

La “fondamentalità” dei diritti fondamentali*

Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. Il quadruplice verso e significato della “fondamentalità”. – 2. I diritti fondamentali come *fondanti* l’ordinamento che ne dà il riconoscimento e, allo stesso tempo, da esso *fondati*. – 3. La “fondamentalità” come fondamento della inviolabilità dei diritti. – 4. Il rapporto di mutuo sostegno e costante alimentazione che s’intrattiene tra i diritti fondamentali. – 5. Il rischio della mitizzazione o sovraesposizione della Costituzione in ordine al riconoscimento ed alla tutela dei diritti, la viepiù vistosa torsione e confusione dei ruoli istituzionali di cui si ha al riguardo riscontro, il modo con cui dovrebbe farsi luogo alla salvaguardia dei diritti stessi, secondo modello e secondo esperienza. – 6. Il rilievo di cui è naturalmente dotata la “fondamentalità” nelle esperienze processuali, conducente all’esito di accordare la precedenza ai diritti che ne sono provvisti rispetto ad altre istanze emergenti nel corso dei giudizi, fatte valere sempre che si risolvano in un beneficio per i primi. – 7. La “fondamentalità” quale cerniera interordinamentale, la spinta formidabile da essa impressa al processo d’integrazione sovranazionale, specie per effetto del “dialogo” tra le Corti, il carattere “misto” dei diritti, nazionali in quanto anche europei ed europei perché nazionali.

1. Il quadruplice verso e significato della “fondamentalità”

Mi corre subito l’obbligo, prima di rappresentare con la massima sintesi il mio pensiero sul tema assegnatomi, di fare una confessione ad alta voce; ed è che, a prima impressione, la “fondamentalità” ha richiamato alla mia mente, per una singolare associazione di idee, la nota affermazione de *Il piccolo principe* di A. de Saint-Exupéry secondo cui “l’essenziale è invisibile agli occhi”. Si sa, dunque, che c’è ma purtroppo non si vede. Fuor di metafora ciò significa che è assai arduo, forse per vero impossibile, darne la definizione; piuttosto, giova descriverne le più salienti movenze o – se si preferisce – i modi con i quali si afferma e radica nell’esperienza.

* Relazione al convegno su *Giustizia senza frontiere. Lo spazio europeo dei diritti fondamentali, sociali, civili*, Dipartimento di Scienze Politiche dell’Università di Roma Tre, 9-10 novembre 2023, alla cui data lo scritto è aggiornato. Il contributo non è stato sottoposto a referaggio, in conformità al Regolamento della Rivista, in quanto proveniente da un membro del comitato scientifico.

Ora, le questioni evocate dal titolo dato alla riflessione che mi accingo a svolgere appaiono essere plurime e teoricamente complesse, dal momento che ad essere evocata in campo – come si tenterà di mostrare – è, a conti fatti, la teoria della Costituzione, il modo con cui la legge fondamentale della Repubblica si pone a base dell’ordinamento, sorreggendolo ed orientandone le più salienti dinamiche.

Dico subito, con riserva di maggiori ragguagli a breve, che la “fondamentalità”, quale attributo costitutivo e caratterizzante i diritti fondamentali, può farsi valere in più modi, aprendosi a ventaglio e proiettandosi in più direzioni.

Procediamo, dunque, con ordine.

2. I diritti fondamentali come fondanti l’ordinamento che ne dà il riconoscimento e, allo stesso tempo, da esso fondati

I diritti di cui qui si discorre meritano la qualifica che è usualmente loro data, in primo luogo, come si diceva, per il fatto di porsi a fondamento dell’ordinamento cui si riferiscono¹: un ordinamento – è appena il caso qui di precisare – che è (e non può che essere) di tradizioni liberali o, meglio, liberal-democratiche². Non che – sia chiaro – non possano darsi diritti fondamentali, specie di natura personale o patrimoniale, altresì in ordinamenti autoritari e illiberali in genere. E, invero, alcuni diritti elementari, quale quelli al nome, al cibo o alla salute, sono riconosciuti ovunque, sia pure con caratteri a volte significativamente diversi rispetto a quelli con cui se ne ha la salvaguardia negli ordinamenti cui si fa qui esclusivo

¹ Ho anticipato le notazioni che passo ora a svolgere sul punto in un intervento dal titolo *Atti politici e diritti fondamentali: un rapporto complesso e non poco sofferto*, presentato alla IV Conferenza annuale di ICON-Italian Chapter su *Politica e istituzioni tra trasformazioni e riforme*, Milano 13-14 ottobre 2023, che sarà pubblicato in *Ord. int. e dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 5/2023, 15 dicembre 2023.

² Una scelta di campo, questa, necessitata, ove si assuma che la Costituzione è, *in nuce*, un sistema di valori o, meglio di *certi* valori che hanno appunto il loro cuore pulsante nel riconoscimento dei diritti fondamentali o – se più piace dire – nel riconoscimento della “fondamentalità”, nelle sue plurime articolazioni ed espressioni di cui qui si dirà, dei diritti stessi [sulla declinazione di questi ultimi come sistema di valori, opportuni rilievi sono ora in V. Baldini, *Approccio decisionista e limitazioni della libertà di manifestazione del pensiero: un problema dello Stato costituzionale di diritto*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 3/2023, 9 novembre 2023, p. 346 ss., spec. p. 350 ss.].

riferimento³. Ciò che, però, fa difetto è l'*insieme* dei diritti in parola, da cui soltanto può aversi l'appagamento della dignità della persona umana⁴, in ispecie di alcuni diritti che più di altri appaiono essere direttamente conducenti allo scopo: in primo luogo, in campo civile e politico, senza peraltro trascurare altre specie di diritti ancora, talvolta parimenti soggetti a forti compressioni in ordinamenti non liberal-democratici. La qualifica di “liberale”, d'altronde, rimanda naturalmente al riconoscimento delle libertà; e quest'ultimo, unitamente alla separazione dei poteri, è l'essenza – come si sa – della Costituzione, nell'accezione fatta propria e mirabilmente espressa dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

A conti fatti, dunque, dire che i diritti fondamentali si pongono a fondamento dell'ordinamento equivale a dire che quest'ultimo è fondato in Costituzione.

Ora, è interessante subito notare che, nel momento stesso in cui i diritti in parola si pongono a fondamento degli ordinamenti cui si riferiscono, sono però pure – come si diceva – dagli stessi *quodammodo* fondati, nel senso che richiedono pur sempre di essere dotati di una disciplina giuridica, ancorché essenziale, al fine di poter spiegare in seno ad essi la formidabile carica assiologica di cui sono dotati: una disciplina che, in primo luogo, ne dia il riconoscimento e quindi stabilisca modi, condizioni e limiti della loro tutela.

I diritti fondamentali – è ormai provato – non sono, infatti, *post* bensì *presupposti*; preesistono alla loro positivizzazione e, tuttavia, non possono fare, in alcun caso o modo, a meno di essa, salvo ad accedere all'idea d'ispirazione giusnaturalistica secondo cui i soli diritti autenticamente fondamentali sono quelli che – come diceva San Tommaso – sono iscritti nel cuore di ogni essere umano ovvero hanno diretta ed esclusiva discendenza divina.

Una teoria giuridica positivamente fondata e laicamente connotata rigetta, però, un siffatto inquadramento metodico della questione. E, poiché l'atto fondativo dell'ordinamento è la Costituzione, se ne ha che, senza o al

³ Emblematica, al riguardo, la vicenda del diritto all'istruzione che, negli ordinamenti di stampo autoritario ed illiberale in genere, va incontro, specie con riferimento a materie storico-umanistiche, a forti torsioni e complessivi adattamenti al contesto in cui s'inscrive, risultando asservito ai fini di ordine generale avuti di mira dal regime affermatosi nel luogo in cui l'istruzione stessa è impartita.

⁴ Per vero, la dignità – come si è tentato di mostrare altrove – costituisce oggetto di un diritto fondamentale, anzi del primo dei diritti in parola, e, però, allo stesso tempo, è fondamento dei diritti restanti, il fine del quale questi ultimi costituiscono, ciascuno per la propria parte, il mezzo per la sua affermazione.

di fuori di questa, non possono esservi diritti propriamente “fondamentali”. È pur vero che a volte l’aggancio costituzionale appare essere appena accennato, privo però di congruo svolgimento, sì da mettere in grado i diritti cui è fatto riferimento di essere adeguatamente salvaguardati. Così è, in particolare, per i c.d. “nuovi” diritti, di cui si dirà meglio a momenti, che nondimeno si tengono ugualmente – per la tesi maggiormente accreditata – dal laconico disposto di cui all’art. 2 della Carta.

Ora, giusta in premessa la tesi secondo cui la Costituzione è fondamento dell’ordinamento e che l’essenza della Costituzione è data dal riconoscimento dei diritti fondamentali, se ne ha che questi ultimi sono il *fondamento del fondamento*, la sua parte cioè maggiormente qualificante ed espressiva. È vero che la Costituzione non si esaurisce nel solo riconoscimento suddetto, ad esso accompagnandosi un pugno di canoni essenziali che definiscono le forme di esercizio del potere e i loro limiti⁵, all’insegna – come si diceva – del principio dell’articolazione del potere stesso in più centri istituzionali, al fine di evitarne quella concentrazione che – come la storia dell’assolutismo regio insegna – si è posta quale pietra tombale per le libertà e, per ciò pure, la dignità della persona. Le forme in parola – è bene qui precisare – non soltanto non possono recare offesa ai diritti di cui ora si discorre ma, di più, devono costantemente tendere al loro ottimale appagamento, alle condizioni oggettive di contesto. Si dà, insomma, un *rapporto di strumentalità necessaria* tra quelle e questi; ed il modo con cui esso complessivamente si atteggia e fa valere nell’esperienza qualifica appunto come “liberal-democratico” l’ordinamento in cui il rapporto stesso si afferma.

È, dunque, da considerare ormai acquisito il dato per cui non v’è Costituzione (di un ordinamento liberal-democratico) senza diritti fondamentali e, circolarmente, non vi sono questi senza quella.

La circostanza, poi, per cui i diritti stessi hanno riconoscimento anche per il tramite di documenti normativi diversi dalla Costituzione non costituisce negazione di quanto si è appena venuti dicendo bensì ne dà ulteriore riprova, dal momento che – come si vedrà a momenti – le Carte dei diritti venute alla luce in seno alla Comunità internazionale (tra le quali, per ciò che è qui di maggior interesse, la CEDU) o in seno all’Unione europea (e, segnatamente, la Carta di Nizza-Strasburgo) si pongono pur sempre quali documenti *materialmente* (o – come si preferisce dire alla

⁵ Sull’idea di Costituzione, per tutti, v. A. Spadaro, che ne ha trattato a più riprese, spec. nel suo *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994.

