

Giudice o giudici nell'Italia postmoderna?

Intervista in tre domande, a cura di Roberto Giovanni Conti, a Antonio Ruggeri e a Roberto Bin.

Sommario: 1. La scelta del tema. 2. La prima domanda. 3. La seconda domanda. 4. La terza domanda 5. Le repliche – 6. Le conclusioni.

1. La scelta del tema.

Perché dedicare uno spazio ad un tema così difficile e astruso? Perché sottrarre del tempo prezioso ai giudici chiamati a smaltire pile di cause ed a rispondere ad una sempre crescente domanda di giustizia, a rincorrere statistiche sempre più oppressive e richiami alla tempestività dei depositi provenienti dai capi degli Uffici? Con quale fine e con quale utilità?

La rubrica che oggi si inaugura ed il tema che si è cominciato a focalizzare con la prima intervista, al quale seguiranno ulteriori approfondimenti anch'essi calibrati sul ruolo del giudice, non vuole essere rivolta alle *élite* (sempre che ve ne siano) della magistratura o a chi governa il mondo giudiziario.

Intenderebbe piuttosto aprire una finestra in favore dei giudici, di quelli che, soprattutto giovani, svolgono quotidianamente il loro lavoro senza riflettori su alcuni scenari che scarso *appeal* riscuotono tra i dirigenti, anche loro chiamati a governare un'estenuante domanda di giustizia che a volte non consente di affrontare ed esaminare con l'attenzione e la cura che invece merita i temi che saranno esaminati di seguito.

Ebbene, si può cominciare col chiedersi quale sia l'armamentario che il giudice maneggia oggi per svolgere la sua funzione.

Un tempo avevamo i codici, le leggi e la Costituzione – l'ordine appena esposto non è casuale ma voluto – . Oggi abbiamo il computer e le banche dati normative e giurisprudenziali, ma un ambito sempre più vasto è occupato dalla Costituzione, dalle Carte dei diritti fondamentali e dalle giurisprudenze delle corti nazionali e sovranazionali.

In effetti, siamo tutti più o meno consapevoli che il nostro modo di lavorare non può prescindere dall'uso di queste fonti e dei rispettivi diritti viventi.

Sulla nostra scrivania stazionano, a volte in modo virtuale, le Carte dei diritti e le sentenze delle Corti europee – *edu* e di giustizia – se non le conosciamo e non ne abbiamo conoscenza diretta.

Come maneggiarle dunque, quale peso ad esse fornire, quale rilevanza, quale vincolatività esse hanno nel sistema, se si parte dalle affermazioni espresse dalla Corte costituzionale tese a via via revisionare, addolcire, superare e alla fine recuperare i postulati affermati nelle sentenze c.d. gemelle del 2007?

Le domande poste ai Professori Bin, ordinario di diritto costituzionale a Ferrara e Ruggeri, già ordinario nella stessa disciplina a Messina, intendono dunque mettere a fuoco l'estrema complessità del sistema che proprio il giudice è chiamato a governare non per scelta, ma per funzione.

2. La prima domanda:

“La pluralità di Carte dei diritti fondamentali (Costituzione, Cedu, Carta UE dei diritti fondamentali, Convenzioni internazionali) ha favorito la proliferazione di poli decisionali e di sentenze pronunziate da giudici nazionali e sovranazionali destinate ad interagire, a sovrapporsi o, a volte, a porsi in dichiarato conflitto fra loro. Rispetto a tale fenomeno il giudice nazionale esce indebolito o rafforzato nel suo ruolo?”

Antonio Ruggeri: “Una preliminare avvertenza, prima di tentare di rispondere al primo quesito che mi pare si ponga a base dei restanti che da esso risultano variamente, significativamente condizionati; ed è che mi riservo di ripartire in modo non equo lo spazio che è stato messo a disposizione per le nostre risposte, preferendo svolgere subito un più articolato ragionamento al quale farò quindi rimando trattando delle questioni poste nei successivi quesiti.

A me pare che la risposta all'interrogativo sia, perlomeno in parte, implicita nel quesito che subito segue. Più che indebolito o rafforzato (ciò che – come dirò – a me sembra assai arduo da stabilire), il giudice risulta infatti oggi gravato di responsabilità di gran lunga accresciute rispetto anche ad un recente passato; la qual cosa, poi, si deve a plurime cause, reciprocamente intrecciate e solo in parte fatte oggetto di analisi adeguate alla loro complessità e gravità. Il vero è che il contesto in cui s'inscrive il quotidiano servizio prestato dal giudice porta naturalmente a quest'esito, che dunque si deve non soltanto al proliferare delle Carte dei diritti (quelle esplicitamente nominate ed altre ancora, alcune delle quali purtroppo non sfruttate nella pratica giuridica, come invece si dovrebbe, in tutto il loro formidabile potenziale espressivo).

Per limitare qui il riferimento ai soli profili istituzionali, si pensi all'aumento esponenziale delle domande sociali, tra le quali appunto quelle di giustizia, ed alla palesata inadeguatezza del legislatore a farvi fronte, che sollecita naturalmente i portatori di diritti e interessi in genere costituzionalmente protetti a rivolgersi al giudice per avere da quest'ultimo quelle risposte che, in primo luogo, dovrebbero venire proprio dal legislatore. In realtà, come ho tentato di argomentare in altri luoghi, un congruo appagamento delle istanze della persona richiederebbe – secondo modello – uno sforzo poderoso prodotto in spirito di reciproca collaborazione ed autentico servizio tanto dal legislatore quanto dai giudici (da tutti i giudici: nazionali e non, costituzionali e comuni). La qual cosa si rende particolarmente apprezzabile sul terreno sul quale maturano le esperienze riguardanti i diritti fondamentali, in ispecie i nuovi (o nuovissimi). Al legislatore tocca, ad ogni buon conto, giocare la prima mano: è suo, infatti, il compito di dar vita ad un pugno di enunciati connotati da strutturale duttilità ed apertura di linguaggio, sì da potersi agevolmente adattare alla incontenibile varietà del reale, enunciati dunque essenzialmente *per principia*, “delegandosi” quindi ai giudici la estrazione da essi delle regole fatte su misura, come un abito sartoriale, per le complessive (e non di rado complesse) esigenze di ciascun caso.

Questo – perlomeno ai miei occhi – appare essere il modello costituzionale; e, d'altro canto, se ne ha conferma dall'esperienza: tutte le volte, infatti, che il legislatore si è spinto a far luogo a discipline connotate da disposti eccessivamente rigidi e minuti, tanto più poi se infarciti di irragionevoli divieti (come, ad es., s'è fatto con la legge 40 del 2004, in materia di procreazione medicalmente assistita), i giudici si sono trovati costretti a far luogo ad autentiche acrobazie interpretative o a sollecitare l'adozione di meccanismi sanzionatori (da parte della Consulta) allo scopo di rendere almeno in parte duttile ed aperto ciò che invece in origine si connotava per una insopportabile rigidità e asfittica chiusura.

Ora, la pluralità delle Carte, in ispecie di quelle menzionate nel quesito sottopostoci, per un verso agevola e per un altro però aggrava il compito sia del legislatore che del giudice, più ancora a conti fatti di quest'ultimo, se si considera che il modello sopra succintamente rappresentato molte volte nella pratica giuridica “è saltato”(e “salta”) non soltanto laddove il legislatore abbia dato vita – come si diceva – a prodotti normativi irragionevolmente

dettagliati ma anche nel caso opposto che si sia reso responsabile di ingiustificati ritardi e complessive carenze, tali quindi da obbligare i giudici ad una impegnativa e non di rado sofferta “supplenza” – come è usualmente chiamata – che, come è stato fatto notare anni addietro dal Presidente *pro tempore* della Corte costituzionale, G. Zagrebelsky, appare essere “non richiesta e non gradita”.

La pluralità delle Carte, in realtà, può, per un verso, spianare la via agli operatori istituzionali nell’esercizio delle loro funzioni e, per un altro verso, però rendere l’esercizio stesso ancora più impegnativo ed oneroso.

La ragione è presto spiegata. Le Carte, infatti, sono per loro natura ed indeclinabile vocazione portate a darsi mutuo sostegno, alimentandosi a vicenda nei fatti interpretativi e per le esigenze dell’applicazione, secondo quanto riconosciuto già da tempo in giurisprudenza (ad es., da Corte cost. n. 388 del 1999); e, poiché le Carte “vivono” – come suol dirsi – per il modo con cui s’inverano nell’esperienza grazie, in primo luogo, proprio all’opera dei giudici, se ne ha che preziosi ed indefettibili si rivelano essere i riferimenti agli orientamenti pregressi maturati nelle aule in cui si amministra giustizia sulla base delle Carte suddette.

Si faccia caso al carattere generale di questa mia affermazione: ogni Carta, infatti, “vive” non soltanto così come la intende e mette in pratica una sola Corte (per la Carta dell’Unione, quella di giustizia; per la CEDU, la Corte di Strasburgo; per la Costituzione, la Corte costituzionale), secondo una visione schematica, riduttiva e, ad esser franchi, forzosa, seppur talora accreditata. Non si trascuri e, comunque, non si sottovaluti, infatti, in primo luogo, proprio l’opera che quotidianamente e – sovente – in modo discreto e non appariscente svolgono i giudici comuni quali interpreti e garanti di ciascuna di tali Carte e di tutte assieme, pur nella tipicità dei ruoli propri di ciascun operatore di giustizia. Nessun giudice, dunque, può rivendicare per sé il monopolio della interpretazione costituzionale (sintagma che qui intendo *in senso materiale*, riferendolo appunto ad ogni documento – per dirla con la Consulta: sent. n. 269 del 2017 – “tipicamente costituzionale”, qual è appunto una Carta dei diritti); e, se ciò pretendesse, sarebbe un ingenuo o un folle. I ruoli istituzionali sono, sì, distinti, e tali devono restare, ma nessuno può considerare essere affare suo proprio ed esclusivo l’interpretazione della Costituzione o di altra Carta, che poi altro non

è che un servizio reso alla stessa, al quale tutti sono comunque chiamati a dare il loro fattivo concorso.

Si vede allora con chiarezza come tra la singola pronunzia del giudice e il contesto giurisprudenziale in cui essa s'inscrive ed invero venga a costituirsi un rapporto di circolare alimentazione: la prima entrando a comporre ed a rinnovare incessantemente il secondo, dal quale nondimeno trae suggestioni ed indicazioni preziose al fine della sua formazione e del suo radicamento in esso.

Dicevo all'inizio di questa mia risposta che il giudice è oggi maggiormente responsabilizzato rispetto al passato. Le Carte infatti si prestano ad essere variamente combinate secondo i casi; il che, poi, in buona sostanza equivale a dire che varie possono essere le combinazioni degli orientamenti della giurisprudenza pregressa, persino di quelli espressi da una stessa Corte, non poche volte – come si sa – internamente oscillanti e afflitti da non rimosse contraddizioni, orientamenti dunque suscettibili di selezioni grazie ad un uso raffinato della tecnica dell'auto- o eterocitazione.

A ciò si aggiungano le non comuni risorse offerte dalla tecnica della interpretazione conforme che, dovendosi simultaneamente indirizzare verso tutte le Carte e, in genere, le fonti di diritto internazionale e sovranazionale, si apre naturalmente a plurimi ed imprevedibili esiti, rendendo perciò per la sua parte testimonianza della gravosità del compito al cui adempimento il giudice è chiamato.

