverse forme di produzione del diritto si trovano inevitabilmente tra loro strettamente intrecciate e ciò accade a diversi livelli.

Sul primo versante (individuazione) una dimostrazione la si può trovare già nella nota problematica che attiene all'esistenza ed alla delimitazione di quelli che sono comunemente definiti "i diritti nuovi", in parte frutto dell'elaborazione giurisprudenziale e sui quali tornerò fra un momento.

Sul secondo (garanzia) innanzi tutto le forme di tutela, le condizioni ed i limiti del potere giudiziario (intendendo per il momento in esso compresa anche la Corte costituzionale) sono ovviamente derivanti da scelte del legislatore, ordinario o costituzionale. Si pensi ad esempio alla scelta se riconoscere o meno ai singoli un ricorso diretto a garanzia dei propri diritti fondamentali, come ad esempio accade per la Costituzione spagnola e dove, dopo diversi anni di applicazione dello strumento dell'*amparo* costituzionale, lo stesso è stato profondamente modificato nel 2007 sulla base della esperienza e di come concretamente il *Tribunal constitucional* aveva interpretato ed

applicato quello strumento. Oppure di quanto è accaduto ancora più di recente in Francia con l'introduzione di un giudizio in via incidentale, allo scopo dichiarato di poter intervenire sulle leggi contrastanti con i diritti fondamentali anche dopo che la legge stessa è entrata in vigore e proprio sulla base del "diritto vivente" che sulla stessa si è venuto a creare ad opera dell'interpretazione giurisprudenziale.

In certi casi poi, alcuni assai noti anche perché molto recenti, abbiamo assistito a quella situazione che è stata chiamata dei "diritti accertati, ma non tutelati", per la quale a fronte del riconoscimento dell'esistenza nel testo costituzionale di un diritto fondamentale, il giudice ha ciò nonostante ritenuto di non poter garantire lo stesso in assenza di un intervento del legislatore (mi riferisco in particolare al caso di Giorgio Welby, nel quale Pizzorusso individua una clamorosa violazione del divieto di *non liquet*, mentre Gustavo Zagrebelsky parla di "un caso patente di 'denegata giustizia' e di annientamento pratico di un principio costituzionale").

Evidente pertanto l'intreccio tra il diritto politico ed il diritto giurisprudenziale, il quale viene, se possibile, ad essere reso ancora più complesso dall'esistenza, in materia di diritti fondamentali, di una pluralità di legislatori e quindi di Carte a differente livello (Convenzione europea dei diritti dell'uomo – Cedu –, Carta di Nizza – poi Carta dei diritti dell'Unione europea –, Costituzione, Statuti regionali), cui corrispondono una pluralità di giudici, ognuno dei quali con il compito specifico di tutelare i diritti riconosciuti in una Carta (Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte di giustizia Cee, Corte costituzionale e, con le loro particolarità, gli organi di garanzia statutaria).

2. L'ALTERAZIONE DEI RAPPORTI TRA DIRITTO POLITICO E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE A SEGUITO DELLA REALIZZAZIONE DELLO STATO COSTITUZIONALE

Il rapporto tra diritto politico e diritto giurisprudenziale risente all'evidenza dei caratteri basilari di un ordinamento e delle origini storiche degli stessi (basti pensare alle differenze che si pongono a seconda che ci riferiamo ad ordinamenti di *common law* oppure di *civil law*).

Nell'esperienza nordamericana il ruolo che viene assegnato al giudice è quello di garante dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali, anche in particolare nei confronti del potere politico e del legislatore e come espressione della superiorità della Costituzione (potere costituente) nei confronti della legge (potere costituito).

Nel noto paragrafo 78 de *Il Federalista* di Hamilton è previsto che i giudici, a fronte di un'antinomia fra una legge fondamentale ed altra che tale non è, debbono conformare la propria pronuncia alla prima, allo stesso modo come nella successione temporale delle leggi si fa prevalere la legge successiva rispetto alla precedente. In entrambi i casi si tratterebbe di una regola di interpretazione derivante dalla natura delle cose.

È partendo da questi principi e dal riconoscimento del ruolo dei giudici quali garanti dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione che, dopo pochi anni, in quel paese si realizzerà il primo modello di giustizia costituzionale, con carattere diffuso, dichiarativo ed incidentale, introdotto in via giurisprudenziale a partire dalla pronuncia *Marbury versus Madison* del 1803.

Assai diversa, e per certi aspetti quasi opposta, la situazione nell'Europa continentale, dove si assiste, come ben rilevato da Paolo Caretti, ad un passaggio traumatico dallo stato assoluto allo stato liberale attraverso una rottura con il vecchio ordinamento e la necessità quindi di stabilire un catalogo di diritti da preservare e da rafforzare.

Il compito di garante della attuazione e della effettività di questi diritti non viene però riconosciuto ai giudici, quanto prioritariamente al soggetto politico, in quanto le costituzioni appaiono principalmente come un programma politico che deve essere attuato in particolare da parte del legislatore, il quale viene quindi ad assumere in proposito un ruolo centrale.

Non altrettanto può dirsi per il giudice che viene al contrario visto con sospetto, risentendo della posizione assunta di funzionario al servizio del potere regio e ritenuto quindi di conseguenza potenzialmente ostile nei confronti dei nuovi diritti riconosciuti dalle costituzioni, oltre che privo di qualsiasi legittimazione democratica.

