



2015 FASC. I

(ESTRATTO)

ALESSANDRO MORELLI

I DIRITTI SENZA LEGGE

26 GENNAIO 2015

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Alessandro Morelli

I diritti senza legge*

«CREONTE

Molti gli ordinamenti: ma chi ordina?

EMONE

Anche se non fossi tuo figlio, direi: tu.

CREONTE

Dunque, se spetta a me, sia a modo mio.

EMONE

A modo tuo, purché sia il modo giusto»¹.

ABSTRACT: Rights without regulation

The article analyses the possibility to outline protected positions in absence of a corresponding legal provision or also in contrast with other legal provisions. In particular, the author reflects on the ancient issue of the possible contrast between pre-existing fundamental rights and law enacted by public bodies, also represented in Antigone's tragedy. The article continues with an excursus on the codification-process of fundamental rights, both from a national and from an international point of view, followed by a focus on the position of irregular-immigrants and LGBTI persons. An additional paragraph is dedicated to the "rights without regulation in absolute terms", such as the "right to live in a couple-condition", the "right to refuse sanitary treatments", the right to access to internet, the right to be forgotten.

SOMMARIO: 1. Diritti senza legge: un antico dilemma e la prospettiva dello Stato costituzionale. – 2. Il "paradigma separatista" e la complessa trama dei rapporti tra legge e diritti. – 3. I diritti senza legge in senso relativo (la condizione degli stranieri irregolari e i diritti delle persone LGBTI). – 4. I diritti senza legge in senso assoluto (il «diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia», il «diritto al rifiuto delle cure», il diritto fondamentale di accesso a Internet, il diritto all'oblio). – 5. Il dialogo tra Antigoni e l'incomunicabilità con Creonte: la moltiplicazione dei materiali normativi internazionali e sovranazionali, l'insufficienza della legge e la crisi delle istituzioni di rappresentanza politica.

1. *Diritti senza legge: un antico dilemma e la prospettiva dello Stato costituzionale*

L'evocativo titolo della relazione rinvia ad un campo d'indagine pressoché sconfinato.

* Testo riveduto e ampliato della relazione presentata alle Giornate di studio su *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Messina, 21-22 novembre 2014.

¹ B. BRECHT, *Antigone*, in M.G. CIANI (a cura di), SOFOCLE, ANOUILH, BRECHT, *Antigone. Variazioni sul mito*, Marsilio, Venezia 2000, 154.

Il riconoscimento dell'esistenza di "diritti senza legge" esprime, innanzitutto, l'idea che sia possibile riscontrare determinate situazioni giuridiche soggettive *a prescindere* dalla legge ed eventualmente anche *contro* le determinazioni di quest'ultima. Questione che rimanda all'antico problema dei limiti che possono essere imposti al potere politico e alla sua proiezione sulla sfera delle fonti del diritto; tema che, com'è noto, ha trovato e continua a trovare innumerevoli traduzioni e a suscitare problemi ancora non risolti nella stessa dimensione della democrazia costituzionale contemporanea, ove pure sembrerebbe essersi definita la più evoluta forma di composizione tra diritto naturale e diritto positivo².

² Su tale composizione cfr. A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994, 11 ss. e 288 ss. In generale, la letteratura sui caratteri dello Stato costituzionale è pressoché sterminata: si rinvia, anche per ulteriori riferimenti, almeno a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino 1992, spec. 39 ss.; P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 2005, 7 ss.; G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Giappichelli, Torino 2005, 9 ss. e 117 ss.; L. LANFRANCHI (a cura di), *Lo Stato costituzionale. I fondamenti e la tutela*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 2006. Per un approccio filosofico al tema cfr. G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Dedalo, Bari 1997, spec. 15 ss. In una prospettiva storiografica, sul ruolo del diritto naturale nella definizione della categoria moderna dei diritti umani cfr. V. FERRONE, *Storia dei diritti dell'uomo. L'illuminismo e la costruzione del linguaggio politico dei moderni*, Laterza, Roma-Bari 2014, 5 ss.; con particolare riguardo all'esperienza tedesca, G. GOZZI, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Laterza, Roma-Bari 1999.

Sul costituzionalismo si vedano, poi, oltre al classico di C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), trad. it., il Mulino, Bologna 1990, M. FIORAVANTI, *Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Giappichelli, Torino 1993; M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna 1994; A. BARBERA (a cura di), *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Laterza, Roma-Bari 1997; G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Laterza, Roma-Bari 2000; G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2005; G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009; N. MATTEUCCI, *Breve storia del costituzionalismo*, Morcelliana, Brescia 2010; C. MARTINELLI, *Le radici del costituzionalismo. Idee, istituzioni e trasformazioni dal Medioevo alle rivoluzioni del XVIII secolo*, Giappichelli, Torino 2011; G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012; G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, Laterza, Roma-Bari 2013; G. AZZARITI-S. DELLAVALLE, *Crisi del costituzionalismo e ordine giuridico sovranazionale*, ESI, Napoli 2014; S. PRISCO, *Costituzione, diritti umani, forma di governo. Frammenti di un itinerario di studio tra Storia e prospettive*, Giappichelli, Torino 2014, 3 ss.; ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2011. Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*, Atti del XXVI Convegno annuale, Torino, 27-29 ottobre 2011, Jovene, Napoli 2014; ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 2012. Costituzionalismo e globalizzazione*, Atti del XXVII Convegno annuale, Salerno, 22-24 novembre 2012, Jovene, Napoli 2014.

Sul concetto di costituzione cfr., tra gli altri, C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI (1962), 140 ss.; M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, FrancoAngeli, Milano 1982; M. FIORAVANTI, *Costituzione*, il Mulino, Bologna 1999; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, il Mulino, Bologna 2004; G. FERRARA, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli, Milano 2006;

Il contrasto tra legge e diritti riflette una condizione della dimensione umana prodottasi in epoche e contesti storici anche molto distanti e diversi. Si tratta di una contrapposizione che ha trovato forse la sua più celebre e suggestiva rappresentazione nel mito di Antigone, straordinaria espressione del dilemma che ogni organizzazione politica si trova a dover affrontare nel momento in cui il comando del sovrano si ponga in contrasto con principi etici diffusamente avvertiti come superiori al diritto positivo, ponendosi così il problema della sua stessa legittimazione³. Un dilemma che si sviluppa nelle posizioni antitetiche dei due protagonisti della tragedia sofoclea, non a caso rappresentati in modo anche molto diverso sia nelle molteplici letture che sono state date all'opera del tragediografo ateniese sia nelle successive rivisitazioni della storia proposte da poeti e drammaturghi di ogni epoca⁴.

In ogni caso, qualunque interpretazione si voglia dare al mito, la triste fine di Creonte e di Antigone pare esprimere un monito ancora attuale, rappresentando la difficoltà e, al tempo stesso, la necessità di perseguire una conciliazione delle non sempre coincidenti esigenze della legge e dei diritti⁵.

A. SPADARO, *Costituzione (Dottrine generali)*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di Diritto pubblico*, II, Giuffrè, Milano 2006, 1630 ss.; P. NICOSIA, *La Costituzione*, in L. VENTURA-P. NICOSIA-A. MORELLI-R. CARIDÀ, *Stato e sovranità. Profili essenziali*, Giappichelli, Torino 2010, 63 ss.; F. RIMOLI, *L'idea di costituzione. Una storia critica*, Carocci, Roma 2011.

³ Come scrive F. OST [*Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, (2004), trad. it., il Mulino, Bologna 2007, 178], è «incontestabile che l'opera approfondisce con grande efficacia l'interrogativo che una società affronta in certe circostanze, a proposito della legittimità del diritto applicabile». In tal senso, l'*Antigone* si pone anche come il «modello ineguagliato, cento volte riprodotto, mai esaurito, della resistenza al potere» (*ivi*, 173). In tema cfr., da ultimo, A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello stato costituzionale*, Giuffrè, Milano 2006, 1 ss.; sulla resistenza si rinvia ora a L. VENTURA, *Il diritto di resistenza*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Catanzaro) 2014.

⁴ Per un quadro delle varie interpretazioni dell'*Antigone* si rinvia al classico di G. STEINER, *Le Antigoni* (1984), trad. it., Garzanti, Milano 2003. Nel complesso, G. ZAGREBELSKY [*Il diritto di Antigone e la legge di Creonte*, in I. DIONIGI (a cura di), *La legge sovrana. Nomos basileus*, III ed., Bur, Milano 2008, 31] individua tre orientamenti ai quali sarebbero riconducibili tutte le interpretazioni politico-giuridiche dell'opera: «(a) Creonte è l'arbitrio, Antigone la resistenza all'arbitrio; il primo rappresenta il male della forza cieca, la seconda il bene della legge morale; (b) Creonte sostiene le buone ragioni del governo della città e Antigone le buone ragioni della pietà familiare; entrambi, per la loro parte, pur nel contrasto mortale, sono nel giusto; (c) Creonte e Antigone, nonostante le loro buone ragioni, sono entrambi nel torto in quanto procedono verso il loro fine e la loro fine, ignorando completamente le ragioni l'uno dell'altra e l'altra dell'uno».