Infine, non si trascuri la circostanza per cui, pur laddove il giudice dovesse sollecitare l'entrata in campo della Corte costituzionale o di altra Corte (e, segnatamente, della Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale, o, un domani, della Corte EDU, in base a quanto previsto dal prot. 16, che nondimeno predispone uno strumento di cui solo alcuni operatori di giustizia possono avvalersi), di cruciale rilievo è la domanda, ancora prima della risposta, la quale risulta da quella in significativa misura condizionata. Com'è stato più volte rilevato dalla più avveduta dottrina, importa infatti non solo chi parla per ultimo ma anche chi parla (o non parla...) per primo. Non si perda, ad ogni buon conto, di vista che le Corti materialmente costituzionali (e tali ormai sono, sia pure tendenzialmente, anche le Corti europee) non parlano *mai* per ultime, non chiudono cioè il cerchio di una esperienza processuale data, il quale invece si perfeziona unicamente nelle aule

in cui si amministra la giustizia comune, dal momento che è presso di queste che le pronunzie delle Corti suddette ricevono esecuzione (che, poi, in qualche caso – e così con riferimento alle additive di principio della Consulta o alle decisioni-pilota della Corte europea – meglio si farebbe a chiamare “attuazione”); una esecuzione o attuazione che non è affatto – come invece erroneamente da parte di molti si pensa – un’attività meramente meccanica e priva di qualsivoglia apprezzamento discrezionale ma, all’inverso, richiede, specie in alcuni frangenti, un’attiva partecipazione alle operazioni di giustizia costituzionale *in senso materiale*, che – come si vede – è *in nuce* una sorta di *work in progress* ai cui capi, iniziale e terminale, resta pur sempre, solo con se stesso (la propria scienza e coscienza), il giudice comune.

Tutto ciò posto, è poi innegabile che si sia assistito, specie nel tempo a noi più vicino, ad un forte rigurgito di “riaccentramento” del sindacato presso la Consulta, con specifico riguardo alle antinomie tra norme interne e norme eurounitarie: un “riaccentramento”, a mia opinione, assai discutibile già con riferimento ai casi in cui il parametro evocato in campo sia dato da norme *self executing* della Carta di Nizza-Strasburgo, secondo quanto stabilito da Corte cost. n. 269 del 2017, ma più ancora meritevole di essere fatto oggetto di vaglio critico in relazione ai casi, di cui a Corte cost. n. 20 del 2019, in cui risultino disattese norme parimenti suscettibili d’immediata applicazione prodotte da fonti diverse dalla Carta suddetta ancorché a quest’ultima strumentalmente connesse. Come si è fatto in altri luoghi notare, in tal modo si rischia di mettere da canto in un numero imprevedibile di casi il collaudato meccanismo dell’applicazione diretta sul quale – non è inopportuno rammentare – si è inteso fare particolare affidamento al fine di dar modo al processo d’integrazione sovranazionale di portarsi avanti, coerentemente con il fine istituzionale che ne ha giustificato la messa in moto.

La situazione appare, nondimeno, fluida ed incerta circa i suoi prossimi sviluppi. Se n’è avuta, da ultimo, conferma da Corte cost. n. 63 del 2019 che, riprendendo ed ulteriormente precisando uno spunto già presente nella sent. 20, appena richiamata, dà modo al giudice comune di rivolgersi in ogni tempo in via pregiudiziale alla Corte dell’Unione, dunque sia prima che dopo il giudizio di costituzionalità. Non è chiaro, allora, quali scenari possano di conseguenza delinearsi. Perché rivolgendosi in via prioritaria alla

Corte di giustizia e ricevuta da quest'ultima una indicazione che solleciti l'applicazione diretta della norma sovranazionale, parrebbe che il successivo giudizio di costituzionalità non possa più aversi. D'altro canto, la Consulta ribadisce quanto già affermato nella sent. 20, secondo cui, se interpellata dal giudice comune, a quest'ultimo può (e deve) esser data una risposta nel merito. Sembra, insomma, lavarsi pilatescamente le mani e scaricare sul giudice stesso la responsabilità della scelta circa la via da intraprendere, se quella che può portare alla disapplicazione diretta della norma interna accompagnata dall'applicazione della norma sovranazionale dalla prima non rispettata ovvero l'altra che porta al sindacato accentrato di costituzionalità, idoneo a concludersi – se del caso – con l'annullamento con effetti *erga omnes* della norma nazionale o, in via di mera ipotesi, con l'opposizione dei controlimiti alla disciplina eurounitaria.

Ora, con riserva di approfondimento in altro luogo, non credo tuttavia che la Consulta – le piaccia o no – possa rendersi corresponsabile della eventuale trasgressione da parte del giudice comune del canone fondamentale dell'applicazione diretta che – come si sa – è l'autentico cuore pulsante dell'Unione, la ragion d'essere della sua esistenza. Insomma (e per chiudere sul punto), l'applicazione diretta non è un *optional*, rimesso all'apprezzamento discrezionale dell'operatore istituzionale di turno ma risponde ad un preciso ed indeclinabile obbligo discendente dal principio fondamentale di cui all'art. 11 della Carta, nel suo fare “sistema” con i principi fondamentali restanti.

Il quadro complessivo – come si vede già dai brevi cenni ora fatti – si presenta, ad ogni buon conto, per riprendere un'immagine che ho altrove rappresentato, in chiaroscuro, esibendo tanto tracce marcate di un ruolo attivo dei giudici comuni quanto tracce vistose di un ruolo parimenti attivo delle Corti materialmente costituzionali (nel senso sopra precisato). Credo che, al tirar delle somme, solo nei singoli casi sia possibile stabilire in concreto da che parte penda maggiormente la bilancia.”

Roberto Bin: “È aumentata senz'altro la sua “autonomia”, ma è di molto diminuita la sua autorità. L'art. 101 Cost. fissa i confini costituzionali del ruolo del giudice, che amministra la giustizia “in nome del popolo”, ma non in rappresentanza di esso, ed è soggetto soltanto alla legge, cioè alle regole poste da chi il popolo

legittimamente rappresenta. La legge è frutto del compromesso politico e se il giudice ritiene che quello raggiunto dal legislatore non corrisponda ai principi costituzionali, deve ricorrere alla Corte costituzionale. Questo è il quadro costituzionale, corrispondente alla tradizione dello Stato di diritto. In esso si collocano anche le “aperture” internazionali alla UE e alla CEDU e alla giurisprudenza delle relative Corti. Sono ordinamenti non sovrani né “superiori”, ma “derivati” dall’autorità degli Stati e istituiti grazie ad atti di diritto internazionali, recepiti dalla legge italiana e “protetti” dall’art. 117.1 Cost. In nessun modo essi possono essere usati per “andare oltre” ai limiti dell’ordinamento italiano, a cui il giudice è soggetto. I tentativi di molti tribunali e di alcune sezioni della Cassazione di liberarsi dal “vincolo della legge” e attingere invece a questa o quella giurisprudenza sovranazionale costituiscono – a mio modo di vedere – veri e propri abusi che offuscano il ruolo costituzionale del giudice e ne minano l’autorità.

L’idea che spetti ai giudici «alimentare incessantemente i contenuti dei rispettivi documenti in un gioco al rialzo rivolto al perseguimento della miglior tutela possibile dei diritti fondamentali» (così R.G. CONTI, *La giurisdizione del giudice ordinario e il diritto Ue*, in *Le trasformazioni istituzionali a sessant’anni dai trattati di Roma*, a cura di A. Ciancio, Torino 2017, 99, in cui il debito culturale nei confronti di Ruggeri è apertamente riconosciuto) è profondamente sbagliata. I giudici non costituiscono l’“Agenzia per la promozione dei diritti fondamentali”: c’è una fondamentale differenza. L’immagine del giudice si accredita e si legittima per la sua funzione, che – come ripete la giurisprudenza costituzionale da sempre - è «l’applicazione obiettiva del diritto»; la sua indipendenza lo protegge da qualsiasi altra volontà che non sia quella *obiettiva della legge* (Cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova 1975⁹, 378). In ciò la giurisdizione si distingue dall’amministrazione, che invece è “finalizzata” al perseguimento dell’interesse pubblico, dello specifico interesse pubblico alla cui cura ogni ramo e ogni ufficio è preposto. L’attività amministrativa si pone quindi come “funzione” in senso proprio, ossia come *deputatio ad finem* (Cfr. M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc.dir.* III, 1958, 989); alla giurisdizione, invece, il conferimento dei poteri « non avviene mai secondo il criterio della definizione di un interesse specifico da perseguire, ma soltanto in funzione del raggiungimento dell’interesse generale obiettivo della giustizia» (G. . BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova 1987, 265).

Capisco, può apparire come la vecchia e logora dommatica giuridica. Ma l'alternativa *fuzzy* del giudice che cerca il *maximum standard* della protezione dei diritti è, al tempo stesso, dissonante rispetto al ruolo assegnatogli dalla Costituzione e minata in radice perché si basa su un fondamento teorico sbagliato, sull'idea per cui davvero possa esistere un *maximum standard* dei diritti (tema che non posso sviluppare qua e per il quale rimando a *Critica della teoria dei diritti*, Milano, F. Angeli, 2018 e al più recente *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Diritto costituzionale. Rivista quadrimestrale*, 1/ 2019). Come la Corte costituzionale ha intuito sin dalle primissime sentenze, nessun diritto nasce assoluto, ma ognuno deve essere bilanciato con diritti e interessi che si rivelano concorrenziali nel caso specifico. Il *maximum standard* può perciò essere creduto e predicato solo da chi vede soltanto uno dei diritti o interessi in gioco, e non gli altri: e questa non sembra poter essere un atteggiamento apprezzato in un giudice”.

3. La seconda domanda:

“L'avvento di strumenti sovranazionali con al centro i diritti fondamentali ha aggravato le responsabilità del giudice egli divenendo, per dirla con Paolo Grossi, “...il più autentico garante della crescita di un ordinamento giuridico”. Si sentirebbe di offrire al giudice dei suggerimenti minimi per affrontare nel modo migliore l'era del pos-moderno?”

Antonio Ruggeri: “Le notazioni appena svolte agevolano la risposta al quesito che ci è ora posto, con l'avvertenza che ricette pronte all'uso non credo che siano formulabili al piano teorico- astratto, come tali idonee a valere per ogni caso, pur nella estrema varietà dei connotati degli stessi, la complessità degli interessi che a ciascuno di essi fanno capo, la gravosità di impegno sollecitato al fine di darvi l'ottimale risoluzione.

Ferma restando, dunque, la necessità del concorso di tutti gli operatori, in spirito di feconda, reciproca collaborazione ed autentico servizio, per ciò che è richiesto al giudice comune a me pare che quest'ultimo si debba, in primo luogo, attrezzare culturalmente sì da poter esercitare al meglio il *munus* sullo stesso gravante. Di qui, l'apertura nei riguardi delle indicazioni che vengono da discipline non giuridiche, specie da quelle che nel modo più diretto ed immediato sono evocate in campo dal caso, come ad es. – per ciò che ha riguardo alla salvaguardia dei diritti eticamente e/o scientificamente sensibili – la bioetica e la medicina. Si richiede,

inoltre, una conoscenza adeguata del diritto e della giurisprudenza non nazionali, a partire ovviamente da quelli che fanno capo all'Unione europea ed alla CEDU, ai quali d'altronde non per mero accidente è fatto esplicito richiamo nella domanda precedente.