Le fonti del diritto si riducono pertanto sostanzialmente alla sola legge e netto è il primato della scelta politica sulla giurisdizione, espressa da funzionari, meccanici applicatori della legge, cui non è riconosciuto alcun margine di discrezionalità neppure in sede di interpretazione della stessa (si pensi all'istituto del *référé législatif*, sul quale è intervenuto di recente Alessandro Pace). I giudici sono la mera *bouche de la loi*, secondo la celebre definizione di Montesquieu.

L'eventuale contrasto tra le legge e la costituzione non viene, di conseguenza, risolto alla maniera appena vista con riguardo all'ordinamento nordamericano, ma attraverso l'esaltazione della democrazia rappresentativa. La legge, in quanto approvata dai diretti rappresentati del corpo elettorale e quindi espressione della sovranità popolare, non può che essere "giusta" e comunque non può essere posta in discussione da alcuno, tantomeno da parte dei giudici.

L'onnipotenza del legislatore e l'assenza di limiti precludono quindi qualsiasi ipotesi di controllo di costituzionalità sotto l'aspetto sostanziale ed impediscono quindi il sorgere di una giustizia costituzionale.

La situazione subisce un profondo mutamento con le costituzioni successive alla seconda guerra mondiale, approvate a seguito ed in risposta alle esperienze degli ordinamenti totalitari ed autoritari nazisti e fascisti, i quali fanno cadere l'illusione di una legge comunque giusta, in quanto espressione della sovranità popolare, risultando evidente come una maggioranza parlamentare possa approvare, seguendo le regole procedimentali e le maggioranze previste, leggi (si pensi a quelle razziali) palesemente contrarie a diritti fondamentali o inviolabili della persona umana.

Da qui la necessità di preservare dalle scelte di maggioranza certi principi e certi diritti fondamentali, inscrivendoli in un atto solenne quale la costituzione e dotando però contemporaneamente la stessa di un forza giuridica superiore alla legge. Nascono così le costituzioni rigide e la necessità di individuare un giudice ed un procedimento attraverso il quale garantire tale superiorità darà vita ai differenti modelli di giustizia costituzionale. Questi, a causa della diffidenza verso l'autorità giudiziaria prima ricordata, si orienteranno verso un sistema accentrato e non diffuso e quindi caratterizzato dalla istituzione di un nuovo e particolare giudice, individuato in un Tribunale costituzionale o in una Corte costituzionale oppure, come in Francia dove la diffidenza come noto era ed è assai maggiore, in un meno significativo (già dal nome) Consiglio costituzionale.

Le ripercussioni dell'approvazione e dell'entrata in vigore di una costituzione rigida sul rapporto tra diritto politico e diritto giurisprudenziale appaiono subito evidenti e possono, per il momento, essere sintetizzate principalmente in due aspetti, il primo concernente il controllo di costituzionalità delle leggi ed il secondo il potere interpretativo del giudice.

Sul primo versante la scelta per il modello di giustizia costituzionale comporta, oltre come detto l'opzione per un sistema accentrato, anche l'individuazione delle vie di accesso tali da consentire al Giudice costituzionale di intervenire sul controllo delle leggi e quindi sulla garanzia dei diritti fondamentali nei riguardi delle scelte legislative.

In Italia il sistema individuato attraverso le norme costituzionali e quelle di legislazione ordinaria direttamente attuative delle prime, delinea, in maniera più o meno consapevole dato il percorso un po' accidentato che venne seguito, una forma di controllo che vede nell'autorità giudiziaria un elemento di estrema importanza per la realizzazione dello stesso.

A differenza infatti di altri modelli che in quegli anni, ed in quelli imme-

diatamente successivi, vengono realizzati, il nostro si fonda quasi esclusivamente sulla via incidentale, non essendo previste forme di ricorso diretto né da parte dei singoli interessati, né da parte di soggetti pubblici, quali il Presidente della repubblica, le minoranze parlamentari o altri. L'unica via principale è infatti costituita dal ricorso dello Stato (cioè del governo) nei riguardi delle leggi regionali e delle regioni nei confronti di leggi statali (ma solamente allo scopo di far valere eventuali violazioni delle competenze legislative riconosciute dal titolo V della parte seconda della Costituzione).

Se a ciò aggiungiamo che le regioni ordinarie inizieranno, come noto, a funzionare concretamente solo all'inizio degli anni Settanta del secolo scorso, se ne deriva che l'unica via di accesso, attraverso la quale investire la Corte costituzionale ed ottenere una garanzia dei diritti fondamentali, è appunto quella incidentale, la quale assume quindi il ruolo non di "una" delle vie di accesso, bensì dell'"unica" via di accesso.

Da qui l'importanza centrale che viene ad assumere la sensibilità della magistratura ai nuovi principi costituzionali ed il ruolo assolutamente decisivo del raccordo tra autorità giudiziaria e Giudice costituzionale.

Il secondo aspetto, all'evidenza strettamente collegato al primo, discende dalla acquisita consapevolezza (una volta superata la distinzione tra norme costituzionali programmatiche e norme precettive) che la Costituzione non rappresenta (o non rappresenta solamente) un programma politico rivolto al legislatore, ma ha natura di fonte del diritto, come tale rivolta anche ai giudici e da questi direttamente applicabile.

La presenza nella Costituzione di principi, oltre che di regole, comporta inevitabilmente un ampliamento del potere interpretativo dei giudici (si pensi in particolare ai c.d. diritti sociali) e quindi del ruolo e dell'incidenza del diritto giurisprudenziale, come risulterà più evidente allorché negli anni Novanta del secolo scorso si porrà il tema della necessaria interpretazione della legge in conformità alla Costituzione, su cui tornerò fra breve.

