

*Processi giusgenerativi ed effettività della Costituzione**

Roberto Bin

1. Processi giusgenerativi

In un saggio che nella dottrina giuridica italiana non ha ottenuto la risonanza che avrebbe meritato, Robert Cover¹ proponeva una chiave di lettura dello sviluppo dell'ordinamento giuridico che mi sembra utile per affrontare il tema dell'effettività della Costituzione. La riassumo consapevolmente di banalizzare il ben più sofisticato pensiero di Cover.

La prospettiva è mirata alla produzione sociale di *sensu* di diritto e di giustizia. Il diritto – osserva Cover – è un ambiente, un «*universo normativo*» in cui siamo immersi: «*We inhabit a nomos - a normative universe*» fatto di regole di comportamento, di sensi del diritto e del torto, di giudizi espressi in termini di lecito e illecito, di valido e invalido, di ammissibile e inaccettabile. Considerato in questa prospettiva, il diritto non è solo un sistema di regole poste in qualche modo e che servono a qualificare i "fatti" della vita, ma un mondo in cui la nostra stessa vita si svolge e assume significato; e in cui le disposizioni che vogliono regolare i "fatti" sociali che sollecitano l'intervento del potere legislativo non hanno un significato proprio separato e indipendente dalle attività sociali che si sviluppano nell'"universo normativo". Detto in altri termini, non sono un "oggetto" separabile con nettezza dal "soggetto" chiamato ad applicarlo o a subirne l'applicazione².

La prima conseguenza che ne discende è che chi fa le leggi non dispone del loro significato, perché il significato dei segni non è deciso in via definitiva da chi li traccia. Questo assioma non rispecchia soltanto la classica divisione dei poteri che è alla base dello Stato di diritto, ma dà anche conto del carattere "sociale" – e un po' anarchico – del *significato* in contrapposizione al carattere "imperiale" – e gerarchicamente strutturato – della *posizione della legge*. La produzione sociale di sensi di diritto e di giustizia è ovviamente disordinata e conflittuale. La gente litiga perché solitamente coltiva percezioni e opinioni "giuridiche" contrapposte: gli eventi accaduti all'incrocio delle strade oppongono visioni della precedenza e della

* Questo scritto sviluppa alcune tesi avanzate nella relazione presentata al Convegno dell'Associazione dei costituzionalisti a Catanzaro (17 ottobre 2014) ed è in corso di pubblicazione in *Lo Stato – Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto*, 4/2015.

¹ *The Supreme Court 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative*, in 97 *Harv. L. Rev* 4 (1983-1984). Il saggio è tradotto e ottimamente introdotto da M. Goldoni in R.M. COVER, *Nomos e narrazione: una concezione ebraica del diritto*, Torino, 2008.

² Avevo cercato di sviluppare questo profilo, la non separabilità tra oggetto e soggetto dell'applicazione del diritto, in *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano, Franco Angeli, 2013.

prudenza che i due automobilisti non condividono; così come, in merito ad ogni opera pubblica di rilievo, si scontrano valutazioni inconciliabili di ciò che si deve costruire e ciò che si deve salvaguardare. È compito "imperiale" degli organi dello Stato risolvere questi conflitti, scegliendo quale visione far prevalere sull'altra: il che viene fatto per mezzo di leggi come pure attraverso gli atti di applicazione di esse, per opera dell'amministrazione o del giudice. Ma le leggi, per quanto ben formate, non bastano mai a risolvere ogni possibile conflitto al momento della loro applicazione; in questi spazi di incertezza la produzione sociale di senso si riespande e ritorna a proporre risposte tra loro inconciliabili.

E poi c'è la Costituzione.

2. *La Costituzione è di tutti*

La Costituzione rigida consente al processo giusgenerativo di non subire passivamente l'intervento "imperiale" delle leggi. Il *dura lex, sed lex* non vale più, le leggi possono essere confrontate con il senso di giustizia che vive nella società e nelle singole comunità, e possono essere contestate in forza del richiamo alla Costituzione e alle tutele che essa accorda. La struttura pluralista della Costituzione agisce proprio in questo senso, perché consente visioni diverse e in genere non sovrapponibili delle tutele che essa accorda. Vale per la Costituzione ciò che vale per ogni legge: il significato della Costituzione non è imposto con la forza, ma si sviluppa nelle varie comunità secondo il particolare *nomos* che esse condividono. Siccome la Costituzione pluralista non vuole cercare la sintesi tra interessi e principi diversi e spesso opposti, essa diventa l'approdo naturale a cui ogni segmento della società può cercare di ancorare il proprio *nomos*. Vi è una Costituzione delle femministe e quella dei sindacati, una degli animalisti e una del movimento per la vita; omosessuali, ambientalisti, taxisti e no-global, carcerati e l'autorità garante della concorrenza, così come – cambiando contesto - i penalisti, i tributaristi o i lavoristi (intesi come corporazioni accademiche), ogni segmento possiede una propria immagine della Costituzione, costruita mettendone in ordine le disposizioni secondo opzioni e precedenze che sono dettate dalla propria scala di valori. È così che si può dire, prendendo in prestito il titolo dell'importante libro di Sergio Bartole³, che *la costituzione è di tutti*.