⁵ Scrive, in tal senso, ancora G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 51: «*Antigone* ci dice dunque che la vita della città non può essere semplificata. Essa rovina su se stessa se le plurime istanze di vita tradizionale, in questo senso conservatrici (anche le più sante, come i legami del sangue o la pietà verso gli dèi), non si coordinano con le istanze innovatrici. E dice anche però, d'altra parte, che la stessa cosa accade se il governo si perde in una vertigine d'onnipotenza. Perché due sono i pilastri della convivenza tra gli esseri umani: il diritto e la legge. Il diritto senza legge è cieca conservazione; la legge senza diritto è puro potere dispotico. In questo noi scorgiamo il monito

In premessa occorre chiarire, tuttavia, a quale concetto di legge e a quale concetto di diritti intendiamo fare riferimento: se alla legge in senso tecnico, ossia a quell'atto normativo che porta il *nomen iuris* di legge, o, in senso lato e atecnico, ad ogni disciplina prodotta da organi dotati di potestà normativa, e ancora se a tutti i diritti o soltanto a quelli "fondamentali".

Nella prospettiva di un'analisi di diritto costituzionale risulta più interessante il riferimento alla legge intesa in senso tecnico, per la centralità che storicamente tale fonte ha assunto nella cornice dello Stato di diritto, salvo poi volgere lo sguardo anche ad altre fonti che, in misura pure considerevole, disciplinano o aspirano a disciplinare oggi i diritti. Per quanto riguarda, invece, il secondo termine della dialettica oggetto d'esame, appaiono, almeno a prima vista, degne di particolare attenzione quelle situazioni giuridiche soggettive che pretendono di imporsi alla legge in quanto rispondenti ad istanze ritenute, per qualche ragione, a quest'ultima superiori.

Non si può trascurare, però, che quando si fa riferimento alla categoria dei "diritti fondamentali", si entra in contatto con quello che è stato definito un «*essentially contested concept*»⁶, non riscontrandosi nella discussione scientifica e nel dibattito pubblico un minimo comune denominatore semantico tra i diversi impieghi del termine. La stessa identificazione dei diritti fondamentali incontra, del resto, serie difficoltà sia dal punto di vista teorico generale che da quello dogmatico.

Nella prospettiva della teoria generale, infatti, ogni tentativo di dare alla categoria una definizione puramente formale (come, ad esempio, quello sviluppato nell'ampia ed articolata ricostruzione di Ferrajoli⁷) sembra non riuscire a superare completamente la forte connotazione assiologica della stessa nozione, che implica sempre scelte

duraturo di Antigone. Se non ci rendiamo consapevoli di questo doppio lato della nostra convivenza, l'equilibrio verrà rotto».

⁶ La formula, com'è noto, è di W.B. GALLIE, *Essentially Contested Concepts*, in *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56 (1955-1956), 167 ss., pubblicato anche in M. BLACK (ed.), *The Importance of Language*, Cornell University Press, Ithaca-London 1976, 121 ss. Con essa si intende denotare quei concetti per i quali non sarebbe possibile riscontrare, negli usi che ne vengano fatti, un nucleo semantico comune, il che renderebbe impossibile un reale confronto tra i sostenitori dei diversi significati: per la definizione della formula dei "diritti fondamentali" come un *essentially contested concept* cfr. T. MAZZARESE, *Diritti fondamentali*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, I, Giappichelli, Torino 2012, 180 s.

⁷ Dell'Autore si veda, oltre a *Diritti fondamentali*, *I diritti fondamentali nella teoria del diritto*, e *I fondamenti dei diritti fondamentali*, tutti in ID., *Diritti fondamentali*, Laterza, Roma-Bari 2001, rispettivamente 5 ss., 121 ss. e 279 ss., la monumentale opera *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia* (1. *Teoria del diritto*, 2. *Teoria della democrazia*, 3. *La sintassi del diritto*), Laterza, Roma-Bari 2007-2009.

discrezionali dell'osservatore di turno, fondamentalmente dettate dalle sue ispirazioni culturali e ideologiche⁸.

Nella prospettiva della dogmatica giuridica⁹, d'altro canto, non risulta affatto agevole la ricostruzione della categoria in esame, anche guardando ai cataloghi di diritti presenti nelle Costituzioni democratiche contemporanee e nelle varie Carte internazionali e sovranazionali che sono state redatte dal secondo dopoguerra ad oggi. Limitando pure l'attenzione alla sola legge fondamentale nazionale, infatti, sembrano ricorrere sempre due questioni di fondo: se tutti i diritti indicati in Costituzione siano, per ciò solo, fondamentali o se sia possibile distinguere, ed eventualmente sulla base di quale criterio, tra diritti fondamentali e diritti non fondamentali; se oltre a quelli espressamente riconosciuti dalla Carta possano darsi anche altri diritti fondamentali¹⁰.

La seconda questione è stata affrontata dalla dottrina soprattutto nel contesto del dibattito sulla natura "aperta" o "chiusa" della categoria dei diritti inviolabili dell'uomo richiamati dall'art. 2 Cost.; tema sul quale non è qui possibile, e forse nemmeno utile, tornare, limitandoci a riconoscere che la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza hanno accolto una lettura non restrittiva del dettato costituzionale, ammettendo l'ingresso di situazioni giuridiche soggettive di rilievo costituzionale non espressamente previste dalla Carta, ma pur sempre riconducibili alla trama normativa della legge fondamentale, per il fatto di essere declinazioni della dignità umana¹¹.

L'analisi storica, d'altro canto, aiuta, ma suscita ulteriori problemi.

Benché ovviamente non nascano dal nulla, i diritti fondamentali sono prodotti dell'epoca moderna¹². Nella quale, come ricorda Caretti, si possono riscontrare tre principali modi di intendere origini e natura dei diritti fondamentali e altrettanti – e corrispondenti – modi di concepirne gli strumenti di tutela: l'«approccio *storicistico*», che trova nell'esperienza costituzionale inglese la sua dimensione più congeniale, secondo

⁸ Cfr., in tal senso, ancora T. MAZZARESE, *Diritti fondamentali*, cit., 181.

⁹ Fatta propria, ad esempio, da R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), trad. it., il Mulino, Bologna 2012.

¹⁰ *Ivi*, 80 ss.

¹¹ La letteratura, in tema, è molto ampia: si vedano almeno A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali*, Zanichelli-Soc. ed. del Foro It., Bologna-Roma 1975, 80 ss. per la tesi della formula dei «diritti inviolabili» come fattispecie aperta; in senso opposto, soprattutto, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna 1984, 54 ss.; A. PACE, *Problemativa delle libertà costituzionali. Parte generale*, Cedam, Padova 2003, 20 ss., e P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino 2011, 173 ss.

¹² Così G. PECES-BARBA MARTÌNEZ, *Teoria dei diritti fondamentali* (1991), trad. it., Giuffrè, Milano 1993, 95.

cui i diritti di libertà sarebbero il «frutto dell'evoluzione storica dei rapporti sociali e politici che caratterizzano la vita dei diversi ordinamenti statuali»¹³; l'«approccio *individualistico*», che trova il suo «punto di riferimento paradigmatico» nell'esperienza della Francia rivoluzionaria e per il quale i diritti di libertà preesisterebbero alla formazione dello Stato e sarebbero «sostanzialmente indifferenti agli sviluppi sociali, economici e politici», qualificandosi essenzialmente come «*diritti naturali*» spettanti a ciascun individuo in quanto tale¹⁴; l'approccio «*statualistico*», alla base dell'esperienza dello Stato liberale ottocentesco dell'Europa continentale, che «pone al centro del riconoscimento dei diritti di libertà lo *Stato*», grazie al quale, in via esclusiva, i diritti nascerebbero e potrebbero affermarsi come «vere e proprie posizioni soggettive giuridicamente tutelabili» e sarebbe, dunque, solo lo Stato che ne potrebbe determinare «il contenuto, i limiti, i meccanismi di garanzia»¹⁵. Tre diversi modi di intendere i diritti (come *diritti consuetudinari*, come *diritti naturali* e come *diritti legislativamente definiti*) a cui corrisponderebbero altrettanti metodi di tutela, rispettivamente incentrati sul ruolo del giudice, nel primo caso, e su quello della legge, intesa ora come mezzo di riconoscimento di diritti preesistenti, nel secondo caso, ora come *fonte e limite* dei diritti, nel terzo¹⁶.