Consulta⁶ – tipicamente) costituzionali, proprio perché dotati della essenza della Costituzione, del suo cuore pulsante: il riconoscimento dei diritti fondamentali. È pur vero che la perdita del monopolio da parte della Costituzione in ordine al riconoscimento dei diritti, ormai condiviso con altri documenti normativi, è un fatto di straordinario rilievo, in primo luogo per ciò che attiene alla “invenzione” di nuovi diritti fondamentali e, quindi, in ordine alla loro salvaguardia, viepiù efficace grazie al c.d. “dialogo” tra le Corti – com’è usualmente (e sia pure con una certa imprecisione teorica) chiamato – che senza sosta s’intrattiene e svolge in forme viepiù raffinate ed incisive.

D’altro canto, inequivoca conferma del ruolo di cruciale rilievo giocato dal riconoscimento costituzionale è data dal fatto che quest’ultimo non è indifferente per ciò che attiene a condizioni, forme e limiti della salvaguardia in parola, che appunto varia da un ordinamento all’altro in ragione della disciplina allo scopo posta.

Possiamo, insomma, dire che la “misura” o, se si vuole, il senso complessivo della “fondamentalità” discende da previsioni normative che possono anche sensibilmente variare nel passaggio da un ordinamento all’altro, pur nella loro comune appartenenza alla grande “famiglia” delle liberal-democrazie, come pure col tempo, anche in ragione del mutare del contesto complessivo in cui la disciplina positiva s’inscrive ed aspira a farsi valere. Basti solo al riguardo pensare all’incidenza esercitata da condizioni complessive di sviluppo economico-sociale e da indirizzi politici perseguiti in ordine al godimento effettivo dei diritti, in specie di alcuni maggiormente legati a quelle ed a questi⁷.

Se ne ha che se, per un verso, i diritti in parola sono *fondanti* l’ordinamento di appartenenza, risultano però, come si diceva, per un altro verso, dallo stesso *quodammodo fondati*. E si tratta allora di chiedersi come ciò

⁶ ... nella famosissima (e discussa) sent. n. 269 del 2017.

⁷ Si pensi, ad es., al diverso trattamento riservato agli immigrati irregolari, rispettivamente, da forze politiche maggioritarie portatrici di indirizzi politici ispirati all’accoglienza e da altre dalla marcata connotazione nazionalista.

Particolarmente istruttiva la vicenda relativa al provvedimento del tribunale di Catania, sez. immigrazione, R.G. 10461/2023, con il quale non è stato convalidato il trattenimento di un richiedente asilo, provvedimento peraltro seguito da altri analoghi adottati anche presso altre sedi giudiziarie. Una vicenda – come si sa – fatta oggetto di animate contrapposizioni su basi politiche che hanno riguardato taluni atteggiamenti del giudice in circostanze temporalmente risalenti, anziché il provvedimento in sé e per sé [su ciò, tra gli altri, i penetranti rilievi di R. Bin, *I diritti dei magistrati vs. lo starnazzare dei politici*, in *La Costituzione.info* (www.laCostituzione.info), 8 ottobre 2023].

possa conciliarsi con l’affermazione fatta in premessa, secondo cui essi sono *riconosciuti*, non già *posti*, dall’ordinamento medesimo.

L’aporia è, in realtà, meramente apparente; e se ne ha subito la prova avuto riguardo ai “nuovi” diritti. Se è vero, infatti, che i diritti fondamentali – come si è tentato di mostrare altrove⁸ – sono bisogni elementari dell’uomo il cui appagamento è condizione di un’esistenza “libera e dignitosa”, per riprender la formula particolarmente espressiva che è nell’art. 36, I c., della Carta⁹, se ne ha che, solo facendo riferimento ai bisogni che sono maggiormente diffusi e più intensamente avvertiti in seno al corpo sociale, può stabilirsi quali di essi meritino appunto la qualifica di “fondamentali” e, di conseguenza, il regime giuridico proprio di questi. Interpellare il corpo stesso equivale, in buona sostanza, a verificare se si siano, o no, formate delle *consuetudini culturali di riconoscimento* – come a me piace chiamarle¹⁰ – dei diritti in parola; ed è a queste, e solo ad esse, che il diritto deve far capo, portarle ad emersione, dotarle appunto della disciplina di cui nondimeno necessitano¹¹.

In un ordinamento autenticamente liberal-democratico sarebbe, dunque, inimmaginabile che possano aversi diritti fondamentali imposti a forza ad una comunità che non li senta come tali e, pertanto, non ne rivendichi il riconoscimento e la tutela. Sarebbe – come si è venuti dicendo

⁸ Ne ho ripetutamente trattato, nei termini ora indicati, a partire da *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in AA.VV., *Cos’è un diritto fondamentale?*, a cura di V. Baldini, Napoli, 2017, p. 337 ss., nonché in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2016, 30 giugno 2016, p. 263 ss.

⁹ ... ancora una volta, come si vede, dotata di generale valenza, ben oltre dunque l’ambito, di cruciale rilievo, relativo al lavoro ed alla retribuzione commisurata al suo svolgimento [su di che, di recente, i contributi su *Esistenza libera e dignitosa: la rivoluzione promessa*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 3/2023]. È poi chiaro che ciascuno dei termini di cui si compone la definizione riportata nel testo richiede di essere spiegato, a partire da quelli indicati nella formula costituzionale in cui è fatto richiamo di concetti – libertà e dignità – che, una volta di più, fanno rimando a ciò che è essenziale per ogni essere umano, come tale – si diceva – “invisibile agli occhi”. Nulla, in particolare, vi è di più essenziale della dignità, in funzione servente della quale si dispongono le stesse libertà, dal momento che essa – come si è tentato di mostrare altrove – attiene alla *humanitas* stessa della persona e ne dà la cifra più immediatamente espressiva e qualificante.

¹⁰ Raggiugli nel mio *La Costituzione come “sistema” e le sue proiezioni al piano delle innovazioni positive ed a quello delle pratiche interpretative (prime notazioni)*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2023, 23 aprile 2023, spec. p. 473 ss.

¹¹ Altra questione, di cruciale rilievo e della quale si dirà a momenti, è a chi spetti in un ordinamento democratico far luogo alla ricognizione in prima battuta delle consuetudini in parola, apprestando le basi adeguate sulle quali farle poggiare, sì da potersi affermare nel migliore dei modi, alle condizioni oggettive di contesto.

– un’autentica *contradictio in adiecto*, la negazione appunto della “fondamentalità” dei diritti stessi¹². I doveri, quelli sì, possono – come si sa – essere autoritativamente imposti, specie in taluni ordinamenti; i diritti, di contro, richiedono sempre un atto d’impulso da parte del corpo sociale che porti alla loro emersione da quest’ultimo. Poi, è pur vero che, a mio modo di vedere, gli stessi diritti fondamentali, una volta riconosciuti e proprio perché tali, racchiudono in sé e costantemente esprimono nell’esperienza una carica deontica; *devono*, cioè, essere fatti valere, ad un duplice fine: la salvaguardia della dignità della persona che ne è titolare e l’integra trasmissione dell’ordinamento nel tempo. E ciò, per il fatto che – come si è altrove rilevato –, in presenza di diffuse rinunzie all’esercizio dei diritti stessi, finirebbero con l’impiantarsi pratiche imitative degeneri che porterebbero alla lunga allo sfilacciamento del tessuto sociale e, dunque, alla dissoluzione stessa dell’ordinamento o, comunque, ad una sua profonda, strutturale involuzione, vale a dire all’impianto di un regime illiberale¹³.

¹² A. Spadaro, *Il problema del “fondamento” dei diritti “fondamentali”*, in *Dir. e soc.*, 3/1991, p. 453 ss., argomenta efficacemente la tesi secondo cui uno dei fondamenti dei diritti in parola è, appunto, da rinvenire nel consenso sociale.

¹³ È anche (e soprattutto) così che una democrazia finisce a volte con il convertirsi innaturalmente in una “democrazia”, per fare ora utilizzo di un termine forse non del tutto felice ma alquanto efficace. Emblematiche, al riguardo, le vicende in corso in Polonia ed Ungheria (anche se con riguardo al primo Paese uno spiraglio di una possibile inversione di tendenza si è aperto a seguito delle elezioni dell’ottobre scorso), vicende fatte oggetto di una copiosa messe di commenti di vario segno [riferimenti in M.A. Orlandi, *La “democrazia illiberale”. Ungheria e Polonia a confronto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2019, p. 175 ss.; A. D’Atena, *Democrazia illiberale e democrazia diretta nell’era digitale*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2019, 18 giugno 2019, p. 583 ss.; AA.VV., *Crisi dello Stato costituzionale e involuzione dei processi democratici*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Napoli, 2020; G. D’Ignazio, *Le democrazie illiberali in prospettiva comparata: verso una nuova forma di Stato? Alcune considerazioni introduttive*, in *DPCE Online* (www.dpceonline.it), 3/2020, p. 3563 ss.; nella stessa Rivista, A. Spadaro, *Dalla “democrazia costituzionale” alla “democrazia illiberale” (populismo sovranista), fino alla... “democrazia”*, p. 3875 ss.; G. Delledonne, *Ungheria e Polonia: punte avanzate del dibattito sulle democrazie illiberali all’interno dell’Unione Europea*, p. 3999 ss.; P. Mori, *La questione del rispetto dello Stato di diritto in Polonia e Ungheria: recenti sviluppi*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 8/2020, 1° aprile 2020, p. 166 ss.; pure *ivi*, S. Gianello, *La nuova legge polacca sul sistema giudiziario: cresce (ulteriormente) la distanza che separa Varsavia e Bruxelles*, 116 ss., e, dello stesso, *La riforma giudiziaria in Polonia: la minaccia allo Stato di diritto oltre i confini nazionali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2020, p. 489 ss.; nella stessa Rivista, M. Calamo Specchia, *Un prisma costituzionale, la protezione della Costituzione: dalla democrazia “militante” all’autodifesa costituzionale*, 1/2021, p. 91 ss.; pure *ivi*, A. Gatti, *Liberal Democracies and Religious Extremism. Rethinking Militant Democracy through the German Constitutional Experience*, p. 131 ss.; AA.VV., *Defending Checks and Balances in EU Member States*, a cura di A. von Bogdandy - P.

