

PAPER – 24 APRILE 2024

Diritti, poteri, giudici – *Lectio* tenuta in  
occasione della presentazione degli  
*Scritti in memoria di Beniamino Caravita di  
Toritto* (La Sapienza, Roma 19 aprile  
2024)

di Filippo Patroni Griffi  
Giudice della Corte costituzionale



# Diritti, poteri, giudici – *Lectio* tenuta in occasione della presentazione degli *Scritti in memoria di Beniamino Caravita di Toritto* (La Sapienza, Roma 19 aprile 2024)

**di Filippo Patroni Griffi**

Giudice della Corte costituzionale

## 1. Una premessa su Beniamino

Sono grato agli organizzatori dell'incontro e alla Famiglia per avermi voluto oggi alla presentazione di questa poderosa raccolta di *Scritti* in sua memoria, in concomitanza con il suo settantesimo anno di età. La memoria serve a trasmettere (anche) la conoscenza: e Beniamino è sempre stato uno studioso rigoroso e curioso intellettualmente, oltre che convinto assertore della interconnessione dei saperi nonché della interconnessione dei fenomeni mondiali. La sua creatura, *Federalismi*, e la sua produzione scientifica, ma anche quella a carattere divulgativo sui giornali, denotano la curiosità intellettuale e “politica” (nel senso etimologico greco del termine) dello studioso e, quando occorre, del polemista. A lui piaceva dibattere; e il dibattito “organizzato” (mirabilmente, dai curatori) in questi volumi gli sarebbe piaciuto proprio per la eterogeneità dei temi che vi si rinvengono. Proprio per questo io oggi non esporrò una carrellata sugli scritti di Beniamino o su parte di essi: impresa, peraltro, che sarebbe, quanto meno per me, impossibile. Sono andato a rileggermi qualcuna delle dediche personalizzate, a penna, nella prima pagina di qualche suo libro che mi aveva regalato: faceva riferimento al < l'amicizia, la stima, l'affetto degli ultimi 30, 20, 10 anni...e poi per i prossimi 10, 20, 30 anni>. Ma soprattutto -nel volume “Ai margini della *dissenting opinion*”, sottotitolo “Lo *strano caso* della sostituzione del relatore nel giudizio costituzionale” - ebbe a scrivere <Una volta ti ho “sostituito”, chissà se succederà ancora>. Si riferiva a quando mi subentrò come assistente di studio del giudice costituzionale Corasaniti, più o meno quarant'anni fa, e a un futuribile ritrovarsi in Corte: la dedica è del 4 marzo 2021 e io non ero ancora in Corte.

Questa *Lectio* vuole solo essere una riflessione, che porgo a voi, ma che si pone in ideale confronto con Beniamino; un confronto che sarebbe tornato tanto utile a me, non costituzionalista, e che sarebbe piaciuto tanto a lui, perché entrambi facenti < parte di una generazione che ha iniziato a frequentare il foro della giustizia amministrativa quando ancora eravamo pochi, giudici, avvocati, giovani docenti e ci conoscevamo tutti perché avevamo studiato nelle stesse aule, sugli stessi testi, con gli stessi Maestri.; oggi,



siamo tantissimi...E non c'è più quella comunanza scientifica che ci accompagnava una volta>, come ebbe a dire in un'intervista che volle farmi su *Federalismi* quando ero presidente del Consiglio di Stato. E il suo pensiero tornerebbe assai utile al dibattito politico e istituzionale; un pensiero lucido, critico, appassionato, colto, intellettualmente onesto: merce rara di questi tempi.

La riflessione riguarderà, da un angolo di visuale inevitabilmente soggettivo e parziale, le relazioni e le interconnessioni tra Diritti, Poteri e Corti. I diritti della nostra Costituzione, riguardati alla luce del concreto assetto dei poteri pubblici; il ruolo di questi, soprattutto dei poteri legislativo e amministrativo, nell'attuazione della Costituzione e nel loro rapportarsi con l'azione delle Corti; e quindi, sotto tale profilo, il diverso atteggiarsi nell'ordinamento costituzionale delle istituzioni di governo e delle istituzioni di garanzia. Sarà una riflessione di carattere discorsivo, senza pretese altre, come si sarebbe svolta tra lui e me.

## **2. I diritti: diritti di libertà, diritti sociali, principio di eguaglianza**

Gli articoli della nostra Costituzione da cui prendere le mosse sono il 2 e il 3, in particolare il suo secondo comma, dove si parla di diritti inviolabili e doveri inderogabili, legati dal collante della solidarietà, rispetto della dignità della persona, principio di eguaglianza, oltre che formale, sostanziale: in una, potremmo dire eguaglianza "costituzionale".

2.1 Sappiamo che la Costituzione vide la convergenza tra le forze politiche che la scrissero, in un compromesso giudicato ambiguo da Benedetto Croce, ma che si rivelò sintesi capace non solo di delineare un modello di società, come spesso si dice, ma anche di conferire giuridicità a "valori" fondanti una comunità, positivizzandoli in principi, diritti e doveri e assoggettando a questi i poteri pubblici. E tra i poteri pubblici, anche il più *pieno* dei poteri, quello espresso dal parlamento, rimane assoggettato all'osservanza di un testo che, oltre che frutto di una visione politica di sintesi, delinea la cornice giuridica per l'allocatione e l'esercizio dei suddetti poteri, la posizione delle persone nella società, doverosamente "garantite" nei loro diritti rispetto ai poteri pubblici, ma altresì tenute all'osservanza dei doveri che sono inderogabili perché funzionali al corretto svolgimento della vita sociale e al rispetto dei diritti degli altri. Il giurista, positivo o meno che sia, deve essere consapevole dei rischi di un relativismo etico o dei valori, perché non credo sia più il tempo (se mai lo è stato) di una concezione del diritto completamente neutrale, un diritto che, privato di ogni aspirazione assiologica, diventa mero strumento del potere, di un potere "quale che sia". La costituzionalizzazione del diritto, nell'epoca contemporanea delle Carte scritte, induce, secondo me, a prestare adeguata considerazione ai "valori", ai principi e ai "diritti" per come costituzionalizzati: le Costituzioni contemporanee, e la nostra in particolare, non sono "neutrali", non sono per tutte le stagioni, semmai fanno del pluralismo di cui sono intrise un valore in sé della vita della

comunità che esse regolano.<sup>1</sup> Io non credo che si possa fare a meno di una concezione assiologica del diritto, per abbracciare una concezione scevra da ogni considerazione “valoriale”, perché penso che una siffatta visione non corrisponda alle esigenze dell’uomo “situato” in una comunità che condivide tra i suoi componenti i propri valori portanti e fondativi. “La norma giuridica pone un dover-essere che si riferisce al piano dei valori” e “l’effetto giuridico esprime una necessità assiologica, la necessità di un valore”<sup>2</sup>.

Se è vero che le visioni assiologiche del diritto, almeno quelle fondate su un “assiologismo generico”, oscillano tra concezioni formali e sostanziali<sup>3</sup>, può forse trovarsi un ragionevole punto di equilibrio tra sostanza e forma, grazie al quale la realizzazione degli interessi materiali dei soggetti possa trovare soddisfazione al di là di una teoria (non appagante) dei meri concetti, ma nondimeno all’interno di un sistema formale in cui quegli interessi ricevano riconoscimento e tutela. Il che consente di dare una valenza “reale” al diritto, inteso come valore unitario di sintesi su cui si fonda una comunità (*GrundWert*), in cui il profilo assiologico si veste di materialità, senza dismettere l’abito formale che gli deriva dalla (pur necessaria) positività.