La prospettiva dello Stato costituzionale tende a combinare i tre orientamenti sopra richiamati: se, infatti, fin dalle sue origini, il costituzionalismo americano mostra elementi propri di tutti i suddetti approcci, il costituzionalismo francese abbandona la logica storicistica, ma tende a conciliare l'approccio individualistico con quello statualistico. Ne deriva, in quest'ultimo caso, una concezione della Costituzione come programma politico la cui attuazione spetterebbe ai pubblici poteri e, soprattutto, al legislatore. Un modello che, consolidatosi nei suoi connotati statualistici, avrebbe influenzato, in seguito, le Costituzioni liberali europee della metà del XIX secolo, compreso lo Statuto albertino¹⁷.

È noto il percorso storico che condusse successivamente dallo «statualismo temperato» a quello totalitario, determinando così il declino del modello; così come altrettanto note sono le tragiche vicende che portarono alla rinascita del costituzionalismo, in una versione profondamente aggiornata, nel secondo dopoguerra.

¹³ *I diritti fondamentali*, cit., 3.

¹⁴ *Ivi*, 5.

¹⁵ *Ivi*, 6.

¹⁶ *Ivi*, 7.

¹⁷ *Ivi*, 10 ss.

Quel che importa qui sottolineare è il carattere “misto” dello stesso costituzionalismo contemporaneo, nel quale risultano compresenti elementi tanto del costituzionalismo americano (quali l’idea di Costituzione come «*fonte e garanzia dei diritti di libertà*», l’adozione di una Costituzione rigida e di un controllo di legittimità costituzionale contro gli eventuali abusi del legislatore), quanto di quello francese (l’idea della Costituzione come *programma politico*)¹⁸. In tale contesto si inseriscono i diritti, che si configurano, come è noto e secondo una distinzione pur ampiamente criticata¹⁹, sia come libertà negative che come libertà positive.

2. Il “*paradigma separatista*” e la complessa trama dei rapporti tra legge e diritti

Sullo sfondo del complesso quadro che si è sommariamente tratteggiato è possibile collocare la trattazione dei diritti senza legge.

La consapevolezza della molteplicità delle “anime” dei diritti riconosciuti e tutelati nell’ambito della democrazia costituzionale conduce a respingere ogni forma di semplificazione del rapporto tra legge e diritti, a cominciare da quella che potrebbe risultare dall’affermazione di una sorta di “paradigma separatista”. Si allude, in particolare, alla ricostruzione proposta da un’autorevole dottrina, secondo cui nella prospettiva dello Stato costituzionale la dialettica tra *lex* e *iura* sarebbe stata risolta nella «capitale distinzione tra la legge, come regola posta dal legislatore, e i diritti umani, come pretese soggettive assolute, valide di per sé, indipendentemente dalla legge»²⁰.

L’affermazione, in sé corretta, offre però soltanto uno spaccato di una realtà ben più complessa, il quale, se estrapolato dall’intero contesto ordinamentale, rischia di ispirare ricostruzioni riduzionistiche delle dinamiche dello Stato costituzionale. In particolare, il pericolo è quello di rappresentare la separazione come *indipendenza* dei diritti dalla legge, nonché di suggerire l’idea per cui *i diritti stessi potrebbero trovare una protezione adeguata e sufficiente nei soli strumenti della giurisdizione, posta in una permanente condizione di militante antagonismo rispetto al potere legislativo.*

¹⁸ *Ivi*, 15 s.

¹⁹ Sul punto cfr., per tutti, C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli, Torino 2000, 12 ss.

²⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 57.

Il rischio insito in concezioni più o meno esplicitamente orientate in tal senso non è tanto quello di una degenerazione dello Stato costituzionale in Stato giurisdizionale, attesa la difficile configurabilità di un “governo dei giudici” in senso tecnico, bensì, all’opposto, quello di un abbassamento del livello di tutela degli stessi diritti (ancor più di quelli “nuovi” per i quali si richiede oggi riconoscimento e garanzia), che, in molti casi, se non in tutti, aspirano a trovare protezione proprio nella legge.

Del resto, come ancora di recente ha ricordato Bin²¹, le risposte che possono dare il giudice e il legislatore ad una domanda di riconoscimento di un diritto sono profondamente diverse. Nonostante le pur notevoli differenze che distinguono i vari tipi di organi giurisdizionali, in generale, il giudice è confinato entro i limiti impostigli dal principio della domanda, deve tenere conto degli argomenti di eventuali controinteressati e, per l’operare del divieto del *non liquet*, è sempre tenuto a dare una risposta, anche quando la «norma del caso» non sia rinvenibile nella legislazione vigente, dovendo egli, in queste occasioni, elaborarla partendo dai principi costituzionali e impiegando ogni possibile argomentazione persuasiva utile alla decisione. Di contro, il legislatore può dare al diritto un riconoscimento in via «generale e astratta», producendo una disciplina stabile e non strettamente legata alle condizioni fattuali relativamente alle quali, invece, il giudice può riconoscere e tutelare il diritto medesimo.

In parte diversa è la posizione del Giudice delle leggi, le cui pronunce, tuttavia, anche quando hanno efficacia generale, sono sempre condizionate dal caso da cui originano, che, com’è stato detto, è una sorta di «occhiale» che la Corte costituzionale indossa «per osservare la realtà dell’ordinamento»²².

In generale, tuttavia, la differenza tra legislatore e giudice va tenuta presente, senza poter ritenere fungibili le due posizioni, perché entrambi gli operatori istituzionali risultano indispensabili nella dimensione della democrazia costituzionale, dovendosi muovere il primo, almeno di regola, sul piano della normazione generale e astratta e, il secondo, sempre di regola, su quello dell’applicazione del diritto nei casi particolari e concreti.

²¹ *Nuovi diritti e vecchie questioni*, in A. PÉREZ MIRAS-E.C. RAFFIOTTA-G.M. TERUEL LOZANO (a cura di), *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Vida y Ciencia*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2013, 97.

²² Così M. LUCIANI, *Considerazioni sul tema*, in *Giudizio “a quo” e promovimento del processo costituzionale*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Giuffrè, Milano 1990, 292.

Tale assunto trova ragioni di conferma in un connotato riscontrabile, come si vedrà meglio di qui a breve, in buona parte, se non in tutti, i “nuovi diritti”, ossia la loro struttura di “diritti a prestazione”. Anche quelle che *sembrano* porsi come (nuove) libertà negative esigono, infatti, per il loro concreto esercizio, prestazioni e interventi attivi da parte dei pubblici poteri (o di altri soggetti che ne facciano le veci). In tal senso depone, del resto, la formula della lett. *m*) dell’art. 117, comma 2, Cost., secondo la quale, com’è noto, lo Stato esercita (*rectius: deve esercitare*) la funzione legislativa esclusiva ai fini della determinazione dei «livelli essenziali» delle prestazioni concernenti non soltanto i diritti sociali, ma anche quelli civili.

Muovendo dalla considerazione di questo carattere, il problema centrale non sembra essere tanto quello di trovare eventuali controinteressati al riconoscimento del nuovo diritto e, una volta appurata l’assenza di questi ultimi, consentire senza indugi l’ingresso del diritto la cui protezione si richieda, non ostandovi altro limite apprezzabile²³. Al contrario, se il riconoscimento di ogni nuovo diritto comporta sempre, in qualche misura, l’erogazione di servizi necessari al suo esercizio, *l’ingresso nell’ordinamento del diritto medesimo non può che derivare da una precisa scelta politica* che la qualificazione del diritto come fondamentale o inviolabile intenderebbe in qualche modo vincolare od orientare. Da questo punto di vista, con un’argomentazione opposta, si potrebbe concludere che visto che – come ormai da tempo riconosciuto in dottrina²⁴ – *tutti i diritti costano*, controinteressati al riconoscimento di ogni nuovo diritto sarebbero tutti gli altri cittadini, i quali, a causa della necessità di soddisfare i titolari del “nuovo” diritto, rischierebbero di vedere ridurre le risorse utili al soddisfacimento dei propri diritti già riconosciuti. Anche senza considerare che, come ha osservato Luciani²⁵, il bilanciamento tra le ragioni della finanza pubblica e i diritti appare scorretto, in quanto condotto tra entità «ineguali», non può non riconoscersi, tuttavia, che un simile confronto risulta solo virtuale, contrapponendo le *pretese* di riconoscimento di nuovi diritti al *rischio* di una riduzione delle risorse utili al soddisfacimento delle esigenze sottese ai diritti già riconosciuti.

La dialettica processuale tra interessati e controinteressati non sembra, in realtà, poter essere portata di peso nella dimensione della deliberazione politica, nella quale contano

²³ Tesi sostenuta da R. BIN, *Nuovi diritti e vecchie questioni*, cit., 94 ss.

²⁴ Cfr., in tal senso, S. HOLMES-C.R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti* (1999), trad. it., il Mulino, Bologna 2000, 51 e 231 ss.; R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 14/2000, 19; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, cit., 12 ss.

²⁵ *Sui diritti sociali*, in *Dem. dir.*, 1995, 569.

anche argomenti riconducibili ad interessi pubblici non immediatamente traducibili in diritti soggettivi.