Bogdanowicz - I Canor - C. Grabenwarter - M. Taborowski - M. Schmidt, Springer, Berlin 2021; E. Cukani, *Condizionalità europea e giustizia illiberale: from outside to inside? I casi di Ungheria, Polonia e Turchia*, Napoli, 2021; V.Z. Kazai, *Restoring the Rule of Law in Hungary. An Overview of the Possible Scenarios*, in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 3/2021, p. 983 ss.; nella stessa *Rivista*, M. Coli, *Sfida al primato del diritto dell'Unione europea o alla giurisprudenza della Corte di giustizia sulla Rule of Law? Riflessioni a margine della sentenza del tribunale costituzionale polacco del 7 ottobre 2021*, p. 1083 ss.; A. Festa, *Lo Stato di diritto nello spazio europeo. Il ruolo dell'Unione europea e delle altre organizzazioni internazionali*, Napoli, 2021; A. Angeli, *Il principio di indipendenza e imparzialità degli organi del potere giudiziario nelle recenti evoluzioni della giurisprudenza europea e polacca*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 4/2021, 10 febbraio 2021, p. 1 ss.; nella stessa *Rivista*, I. Spadaro, *La crisi dello Stato di diritto in Ungheria, Polonia e Romania ed i possibili rimedi a livello europeo*, 14/2021, 2 giugno 2021, p. 178 ss.; F. Salmoni, *Recovery fund, condizionalità e debito pubblico. La grande illusione*, Milano – Padova, 2021; G. Guerra, *Tendenze autoritarie nell'Europa (neo)liberale. Governance economica, opposizione politica e populismo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2021, p. 521 ss.; R. Calvano, *Legalità UE e Stato di diritto, una questione per tempi difficili*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2022, 7 dicembre 2022, p. 166 ss.; A. Di Gregorio, *La degenerazione delle democrazie contemporanee e il pluralismo semantico dei termini “democrazia” e “costituzionalismo”*, in *Scritti in onore di F. Lanchester*, I, a cura di G. Caravale - S. Ceccanti - L. Frosina - P. Piciacchia - A. Zei, Napoli, 2022, p. 489 ss., e, della stessa, *La crisi dello Stato di diritto come occasione di perfezionamento del perimetro costituzionale europeo?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2022, p. 121 ss.; A. Guazzarotti, *Tutela dei valori e democrazie illiberali nell'UE: lo strabismo di una narrazione “costituzionalizzante”*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 2/2022, 4 agosto 2022, p. 1 ss., e, dello stesso, ora, *Neoliberalismo e difesa dello Stato di diritto in Europa. Riflessioni critiche sulla costituzione materiale dell'UE*, Milano, 2023; T. Groppi, *Dal costituzionalismo globale ai nuovi autoritarismi. Sfide per il diritto comparato*, in *Oss. cost.* (www.osservatorioaic.it), 4/2022, 7 novembre 2022, p. 65 ss.; AA.VV., *Il costituzionalismo democratico moderno può sopravvivere alla guerra?*, a cura di G. Azzariti, Napoli, 2022; L. Ferrajoli, *Il futuro del costituzionalismo*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 2/2022, 23 settembre 2022, p. 182 ss. Con specifico riguardo alla Polonia, v., ora, C. Curti Gialdino, *La “legge bavaglio” polacca viola l'indipendenza, l'imparzialità e la vita privata dei giudici ed è incompatibile con principi fondamentali del diritto dell'Unione europea*, Editoriale, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 17/2023, 12 luglio 2023, IV ss., e, nella stessa *Rivista*, Z. Witkowski, *Il degrado del parlamentarismo in Polonia (2015-2023)*, *paper*, 25/2023, 18 ottobre 2023, 1 ss. Sul sistema costituzionale ungherese, in particolare, v., poi, i contributi che sono in *Evoluzione del sistema elettorale e democrazia pluralista: il caso dell'Ungheria*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitanelldiritto.it), 3/2022. Sulla situazione in Romania, v. G. Vosa, *La tutela dello “Stato di diritto” in Romania: verso un mutamento costituzionale strutturale del diritto dell'Unione*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 22/2022, 10 agosto 2022, p. 184 ss. Si discute inoltre *Sul costituzionalismo, oggi*, per iniziativa dell'AIC, *La Lettera su Lo Stato di diritto nell'Unione europea*, per una riflessione di ordine generale sul *rule of law* può vedersi A. Pin, *Il rule of law come problema*, Napoli, 2021, e, con specifica attenzione alla giurisprudenza eurounitaria, G. Pitruzzella, *L'integrazione tramite il valore dello “Stato di diritto”*, Editoriale, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 27/2022, 19 ottobre 2022, p. IV ss. V., inoltre, utilmente anche AA.VV., *Rule of law vs. Majoritarian Democracy*, a cura di G. Amato - B. Barbisan - C. Pinelli, Hart, Oxford, 2021; AA.VV., *Attraverso lo Stato di diritto. Crisi e prospettive*, a cura di A. Lo

I diritti fondamentali, insomma, richiedono una costante tensione ed una vigorosa rivendica da parte del corpo sociale, pur se, in un ordinamento dalle ormai salde e ramificate radici che affondino in un terreno spianato e reso fertile dai valori propri delle liberal-democrazie, espressa in forme pacifiche e indolori, che non necessitino più dunque l'avvento di un potere costituente volto alla loro affermazione, al loro riconoscimento appunto, come invece si è avuto – è noto – per effetto dei moti di fine Settecento e primo Ottocento e come pure ancor oggi talora si ha in contesti nei quali i valori suddetti si sono trovati esposti a gravi minacce e, talora, a vere e proprie violazioni.

3. La “fondamentalità” come fattore della inviolabilità dei diritti

È dalla “fondamentalità”, poi, che linearmente discende la qualità della inviolabilità dei diritti, cui fa esplicito riferimento l'art. 2 della Carta. Come si è tentato di mostrare in altri luoghi, la qualità in parola presuppone il possesso della “fondamentalità” che è, dunque, un *prius* logico ed assiologico di quella.

L'inviolabilità può essere declinata in più modi. È, in primo luogo, garanzia della intangibilità dei diritti che, proprio per l'essere condizione della trasmissione dell'ordinamento nel tempo, sono indisponibili e vanno pertanto messi al riparo da qualsivoglia attacco ad essi recato, per mano dei privati così come dei pubblici poteri. Se ne ha, quindi, che gli enunciati che danno il riconoscimento ed apprestano la disciplina essenziale a presidio dei diritti stessi, pur essendo soggetti ad innovazioni positive, non possono, ad ogni buon conto, patire compressioni irragionevoli¹⁴, richiedendo piuttosto

Giudice, Napoli, 2022; AA.VV., *The Rule of Law in the EU: Crisis and Solutions*, a cura di A. Södersten - E. Hercock, Swedish Institute for European Policy Studies, Report No. 1 (2023); A. Baraggia, Ricatto democratico? L'utilizzo della condizionalità a protezione dello Stato di diritto, in *Quad. cost.*, 2/2023, p. 355 ss.; AA.VV., *Rule of law, culture e territori*, a cura di V. Carlino e G. Milani, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), aprile 2023; G. Vosa, *La lunga marcia della clausola identitaria. Riflessioni per un esame comparato della recente giurisprudenza costituzionale euro-unitaria*, in *Riv. dir. comp.* (www.diritticomparati.it), anteprima 2023, 5 luglio 2023, spec. p. 40 ss.; M. Belov, *Rule of Law in Europe in Times of Constitutional Polycrisis, Constitutional Polytransition and Democratic Discontent*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2023, p. 875 ss., e, pure *ivi*, V. Perju, *Rule of Law Riddles*, p. 895 ss.].

¹⁴ ... specie in considerazione delle situazioni di fatto che ne giustificano l'adozione: si pensi, ad es., a ciò che può aversi (come si è avuto) in presenza di talune gravi emergenze, quale da ultimo quella da covid-19 (in tema, nella ormai incontestabile lett., v., di recente e per tutti, V. Piergigli, *Diritto costituzionale dell'emergenza*, Torino, 2023).

di andare incontro a modifiche *in melius*, volte cioè a far espandere l’ambito di azione dei diritti stessi, rafforzandone per quanto possibile, alle condizioni oggettive di contesto, la tutela.

Viene al riguardo evocata in campo l’annosa questione dei limiti alla revisione costituzionale¹⁵ che – per come è qui pure vista¹⁶ – non esclude la modificabilità dei principi fondamentali in genere, di cui peraltro – come si sa – si è già avuto riscontro¹⁷, e, con essi, dunque, anche delle previsioni della Carta che danno il riconoscimento dei diritti, sempre che – beninteso – ciò porti all’effetto di rendere ancora più saldi ed incisivi i disposti in parola. Questione, questa, per vero nient’affatto agevole da impostare e risolvere a modo, sol che si pensi, per un verso, ai non lievi ostacoli che si frappongono alla ricognizione dei principi in parola, una volta ammesso in premessa il carattere comunque non risolutivo dell’autoqualificazione, e, per un altro verso, alle difficoltà che parimenti si pongono in ordine alla determinazione di ciò che porta all’innalzamento del livello della tutela o, all’opposto, al suo abbassamento, in ragione di condizioni di contesto che possono anche in un breve torno di tempo variare e che talvolta si rendono problematicamente qualificabili nella loro vera natura e consistenza.

Ad ogni buon conto, in nessun caso e per nessuna ragione possono aversi sacrifici dei diritti tali da tradursi in un sostanziale svuotamento della dignità della persona che – come si è tentato di mostrare altrove – è da considerare un autentico valore “superconstituzionale”¹⁸. Sta qui la radice da cui traggono giustificazione ed alimento talune vicende della normazione che appunto si spiegano in funzione della salvaguardia della inviolabilità e, risalendo, della “fondamentalità” dei diritti.

¹⁵ ... a riguardo della quale, per tutti, AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Napoli, 2019.

¹⁶ Mi sono sforzato di argomentare la tesi cui faccio ora riferimento nel mio *I principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2022, 12 maggio 2022, p. 473 ss.

¹⁷ Ovvio il riferimento qui alle novità introdotte negli artt. 9 e 10, per restare ora ai soli principi fondamentali così espressamente etichettati dalla stessa Carta, ma di altri disposti ancora potrebbe farsi menzione, specie laddove si adotti un criterio assiologico-sostanziale di qualificazione dei principi in parola.