La valorizzazione del diritto giurisprudenziale deriva anche dai rapporti che vengono, con sempre maggiore rilevanza, a porsi tra l'ordinamento nazionale e gli ordinamenti sopranazionali ed in specie quello convenzionale della Cedu e quello comunitario dell'Unione europea. Pertanto prima di tornare e concludere sull'ordinamento nazionale farò alcuni cenni, per i profili che interessano questa lezione, ai rapporti con i due surricordati ordinamenti ed alla valorizzazione della giurisprudenza delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo.

3. LA VALORIZZAZIONE DEL DIRITTO GIURISPRUDENZIALE NELL'ORDINAMENTO CONVENZIONALE DELLA CEDU ...

Iniziando con il primo, la Cedu trova, come a tutti voi noto, il suo giudice nella Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale nelle ipotesi di supposta violazione della Convenzione può essere attivata secondo regole e procedure espressamente previste e con carattere sussidiario rispetto alle garanzie riconosciute da parte delle autorità nazionali.

A differenza del giudizio sulle leggi davanti al Giudice costituzionale – il quale assume, in maniera più e meno marcata, una natura “oggettiva” data dal raffronto fra due atti normativi – il giudizio della Corte europea è sempre un giudizio concreto, avente ad oggetto una specifica fattispecie e quindi assume una coloritura maggiormente “soggettiva”, anche quando la violazione della Cedu viene individuata in una legge nazionale.

L'effetto della decisione della Corte europea è quello della condanna ad un risarcimento ed è quindi privo di effetti diretti nell'ordinamento nazionale, in cui l'atto in questione continua pertanto ad essere valido ed applicabile, pur se è comunque indubbia l'efficacia “culturale”, indipendentemente da quella giuridica, che non può non riconoscersi alle decisioni della Corte di Strasburgo. In molti casi infatti (si pensi da ultimo alle decisioni in ordine alla presenza del crocifisso nelle aule scolastiche) quelle decisioni assumono un significato che va oltre i confini del singolo stato parte del giudizio per svolgere effetti (appunto di tipo “culturale”) anche nei riguardi di altri stati alle prese con problemi del tutto analoghi quando non addirittura identici.

L'efficacia del diritto giurisprudenziale, di produzione convenzionale, nel nostro ordinamento ha pertanto sempre esercitato una certa influenza, ma questa è risultata limitata da una concezione assai formalistica, spesso per questo criticata, della natura della Cedu nel nostro sistema delle fonti.

Nonostante infatti l'indiscutibile carattere “sostanzialmente” costituzionale della Convenzione, evidente ad una semplice anche superficiale lettura del suo contenuto, per molti anni la stessa è stata ritenuta formalmente avente valore di legge ordinaria, sul presupposto della sua approvazione da parte dell'Italia e quindi del suo inserimento nel nostro ordinamento attraverso una legge ordinaria. Ciò ha escluso, secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale, che le norme convenzionali potessero essere invocate come parametro per i giudizi costituzionali, ammettendo solo che potessero valere come riferimento *ad abundantiam* al fine di orientare circa l'una o l'altra delle possibili interpretazioni di una disposizione formalmente costituzionale.

Di recente (2007) abbiamo assistito in materia ad un mutamento di grosso rilievo, da tutti sottolineato, e che vorrei richiamare solo con riguardo al tema in oggetto della valorizzazione del diritto giurisprudenziale.

Anche ad evitare che i giudici comuni procedessero (come in alcuni casi era avvenuto) ad una diretta disapplicazione della legge ritenuta in contrasto con la Cedu, al pari di quanto accade per il diritto comunitario, la Corte costituzionale con due pronunce, note come “sentenze gemelle” (nn. 348 e 349 del 2007), ha ritenuto che la nuova formulazione dell’art. 117, 1° comma, Cost. – la quale impegna lo stato e le regioni al rispetto, nell’esercizio delle loro funzioni legislative, degli obblighi internazionali – deve portare a riconsiderare la collocazione nel nostro ordinamento delle norme della Cedu.

In particolare, pur non giungendo a riconoscere alle stesse il valore di disposizioni costituzionali e quindi di possibile parametro di costituzionalità, la Corte perviene allo stesso risultato applicando ad esse la c.d. teoria della norma interposta, tipica ad esempio tra l’altro dei rapporti a livello interno tra decreto legislativo e legge delega. In base a tale teoria la violazione della disposizione convenzionale ad opera della legge si porrebbe indirettamente in contrasto con la previsione dell’art. 117, 1° comma, Cost., fungendo la prima da norma interposta tra la legge e la Costituzione.

L’aspetto che maggiormente ci interessa è il riferimento che la Corte costituzionale fa alla giurisprudenza della Corte europea, allorché afferma che una caratteristica della Cedu è quella di avere un proprio giudice, cui è assegnato il compito di interpretare la Convenzione, la quale quindi deve ritenersi “vivente” nella lettura fornita dalla Corte di Strasburgo, in quanto gli obblighi assunti dallo Stato italiano comprendono sia l’esistenza di quel giudice, sia il riconoscimento delle funzioni interpretative del medesimo. Più in specifico il giudice nazionale ha l’obbligo di seguire in via primaria l’interpretazione della legge conforme alla Cedu, mentre la garanzia di uniformità dell’interpretazione spetta alla Corte europea, cui è riservata pure l’ultima parola, la quale deve essere accettata dagli stati membri.