Caravita rifiuta l’idea secondo cui <dalla politicità della Costituzione deriverebbe la necessità di attendere, per l’attuazione di ogni sua parte, l’*interpositio legislatoris*. Un testo normativo è per sua natura espressione di scelte politiche... Sarà compito del giurista, teorico o pratico, utilizzare le tecniche interpretative per “cavar fuori” da un testo il suo significato, per tirar fuori le “norme”>.<sup>4</sup>

2.2 Se muoviamo dai diritti, e nella relativa ottica, il testo della Carta cui approda il Costituente è espressione di un percorso che segna le tappe del costituzionalismo moderno in poche righe, poi declinate nei diritti singoli, nei doveri individuali e collettivi, nell’organizzazione dei poteri e nel sistema delle tutele. Tutto ciò ruota intorno alla “persona”, è, in ultima analisi, funzionale non solo alla sua libertà ma al suo pieno sviluppo e alla effettiva partecipazione alla vita democratica del Paese.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> M. Luciani, *Itinerari costituzionali della memoria*, in *Riv.trim.dir pubbl.* 2023, 629 ss., spec.684, ad altro proposito, e cioè nel discutere <la piega scopertamente ideologica> assunta dal dibattito sull’originalismo –su cui non è possibile indugiare in questa sede-, sottolinea come <Il segno ideologico dell’originalismo, insomma, dipende dal segno ideologico della Costituzione cui si applica>, sicché <l’originalismo italiano è progressista perché la Costituzione italiana è molto più avanti della realtà politico-sociale che è stata ed è chiamata a governare>. A.Schiavello, *Conoscere il diritto*, Modena 2023, 59 ss., nel contesto generale di un confronto tra diritto e morale, tra una “prospettiva etica non cognitivista di matrice positivista” e una “meta etica soggettivista”, da una parte, e un “oggettivismo e un cognitivismo etico *esigent?*”, dall’altra, ha modo di “metterci in guardia da tutte quelle concezioni del diritto che enfatizzano il ruolo di quest’ultimo come baluardo contro il potere e trascurano il fatto che il diritto è anche inevitabilmente uno strumento di potere” (p.64).

<sup>2</sup> A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Enc.dir.*, Milano 1965, 438. E continua: <L’espressione dover-essere (*Sollen, Ought*) ci porta immediatamente all’idea di valore. Ogni norma di condotta, giuridica o etica, definisce un valore dell’agire umano>. Secondo l’A., <nelle proposizioni giuridiche sono espressi rapporti di condizionalità tra un fatto e un valore; più analiticamente: tra un fatto del mondo reale e un valore dell’agire umano>.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> B. Caravita, *Oltre l’eguaglianza formale*, Padova 1984, 56.

<sup>5</sup> È questo il *fil rouge* che permea l’intero impianto del saggio sull’eguaglianza appena richiamato.



Dal punto di vista storico, la vicenda dei diritti, e in particolare di quelli “più importanti” (che assumeranno nel tempo varie denominazioni: inviolabili, innati, umani), fondamentali come si conviene dire oggi, nella nostra tradizione occidentale si muove nell’ambito dei rapporti di diritto pubblico e si pone come rivendicazione delle libertà dell’individuo nei confronti del potere (e molte di queste sono ritenute libertà fondamentali anche ai giorni nostri: libertà di manifestazione del pensiero, di associazione, libertà religiosa).

Il passaggio dalle (semplici) libertà ai diritti è invece questione molto più moderna. Io non solo ho certe libertà ma queste libertà sono riconosciute come un diritto che, a certe condizioni, può anche essere fatto valere davanti a un giudice nei confronti di chiunque (privato o pubblico potere) mi impedisca di esercitarlo. Le libertà sono “passive” nel senso che basta che mi si lasci in pace; i “diritti” spesso richiedono che altri si diano da fare per garantirmeli<sup>6</sup>.

La tappa successiva a quella “dalle libertà ai diritti” è il passaggio dai diritti individuali ai diritti sociali. A ben guardare, nelle costituzioni contemporanee, già i diritti fondamentali sono riferiti in considerazione della socialità in cui si inserisce lo sviluppo della personalità. I diritti sono configurati come diritti dell’individuo *situato* nella società (*homme situé*); quindi attribuiti non già all’individuo astratto e isolato, bensì alla “persona sociale” o “politica”, secondo l’etimologia greca del termine: una persona reale, che vive nella società.

Però, se la connessione “pratica” tra i diritti, intesi come proiezione della libertà (secondo l’impostazione tipica del codice napoleonico e ancor prima del *Code rural*: il territorio di Francia è libero come coloro che lo abitano), e potere pubblico è tipica dello Stato di diritto, a mano a mano che la componente liberale alla base della elaborazione teorica dello Stato di diritto si arricchisce dell’apporto della idea democratica di uguaglianza, comincia ad affacciarsi l’idea dei diritti sociali allo scopo di “riequilibrare le disuguaglianze sociali e intervenire a sostegno delle categorie più svantaggiate”<sup>7</sup>. I diritti sociali (già nel “manifesto” di Georges Gurvitch del 1946) sono visti in un’ottica proattiva e “fattuale” del diritto, come prodotto di una società civile che concorre a formare il diritto e che quindi non si pone come mera destinataria di esso. Dalla iniziale contrapposizione tra Stato di diritto e Stato sociale, si perviene, nel secondo dopoguerra, alla sintesi dello Stato sociale di diritto (il *sozialer Rechtsstaat*, alla base della socialdemocrazia nordeuropea), che si pone come sintesi della salvaguardia delle libertà individuali e della promozione dell’uguaglianza

---

<sup>6</sup> Ciò non toglie che la Repubblica, nelle sue articolazioni, sia al servizio anche e primariamente delle libertà, le quali spesso richiedono, per poter essere esercitate, la predisposizione di un apparato pubblico in funzione servente: si pensi all’amministrazione e alla giurisdizione, per limitarci a considerazioni di ordine generale.

<sup>7</sup> A. Facchi, *Breve storia dei diritti umani*, Bologna 2007, 109. L’Autrice rileva come i concetti di libertà e diritti siano, anche storicamente, strettamente collegati alla concezione dell’individuo come isolato o come inserito nella comunità sociale, configurandosi tali concetti in maniera strutturalmente e contenutisticamente differente a seconda della concezione di individuo che si abbia.

delle opportunità. Ma la nostra Costituzione va oltre, sottolinea Caravita<sup>8</sup>: se il “progetto di trasformazione” delle socialdemocrazie è far diventare i diritti di libertà borghesi una realtà sociale per i più larghi strati del popolo, nella nostra Costituzione, in più, <l’estensione dei diritti civili e politici si pone, in un certo senso, quale mezzo al fine>...<per l’instaurazione di un ordine sociale che permette il pieno di sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese: così si può finalmente leggere l’art. 3 cpv>.

In questo scenario del progressivo affermarsi dei diritti sociali, Caravita colloca il principio di eguaglianza sostanziale, e, citando Lelio Basso, rileva che esso costituisce la cerniera fra le due categorie di diritti democratici, quelli di partecipazione e quelli sociali, dei quali ultimi proprio nel capoverso dell’articolo 3 va rinvenuto il fondamento costituzionale.

### 3. Diritti e trasformazione dei poteri pubblici

Diventa a questo punto centrale il rapporto di questi diritti con il potere pubblico. In un’ottica inizialmente solo difensiva, a tutela della sfera individuale (proprietà ed espropriazione, per restare sul piano delle potestà amministrative), poi in un’ottica pretensiva, nel reclamare il godimento dei diritti sociali<sup>9</sup>: si pensi al diritto alla salute rispetto alle prestazioni sanitarie o al diritto all’istruzione rispetto ai piani personalizzati in tema di sostegno ai disabili.

Come si atteggia oggi il potere?<sup>10</sup> Nell’ottica tradizionale della dialettica autorità/libertà, il potere può autolegittimarsi, nel senso che esso è attribuito nell’interesse dello stesso soggetto pubblico ma va necessariamente accompagnato da una serie di limiti all’esercizio di quel potere, a garanzia delle situazioni soggettive degli individui, nella cui sfera quel potere interferisca. È del resto riconosciuto che è dalla giuridicizzazione del potere e, conseguentemente, della relazione tra individuo e potere che nasce il sistema stesso del diritto amministrativo nello Stato di diritto.

---

<sup>8</sup> *Oltre l’eguaglianza formale, cit.*, 82.

<sup>9</sup> Anche per il godimento di diritti di libertà classici può richiedersi un intervento attivo dell’amministrazione (si pensi alla libertà di riunione nelle pubbliche piazze), ma questo difficilmente può assumere i connotati di una pretesa in senso tecnico-giuridico. Diverso il caso di diritti inerenti alla sfera individuale che, pur non assurgendo al rango di diritti fondamentali pur essendo collegati a libertà (non fondamentali) contemplate in Costituzione, richiedono un vero e proprio intervento dell’amministrazione, nelle forme per lo più dell’autorizzazione (si pensi alle autorizzazioni in materia di iniziativa economica o di commercio): qui si rinvengono vere e proprie pretese di ordine giuridico, ma il discorso si pone sul piano strettamente amministrativistico.