La "comunità degli interpreti", luogo retorico e irenico di ogni visione ermeneutica del diritto, non è affatto *una* comunità, se non forse nel suo strato più rarefatto in cui si muovono gli interpreti "accreditati" che scrivono sulle riviste scientifiche. La "comunità" è fatta di tanti segmenti, spesso gli uni contro gli altri armati. Ognuno di essi coltiva una propria visione di ciò che la Costituzione significa

³ *La Costituzione è di tutti*, Bologna 2012.

e sulla base di essa individua una risposta in termini di "diritto costituzionale" ai problemi che giudica rilevanti o essenziali per il proprio *nomos*. Ma il fatto saliente è che tutti concordano nel riconoscere nella Costituzione il punto di ancoraggio della propria visione del diritto.

Si può dire che perciò essi *si riconoscono* in essa almeno nel senso della "consuetudine di riconoscimento" di Hart e MacCormick: la consuetudine «*di ricondurre tutte le questioni giuridiche in ultima istanza ai criteri e alle disposizioni poste nel documento costituzionale*»⁴. Ma il dato più significativo di questa diffusa abitudine a richiamare la Costituzione a fondamento della propria soggettiva visione dell'ordine assiologico della società, delle priorità tra principi e dei criteri di giustizia, è proprio il dato per così dire statistico: pur nella accentuata conflittualità sociale, pur nell'egoismo dell'affermazione dei propri valori, la Costituzione italiana appare essere stata assunta come la base certa delle rivendicazioni più diverse e il terreno su cui affrontare dialetticamente il proprio avversario⁵. Benché l'accentuato pluralismo sociale porti a lacerare una visione compatta e coerente della Costituzione – come potrebbe essere quella mitizzata nella teoria della costituzione materiale – ciò mostra anche la sorprendente vitalità della Costituzione. Come ha osservato giustamente Dogliani, finché la "lotta per l'interpretazione" della Costituzione è vivace, essa resta valida⁶.

Attraverso questa "lotta per l'interpretazione" i principi della Costituzione prendono progressivamente forma e si consolidano: è una lotta rivolta ad affermare la rilevanza dei propri contenuti nella interpretazione delle disposizioni della Costituzione, ma il cui effetto è anche esaltare la «*forza normativa*» di quest'ultima⁷. Esposito direbbe che è attraverso questo processo che la consuetudine agisce sul consolidamento dei principi costituzionali⁸. Senza dover accogliere la sua particolare visione delle consuetudini costituzionali, sembra certo illuminante la luce che la sua teoria getta sul processo di consolidamento di principi che non sono già tutti scritti, e a tutto tondo, nel testo costituzionale, né vengono tratti con un processo neutrale di interpretazione dalla disposizioni scritte.

⁴ N. MacCORMICK, *La morale istituzionale e la costituzione*, in N. MacCORMICK-O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, tr. it. di M. La Torre, Milano 1990, 232.

⁵ Come osserva O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano 2002, 260.

⁶ M. DOGLIANI, *La codificazione costituzionale. Diritto costituzionale e scrittura, oggi*, in *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in europa*, a cura di L. Carlassare, Padova 1998, 45 ss. (50), pubblicato anche in *Ars interpretandi* 1997, 103 SS. (108).

⁷ L'espressione è K. HESSE, *Begriff und Eigenart der Verfassung*, tr. it. di G. Repetto, in *L'unità della Costituzione. Scritti scelti di Konrad Hesse*, a cura di A. Di Martino e G. Repetto, Napoli 2014, 81 (ma le tesi erano già espresse in *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen 1959, 11 ss.).

⁸ C. ESPOSITO, *La consuetudine (dir. cost.)*, in *Encicl.dir.* IX, Milano 1961, 469 ss. (in part. II § 9).