La mancata parificazione della Cedu ad una fonte costituzionale comporta, ad avviso della Corte, che qualora la norma convenzionale, così come interpretata dal suo giudice, si ponga in contrasto con i principi costituzionali, essa può essere espunta dall’ordinamento attraverso la dichiarazione di incostituzionalità della legge per la parte in cui ha introdotto quella norma nel nostro ordinamento.

Due anni dopo (2009) gli stessi due giudici costituzionali (Silvestri e Tesaurò) sono relatori ed estensori di altre due pronunce (nn. 311 e 317), contenenti interessanti specificazioni alle affermazioni precedentemente ricordate.

La prima decisione assume, per l'argomento di questa lezione, un particolare interesse dal momento che tocca uno dei temi classici dei rapporti tra diritto politico e diritto giurisprudenziale, ossia quello delle leggi di interpretazione autentica e dei limiti alla loro utilizzabilità. In particolare veniva invocata la violazione dell'art. 6 Cedu per il caso di una legge la quale andava ad incidere sui giudizi in corso allo scopo di modificare, con riguardo al caso specifico, l'interpretazione seguita dall'autorità giudiziaria della legge interpretata autenticamente. A rendere più evidente e grave la violazione stava il fatto che la legge interveniva in una causa in cui era parte lo stato ed allo scopo di ottenere così una decisione a lui favorevole e sfavorevole alla parte privata.

A parte altre precisazioni che non attengono però al nostro argomento, di particolare interesse sono invece quelle relative al margine di apprezzamento che dovrebbe riconoscersi allo stato membro nell'interpretazione della Cedu, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Sulla base di quest'ultima sarebbero da escludere, ai sensi dell'art. 6 Cedu, leggi di interpretazione autentica che influiscono sui giudizi in corso "salvo motivi imperativi di interesse generale".

La Corte costituzionale ha sostenuto (sent. 311/2009) che questa espressione non può non lasciare una parte del compito di interpretare e di identificare tali motivi agli stati, i quali sarebbero nella migliore posizione per farlo, trattandosi di interessi che si pongono alla base del potere legislativo.

Ancora più precise e puntuali le affermazioni contenute nella sent. 317 dello stesso anno, dove si sostiene che la tutela dei diritti fondamentali deve avvenire in maniera sistemica e non frazionata in una serie di norme tra loro non coordinate o addirittura in potenziale contrasto tra loro, per cui mentre la Corte europea decide necessariamente in ordine al singolo caso e sullo specifico diritto fondamentale, spetta alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di un diritto si realizzi in maniera squilibrata e con effetti negativi rispetto agli altri diritti.

In conseguenza di ciò la Corte costituzionale, mentre ritiene di non poter sindacare l'interpretazione della Cedu seguita dalla Corte europea, riconosce a se medesima la possibilità di valutare come il prodotto di quella interpretazione si inserisca nel nostro ordinamento.

Il margine di apprezzamento da riconoscersi agli stati membri deve determinarsi nella specie con riguardo al complesso dei diritti fondamentali e pare il caso di sottolineare come in proposito il Giudice costituzionale ha cura di precisare che la visione ravvicinata ed integrata dei diritti fondamentali può essere opera non solamente del legislatore, ma anche della stessa

Corte costituzionale e del giudice comune, ognuno nell'ambito delle proprie competenze.

4. *SEGUE ... E NELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO*

L'ordinamento comunitario rappresenta un esempio di ordinamento in larga parte formato sulla base di un diritto giurisprudenziale e delle decisioni assunte dal giudice dei Trattati istitutivi ossia dalla Corte di giustizia delle comunità europee (poi dell'Unione europea).

Accanto ad essa operano i giudici nazionali che assumono nell'occasione anche la veste di giudici comunitari, un giudice, come scriveva l'ex presidente della Corte di giustizia Rodriguez Iglesias, che porta due cappelli, ma con la particolarità di indossarli non uno dopo l'altro, bensì contemporaneamente.

Momento essenziale – espressione e conseguenza dell'effetto diretto del diritto comunitario negli ordinamenti nazionali e del primato dello stesso – è rappresentato dalla pregiudizialità comunitaria, ossia dalla facoltà dei giudici nazionali o dall'obbligo (per quelli di ultima istanza) di chiedere l'intervento della Corte di Lussemburgo allorché si ponga un dubbio relativamente al significato da attribuire alla normativa comunitaria.

Le ragioni della stessa sono quelle indicate da Tocqueville con riguardo alla situazione nordamericana, allorché osservò come non può sussistere uno stato se le sue leggi possono essere interpretate in ventiquattro modi differenti, e consistono nella necessaria uniformità nella interpretazione e nella applicazione del diritto comunitario. Necessità sottolineata pure dalla nostra Corte costituzionale che ha rilevato come la mancata proposizione della pregiudizialità arrecherebbe lesione al “generale interesse alla uniforme applicazione del diritto comunitario” (sent. 103/2008).

La pregiudiziale comunitaria, al pari *mutatae mutandis* di quella costituzionale, segna un momento di collaborazione tra i giudici nazionali (con il cappello di giudici comunitari) e la Corte di giustizia, con una teorica ripartizione di competenze che dovrebbe fondarsi sulla distinzione tra l'attività di interpretazione del diritto comunitario, spettante alla Corte e quella di applicazione del diritto comunitario o di quello nazionale, alla luce del primo, spettante invece ai giudici nazionali.