Quanto detto fin qui, poi, rimanda a generali questioni, delle quali non siamo chiamati ad occuparci, concernenti le modalità del reclutamento e dell'aggiornamento costante nella formazione dei magistrati, nonché dei controlli – e qui il terreno si fa davvero minato – relativi alla permanente idoneità degli stessi all'esercizio delle funzioni. Ulteriormente risalendo, rimanda all'assetto degli studi universitari che precedono l'accesso ai ruoli dell'ordine giudiziario, nel corso dei quali ancora oggi si dedica uno spazio assai contenuto, palesemente insufficiente, all'approfondimento di temi e problemi riguardanti il diritto internazionale e sovranazionale, laddove non v'è praticamente ormai più disciplina giuridica (perlomeno di diritto positivo) che non richieda di essere declinata in chiave europea.

Mi limito, dunque, qui al solo cenno appena fatto ma mi permetto di suggerire uno specifico approfondimento delle questioni ora appena evocate, specie per ciò che concerne il raccordo – in atto totalmente inesistente – tra lo studio universitario, ad oggi svolto in regime di piena autonomia e nel chiuso della istituzione preposta ad impartirlo, e l'aggiornamento della formazione dei magistrati che ha luogo una volta che l'accesso nell'ordine giudiziario si sia ormai perfezionato.

Solo un suggerimento ancora, visto che ci viene sollecitato da chi ha pensato il quesito; ed è che occorre operare perché si radichi e diffonda in seno agli operatori di giustizia una mentalità ispirata, a un tempo, al senso del limite ed alla consapevolezza delle risorse di mente e di cuore di cui ciascun operatore può (e deve) essere dotato e che vanno fino in fondo portate a frutto.

L'uno porta naturalmente a tracciare la soglia ideale oltre la quale non è consentito spingersi. E così, solo per fare il primo esempio che viene in mente, occorre sempre attenersi al canone fondamentale per cui a mezzo della interpretazione non è possibile fare "tutto", far dire cioè ai testi normativi (a partire, appunto, da quelli delle Carte) anche ciò che frontalmente si oppone alla loro lettera ed alla *ratio* in ciascuno di essi racchiusa. La "supplenza" nei riguardi del legislatore è, non poche volte, necessitata ma lo

smarrimento della tipicità dei ruoli non è, in alcun caso o modo, tollerabile, per la elementare ragione che, venendo meno il principio della separazione dei poteri (pur se nella forma temperata conosciuta nel nostro come in altri ordinamenti), verrebbe fatalmente meno anche quella salvaguardia dei diritti fondamentali in funzione della quale la separazione stessa è stata storicamente pensata, facendo essa tutt'uno – secondo la mirabile espressione dell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789 – con l'idea stessa di Costituzione.

Come mi sono sforzato di mettere in chiaro altrove, non di rado prende corpo nella pratica giuridica un autentico ossimoro: alcuni giudici – non importa se costituzionali (nell'accezione materiale dietro data) o comuni – al fine di dare garanzia ai diritti si fanno, innaturalmente, legislatori, non avvedendosi però del fatto che, in tal modo, si pongono le basi per lo smarrimento dello Stato costituzionale, nel figurino ideale consegnatoci dai rivoluzionari francesi al tramonto del diciottesimo secolo.

La tipicità dei ruoli va, poi, tenuta ferma non soltanto al piano dei rapporti tra i decisori politici e gli operatori di giustizia ma anche a quello di questi ultimi *inter se*. La manovra di “riaccentramento” risolutamente posta in essere dalla Consulta, alla quale facevo cenno nella risposta al quesito precedente, offre una testimonianza lampante, *per tabulas*, della erosione del campo riservato tanto alle Corti europee quanto – per ciò che qui più direttamente ci tocca – ai giudici comuni, con specifico riguardo all'obbligo di applicazione diretta sugli stessi gravante nei riguardi del diritto eurounitario, in ciascuna delle sue espressioni (anche, dunque, in quelle di cui si ha traccia nella Carta dell'Unione o in fonti a questa connesse). È anche vero, però, l'inverso; ed occorre con onestà d'intelletto chiedersi quante volte questo o quel giudice abbia ammantato delle candide vesti dell'interpretazione conforme una sostanziale manipolazione dei dati normativi, invece di investire – come si sarebbe dovuto – la Consulta di una questione di legittimità costituzionale.

Ancora una volta, però, occorre prestare attenzione a tutte le facce del fenomeno, non trascurando dunque quanto (ed è davvero molto) può e deve farsi attingendo alle formidabili risorse prestate dall'interpretazione in vista della ottimale risoluzione del caso, per complesso, impegnativo ed anche non poco sofferto che sia non di rado il suo raggiungimento. Un giudice che non abbia il coraggio di mettersi in gioco, anche – laddove necessario – esponendosi in prima persona, farebbe bene a cambiare mestiere.”

Roberto Bin: “Un unico suggerimento: non prestare fede a visioni distorte e ipersemplicate del panorama “multilivello” dei diritti. La nostra Costituzione è tale perché prodotto storico di una lotta politica che è approdata ad un compromesso, che nella pluralità e nella (pretesa) contraddittorietà dei diritti trova la sua sintesi: ed è attuata da un legislatore politico che esercita il suo potere in base alle regole democratiche poste dalla Costituzione stessa, e che quindi riscrive di continuo il punto di bilanciamento dei diritti. Altrettanto non si può dire né della CEDU né della Carta di Nizza. La prima nasce nel dopoguerra come patto tra le democrazie occidentali di non ricadere nel fascismo e non scivolare nel comunismo: ancora oggi la sua giurisprudenza dovrebbe servire a bloccare i vari Orban, Morawieck, Putin e Erdogan nella deriva autoritaria e antiliberalista di cui sono protagonisti (compito che sta clamorosamente mancando); e invece si occupano di delicati bilanciamenti dei diritti dicendo se un albergo abusivo possa o meno essere *legalmente* abbattuto o quale trattamento pensionistico debba essere riconosciuto ad un lavoratore italiano che ha lavorato in Svizzera. Questo è un abuso, a me pare chiaro; e bene fa la Corte costituzionale a reagire ponendo limiti alla pretesa dei *giudici italiani* di preferire quella giurisprudenza alle leggi (e ai rimedi) offerte dal nostro ordinamento. Dietro alla Corte EDU non c’è un (vero) ordinamento politico e solo la distopia di alcuni “padri” del diritto internazionale (Verdross) ha potuto confondere la CEDU con una Costituzione. Quanto alla Carta di Nizza, essa fa parte dell’ordinamento della UE ed è interpretata dalla Corte di giustizia. Un’altra Costituzione? Neppure alla lontana. Che la Corte di giustizia sia – come spesso inconsapevolmente si dice – una “corte dei diritti” è falso: è una Corte che tutela (e espande di continuo) l’ordinamento UE e in particolare la disciplina del mercato e le sue “quattro libertà”. Oggi, in particolare, è una Corte che tutela l’ordine *liberistico*– quindi, ideologico - del mercato: metterla sullo stesso piano della nostra Corte costituzionale offende la nostra Costituzione e la sua storia.

Ecco allora il mio suggerimento. Non confondere le cose, liberarsi da schemi banali e sbagliati che impilano le “carte dei diritti” come se fossero la stessa cosa e capire che l’ordinamento italiano, la CEDU, la UE sono ordinamenti diversi, di cui quello italiano ha fini (e valori) davvero generali, mentre gli altri due hanno fini (e valori) particolari e specializzati”.

4. La terza domanda:

“Una delle accuse che si rivolge al giudice “garante della legalità” è quella di avere contribuito ad erodere i canoni di prevedibilità e certezza incarnati dal legislatore, divenendo egli stesso artefice primo del diritto e favorendo, non solo nuova litigiosità ma anche scelte contromaggioritarie, in nome dei diritti fondamentali. Esistono dei rimedi di agevole portata che, a suo giudizio, possono evitare o attenuare tali rischi? Ed ancora, i momenti di raccordo fra giudici nazionali e giudici sovranazionali (rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, richiesta di parere preventivo alla Corte Edu, quando sarà entrato in vigore per l’Italia il Protocollo n.16 annesso alla CEDU) possono offrire un antidoto all’incertezza e se sì in che misura?”

Antonio Ruggeri: “Sulla certezza del diritto occorre, una buona volta, intendersi, dissipando alcuni equivoci ricorrenti. Il terreno sul quale va ricercata, coltivata, preservata è, invero, oggettivamente scivoloso, e sempre incombente è dunque il rischio ora di sottostimarla ora di seguitare stancamente a riprodurre, a mo’ di *slogan*, una sua antica e tuttavia ricorrente idea esasperata, mitica o sacrale. Nessuno, ovviamente, dubita che la certezza sia una risorsa preziosa di cui l’ordinamento e la pratica giuridica non possono fare comunque a meno ma va, appunto, vista ed apprezzata nella giusta dimensione.

Desidero qui, prima di affrontare il cuore del problema evocato nel duplice quesito postoci, tornare a fare alcune avvertenze, già altrove rappresentate, che a mia opinione meritano di essere tenute adeguatamente in conto.

La prima è che non è affatto scontato che la certezza del diritto si accompagni sempre e comunque al disporre in via generale ed astratta che è attribuito – secondo certa tradizione teorica – considerato proprio delle leggi.

In disparte, infatti, la circostanza per cui siffatti connotati non sono sempre presenti e che, peraltro, si dimostrano essere alle volte di assai incerto riscontro, non si trascuri il fatto che non di rado la opacità del linguaggio delle leggi e le loro complessive carenze risultano foriere di gravi incertezze, le quali poi non risparmiano neppure la Carta costituzionale, tanto più laddove sia fatta oggetto di revisioni segnate da vistose oscillazioni semantiche e persino da veri e propri sbandamenti concettuali. Se ne ha che sono proprio i giudici – quelli comuni come pure il giudice costituzionale – a trovarsi

obbligati ad una faticosa opera di ricucitura interna in funzione di quella certezza del diritto dapprima insufficiente o, addirittura, del tutto assente. È pur vero, però, che il raggiungimento di questo risultato passa non poche volte attraverso quella sostanziale riscrittura dei testi per il cui tramite si concreta quella confusione dei ruoli istituzionali cui si faceva poc'anzi cenno.

Suona quasi paradossale dover ammettere che la scrittura costituzionale, storicamente pensata come strumentale alla salvaguardia della *certezza del diritto costituzionale* e, a un tempo, della *certezza dei diritti costituzionali*, per conquistare le quali l'Europa è stata infiammata a cavallo tra fine settecento e primo ottocento dalla lotta per la Costituzione, può a conti fatti convertirsi talora, per una singolare eterogenesi del fine, nel suo opposto, in fonte cioè di gravi e perniciose incertezze, sì da far rimpiangere un sano diritto costituzionale non scritto, quale peraltro affermatosi – come si sa – per via consuetudinaria nella patria del parlamentarismo liberale, la Gran Bretagna (le cui vicende istituzionali, nondimeno, sono state – come si sa – scandite dal varo di importanti documenti scritti, a partire dalla *Magna Charta Libertatum*).

Sta di fatto che è proprio grazie alla certosina ed encomiabile opera dei pratici (e, segnatamente, dei giudici) che si riesce – fin dove possibile – a restituire certezze ad una Carta costituzionale che, specie nella forma acquisita attraverso le novelle cui è andata soggetta, appare afflitta da strutturali, non rimosse carenze di linguaggio.