Sembra, piuttosto, potersi concludere sul punto che la qualificazione di una pretesa come diritto soggettivo e l'ancoraggio dello stesso all'art. 2 Cost. e ad altre previsioni normative costituzionali, che riconoscano situazioni giuridiche soggettive alle quali il diritto stesso può, in qualche modo, essere ricondotto, costituiscono operazioni argomentative utili *ad individuare lacune normative nell'ordinamento che il legislatore avrebbe il dovere di colmare*²⁶.

I diritti in relazione ai quali si lamenta l'assenza di una disciplina legislativa si ritrovano al centro di tale percorso argomentativo: nati (o "scoperti") in sede giurisprudenziale, anche grazie al riferimento a fonti internazionali o sovranazionali, essi si connotano come diritti a prestazione, aspirando ad una legislazione attuativa utile a consentirne l'esercizio. Il riconoscimento della peculiare struttura di tali diritti consente di inquadrarne l'analisi non già, o non tanto, nella dimensione liberale della democrazia

²⁶ Evidente il riferimento alla tesi di L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in ID., *Diritti fondamentali*, cit., 26 ss., della separazione tra diritti fondamentali e garanzie: nei sistemi nomodinamici di diritto positivo, scrive l'A., «l'esistenza o l'inesistenza di una situazione giuridica, ossia di un obbligo o di un divieto o di un permesso o di un'aspettativa giuridica, dipende dall'esistenza di una norma positiva che la prevede, la quale a sua volta non è dedotta da quella di altre norme, ma è indotta, quale *fatto empirico*, dall'atto della sua produzione. È ben possibile, conseguentemente, che dato un diritto soggettivo, non esista – pur se dovrebbe esistere – l'obbligo o il divieto corrispondente a causa dell'(indebita) inesistenza della norma che li prevede. Così come è possibile che, dato un permesso, esista – pur se non dovrebbe esistere – il divieto del medesimo comportamento a causa dell'(indebita) esistenza della norma che lo prevede. Sono insomma possibili e in qualche misura inevitabili, in simili sistemi, sia *lacune* che *antinomie*. Ne deriva che in queste condizioni, espresse dal principio giuspositivistico *auctoritas non veritas facit legem*, le tesi della teoria del diritto, come la definizione di diritto soggettivo quale aspettativa giuridica cui corrisponde un obbligo o un divieto, sono – non diversamente dalle definizioni del divieto come non permesso della commissione e dell'obbligo come permesso dell'omissione, e perfino dal principio logico di non contraddizione – tesi di tipo deontico e normativo, non sull'essere ma sul dover essere del diritto di cui si parla» (28).

Scrivendo, al riguardo, M. JORI (*Aporie e problemi nella teoria dei diritti fondamentali*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., 80) che, «con una mossa di grande pulizia concettuale, Ferrajoli completa al livello di teoria dei concetti giuridici la critica portata dalla dottrina costituzionalistica italiana alla tesi della mera programmaticità delle norme costituzionali. Che viene definitivamente sepolta, si badi, in nome di una lettura normativistica e giuspositivistica del diritto positivo: le norme (solamente) programmatiche sono tali se sono veramente formulate come tali; le norme costituzionali sui diritti prive di garanzie (per esempio non giustiziabili, o prive di leggi attuative delle necessarie agenzie) sono invece norme che introducono (quantomeno) un dovere giuridico di completamento a carico del legislatore, e, quando non vengono applicate, introducono lacune nell'ordinamento».

pluralista, quanto, piuttosto, nella cornice della più ampia discussione sulle prospettive di sviluppo (ma sarebbe meglio dire: di sopravvivenza) dello Stato sociale²⁷.

3. *I diritti senza legge in senso relativo (la condizione degli stranieri irregolari e i diritti delle persone LGBTI)*

I diritti senza legge sono, dunque, quelli per i quali l'assenza di una legge costituisce un problema perché essi non possono essere *materialmente, prima ancora che giuridicamente*, esercitati senza di essa.

Provando a definire una classificazione di carattere generale che possa avere qualche utilità per una trattazione dogmatica dei rapporti tra legge e diritti, si possono cominciare a distinguere diritti senza legge *in senso relativo* e diritti senza legge *in senso assoluto*.

I diritti del primo tipo hanno già una specifica fisionomia normativa, definita in Costituzione, in fonti internazionali e sovranazionali e in leggi, ma alcune categorie di soggetti, che pure aspirerebbero al loro godimento, ne sono esclusi. Tali diritti, pertanto, non sono privi di legge in senso assoluto, ma solo relativamente a determinati gruppi di potenziali titolari, che chiedono di essere inclusi tra i beneficiari degli stessi.

I diritti del secondo tipo, invece, sono “nuovi” e, talvolta, non è ancora pacifica la loro stessa esistenza giuridica, poiché essi non trovano un esplicito riconoscimento in Costituzione, anche se, in qualche caso, sono previsti da fonti internazionali o sovranazionali, e mancano di una disciplina legislativa che ne consenta la fruizione.

Il riconoscimento dell'esistenza di diritti senza legge in senso relativo implica un ampliamento dell'ambito applicativo delle norme che li prevedono, giustificato dall'argomento della universalità dei diritti medesimi, intesi come situazioni giuridiche proprie della persona in quanto tale.

Si pensi, ad esempio, ai diritti degli stranieri, il cui riconoscimento la disciplina del d.lgs. n. 286/1998 (*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*), così come risultante dalle modifiche apportate da leggi successive, subordina alla sussistenza di determinate condizioni, richiedendo, tuttavia, che siano assicurati allo straniero irregolare, presente

²⁷ In tema cfr. ora L. VENTURA, *Sovranità. Da J. Bodin alla crisi dello Stato sociale*, Giappichelli, Torino 2014, 103 ss.

alla frontiera o nel territorio dello Stato, «i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti» (art. 2, comma 1).

Riguardo ad alcuni diritti sociali, come ad esempio quello alla salute, è noto che la Corte costituzionale ha più volte ribadito che lo straniero, indipendentemente dalla regolarità della sua posizione, è comunque titolare di un «nucleo irriducibile di tutela», funzionale a proteggere un «ambito inviolabile della dignità umana»²⁸. E misure volte al potenziamento della tutela dei diritti sociali degli stranieri irregolari sono state adottate anche da qualche legislatore regionale²⁹.

Alla categoria dei diritti senza legge in senso relativo potrebbero anche essere ascritti molti di quelli rivendicati dalle persone omosessuali, o più ampiamente delle persone LGBTI, che, in diversi casi, corrispondono a diritti sociali già esistenti³⁰.

Alcuni di tali diritti (anche se non tutti)³¹, d'altro canto, possono essere ricondotti, in quanto potenzialmente consequenziali, anche ad una nuova ed autonoma figura di diritto fondamentale riconosciuta dalla Corte costituzionale nella [sent. n. 138 del 2010](#): il «diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti

²⁸ Corte cost., [sent. n. 252 del 2001](#), punto 2 cons. in dir.; nello stesso senso cfr. sentt. nn. [269 e 299 del 2010](#) e [n. 61 del 2011](#), sulle quali si vedano, tra gli altri, D. STRAZZARI, *Stranieri regolari, irregolari, "neocomunitari" o persone? Gli spazi d'azione regionale in materia di trattamento giuridico dello straniero in un'ambigua sentenza della Corte*, in *Le Regioni*, 5/2011, 1037 ss., e, *ivi*, F. BIONDI DAL MONTE, *Regioni, immigrazione e diritti fondamentali*, 1086 ss.; *ID.*, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive internazionali*, Giappichelli, Torino 2013, 153 ss.; A. RANDAZZO, [La salute degli stranieri irregolari: un diritto fondamentale "dimezzato"?](#), in [Consulta OnLine, 2012](#) (6 giugno 2012).

²⁹ Cfr. F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza*, cit., 54 ss.; in argomento, con particolare riguardo al diritto all'abitazione, cfr. ora A. LOLLO, *Abitazione degli stranieri e diritti*, e, in riferimento al diritto alla salute, A. RANDAZZO, *Salute degli stranieri*, entrambi in A. MORELLI-L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino 2014, rispettivamente 255 ss. e 306 ss.

³⁰ Cfr., in tal senso, G. D'AMICO, *LGBTI e diritti*, in A. MORELLI-L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, cit., 191. Nell'ampia letteratura in tema si vedano, tra i contributi più recenti, A. LORENZETTI, *Diritti in transito. La condizione giuridica del transessuale*, FrancoAngeli, Milano 2013; A. SPERTI, *Omosessualità e diritti. I percorsi giurisprudenziali ed il dialogo globale delle Corti costituzionali*, Pisa University Press, Pisa 2013; A. SCHILLACI (a cura di), *Omosessualità, eguaglianza, diritti*, Carocci, Roma 2014.