In realtà il sistema è finito per operare in maniera sostanzialmente diversa ed un punto privilegiato per notare la trasformazione ed il reale rapporto che si è venuto a porre tra interpretazione ed applicazione, è dato dall'affermarsi del principio della interpretazione conforme al diritto comunitario.

La giurisprudenza della Corte di giustizia fin dal 1984 ha affermato che, nell'applicare il diritto nazionale, il giudice deve interpretare lo stesso alla luce del diritto comunitario e sottolineato come l'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è inerente al sistema del Trattato in quanto l'obbligo di interpretazione conforme deve ritenersi un "effetto strutturale" della normativa comunitaria, concludendo pertanto che il giudice, quando è possibile seguire un'interpretazione conforme, non deve procedere alla disapplicazione del diritto nazionale, che diviene quindi una *extrema ratio*.

Il giudice comune pertanto, in caso di dubbio circa il significato da attribuire al diritto comunitario, deve chiedere l'intervento della Corte di giustizia, quindi procedere, ove possibile, ad un'interpretazione del diritto nazionale conforme al diritto comunitario e altrimenti decidere il caso disapplicando il diritto nazionale in contrasto con quello comunitario.

Il raccordo tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia così come in realtà è venuto a realizzarsi a seguito del modo come i primi pongono il problema pregiudiziale alla seconda e della forma ed efficacia che assume la conseguente risposta di quest'ultima ("la direttiva X osta ad una disciplina nazionale che preveda ..." oppure "l'art. Y del TCE deve interpretarsi nel senso che osta ad una regola quale quella dell'art. Z della legge nazionale XY"), si è di fatto risolto in un'attività di interpretazione del diritto nazionale che viene inevitabilmente ad incidere sull'applicazione dello stesso.

Come puntualmente dimostrato nel recente volume di Tommaso Giovannetti (*L'Europa dei giudici*) le risposte alle richieste dei giudici nazionali da parte della Corte di Lussemburgo sono spesso assai simili, nella forma e negli effetti, alle sentenze interpretative di rigetto o di accoglimento oppure in altri casi alle additive o alle sostitutive della nostra Corte costituzionale.

Il rinvio pregiudiziale sempre più è venuto trasformandosi da strumento di interpretazione a strumento di produzione del diritto ed appare convincente Roberta Calvano quando parla in proposito di forme di "sindacato occulto" sulla legislazione nazionale da parte del Giudice comunitario.

Come da tempo riconosciuto anche da parte della giurisprudenza costituzionale, le sentenze interpretative della Corte di giustizia assumono nel nostro ordinamento l'efficacia di fonte del diritto, anche se questo dovrebbe valere limitatamente all'interpretazione del diritto comunitario e non anche del diritto nazionale considerato.

In certi casi viene fatto di chiedersi, a seguito di quanto adesso riassuntivamente richiamato, quale diritto il giudice nazionale viene in realtà ad applicare, se quello nazionale, quello comunitario o ancora un diritto "misto". La domanda e la difficoltà di dare una risposta certa deriva dal fatto che non

è facile distinguere con un taglio netto il diritto comunitario dal diritto nazionale interpretato in conformità al primo, come pure l'attività di interpretazione da quella di applicazione del diritto.

La valorizzazione del diritto giurisprudenziale è del resto evidente da quei casi in cui, attraverso il suddetto raccordo tra giudici comuni e Corte di giustizia, viene all'evidenza superata la scelta politica del legislatore.

Si pensi al caso della nozione di rifiuto, accaduto qualche anno fa. In giurisprudenza si era venuto a creare un "diritto vivente" secondo cui la normativa nazionale veniva interpretata alla luce della giurisprudenza comunitaria. Il governo, il quale evidentemente non aveva condiviso tale giurisprudenza, adottò un decreto legge con cui veniva fornita l'interpretazione autentica della normativa in questione in senso ovviamente diverso. I giudici nazionali allora proposero alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale con la quale chiedevano alla stessa se fosse conforme al diritto comunitario una nozione di rifiuto quale quella accolta dal testo approvato dal governo italiano. La Corte rispose che non lo era e quindi i giudici procedettero alla disapplicazione della normativa suddetta e tornarono ad applicare la nozione di rifiuto già indicata ed accolta dal diritto vivente.

La valorizzazione del diritto giurisprudenziale potrebbe venire in qualche misura ulteriormente valorizzata dalla recente scelta operata dalla Corte costituzionale la quale, come ampiamente sollecitato da larga parte della dottrina, è finalmente uscita dal suo isolamento sollevando per la prima volta essa stessa una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia (ord. 103/2008), dopo che per molto tempo aveva ritenuto di non poter essere qualificata come "autorità giudiziaria" ai fini dell'obbligo di proporre questioni pregiudiziali.

Se è vero che al momento la Corte ha tenuto a sottolineare come questo valga solo per il giudizio sulle leggi proposto in via principale, in quanto manca un giudice legittimato a proporre la questione pregiudiziale, è altrettanto vero, come esattamente rileva Federico Sorrentino, che la vera novità della decisione sta nel fatto che la Corte costituzionale si è ormai qualificata come autorità legittimata a proporre questioni pregiudiziali, per cui adesso non resta che attendere gli sviluppi di questa affermazione, la quale dovrebbe valere non solo per il giudizio principale, ma per tutti i casi in cui, per diverse ragioni, non vi sia un giudice legittimato a proporre la questione pregiudiziale (insomma potremmo dire, se son rose fioriranno).