La seconda avvertenza si richiama proprio a quella idea di Costituzione che ho poc'anzi rammentato, rifacendomi alla lapidaria, efficacissima formula dell'art. 16 della Dichiarazione del 1789; ed è che nessuna *certezza del diritto* (*sub specie* del diritto costituzionale) ha, a mio modo di vedere, alcun senso laddove non sia in grado di convertirsi ed interamente risolversi nella *certezza dei diritti costituzionali*, vale a dire nella effettività della loro tutela, la massima consentita dalle condizioni oggettive di contesto. Se ne ha, d'altronde, conferma da alcune recenti esperienze venute a maturazione sul terreno in cui si svolge il “dialogo” intergiurisprudenziale, com'è usualmente e sia pure con una non rimossa ipotesi teorica chiamato; ciò che, nondimeno, non giustifica – a me pare – il severo giudizio di un'accreditata dottrina (R. Bin) che lo ha da ultimo qualificato come una “chimera” o una “pietosa finzione”, sol che si pensi ai benefici che sono venuti ai diritti proprio

grazie allo sforzo poderoso prodotto dai giudici, anche quando questi ultimi si sono fatti (e si fanno) portatori di indirizzi divergenti, secondo quanto peraltro preciserò meglio sul finire di questa mia esposizione.

Ebbene, si pensi, ad es., al possibile superamento del giudicato (un altro dei miti giuridici bisognosi di un complessivo ripensamento nel presente contesto segnato da una integrazione sovranazionale avanzata): una delle più efficaci “invenzioni” del pensiero giuridico al servizio della *certezza del diritto* (in senso oggettivo) può trovarsi, dunque, costretta a ripiegare a fronte del bisogno di assicurare adeguata tutela alla *certezza dei diritti costituzionali* non salvaguardati nel processo.

La terza avvertenza rimanda al principio (o, per dir meglio, al “metaprincipio”) della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali, alla cui luce vanno condotte le operazioni di ponderazione, assiologicamente connotate, dei beni costituzionalmente protetti. La giurisprudenza costituzionale vi ha fatto – come si sa – ripetutamente riferimento, specie con riguardo al rilievo da assegnare alla CEDU in ambito interno (un cenno c’è già nella prima delle famose sentenze “gemelle” del 2007 e, quindi, in modo ancora più esplicito ed incisivo nella sent. n. 317 del 2009 e in altre ancora, nelle quali nondimeno perdurano talune gravi aporie di costruzione teorica ad oggi non rimosse: ad es., in Corte cost. n. 25 del 2019 troviamo riconosciuta l’attitudine della CEDU ad offrire una tutela più ampia di quella discendente dalla stessa Carta costituzionale, della quale ultima tuttavia si riconferma il “predominio assiologico” sulla prima; ed è da chiedersi come le due affermazioni possano stare assieme).

Ora, questo principio, in realtà, possiede, a mia opinione, generale valenza, ponendosi quale la più emblematica e probante testimonianza di un generale modo di essere e di rinnovarsi dell’ordinamento e di una sua parimenti generale rappresentazione teorica, assiologicamente ispirata e valevole anche nelle sue proiezioni al piano delle relazioni interordinamentali.

E infatti. Non v’è solo la CEDU a doversi (ed a volersi: art. 53) fare da canto all’incontro o allo scontro con norma interna idonea ad innalzare il livello della tutela dei diritti in campo ma *ogni* norma da *qualunque* fonte (interna o esterna) prodotta, sempre che appunto a giudizio (ed a responsabilità) dell’operatore di turno ciò sia imposto

dal bisogno di far sì che la Costituzione possa affermarsi *magis ut valeat*, anche nel suo fare “sistema” integrandosi con le altre Carte nei fatti interpretativi.

La partita, in realtà, si apre a tutto campo, ad ogni possibile esito.

Giusta, infatti, la premessa per cui le Carte possono dare una tutela “graduata” ai diritti in gioco, non può escludersi, se non per un assiomatico convincimento, che la CEDU o altro documento normativo “tipicamente costituzionale” possa dare una tutela ancora più adeguata di quella offerta dalle leggi nazionali e persino – perché no? – della stessa Costituzione. È solo in forza di un autentico crampo mentale – se posso esprimermi con linguaggio franco – , ovverosia per un malinteso *nazionalismo costituzionale* (non meno pernicioso del nazionalismo *tout court...*), che può assumersi essere *in ogni caso* maggiormente attrezzata culturalmente e positivamente la Costituzione rispetto alle altre Carte al fine di poter rendere un servizio adeguato ai beni della vita dei quali si reclama di volta in volta tutela.

Dobbiamo scoprire le carte sul tavolo: perché escludere assiomaticamente che possa darsi un orientamento giurisprudenziale, maturato *extra moenia* e che dà voce ad una Carta dei diritti diversa dalla Costituzione, idoneo a dare ai beni stessi una protezione ancora più efficace di quella che è ad essi assicurata da orientamenti venuti a formazione entro i confini nazionali e per mano di qualunque giudice (costituzionale e non)?

Questo discorso, portato fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti, conduce ad un esito che riconosco essere difficilmente accettabile o, diciamo pure, digeribile, quanto meno a tener ferme alcune antiche e consolidate credenze, vale a dire che *nessuna fonte del diritto – Costituzione inclusa – è incondizionatamente prescrittiva*, piuttosto valendo, sullo specifico terreno sul quale maturano le esperienze relative ai diritti, *sub condicione*, sempre che cioè appaia agli occhi dell’operatore di turno in grado di far conseguire la sintesi ottimale dei valori fondamentali evocati in campo dal caso, nel loro fare appunto “sistema”. Eppure, come si diceva, a quest’esito non è possibile comunque sottrarsi se si ha a cuore il bisogno di assicurare l’ottimale realizzazione dei valori stessi, in ispecie della *coppia assiologica fondamentale* – come a me piace chiamarla – costituita dai valori transepocali di libertà ed eguaglianza e, in ultima istanza,

dignità della persona umana. E non è inopportuno qui nuovamente precisare che, alle volte, proprio umiliandosi e rendendosi disponibile ad accogliere nel proprio seno le indicazioni che vengono *ab extra* (da altre Carte e Corti), la Costituzione si esalta ed afferma al meglio di sé della coppia suddetta e della radice da cui essa si tiene ed alimenta, la dignità.

Tutto ciò posto e nella consapevolezza che ogni criterio di natura assiologico-sostanziale si espone, per sua natura, a rischi non lievi al momento e per le finalità dell'applicazione, occorre – come si diceva poc'anzi – sfruttare fino in fondo le risorse disponibili al fine di parare il rischio della deriva soggettivistica.

Vengo così al cuore del quesito prospettatoci, specie nella sua parte terminale. I rimedi al riguardo apprestati non fanno invero difetto; si tratta solo di metterli in atto a modo nella pratica giuridica di ogni giorno.

Da tempo sono convinto (e vado anzi sempre di più radicandomi nel convincimento) che, per effetto del “dialogo” intergiurisprudenziale (specie, ma non solo, laddove veicolato dal rinvio pregiudiziale o, un domani, dallo strumento di collaborazione previsto dal prot. 16), possano alla lunga realizzarsi convergenze, più ancora che divergenze, di vedute e, con esse, consolidarsi orientamenti espressivi di *consuetudini culturali* – come a me piace chiamarle – , della cui formazione si rendano artefici *tutti* gli operatori di giustizia, in fatto di riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali.

Sia chiaro. “Dialogare” non equivale – è persino superfluo dover qui rammentare – a pensarla allo stesso modo, meno che mai a pensarla secondo stereotipi astrattamente prefissati e resi insensibili al pulsare dei bisogni maggiormente avvertiti in seno al corpo sociale, nei quali si rispecchino i valori fondamentali dell'ordinamento, specie quei valori di libertà eguaglianza dignità che – volutamente – rappresento qui non separati da virgola, proprio perché in realtà inseparabili e bisognosi di darsi costante e mutuo sostegno. E, però, il comunicare a vicenda senza preconetto alcuno, ideologico o di dottrina, agevola – come dicevo – la ricerca dei punti d'incontro, di mediazione, di reciproca e soddisfacente affermazione, di cui soprattutto nel presente contesto segnato da plurime e soffocanti emergenze si ha davvero vitale necessità.

La certezza del diritto e dei diritti assieme si fa proprio così: si costruisce passo dopo passo e giorno dopo giorno, attraverso uno sforzo collettivo e non di rado sofferto ma, allo stesso tempo, esaltante perché prodotto nella consapevolezza di rendere un servizio all'uomo, ai suoi più avvertiti bisogni, alla sua sete di giustizia.”

Roberto Bin: “Ho evidentemente un concetto diverso di legalità, che per me coincide con “i canoni di prevedibilità e certezza incarnati dal legislatore” (e, aggiungerei, legislatore democratico, anche se di questi tempi ne abbiamo perso la percezione): se il giudice vuole essere artefice di promozione di avanzamento dei diritti lo deve fare nell'ambito della Costituzione, che infatti si presta ad essere impiegata in senso contro-maggioritario. Ma le vie sono quelle offerte – appunto – dalla Costituzione e sono costituite essenzialmente dal ricorso alla Corte costituzionale. Non escludo ovviamente che il giudice debba usare il ricorso pregiudiziale alla Corte di giustizia, né che possa estendere l'interpretazione di un diritto ispirandosi alla giurisprudenza EDU: non dimenticando però le diverse coordinate politiche e culturali in cui quelle giurisdizioni operano e di come la loro applicazione in Italia lasci scoperto il fianco “sociale” della Costituzione.

Ho sempre avvertito una certa distanza dall'“uso alternativo del diritto” che era di moda anni fa. Al contrario di allora, l'analogia ideologia della funzione giurisdizionale oggi sembra operare in senso opposto, premiare una visione liberale e liberista dei diritti, dimenticandone la componente sociale e la tutela del lavoratore. D'altra parte, come dicevo, quello è l'orizzonte delle due corti internazionali, rispetto alle quali non mi sembra che la giurisprudenza che pretende di muoversi “in nome dei diritti fondamentali” pratichi sentieri anticonformisti. Non ho visto – ma può essere che mi sbagli – tentativi di superare la giurisprudenza iperlibertista dalla Corte di giustizia cercando di migliorare la tutela del lavoro e dei lavoratori (che non sia quelli trasfrontalieri, naturalmente). Infatti, non mi pare che la giurisprudenza abbia escogitato strategie per provocare la Corte di giustizia ad applicare i suoi stessi precedenti in chiave anti-liberista: possibile, per esempio, che il principio “chi inquina paga”, così brillantemente elaborato e difeso dalla Corte di Lussemburgo, non sia mai stato invocato contro gli imprenditori che, usando la loro libertà di stabilimento consacrata dai Trattati e dalla Corte, delocalizzano la loro impresa e lasciano dietro di sé non solo macerie sociali, ma anche siti da loro

pesantemente inquinati, che saranno gli enti pubblici a dover risanare ponendo gli oneri a carico della società? Perché le leggi, a partire da quella fallimentare, non inseriscono al primo posto i debiti “ambientali” nei confronti della collettività? Bella domanda da porre alla Corte di giustizia. Questo – a mio modo di vedere – non sarebbe altro che riaffermare la legalità, cioè applicare principi e regole positivamente poste dal legislatore (europeo, in questo caso) a casi concreti che palesemente ricadono nel loro ambito di applicazione. Sarebbe quindi un modo per rafforzare la legalità, almeno per come la vedo io.