¹⁸ In questi termini ne discorrono A. Ruggeri - A. Spadaro, in più luoghi, a partire da *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in AA.VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Angiolini, Torino, 1992, p. 221 ss., nonché in *Pol. dir.*, 1991, p. 343 ss.

Si pensi, ad es., ai limiti posti dalla giurisprudenza costituzionale a talune applicazioni del canone della *lex posterior*, in ispecie all’abrogazione popolare (ma, a mia opinione, per logica conseguenza, all’abrogazione *tout court*), laddove possa conseguire un pregiudizio per la “tutela minima” di beni della vita (e, segnatamente, appunto di diritti) costituzionalmente protetti. Un esito teorico-ricostruttivo, questo, che può agevolmente riferirsi al disposto di cui all’art. 117, II c., lett. *m*) che, con il fare menzione dei “livelli essenziali” delle prestazioni, non ha inteso, a mio modo di vedere, avere riguardo al solo riparto di competenze tra Stato e Regioni ma, ancora prima e di più, ha stabilito un canone fondamentale di azione per i pubblici poteri, obbligandoli – come si viene dicendo – a non recare irragionevoli sacrifici alla inviolabilità dei diritti¹⁹.

Se ne ha che – come vado dicendo da molti anni²⁰ – le dinamiche della normazione richiedono pur sempre di essere osservate *dal punto di vista dei diritti e dei principi fondamentali* cui dà voce la Carta, in applicazione dunque di canoni di ordinazione in sistema assiologicamente ispirati; e, poiché il riconoscimento dei diritti è il cuore pulsante della Costituzione²¹, ne discende che le dinamiche in parola possono essere messe a punto come si conviene unicamente alla luce della teoria della Costituzione (e, segnatamente, di una teoria di stampo assiologico-sostanziale)²². D’altro canto, è pur sempre da quest’angolo visuale che vanno viste le relazioni tra gli ordinamenti, alle quali pure, per le peculiari esigenze di questo studio, si farà cenno a momenti.

¹⁹ Ancora una volta, poi, il livello dei... *livelli* – se così può dirsi – rimanda a condizioni di contesto in ordine alla sua determinazione, fermo restando che l’eventuale abbassamento è pur sempre da considerare l’eccezione (per ciò stesso, presuntivamente irragionevole), comunque non tollerabile oltre una certa soglia.

²⁰ Ho manifestato l’opzione per un inquadramento assiologico-sostanziale delle fonti e della loro composizione in sistema nel mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano, 1977, spec. 240 ss., sforzandomi quindi di precisare ulteriormente la tesi nella quale mi riconosco in più luoghi di riflessione scientifica.

²¹ ... perlomeno, appunto, di una Costituzione di tradizioni liberali. Non tratto, tuttavia, qui della vessata questione se il lemma in parola possa essere in modo appropriato utilizzato anche in relazione ad ordinamenti diversamente connotati (su di che faccio qui nuovamente richiamo, per tutti, del *Contributo per una teoria della Costituzione*, cit., di A. Spadaro).

²² Desidero qui fare una confessione ad alta voce. Non c’è problema di diritto costituzionale da me fatto oggetto di studio che non m’induca ogni volta ad interrogarmi se la soluzione che mi parrebbe giusto patrocinare risulti strumentale ad una accresciuta affermazione dei diritti o, all’opposto, possa recare ad essa pregiudizio. Considero, infatti, questa prospettiva particolarmente promettente interessanti esiti ricostruttivi e, come tale, mi permetto di consigliarne l’adozione soprattutto ai giovani studiosi.

4. *Il rapporto di mutuo sostegno e costante alimentazione che s'intrattiene tra i diritti fondamentali*

La “fondamentalità” porta, poi, naturalmente ogni diritto che ne è dotato a disporsi – come si diceva – a fondamento degli altri, tutti dunque dandosi mutuo sostegno ed alimento. È così, infatti, che prende forma ed incessantemente si rinnova il sistema dagli stessi composto. D'altronde, è ormai provato che il *vulnus* recato in modo diretto anche ad uno solo di essi ridonda altresì a carico degli altri; più ancora, il venire meno di uno di essi – per remota che obiettivamente sia siffatta eventualità – farebbe fatalmente venire meno anche i restanti, esattamente come si ha per effetto di una valanga che man mano si ingrossa sempre di più e si porta rapidamente a valle travolgendo ogni cosa.

Può, insomma, ancora una volta, dirsi che ogni diritto è *fondante* e *fondato* allo stesso tempo, nel suo fare “sistema” con i diritti della sua stessa specie.

Il punto richiede, nondimeno, un supplemento di analisi. È da chiedersi, infatti, come mai, fintantoché un nuovo diritto non sia stato riconosciuto, i restanti possano ugualmente affermarsi, mentre a partire dalla venuta alla luce del nuovo hanno pur sempre bisogno di tenersi ed alimentarsi anche da questo.

La risposta rimanda, ancora una volta, alla teoria della Costituzione e, dunque, al modo di essere e di divenire di questa. Ciò che, infatti, può, a tutta prima, sembrare una vera stranezza, riguardato alla luce della teoria in parola, cessa immediatamente di esserlo.

È bene tenere al riguardo presente che la Costituzione esprime una naturale, irrefrenabile vocazione alla propria crescente espansione, a portarsi cioè verso territori dapprima inesplorati, conquistandoli e in essi piantando e facendo radicare i valori fondamentali ai quali dà voce, a partire da quelli che compongono – piace a me dire – la *coppia assiologica fondamentale* dell'ordinamento: libertà ed eguaglianza, le maggiori ed emblematiche espressioni della dignità della persona²³. La “materia” costituzionale – come

²³ Sulle mutue implicazioni che tra si intrattengono tra i valori in parola, v., part., G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Bari-Roma, 2009; dello stesso, è la nota qualifica della dignità quale “bilancia” su cui si

si è soliti chiamarla –, insomma, si dilata sempre di più, fino a comprendere elementi dapprima ritenuti inesistenti o, come che sia, non avvertiti come costitutivi della stessa²⁴.

È in questo quadro che s’inscrive la “invenzione” a ritmi viepiù accelerati di nuovi diritti, molti dei quali – come si sa – legati allo sviluppo scientifico e tecnologico che, allo stesso tempo, porta alla luce “cose” nuove e sollecita l’invenzione di nuove parole per esprimerle²⁵. Anche il linguaggio

dispongono i beni della vita bisognosi di “bilanciamento”, e dunque in primo luogo i diritti fondamentali [v. *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *Ass. AIC* (www.associazionedeicostituzionalisti), 14 marzo 2008].

²⁴ Questa vicenda è rappresentata nel mio *La “materia” costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull’una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in AA.VV., *I generi letterari della storiografia giuridica. La produzione didattica negli ultimi due secoli (manuali, trattati, corsi e prolusioni)*, a cura di A. Lovato, Torino, 2019, 299 ss., nonché in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2017, 12 dicembre 2017, p. 1 ss., dal quale, volendo, possono aversi maggiori ragguagli.

²⁵ Sull’incidenza esercitata dalla scienza e dalla tecnologia in ordine alla invenzione e salvaguardia di nuovi diritti v., tra gli altri, AA.VV., *Nuove tecnologie e diritti umani: profili di diritto internazionale e di diritto interno*, a cura di L. Panella, Napoli, 2018; G. Ragone, *Eine empirische Wende? La Corte costituzionale e le sfide della complessità tecnico-scientifica*, Torino, 2020; AA.VV., *Diritto costituzionale e nuove tecnologie*, a cura di G. Ferri, Napoli, 2022; L. Del Corona, *Libertà della scienza e politica. Riflessioni sulle valutazioni scientifiche nella prospettiva del diritto costituzionale*, Torino, 2022; AA.VV., *Diritti di libertà e nuove tecnologie*, a cura di A. Morelli, in *Dir. cost.*, 1/2023; O. Pollicino - M. Bassini - G. De Gregorio, *Internet Law and Protection of Fundamental Rights*, Milano, 2023; O. Pollicino, *Potere digitale*, in *Enc. dir.*, I tematici, V (2023), 410 ss., e, dello stesso, ora, *La forma quadrangolare della geometria del/i potere/i digitale/i e il passaggio ad un costituzionalismo digitale procedurale*, in *European Law Journal*, 14 agosto 2023, nonché *Di cosa parliamo quando parliamo di costituzionalismo digitale?*, in *Quad. cost.*, 3/2023, p. 569 ss.; AA.VV., *Processi democratici e tecnologie digitali*, a cura di G. Di Cosimo, Torino, 2023; F. Balaguer Callejón, *La Constitución del algoritmo*, Zaragoza 2023; M. Ladu - N. Maccabiani, *L’autodeterminazione popolare nell’era digitale: tra opportunità normative e tecnologiche*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2023, 3 giugno 2023, p. 415 ss.; AA.VV., *La democrazia della società digitale. Tensioni e opportunità*, a cura di E. Di Carpegna Brivio e A. Sancino, Torino, 2023; V. Corneli, *Sovranità tecnologica: intelligenza artificiale e valori costituzionali*, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 2/2023, 4 giugno 2023, p. 41 ss.; v., inoltre, ora, i contributi su *Diritti fondamentali e democrazia nel costituzionalismo digitale* che sono in *La citt. eur.* (www.lacittadinanzaeuropeaonline), 2/2023, e, con specifico riguardo alle neurotecnologie, F. Cirillo, *Neurodiritti: ambiguità della “libertà cognitiva” e prospettive di tutela*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2023, 12 luglio 2023, p. 666 ss., e, dello stesso, *Neuroprivacy. Problemi teorici e prospettive costituzionali*, Torino, 2023. Infine, volendo, v. anche il mio *Diritti fondamentali e scienza: un rapporto complesso*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2022, 4 febbraio 2022, p. 130 ss.

costituzionale si è, infatti, evoluto²⁶. Se ne ha riscontro non solo ponendo a raffronto le Carte costituzionali di fine Settecento e primo Ottocento con quelle del secondo dopoguerra ma anche osservando il modo con cui gli enunciati costituzionali, pur rimanendo immutati nella loro esteriore rappresentazione, “parlano” per bocca degli atti che in modo continuo vi danno specificazione-attuazione o – il che è lo stesso – degli operatori (specie, legislatore e giudici) che senza sosta li convertono in norme e pratiche di diritto in genere, sì da assicurarne l’implementazione nell’esperienza.