<sup>10</sup> Si consenta il rinvio al mio *Il potere pubblico e le sue trasformazioni*, in *Scritti in memoria di Beniamino Caravita di Toritto*, Napoli 2024. Cfr. pure F. Fracchia, *Lo spazio della pubblica amministrazione. Vecchi territori e nuove frontiere. Un quadro d’insieme*, in *Dir. dell’econ.* 2023, 247 ss.. La trasformazione del potere amministrativo è conseguenza della “doppia anima” (secondo la felice intuizione di M.S. Giannini) del diritto che lo regola, il diritto amministrativo: diritto privilegiato dello Stato e della funzione pubblica; garanzia degli “amministrati” nei confronti dello stesso potere pubblico. Su ciò vd. le sintetiche ma efficaci considerazioni di G. Morbidelli, *Il diritto amministrativo tra particolarismo e universalismo*, Napoli 2012, spec. 12 ss.. Si consenta inoltre il rinvio al mio *La giustizia amministrativa nella formazione dello Stato moderno*, Napoli 2021, spec. 13 ss..

La situazione cambia, sul piano giuridico, con l'avvento di una Costituzione scritta. L'ancoraggio dei poteri pubblici alla Costituzione costituisce un vero e proprio mutamento di paradigma, che muta la fisionomia del potere.

In primo luogo, nella relazione potere/cittadino, alla dialettica autorità/libertà si aggiunge una dialettica che potremmo definire autorità/eguaglianza, in cui il potere si pone nella logica "di servizio", come strumento per la realizzazione della persona, come mezzo per rimuovere gli ostacoli di cui parla l'articolo 3 della Costituzione. La centralità dell'intermediazione pubblica, che non può disconoscersi nello Stato contemporaneo, sia pure in un'ottica ben diversa dall'interventismo pubblico del passato, "serve" sia per l'ordinato assetto della società (cui sono preordinate le funzioni "d'ordine"), sia –e qui sta il *novum*– per la realizzazione in concreto dei diritti sociali, la quale richiede prestazioni amministrative e a cui corrispondono, nei sensi di legge, interessi di natura pretensiva. Riguardato in questi termini, in una visione diacronica il potere è espressione non tanto di una posizione di supremazia, quanto piuttosto di una posizione di preminenza funzionale, funzionale cioè (e nella misura in cui lo sia) ad assicurare una prestazione "doverosa", perché volta a tutelare interessi a soddisfazione necessaria<sup>11</sup>, delineati in Costituzione e nelle leggi che la attuano: l'intermediazione pubblica è richiesta, e configurata in concreto dalla legge, ogniqualvolta occorra il potere amministrativo per realizzare le finalità che il Costituente ha ritenuto necessarie per la *concretizzazione* di quella che chiameremmo una democrazia amministrativa; una democrazia non solo in senso politico, che asseconi cioè istanze di partecipazione alle decisioni pubbliche<sup>12</sup>, ma proprio, in senso sostanziale, come apparato di servizio che metta a disposizione di individui, imprese e soggetti collettivi gli strumenti necessari allo sviluppo della personalità e alla salvaguardia della dignità.

Il potere, in definitiva, si muove in una logica proattiva in cui la posizione di preminenza non può andare disgiunta dalla doverosità dell'esercizio delle funzioni, ogniqualvolta l'esercizio della funzione serva a quelle finalità, di derivazione costituzionale, che sono causa e fondamento dell'attribuzione del potere, e che quindi ne costituiscono la legittimazione.

Il secondo aspetto di questa trasformazione del potere e conseguentemente della relazione con questo del cittadino, riguarda le situazioni soggettive che si muovono in questa cornice. Esse hanno in comune due caratteristiche: sono entrambe posizioni attive (e questo differenzia nettamente il rapporto cd. amministrativo dallo schema diritto/obbligo delle relazioni giuridiche tra privati); si tratta di posizioni

---

<sup>11</sup> G. Rossi, *Guida alla lettura: linee di un nuovo diritto amministrativo*, in *Vecchie e nuove certezze nel diritto amministrativo*, Roma 2021, 17 ss. Sul punto, di notevole interesse per cogliere gli elementi e le ragioni della "trasformazione del potere", dello stesso autore, vd. *Principi di diritto amministrativo*, Torino 2010, spec. Cap. I, nonché F. Goggiamani, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino 2005; C. Acocella, *Contributo allo studio dell'effettività dei diritti sociali*, Napoli 2022, spec. 61, 183 ss.; S. Tuccillo, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli 2016.

<sup>12</sup> Su cui, anche per riferimenti, S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2007, 40.

entrambe conformate al loro interno, cioè determinate nel loro contenuto, dalla Costituzione o dalla legge. La causa attributiva di *questo* potere è dunque costituita dalla “ragione di servizio”, sicché oggi l’attribuzione di poteri all’amministrazione va inserita nella cornice costituzionale, perché è alle costituzioni che spetta stabilire l’allocazione dei poteri e le loro finalità. È chiaro che un potere “al servizio” di (tradizionali e nuovi) valori, *rectius* principi, e diritti è un potere che va trasformandosi rispetto al modello classico, perché non si accontenta più di restare nei limiti della dialettica autorità/libertà, ma si pone in funzione di *garanzia* – e non di mera tutela – di *nuovi* ambiti di interesse costituzionalmente protetti, e conseguentemente si confronta con *nuove* situazioni soggettive delle persone.

Se dunque il diritto amministrativo è un diritto che esprime “il modo di concepire il rapporto fra l’amministrazione e i cittadini”<sup>13</sup>, può ben dirsi che la Costituzione fonda un nuovo diritto amministrativo modificandone “il punto logico di partenza”: non più le istituzioni ma il cittadino; si ricostruisce, cioè, il diritto pubblico “partendo dalla persona”<sup>14</sup>: il diritto amministrativo è un “diritto per” e il relativo potere uno strumento per la realizzazione della persona<sup>15</sup>, il mezzo per rimuovere gli ostacoli di cui all’art. 3 Cost..<sup>16</sup>

#### 4. Doveri e solidarietà

Diritti e potere: è la relazione verticale tra individui e autorità, sia che si muova nell’ottica tradizionale autorità/libertà, sia che si muova nell’ottica di servizio dei poteri pubblici al soddisfacimento dei diritti, e in particolare dei diritti sociali. Ma anche diritti e doveri: è questa la relazione orizzontale che lega le persone che vivono in una comunità. E non solo in termini di delimitazione dei diritti: il mio diritto finisce dove comincia il tuo e io ho il dovere di rispettarlo. Ma proprio in un’ottica di partecipazione effettiva di tutti a un “progetto di trasformazione” della società che richiede la solidarietà tra tutti i suoi componenti. È questa la ragione per cui l’art. 2 coniuga i diritti inviolabili con i doveri inderogabili. Come disse alla Costituente Meuccio Ruini in riferimento all’art. 2, <i>proponenti hanno aderito alla mia tenace insistenza perché in questo articolo si mettano insieme, come lati inscindibili, come due aspetti dei quali uno non può sceverare dall’altro, i diritti e i doveri>. E Luciano Violante annota: <Un sistema politico

---

<sup>13</sup> A. Travi, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni 90* in *Foro it.* 1997, 167 ss., spec., 168.

<sup>14</sup> A. Travi, *Lo studio del diritto pubblico dal punto di vista dell’amministrativista*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 340.

<sup>15</sup> Rileva A. Zanzarino, *Potere e potestà (fil.dir.)*, in *Enc. Dir.*, Milano 1985, 601, che già per Tommaso d’Aquino <l’esercizio del potere deve perciò porsi al servizio di un bene comune che esprime insieme i valori morali e i valori sociali e che rappresenta il criterio fondamentale di legittimazione delle attività umane e la garanzia nei confronti del dispotismo>.