3. Il principio si incorpora nel fatto

Il significato della costituzione si lega all'interpretazione giuridica offerta dalle comunità: la quale è interessata principalmente ai diritti e alle norme che li enunciano. Se si assume un punto di vista attento al processo giusgenerativo, dovremmo rinunciare a vedere la Costituzione secondo le coordinate storiche che ci sono abituali. Quanto Dicey afferma per marcare la differenza tra la tradizione costituzionale britannica e quella continentale perderebbe di quella nettezza che dal punto di vista storico indubbiamente ha⁹. Sarà pur vero che nella tradizione britannica la costituzione deriva induttivamente dalla tutela dei diritti che i giudici hanno progressivamente affinato, mentre in Continente la tutela dei diritti proviene deduttivamente dalle solenni dichiarazioni costituzionali: e tuttavia nell'uno e nell'altro caso sono le domande avanzate dai cittadini ad innescare il processo e a dare un senso giuridico all'affermazione di un determinato diritto. I diritti nascono comunque da un riconoscimento ufficiale – giurisprudenziale o legislativo che sia – dei risultati di un processo di produzione di senso giuridico che viene dalla società, dalle sue componenti. È questo processo a stimolare la «forza generativa» dei principi costituzionali¹⁰.

Forse l'espressione un po' equivoca e tanto discussa impiegata dall'art. 2 Cost. - «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità» – potrebbe essere riletta proprio in questo senso: la Costituzione "riconosce" i diritti che *di fatto* sono rivendicati con successo dalla società, nel suo disordinato pluralismo, e affermati come fondamentali. Non si tratterebbe quindi di un riconoscimento di diritti "precedenti", come vorrebbe la lettura più o meno dichiaratamente giusnaturalistica, ma delle rivendicazioni che emergono di continuo dalla società e chiedono riconoscimento. Che si tratti del diritto all'abitazione o della tutela delle minoranze linguistiche, dei diritti dei transessuali o delle aspirazioni delle coppie sterili, ognuna delle infinite componenti (formazioni) sociali sviluppa una propria aspettativa di tutela e ne imputa il fondamento alla Costituzione. Non sono necessariamente "nuovi" *diritti*, ma più spesso coniugazione delle vecchie libertà con nuovi *fatti*¹¹.

⁹ Sono le note affermazioni contenute nell'*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, tr. it. di A. Torre, Bologna 2003, 162 ss.

¹⁰ Come ha più volte osservato Gaetano Silvestri, in particolare in *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.* 2006, 7 ss., che giustamente sottolinea la "interiorizzazione ormai avanzata anche nella cultura legata a tradizioni di *civil law* del processo di formazione spontanea dei diritti, che trovano nelle pronunce dei giudici specifici e formali punti di emersione" (p. 17).

¹¹ Rinvio per questa tesi a *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in *Desafios para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia*, a cura di A. Peres Miras, G. Taruel Lozano, E.C. Raffiotta, Aranzadi, Madrid 2013, 91 ss.

Questo mi sembra il dato più interessante. Le rivendicazioni dei diritti, nuovi o vecchi che siano, si propongono sempre in relazione a un "fatto". Sono "fatti" specifici (una particolare configurazione dei contratti di locazione, il rifiuto di registrazione anagrafica del mutamento del sesso, la negazione di un determinato trattamento medico o la sua imposizione, il diniego della registrazione di un matrimonio contratto all'estero...) a "colorarsi" con le tinte del "diritto costituzionale" e chiedere un riconoscimento ufficiale, "imperiale", da parte dei poteri costituiti. «*Orbene – dice la Corte nella celebre e criticatissima sentenza sul matrimonio omosessuale¹² - per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico*». Non c'è alcuna istituzionalizzazione o predeterminazione delle formazioni sociali, dunque, perché esse si rivelano al momento stesso in cui i singoli convergono nella rivendicazione del riconoscimento di un diritto che è strettamente (e spesso contingentemente) connesso alla specifica situazione che li collega.

In un'altra decisione, relativa allo scioglimento del matrimonio a seguito della rettificazione anagrafica del transessuale¹³, la Corte calibra il suo ragionamento su «*quella categoria di situazioni "specifiche" e "particolari"*» delle coppie coinvolte. È questo il "fatto" in rapporto al quale la legge vigente risulta insufficiente, perché non compie un corretto bilanciamento degli interessi, troppo inflessibile nei confronti della coppia che "reclama" di essere, comunque, tutelata come «*forma di comunità... idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione*», violando così l'art. 2 Cost.