³¹ Rileva, infatti, G. D'AMICO, *op. cit.*, 177, che «il diritto ad un'unione riconosciuta, pur costituendo il fulcro dei diritti delle persone LGBTI, non ne esaurisce però il novero; strettamente collegata ad esso, infatti, vi è una serie di diritti di natura patrimoniale (ad esempio, assegni familiari, diritti di successione ecc.), ma non solo, che presuppongono un rapporto di convivenza *more uxorio*».

e doveri». L'affermazione dell'esistenza di tale diritto si fa scaturire dalla qualificazione dell'unione omosessuale, intesa come «stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso», alla stregua di una delle formazioni sociali di cui all'art. 2 Cost., idonee «a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico»³². Nella predetta pronuncia, com'è noto, la stessa Corte ha negato, nel contempo, che la disciplina codicistica che non consente il matrimonio tra persone dello stesso sesso si ponga in contrasto con gli artt. 2, 3, 29 Cost. e con gli artt. 8, 12 e 14 CEDU, per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost.

In una pronuncia dello stesso anno³³, peraltro, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che l'art. 12 CEDU, pur tutelando anche il diritto a contrarre matrimonio delle coppie omosessuali, non imporrebbe un obbligo positivo nei confronti degli Stati membri di adottare una normativa nazionale orientata in questo senso; e ciò anche, e soprattutto, in considerazione del fatto che il matrimonio costituisce un istituto giuridico strettamente legato al retroterra sociale e culturale di ciascuna comunità e, pertanto, la scelta d'introdurre una disciplina che consenta il matrimonio tra persone dello stesso sesso deve necessariamente farsi rientrare nella discrezionalità del legislatore nazionale. I giudici di Strasburgo, tuttavia, hanno riconosciuto che la relazione tra persone dello stesso sesso, in base all'evoluzione della giurisprudenza e della legislazione degli Stati membri, rientra a pieno titolo nel concetto di «vita familiare», oggetto di tutela dell'art. 8 CEDU, gravando, pertanto, sui singoli paesi l'obbligo di tutelare le nuove tipologie di nuclei familiari senza discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale. Posta la sostanziale omogeneità delle unioni omosessuali e di quelle eterosessuali, la Corte di Strasburgo ha precisato, inoltre, che, pur essendo possibile prevedere un regime parzialmente diverso per i due fenomeni, affinché il trattamento differenziato non sfoci nella discriminazione, questo deve essere proporzionato al fine perseguito, sorretto da un interesse nazionale molto forte e atteggiarsi quale unico strumento per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato, mancando strumenti alternativi.

Nello stesso senso sembra muoversi una successiva pronuncia della Corte di Cassazione, con la quale i giudici di legittimità, pur negando la possibilità di trascrivere in un registro dello stato civile italiano l'atto di matrimonio contratto all'estero da una coppia omosessuale, hanno preso atto del nuovo quadro giurisprudenziale. In particolare,

³² Corte cost., [sent. n. 138 del 2010](#), punto 8 cons. in dir.

³³ Corte europea dei diritti dell'uomo, [Schalk e Kopf c. Austria \(ric. n. 30141/04\)](#) del 24 giugno 2010.

dopo aver riconosciuto l'esistenza di un diritto fondamentale a vivere liberamente una condizione di coppia e di un diritto alla «vita familiare» estensibili anche alle coppie omosessuali, la Cassazione ha ritenuto che l'intrascrivibilità delle unioni omosessuali non dipenda più dalla loro inesistenza o invalidità, ma dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio, effetti giuridici nell'ordinamento³⁴. Per altro verso – in linea con quanto già precisato dalla stessa Corte costituzionale³⁵ –, il Giudice di legittimità ha affermato che i conviventi in stabile relazione di fatto, anche dello stesso sesso, «a prescindere dall'intervento del legislatore in materia», proprio perché titolari dei suddetti diritti, «possono adire i giudici comuni per far valere, in presenza appunto di “specifiche situazioni”, il diritto ad un trattamento omogeneo a quello assicurato dalla legge alla coppia coniugata e, in tale sede, eventualmente sollevare le conferenti eccezioni di illegittimità costituzionale delle disposizioni delle leggi vigenti, applicabili nelle singole fattispecie, in quanto ovvero nella parte in cui non assicurino detto trattamento, per assunta violazione delle pertinenti norme costituzionali e/o del principio di ragionevolezza»³⁶.

4. *I diritti senza legge in senso assoluto (il «diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia», il «diritto al rifiuto delle cure», il diritto fondamentale di accesso a Internet, il diritto all'oblio)*

Le decisioni sopra richiamate offrono un esempio paradigmatico di come da un «dialogo tra Corti» possa emergere un “nuovo” diritto fondamentale³⁷. Nel caso in questione tale diritto viene qualificato diversamente dalla Corte costituzionale rispetto a quella di Strasburgo, la prima non potendo definire la situazione in esame come legata alla «vita familiare» poiché il termine “famiglia” trova nell'art. 29 Cost. una sua, pur dibattuta, connotazione quale «società naturale fondata sul matrimonio». Tuttavia, le pronunce della Corte costituzionale, della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Cassazione riconoscono che l'assenza di una disciplina volta ad assicurare i diritti in

³⁴ Corte di Cassazione, sez. I, [sent. 15 marzo 2012, n. 4184](#), punto 4.3 del *Diritto*.

³⁵ Corte cost., [sent. n. 138/2010](#), punto 8 cons. in dir.

³⁶ Corte di Cassazione, sez. I, [sent. 15 marzo 2012, n. 4184](#), punto 4.2 del *Diritto*.

³⁷ In tema si vedano le precisazioni di G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, il Mulino, Bologna 2010.

questione configura una lacuna normativa non colmabile, data la varietà delle soluzioni astrattamente adottabili, se non da parte del legislatore nazionale.

Ancora di recente, lo stesso Giudice delle leggi, nella [sent. n. 170 del 2014](#), ha ribadito, anche se relativamente ad una fattispecie peculiare, l'urgenza di una disciplina in materia di unioni tra persone dello stesso sesso. Con tale pronuncia, in particolare, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità del «divorzio imposto» dal cambio di sesso di uno dei coniugi, annullando le norme della legge n. 164 del 1982 (*Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso*), nella parte in cui non prevedevano che la sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso produttiva dello scioglimento del matrimonio o della cessazione degli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio consentisse comunque, qualora entrambi i coniugi lo richiedessero, di mantenere in vita un rapporto di coppia giuridicamente regolato con altra forma di convivenza registrata, che tutelasse adeguatamente i diritti e gli obblighi della coppia. La Corte è dunque passata, com'è stato notato³⁸, da un rigetto con monito (quello della [138 del 2010](#)) ad un'additiva di principio, sottolineando con decisione l'urgenza di un intervento legislativo in materia.

Quella in discorso è stata ritenuta una lacuna solo apparente (e, dunque, colmabile da parte del giudice) dal Tribunale di Grosseto, che, con un decreto del 9 aprile 2014, ha imposto all'ufficiale dello stato civile di trascrivere il matrimonio contratto all'estero tra due persone dello stesso sesso, reputando che non vi ostasse alcun espresso limite nella disciplina codicistica e che, quindi, tale tipo di matrimonio non fosse contrario all'ordine pubblico. Il provvedimento è stato poi dichiarato nullo dalla Corte d'Appello di Grosseto con sentenza del 19 settembre 2014.

In tale contesto, com'è noto, è scoppiata una sorta di “rivolta dei sindaci”, alcuni dei quali non si sono limitati ad istituire registri delle unioni civili comprendenti anche le unioni tra persone dello stesso sesso, ma hanno adottato provvedimenti in cui prescrivevano agli ufficiali dello stato civile di provvedere alla trascrizione di matrimoni celebrati all'estero tra persone dello stesso sesso³⁹. Iniziative contro le quali il Ministero dell'Interno, il 7 ottobre 2014, ha emesso una circolare nella quale ha sollecitato i prefetti a vigilare sul rispetto della disciplina vigente e, se necessario, ad invitare i sindaci a

³⁸ Da A. RUGGERI, [Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità \(a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014\)](#), in [Consulta OnLine, 2014](#) (13 giugno 2014).

³⁹ Sulla vicenda cfr. V. ZAGREBELSKY, *Ci vuole una legge non il ribellismo dei sindaci*, in *La Stampa*, 9 ottobre 2014, 1 e 27.

ritirare i predetti provvedimenti e a disporre la cancellazione delle trascrizioni effettuate, minacciando, in caso d'inerzia, l'annullamento d'ufficio degli atti illegittimamente adottati.

Non è qui possibile soffermarsi su tali vicende, che, tuttavia, testimoniano quanto il tema sia sentito in seno alla società civile e, più in generale, mostrano, se ce ne fosse ancora bisogno, una capacità del circuito giurisdizionale di veicolare nuove istanze dettate dall'evoluzione sociale, che certamente non trova eguali nell'attuale panorama istituzionale.