Ora, è noto a tutti che, fino a quando scienza e tecnologia non hanno messo a disposizione dell’uomo talune risorse, non se ne avvertiva il bisogno proprio perché non se ne aveva consapevolezza, mentre a partire dalla loro venuta alla luce, in buona sostanza, si ha diffusa sensazione di non poterne fare più a meno. Ancora una volta, questa vicenda è complessivamente governata da *consuetudini culturali* di riconoscimento della impellenza di taluni bisogni, alle quali occorre quindi assicurare la opportuna traduzione in atti giuridici (in specie, normativi e giurisprudenziali) idonei a darvi voce.

Possono, ovviamente, farsi molti esempi in tal senso. Basti solo pensare al fatto che nessuno di noi pensa di tornare ad usare la diligenza a cavalli per spostarsi da un luogo all’altro, preferendo allo scopo avvalersi di una comoda ed accessoriata automobile o di altri mezzi ancora di locomozione, come pure nessuno più ricorre ai segnali di fumo e, sempre più di frequente, a lettere spedite per posta ordinaria per comunicare con altri, avendo ormai a disposizione cellulare e posta elettronica.

È interessante notare che anche gli enunciati costituzionali soggiacciono alla legge inesorabile del tempo; e, dunque, può assistersi al loro incessante avvicendamento semantico per via d’interpretazione, nel senso che alcuni esiti ricognitivi di senso risultano col tempo inesorabilmente invecchiati, mentre altri ne prendono il posto. E, tuttavia, la tendenza è pur sempre nel verso dell’incameramento dei dati nella

²⁶ Se n’è, ancora di recente, discusso in occasione del convegno dell’AIC svoltosi a Messina e Taormina dal 27 al 29 ottobre 2022, su *Lingua linguaggi diritti*, Napoli, 2023; nella dottrina anteriore, v., almeno, G. Silvestri, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2/1989, p. 229 ss.; AA.VV., *La lingua dei giuristi*, a cura di P. Caretti e R. Romboli, Pisa 2016; B. Barbisan, *La più bella del mondo? Leggibilità e concretezza della Costituzione italiana*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2022, 8 giugno 2022, p. 142 ss., e, nella stessa *Rivista*, J. Visconti, *La lingua della Costituzione tra lessico e testualità*, 3/2022, 29 agosto 2022, p. 110 ss., e, ora, G. Cavaggion - M. Orofino, *Lingua e Costituzione: l’irrompere dei linguaggi algoritmici*, 4/2023, 24 ottobre 2023, p. 155 ss.

memoria costituzionale, che dispone di una formidabile e potenzialmente incommensurabile capienza. Come dire, insomma, che tutto (o quasi) si conserva e non va perduto. D'altronde, è pur sempre invocabile anche un lontano precedente per attingervi alla bisogna. È sufficiente tenere a mente come vanno le cose al riguardo nella giurisprudenza che pure non esita talora a dichiarare essere ormai obsoleto un certo indirizzo interpretativo dapprima invalso ma che assai di frequente non si trattiene dal far richiamo ad anteriori prese di posizione, proprio perché pur sempre astrattamente disponibili.

La sfera costituzionale – se così vogliamo dire – va, dunque, espandendosi sempre di più. L'interpretazione della Carta non ha, però, un andamento lineare e progressivo, senza ritorni all'indietro, come pure non disdegna di intraprendere percorsi imprevedibili, fare luogo a giri anche assai larghi, prima di pervenire alla meta. Il “moto” della Costituzione – per dirla con un'accreditata dottrina²⁷ – non è mai astrattamente precostituito, varia piuttosto in ragione delle esigenze complessive del contesto in cui s'inscrive e matura la singola vicenda ordinamentale. E così è pure, dunque, per gli enunciati che esprimono diritti: per quelli che li nominano espressamente come pure per quello, di cui all'art. 2 della Carta, che – come si diceva – è usualmente utilizzato come base di appoggio per i nuovi diritti.

Per ricorrere ad una immagine che dà l'idea di quanto si viene ora dicendo, il sistema dei diritti somiglia ad un caleidoscopio, che si scompone e ricomponde senza sosta dando vita ad immagini sempre diverse. D'altronde, sono i casi della vita, con la loro incontenibile varietà, a portare a quest'esito ed a far sì che se ne abbiano alcune particolarmente istruttive rappresentazioni.

È la fame insaziabile di nuovi diritti, manifestata dal corpo sociale col fatto stesso di avanzare pretese crescenti di tutela, a dare conferma dello scenario qui sommariamente delineato. E, tuttavia, le consuetudini culturali di riconoscimento di bisogni generalmente avvertiti in seno alla comunità, al tempo stesso in cui si pongono a fondamento dei nuovi diritti, ne fissano altresì il limite; sono, cioè, una garanzia avverso eccentriche e sporadiche pretese accampate da singoli o gruppi, prive però del necessario riscontro da parte della *maior pars* del corpo sociale. I numeri in democrazia

²⁷ M. Luciani, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2013, 1° marzo 2013; di “evoluzione” della Costituzione e di quest'ultima come “processo”, più (e prima ancora) che come “atto”, ha in più occasioni discusso A. Spadaro, del quale v., almeno, *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, p. 343 ss.

stabiliscono l'esito del “gioco” politico: la maggioranza, infatti, vince, anche se – come suol dirsi – non sempre ha ragione. La formazione delle consuetudini in parola è però – come si diceva – una garanzia particolarmente efficace, per il fatto stesso che in esse si riconosce tutta o quasi la comunità organizzata. Proprio per ciò, come si dirà a momenti, lo strumento elettivo, in uno Stato costituzionale e democratico, per far luogo alla loro ricognizione e prima disciplina è quello espressivo della normazione in forma eminente, venuta alla luce con le procedure di cui all'art. 138.

5. Il rischio della mitizzazione o sovraesposizione della Costituzione in ordine al riconoscimento ed alla tutela dei diritti, la viepiù vistosa torsione e confusione dei ruoli istituzionali di cui si ha al riguardo riscontro, il modo con cui dovrebbe farsi luogo alla salvaguardia dei diritti stessi, secondo modello e secondo esperienza

Ora, i nuovi diritti – è doveroso riconoscere – possono non poche volte, forse davvero il più delle volte, giovare della conformazione a maglie larghe e talora larghissime della struttura degli enunciati costituzionali per trovare in questi il riconoscimento che attendono al fine di potersi inverare nell'esperienza. Il che vale come dire che i c.d. “nuovi” diritti non sono, poi, davvero tali, facendosi riportare a formule preesistenti, a partire da quella dotata di straordinaria ampiezza di ventaglio di cui all'art. 13, I c.

Occorre, tuttavia, guardarsi dal rischio della mitizzazione della Costituzione, della sua capacità generativa di sensi e della sua forza, assumendosi che la legge fondamentale della Repubblica – come si è in altre occasioni rilevato – dica, a conti fatti, *tutto su tutto* e, magari, lo dica sempre nel migliore dei modi, sì da non richiedere alcun suo aggiustamento o aggiornamento, specie appunto nella sua parte sostantiva (e, segnatamente, in relazione ai diritti).

A considerare (ed a rappresentare) la Carta costituzionale quale documento normativo perfetto in sé e per sé, privo di mende o lacune di sorta, non le si rende però un buon servizio, non foss'altro perché in tal modo risulta naturalmente spianata la via a gravi torsioni di ordine istituzionale, sovraccaricandosi di aspettative e di responsabilità il ruolo degli interpreti, in ispecie dei garanti, e, di contro, sottostimandosi quello dei decisori politici, a partire dagli organi della normazione, costituzionale ed ordinaria. È, infatti, evidente che in tal modo ne vengono viepiù marginalizzate le sedi della rappresentanza politica, avuto specifico riguardo – per ciò che è qui di diretto interesse – a quell'opera di disvelamento e

“razionalizzazione” dei nuovi diritti di cui si viene dicendo, di ricognizione cioè di quelle consuetudini culturali da cui in buona sostanza dipende l’incessante svecchiamento della Costituzione e la sua più qualificante rigenerazione semantica.

Il rischio, insomma, è quello della esposizione degli enunciati a continue e corpose manipolazioni semantiche, seppur a volte abilmente mascherate grazie ad un uso sapiente e raffinato delle tecniche retorico-argomentative di cui è solita avvalersi l’interpretazione giuridica. E così, per un verso, si reca un *vulnus* profondo, sovente non rimarginabile, alla Costituzione, praticamente in ogni sua parte (ma, specialmente, in quella sostantiva e, più ancora, nei suoi principi fondamentali) soggetta a “modifiche tacite” ora più ed ora meno incisive²⁸, nel mentre, per un altro verso e quale lineare conseguenza di siffatte alterazioni, si determinano – come si diceva – profonde alterazioni dei ruoli istituzionali, viepiù tendenti ormai alla loro reciproca confusione²⁹.

²⁸ Il confronto su queste ultime è tornato, nel tempo a noi più vicino, ad animarsi, esibendo orientamenti di vario segno ed orientamento [*ex plurimis*, v. A. Barbera, *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir., Ann.*, VIII (2016), p. 263 ss.; S. Bartole, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2019, 23 marzo 2019, p. 335 ss.; M.P. Iadicicco, *Dinamiche costituzionali. Spunti di riflessione sull’esperienza italiana*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 3/2019, 20 gennaio 2020, e, della stessa, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, cit., p. 231 ss.; pure *ivi*, se si vuole, può vedersi il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant’anni dopo*, p. 415 ss.; ulteriori indicazioni possono poi aversi dal mio *Rapporti interordinamentali e modifiche tacite apportate dalla Corte costituzionale italiana ai disposti che li riguardano e, a un tempo, al quadro delle sue competenze*, in *Ord. int. e dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 5/2020, 15 dicembre 2020, p. 1031 ss.; AA.VV., *Mutamenti costituzionali*, a cura di A. Mangia - R. Bin, in *Dir. cost.*, 1/2020; Y.M. Citino, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Napoli, 2021 e, della stessa, *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 2/2021, 21 maggio 2021, p. 40 ss. Con specifico riguardo al procedimento legislativo, v. M. Manetti, *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, in *Quad. cost.*, 3/2021, p. 531 ss., e M. Michetti, *Procedimento legislativo e decisione politica. Itinerari Regole Prassi*, Torino, 2023. Infine, A. Mangia, *Mutamento costituzionale e dogmatica giuridica*, in *Lo Stato*, 19/2022, p. 61 ss.; V. Baldini, *Dinamiche della trasformazione costituzionale*, Bari, 2023; E. Olivito, *La retorica delle modifiche tacite e il diritto costituzionale esistenziale. Un’ipotesi di studio preliminare*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 2/2023, 19 ottobre 2023, p. 26 ss., e, per ciò che attiene alla dimensione sovranazionale, F. Savastano, *Trasformazioni costituzionali nell’allargamento dell’Unione europea*, Torino, 2023].