Sposarsi o vedersi riconoscere nei documenti ufficiali la propria identità sessuale non sono certo diritti "nuovi": sono piuttosto una coniugazione inedita di diritti già acquisiti con situazioni ancora non affrontate dal legislatore "imperiale", situazioni dietro alle quali emergono rivendicazioni sostenute da formazioni sociali che nella Costituzione cercano il riconoscimento della propria visione dell'assetto dei principi costituzionali¹⁴.

L'appello della Corte ad una attenta considerazione della *specificità della situazione* è indicativo. Quando si dice che i principi costituzionali sono «*fact-value complexes*»¹⁵, si indica con evidenza che ogni principio costituzionale si colora dei fatti che il nucleo sociale assume come rilevanti e che cercano una qualificazione

¹² Sent. 138/2010.

¹³ Sent. 170/2014.

¹⁴ Da qui la ricorrente domanda di accesso al giudizio davanti alla Corte da parte delle organizzazioni sociali: per es., in allegato alla sent. 170/2014, è pubblicata l'ordinanza che dichiara inammissibile l'intervento in giudizio della formazione sociale che sostiene le parti private.

¹⁵ L'espressione è di J. STONE, *From Principles to Principle*, in *Law Q. Rev.* 1981, 224 ss., 232.

agganciata nella Costituzione. Osserva Bartole che ai principi «*si fa ricorso molto di frequente in occasioni in cui l'interprete è chiamato ad un impegno particolare di adeguamento del diritto al fatto*»; «*ogni principio prende corpo e significato non nei termini di una sua astratta enunciazione, ma in rapporto a situazioni concrete di fatto, rispetto alle quali è in grado di dispiegare la sua giuridica creatività, aggiungendo ulteriori specificazioni ovvero derogando alla normativa di dettaglio già in vigore*»¹⁶.

«*Il valore si incorpora nel fatto*», come osserva Gustavo Zagrebelsky¹⁷; il processo giusgenerativo parte proprio dai fatti. I fatti entrano nel diritto costituzionale su pressione di sezioni della società che pretendono che essi conferiscano "senso giuridico" ad un determinato principio costituzionale e ricevano dalla Costituzione un riconoscimento, una qualificazione giuridica in termini di diritto costituzionalmente tutelato. I principi costituzionali, come *fact-value complexes*, sono necessariamente collegati al "contesto di applicazione", prodotto da tante condizioni di vita specifica, dallo stato delle tecnologie, dagli standard accettati dalla comunità: legandosi al contesto, i principi perdono vaghezza e acquistano maggiore precisione normativa.

4. I diritti tra giudice e legislatore

La rivendicazione sociale di un diritto può praticare due strade differenti (ma non alternative): la via legislativa o quella giurisdizionale. La *domanda* di riconoscimento del diritto può talvolta apparire la stessa, ma profonda è la differenza che intercorre tra il tipo di *risposta* che proviene dal legislatore e quella che proviene dai giudici (e varia oltretutto a seconda della giurisdizione).

I giudici devono rispondere nei limiti della domanda e questa deve essere posta nei modi fissati dalle norme processuali. Può sembrare un'osservazione banale, ma forse non lo è. Nel sistema italiano ci si può rivolgere al giudice esclusivamente per ottenere il riconoscimento di un diritto, l'estensione o un rafforzamento della sua tutela: il ricorso al giudice dà voce ad una pretesa di espansione del diritto individuale, altrimenti mancherebbe l'interesse ad agire. Il giudice è tenuto a fornire una risposta alla domanda anche in assenza di una norma espressa per il caso, non essendo ammesso il *non liquet*. Negli *hard cases*, che sono tali perché la legislazione vigente non fornisce un'espressa "norma del caso", spetta al giudice elaborarla, partendo dai principi costituzionali e sfruttando ogni fonte di argomentazione che possa essergli utile a sostenere la conclusione.

¹⁶ Le due citazioni sono tratte dalla voce *Principi generali del diritto*, in *Encicl. Dir.*, XXXV, Milano 1986, 494 ss., ora in S. BARTOLE, *Scritti scelti*, Napoli 2013, 85 (i corsivi sono aggiunti).

¹⁷ *Il diritto mite*, Torino 1992, 160.