5. Le repliche

Antonio Ruggeri: Confesso di faticare non poco a seguire fino in fondo il ragionamento svolto da R. Bin, seppur come sempre argomentato e connotato da spunti di sicuro interesse. La ragione è presto spiegata: molto distanti sono le premesse teoriche (e, più ancora, metodiche) dalle quali muovono le nostre riflessioni che, per vero, tradiscono visioni parimenti diverse della Costituzione. Siamo stati chiamati a confrontarci sul ruolo del giudice ma, al fondo, abbiamo discusso – una volta di più – di teoria della Costituzione; ed è bene che chi legge le nostre risposte abbia piena consapevolezza della posta in palio.

Le questioni poste da Bin nella sua sintetica ma densa esposizione sono molte e di tutto rilievo, ciascuna delle quali richiederebbe uno spazio ben più ampio di quello qui disponibile al fine di essere fatta oggetto di un non troppo approssimativo e sbrigativo esame. Mi limito, dunque, ora solo a fermare l’attenzione su quelle che ai miei occhi appaiono essere le più meritevoli di considerazione.

Comincio col dire che non mi è chiaro il riferimento che vedo nella sua prima risposta al tentativo talora fatto dai giudici di liberarsi dal “vincolo alla legge”, allo stesso tempo considerandosi i richiami operati alla giurisprudenza delle Corti non nazionali “veri e propri abusi che offuscano il ruolo costituzionale del giudice e ne minano l’autorità”.

Nessuno – a me pare – si sogna di ritenere il giudice *legibus solutus*, posto che il nostro è (e speriamo che resti...) uno Stato di diritto; è, però, uno *Stato di diritto costituzionale* e, come tale, prevede modi e condizioni per liberare il giudice dal rispetto di leggi contrarie a Costituzione, a partire ovviamente dalla risorsa costituita

dal sindacato svolto dalla Consulta.

Ora, la stessa Costituzione, innalzando agli artt. 10 e 11 al livello di principi fondamentali l'apertura al diritto internazionale e sovranazionale pone le basi per la trasformazione della propria struttura rispetto al modo con cui era intesa da una risalente tradizione teorica, oggi tuttavia inesorabilmente invecchiata. Si coglie qui il carattere "intercostituzionale" – come a me piace chiamarlo – della Costituzione, il suo rendersi cioè disponibile a farsi rigenerare semanticamente alla luce delle suggestioni ed indicazioni che vengono dalle altre Carte dei diritti, e segnatamente – per ciò che qui maggiormente importa – dalla CEDU e dalla Carta dell'Unione, allo stesso tempo in cui a queste ultime si offre, unitamente ad altre Carte costituzionali, al fine della loro rigenerazione, alla quale un apporto di non secondario rilievo è dato dalle c.d. tradizioni costituzionali comuni.

Al riguardo debbo subito fare una triplice avvertenza, a scanso di ogni possibile equivoco.

La prima è che l'apertura in parola – come mi sono sforzato qui pure di precisare – non è affatto senza condizioni o limiti, anche se non credo (e, ancora una volta, ribadisco di non credere) nella nota teoria dei "controlimiti". I limiti, infatti, ci sono, ma non vanno rinvenuti, con la comune opinione, nel rispetto *sempre e comunque* dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale: un rispetto che è, invece, dovuto *alla sola condizione* che da questi ultimi, visti nel loro fare "sistema", si reputi discendere una più adeguata tutela ai diritti evocati in campo dal caso di quella che potrebbe invece venire da Carta diversa dalla nostra. E però – qui è il punto – va presa in considerazione anche l'altra eventualità, salvo ad accedere ad un'idea mitica o sacrale di Costituzione, assumendo dunque che essa sia perfetta in sé e per sé sempre perciò più attrezzata di ogni altra Carta a venire incontro alle attese dei diritti.

La seconda, alla prima strettamente legata, investe il "metaprincipio" della massimizzazione della tutela: un canone fondamentale che Bin da tempo giudica (e qui pure tiene a ribadire con la sua consueta franchezza) teoricamente insostenibile, "sbagliato". Peccato, però, che lo stesso sia espressamente riconosciuto dalle Carte sopra richiamate (part., all'art. 53 sia della CEDU che della Carta dell'Unione), alle quali – non è inopportuno rammentare – è stata data esecuzione in ambito interno con legge ed

offerta “copertura” dall’art. 117, I c., Cost. (e, quanto alla seconda Carta, dall’art. 11) e, ancora prima (e di più), a mia opinione, dagli artt. 2 e 3, nel loro fare “sistema” con i principi fondamentali restanti (tra i quali, appunto, quello dell’apertura in parola).

Detto altrimenti: tra i vincoli posti dalle leggi (e, risalendo, dalla Costituzione) c’è anche l’obbligo di portare ad effetto nella pratica giuridica le norme che ritagliano a beneficio di ciascuna Carta un ruolo “sussidiario”, in funzione della ottimale salvaguardia, in ragione delle peculiari e complessive esigenze di ciascun caso, dei diritti in campo.

Si dirà che far valere il “metaprincipio” in parola è sommamente impegnativo e non di rado sofferto ed anche – per ciò che forse maggiormente preoccupa molti studiosi ed operatori – frutto di un insopportabile tasso di apprezzamento discrezionale, di modo che il rischio della deriva soggettivistica è sempre incombente.

Non nego l’esistenza del pericolo che, nondimeno, non va fatto oggetto di esasperate valutazioni o, peggio, non dovrebbe portare alla negazione del “metaprincipio” in parola che – piaccia o no – ha, per il tramite della “copertura” offerta dagli artt. 2, 3, 10 e 11, rango costituzionale. D’altro canto, è risaputo che i giudici, al pari di ogni altro operatore istituzionale, pongono quotidianamente in essere attività non meccaniche e piattamente ripetitive, peraltro sempre ricorrenti nel mondo del diritto (l’interpretazione non è, forse, sempre... *soggettiva?*). Disponiamo, ad ogni buon conto, di rimedi idonei a contenere fin dove possibile gli eccessi come pure le carenze e le complessive distorsioni e forzature applicative.

Torna qui prezioso proprio quel riferimento alla giurisprudenza delle Corti europee, tanto più laddove queste ultime diano vita ad orientamenti consistenti e sperimentati nella pratica giuridica a beneficio dei diritti, da Bin deplorato e bollato senz’appello come un “abuso”. Quel criterio dell’indirizzo “consolidato”, cui ha fatto – come si sa – richiamo Corte cost. n. 49 del 2015 con specifico riguardo al rilievo da dare alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, merita considerazione ben oltre l’ambito di esperienza nel quale è fatto valere ed appare espressivo del significato che intrinsecamente possiede il “diritto vivente”, in ciascuna delle sue manifestazioni.

Ebbene, una delle più efficaci risorse di cui disponiamo avverso

il rischio – questo sì, invero, micidiale – della innaturale commutazione della Corte costituzionale in un *potere costituente permanente* (un potere *mostruoso*, come ho in più luoghi fatto notare), siccome abilitata ad enunciare verità incontestabili di diritto costituzionale (art. 137, ult. c., Cost.), è dato proprio dal bisogno della Corte, al pari per questo verso di ogni altro operatore di giustizia, di doversi confrontare con i giudici europei, in ispecie appunto con i loro indirizzi maggiormente diffusi e radicati, “consolidati”, con i quali si dà voce ad autentiche *consuetudini culturali* invalse nel corpo sociale in fatto di riconoscimento dei diritti, specie dei “nuovi” o “nuovissimi”, dei quali non si ha testuale riscontro neppure nelle Carte di più fresca elaborazione rispetto alla nostra. Non posso, poi, qui soffermarmi su questioni pure meritevoli di attento vaglio critico, quale quella del diverso trattamento che, ad avviso del giudice costituzionale, dovrebbe considerarsi riservato alla giurisprudenza dell’una e dell’altra Corte europea (l’una vincolante solo laddove si esprima a mezzo di orientamenti “consolidati”, l’altra invece sempre, in ogni pronuncia di cui si componga) o l’altra questione relativa al significato che potrebbe avere nei prossimi sviluppi della pratica giuridica il punto di diritto enunciato in Corte cost. n. 43 del 2018, che parrebbe preludere a vincoli interpretativi discendenti anche da singole pronunzie della Corte di Strasburgo (quanto meno di quelle emesse dalla Grande Camera), laddove diano vita ad un *novum* (ciò che parrebbe *quodammodo* assimilarle ad un vero e proprio *ius superveniens*, accorciando – come si vede – la distanza rispetto alle decisioni della Corte dell’Unione).

Insomma, il confronto intergiurisprudenziale può giocare, sì, nel senso del rinnovamento ma anche – ed è su questo che ora maggiormente mi sta a cuore di fermare l’attenzione – in quello della stabilizzazione degli indirizzi giurisprudenziali, alla lunga realizzando, a mio modo di vedere, più convergenze che divergenze tra le Corti: in un caso e nell’altro, sollecita queste ultime (per ciò che ora più mi preme mettere in chiaro, la Corte delle leggi) a non indulgere alla tentazione di porsi al vertice di una ideale costruzione piramidale in cui ciascuna di esse assuma, *dal proprio punto di vista*, di potersi fare portatrice di orientamenti venuti a maturazione in sovrana solitudine e sovranamente imposti agli operatori restanti (e, principalmente, ai giudici comuni, che si dispongono ai punti di partenza e di arrivo di ogni vicenda processuale, su di essi, a conti fatti, scaricandosi le tensioni e contraddizioni emergenti in seno al corpo sociale).

Ovviamente, i casi di conflitto ci sono e ci saranno sempre, ma essi sono come le brutte notizie cui i giornali danno risalto: sono, cioè, fatti per fortuna eccezionali rispetto al quotidiano e fisiologico svolgimento della vita di relazione, che rimane sotto traccia e non viene portato alla luce proprio perché non fa notizia.

La terza avvertenza è, dal mio punto di vista, la più rilevante. Bin è dell'idea, che qui pure non fa passare sotto silenzio, che la Costituzione non possa essere accostata alle altre Carte, o meglio che queste possano essere messe accanto e sullo stesso piano di quella.

È chiaro che c'è una differenza di fondo, innegabile. La Costituzione incarna il modello mirabilmente enunciato nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789 in entrambi gli elementi che lo compongono: è *Carta dei diritti* ed è anche *Carta dei poteri*, o meglio è fondamento e limite dell'esercizio dei poteri, le cui dinamiche hanno la loro sintetica e parziale rappresentazione nella parte organizzativa (parziale perché, come nell'*iceberg*, la parte maggiormente consistente rimane nascosta, risultando da regole non scritte, alcune ormai dotate di sufficiente stabilità, altre invece continuamente cangianti). Le Carte internazionali dei diritti, per quest'aspetto, sono Costituzioni – come dire? – “dimezzate”, fermandosi alla sola rappresentazione dei diritti da esse riconosciuti. E però si tratta proprio della parte più immediatamente e genuinamente espressiva della essenza della Costituzione, sol che si ammetta – come si deve – che la separazione dei poteri, il secondo frammento della definizione racchiusa nell'art. 16, sopra richiamato, è in funzione servente dei diritti che, senza di quella, sarebbero fatalmente abbandonati in balia del tiranno di turno.