Quel che più interessa sottolineare ai nostri fini è però la connotazione strutturale delle situazioni giuridiche soggettive di cui si richiede il riconoscimento e la garanzia, che, come si è anticipato, è quella dei "diritti a prestazione".

Il dato emerge anche dall'esame di altri diritti senza legge in senso assoluto, persino di quelli dei quali più frequentemente si predica la natura di "libertà negative" o, per così dire, di espressioni negative di libertà positive. Si pensi, ad esempio, al "diritto di rifiutare le cure" negli stadi terminali dell'esistenza.

Appaiono particolarmente interessanti, al riguardo, alcuni passaggi di una recente decisione del Consiglio di Stato, ultimo atto della nota vicenda Englaro⁴⁰.

I giudici erano qui chiamati ad esprimersi sulla legittimità del provvedimento con il quale la Regione Lombardia aveva respinto la richiesta, formulata dal tutore della ragazza in stato vegetativo permanente, che la Regione mettesse a disposizione una struttura per il distacco del sondino naso-gastrico che alimentava e idratava artificialmente quest'ultima. Provvedimento già dichiarato illegittimo dal T.a.r. Lombardia in quanto lesivo del diritto costituzionale di rifiutare le cure, riconosciuto all'interessata come un diritto di libertà assoluto dalla sentenza della Corte di Cassazione, sez. I, 16.10.2007, n. 21748⁴¹. Contro la decisione del giudice amministrativo di primo grado, la stessa Regione aveva proposto ricorso dinanzi al Consiglio di Stato, il quale, nonostante l'intervenuto decesso della paziente, ha ritenuto ammissibile e procedibile l'appello per la concretezza e l'attualità dell'interesse della Regione a vedere accertata definitivamente la legittimità

⁴⁰ Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460. Sulle implicazioni istituzionali della vicenda Englaro sia consentito rinviare al nostro *Tra Babele e il nulla. Questioni etiche di fine vita, «nichilismo istituzionale» e concezioni della giustizia*, in P. FALZEA (a cura di), *Thanatos e nomos. Questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, Jovene, Napoli 2009, 159 ss.

⁴¹ Cfr. T.a.r. Lombardia, sez. III, 26 gennaio 2009, n. 214.

del proprio operato⁴² ed ha rigettato il ricorso, confermando le ragioni già esposte dalla pronuncia della Cassazione del 2007.

Dinanzi all'argomento della Regione secondo cui la prestazione richiesta dal tutore della Englaro non risultava tra i livelli essenziali di assistenza e in nessun'altra previsione normativa, ponendosi piuttosto in contrasto con i doveri di cura gravanti sull'amministrazione sanitaria (e potendo configurare, altresì, ipotesi di responsabilità penale), i giudici supremi di legittimità amministrativa hanno mostrato consapevolezza del fatto che per qualsiasi paziente (capace o incapace che sia) la pratica in esame richiede un intervento delicato. È evidente, infatti, che nessun paziente «è in grado, da solo e senza procurarsi ulteriori e gratuite sofferenze, di estrarre il sondino dal naso, ponendo termine definitivamente all'alimentazione e all'idratazione artificiale, e di predisporre le necessarie cautele atte ad evitare che tale operazione avvenga senza pericoli immediati o atroci dolori»⁴³. Da tale punto di vista, conclude il Consiglio di Stato, «l'interruzione del trattamento sanitario non è quindi e soltanto, nell'ambito di un rapporto obbligatorio, preciso adempimento di un obbligo giuridico, quello di interrompere cure non volute in presenza di un espresso rifiuto del paziente, *ma anche preciso adempimento di un più generale dovere solidaristico*, che impone all'Amministrazione sanitaria di far cessare tale trattamento, senza cagionare sofferenza aggiuntiva al paziente, laddove egli non voglia più accettarlo, ma non sia tecnicamente in grado di farlo da sé»⁴⁴. Anche in tale ipotesi, dunque, l'attuazione del diritto alla salute – nella peculiare forma del diritto al rifiuto della cura – richiede l'intermediazione dell'attività dell'amministrazione sanitaria, sulla quale si fa gravare un preciso obbligo di *facere*⁴⁵.

In considerazione di tale aspetto e al fine di dare certezza anche in merito ai profili della responsabilità penale, ancora una volta, i giudici amministrativi sottolineano ripetutamente la necessità e l'urgenza di un intervento legislativo⁴⁶.

La struttura dei diritti senza legge in senso assoluto come situazioni giuridiche “a prestazione” ne rende difficile la garanzia, pur imposta dal loro riconoscimento, soprattutto in quei casi in cui si mostri insufficiente una normazione nazionale: si pensi, ad esempio, ai diritti esercitati attraverso Internet.

⁴² Consiglio di Stato, sez. III, 2 settembre 2014, n. 4460, punti 11.4, 11.5, 11.6, 11.7, 12, 12.1, 13 del *Diritto*.

⁴³ Punto 46.7 del *Diritto*.

⁴⁴ Punto 46.8 del *Diritto*.

⁴⁵ Punto 46.9 e 47 del *Diritto*.

⁴⁶ Punti 4, 52 e 62 del *Diritto*.

Lo stesso diritto fondamentale di accesso alla Rete, del quale si è tornati a parlare di recente in occasione dei lavori della Commissione di studio presieduta dal Presidente della Camera ed incaricata di elaborare una «Dichiarazione dei diritti in Internet»⁴⁷, viene ordinariamente qualificato come un diritto sociale⁴⁸, anche per il collegamento che in genere viene posto tra il riconoscimento di tale diritto e la necessità di risolvere il problema del *digital divide*, ovvero il distacco tra chi ha l'effettivo accesso alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione e chi, per assenza di mezzi economici o per *deficit* culturali, ne è escluso. Il diritto in questione, tuttavia, potrebbe essere garantito soltanto attraverso adeguati interventi di *Welfare State*.

Ben più difficile si presenta la questione della garanzia di quei diritti senza legge in senso assoluto la cui protezione non può non adottare quale sua dimensione di riferimento l'intero spazio globale: si pensi al diritto all'oblio in Internet e al recente caso *Google Spain*, in occasione del quale [la Corte di Lussemburgo, con decisione del 13 maggio 2014, relativa alla causa C-131/12 \(Mario Costeja González e AEPD contro Google Spain e Google Inc.\)](#), ha riconosciuto la responsabilità dei gestori dei motori di ricerca su Internet del trattamento da essi effettuato dei dati personali che appaiono su pagine *web* pubblicate da terzi. Si è così previsto l'obbligo per i gestori di rimuovere, su richiesta degli interessati, i *link* alle pagine *web* contenenti notizie relative a terzi, quando ricorrano determinate condizioni, astenendosi dalla rimozione nel caso in cui l'accesso continui ad essere giustificato dal ruolo ricoperto dalla persona interessata nella vita pubblica o comunque dalla ricorrenza di un interesse pubblico preponderante. Al riguardo, si è sostenuto che, in tal modo, si sarebbe finito con il riconoscere a tali soggetti una sorta di «ruolo para-costituzionale», attribuendo loro il compito di effettuare difficili bilanciamenti tra diritto all'informazione, da una parte, e diritto all'oblio, dall'altra; valutazioni più congeniali alle competenze di organi giurisdizionali o di autorità amministrative indipendenti⁴⁹.

⁴⁷ Sulla quale sia consentito rinviare al nostro *I diritti e la Rete. Notazioni sulla bozza di Dichiarazione dei diritti in Internet*, in corso di pubblicazione in *Federalismi, Focus TMT*.

⁴⁸ In tal senso, cfr., per tutti, T.E. FROSINI, *L'accesso a Internet come diritto fondamentale*, in O. POLLICINO-E. BERTOLINI-V. LUBELLO (a cura di), *Internet: regole e tutela dei diritti fondamentali*, Aracne, Roma 2013, 69 ss.

⁴⁹ O. POLLICINO, *Google rischia di «vestire» un ruolo para-costituzionale*, in *Il Sole-24 Ore*, 15 maggio 2014, 45; in senso analogo cfr. anche A. MANTELERO, *Il futuro regolamento EU sui dati personali e la valenza «politica» del caso Google: ricordare e dimenticare nella digital economy*, in *Dir. inf. e dell'inf.*, 4-5/2014, 688.

5. *Il dialogo tra Antigoni e l'incomunicabilità con Creonte: la moltiplicazione dei materiali normativi internazionali e sovranazionali, l'insufficienza della legge e la crisi delle istituzioni di rappresentanza politica*

L'analisi consente di sviluppare alcune conclusioni, inevitabilmente provvisorie, che possono offrire qualche spunto utile ad una ricostruzione dogmatica dei diritti senza legge.