²⁹ Se ne tratta, di recente, nel mio *Vicende salienti della forma di governo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e della tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. fond.*

La Costituzione è, sì, soggetta a continue evoluzioni³⁰ che, nondimeno, dovrebbero aversi restando ad ogni buon conto fedeli all'impianto originario quale delineato dai *framers*, non già *per saltus*, rinnegandosene cioè le basi portanti o, come che sia, debordando dai confini segnati dalla lettera degli enunciati.

Il ristabilimento dei ruoli³¹ non soltanto dovrebbe aversi tenendo ferma la *summa divisio* tra organi (ed attività) di direzione politica ed organi (ed attività) di garanzia, ma, unitamente a ciò (e prima ancora di questo), sarebbe necessario tenersi alla larga dall'abnorme commistione dei ruoli dei massimi decisori politici, Parlamento e Governo, quale invece ormai pressoché quotidianamente si ha, specie in conseguenza dello spostamento dal primo al secondo della produzione normativa di rango primario.

Per ciò che più da presso attiene al tema che è qui di specifico interesse, è venuta dunque ad affermarsi una duplice torsione: in primo luogo, per il fatto che vistose e perduranti carenze dei decisori politici hanno portato all'effetto di demandare ai giudici, ancora prima della salvaguardia dei nuovi diritti, lo stesso loro riconoscimento³² e, secondariamente, per il venir meno o, come che sia, la sostanziale emarginazione del Parlamento nell'adozione di alcune leggi, peraltro non di rado non fatte a modo³³, volte a dar voce ai diritti.

Di contro, secondo modello –, come si è fatto in altri luoghi notare – il riconoscimento dei diritti avrebbe dovuto (e sempre dovrebbe) aversi a mezzo di un atto venuto alla luce con le procedure di cui all'art. 138, ricongiungendosi in tal modo forma e materia costituzionale e spianandosi, pertanto, il terreno per quelle autentiche, paritarie operazioni di

(www.dirittifondamentali.it), 2/2023, 14 luglio 2023, p. 631 ss. Notazioni di vario segno, infine, nei contributi al convegno AIC svoltosi a Brescia il 27-28 ottobre scorso su *Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana*, in *Ass. cost.* (www.associazionedeicostituzionalisti.it).

³⁰ ... per riprendere, ancora una volta, il termine caro ad A. Spadaro, che figura nel suo *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, sopra cit.

³¹ Un fermo richiamo in tal senso si è di recente avuto da M. Luciani, *Ogni cosa al suo posto. Certezza del diritto e separazione dei poteri nella riflessione costituzionalistica*, Milano, 2023.

³² Quella che è qui, così come già in altri luoghi, vista come una torsione istituzionale è, invece, ancora da ultimo qualificata come fisiologico svolgimento della vita istituzionale da A. Cariola, *Come nasce un diritto*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2/2023, 14 luglio 2023, p. 607 ss., se mal non se n'è inteso il pensiero.

³³ ... tant'è che le stesse sono state spesso fatte a pezzi dalla giurisprudenza costituzionale, obbligata essa pure ad un'innaturale opera di supplenza (si pensi, ad es., alle sofferte esperienze cui è andata soggetta la legge 40 del 2004).

bilanciamento secondo i casi cui i diritti tutti vanno pressoché quotidianamente soggetti: i vecchi con i nuovi e gli uni o gli altri *inter se*.

È singolare che la dottrina corrente non si avveda dell'aporia di costruzione costituita da diritti che assumano tutti, in tesi, di trovare riconoscimento (nell'accezione ristretta e propria del termine) in fonti dalla diversa natura e – ciò che più conta – reciprocamente graduate e, ciononostante, di potersi ogni volta giocare la partita alla pari in vista della loro ottimale affermazione. Dotare i nuovi diritti della veste positiva più preziosa di cui si dispone (la costituzionale, appunto), di contro, giustifica la stessa discesa in campo dei nuovi diritti, il loro confronto e, se del caso, lo scontro con i vecchi, con esiti imprevedibili, comunque accettabili se idonei a risolversi nel minor sacrificio possibile per l'*insieme* dei diritti e, in genere, dei beni della vita costituzionalmente protetti, ovverosia – se si preferisce altrimenti dire – per la massimizzazione della loro tutela³⁴.

³⁴ Sul canone della miglior tutela si hanno vedute sensibilmente discordi tra gli studiosi, per un verso negandosene la stessa esistenza e, per un altro ed opposto verso, rinvenendosi in esso uno dei canoni fondamentali dell'ordinamento, anzi un autentico “metaprincipio” [nel primo senso, v., part., R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, spec. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1/2019, p. 11 ss., spec. p. 21 ss., nonché l'intervista sul tema *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 10 aprile 2019 e in AA.VV., *Il mestiere del giudice*, a cura di R.G. Conti, Milano, 2020, 1 ss.; nel secondo, v., part., i miei *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2019, 18 dicembre 2019, p. 707 ss., spec. p. 714 in nt. 30; *Tecniche decisorie dei giudici e “forza normativa” della Carta di Nizza-Strasburgo*, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 8 aprile 2020, e *Teoria della Costituzione, identità costituzionale e salvaguardia dei diritti fondamentali*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 3/2022, 12 settembre 2022, p. 1 ss., spec. p. 16 ss.; v., poi, variamente, A. Randazzo, *Il “metaprincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2/2020, 10 giugno 2020, p. 689 ss.; B. Nascimbene, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in *Eurojus* (www.rivista.eurojus.it), 3/2020, p. 277; I. Anrò, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 19/2020, 17 giugno 2020, p. 109 ss.; F. Donati, *Tutela dei diritti e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 14/2020, p. 49 ss.; I. Del Vecchio, *La massimizzazione dei diritti fondamentali e la struttura dell'argomentazione giuridica nel costituzionalismo pluralista*, Napoli, 2020; C. Caruso, *Granital reloaded o di una «precisazione» nel solco della continuità*, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 19 ottobre 2020; R. Conti, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2020, 2 novembre 2020, spec. p. 588 ss.; AA.VV., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, a cura di C. Amalfitano, M. D'Amico e S. Leone, Torino, 2022, ed *in*, spec., G.

È ben possibile, poi, che all’atto primo d’*inventio* dei diritti seguano atti ulteriori, di grado primario, volti a dare la necessaria specificazione-attuazione alla disciplina di base, presentandosi nondimeno – fin dove possibile – *per principia*, sì da dotarsi di una struttura ad ogni buon conto assai duttile ed aperta a plurimi inveramenti nell’esperienza, specie per mano dei giudici, ai quali è dunque demandata la produzione delle regole di volta in volta più adeguate ai casi, vale a dire di far luogo ad una ulteriore attuazione dei principi in parola, con un processo che dunque si fa per gradi discendenti di generalità-astrattezza, secondo la ispirata ed insuperata intuizione kelseniana.

Come si vede, anche le forme sono chiamate a concorrere alla qualificazione della “fondamentalità” che appunto si rispecchia nelle procedure aggravate messe in atto al fine di dar voce ai nuovi diritti. O, per dir meglio, così *dovrebbe* essere *secondo modello*, per come è qui pure visto e nei suoi lineamenti di fondo rappresentato. L’abbandono di quest’ultimo comporta, però, l’innaturale “declassamento” dei nuovi diritti rispetto ai vecchi e rischia di rendere irricognoscibili i primi. Una questione, questa, di cruciale rilievo, specie laddove dovesse ammettersi che, accanto ai diritti dotati dell’attributo della “fondamentalità”, se ne diano altri che ne siano invece privi e che bene, pertanto, potrebbero essere fatti oggetto per intero di regolamentazione con legge comune. La circostanza, poi, che – come si diceva – la disciplina legislativa fa non di rado difetto, innaturalmente “supplita” dall’opera dei giudici, comporta il rischio, assai grave e per vero quotidianamente incombente, dell’appiattimento di tutti i diritti anche per ciò che concerne il loro riconoscimento e, a conti fatti, l’occultamento della “fondamentalità” propria di alcuni di essi. Ed è singolare che non ci avveda

Scaccia, *Sindacato accentratore di costituzionalità e diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, p. 146 ss.; AA.VV., *I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee*, a cura di G. Lattanzi - G. Grasso - S. Lembo - M. Condanzi - C. Amalfitano, Quad. 11 della Scuola Superiore della Magistratura, Roma, 2022. V., inoltre, F. Medico, *Il doppio custode. Un modello per la giustizia costituzionale europea*, Bologna, 2023, e A. Morrone, *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?*, relaz. al conv. AIC su *Le dinamiche della forma di governo nell’Italia repubblicana*, cit., spec. § 15, nonché, con specifica attenzione alla materia penale, S. Bissaro, *Corte costituzionale e “materia penale”. I confini mobili delle garanzie penalistiche, tra Costituzione e Carte internazionali*, Milano, 2022, e P. Maggio, *Giudicato penale e diritti fondamentali in area CEDU*, Torino, 2023, spec. p. 25 ss., e ancora i contributi al convegno su *La garanzia dei diritti fondamentali oltre le Corti*, in *Riv. dir. comp.* (www.diritticomparati.it), 1/2022, e, di recente, le indicazioni che, in ordine alla salvaguardia dei diritti in ambito sovranazionale, si hanno dal Report della Commissione su *A thriving civic space for upholding fundamental rights in the EU 2022 Annual Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights*.

del fatto che, non facendosi precedere il riconoscimento dei nuovi diritti a mezzo di fonte costituzionale – come qui pure caldeggiato –, possa determinarsi una grave torsione tanto dell’ordine delle fonti quanto del sistema istituzionale, ove si consideri che, a conti fatti, i diritti stessi potrebbero ottenere il riconoscimento cui aspirano dalla disciplina dei LEP³⁵, assai sommariamente offerta da norme di legge e, di contro, in buona sostanza venuta da atti di secondo o addirittura terzo grado, quali i decreti del Presidente del Consiglio, dei quali – non a caso – va facendosi largo uso³⁶, anche oltre il tempo della emergenza sanitaria che pure ne ha giustificato l’adozione, ovvero – come si è veduto – *omisso medio* per bocca dei giudici.