Ora, alcuni studiosi particolarmente accreditati, tra i quali Bin, sono restii a riconoscere alle Carte diverse dalla Costituzione natura di documenti “tipicamente costituzionali”, per riprendere la qualifica datane da una discussa pronuncia del giudice costituzionale, la 269 del 2017: come tali, appunto, abilitate – a me pare – a porsi accanto alla Costituzione e giocarsi ogni volta con questa alla pari la partita sollecitata dai casi, in vista dell'appagamento ottimale da dare ai diritti dagli stessi emergenti.

Non posso ora tornare a sottoporre a vaglio critico la tesi fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale e dai suoi benevoli *laudatores*, secondo cui alla Costituzione sarebbe comunque da assicurare un “predominio assiologico” – come troviamo scritto in

Corte cost. n. 25 del 2019, al p. 13 del *cons. in dir.* – malgrado la stessa giurisprudenza accomuni, come si diceva, i documenti in parola per il loro essere tutti *materialmente* costituzionali; tra l'altro – si presti attenzione – nella stessa decisione da ultimo richiamata troviamo l'ammissione della eventualità che la CEDU, nel suo farsi "diritto vivente" per il tramite della giurisprudenza venuta a formazione a Strasburgo, possa offrire, "in determinate fattispecie", una "tutela più ampia" di quella apprestata secondo Costituzione.

Non è di qui, dunque, verificare come possano stare assieme affermazioni così discordanti né è possibile ora intrattenersi su talune oscillazioni ed aporie di costruzione rinvenibili tanto nella giurisprudenza costituzionale quanto in certa dottrina che in essa mostra di riconoscersi. Trovo francamente singolare che la giurisprudenza costituzionale e quanti ad essa docilmente si accodano possano considerare reciprocamente conciliabili la premessa per cui anche le Carte dei diritti di origine esterna sono pur sempre documenti "tipicamente costituzionali" e la conseguenza che vede comunque le Carte stesse assoggettate all'osservanza della Costituzione, pur se in modo differenziato o – diciamo pure – "graduato": la Carta dell'Unione essendo tenuta, al pari di ogni altra fonte di diritto eurounitario, a prestare rispetto ai soli principi fondamentali (i "controlimiti", sopra evocati) e la CEDU (ed è da ritenere ogni altra Carta) invece sottomessa alla Costituzione in ogni sua norma. Immaginare che un documento "tipicamente costituzionale" possa sottostare ad altro documento della sua medesima natura appare ai miei occhi essere una palese *contradictio in adiecto*.

Allo stesso tempo, ancora la giurisprudenza (specie a partire da Corte cost. n. 317 del 2009) si riconosce nella *Grundnorm* della massimizzazione della tutela, senza avvedersi – a quanto pare – del fatto che il canone fondamentale in parola scardina dalle fondamenta la costruzione del *sistema delle fonti* eretta su basi formali-astratte rimpiazzandolo con un *sistema di norme*, che si scompone e ricompone di continuo in ragione dei casi, norme tutte sollecitate a competere lealmente tra di loro nel mercato dei diritti, senza alcun ordine di priorità precostituito che rimandi alla loro origine o, appunto, alle forme di cui esse si rivestono.

Il vero è che il modo di vedere le cose che punta a preservare comunque la *primauté* della Costituzione sulle altre Carte tradisce il viscerale attaccamento alla tradizione che vede nella Costituzione un

unicum, la sola fonte fondante e non fondata, da cui l'intero ordinamento si tiene, anche nelle sue proiezioni al piano delle relazioni interordinamentali (illuminante, al riguardo, la lapidaria e tranciante risposta data da R. Bin alla domanda retorica se la Carta dell'Unione sia "un'altra Costituzione": "neppure alla lontana").

Si tratta – va riconosciuto – di una tradizione nobile e gloriosa, che ha avuto la sua massima espressione con l'avvento dello Stato nazionale; e, però, è una tradizione ormai non riproponibile in un contesto segnato da una integrazione sovranazionale avanzata e dall'infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale, nonché – per ciò che ora più importa – dal carattere plurale dei documenti "tipicamente costituzionali", che ha poi il suo immediato riflesso nella pluralità e parità dei loro garanti. Può piacere come non piacere che le cose stiano così ma è, appunto, innegabile che così stiano.

Questo contesto esibisce al proprio interno numerosi aspetti negativi, la cui illustrazione ci porterebbe troppo lontano dall'*hortus conclusus* in cui questa succinta riflessione è obbligata a restare, ma presenta anche non pochi aspetti positivi, tra i quali – per ciò che qui maggiormente importa – è da annoverare (e sarebbe ingiusto non riconoscere) il contributo offerto alla crescita della pianta dei diritti proprio dal "dialogo" giurisprudenziale, dal quale sgorga la linfa vitale da cui la crescita stessa si alimenta e rigenera senza sosta.

V'è poi un punto che, prima di chiudere questo mio succinto intervento finale, tengo qui nuovamente a rimarcare e che sarebbe bene non perdere di vista; ed è che la pluralità delle Carte dei diritti e il "gioco" senza fine al quale esse danno luogo, lungi dal determinare una *deminutio capitis* a detrimento della Costituzione, si dispone al servizio della Costituzione stessa e, ove se ne faccia un uso vigilato ed adeguato, può dunque risolversi in un complessivo beneficio per la persona e i suoi diritti. Forse, quanti si fanno portatori di un modello teorico che vede comunque la *primauté* della Costituzione *senza se e senza ma* farebbero bene a riflettere sul costo che siffatto loro orientamento (o, se posso esser franco, preorientamento) metodico-teorico fa pagare ai diritti costituzionalmente protetti per il fatto di privarli dei benefici che invece potrebbero ad essi venire da talune espressioni maggiormente avanzate e sensibili della giurisprudenza europea. Farebbero bene a considerare il fatto che, dando spazio a siffatte espressioni, possono in non poche circostanze servirsi al meglio i valori fondamentali di libertà ed eguaglianza (e, in ultima

istanza, dignità) nel loro fare “sistema” con i valori fondamentali restanti: valori che – non è inopportuno qui rammentare – sono anche i *nostri*, anzi sono proprio il cuore pulsante dell’ordinamento repubblicano.

Come qui pure mi sono sforzato di mostrare, è dunque umiliandosi e riconoscendo che *ab extra*, in talune congiunture e con riferimento a taluni diritti, può venire (e talora effettivamente viene) una tutela maggiormente adeguata di quella apprestata dalle norme di diritto interno alle complessive esigenze del caso che la Costituzione si esalta e realizza al meglio di sé, pur alle difficili e talvolta persino proibitive condizioni del tempo presente, di certo non benigno per i diritti stessi (specie di alcuni).

Occorre, a mia opinione, far luogo ad un profondo svecchiamento di mentalità, di metodo ancora prima che di teoria, nel modo d’intendere e far valere la Costituzione, anche nelle sue proiezioni al piano delle relazioni interordinamentali, dismettendo un *animus* potenzialmente conflittuale che porta naturalmente ad assumere atteggiamenti “difensivistici” e, di contro, accedendo all’ordine d’idee per cui al di fuori delle mura della cittadella statale possono maturare orientamenti ancora più favorevoli alla causa dei diritti di quelli emergenti in ambito interno. Certo, occorre essere molto oculati, vigili, non preorientati in un senso o nell’altro. Per questo, come dicevo, il compito del giudice si è fatto sempre più arduo ed impegnativo: un tempo, avere come unico punto di riferimento solo la Carta costituzionale semplificava molto il lavoro dell’operatore; oggi è, ovviamente, terribilmente più complesso tener presenti congiuntamente più Carte dei diritti idonee a convergere ed a piegarsi sul caso e in esso lasciare l’impronta della loro formidabile forza di qualificazione dell’esperienza. Notevole e non di rado sofferto è, infatti, lo sforzo prodotto dagli operatori chiamati ad orientare verso ciascuna di esse l’interpretazione dei testi di legge nel tentativo di conciliarli con tutte, il che poi nei fatti vale come conciliare le Carte *inter se*.

I casi cambiano, come sappiamo, di continuo e, perciò, possono cambiare anche le combinazioni dei materiali normativi che li riguardano. La soluzione ideale, come vado dicendo da tempo, è quella che non obbliga a scelte laceranti ed esclusivizzanti all’insegna della “logica” dell’*aut-aut* bensì l’altra di fare simultanea e congiunta applicazione di più Carte, reciprocamente integrate nell’interpretazione (secondo la efficace formula contenuta in Corte

cost. n. 388 del 1999), viste cioè nel sostegno e concorso alla rigenerazione semantica che ciascuna di esse può offrire alle altre.

Al piano istituzionale, poi, la soluzione ideale è quella che si ha laddove riesca a prendere forma un'equilibrata e sana cooperazione tra legislatore e giudici da un canto, giudici e giudici dall'altro.

Per il primo aspetto, da tempo mi faccio portatore di un modello che veda il legislatore far luogo ad una disciplina duttile ed essenziale, *per principia*, fissando in essa l'ottimale bilanciamento degli interessi meritevoli di tutela e demandando quindi ai giudici lo svolgimento della disciplina stessa a mezzo di regole congrue rispetto alle peculiari, non di rado complesse, esigenze del caso. Dunque, nessuna sostituzione è da me patrocinata – come, invece, Bin mi mette in bocca in una sua recente riflessione apparsa su *Dir. cost.*, 1/ 2019 e dallo stesso richiamata nella sua risposta al primo quesito – del bilanciamento operato dal giudice nei riguardi di quello del legislatore bensì una normazione *in progress*, che si fa per gradi discendenti di generalità e che vede comunque il giudice vincolato all'osservanza di leggi che, per loro natura e indeclinabile vocazione, sono chiamate a non irrigidire le discipline riguardanti i diritti (e doveri) della persona, a pena di esporsi alla sanzione della loro forzata flessibilizzazione ad opera del giudice costituzionale, quando non – e questo è davvero deprecabile – direttamente ad opera dei giudici comuni, a mezzo di un uso improprio delle tecniche d'interpretazione. D'altro canto, numerosi esempi possono addursi a sostegno di quest'assunto: la stessa pratica delle additive di principio ne dà eloquente testimonianza.

Per il secondo aspetto, poi, non dovrebbe mai perdersi di vista la tipicità dei ruoli rispettivamente spettanti alle Corti europee rispetto ai giudici nazionali e, quanto a questi ultimi, ai giudici comuni rispetto alla Corte costituzionale. Di contro, disponiamo di molti segni, specie nella più recente giurisprudenza costituzionale, della tendenza di quest'ultima ad attrarre su di sé la cognizione di questioni la cui soluzione invece, secondo modello, dovrebbe considerarsi riservata ai giudici comuni (si pensi solo alla svolta segnata da Corte cost. n. 269, che ha ora avuto una ulteriore accelerazione con la sent. n. 20 del 2019).

La tipicità dei ruoli istituzionali è un bene prezioso, da preservare e trasmettere anche alle generazioni che verranno: è parte integrante, costitutiva dell'idea stessa di Costituzione consegnataci

dai rivoluzionari francesi e mirabilmente scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione del 1789. Senza la tipicità dei ruoli non v'è infatti garanzia effettiva dei diritti fondamentali e, perciò, non v'è neppure Costituzione. La tipicità, però, non esclude, ed anzi implica, la collaborazione di tutti gli operatori nell'intento di dare l'ottimale appagamento, alle condizioni oggettive di contesto, ai bisogni elementari dell'uomo, senza alcuna pretesa di prevaricazione da parte di questo o di quello sugli altri.