Come osservava già Hegel¹⁸, nell'amministrazione della giustizia si realizza l'unità tra interno ed esterno, tra coscienza giuridica della società civile e l'astratta formulazione della legge. Il giudice, quindi, può apparire allo stesso tempo parte della dimensione della struttura "imperiale", di cui applica la legge, e parte della società civile e del suo "sentire collettivo": è l'interprete tanto dell'una quanto dell'altra. In ciò il giudice concorre a dar voce alla funzione giusgenerativa della società e delle sue componenti, perché nell'interpretazione non c'è soltanto la contrapposizione di *testo* e *significato*, di *disposizione* e di *norma*, ma anche quella tra *potere* e *società civile*. La giurisdizione è il momento di sintesi tra queste due dimensioni. Proporre al giudice la domanda di riconoscimento di un diritto "nuovo" – prospettando la novità dei fatti che sfidano l'assetto consolidato dell'ordinamento - significa imboccare una strada potenzialmente favorevole all'istante tutte le volte in cui la pretesa abbia con sé un sufficiente consenso sociale, poiché è dalla società civile che il giudice trae – almeno in parte e con i limiti propri dell'interpretazione di un testo - il significato delle disposizioni di legge. La strada è più agevole quando a contrastare la domanda di riconoscimento vi siano soltanto interessi pubblici astratti, che sono sì imputabili alla stessa società civile, ma ad essa possono risalire soltanto attraverso complesse mediazioni istituzionali (si pensi all'interesse generale a contenere il debito pubblico). Si fa invece più difficile quando il diritto rivendicato si scontri con gli interessi di altri privati espressamente tutelati dalla legge – legge che fissa il punto di bilanciamento di tutti gli interessi in gioco.

Se il bilanciamento fissato dalla legge gli appare iniquo - ma il testo legislativo gli impedisca un'interpretazione adeguatrice - al giudice non resta che trasferire la *sua* interpretazione di quale sia l'assetto adeguato degli interessi in una questione di legittimità costituzionale, investendone la Corte costituzionale. Anch'essa è *giudice*, anch'essa partecipa al processo giusgenerativo, alla creazione di significati: ma certo la sua maggior distanza dalla società civile erige un filtro alle continue domande dei giudici¹⁹.

¹⁸ *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 229.

¹⁹ Ancora più lontane sono le corti internazionali, come quella dell'Unione europea: benché anche ad essa i giudici possano portare le istanze di riconoscimento dei diritti, la Corte di giustizia è parte del sistema normativo di cui fa parte ed il suo "parlare dei diritti" si pone a difesa di quell'ordinamento contro le norme dei singoli Stati, piuttosto che a difesa della produzione giusgenetica della società civile. Quante volte la Corte di giustizia ha fatto valere i diritti fondamentali (vecchi o nuovi che siano) contro gli atti delle istituzioni europee, e non in riferimento alla legislazione degli Stati membri? Forse un discorso diverso può valere per la Corte EDU, anche per la possibilità che gli individui l'adiscano direttamente: ma anche in questo caso mi pare evidente che non sia il comune sentire della società civile a riempire di significati le disposizioni della Convenzione, quanto la ricerca di una linea mediana tra i livelli di riconoscimento legislativo (e giurisprudenziale) di un determinato diritto nei diversi ordinamenti giuridici nazionali. Talvolta questo produce un ammodernamento forzato degli ordinamenti più arretrati, talaltra esalta una visione assolutistica di alcuni diritti, di solito di quelli più consolidati (il diritto di proprietà, per esempio). Sul punto rinvio a *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, intervento al Convegno *L'interpretazione*

I diritti possono essere rivendicati anche attivando il circuito della politica e, quindi, della legislazione. A prima vista questa potrebbe apparire la via maestra, ma le due vie non sono complanari. La differenza è evidente: mentre al giudice si pone una domanda individuale di riconoscimento del diritto, e si ottiene una risposta altrettanto individuale (che potrà imporsi come soluzione generale solo attraverso il sistema del precedente giudiziario o persuadendo la Corte costituzionale a incidere sul tessuto legislativo rimuovendo gli ostacoli all'affermazione del diritto²⁰), al legislatore si chiede un riconoscimento in via "generale e astratta". Ma non c'è solo questo: il giudice, riconoscendo la fondatezza della pretesa dell'individuo, risponde nei termini della domanda, ossia in relazione al caso concreto. Il dispositivo della sua sentenza non potrà contenere una completa disciplina delle modalità e dei limiti di garanzia del diritto in questione, ma dirà soltanto se in quelle determinate condizioni fattuali il diritto è o meno riconosciuto e tutelato. Ogni affermazione del giudice – anche del giudice delle leggi, in fondo – è corredata dalla clausola implicita *rebus sic stantibus*. Per la legislazione è tutto diverso. Se il legislatore fa sua l'istanza sociale al riconoscimento di un diritto, produrrà una disciplina stabile dell'esercizio di quel diritto, in cui si specificheranno le condizioni e i limiti a cui esso è sottoposto. Come sempre afferma la Corte costituzionale quando rigetta la questione di legittimità, spetta al legislatore fissare i termini del bilanciamento tra un diritto individuale e gli altri diritti o interessi generali.