<sup>16</sup> È interessante notare che un analogo processo – su cui non è possibile indugiare in questa sede – si riscontra anche nell’Unione europea, in una con una tendenza all’accentuazione in senso politico, anziché meramente tecnico-economico, del processo di integrazione. Cfr., per alcune considerazioni, E. Costanzo, *La trasformazione della cittadinanza: dalla cittadinanza democratica sociale alla cittadinanza materiale europea*, in *Europa società aperta*, I, 291 ss., Napoli 2022; C. Drigo, *La dimensione sociale dell’Unione europea. Il diritto ad un’esistenza dignitosa nelle politiche di contrasto alla povertà e all’esclusione sociale*, *ivi*, II, 775 ss..

privo di diritti non è una democrazia. Ma una democrazia senza doveri resta in balia di egoismi individuali e conflitti istituzionali, è priva dei valori della solidarietà e dell'unità politica, capisaldi di qualunque forma democratica di governo...i doveri esprimono, forse più dei diritti, il legame politico fra i cittadini e favoriscono il senso di appartenenza al corpo sociale>.<sup>17</sup>

Diritti e doveri sono tenuti insieme dal collante della solidarietà. E sulla solidarietà si fondano non poche pronunce della Corte costituzionale in svariati campi; da quello fiscale<sup>18</sup>, alla materia previdenziale<sup>19</sup>, al tema della tutela della salute, con le pronunce della Corte in tema di vaccinazione, sia con riferimento all'obbligo di indennizzare gli eventi avversi in materia di vaccinazioni obbligatorie<sup>20</sup> o raccomandate<sup>21</sup>, sia per quanto riguarda l'obbligo vaccinale di alcune categorie in tempi di pandemia<sup>22</sup>.

Il profilo della solidarietà si è di recente arricchito del riferimento esplicito alla solidarietà intergenerazionale<sup>23</sup>, che costituisce la vera novità, sul piano testuale, della modifica costituzionale degli articoli 9 e 41. La salvaguardia delle generazioni future è dotata di una capacità espansiva che va dall'ambiente e la biodiversità, al debito pubblico, alle prestazioni previdenziali. E anche prima della legge costituzionale n. 1 del 2022, la giurisprudenza costituzionale vi aveva fatto riferimento in svariati campi, a conferma del fatto che l'istanza intergenerazionale trova diretto fondamento nel principio di solidarietà di cui all'articolo 2.<sup>24</sup>

Altro principio cui ha fatto costante riferimento la Corte, specie in materia di bioetica, è il rispetto della dignità umana, principio-valvola che –come si dirà– consente alla Corte di intervenire non solo per censurare sanzioni a comportamenti non ammessi dalla legge penale, ma anche per trarne statuizioni additive volte a introdurre nell'ordinamento tutele a situazioni anche non espressamente riconosciute dal legislatore. È questo forse uno dei problemi centrali dell'attuazione della Costituzione –su cui ci soffermeremo nella parte finale di questa riflessione: <Il dilemma non è quindi quello tra interpretazione politica e interpretazione non politica o neutrale o giuridica...ma quello del rapporto tra “spazio”

---

<sup>17</sup> L. Violante, *Il dovere di avere doveri*, Einaudi, Torino 2014, 82.

<sup>18</sup> Cfr. sentenza n. 288 del 2019.

<sup>19</sup> Cfr., tra le altre, sentenze n. 234 del 2020 e n. 173 del 2016 (in tema di contributo di solidarietà a carico delle c.d. pensioni d'oro).

<sup>20</sup> Tra le altre, sentenze n. 258 del 1994 e n. 307 del 1990.

<sup>21</sup> Di recente, sentenze n. 181 del 2023 e n. 118 del 2020.

<sup>22</sup> In particolare, sentenze nn. 14 e 15 del 2023.

<sup>23</sup> Su cui, di recente, S. Petitti, *La salvaguardia degli interessi delle generazioni future*, in *Scritti in memoria di Beniamino Caravita di Toritto*, cit.; G. Prosperetti, *La tutela dell'ambiente per le future generazioni*, in *Scritti in memoria*, cit.; A. Chiariello, *La funzione amministrativa della biodiversità nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, Napoli 2022; A. D'Aloja, *Generazioni future (dir. cost.)*, in *Enc. Dir., Annali IX*, Milano 2016, 335 ss..

<sup>24</sup> Un'analisi della giurisprudenza costituzionale si rinviene in S. Petitti, *La salvaguardia degli interessi delle generazioni future*, cit..



costituzionale lasciato alla struttura delle forze politiche, e “spazio” costituzionale sottoposto al controllo ed all'intervento della giurisdizione costituzionale>.<sup>25</sup>

## 5. Una Costituzione presbite

<La Costituzione deve essere presbite, deve vedere lontano, non essere miope><sup>26</sup>.

La celebre frase di Calamandrei spiega nella maniera più sintetica possibile il carattere di fondo della nostra Costituzione che, pur nello scenario di un'attuazione per certi versi lenta e pur a fronte di alcuni suoi punti che possono oramai ritenersi superati perché hanno avuto sviluppi diversi (penso all'art. 39 Cost., dal secondo comma in poi), resta attuale; anzi, consente e talvolta richiede ulteriore attuazione.

Sul piano giuridico, ciò è consentito dal largo uso che la Carta fa di tecniche “aperte” di produzione normativa: accanto al riconoscimento esplicito di diritti, abbiamo principi, concetti indeterminati e clausole generali, “principi-valvola”, i quali ultimi, in particolare, si pongono, parafrasando Caravita,<sup>27</sup> <come strumenti di osmosi e di adeguamento tra ordinamento e realtà sociale>, perché <quello che oggi non c'è nell'ordinamento...è riconosciuto dallo stesso ordinamento che possa esservi domani>. Ciò consente, immutata la disposizione costituzionale, di favorirne l'adeguamento al mutare dei tempi: quindi l'attuazione della Costituzione costituisce un “percorso”, una “utopia incompiuta”<sup>28</sup>; il che risponde peraltro a un costituente in più parti visionario, che, cioè, prefigura un disegno complessivo di società che a) andrà attuato progressivamente, b) potrà mutare in corso d'opera per il mutare delle condizioni di contesto (oltre che, ovviamente, per modifiche alla Costituzione). In altre parole, disposizioni che pongono principi sono inevitabilmente soggette a una loro “storicizzabilità”, in base non già al sentire personale dell'interprete, ma al mutare del complesso dei principi che si ricavano dall'ordinamento quali si desumono anche da una diversa “lettura” delle disposizioni costituzionali, indotta dalle trasformazioni dell'ordinamento e dello stesso “sentire” sociale nella misura in cui esso sia “oggettivabile” (e in certa misura lo è, altrimenti le società sarebbero immutabili)<sup>29</sup>.

L'attuazione della Costituzione spetta senz'altro al legislatore il quale è tenuto a esercitare la sua funzione politica non solo nei limiti e nel rispetto della Costituzione, ma anche attuandone indirizzi e principi<sup>30</sup>. La

---

<sup>25</sup> B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale*, cit., 129.

<sup>26</sup> P. Calamandrei, Intervento all'Assemblea Costituente, 4 marzo 1947, seduta pomeridiana, disponibile su [http://www.istitutodegasperi-emilia-romagna.it/pdf/seminari2014\\_calamandrei.pdf](http://www.istitutodegasperi-emilia-romagna.it/pdf/seminari2014_calamandrei.pdf). Le carte dell'Assemblea Costituente, conservate presso l'Archivio storico della Camera dei Deputati, sono consultabili on-line al seguente indirizzo: <https://archivio.camera.it/>

<sup>27</sup> B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale*, cit., 84s..

<sup>28</sup> E. M. Ruffini, *Uguali per Costituzione*, Milano 2022.

<sup>29</sup> Per G. Capograssi, grazie ai principi, “la perenne pretesa degli ordinamenti di essere completi” cede il passo alla “inesauribilità della vita” (così in G. Marino, *Analisi azione diritto uomo comune*, Napoli 2006, 41).

<sup>30</sup> È quanto da tempo sostiene F. Modugno, il quale già nel suo *L'invalidità della legge*, I, Milano 1970, 158 s. afferma che la Costituzione, in quanto atto irripetibile o difficilmente ripetibile, necessita di «una forma ordinaria di mantenimento e di sviluppo», da rinvenirsi nella funzione legislativa.



personalità cui fa riferimento l'articolo 2 costituisce, per Caravita,<sup>31</sup> <un dato dinamico, in continuo mutamento; è un fatto eminentemente sociale...è la conseguenza del pieno godimento dei diritti inviolabili>; e <lo sviluppo della personalità [è] un fine, un dato da raggiungere e costruire, non già preformato>.