5. L'INCIDENZA DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE SULLA DEFINIZIONE E SULLA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI: GLI STRUMENTI DECISORI UTILIZZATI

Tornando infine all'ordinamento interno, il ruolo del diritto giurisprudenziale nella determinazione dei diritti fondamentali è abbastanza noto, per cui mi limiterò a ripercorrere gli aspetti più importanti, richiamando in proposito gli ultimi casi, anche molto clamorosi, che hanno nuovamente posto all'attenzione il rapporto tra il diritto giurisprudenziale e quello politico.

Partendo dal nostro sistema di giustizia costituzionale ed intendendo con ciò il raccordo che si è venuto in concreto a creare tra la Corte costituzionale ed i giudici comuni, appare non condivisibile la tesi sostenuta da Livio Paladin, secondo cui l'aver limitato l'accesso alla Corte alla via incidentale avrebbe fatto sì che questa si presenti sempre più come giudice della ragionevolezza delle scelte legislative e non come garante dei diritti fondamentali, in quanto i profili attinenti alla garanzia delle libertà sarebbero, nel complesso della giurisprudenza costituzionale, piuttosto marginali, concludendone che solo l'introduzione di un ricorso diretto consentirebbe di poter parlare di giurisdizione costituzionale delle libertà e di porre la Corte in una posizione di sovraordinazione rispetto a tutte le altre autorità pubbliche.

Una valutazione su come concretamente si è realizzato il controllo incidentale sulle leggi in Italia e sulla natura che ha quindi assunto il modello "vivente" di giustizia costituzionale, mostra infatti inequivocabilmente come la Corte abbia tendenzialmente assunto, in stretta correlazione e cooperazione con il giudice comune, sempre più il ruolo di giudice dei diritti e sempre meno quello di giudice delle norme e come non si possa disconoscere che la effettiva consistenza e fisionomia dei diversi diritti fondamentali, ed in particolare l'individuazione dei limiti cui gli stessi possono ritenersi soggetti, è essenzialmente il frutto della giurisprudenza costituzionale, dal momento che il terreno su cui più proficuamente si è svolta l'opera della Corte di concretizzazione dei valori costituzionali è stata proprio quella dei diritti.

A tal fine la Corte ha "creato" tutta una serie di strumenti decisori tali da consentirle di raggiungere i risultati massimi possibili con riguardo allo specifico momento politico-istituzionale, pur restando sempre attenta a non spingersi troppo oltre nel sindacare le scelte politiche proprie del potere legislativo.

Si pensi per tutte alle c.d. sentenze manipolative, nella veste di additive o di sostitutive, attraverso le quali, a seguito dell'intervento del Giudice costi-

tuzionale, il testo della disposizione viene sostanzialmente modificato con effetto immediato a seguito della pubblicazione della decisione sulla Gazzetta ufficiale e senza la necessità di un intervento legislativo.

La giustificazione delle crisafulliane “rime obbligate”, esistendo le quali la Corte costituzionale si limiterebbe ad inverare un significato già interamente presente nell’ordinamento e derivante tutto direttamente dal dettato costituzionale, appare in realtà molto ingegnosa, ma poco realistica. Moltissimi sono infatti, come sapete, i casi in cui gli interventi creativi della Corte difficilmente potrebbero davvero ritenersi derivare inequivocabilmente e senza alternative dal dettato costituzionale.

Un tipo di decisione, impiegato fin dall’inizio dalla Corte, che ha svolto un’importanza decisiva, seppure il relativo dispositivo non sia dotato di efficacia vincolante, è quello delle sentenze interpretative di rigetto. Attraverso queste sentenze, formalmente di infondatezza, la Corte fornisce un’interpretazione che viene indicata come l’unica tale da salvare la disposizione impugnata da una dichiarazione di incostituzionalità e tale sovente da attribuire alla stessa un significato diverso (a volte opposto) da quello cui il legislatore storico (in certi casi pre-repubblicano) aveva pensato.

L’azione della Corte costituzionale si rivelerà di decisiva importanza per la garanzia dei diritti fondamentali in quanto, da un lato, evita di creare vuoti normativi – come sarebbe accaduto a seguito di una sentenza di incostituzionalità – a fronte di un parlamento non particolarmente attento ed attivo nell’opera di defascistizzazione dell’ordinamento e dall’altro cerca di imporre le sue letture costituzionalmente orientate ad una magistratura che era ancora quella formatasi sotto il regime precedente e risultava anche per questo poco sensibile ai nuovi principi costituzionali (come aveva mostrato il periodo di controllo diffuso di costituzionalità degli anni 1948-1955).

Per molto tempo le letture costituzionalmente orientate delle disposizioni legislative sono risultate essere svolte dalla Corte in un situazione quasi monopolistica, mentre a partire dagli anni Novanta del secolo scorso questa funzione interpretativa è stata progressivamente delegata ai giudici comuni.

Un primo strumento utilizzato è stato quello delle c.d. sentenze additive di principio, quali sottospecie delle additive-autoapplicative e caratterizzate dal fatto che con la dichiarazione di incostituzionalità la Corte non provvede direttamente alla ricostruzione della norma, ma si limita a fissare un principio, cui dovrà ispirarsi *in primis* il legislatore, ma poi anche i giudici.