6. Il rilievo di cui è naturalmente dotata la “fondamentalità” nelle esperienze processuali, conducente all’esito di accordare la precedenza ai diritti che ne sono provvisti rispetto ad altre istanze emergenti nel corso dei giudizi, fatte valere sempre che si risolvano in un beneficio per i primi

Quest’esito può essere parato solo in un modo: facendosi da parte dei giudici un uso sapiente delle tecniche retorico-argomentative, sì da far risultare con molta chiarezza quali sono i diritti autenticamente fondamentali in gioco, in relazione alle complessive esigenze dei casi, e rimarcarne la “fondamentalità” accordando loro la precedenza in sede di bilanciamento con altri interessi pure astrattamente meritevoli di considerazione.

Il punto merita una particolare attenzione. La “fondamentalità”, infatti, porta naturalmente a far valere i diritti che si ritengono esserne dotati rispetto ad altri beni della vita o interessi con questi in conflitto.

Si faccia caso. Quando pure dovesse aversi l’impressione che i diritti vengano sacrificati a fronte di altre esigenze giudicate prioritarie, in realtà le

³⁵ È appena il caso qui di avvertire che la disciplina in parola dovrebbe richiedere il previo riconoscimento (appunto, nelle forme dovute) dei nuovi diritti, mentre – come si viene dicendo – potrebbe darsi il caso che si profitti della fissazione dei livelli in parola per far luogo negli atti che la determinano al riconoscimento stesso.

³⁶ ... tant’è che, sempre non a caso, si è prontamente ridestata l’attenzione degli studiosi su di essi, anche a mezzo di contributi si respiro monografico [v., infatti, M. Rubechi, *I decreti del Presidente. Studio su d.P.C.m., atti normativi del Governo e dinamiche decisionali*, Torino, 2022, e L. Castelli, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri*, Napoli, 2022; altri riferimenti, ora, in A. Cardone, *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazioni e riforme (1948-2023)*, Bologna, 2023, p. 193 ss.].

cose stanno così solo ad una prima ma superficiale osservazione delle vicende processuali e dei loro esiti che possono essere infatti ugualmente accettati, ad una condizione però: che le esigenze stesse si dimostrino pur sempre funzionali alla salvaguardia di altri diritti fondamentali rimasti nondimeno sullo sfondo, magari non dichiaratamente evocati in campo ma, appunto, pur sempre idonei a giustificare la soluzione raggiunta.

Faccio solo un esempio per rendere l'idea di quanto si viene ora dicendo³⁷. E, dunque, si pensi ai casi che si hanno ogniqualvolta alcuni diritti fondamentali sono sottoposti a limiti di varia intensità a fronte di istanze collettive, quale quella alla sicurezza ed alla incolumità pubblica. Ebbene, è chiaro che queste ultime sono, per natura, serventi il bene della vita o della integrità personale che, in determinati frangenti, possono trovarsi a rischio. D'altronde, la stessa Costituzione – come si sa – prevede espressamente limitazioni varie per taluni diritti in nome di tali istanze o di altre analoghe.

È chiaro che non sempre l'accertamento delle circostanze e/o le operazioni di bilanciamento sono fatti a modo. Non è di tutto questo che, nondimeno, siamo oggi chiamati a discutere. Errori di vario segno sono pur sempre ricorrenti nelle pratiche di diritto, in ispecie – per ciò che ora importa – in quelle giudiziarie. Ciò che solo conta è tener fermo il principio secondo cui i diritti fondamentali possono soggiacere a bilanciamento unicamente *inter se*, lo si faccia alla luce del sole e in modo diretto ovvero pure in modo mascherato e indiretto. Ed è così – qui è il punto – per il fatto che le istanze facenti capo all'intera collettività esprimono pur sempre una naturale vocazione di scopo, al servizio della persona, dei suoi diritti, della dignità³⁸. Laddove, di contro, dovessero presentarsi come istanze pubbliche, nel senso appena indicato, quelle che in realtà tali non sono, l'impianto dell'operazione posta in essere si presenterebbe eretto in modo maldestro e, perciò, l'intera vicenda processuale risulterebbe viziata nel suo andamento e nella conclusione.

Se ne ha che la “fondamentalità” dei diritti è *anche* qualità o condizione del “giusto processo” o, diciamo pure, del processo *tout court*, qualità cioè della funzione che linearmente si svolge e si fa apprezzare proprio per l'esito

³⁷ ... che riprendo dal mio *Atti politici e diritti fondamentali: un rapporto complesso e non poco sofferto*, cit., § 2, Sez. I.

³⁸ Sulla centralità di posto del principio personalista in seno alla trama costituzionale e sulle sue forme espressive, mi permetto di rimandare al mio *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 17/2013, 28 agosto 2013. V., inoltre, utilmente, A. Morelli, *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2019, 18 luglio 2019, p. 359 ss. e, dello stesso, *Persona e identità personale*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, IV, Napoli, 2021, p. 2791 ss.

di volta in volta raggiunto e conducente – come si è veduto – alla prioritaria affermazione dei diritti che ne sono dotati.

7. La “fondamentalità” quale cerniera interordinamentale, la spinta formidabile da essa impressa al processo d’integrazione sovranazionale, specie per effetto del “dialogo” tra le Corti, il carattere “misto” dei diritti, nazionali in quanto anche europei ed europei perché nazionali

La “fondamentalità” ha, poi, una proprietà dimostratasi col tempo viepiù preziosa e che risulta particolarmente evidente proprio grazie all’opera diurna posta in essere dai giudici a salvaguardia dei diritti, una proprietà che specificamente si coglie ed apprezza al piano delle relazioni interordinamentali, risolvendosi in una spinta formidabile resa al processo d’integrazione sovranazionale, nel suo pur non lineare e non di rado sofferto avanzamento. È pur vero che lo stesso è stato (ed è) talora frenato e deviato dal solco entro il quale è naturalmente portato a svolgersi, con riguardo agli obiettivi politici man mano definiti in sede di Unione, specie per effetto di pervicaci resistenze fraposte da Stati che antepongono l’interesse nazionale al bene comune. È, tuttavia, un dato elementare e di comune evidenza quello per cui il riconoscimento dei diritti fondamentali *ope juris prudentiae* non ha mai subito pause o sostanziali ripensamenti, portandosi avanti in modo risoluto in ambito nazionale così come, appunto, in sede europea³⁹. Qui pure – è doveroso ammettere – non sono mancati ritardi e resistenze, specie per ciò che attiene al “seguito” da dare nell’ordine interno alle pronunzie dei giudici, non solo – si badi – di quelli europei ma anche degli stessi giudici nazionali che non poche volte hanno fatto (e fanno) da battipista, dando voce a diritti dapprima ignorati o vilipesi, senza però che le sollecitazioni in tal senso venute da coraggiose ed innovative pronunzie siano state adeguatamente raccolte e, seppur con non secondarie innovazioni, tradotte in provvedimenti legislativi, sì di assicurare quella generalizzata tutela che altrimenti non potrebbe aversi.

Sta di fatto che il “dialogo” tra le Corti ha dato e, senza sosta, dà una spinta formidabile all’integrazione sovranazionale e, allo stesso tempo, alla “invenzione” a ritmi crescenti di nuovi diritti, facendo pertanto da eco a

³⁹ Adopero quest’aggettivo per scorrevolezza espositiva; in realtà, dovrebbe distinguersi tra la salvaguardia dei diritti in ambito europeo (in senso stretto), in ispecie ad opera della Corte di Strasburgo, da quella che si ha in sede eurounitaria, dalla Corte di Giustizia. Laddove necessario, nondimeno, si farà luogo alle opportune precisazioni.

quelle *consuetudini culturali* profondamente radicate nel corpo sociale, di cui si è venuti dicendo. Il “dialogo”, insomma, rende conferma dell’attitudine della “fondamentalità” a riprodursi ed a rigenerarsi da se medesima, risolvendosi in un fattore di crescita per i diritti, gli individui che ne sono titolari, l’intera comunità in cui questi vivono ed operano⁴⁰.

È sufficiente, per avvedersene, tenere a mente i modi con cui la Corte di Strasburgo, per un verso, e quella dell’Unione, per un altro⁴¹, si pongono davanti agli ordinamenti nazionali, dai quali quest’ultima in specie attinge le c.d. tradizioni costituzionali comuni in fatto appunto di riconoscimento e di tutela dei diritti fondamentali, tradizioni che quindi sono dalla Corte stessa originalmente rielaborate in ragione delle peculiari esigenze dell’Unione e, dunque, poste in funzione servente nei riguardi del processo d’integrazione sovranazionale.

Si faccia caso. I materiali di cui si compongono i diritti fondamentali dell’Unione sono, sì, il frutto particolarmente succoso di un pluriennale ed infaticabile lavoro giurisprudenziale, cui ha fatto seguito la “razionalizzazione” da parte della Carta di Nizza-Strasburgo che, quindi, a sua volta, è venuta ed incessantemente viene a trovarsi soggetta ad aggiornamento interpretativo da parte della stessa Corte, oltre che dei giudici nazionali che ne hanno talora prospettato letture particolarmente avanzate ed incisive. Tra il diritto giurisprudenziale ed il diritto positivo risultante dalla Carta suddetta si intrattiene, insomma, un rapporto di mutua, circolare alimentazione, ciascuno di essi ponendosi, per la propria parte, a

⁴⁰ Il ruolo di cruciale rilievo esercitato dai giudici in seno al processo d’integrazione sovranazionale è rimarcato da una copiosa dottrina, pur con varietà di accenti e di orientamenti (per tutti, S. Gambino, in molti scritti, tra i quali *Diritti fondamentali e Unione europea. Una prospettiva costituzional-comparatistica*, Milano, 2009).