Nel processo di attuazione, il principio di eguaglianza non può essere inteso nel senso che “tutti devono essere uguali”. Come è stato rilevato, <L'uguaglianza è il diritto di ognuno di essere diverso da tutti gli altri e di non essere discriminato per la propria diversità>. <sup>32</sup>

Riecheggiano le parole di un autorevole filosofo del diritto che, nell'esaltare il “principio di tolleranza, lo riconduce all'articolo 3 e al valore delle diversità: “*Il principio di tolleranza è una modalità di espressione del principio di uguaglianza stabilito dal primo comma dell'art. 3 della Cost, (...). Questo vuol dire che l'uguaglianza consiste nell'uguale valore associato a tutte le differenze d'identità, che fanno di ciascuno individuo una persona differente l'una dagli altri e, al tempo stesso, di ciascuna persona un individuo l'uno uguale agli altri. Vale a dire, uguaglianza e differenza sono, in questo senso, due facce della stessa medaglia*”<sup>33</sup>.

Questa particolare declinazione dell'uguaglianza nelle diversità sta proprio nella ricerca di far sì che le differenze non siano negate o sottaciute; esse costituiscono piuttosto la realtà che il legislatore deve rimuovere in quanto, *e solo in quanto*, esse, non giustificate, si risolvano in una discriminazione. La corretta attuazione del principio costituzionale di eguaglianza reca in sé il compito della Repubblica di rimuovere i fattori di discriminazione, le *disuguaglianze discriminanti*, le discriminazioni che minano la pari dignità o che costituiscono ostacoli al libero sviluppo della persona e, per converso, di “far fruttare” quelle diversità che, appartenendo a ogni singola persona o a una categoria di persone, possono arricchire la comunità. Ma c'è un altro aspetto che vorrei sottolineare, perché ci conduce al tema dei rapporti tra legislatore e giudice costituzionale nell'attuazione della Costituzione. Concetto Marchesi, alla Costituente, ci ricorda che le costituzioni sono fatte non per la maggioranza dei cittadini, che hanno comunque la *forza*, ma per tutti i cittadini, e quindi anche per quelli che hanno minore rappresentanza; e questo perché la democrazia non è, e affinché non sia, la dittatura della maggioranza in cui una distorta concezione della rappresentanza politica conceda di fare ciò che vuole: se nello Stato di diritto il sovrano non è più *superiorem non recognoscens*,<sup>34</sup> nello Stato democratico la maggioranza non può essere *superiorem non*

---

<sup>31</sup> B. Caravita, *op.cit.*, 123 ss..

<sup>32</sup> E. M. Ruffini, *Uguali per Costituzione*, *op.cit.*, 15.

<sup>33</sup> L. Ferrajoli *Diritti fondamentali, tolleranza e democrazia nel dibattito politico*, *Ordines* 2/2017, p. 174 <http://www.ordines.it/wp-content/uploads/2018/02/FERRAJOLI-GUZZO.pdf>

<sup>34</sup> Come osserva C. Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in *Foro. it.* 1970, V, 153 ss., spec. 158, la nostra Costituzione ha accolto non il principio della separazione dei poteri <bensi l'altro, in parte diverso dal primo, dei *checks and balance*...: il che porta anche ad escludere la sussistenza di una gerarchia fra gli organi, in ragione delle loro più o meno diretta connessione con un'investitura popolare, tale da porre qualcuno di essi al riparo da controlli>.



*recognoscens*. La tutela delle minoranze, del pensiero minoritario, diventa un aspetto centrale in una democrazia matura; e quando si sente dire “solo il legislatore, e quindi la maggioranza, può riconoscere cosa tutelare e cosa no” ci si imbarca su un terreno molto scivoloso, perché il tema è più complesso e le complessità non possono essere affrontate con semplificazioni.

## **6. Diritti, legislatore e Corte costituzionale: un rapporto assai complesso**

Uno degli aspetti della complessità è rappresentato dal rapporto tra legislatore e giudice costituzionale.

E riguarda due profili di un unico problema: le sentenze additive o variamente manipolative della Corte e le omissioni legislative, ovverosia i casi in cui il legislatore non regola una data materia.

La tematica si presta a una serie di considerazioni di cui occorre essere consapevoli, per evitare che le posizioni che si assumono nel dibattito risentano dell’adesione più o meno ideologica a scuole di pensiero.

In primo luogo, ogni sistema di tutele (inteso in senso ampio, comprensivo di riconoscimento e protezione di situazioni soggettive) funziona come un sistema di vasi comunicanti: se i vari attori non svolgono il ruolo che compete loro, è inevitabile, e in qualche modo anche giustificato, che la tutela venga assicurata in funzione di “supplente”<sup>35</sup> da chi è partecipe di quel sistema, ma dovrebbe intervenire in una diversa logica di ruolo, in seconda battuta. Detta in termini espliciti: il Parlamento, se vuole, come è costituzionalmente doveroso e necessario, recuperare centralità, deve assumersi la responsabilità di <mediare per decidere><sup>36</sup>; <Il problema –si chiede uno studioso<sup>37</sup>- è l’attivismo della Corte o l’indifferenza del Parlamento nell’attuazione della Costituzione?>, che conduce a una sorta di <apatia costituzionale>.

Certo –e si è al secondo ordine di considerazioni- anche l’inerzia legislativa<sup>38</sup> può essere frutto di una scelta politica di non regolare un fenomeno o di non riconoscere un diritto. Ma perché ciò sia legittimo sul piano costituzionale occorre, non solo che l’omissione legislativa sia riconducibile a una chiara scelta politica: qui la discrezionalità legislativa gioca come limite “esterno” all’intervento della Corte. Ma occorre anche, sul piano della legittimità costituzionale, che la scelta omissiva sia consentita, e non si traduca in una lesione, sia pure indiretta, di diritti o principi costituzionali. In altri termini, le omissioni legislative,

---

<sup>35</sup> In realtà, di vera supplenza non si tratta. La Corte che intervenga a sanzionare l’inerzia legislativa a fronte di obblighi costituzionali di regolazione fa per vero il suo proprio mestiere a fronte dell’inadempimento di un obbligo altrui

<sup>36</sup> A. Manzella, *Il parlamento*, Bologna 2003, 263, rileva acutamente: <“parlamentare” significa porre un problema e ricercarne insieme, in posizioni di parità, la soluzione>.

<sup>37</sup> M. Ruotolo, *Oltre le “rime obbligate”?*, in B. Caravita (a cura di), *Un riaccostamento del giudizio costituzionale?*, Torino 2021, 117 ss., spec. 127.

<sup>38</sup> Sul tema, di recente, cfr. l’ampio e documentato saggio di F. Paterniti, *Le omissioni del legislatore*, Napoli 2023.



in ciò distinguendosi dalle mere lacune, assumono <la forma del mancato assolvimento dell'obbligo di legiferare (implicitamente) imposto dalla Costituzione>.<sup>39</sup>

Una Costituzione che ponga al centro la dignità della persona non solo non tollera leggi che non rispettino la dignità, ma nemmeno può tollerare che il legislatore sia inerte rispetto a situazioni in cui la lesione della dignità derivi proprio dalla mancata regolazione del fenomeno. <È in questo caso che la discrezionalità legislativa non può ergersi a limite invalicabile per la Corte. Altrimenti...vi sarebbe rimedio solo per le ipotesi di esercizio della funzione legislativa contrario alla Costituzione e non anche per le inattuazioni della Costituzione><sup>40</sup>. Ed è risaputo, non solo nel diritto costituzionale, che forme di comportamento omissivo possono ben tradursi in cause di lesione di diritti al pari dei fatti commissivi.

