

Rileggere la Costituzione oggi

Relazione di Giovanni Maria Flick, Presidente della Corte costituzionale

al convegno «Uno sguardo verso il futuro»

a conclusione del 60° anniversario della Costituzione della Repubblica italiana

Roma, Università Luiss Guido Carli, lunedì 12 gennaio 2009

Signor Presidente della Repubblica, Presidente e Magnifico Rettore della Luiss, Autorità, Studenti, Signore e Signori, l'anno appena concluso ha offerto a tutti noi numerose occasioni per celebrare, studiare, divulgare la Costituzione, in occasione del suo 60° compleanno. Lo abbiamo fatto in contesti istituzionali, storici, scientifici, didattici, e anche politici. Soprattutto in quest'ultimo ambito, alla celebrazione e al riconoscimento dell'esistente si è spesso accompagnato l'auspicio, o perfino l'annuncio, di modifiche più o meno profonde alla nostra Carta fondamentale.

Benché il terreno delle modifiche sia quello meno appropriato per un Presidente della Corte costituzionale - organo di garanzia che ancora i propri giudizi alla Costituzione "che c'è", al testo in vigore al momento di ciascuna decisione, e ai principi fondamentali della Carta - credo di non compiere invasioni di campo se esprimo apprezzamento per quello che considero un frutto positivo, niente affatto scontato, delle celebrazioni del 2008: mi riferisco all'ormai unanime ammissione che i *Principi fondamentali* della nostra Costituzione sono irrinunciabili e, oserei dire, non modificabili; alla larghissima, e confido non momentanea convergenza sul fatto che la *Prima parte* - quella sui diritti e i doveri - rappresenta un bene prezioso, un «patrimonio comune» per tutti i cittadini italiani, e non solo per essi. Questo approdo consente - almeno potenzialmente - di affrontare con serenità e costruttività ogni futuro dibattito sulle modifiche necessarie o auspiccate. Non è stato un approdo casuale o fortunoso: lo dobbiamo alla ragionevolezza di molti, e in particolare all'autorevolezza e all'efficacia dei Suoi interventi, presidente Napolitano, per i quali Le rinnovo oggi la

mia gratitudine, nella certezza di esprimere un pensiero condiviso da tutte le componenti - accademica, scientifica, economica e produttiva - presenti a questo incontro voluto dall'Università Luiss e onorato dalla Sua presenza.

Non posso peraltro avviare questa relazione senza fare riferimento al Suo messaggio di fine anno, signor Presidente. In esso, Lei ha ricordato agli italiani i valori costituzionali posti alla base del nostro stare insieme, e nei quali «possono riconoscersi tutti i cittadini. (...) Il valore, sopra ogni altro, dell'unità nazionale. I valori della libertà, dell'uguaglianza di diritti, della solidarietà in tutte le necessarie forme ed espressioni, del rispetto dei ruoli e delle garanzie che regolano la vita delle istituzioni». Se sapremo coniugare questi valori con una rinnovata «capacità di unire le forze» - cito ancora il Suo pensiero - potremo superare anche la profonda crisi economica che investe in particolare il mondo occidentale. Da questa crisi trae spunto la prima parte della *rilettura* - che svolgo con consapevole cautela - sull'evoluzione istituzionale del sistema economico, avvenuta soprattutto nella prospettiva europea; la seconda parte - solo all'apparenza molto distante - è invece una riflessione sui "nuovi" diritti fondamentali e sulla rincorsa giurisprudenziale al loro riconoscimento, in assenza di chiare scelte legislative.

* * *

Ci si è giustamente e a lungo interrogati sulle ragioni, oltre che sulle responsabilità, delle gravi lacune di volta in volta emerse nel nostro ordinamento; e se esse fossero da attribuire agli assetti fondamentali delle norme e delle istituzioni, ovvero alle inadeguatezze della legislazione (e del legislatore). Il tempo, io credo, ha reso giustizia alla Costituzione e ai Padri costituenti: si è smesso infatti (se non del tutto, quasi del tutto) di considerare gravemente difettosa e inadeguata la Costituzione economica, laddove limiti e inadeguatezze andavano talvolta attribuiti al legislatore ordinario, più spesso all'incapacità diffusa - o almeno all'insufficiente capacità di molti (pubbliche amministrazioni, partiti, rappresentanze e associazioni datoriali e dei

lavoratori) - nel promuovere la piena attuazione di numerosi principi costituzionali: diritti, e non soltanto diritti.