Dunque, mentre il giudice riceve e accoglie (se accoglie) una richiesta di tutela espressa in termini assoluti, ma circoscritta dal perimetro tracciato dalla sequenza caso-domanda-interesse ad agire, al legislatore spetta di dare al diritto in questione un riconoscimento generale ma circostanziato, cioè di affermare contestualmente il diritto e i suoi limiti. Il giudice può amministrare la concorrenza degli interessi nei termini in cui essi siano fissati dalla legge o rappresentati nel giudizio, il legislatore invece deve prefigurarsi – anche stimolato dal dibattito parlamentare – tutti gli interessi che possono essere incisi dal riconoscimento legislativo di un determinato diritto, e provvedere a regolarne il concorso. Questo può spiegare perché certe organizzazioni d'interessi (ambientaliste, dei consumatori, etico-religiose ecc.), che hanno in cura quelli che a loro appaiono "valori non negoziabili" - e sono perciò poco propense alla trattativa e alla negoziazione politica - preferiscono la via giudiziaria a quella parlamentare, la sentenza piuttosto che la legge. Preferiscono *usare* il diritto

conforme al diritto UE. *Profili e limiti di un vincolo problematico* (Rovigo, 15-16 maggio 2014) in corso di stampa negli *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*.

²⁰ In entrambi i casi la giurigenesi avrebbe compiuto la sua opera: il basso livello di prescrittività dello *stare decisis* nel nostro sistema giuridico fa sì che non tanto l'*autorità*, ma la *persuasione* riesca ad imporre l'adozione di un determinato *modello interpretativo* da parte di una pluralità di giudici. Lo stesso può valere talvolta in relazione alle "svolte" giurisprudenziali della Corte costituzionale, anch'essa tenuta a non contrastare i modelli interpretativi che s'impongono nelle giurisdizioni ordinarie (la *dottrina del diritto vivente* esprime proprio questo canone).

davanti agli organi giudiziari, piuttosto che battersi per produrlo attraverso i metodi della democrazia rappresentativa: «essi sembrano avere più fiducia in un apparato giudiziario non elettivo piuttosto che nel Parlamento»²¹. È l'affermazione incondizionata di un diritto o di un interesse quello cui mirano, non il confronto con gli altri interessi, inevitabile in un'arena politica.

Tuttavia i limiti che il legislatore pone ai diritti non possono essere arbitrari. Spetta alla Corte costituzionale verificarne la ragionevolezza: ma la Corte risponde a istanze che gli individui propongono al giudice ordinario chiedendogli di promuovere il giudizio di legittimità. La giurisprudenza costituzionale è piena di censure a bilanciamenti di interessi che il legislatore ha tracciato – talvolta maldestramente, talvolta in modo troppo rigido, talvolta senza considerare altri interessi che pure risultano coinvolti. Per ognuna di queste censure c'è, in origine, un giudice che ha accolto la contestazione mossa da un individuo, il quale ha sostenuto l'irragionevole compressione del suo diritto nella particolare circostanza descritta dal "suo" caso.

La continuità dell'antagonismo dialettico tra la percezione sociale del significato di 'giustizia' nella situazione particolare e la regolazione stabilita in generale dal potere legislativo è così assicurata. Il giudice spinge verso l'allargamento della tutela del diritto individuale (non sempre, ma nella maggioranza dei casi), la legge ne segna invece il limite, il punto in cui la tutela cede alla garanzia di altri interessi. Le formazioni sociali che si coagulano nella rivendicazione di un "nuovo" diritto bussano alla porta dei giudici per chiedere un riconoscimento sia pure delimitato dalle particolarità del caso concreto, della "specificità" e "particolarità" della situazione. Più riescono a delimitare il caso e a abbassare il carattere ideologico della loro richiesta di riconoscimento, meno corrono il rischio di far irrigidire il giudice, il quale giustamente può temere di sconfinare dall'ambito della giurisdizione²². In alternativa, le formazioni sociali possono innescare una battaglia politica per il riconoscimento per legge delle loro pretese, ma essa mobiliterà tutti gli interessi antagonisti, che spingeranno per una delimitazione (se non per il disconoscimento) del diritto invocato.