Il problema, semmai, è capire quali siano gli spazi che la Costituzione non “copre”, rimettendo al legislatore la decisione di intervenire o meno. Ma tutte le volte in cui l'omissione si risolve in una lesione di diritti costituzionalmente riconosciuti nonché di principi costituzionali è doveroso per la Corte intervenire in senso “additivo” o comunque manipolativo: un intervento peraltro a intensità modulabile e indirettamente proporzionale all'omissione, perché quanto più essa è estesa tanto più gli strumenti che la Corte ha a disposizione si fanno “spuntati”. Invocare in tali ipotesi l'autonomia del Parlamento mi pare del tutto improprio, non sul piano politico (sul quale semmai si muovono i critici), ma proprio su quello giuridico-costituzionale.

Il tutto non esclude un diverso e successivo intervento legislativo che possa riordinare l'intera materia nella salvaguardia e nel rispetto dei diritti e dei principi evocati dalla Corte. Tale precisazione –contenuta nelle oramai non poche pronunce della Corte che facciano ricorso, nel dichiarare una illegittimità costituzionale con sentenza manipolativa, alle “grandezze già esistenti nell'ordinamento” superando così sostanzialmente l'originaria ricerca delle “rime obbligate”- non costituisce, come invece si è detto, l'ammissione che la soluzione della Corte sia solo “un temporaneo rimedio”, perché <è ovvio che il legislatore può intervenire quando vuole, ed è semmai la Corte che deve giustificarsi>.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Così, in forma peraltro dubbiosa o quanto meno problematica, F. Paterniti, *op.cit.*, 19, il quale richiama, invece nel senso del testo, F. Delfino, *Omissioni legislative e Corte Costituzionale (delle sentenze costituzionali cd. creative)*, in *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, II, Milano 1974, 915 nonché C. Mortati, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali*, *cit.*, il quale, in particolare, osserva (164) che la pronuncia nella Corte <si concreta nella dichiarazione del significato e della portata di una norma costituzionale dalla quale non può non discendere un vincolo nella determinazione degli effetti, più o meno stretto secondo il grado di elasticità o di rigidità della norma medesima, così da offrire un solo modo di attuazione, o anche più di uno, pur sempre aderenti alla finalità della reintegrazione dell'ordine costituzionale>. Come rileva A. Morelli, *La voce del silenzio*, in *Dirittifondamentali.it*, n.1/20, 726, <il legislatore dello Stato costituzionale non può vantare un potere assoluto, ma è titolare di una potestà...I suoi silenzi, dunque, non sono legittimi qualora determinino carenze di garanzie costituzionali riconosciute>.

<sup>40</sup> M. Ruotolo, *op. cit.*, 124.

<sup>41</sup> Così N. Zanon, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, in *Un riaccostamento del giudizio costituzionale?*, in *federalismi.it*, n. 3/2021, 155 ss., spec. 160.

Al di là del fatto che non c'è nulla da giustificarsi, mi sembra che non si tengano distinti due profili che, sul piano giuridico, sono ben diversi tra loro: l'accertamento di un *vulnus* alla Costituzione, che non può persistere *sine die* anche se vi siano più soluzioni in astratto possibili, e il rimedio al *vulnus*, che non necessariamente presuppone *una* soluzione costituzionalmente obbligata. E anche quando la complessità della situazione renderà difficile individuare una soluzione tra le “grandezze esistenti”, la Corte dovrà porsi il problema se abdicare alla tutela, formulando uno dei suoi “moniti” al legislatore e sperando in un leale confronto, o dichiarare senz'altro la illegittimità costituzionale della norma pur creando un vuoto che spetterà, doverosamente, al legislatore colmare. E che vi sia un interesse di entrambe le parti in causa a questo leale confronto<sup>42</sup> è dimostrato, da un lato, dall'interesse della Corte a non esporsi più del necessario su di un terreno che, più a torto che a ragione, verrebbe definito “politico” (salvo a intendersi sul significato e sul giudizio che al termine si voglia dare in relazione alle pronunce della Corte); dall'altro lato, dall'interesse del Parlamento a disciplinare materie delicate rivendicando pienamente il suo ruolo, “sovrano” ma non per questo *superiorem non recognoscens*,<sup>43</sup> di legislatore.

E vi è anche un *comune* interesse delle “parti”: se legislatore e Corte non si pongono il tema del riconoscimento dei diritti, il rischio che la supplenza sia esercitata dal giudice comune, ordinario o amministrativo, è elevato, perché il giudice comune è vincolato dal divieto di *non liquet* e, a una domanda di giustizia, deve dare una qualche risposta<sup>44</sup>. L'ha sempre data e continuerà a darla.

Costantino Mortati – dopo aver rilevato che l'esigenza di tutelare <la sfera di libera decisione del legislatore> non può essere invocato una volta accertato il suo obbligo di provvedere in ordine a determinati rapporti e l'inadempienza rispetto al deliberato della Corte che abbia richiesto azioni positive – osserva che l'interprete deve necessariamente procedere alla determinazione della regola. E aggiunge testualmente: <il punto è di vedere in che senso ed in quali limiti la considerazione degli effetti che discenderebbero dalla pronuncia di invalidazione di una legge in conseguenza di quanto essa omette di disporre...influenzi la competenza del giudice costituzionale nel senso di far venir meno la potestà di dichiarare l'illegittimità costituzionale per omissione. Se la lacuna determinata dalla sentenza che colpisce

---

<sup>42</sup> Convengo con N. Zanon, *op.cit.*, 162, che sia improprio, sul piano tecnico, parlare al riguardo di “leale *collaborazione*”, termine coniato in relazione ai rapporti tra Stato e regioni e quindi tra istituzioni di governo. Ma che tra ogni tipo di istituzioni possa essere necessario un necessario *confronto*, come lo definisco nel testo, mi sembra indubitabile, perché le istituzioni vivono tutte nello stesso “spazio” e sono tutte “al servizio” delle persone che costituiscono la comunità di riferimento. Al riguardo mi sembra del pari improprio definire con G. Miglio, richiamato da Zanon, queste forme di cooperazione una “cauta collusione”; né mi pare condivisibile qualificare una “scusa” l'evocazione della “leale collaborazione tra istituzioni” nell'emergenza sanitaria.

<sup>43</sup> Invero, la sovranità oggi non può essere “assoluta”, essendo diffusa nell'ordinamento, nel quale comunque non è dato riscontrare alcun soggetto istituzionale dotato di poteri pieni e assoluti.

<sup>44</sup> Come è accaduto nella cd. vicenda Englaro, in cui la Corte di cassazione (sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748) trasse direttamente dall'articolo 32 le regole del caso concreto, qualificando come non obbligatori ex art. 32 l'idratazione e l'alimentazione forzata, che pertanto potevano essere interrotte, e consentendo al giudice di “ricostruire” la volontà del paziente che non fosse in grado di esprimerla.



un'omissione deve essere colmata con i mezzi comuni agli altri casi di mancanza di norme...un impedimento> alla dichiarazione di incostituzionalità non può discendere dal divieto per l'interprete di creare la regola che deriva dalla sentenza costituzionale <poiché non sono pensabili lacune incolmabili>.<sup>45</sup> Semmai il problema è diverso: a chi spetti, o come si ripartisca, nell'inerzia del legislatore, il compito di colmare la lacuna che derivi da una pronuncia della Corte: se alla stessa Corte, con una pronuncia più o meno "normativa", o al giudice comune, in applicazione degli ordinari strumenti di integrazione delle lacune.<sup>46</sup>

Il "confronto" tra Corte e Legislatore può atteggiarsi in vari modi, secondo tecniche e strumenti variabilmente utilizzabili.