La situazione economica internazionale, originata dall'implosione di una finanza spregiudicata - e, per il suo essere intrinsecamente globale, priva di un adeguato sistema di regole e soprattutto di governo delle regole - sta mostrando a mio avviso la saggezza, la non pretestuosità, la lungimiranza dell'aver temperato il principio della libertà di iniziativa economica con il requisito, la condizione, fosse anche il limite, dell'utilità sociale. La medesima attualità e lungimiranza è dimostrata dal principio - affermato dall'articolo 47 - della tutela del risparmio, e in particolare del risparmio popolare e dell'accesso al credito.

Questi punti di riferimento, questa sensibilità per l'economia reale rivalutata dalla disfatta dell'economia puramente finanziaria, hanno consentito in questi mesi di introdurre o di proporre al Parlamento strumenti la cui operatività potrebbe anche restare solo potenziale, in grado tuttavia di evitare un'ondata di sfiducia e di panico, dalle conseguenze davvero pericolose e con effetti generali: strumenti ordinari, per i quali non è stato necessario teorizzare una legislazione dell'emergenza, tantomeno sospendere o congelare principi costituzionali.

La Costituzione ha altresì manifestato, nel tempo, un evidente pregio di flessibilità e di adattamento dei propri enunciati, che solo apparentemente contrasta con il suo carattere rigido. L'apertura alla dimensione sovranazionale, la disponibilità a cessioni di sovranità in condizioni di reciprocità e nel quadro della pacifica cooperazione internazionale, hanno via via reso possibile l'adesione alle organizzazioni internazionali da una parte; ai Trattati europei dall'altra, senza mai dover modificare la Costituzione, come invece è accaduto in altri Paesi nostri *partner* nell'Unione europea, e ancora accade per la ratifica del Trattato di Lisbona. Non solo: lo stesso principio della concorrenza, che sul piano formale ha rappresentato il "grande assente" nel testo costituzionale fino alla riforma del 2001, era già da tempo oggetto di una

graduale, seppur non ancora conclusa metabolizzazione, anche a prescindere dalla proprietà pubblica o privata di imprese, reti e infrastrutture.

Ciò indubbiamente è avvenuto grazie a un sempre più stringente sistema di regole europee, al quale ci siamo saputi adeguare, anche se con ritardi e affanni, dovuti a molte cause; mai, certamente, a impedimenti di tipo costituzionale. Senza peraltro dimenticare che a quel sistema il nostro Paese ha partecipato con alcuni dei suoi uomini migliori, in particolare nella Commissione europea, ma anche nel Parlamento di Strasburgo e nella Corte di giustizia del Lussemburgo. È ben vero che ad ostacolare effettive regole di concorrenza vi furono sia una sostanziale inerzia dello Stato (soprattutto negli anni delle nazionalizzazioni, palesi o surrettizie); sia l'interesse di alcuni gruppi industriali, con il consenso, più o meno dichiarato, di una larga parte delle confederazioni sindacali. È peraltro ugualmente vero - e non va taciuto - che tali atteggiamenti non furono del tutto privi di ragioni storicamente plausibili e socialmente encomiabili, non meno meritevoli delle ricorrenti preoccupazioni per la "nazionalità" (sia essa italiana, francese o tedesca) di alcuni servizi pubblici o, più in generale, di *public utilities*. E dunque, se pure, in tema di concorrenza, la Costituzione non fu proprio trainante, essa non costituì, di per sé, un impedimento.

* * *

Non intendo sottrarmi, su questo punto importante e delicato, al confronto con il pensiero di un grande economista e uomo delle istituzioni quale fu Guido Carli, del quale questa Università porta il nome non soltanto perché ne fu presidente per 15 anni (durante i quali volle fortemente - ne sono stato testimone diretto - l'istituzione della facoltà di Giurisprudenza accanto a quelle di Economia e Scienze politiche); non soltanto perché presiedette Confindustria nei cinque terribili anni 1976-80; ma proprio perché fu una figura di primo piano della Repubblica, uomo rigoroso con se stesso, liberale schietto quanto leale, dovunque fosse chiamato a servire il Paese, in Italia o

all'estero, in Parlamento, al governo o alla guida della Banca d'Italia, della quale fu Governatore per 15 anni.