Quando la risposta legislativa finalmente arriverà e le visioni concorrenti e confliggenti dei principi costituzionali avranno ricevuto una selezione "imperiale" imposta dall'autorità politica, la questione non sarà affatto chiusa. Frutto di una

²¹ F. FUREDI, *Consuming Democracy: Activism, Elitism and Political Apathy*, in *The European Science and Environment Forum online*, 15 November (la tr. è mia).

²² Si possono ricordare *self-restraint* storici, come quello della Cassazione del 1906 di fronte alla rivendicazione del diritto elettorale da parte delle donne ("riforme di questa natura nella sfera del pubblico diritto non possono senza una lunga e studiata preparazione e senza una matura ponderazione di tutte le conseguenze che in qualunque senso potranno da esse derivare e ripercuotersi su tutta la vita dello Stato") o quella, molto più recente, ma non distante come impostazione, della Corte costituzionale in materia di matrimonio omosessuale (sent. 138/2010).

mediazione politica tra istanze contrastanti, *tutte* però sostenute con un preciso appello alla Costituzione, la legge riconoscerà margini limitati e condizionati al diritto rivendicato, innescando una nuova battaglia sociale e legale per oltrepassarli. In origine si trattava di rimuovere gli ostacoli che gli apparati pubblici o gli interessi privati opponevano di fatto all'esercizio in concreto del diritto; ora invece l'obiettivo diventa la rimozione dei limiti posti dalla nuova legge all'esercizio del diritto, dei quali si contesta la razionalità, la ragionevolezza o la proporzionalità. Come in precedenza, tribunali amministrativi e giudici ordinari non basteranno a soddisfare la domanda degli individui. Spesso possono agire in via d'interpretazione, adeguando il significato delle disposizioni legislative alla coscienza sociale; altre volte a loro è richiesto essenzialmente di essere il tramite per il giudizio della Corte costituzionale, alla quale devono indicare in quale direzione la disciplina normativa andrebbe modificata. Di nuovo si manifesterà il ruolo dei giudici quale tramite tra la giurigenesi sociale e la produzione normativa dell'autorità legislativa.

5. *La forza generativa dei principi costituzionali*

Quale sia la via prescelta per la rivendicazione di un diritto, è il richiamo ai principi costituzionali che conferisce forza alla pretesa. La Costituzione è richiamata come parametro di giudizio davanti ai giudici, come fonte di legittimazione che si ha l'obbligo di rispettare e attuare davanti agli organi politici. Nell'uno e nell'altro caso i principi costituzionali non sono richiamati nella loro astrattezza per essere applicati direttamente a un rapporto sociale; essi fungono piuttosto come schema giustificativo di una nuova norma di cui si propone l'introduzione. Sotto questo profilo poco importa che la rivendicazione sia proposta ad un giudice o promossa in sede politica: l'obiettivo è pur sempre l'introduzione di una regola nuova, una regola che concretizza il principio in una fattispecie normativa. In un caso sarà una regola di diritto elaborata in via interpretativa (direttamente dal giudice o attraverso l'intervento della Corte costituzionale) come premessa maggiore del sillogismo giudiziario; nell'altro caso sarà invece una regola legislativa attraverso la quale il legislatore tratterà il bilanciamento tra il principio invocato e gli altri principi concorrenti. Ma quello che maggiormente rileva è che in entrambi i casi questa regola sarà costruita attorno ad una fattispecie innovativa – innovativa perché stimolata da “fatti” nuovi per cui una specifica sezione della società ha reclamato una tutela costituzionale.

La «*forza generativa dei principi costituzionali*» – per usare la terminologia di Silvestri²³ - consiste proprio nella loro capacità di concretizzarsi in regole giuridiche sempre nuove, in costante adeguamento al mutamento sociale o tecnologico. Ce lo ha spiegato molto bene la stessa Corte costituzionale nella storica giurisprudenza

²³ Vedi la precedente nota 10.

sull'anacronismo legislativo²⁴. L'evoluzione dei costumi e delle conoscenze scientifiche hanno portato la Corte a dichiarare l'illegittimità costituzionale di norme non più adeguate, spesso con dei *revirement* espliciti, alcuni dei quali sono rimasti giustamente celebri²⁵. I "fatti" catalizzano i principi, li fanno scendere dal piano dell'annunciazione incondizionata di un *favor* a quello di fattispecie regolativa del bilanciamento tra interessi diversi: innumerevoli fattispecie quanti sono i "fatti", per ognuno dei quali va fissato il punto di equilibrio tra interessi concorrenti.