Così, la Corte può preferire una interazione con il legislatore graduale e progressiva, costruita in tempi dilatati ove il Parlamento rimanga inerte. È quanto accaduto, ad esempio, in relazione al cognome: la Corte dapprima ha segnalato, nel 1988<sup>47</sup> e poi nel 2006<sup>48</sup>, la necessità di rivedere la disciplina sull'attribuzione del cognome secondo criteri più coerenti con i principi costituzionali; poi, a fronte della perdurante inerzia del legislatore, ha adottato una prima decisione "additiva" assai circoscritta, accompagnata da un'ulteriore sollecitazione al Parlamento<sup>49</sup>, e successivamente ha sollevato dinanzi a sé questione di legittimità costituzionale<sup>50</sup> per poi adottare un accoglimento più ampio, volto a sostituire la regola del patronimico con quella del doppio cognome, nell'ordine concordato dai genitori, salvo l'accordo di attribuirne uno soltanto<sup>51</sup>; accoglimento che, peraltro, è accompagnato da un nuovo, duplice invito al legislatore, per una organica disciplina che eviti il «meccanismo moltiplicatore» dei cognomi e

---

<sup>45</sup> C. Mortati, *op.cit.*, 168. L'A, inoltre, ivi 164, dopo aver rilevato che la pronuncia del giudice (anche) costituzionale sempre <esplica effetti direttamente produttivi> (il che, direi, è insito nella natura costitutiva anche delle sentenze di annullamento), afferma che < le concezioni che limitano gli interventi della Corte pur a fronte di lesioni dell'ordine costituzionale <riflettono, per una parte, il rispetto ossessivo del dogma della separazione dei poteri, e, per l'altra, la concezione autoritaria dell'accentramento in un solo organo statale, di formazione elettiva, dell'attività costitutiva dell'ordine giuridico>

<sup>46</sup> Vd. ancora Mortati, *op.cit.*, 165 ss., il quale richiama, tra l'altro, l'opera di integrazione svolta dal giudice comune per l'attuazione dell'articolo 36 della Costituzione in tema di salario sufficiente.

<sup>47</sup> ordinanza n. 176 del 1988: «sarebbe possibile, e probabilmente consentaneo all'evoluzione della coscienza sociale, sostituire la regola vigente in ordine alla determinazione del nome distintivo dei membri della famiglia costituita dal matrimonio con un criterio diverso, più rispettoso dell'autonomia dei coniugi, il quale concili i due principi sanciti dall'art. 29 della Costituzione, anziché avvalersi dell'autorizzazione a limitare l'uno in funzione dell'altro».

<sup>48</sup> sentenza n. 61 del 2006: «l'attuale sistema di attribuzione del cognome è retaggio di una concezione patriarcale della famiglia, la quale affonda le proprie radici nel diritto di famiglia romanistico, e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'uguaglianza tra uomo e donna».

<sup>49</sup> sentenza n. 286 del 2016: «in attesa di un indifferibile intervento legislativo, destinato a disciplinare organicamente la materia, secondo criteri finalmente consoni al principio di parità», è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma, nella parte in cui non consente «ai coniugi, di comune accordo, di trasmettere ai figli, al momento della nascita, anche il cognome materno».

<sup>50</sup> ordinanza n. 18 del 2021.

<sup>51</sup> sentenza n. 131 del 2022.



valuti l'interesse del diritto del figlio a non vedersi attribuito un cognome diverso da quello di fratelli e sorelle. È invadenza della Corte o (più che trentennale) apatia del legislatore?

Più di recente – anche per evitare una perdurante lacuna normativa costituzionalmente illegittima – la Corte ha preferito una interazione con il legislatore più netta e temporalmente definita. Con quella che è diventata nota come la tecnica Cappato, il giudice costituzionale sollecita l'intervento parlamentare senza “spogliarsi” della questione di legittimità costituzionale: dapprima, con una ordinanza apparentemente processuale che differisce nel tempo, ma a data fissa, la trattazione della questione, la Corte prospetta l'illegittimità costituzionale di una data disciplina, variamente adeguabile alla Costituzione nel rispetto di principi pure indicati, invitando il Parlamento a svolgere la funzione sua propria, dando attuazione a quei principi secondo un dettato legislativo che colmi l'illegittima omissione<sup>52</sup>; trascorso il tempo del “differimento” – che, sino a oggi, è sempre stato di circa un anno – la Corte prende atto o dell'intervento del legislatore, che ha portato in una occasione alla restituzione degli atti al giudice *a quo*<sup>53</sup>, o della sua perdurante inerzia, a fronte della quale adotta una sentenza di accoglimento che, in attuazione dei principi costituzionali già indicati, colma l'omissione illegittima<sup>54</sup>.

In definitiva, senza questo confronto – che, ripeto, non mi pare costituisca una “collusione, sia pur “cauta”- l'attuazione e l'evoluzione della nostra Costituzione diventano un percorso irto di ostacoli; e rimedi meno “collaborativi” e, formalmente, meno “invasivi” possono dar luogo a problematiche anche più conflittuali, a seguito, per esempio, di interventi ablativi secchi in conseguenza del riscontro di un'illegittimità costituzionale che lasci la materia completamente deregolata. Nel richiamato caso Cappato, una volta accertato il *vulnus*, l'alternativa preferibile sarebbe forse stata una immediata declaratoria secca di incostituzionalità del reato di cui all'articolo 580 codice penale senza alcun contenuto “additivo” (ipotesi peraltro esplicitamente scartata dalla Corte)? Oppure, pur ritenuta l'incostituzionalità della disposizione, la Corte avrebbe dovuto limitarsi a darne atto senza null'altro fare? In realtà il giudice costituzionale che accerti una lesione sul piano costituzionale e intervenga (in qualche modo) fa il suo mestiere (non il supplente). Se non intervenisse, semmai, verrebbe meno al suo ruolo.

## 7. Conclusioni

Il tema dell'attuazione necessitata delle disposizioni costituzionali è, come si vede, tema assai complesso, che inevitabilmente risentirà di un approccio in qualche misura casistico, perché anche un giudice costituzionale come il nostro, che è giudice delle norme, non può fare a meno dei “casi”, i quali ben possono costituire la spia di come le norme vivono nella realtà concreta dell'ordinamento.

---

<sup>52</sup> ordinanze n. 207 del 2018, 132 del 2020, 97 del 2021 (e la “collegata” 122 del 2022).

<sup>53</sup> ordinanza n. 227 del 2022.

<sup>54</sup> sentenze n. 242 del 2019 e 150 del 2021.

E il tema si intreccia inevitabilmente con i problemi non tanto dell'interpretazione della Costituzione, quanto piuttosto della sua applicazione, specialmente quando si tratta di valutare le scelte del legislatore, omissive o commissive, alla luce di principi-valvola: basti pensare al rispetto della dignità della persona che ha consentito alla Corte, nel tempo, di fornire tutela a situazioni non contemplate, e forse nemmeno contemplabili, all'epoca in cui essa fu posta.

Ciò merita una considerazione conclusiva.

I principi e le clausole generali sono per loro natura soggetti a una integrazione nel tempo sul piano contenutistico. È questa la vera differenza tra regole e principi: se il Costituente o lo stesso legislatore volessero porre una norma che non sia soggetta a un'applicazione che muti nel tempo porrebbero una regola a contenuto determinato che, per essere applicata diversamente, richiederebbe che quella regola sia sostituita da un'altra. Questo non vale per i principi: dire che il principio di eguaglianza o del rispetto della dignità sia oggi come settant'anni fa implica una inammissibile cristallizzazione del principio fuori dalla realtà delle cose (alla quale ogni tanto sarebbe bene restare ancorati). E contraddice la logica giuridica stessa del principio.

In dottrina sono state espresse preoccupazioni in ordine a una paventata “sovrapposizione” logica e terminologica tra valori e principi, negandosi la valenza giuridica dei primi; e si mette in guardia da una deriva di contaminazione tra foro interiore ed esteriore, in cui il “principio” (de-oggettivizzato in “valore”) richiede al giudice-interprete adesione interiore>, sicché <la pretesa regolativa del principio-valore abbraccia e invade la sfera interna>, mentre, sul versante opposto, si ha <l'irruzione dei conflitti di valore nella sfera pubblica>; per il giudice, così, <perderebbe di senso il compito doloroso di dover dare applicazione a norme sulle quali non si è “internamente” d'accordo>, con la conseguenza così di contraddire democrazia e giurisdizione al tempo stesso.<sup>55</sup>

Io penso invece che, per “giustificare” un potere di intervento della Corte non mi sembra necessario teorizzare una trasformazione del concetto stesso di sovranità in una “sovranità dei valori” e di paventare conseguentemente l'intervento giudiziario a fronte della illegittima omissione legislativa come esempio di una “moralizzazione del diritto” e di “una deriva assolutistica dei valori medesimi”<sup>56</sup>.

Le dispute tra Scuole (di pensiero) servono ad analizzare le “ideologie” (non gli ideologismi) che ciascuna Scuola abbraccia o tende a condividere, rilevandone criticamente similitudini e differenze. Ma l'approccio pratico e, per certi versi, pragmatico, tende a cogliere nelle diversità delle concezioni i tratti comuni utilizzabili nell'applicazione e nell'interpretazione, nel nostro caso, del diritto.