Qualcuno dirà che sono un inguaribile ottimista o, diciamo pure, un ingenuo avulso dalla realtà, che mi sono costruito un modello ideale nel quale *toto corde* mi riconosco e del quale tuttavia non v'è traccia nell'esperienza.

Non nego – sia chiaro – le non poche storture e deviazioni in quest'ultima riscontrabili, per il cui superamento il “dialogo” intergiurisprudenziale – per quanto qui specificamente importa – può, una volta di più, offrirsi quale risorsa preziosa da portare a frutto come si conviene. Allo stesso tempo, tuttavia, una disincantata osservazione della realtà porta – a me pare – a concludere nel senso che, attraverso ed a seguito degli incontri e degli scontri tra le giurisprudenze, alla lunga i diritti sono cresciuti per numero e per opportunità di appagamento delle aspettative che ad essi fanno capo: anche quei diritti sociali della cui sorte Bin si mostra – e qui ha ragione – preoccupato (lo sono anch'io ma in relazione ad indirizzi dei decisori politico-istituzionali, non dei giudici). Se ne vuole una conferma? Ebbene, possono aversene due particolarmente attendibili che vengono sia dalla teoria che dalla pratica: quanto all'una, è sufficiente anche una rapida scorsa ai Commentari alla CEDU ed alla Carta di Nizza-Strasburgo, alcuni dei quali corposissimi, per avvedersi del rilievo attribuito agli indirizzi dell'una e dell'altra Corte europea nei campi più varî di esperienza, del concorso da essi dato all'affermazione dei diritti della più varia natura e specie; quanto all'altra (ed è ciò che qui maggiormente importa), si considerino gli innumerevoli casi in cui pronunzie dei giudici nazionali – a partire, ovviamente, da quelle del giudice della legittimità – si presentano infarcite di richiami non *ad pompam* a questa o quella Carta ed a questa o quella Corte europea, a beneficio non di rado proprio delle persone maggiormente deboli ed esposte, e chiediamoci: che ne sarebbe stato dei loro diritti senza il sostegno venuto *ab extra*?

È una coincidenza, insomma, che la pianta dei diritti sia

vistosamente cresciuta dopo che la Carta costituzionale è stata affiancata, sorretta, alimentata dalle Carte di origine esterna, così come queste hanno tratto beneficio dalle Costituzioni nazionali, e, dunque, in buona sostanza, dopo che gli operatori hanno potuto (e possono) giovare dello strumento di un “dialogo” intergiurisprudenziale fattosi col tempo viepiù fitto, fecondo, coraggioso, lungimirante?

Roberto Bin: “Poco ho da replicare ad Antonio Ruggeri che non sia già scritto nella mia risposta alle domande posteci. Mi limiterò a commentare alcuni suoi passi:

1. *“La pluralità delle Carte, in realtà, può, per un verso, spianare la via agli operatori istituzionali nell’esercizio delle loro funzioni e, per un altro verso, però rendere l’esercizio stesso ancora più impegnativo ed oneroso”*. Come ho osservato, che i giudici siano “operatori istituzionali” che esercitano loro “funzioni”, e che queste consistano nella *“massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali, alla cui luce vanno condotte le operazioni di ponderazione, assiologicamente connotate, dei beni costituzionalmente protetti”*, è un’idea che a me sembra profondamente sbagliata. I giudici non si confondono con gli altri “operatori istituzionali”, perché i giudici non hanno la “funzione” di “massimizzare i diritti”, ma quella di applicare obiettivamente la legge, che rappresenta non la massimizzazione di un diritto, ma la sua *disciplina equilibrata*, ossia bilanciata con gli altri interessi e diritti potenzialmente concorrenti. La logica della “massimizzazione” è popolare presso i penalisti e i tributaristi, che sono educati a concentrare la tutela dell’inquisito/ imputato/ condannato secondo un modello culturale liberale che vanta le sue glorie, ma non ha valore assoluto ed è comunque fortemente ideologico: esiste la vittima, come esistono gli interessi della collettività alla sicurezza e alla certezza della pena oppure alla giustizia impositiva e a che tutti ottemperino alla obbligazione fiscale. Massimizzare la tutela dei primi significa sacrificare la tutela dei secondi: è questo il compito del giudice? Penso di no, bilanciare gli interessi è compito del legislatore, spettando però al giudice l’impugnare la legge che fissi un punto di equilibrio pregiudizievole per qualcuno degli interessi (costituzionalmente rilevanti) in gioco.

2. *“Nessun giudice, dunque, può rivendicare per sé il monopolio della interpretazione costituzionale (sintagma che qui intendo in senso materiale, riferendolo appunto ad ogni documento – per dirla con la Consulta: sent. n. 269 del 2017 – “tipicamente costituzionale”, qual è appunto una Carta*

dei diritti); e, se ciò pretendesse, sarebbe un ingenuo o un folle”. Non discuto la pretesa “monopolistica” dell’interpretazione (che non è rivendicata dalla Corte costituzionale – vedi infatti l’invito all’“interpretazione conforme” costantemente rivolto a tutti i giudici – mentre lo è invece, per le rispettive Carte, dalla Corte EDU e dalla Corte di giustizia: e questo è un aspetto che andrebbe valutato attentamente), ma contesto la parificazione delle altre Carte alla Costituzione. Come ho già cercato di spiegare nelle mie risposte, né la CEDU né la Carta di Nizza hanno davvero carattere costituzionale (se non nel senso generico per cui anche lo Statuto del Coni ne rappresenta “la costituzione”). Non solo per le caratteristiche genetiche che la storia ha assegnato ad esse, ma anche perché dietro ad esse non c’è un legislatore democratico che possa decidere come attuarne le norme o *modificarle*: è questo un aspetto che ad un costituzionalista non può sfuggire. L’interpretazione data dai giudici e dalla Corte costituzionale ad una disposizione costituzionale non è definitiva, perché il legislatore può sempre intervenire: gli stessi meccanismi *democratici* non valgono né nella CEDU né nella UE, e ciò per la loro perdurante natura internazionalistica, che richiede sempre il consenso unanime degli Stati.

3. Che esistano “*norme self executing della Carta di Nizza-Strasburgo*” è fortemente contestabile; esistono semmai pretese delle relative Corti di accreditare una generale prevalenza e applicazione diretta delle norme dei loro rispettivi ordinamenti (norme in larga parte create da quelle stesse Corti, per di più); ma sono pretese indebite, vagamente imperialistiche, che la Corte costituzionale bene fa ad arginare e contrastare. Posso sommessamente ricordare che la *Dichiarazione relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, allegata al Tr. Lisbona, pone la regola (già anticipata nell’art. 6.2 del TUE) per cui “*La Carta non estende l’ambito di applicazione del diritto dell’Unione al di là delle competenze dell’Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l’Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati*”? La Carta dovrebbe valere come parametro di legittimità degli atti della UE (il che però è avvenuto in un numero di casi che si possono contare sulle dita di una mano monca), anche se la giurisprudenza della Corte di giustizia tende a ampliarne la funzione con la stessa progressione con cui estende l’ambito di applicazione del diritto dell’UE – ambito di applicazione che costituisce una delle nozioni cruciali e però meno definibili del diritto UE, lasciata nelle mani “espansionistiche” della Corte di giustizia (consigliabile a proposito la lettura dell’unica ricerca

sistematica di questa giurisprudenza: M.E. BARTOLONI, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli 2018). La stessa questione degli *effetti diretti* delle norme UE va rimessa dentro limiti rigorosi, che sono poi quelli tracciati dalla Corte di giustizia sin dalla mitica *Van Gend en Loos* e mai più cambiati sino agli anni più recenti: checché ne pensi la sezione tributaria della Cassazione, le direttive UE hanno effetto diretto *solo se* si abbia a che fare con norme che siano “chiare, complete e incondizionate” (che non richiedano quindi un'integrazione da parte delle autorità amministrative o legislative, altrimenti il giudice invaderebbe la discrezionalità di altri poteri dello Stato) e *purché* sia il privato a richiederne l'applicazione a tutela dei propri diritti. Per le norme del Trattato valgono condizioni più elastiche, anche se non esattamente circostanziate e quindi sempre discutibili (vedi il caso Taricco, infatti).

In altre parole, che esista un “*canone fondamentale dell'applicazione diretta che – come si sa – è l'autentico cuore pulsante dell'Unione, la ragion d'essere della sua esistenza... (che) risponde ad un preciso ed indeclinabile obbligo discendente dal principio fondamentale di cui all'art. 11 della Carta, nel suo fare 'sistema' con i principi fondamentali restanti*” a me appare un vero e proprio abbaglio. Dall'art. 11 potrà semmai essere tratto il principio della *prevalenza* del diritto della UE, sempre che esso resti nei confini delle attribuzioni conferite alle sue istituzioni (il *principio di attribuzione* è il perno del sistema dei Trattati, proprio in quanto “trattati”), ma certo non quello degli effetti diretti, che è un principio tutto giurisprudenziale escogitato per affidare ai privati il controllo sull'efficacia delle norme europee che fondino diritti individuali (si parla infatti di *private enforcement* del diritto UE).

4. È probabile che io possa apparire affetto da “*un autentico crampo mentale*” se non addirittura da “*un malinteso nazionalismo costituzionale (non meno pernicioso del nazionalismo tout court...)*”, ma forse si tratta di una reazione autoimmune al dilagante prolasso intellettuale che sembra causare la perdita della percezione di quali siano le coordinate teoriche dei rapporti tra ordinamenti e la comprensione della funzione di clausole passerella come quelle dell'art. 11 e (ora) 117.1 Cost. Non credo che la nostra Costituzione sia “*in ogni caso maggiormente attrezzata culturalmente e positivamente... rispetto alle altre Carte al fine di poter rendere un servizio adeguato ai beni della vita dei quali si reclama di volta in volta tutela*”: che significa? La

Costituzione porta i segni della cultura e dell'esperienza in cui è stata scritta, e allora? La Costituzione degli USA è ancora meno "attrezzata", in fondo. Della CEDU non parliamone, non sembra che la *sua scrittura* sia un'esplosione di senso, e nemmeno la Carta di Nizza: per non parlare dell'evidente *deficit* che esse hanno rispetto a tutto ciò che si sintetizza nell'etichetta "diritti sociali". Tutte queste carte però vivono della giurisprudenza che su di esse si forma. Debbo davvero ritenere che i giudici di Lussemburgo siano culturalmente "meglio attrezzati" dei nostri? Ma avete mai letto che cosa intendono loro per "lavoro" e per i relativi diritti? Mai sentito parlare delle sentenze *Viking, Laval, Rüffert*... Perché mai una Corte formata tutta – a causa della scarsa attenzione che vi prestano gli Stati nel nominarli – da studiosi di diritto internazionale e di diritto comunitario, fermamente convinti che l'ordinamento che amministrano debba espandersi e prevalere senza limiti, portando con sé una assurda teoria monistica degli ordinamenti e, il che ha maggior peso, la più esasperata logica liberista: perché mai una Corte del genere ci dovrebbe dare garanzie migliori di quanto possano offrirci la nostra Costituzione e i nostri giudici costituzionali? Questo mi sembra un preconcetto un po' provinciale. E non parliamo della Corte EDU e della giurisprudenza creativa che hanno prodotto giudici provenienti da 47 paesi di incerta tradizione giuridica e democratica, che sembrano più timorosi di pestare i piedi dei vari dittatori o aspiranti tali che di contraddire le scelte compiute dai nostri legislatori democratici.