La prima osservazione che può essere svolta è che i due percorsi argomentativi illustrati – quello volto all'estensione dell'ambito applicativo di diritti fondamentali e quello del riconoscimento di “nuovi” diritti fondamentali – sono, in molti casi, fungibili: si pensi, ad esempio, alla riconducibilità di diversi diritti delle persone LGBTI al diritto a vivere liberamente una vita di coppia o alla stessa configurabilità del diritto di accesso a Internet come una declinazione del diritto di espressione.

Se gli argomenti risultano fungibili, l'individuazione di un “nuovo diritto” richiede, però, pur sempre un riferimento a fonti costituzionali o para-costituzionali, non essendo sufficienti, per usare un'espressione di Luciani, «fondamenti para-positivi» dei diritti, quali, ad esempio, «documenti che sono costruiti come fonti normative e che aspirano ad esserlo, ma che, per il mancato perfezionamento del procedimento che avrebbe dovuto condurre alla loro entrata in vigore, non fanno parte del mondo del diritto» (così, ad esempio, i trattati per cui non si sia perfezionato il procedimento di ratifica)⁵⁰.

Più in generale, si deve riconoscere che la *posizione* di un diritto fondamentale non necessariamente spetta al legislatore, come, del resto, l'esperienza costituzionale inglese e l'«anima storicistica» dei diritti testimoniano; i nuovi diritti, in generale, emergono da orientamenti giurisprudenziali, ma ovviamente è molto diverso il modo il cui il legislatore e il giudice li riconoscono: il primo, pur subendo i condizionamenti «della storia» e delle «preferenze etiche della comunità politica di riferimento», decide pur sempre sulla base di un «apprezzamento politico – non motivato – che presuppone *fatti*, non fonti alle quali attingere»; il secondo, invece, per quanto ampio possa essere il suo margine di apprezzamento, deve sempre fare riferimento a fonti (atti o fatti) che egli deve presentare,

⁵⁰ M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1068.

attraverso la motivazione, come oggetto della sua attività interpretativo-applicativa⁵¹. In tale distinzione risiede probabilmente il nucleo minimo di quel principio di tipizzazione dei ruoli istituzionali che, come qui è stato ricordato⁵², costituisce uno dei contenuti essenziali del costituzionalismo moderno e contemporaneo e che oggi fatica non poco a trovare applicazione negli attuali contesti istituzionali.

Tra i vari fattori che rendono sempre più difficile la definizione dei ruoli degli attori istituzionali, grande importanza riveste, innanzitutto, la moltiplicazione dei materiali normativi di diritto internazionale e sovranazionale, dai quali i giudici oggi possono attingere per l'individuazione e il riconoscimento di nuovi diritti; fenomeno che, se da un lato arricchisce notevolmente i sistemi di garanzia, dall'altro accentua l'instabilità e l'incertezza del diritto ed aggrava le disparità tra chi ha la possibilità e le risorse per accedere agli strumenti di protezione e chi, invece, privo dei mezzi necessari, ne resta inevitabilmente escluso. Da tale punto di vista, in quel passaggio dal principio della «certezza del diritto» a quello della «certezza dei diritti», che, secondo un'autorevole dottrina, caratterizzerebbe il processo d'integrazione sovranazionale in corso⁵³, all'ampliamento delle garanzie delle libertà non parrebbe seguire una proporzionale valorizzazione delle esigenze dell'eguaglianza⁵⁴.

⁵¹ *Ivi*, 1059 s.

⁵² Si vedano, in particolare, l'introduzione al presente Convegno di A. RUGGERI, [Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive](#) (pubblicata anche in [Consulta OnLine](#), 24 novembre 2014, spec. 8 ss.), § 3, e la relazione di G. MOSCHELLA, *Ruolo del giudice e ruolo del legislatore a salvaguardia dei diritti fondamentali*.

⁵³ La formula «certezza dei diritti» è di A. RUGGERI, del quale si vedano, in particolare, *Il giudicato all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di Corte cost. n. 113 del 2011, ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in [www.rivistaaic.it](#), 2/2011, e, *ivi*, 1/2014, *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla CEDU e all'entrata in vigore del Prot. 16)*.

⁵⁴ Anche in considerazione del fatto che la tutela multilivello dei diritti viene perseguita attraverso «dialoghi» e scontri tra giudici e Corti e che, dunque, essa presuppone una costante rivedibilità delle conclusioni di volta in volta, provvisoriamente raggiunte (sul punto cfr. ora S. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*, in [www.penalecontemporaneo.it](#), 22 dicembre 2014, 8 ss.), sembra che, in tale dimensione, sia l'effettività dei diritti, piuttosto che la loro certezza, a costituire il fine ultimo del sistema. La certezza del diritto, tuttavia, è un principio che sta a presidio anche di altri valori (primo fra tutti quello dell'eguaglianza), i quali rischiano di venire sacrificati sull'altare di diritti non a caso definiti da una sensibile dottrina come «insaziabili» (così A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, cit., 179 ss.; la felice espressione è stata ripresa da C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XVIII Convegno annuale dell'AIC*, in [www.rivistaaic.it](#), 4/2013, 1). Sulla pregnanza etica del principio di certezza del diritto cfr., per tutti, il classico di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano 1968.

Tra i vari materiali ai quali possono attingere gli organi giurisdizionali, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze, un ruolo via via più ridotto sembra essere occupato, d'altro canto, dalla legge nazionale, fonte la cui crisi è stata ormai da tempo denunciata in dottrina⁵⁵. Al riguardo può notarsi che, se in alcuni casi la legge statale e quella regionale appaiono insufficienti a disciplinare fenomeni che trovano la propria dimensione di espressione nello spazio globale (si pensi, ad esempio, all'esercizio, già richiamato, dei diritti nella dimensione di Internet), nelle altre ipotesi (che si può ancora ipotizzare costituiscano la maggioranza) occorrerebbe forse riscoprire le potenzialità della normazione locale, che, come una recente ricerca ha dimostrato⁵⁶, ha offerto e può continuare ad offrire importanti misure di protezione e di promozione dei diritti.

La crisi della legge dipende anche – seppur non esclusivamente – dalle difficoltà che incontrano oggi le istituzioni di rappresentanza politica nell'esercitare in modo soddisfacente la funzione di produzione normativa⁵⁷. Le ragioni che determinano l'ormai cronica latitanza del legislatore (soprattutto, ma non solo, in merito a materie «eticamente sensibili»), ripetutamente lamentata da giudici e Corti supreme, sono molteplici e, in buona misura, riconducibili a carenze istituzionali e a distorsioni del sistema politico di cui non è qui possibile discorrere⁵⁸.

⁵⁵ In tema cfr., tra gli altri, S. LABRIOLA, *Crisi della legge e principio di rappresentanza*, in *Dir. soc.*, 1983, 723 ss., e, *ivi*, 1989, F. MODUGNO-D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, 411 ss.; G. CIAURRO, *La crisi della legge*, in *Rass. parl.*, 1989, 153 ss.; D. NOCILLA, *Crisi della legge e tecnica legislativa*, in *Quaderno dell'Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 1989-1990, 63 ss.; F. SPANTIGATI, *Guardare con speranza la crisi della legislazione*, in *Pol. dir.*, 1995, 655 ss.; V. DI CIOLO, *Crisi della legge e procedimento legislativo*, in *Formazione delle leggi e tecnica normativa*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma 1995, 23 ss.; G. MIGNONE (a cura di), *La crisi della legislazione: studiosi e politici a confronto*, Cedam, Padova 1997; F. MODUGNO-A. CELOTTO-M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla "crisi" della legge*, in F. MODUGNO (a cura di), *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, III ed., Giappichelli, Torino 2000, 325 ss.; F. MODUGNO, *A mo' di introduzione: considerazioni sulla "crisi" della legge*, e F. FONTANA, *Crisi della legge e negoziazione legislativa nella transizione istituzionale italiana*, entrambi in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano 2001, rispettivamente 1 ss. e 117 ss.; P. CARETTI, *La "crisi" della legge parlamentare*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2010.

Più in generale, sull'incidenza della globalizzazione sul sistema delle fonti del diritto cfr. A. PIZZORUSSO, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Giappichelli, Torino 2008.

⁵⁶ Si fa riferimento al già citato volume di A. MORELLI-L. TRUCCO (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali*, cit.

⁵⁷ Sul tema si rinvia ora ai contributi in A. MORELLI (a cura di), *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, in corso di pubblicazione per i tipi della casa editrice Giuffrè.

⁵⁸ Per un quadro di sintesi cfr. L. VENTURA, *L'irriducibile crisi della democrazia repubblicana*, in *Studi in onore di Aldo Loiodice*, I, Cacucci, Bari 2012, 569 ss.

Quel che, in conclusione, preme sottolineare è che non sembra corretto, nella ricostruzione del *modello* dei rapporti tra legge e diritti e, dunque, nella definizione dei caratteri propri dell'odierno Stato costituzionale, ignorare tali *patologie* o promuoverle a *connotati* propri di una forma evoluta dell'ordinamento giuridico.