⁴¹ Il poderoso contributo offerto da entrambe le Corti europee al riconoscimento prima ed alla salvaguardia poi dei diritti fondamentali è testimoniato già solo a scorrere i principali commentari venuti alla luce negli ultimi anni [con specifico riguardo al nostro ordinamento, v., con riferimento alla giurisprudenza eurounitaria, AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Milano, 2017, e, quanto alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e l’impatto nell’ordinamento interno (2016-2020)*, a cura di A. Di Stasi, Milano – Padova, 2020; più di recente, v. i contributi al ciclo di seminari su *La CEDU dopo i primi 70 anni*, tenutosi presso l’Università “G. D’Annunzio” di Chieti-Pescara dall’11 febbraio al 23 aprile 2023, ospitati da *Federalismi* (www.federalismi.it), 20/2023, 4 agosto 2023, introdotti dall’Editoriale di G. Raimondi, *Il contributo della Corte EDU all’effettività dei diritti umani in Italia*, IV ss. Altri riferimenti in P. Mezzanotte, *Giusto procedimento e tutela dei diritti. Riflessioni a margine della giurisprudenza CEDU in rapporto alle tradizioni costituzionali nazionali*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2023, 3 luglio 2023, p. 5 ss.].

fondamento dell'altro. Ebbene, in questo circolo produttivo che non conosce pause o rallentamenti, s'immettono con centralità di posto anche i diritti fondamentali nazionali, *tutti* i diritti: quelli provvisti di esplicito riconoscimento in Costituzione e quelli che, pur essendone privi, si sono ugualmente fatti spazio ed affermati nell'esperienza, principalmente appunto per bocca dei giudici.

Diritti nazionali e diritti eurounitari si danno mutuo sostegno ed alimento, anzi (e di più) si mescolano tra di loro, ciascuno di essi offrendo agli altri quanto di meglio in sé racchiude ed è in grado di esprimere, a beneficio dei più avvertiti bisogni dell'uomo e, in ultima istanza, della sua dignità. Lo impone il principio della mutua apertura degli ordinamenti, di cui agli artt. 10 e 11, con le specificazioni di cui all'art. 117, I c., Cost. e 4.2 TUE, nel loro fare “sistema” con i principi fondamentali di libertà ed eguaglianza, per un verso, e, per un altro verso, appunto, il “metaprinzipio” della massimizzazione della tutela dei diritti stessi.

Le tradizioni costituzionali comuni sono la più attendibile testimonianza di questo flusso incessante di materiali e suggestioni che in modo ininterrotto si svolge per il tramite del “dialogo” intergiurisprudenziale. E il vero è che è praticamente impossibile stabilire, in questo mutuo *dare-avere*, chi più dà e chi più riceve, per quanto l'origine culturale – se così può dirsi – sia innegabilmente negli ordinamenti nazionali, dal momento che è in seno agli Stati che è maturata la vicenda, come si sa non poco sofferta, che ha portato alla nascita delle Costituzioni e, perciò, al riconoscimento dei diritti fondamentali.

I materiali – come si diceva – li hanno, dunque, offerti gli Stati ma l'Unione, per mano della Corte di Lussemburgo, li ha lavorati dando loro forme di cui gli Stati stessi non si erano dapprima dotati. Non ci si faccia al riguardo fuorviare da assonanze linguistiche di cui si ha diffuso riscontro nel dettato della Carta di Nizza-Strasburgo ed in quelli delle Costituzioni nazionali, come pure delle analogie rinvenibili nei linguaggi delle Corti. Ciò che fa gioco è, infatti, la circostanza per cui i diritti riconosciuti in sede sovranazionale hanno pur sempre una naturale funzionalizzazione di scopo, in vista della progressiva integrazione tra gli Stati, di cui non si avverte il bisogno in seno agli ordinamenti nazionali ormai *pleno iure* al loro interno integrati.

D'altronde, è risaputo che anche nel raffronto tra le Carte costituzionali si rinvengono non poche convergenze e vere e proprie identità di formulazione in ordine al riconoscimento dei diritti che, nondimeno, s'inverano in modi complessivamente, marcatamente diversi,

in ragione delle differenze di contesto in cui essi s’inscrivono e aspirano a farsi valere.

Ora, se si tiene conto del fatto che i materiali di cui si compongono i diritti dell’Unione hanno matrice culturale e positiva nazionale, non appare forzato affermare che, *per quest’aspetto*, i diritti nazionali sono *fondanti* i diritti europei⁴².

È però vero anche l’inverso. “Imponente”⁴³ appare, infatti, essere l’incidenza esercitata dalla giurisprudenza delle Corti europee nei riguardi di quella nazionale; ed è perciò che può altresì a buon titolo dirsi che i diritti europei sono, per la loro parte, *fondanti* quelli nazionali, nel circuito ermeneutico in cui tutti s’immettono ed incessantemente svolgono caricandosi, per effetto del “dialogo” tra le Corti, di significati sempre nuovi o rinnovati, in ragione del mutare dei contesti e dei casi, con le complessive esigenze di cui questi si fanno portatori.

Ebbene, onestà intellettuale impone di riconoscere che molto si è fatto per la causa dei diritti grazie al “dialogo” in parola; molto di più, però, deve ancora farsi. Ciò che richiede un’incisiva opera simultaneamente condotta su due fronti: su quello delle *regole*, innanzi tutto, rimediando a talune strutturali carenze dei meccanismi processuali che a tutt’oggi non consentono di dare compiuto ristoro ai diritti, e, quindi, su quello delle

⁴² Quest’esito vale, pur con significativi adattamenti, anche per ciò che attiene ai diritti riconosciuti dalla CEDU: vuoi per il fatto che i giudici di Strasburgo provengono pur sempre dagli Stati aderenti alla Convenzione e vuoi pure per l’incidenza culturale esercitata dalle tradizioni nazionali, in specie di alcune, sugli orientamenti dei giudici stessi. È pur vero, tuttavia, che le letture della Convenzione prospettate a Strasburgo non racchiudono in sé quel vincolo teleologico, in vista della progressiva integrazione sovranazionale, che – come si è veduto – è proprio degli indirizzi di cui si fa portatrice la Corte di giustizia. D’altro canto, non si trascuri il largo utilizzo della teoria del margine di apprezzamento fattosi dal giudice convenzionale [riferimenti, ora, in T. Catalano, *Obblighi degli Stati in materia di abusi sessuali su minori e margine di apprezzamento: il caso D.K. c. Italia*, di prossima pubblicazione in *Ord. int. e dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 5/2023, 15 dicembre 2023], seppur in un quadro complessivo connotato da sensibile attenzione dallo stesso dimostrata per diritti vilipesi in ambito nazionale; e non si trascuri neppure la circostanza per cui le misure adottate dagli operatori di diritto interno possono variamente andare soggette al controllo dei giudici nazionali, i cui verdetti nondimeno non sempre ricevono il lineare, dovuto seguito da parte dell’amministrazione e dei privati. Il giudizio finale, insomma, deve tener conto delle frequenti oscillazioni riscontratesi negli orientamenti giurisprudenziali che hanno, poi, non di rado la loro speculare proiezione in quelli che si affermano in ambito interno, laddove è dato riscontrare moventi di vario segno in sede d’implementazione dei verdetti europei.

⁴³ ... per riprendere la qualifica datane da una sensibile operatrice, L. Tria, *Il dialogo tra giudici nazionali, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 26 giugno 2023.

regolarità, delle pratiche interpretative concretamente affermatesi per effetto di letture delle Carte (Costituzione compresa!) che potrebbero, in qualche caso, mostrarsi ancora più avanzate ed incisive.

Sono fermamente convinto (e vado, anzi, viepiù radicandomi nel convincimento) che il futuro dei diritti debba simultaneamente giocarsi tanto in sede nazionale quanto nelle sedi europee. Ne dà conferma la circostanza per cui l’una non di rado appare essere inadeguata, tant’è che i soggetti portatori di diritti sempre più di frequente si rivolgono ai giudici europei al fine di essere appagati nei loro bisogni maggiormente avvertiti e pressanti; i giudici non statali, d’altro canto, necessitano di fattive e corpose prestazioni di “leale cooperazione” – come si suole chiamarla – da parte degli operatori nazionali, giudici e legislatori, in vista della ottimale implementazione dei loro verdeti nelle pratiche quotidiane di diritto.

Il vero è – qui è il punto – che la “fondamentalità” ha, come Giano bifronte, doppio volto: l’uno orientato verso l’interno, l’altro verso l’esterno, per la elementare ragione – si è ora in grado di poter dire – che *i diritti nazionali sono anche europei e quelli europei anche nazionali*. Rimarcare a forza solo l’uno aspetto, lasciando volutamente nell’ombra l’altro, equivale a far luogo ad una rappresentazione comunque monca, parziale e, a conti fatti, forzosa tanto rispetto al modello, quale risultante dal “gioco” senza fine che si ha tra le Carte (e le Corti), quanto rispetto all’esperienza, riguardata nelle sue più genuine e vigorose tendenze.

Dobbiamo, infine, convenire che una cultura autenticamente europea non può affermarsi laddove non ne sia diffusamente ed intensamente avvertito il bisogno in seno alle comunità statali che, peraltro, possono ricevere (ed effettivamente ricevono) dall’ambiente sovranazionale suggestioni e stimoli idonei a far crescere e viepiù radicare una sensibilità in tal senso.

La dottrina ha da fare, fino in fondo, la propria parte a questo scopo.

Sono sicuro che l’incontro di studi odierno offrirà un apporto rilevante alla costruzione dell’edificio comune, nel quale la Costituzione europea *in progress*⁴⁴ e le Costituzioni nazionali potranno congiuntamente farsi valere, per il tramite appunto dei diritti fondamentali, europei e

⁴⁴ Di questa idea mi sono dichiarato fermamente convinto nel mio *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l’Europa unita*, in P. Costanzo - L. Mezzetti - A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*, Torino, 2022, cap. I.

nazionali a un tempo, che ne sono il “nucleo duro”⁴⁵ emblematicamente qualificante ed espressivo.

ABSTRACT: The essay deals with the most salient articulations and expressions of "fundamentality," as they become evident from: a) the attitude of the rights that possess it, both in positioning themselves as the foundation of the system in which they are recognized, and yet, at the same time, being somehow founded by it; b) the property of "fundamentality" in establishing the inviolability of rights; c) the propensity of each of these rights to also serve as the foundation for others of the same kind; d) the nature of “fundamentality” as a hinge that allows various systems (specifically, the state and the European Union) to integrate with each other, precisely due to the recognition of universally shared rights, albeit subject to partly different regulations within those systems themselves.

KEYWORDS: diritto fondamentale - inviolabilità dei diritti - rapporti interordinamentali - esperienze processuali - teoria della Costituzione

Antonio Ruggeri – Professore emerito di diritto costituzionale, Università degli Studi di Messina (antonio.ruggeri@unime.it)

⁴⁵ Sulla qualifica in parola si è animatamente discusso in occasione del convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Capri il 3 e 4 giugno 2005 su *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, i cui Atti, a cura di S. Staiano, sono stati editi dalla Giappichelli di Torino nel 2006.