---

<sup>55</sup> N. Zanon, *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, in *Quad. cost.* 2015, 919 ss, spec.923 ss.; ma vd. già, dello stesso A., *Premesse ad uno studio sui <principi supremi> di organizzazione come limiti alla revisione costituzionale*, in *Giur.cost.* 1998, 1891 ss..

<sup>56</sup> Sul punto, per il relativo dibattito vd. F. Paterniti, *op.cit.*, 184 ss..



In realtà, non c'è un rischio di de-oggettivare un principio in valore, perché il processo è esattamente inverso: i valori in tanto rilevano in quanto si positivizzano in regole e principi, ed è così che diventano a loro volta <criteri giuridici di riconoscimento e di validità di altre regole giuridiche, e non hanno più nulla a che fare con (*meri*, aggiungerei però) valori><sup>57</sup>. Ma, senza arrivare a <un esplicito riconoscimento della necessità di una *moral reading of the Constitution*><sup>58</sup>, senza dimenticare la “fondamentale distinzione tra il mondo dei valori (o <valutati>) e la sfera dei principi di carattere normativo><sup>59</sup>, non possono non riconoscersi alcune realtà che caratterizzano la sede interpretativa e applicativa del diritto (quanto meno) ai tempi nostri. E cioè: la differenza qualitativa tra Costituzione e legge, in quanto la prima incorpora anche valori etico-morali, certo nella misura in cui li recepisce e li positivizza in principi; il rilievo per cui l'interpretazione costituzionale (ma anche quella delle norme che disciplinano il potere amministrativo, in conseguenza del modello “aperto” della loro struttura) richiede un consistente purché appropriato uso del bilanciamento di interessi (a livello legislativo o amministrativo), o meglio una valutazione della correttezza sul piano costituzionale del bilanciamento operato dal legislatore, nonché dei canoni di ragionevolezza e proporzionalità; la distinzione tra principi e regole, non perché alle seconde si ubbidisca e ai primi si aderisca<sup>60</sup>, ma per la sensibile differenza “strutturale” tra disposizioni, in ambedue i casi aventi valenza normativa, che pongono regole, inevitabilmente puntuali, e disposizioni che pongono principi, inevitabilmente soggetti -come si è detto- a una “storicizzabilità”, in modo da preservare il carattere mutevole e necessariamente “variabile” della società e, conseguentemente delle “soluzioni del diritto”<sup>61</sup>. Ed è l'analisi della giurisprudenza costituzionale (e non solo) degli ultimi decenni che suggerisce di prendere atto dell'evoluzione che in sede applicativa si è data di principi rimasti immutati: una presa d'atto non rassegnata, bensì consapevole di una caratteristica di ogni ordinamento giuridico che trovi fondamento nell'organizzazione sociale, e non nel “sistema” (che risiede nelle teste) dei giuristi. Nel delineato contesto, la crescente rilevanza del cd. diritto giurisprudenziale, al di là dei profili patologici che derivano dalla crisi della legge o dai dogmi del creativismo giudiziario e dei fautori del cd. diritto libero, si pone come un fenomeno fisiologico che, ben governato, può costituire un fattore di innovazione e di adeguamento costante alle esigenze della società, come oggettivate nell'ordinamento, cui il diritto è

---

<sup>57</sup> N. Zanon, *op.cit.*, 920.

<sup>58</sup> R. Dworkin, *Freedom's Law, The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford 1996.

<sup>59</sup> N. Zanon, *op.loc.ult.cit.*.

<sup>60</sup> In tal senso G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino 1992, 148 ss., su cui svolge critiche N. Zanon.

<sup>61</sup> Vd. retro, nt. 29, col richiamo a G. Capograssi. R. Sacco, *Il diritto tra uniformazione e particolarismi*, Napoli 2011, su di un piano più generale, pone in luce, da un lato, che <la diversità è la proprietà del reale>, dall'altro, e al contempo, che la diversità è il prodotto delle variazioni, dei mutamenti, senza i quali non vi sarebbe progresso, in quanto il progresso presuppone il divenire e non può in sé essere statico. E le diversità devono condurre a variazioni ulteriori (11 ss.). E per concludere, testualmente: <Le soluzioni del diritto sono molteplici perché esse costituiscono il prodotto della variazione. È ridicolo difenderne la molteplicità in nome di una pretesa invariabilità. Non è peccato pronunciarsi in favore della diversità: a condizione che ciò non venga fatto in nome della invariabilità> (20).

chiamato a dare risposte. E a ciò risponde la logica di una struttura “aperta” di alcuni modelli normativi invasi nella disciplina dei rapporti, costituzionali e amministrativi, di natura pubblicistica.<sup>62</sup> Infatti, i modelli normativi aperti richiedono, al di là della integrazione contenutistica propria delle clausole generali, il ricorso a strumenti e tecniche interpretative capaci di ridurre l’indeterminatezza dell’ordinamento o della norma.

Viene a questo punto, e in fine, un aspetto centrale della giurisdizione: la responsabilità della decisione. Con la sentenza il giudice decide una lite “responsabilmente”, cioè “dando conto” della propria decisione attraverso la “motivazione”. Tutto sta a intendersi su chi sia il giudice: il giudice singolo, monade isolata nell’affermazione della sua libertà di pensiero, o il Tribunale, la Corte, secondo il principio di collegialità cui è informato il nostro intero ordinamento processuale, che intende dare autorevolezza all’organo giudiziario e garantire la libertà di discussione dei suoi componenti senza che sia il singolo a dover (o voler) dare conto della decisione? Questa. La decisione, non è mai imputabile a *uno* (soltanto) o ad *alcuni* dei componenti del collegio, il quale non costituisce una sommatoria di giudici (essendo semmai vero che la somma fa il totale...cit.), ma per l’appunto al *collegio* in quanto tale, se non altro perché la decisione e la motivazione costituiscono sempre, e dico *sempre*, il frutto del confronto e della discussione tra tutti.

La collegialità, oltre che essere positivamente posta nel nostro ordinamento processuale quanto al profilo della segretezza della deliberazione in camera di consiglio<sup>63</sup>, evita di inserire i singoli *giudici* in un dibattito politico e mediatico, condizionandone in positivo o negativo la libertà di decisione, e offre invece, come è giusto che sia, la *sentenza* al dibattito pubblico.

Ma lasciatemi concludere con una “convinta convinzione”: è stato autorevolmente detto <La Costituzione dice quel che c’è scritto, non già quel che *oggi*<sup>64</sup> ci piacerebbe che essa dicesse...La Costituzione non è affatto, nonostante fiumi di retorica sostengano il contrario, un *living document*>.<sup>65</sup>

“Rispettosamente dissento”: se non fosse un *living document*, la nostra Costituzione sarebbe già morta da tempo. Il che, per fortuna, non è.

---

<sup>62</sup> Ma anche nel diritto privato: è oramai di scuola la vicenda risarcitoria che interessò la società sportiva calcio Torino. A quadro normativo immutato, costituito dall’articolo 2043 del codice civile, a fronte di due disgrazie che riguardarono i giocatori di quella squadra, la sciagura di Superga (in cui perirono tutti i giocatori reduci da una trasferta) e il caso Meroni (il giocatore investito mortalmente da un’auto), la Cassazione nel primo caso negò alla società la legittimazione al risarcimento del danno per la perdita dei giocatori, nel secondo caso l’ammise, aprendo così alla cd. tutela esterna del diritto di credito.

<sup>63</sup> Rispetto al quale è chiaramente derogatoria, e quindi eccezionale, la possibilità per il relatore dissenziente di essere esentato dalla redazione della sentenza nonché la facoltà, assai raramente esercitata in concreto, per il giudice di ultima istanza di inserire in busta chiusa (conoscibile solo in caso di azione per responsabilità civile del collegio) il proprio dissenso, ai sensi dell’art. 16 della legge n. 117 del 1988, che ha tra l’altro modificato gli artt. 148 c.p.p. e 131 c.p.p..

<sup>64</sup> Il corsivo *non* è nostro.

<sup>65</sup> N. Zanon, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, cit., 168.