Ma non è questo il mio argomento. Il punto è che non si devono abbondare gli assi portanti del *sistema giuridico*, del ruolo che in esso svolgono gli *atti* e i loro rispettivi *fondamenti*. Che UE e CEDU siano *organizzazioni internazionali*, come tali istituite da *trattati* la cui interpretazione e applicazione devono essere basate sul rigoroso rispetto del *principio di attribuzione*; e che i giudici italiani e la Corte costituzionale debbano difendere questo sistema e i limiti e le regole che ne derivano: tutto ciò a me sembra non essere sintomo di nazionalismo ma solo il modo corretto in cui un giurista dovrebbe concepire gli spazi e i ruoli. È un'impostazione costituzionale dei rapporti che corrisponde ai principi tradizionali dello Stato di diritto della cui salvaguardia i giudici dovrebbero essere i principali responsabili.

5. Su un punto però convergo con Ruggeri, ed è sul rilievo circa il pessimo stato della tecnica legislativa attuale: "*la opacità del*

linguaggio delle leggi e le loro complessive carenze risultano foriere di gravi incertezze". È verissimo, ed è la causa prima dell'incertezza del diritto e della pressione costante sui giudici perché allarghino le maglie della legge laddove essa oscura o la integrino laddove essa è assente. La pressione sociale insiste sul tessuto giudiziario cercando risposte alla domanda incessante di riconoscimento di "nuovi diritti", sollecitata soprattutto dalle nuove tecnologie, e di estensione dei diritti già riconosciuti. Al giudice si accede solo per tutelare il proprio interesse, per ampliarne la tutela; e questo "sbilancia" la risposta data dalle istituzioni: sbilancia perché il giudice non può – e non deve – sostituirsi al legislatore nell'opera di fissare il punto di bilanciamento tra gli interessi in competizione e, di conseguenza, di fornire ad essi una disciplina equilibrata (costituzionalmente equilibrata). È però anche evidente che se il legislatore non adempie al suo ruolo non per questo le rivendicazioni sociali cessano: esse si indirizzeranno ai tribunali, i quali saranno indotti a ricercare nella Costituzione i principi da cui derivare la "norma del caso". Solo un'immagine ristretta della funzione del giudice, del resto, può concepire la "applicazione della legge" come un processo che non sia mediato dalla individuazione della "norma" da applicare come premessa maggiore del sillogismo: il problema è quanto sia distante tale "norma" – prodotto dell'interpretazione – dalle disposizioni di legge. E talvolta la distanza è siderale. Ed è anche evidente che a coprire questa distanza, a confortare il percorso mentale del giudice, possa essere utile il richiamo a giurisprudenze straniere o a quelle delle corti europee. Non sto smentendo quanto sostenuto in precedenza: infatti cose ben diverse sono cercare argomenti per fornire una risposta alla parte ricorrente in assenza di una regola legislativa precisa (e costituzionalmente corretta, ovviamente), un'altra è cercare oltre confine lo stimolo per sovvertire l'equilibrio dei poteri e "liberarsi" del vincolo della legge.

6. Le conclusioni

Sono in debito di riconoscenza verso Ruggeri e Bin.

Con le loro risposte, per versi diversi appassionate, essi hanno entrambi mostrato di "interpretare" le domande loro poste nel miglior modo possibile, con generosità offrendosi vicendevolmente alle critiche anche aspre espresse, evidentemente frutto di ben radicate – e conosciute – diversità di vedute non solo e tanto sul ruolo del giudice ma, prim'ancora, sulla funzione e portata della Costituzione.

Questa logica del parlar chiaro credo sia il primo dei tanti frutti fecondi di questa conversazione a distanza, mostrando come entrambi gli accademici siano ben consapevoli della posta in gioco.

Senza infingimenti, Ruggeri mostra apertamente la sua idea di Costituzione aperta a ricevere i contributi di altri documenti dotati di portata costituzionale – le Carte dei diritti sovranazionali, essenzialmente – ed intravede nel ruolo del giudice un anello importante della catena che si compone instancabilmente dei risultati e degli apporti delle giurisdizioni, nazionali e sovranazionali, rivolti ad operazioni ermeneutiche che muovono indiscutibilmente dalla legge, ma che per effetto delle Carte dei diritti e dei *diritti viventi* sono aperti e pronti a valutare la conformità della legge a questi plurimi parametri attraverso meccanismi di varia matrice, fra i quali spicca l'interpretazione orientata alla massima protezione dei diritti della persona.

Meccanismi che per Ruggeri non sono per nulla eversivi, in quanto riconosciuti dalla Costituzione e dal “suo” giudice – appunto la Corte costituzionale – .

Non si tratta, peraltro, di una *laudatio* incondizionata al *giudiziario*. Tutt'altro!

Ruggeri mette in evidenza a quali pericoli il giudice superficiale e/ o malaccorto si espone e si è concretamente esposto oltrepassando i limiti – che pure esistono nella sua visione dell'attività interpretativa – fino a sfociare nel soggettivismo puro.

Responsabilità delle delicate funzioni esercitate, equilibrio, conoscenza matura e continua della complessità del cangiante e variegato panorama normativo e giurisprudenziale. Ruggeri appare – e si dichiara – tuttavia un inguaribile ottimista e in questo sembra nutrire egli stesso un debito per quei *piccoli* giudici comuni che, con umiltà, vestono i panni dei decisori di casi spesso difficili e complicati e si aprono al confronto senza preorientamenti, ma unicamente votati ad offrire alle persone la migliore tutela possibile.

Per questo Ruggeri si sforza di offrire consigli utili, è aperto al dialogo ed al confronto costruttivo, confidando in un giudice che sia capace di radicare “*una mentalità ispirata, a un tempo, al senso del limite ed alla consapevolezza delle risorse di mente e di cuore di cui ciascun operatore può (e deve) essere dotato e che vanno fino in fondo portate a frutto.*”

Bin muove da una prospettiva che pare profondamente ancorata a sentimenti di diffidenza verso la giurisdizione del terzo millennio. Una giurisdizione abusante, incantata oltre che da qualche cattivo maestro, soprattutto dalle sirene delle Carte sovranazionali e

dalle giurisprudenze che ne alimentano un uso incostituzionale e contrario all'art. 101 Cost., incapace di cogliere il vero ed autentico ruolo della Costituzione. Costituzione, tiene a sottolineare Bin, per nulla confondibile con le altre Carte dei diritti, non dotate di valore costituzionale, immutabili per struttura se non per effetto di nuovi trattati internazionali che presuppongono l'unanimità del consenso dei contraenti ed in ogni caso sottratte al gioco democratico della modificabilità.

Una giurisdizione comune *fuzzy* che, dice Bin, per buona parte – molti tribunali, alcune sezioni della Cassazione, compresa la sezione tributaria, per ripetere le sue espressioni – asseconda l'idea della sostituzione del dato normativo interno rincorrendo i precedenti delle corti sovranazionali e a queste ultime attribuendo un'efficacia vincolante che, paradossalmente, non caratterizza nemmeno le sentenze della Corte costituzionale.

Nessun bilanciamento spetta al giudice, essendo tale attività riservata in via esclusiva al legislatore, né il giudice può o deve tendere alla massimizzazione delle tutele dei diritti fondamentali, a pena di perdere la sua essenza che è quella di comporre interessi nel nome della giustizia.

Effimera, quindi, l'idea – proposta dal suo interlocutore Ruggeri – di una crescita della pianta dei diritti per effetto dell'interazione fra le Carte sembra dire Bin assistendosi, anzi, ad una enfattizzazione di tutele marginali da parte della Corte ed orientate massimamente a proteggere il mercato più che i lavoratori ed i loro sacrosanti diritti da parte della Corte di giustizia.

Anche Bin offre la sua ricetta al giudice, in una prospettiva rivolta al recupero di quell'autorevolezza ed autorità per buona parte perduta. Ritornare ai sacri principi della divisione dei poteri.

Molto altro, in realtà, hanno scritto Ruggeri e Bin anche quanto ai suggerimenti rivolti ai giudici.

Giudici comuni che Ruggeri sembra, in definitiva volere assolvere con formula piena e promuovere per il ruolo che essi svolgono, ma *sub condicio*, purché essi lo esercitino in modo accorto.

Giudici che Bin sembra, invece, voler condannare – con scarse possibilità di ribaltamento della decisione in appello – , magari concedendo loro le attenuanti generiche in relazione al panorama normativo che sembra costituire, ai suoi occhi, non la giustificazione di uno straripamento di potere che rimane abusivo, ma almeno la ragione che induce seppur innaturalmente il giudice a supplire alle carenze di vario ordine ascrivibili al potere legislativo.

Ed è in quest'ultimo passaggio che si intravede, in controluce, un punto sul quale Ruggeri e Bin concordano (al quale, forse, si affianca la comune preoccupazione di una congiuntura storico-politica oscura per la democrazia).

Dove sta il giusto e lo sbagliato? Bin e Ruggeri non sembrano avere dubbi. Ma la parola, ancora una volta, passa ai giudici.

Non intendo, alla fine, sconfinare dal piano dell'intervistatore a quello dell'intervistato.

Soltanto una considerazione ed una citazione a margine sento di dovere fare.

La prima con riguardo al silenzio degli intervistati sulle sentenze della Corte costituzionale che, per rimanere sul tema del ruolo della CEDU e del suo diritto vivente, hanno espressamente attribuito al giudice comune il compito di interpretare la legge in chiave convenzionalmente orientata. Agevole, sul punto, il rinvio alle numerose sentenze susseguitesi a partire dalle *gemelle* del 2007 (nn.348 e 349), ponendo espressamente l'attività interpretativa sotto la copertura di quello stesso art. 101 Cost. del quale si è più volte detto-cfr. Corte cost., n.68/ 2017, p.7 cons. in diritto, e Corte cost. n.109/ 2017, p.3.1 cons. in diritto -.

Prospettiva quest'ultima- o scivolamento, a seconda dei punti di vista - che non sembra nemmeno aliena al legislatore, il quale ha innovato la disciplina in tema di rimedi offerti al detenuto in relazione alle condizioni di sovraffollamento carcerario, imponendo al giudice di ristorare le violazioni dell'art.3 CEDU *come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*²- art.35 ter l. ord. pen. - .

La seconda riporta un passo del discorso pronunciato qualche giorno fa dal Presidente della Repubblica all'inaugurazione dei corsi di formazione della Scuola della Magistratura dell'anno 2019, ove si è affermato che "Il giudice, nel suo operare, è chiamato sovente ad effettuare un bilanciamento tra i diversi diritti tutelati dalla Costituzione e dalla legge".

Per il resto, estremamente liquido risulta lo scenario che riguarda la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed il suo ruolo, al quale pure hanno fatto rimando tanto Bin che Ruggeri.

Ma su questo occorre attendere le prossime due interviste dedicate a tale tema.

Per intanto, un grazie caloroso e sincero da parte di tutti quei piccoli giudici che sapranno fare tesoro delle riflessioni alte di due studiosi che si sono messi (anche) al loro servizio con umiltà e sincerità.

Roberto Giovanni Conti