Non si sottovalutano qui i vantaggi di quella che viene ormai comunemente definita la «tutela multilivello dei diritti»⁵⁹; il dialogo tra le Corti, nei casi in cui effettivamente abbia luogo e non si risolva in un'influenza unidirezionale o nel semplice uso retorico di pronunce di Corti straniere, sovranazionali o internazionali in decisioni la cui *ratio* è del tutto autonoma e autosufficiente rispetto alle suddette pronunce⁶⁰, consente l'ingresso, nella dimensione giuridica, di istanze diffusamente avvertite nella società come bisognose e meritevoli di soddisfazione, ma che ancora non hanno trovato pieno riconoscimento nell'ambito del diritto positivo. In breve, l'attivismo giudiziario e l'«apertura» dei circuiti giurisdizionali possono agevolare importanti evoluzioni culturali. Tuttavia, non si può trascurare la distorsione che l'ampliamento, di fatto, delle competenze degli organi giurisdizionali provoca rispetto al modello di Stato costituzionale: in tal senso, l'espressione «Stato giurisdizionale», sovente impiegata, come si è detto, per denotare il fenomeno in questione, appare quasi un ossimoro se si considera che la giurisdizione è una *parte* della *totalità* dell'ordinamento giuridico statale e non può che avere una valenza negativa, rappresentando, forse in modo iperbolico, uno sbilanciamento delle dinamiche istituzionali sul versante degli organi di garanzia⁶¹. Il che, come si è detto, comporta, per un verso, l'accentuazione delle diseguaglianze tra chi può permettersi l'accesso agli strumenti di tutela dei diritti e chi, invece, non ha i mezzi necessari per farlo e, per altro verso, pone seri problemi inerenti alla *responsabilità* degli stessi organi di garanzia e, quindi, alla complessiva democraticità del sistema istituzionale⁶².

⁵⁹ I. PERNICE, *Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?*, in *Common Market Law Review*, 1999, 703 ss.

⁶⁰ Al riguardo, si veda ancora G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., 45 ss.

⁶¹ Sul punto, ma in una diversa prospettiva, cfr. ora A. RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale: la scrittura delle norme in progress, al servizio dei diritti fondamentali*, in www.forumcostituzionale.it, 29 novembre 2014.

⁶² In tema si veda la ricostruzione critica di J. ALLARD-A. GARAPON, *La mondializzazione dei giudici. Nuova rivoluzione del diritto* (2005), trad. it., Liberilibri, Macerata 2006.

Alla luce delle considerazioni sinteticamente esposte nel testo, non sembra potersi condividere la ricostruzione secondo la quale, similmente a quanto già accaduto alla funzione amministrativa e a quella normativa, oggi sarebbe dato riconoscere il passaggio da una «*giurisdizione per atti*» ad una «*giurisdizione per risultati*»: A. RUGGERI, *Dal legislatore al giudice, sovranazionale e nazionale*, cit., 21, il quale precisa, altresì, che «immaginare una *giurisdizione per risultati* sembra urtare contro antiche e però tuttora solide credenze, che legano la tipicità di ciascun atto espressivo

Chi, poi, voglia sostenere che comunque il *proprium* dello Stato costituzionale sarebbe la sua vocazione al riconoscimento e alla tutela dei diritti fondamentali e che, dunque, l'ampliamento delle competenze degli organi giurisdizionali – in tesi, i soli, nell'attuale momento storico, in grado di apprestare una *tutela effettiva* ai diritti – corrisponderebbe ad un'evoluzione fisiologica del sistema (il fine, per così dire, giustificando il mezzo),

della giurisdizione (e, perciò pure, la tipicità degli effetti da essi prodotti) alla indipendenza della giurisdizione stessa e di coloro cui ne è demandato l'esercizio. Eppure, senza nulla togliere alle garanzie costituzionali dei giudici e della funzione di cui sono titolari, oggi ci si avvede che anche la giurisdizione somiglia ad una sorta di *work in progress*. Non di rado, infatti, il motore della produzione giurisdizionale si accende in ambito sovranazionale (magari, dietro impulso dei giudici nazionali ovvero in conseguenza di preve decisioni di questi che, a vario titolo, sollecitano i giudici europei a pronunziarsi, a loro volta, sopra di esse); dopo di che, alla decisione o alle decisioni dei giudici europei possono far seguito ulteriori decisioni dei giudici nazionali, tutte componendo una sorta di ideale “catena” che va perfezionandosi e mettendosi a punto variamente, in ragione dei contesti nazionali nei quali prende forma» (*ibid.*; in tema, dello stesso A. si veda già [L'integrazione europea attraverso i diritti e il “valore” della Costituzione](#), in [www.federalismi.it](#), 12/2014).

Limitando anche solo l'attenzione al confronto tra giurisdizione e amministrazione, in riferimento alla quale l'espressione è stata originariamente impiegata [in tema, cfr., per tutti, A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Jovene, Napoli 2001, 813 ss.; M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 2002, 107 ss.; G. CORSO, *Una nuova amministrazione*, in *Nuove autonomie*, 2003, 301 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Giappichelli, Torino 2003; S. CASSESE, *Che cosa vuol dire amministrazione di risultati?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 941 ss.; M. IMMORDINO-A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Atti del Convegno di Palermo, 27-28 ottobre 2003, Giappichelli, Torino 2004; L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir proc. amm.*, 2005, 1 ss.], si può notare che la formula «giurisdizione per risultati» rischia di legittimare, promuovendo a componente dei modelli concettuali di Costituzione e di Stato costituzionale, quella che sembra piuttosto doversi configurare come una distorsione patologica dei suddetti modelli. La quale, in verità, non di rado trova espressione nelle concrete dinamiche ordinamentali.

Il termine “risultato” conserva, innanzitutto, i residui di una connotazione economicistica ed efficientistica che rischiano di provocare ulteriori confusioni circa le finalità proprie dell'attività giurisdizionale. E, tuttavia, anche “depurando” l'espressione da tali significati, il vocabolo, se, da un lato, pare evocare quel principio di effettività della tutela che, secondo i paradigmi della democrazia costituzionale, dovrebbe orientare l'azione di ogni organo giurisdizionale, dall'altro viene qui impiegato per connotare un sistema nel quale *il risultato di ogni giudizio* sarebbe sempre discutibile in quanto perfettibile, con la paradossale conseguenza che, da un punto di vista generale, la «giurisdizione per risultati» comporterebbe una *frequente, se non permanente, condizione di denegata (o insufficiente) giustizia*, quantomeno nell'ambito del singolo giudizio considerato (che, poi, è la dimensione che più conta nell'esercizio della funzione giurisdizionale). A ciò deve aggiungersi, peraltro, che la formula qui fatta oggetto di critica sembrerebbe attribuire alle Corti un'attività di progettazione difficilmente compatibile con lo stesso paradigma democratico, mettendo in discussione, altresì, gli attributi connotativi essenziali degli organi di garanzia, ossia la loro autonomia, indipendenza, imparzialità e terzietà (sul punto cfr., per tutti, G. SILVESTRI, *Giustizia e giudici nel sistema costituzionale*, Giappichelli, Torino 1997, 10 ss.). In buona sostanza, il solo “risultato” al quale il giudice dovrebbe tendere è, a rigore, quello di dare, in ciascun giudizio, con gli strumenti normativi disponibili, una risposta adeguata alla domanda di giustizia ritualmente sottopostagli.

oltre ad offrire una rappresentazione parziale di una realtà ben più complessa, dovrebbe comunque argomentare la bontà di un assetto nel quale la tutela dei diritti abbia luogo, pur sempre, in modo episodico ed occasionale, attraverso le forme e i modi d'intervento di organi che non hanno piena discrezionalità nel decidere sull'*an*, sul *thema decidendum* e sul *quando* pronunciarsi⁶³.

In buona sostanza, riprendendo i personaggi della tragedia sofoclea, il dialogo tra le Corti si configura pur sempre come un confronto tra Antigoni, ma il problema resta il rapporto con un Creonte assente, troppo spesso inutilmente invocato. Soltanto un dialogo costruttivo tra Corti e legislatori, nel pur non sempre agevole rispetto delle prerogative di ciascun organo, può consentire il perseguimento di quel felice connubio tra libertà ed eguaglianza che costituisce l'ideale più profondo ed autentico della democrazia costituzionale⁶⁴.

⁶³ Sul ruolo del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato per la giurisdizione sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti, al nostro *L'illegittimità consequenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettività della tutela*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Catanzaro) 2008, 94 ss.

⁶⁴ Sulla conciliabilità dei principi di libertà e di eguaglianza e sul loro ruolo nella dimensione della democrazia costituzionale cfr. G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi*, cit., 85 ss.; in una diversa prospettiva si veda, ora, L. VENTURA, *Sovranità*, cit., spec. 122 ss.