Questo tipo di pronuncia viene presentato come espressione di rispetto da parte della Corte dello spazio riservato alle scelte del legislatore, ma in realtà ottiene il risultato di “aprire” la possibilità di interventi diretti da parte

del giudice comune, una volta liberato dall'ostacolo rappresentato dal dettato normativo dichiarato incostituzionale.

A fronte infatti dell'inerzia del legislatore a porre una disciplina generale della materia, sono stati i giudici che, in ciò sollecitati dalla stessa Corte, hanno fatto diretta applicazione del principio contenuto nella sentenza per risolvere i casi specifici a loro presentati, dal momento che il giudice è comunque obbligato a dare una risposta alla richiesta di giustizia.

Decisivo infine è poi risultato lo strumento della c.d. interpretazione conforme, rispetto al quale abbiamo assistito ad una chiara evoluzione della giurisprudenza costituzionale: alla ricordata situazione di monopolio è seguita quella in cui la Corte ha invitato e poi sollecitato fortemente il giudice a non rimettere ad essa le questioni di costituzionalità allorché risulti possibile dare della disposizione impugnata una lettura costituzionalmente conforme (le leggi si dichiarano incostituzionali non perché è possibile darne una lettura incostituzionale, ma solo quando non è possibile darne una lettura costituzionalmente conforme) ed infine quella attuale in cui il giudice deve dimostrare, pena l'inaammissibilità della questione, di aver sperimentato ed escluso la possibilità di una interpretazione conforme della disposizione impugnata.

La progressiva "delega" di funzioni dalla Corte ai giudici comuni è avvenuta anche in considerazione dei notevoli mutamenti che dal 1956 agli anni Duemila si sono avuti all'interno della magistratura con riguardo alla realizzazione delle garanzie di autonomia, indipendenza ed imparzialità da un lato e della raggiunta sensibilizzazione ai valori costituzionali, dall'altro.

Una simile evoluzione ha fatto ritenere che i due modelli (accentrato e diffuso) si siano venuti in qualche misura ad avvicinare e proprio in ragione di ciò, specie con riferimento all'interpretazione conforme, è stato anche sostenuto che si sarebbe illegittimamente prodotta una modificazione del nostro sistema di giustizia costituzionale, la quale avrebbe richiesto un procedimento di revisione costituzionale.

6. L'INERZIA DEL LEGISLATORE E L'ATTIVISMO DEI GIUDICI: I C.D. DIRITTI NUOVI ED IL CONFLITTO TRA DIRITTO POLITICO E DIRITTO GIURISPRUDENZIALE NELLA VICENDA ENGLARO

In materia di diritti fondamentali è di tutta evidenza che non esistono diritti assoluti e che anche quelli espressamente definiti come tali o come inviolabili (a partire dalla libertà personale) debbono essere bilanciati con gli altri diritti pure fondamentali.

Il bilanciamento in alcuni casi è effettuato direttamente dalla Costituzione (così la libertà di manifestazione del pensiero non può andare contro il buon costume, secondo l'art. 21 Cost.), negli altri casi questo, al pari o nel momento stesso della attuazione e concretizzazione dei principi costituzionali, risulta essere di competenza del legislatore, al quale spetta il compito di interpretare ed attualizzare la Costituzione anche in considerazione dello sviluppo e della maturazione dei costumi e del sentire della società civile. In ragione di ciò uno stesso comportamento può risultare, a Costituzione invariata, ora sanzionato come reato, ora permesso, ora addirittura previsto come diritto, senza che alcuna di tali previsioni possa essere ritenuta necessariamente incostituzionale (si pensi alla disciplina dell'aborto oppure a quella dell'obiezione di coscienza al servizio militare o altre ancora).

A fronte di una scelta a tal fine operata dal diritto politico, il giudice è nelle condizioni di valutare se la stessa sia o meno conforme ai principi costituzionali, dovendo dapprima comunque sperimentare la possibilità di dare ad essa un'interpretazione (consentita ovviamente dal testo della legge) tale da attribuirle un significato costituzionalmente conforme e, qualora ciò non sia possibile, sollevare la questione di legittimità costituzionale.

Più complesso si pone il problema allorché il legislatore ritenga di non operare una scelta e di non intervenire a dettare una disciplina che dia attuazione ad un diritto fondamentale che si ritenga previsto, esplicitamente o implicitamente, dalla Costituzione.

In questi casi, a meno di non vanificare il significato assunto in materia dalla Carta costituzionale, non pare possibile riconoscere al legislatore, ossia alla maggioranza parlamentare, la possibilità di vanificare nella sostanza, con la sua inerzia, l'esistenza di un diritto costituzionale. È quanto sembra verificarsi nei casi all'inizio menzionati dei c.d. diritti accertati, ma non tutelati, allorché a seguito del riconoscimento dell'esistenza di un diritto costituzionale, viene negata ad esso tutela invocando a giustificazione il mancato intervento del legislatore (ad esempio il già ricordato caso Welby oppure quello del riconoscimento del cognome materno).

La nostra Costituzione, com'è noto, non contiene, a differenza di altre, uno specifico e dettagliato catalogo dei diritti fondamentali e ormai da tempo la giurisprudenza costituzionale, come pure la prevalente dottrina, ha accolto in proposito la tesi dell'art. 2 Cost. quale "norma aperta", consentendo così l'individuazione di "diritti nuovi".

Questa felice espressione non deve comunque essere presa alla lettera e far pensare al fenomeno per cui gli stessi, non previsti dal testo costituzio-

nale, vengono “creati” più o meno *ex novo* dalla giurisprudenza costituzionale o dei giudici comuni.