La "forza generativa" dei principi costituisce la misura dell'effettività della Costituzione. Ogni sentenza di un giudice, non solo della Corte costituzionale, ogni atto del potere legislativo può, che lo dica espressamente o meno, costituire un momento in cui uno o più principi costituzionali si concretizzano in una regola, per lo più cercando un bilanciamento tra essi, entrando in contatto con un "fatto" sino allora non compiutamente regolato. Così i principi "esplodono" in una nebulosa di regole ed esse offrono una risposta alle domande - sempre nuove - che sezioni della società - sempre diverse - propongono in sede politica o in quella giudiziaria. Domande e risposte parlano il linguaggio dei principi costituzionali. Benché la lacerazione del tessuto sociale possa far emergere la conflittualità tra visioni e valori diversi, sinché sarà nella Costituzione che si radica il principio di ogni domanda e di ogni risposta, essa mostrerà la sua vitalità e una effettività indiscutibile. Benché sia affermazione comune che la carta costituzionale è stata il frutto di un compromesso, questo non ha generato - come pure per molti anni si è detto e ripetuto - alcun consenso in merito alle priorità tra valori, ideologie e principi: la società era divisa allora come lo è oggi, ma allora come oggi vige, nei fatti anzitutto, un accordo a cercare nel perimetro della Costituzione pluralista e nelle sue procedure la soluzione dei conflitti. Probabilmente è vero che la propensione della Corte costituzionale e dei giudici ordinari a ragionare sempre più di ragionevolezza e di bilanciamento sia venuta via via allentando i nessi che originariamente legavano la "costituzione formale" al suo sostrato materiale, al "patto costituzionale" da cui un processo di decontestualizzazione ha ormai affrancato l'interpretazione del testo²⁶: quello che conta è che così si è spostata la fonte di legittimazione e la garanzia di effettività della Costituzione dalla "decisione" storica alla sua capacità di fornire risposte quotidiane al disordinato sviluppo sociale. Non è dai sommi principi

²⁴ In tema cfr. A. CERRI, *Sindacato di costituzionalità*, in *Enc. Giur.*, XXVIII, Roma, 1992, 23 ss.; M. AINIS, *Sul rilievo dei «fatti» nel giudizio di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*

²⁵ Celebre è precedente la svolta giurisprudenziale in tema di adulterio femminile, tra le sent. 64/1961 e la sent. 126/1968. Ma non meno netto è il *revirement* pronunciato dalla sent. 133/1970 in materia di obbligo di alimenti, dalla sent. 153/1979 in tema di successione del binubo, dalla sent. 6/1980 sulla pensione di reversibilità, dalla sent. 134/1985 sul disconoscimento di paternità, o dalla sent. 179/1988 sul sistema tabellare per le malattie professionali.

²⁶ In questi termini cfr. G. BARCELLONA, *Metamorfosi della sovranità e strategia dei diritti*, Troina (EN) 2010, 83 ss.

e dai fatti storici che la Costituzione trae la sua linfa, ma dai "fatti" che la società di continuo confronta con i suoi principi. In questo senso ha ragione Barbera quando invita ad allargare i confini della «*base materiale*» della Costituzione, andando oltre le forze politiche che le hanno dato vita o la sostengono²⁷. Infatti vengono in rilievo anche altre «*forze sociali e culturali*» che vanno a costituire la «*base legittimante*» dell'ordinamento costituzionale. Ma forse l'idea che ciò riguardi solo le forze sociali "dominanti" – sia di maggioranza che di opposizione - e che esse rappresentino la base materiale dell'ordinamento costituzionale, che concorrono a formare sia privilegiando certe interpretazioni del testo piuttosto che altre, sia producendo direttamente «*norme materialmente costituzionali*» è ancora troppo legata all'immagine del "patto costituente", ripopolata dagli incerti profili delle "forze egemoni", e opera una semplificazione irenica della complessità della produzione sociale del diritto. E pone il non trascurabile problema del modo in cui tali forze, i loro accordi, le loro prassi, producano diritto²⁸.

²⁷ A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e testi costituzionali*, in *Quad. cost.* 2010, 326.

²⁸ A questo problema ho dedicato *I fatti, le norme e la responsabilità dell'interprete*, in *Scritti in onore di Gustavo Zagrebelsky* (in corso di stampa).