Il carattere rigido della Costituzione richiederebbe infatti per un’operazione del genere il procedimento della revisione costituzionale, per cui con la suddetta espressione si deve più propriamente intendere la possibilità che la nozione di “diritti inviolabili” o diritti fondamentali possa essere determinata, oltre che ovviamente attraverso l’intervento del legislatore ordinario, anche da parte della giurisprudenza, seppure con modalità e limiti diversi, essendo chiaramente diversa la loro legittimazione alla creazione del diritto.

Gli esempi di individuazione e garanzia di “diritti nuovi” da parte del Giudice costituzionale e dei giudici comuni, spesso in azione combinata, potrebbero essere moltissimi e spesso, anche di recente, sono stati segnalati eccessi ed abusi specie da parte dei secondi. Quasi emblematico è il caso del risarcimento per danni non patrimoniali per il c.d. danno esistenziale, rispetto al quale, sintetizzando al massimo, la giurisprudenza ha legato la risarcibilità alla avvenuta lesione di un diritto inviolabile, dando luogo al sorgere di un florilegio di diritti inviolabili (bagagli non pervenuti, tacco della sposa, morte del cane ecc.).

Questo ha causato una reazione a sua volta eccessiva nei confronti dell’attivismo dei giudici, accusati di volersi sostituire al legislatore, al quale soltanto spetterebbe l’individuazione dei diritti fondamentali, in contrasto con la giurisprudenza costituzionale la quale in diverse occasioni ha invitato, in mancanza di una specifica previsione normativa, il giudice a ricercare lui stesso la soluzione ed a garantire la tutela dei diritti fondamentali rifacendosi direttamente ai principi costituzionali. Si legge infatti in queste pronunce che “spetta al giudice, attraverso l’esercizio pieno dei poteri di interpretazione della legge e del diritto, risolvere, conformemente alla Costituzione, il problema che la rilevata lacuna normativa in ipotesi determina” (sent. 11/1998) oppure che “nell’attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l’interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali” (sent. 347/1998).

Concludo ricordando una vicenda molto recente nella quale il tema del rapporto (non proprio pacifico) tra il diritto politico ed il diritto giurisprudenziale è apparso di tutta evidenza e che ha visto coinvolti un po’ tutti i principali protagonisti dell’uno e dell’altro: il parlamento, il governo, il Presidente della repubblica, la Corte europea dei diritti dell’uomo, la Corte costituzionale, la Corte di cassazione ed i giudici comuni.

Mi riferisco al caso della giovane Eluana Englaro in stato vegetativo da

molto tempo, per la quale il padre da anni chiedeva fosse autorizzato il distacco dalla alimentazione ed idratazione artificiali. La Corte di cassazione, e poi la corte d'appello di Milano, hanno ritenuto, attraverso una motivazione assai complessa che vi invito a leggere, di rinvenire nella Costituzione un diritto all'interruzione del trattamento, seppure tale possibilità non fosse al momento ancora disciplinata dal legislatore.

Le due camere hanno visto in queste decisioni un'illegittima invasione di campo del legislatore, sia per la materia trattata (diritti fondamentali), sia perché questi stava discutendo un'apposito progetto di legge (testamento biologico) ed hanno quindi sollevato un conflitto di attribuzione tra poteri dello stato davanti alla Corte costituzionale, sostenendo che nella specie non si sarebbe trattato di sentenze, ma di una vera e propria legge, la cui approvazione spetta solamente al parlamento.

Le tesi sostenute nei ricorsi sembravano richiamare la natura programmatica delle previsioni costituzionali (o di alcune di esse), come tali rivolte solamente al potere legislativo e inapplicabili da parte dell'autorità giudiziaria. La Corte costituzionale (ord. 334/2008) ha dato una risposta assai decisa, dichiarando il ricorso inammissibile in sede di deliberazione (quindi senza neppure procedere all'integrazione del contraddittorio) e rilevando come le decisioni impugnate dovessero ritenersi atti giurisdizionali e non legislativi, come tali non impeditivi al potere politico di intervenire a disciplinare la materia.

Quando già erano iniziate le pratiche di distacco previste dal protocollo, il governo ha approvato un decreto legge con il dichiarato fine di impedire l'esecuzione della pronuncia della Corte d'appello milanese, ma il Capo dello Stato si è, per la prima volta nella storia repubblicana, rifiutato di firmare il decreto.

Le ragioni del rifiuto, ricavabili dalla lettera inviata dal capo dello stato prima dell'approvazione del decreto al Presidente del consiglio, sono individuabili a mio avviso non tanto, come qualcuno pure ha sostenuto, nella mancanza di necessità e di urgenza del decreto (il che non giustificerebbe il mancato rifiuto in ipotesi nelle quali palese era l'assenza dei requisiti costituzionali dell'art. 77 Cost.), quanto nella evidente violazione di principi essenziali del nostro ordinamento costituzionale, quale quello dell'esercizio di diritti costituzionali e della separazione dei poteri, in quanto il decreto si proponeva di impedire l'esercizio di un diritto, derivato da principi costituzionali, accertato attraverso una serie di pronunce dell'autorità giudiziaria, rispetto alle quali la Corte costituzionale ha escluso con la decisione sopra ricordata che si possa muovere il rilievo di aver sconfinato dai limiti posti dalla Costituzione all'attività giurisdizionale.