Carli attribuiva l'origine del disconoscimento del mercato al Codice civile del '42, che per altro verso costituiva invece una positiva evoluzione, in tema di diritto di proprietà con le relative limitazioni, rispetto al codice del 1865. E ciò ovviamente si spiega perfettamente con l'ideologia e le istituzioni del tempo. Ma sulla Costituzione fu severo, pur nella consueta sobrietà del suo argomentare: «La Costituzione repubblicana non menziona né l'imprenditore, né il mercato, né la concorrenza, né il profitto»; arretra sul diritto di proprietà, rispetto al pur recente Codice civile; la nozione della concorrenza «affiora indirettamente, quando dichiara che l'accesso alla proprietà deve essere consentito a tutti»; «indirettamente ravvisa nel profitto cosa disdicevole e non meritevole di essere menzionata». Insomma, una «Costituzione punto di intersezione fra la concezione cattolica e la concezione marxiana dei rapporti fra società ed economia, e fra società e Stato», accomunate - entrambe le concezioni - dal «disconoscimento del mercato quale istituzione capace di orientare l'attività di produzione e di scambio al soddisfacimento degli interessi di tutti».

Ma lo stesso Carli, poco dopo e nella medesima conferenza intitolata alle *Povertà spirituali di un'Italia ricca*, pronunciata nel 1987 (e che egli stesso considerava uno dei suoi discorsi più importanti), riconosce che «Dalla nostra apertura al mercato internazionale e dalla nostra partecipazione alle istituzioni internazionali nell'arco di circa quarant'anni sono derivati gli impulsi maggiori all'adeguamento del nostro ordinamento giuridico alle esigenze proprie di un'economia di mercato. Il recepimento delle direttive della Comunità economica europea costituisce la manifestazione di maggior peso di questo fenomeno».

Qualche anno dopo, nel suo ultimo incarico ministeriale al Tesoro, sarebbe stato lui a firmare il Trattato di Maastricht del 1992, a coronamento di questo lungo cammino del Paese verso l'Unione europea e poi l'adesione all'Euro, grazie alla quale oggi,

nonostante la crisi in atto, non rischiamo però un collasso che sarebbe fatale, non soltanto per l'economia.

Non voglio né forzare il pensiero dell'ex governatore, né minimizzare la differenza tra le nostre opinioni. Ma mi pare possibile sostenere che, da punti di vista e con preoccupazioni diverse, perveniamo a un'analogia constatazione: la Costituzione, di per sé, non ha costituito un impedimento a questa evoluzione verso il mercato, anche se la competizione politica e l'aspro confronto ideologico fino agli anni '80, fecero emergere alcuni aspetti piuttosto che altri. Per questa ragione, credo, si è parlato di ambiguità, di compromesso nel senso deteriore del termine, che io invece continuo a considerare un compromesso alto, le cui sorti sono state affidate alle forze politiche, alle istituzioni, agli uomini che di volta in volta le hanno rappresentate, con la loro saggezza e i loro limiti; sempre ancorati, per nostra fortuna, a un sistema di alleanze e di cooperazione il cui bilancio è largamente positivo. D'altra parte Carli ammette che «una sorta di Costituzione economica» fu tacitamente concordata da De Gasperi ed Einaudi, i quali «per caso o per prudenza» la lasciarono fuori dal testo costituzionale (la legge bancaria del '36, la legge fallimentare, l'omesso riferimento alla Banca d'Italia, inteso come garanzia e non già sottovalutazione dell'istituto di emissione).

Forse anche per questo va ritenuta non casuale la preveggenza della Costituzione – che qualcuno appunto ha definito presbite, capace di guardare lontano più che vicino – e considero assecondata *ab origine*, attraverso l'articolo 11, l'apertura all'ordinamento comunitario e quindi alla concorrenza e al mercato, poi soltanto confermata (non introdotta *ex novo*) dall'esplicita menzione della concorrenza nel nuovo testo dell'articolo 117.

Altra cosa è la critica all'uso politico, legittimo o prepotente, che possa essere stato fatto di alcuni principi, in determinati periodi; ma esso non può essere attribuito alla Costituzione.

Molto più che in tema di diritti fondamentali della persona, nella sfera economica la volontà e la necessità possono porre rimedio alla formale assenza di un principio,

com'è avvenuto appunto in tema di concorrenza. Viceversa, l'affermazione di un principio non garantisce affatto il suo rispetto: basti pensare alla regola aurea della copertura delle leggi di spesa, posta dall'articolo 81 della Costituzione. Quella regola avrebbe dovuto impedire i disavanzi sempre più ampi accumulati fino ad anni recenti, e la formazione di un debito pubblico imponente, ma ora posto sotto controllo soprattutto grazie ai famosi *parametri* imposti da quel Trattato firmato per l'Italia dal ministro del Tesoro, che lo considerava una vera Costituzione monetaria. Insieme con il processo di privatizzazione delle imprese pubbliche, divenuto doveroso e da lui stesso avviato a partire dalla trasformazione giuridica delle società, Maastricht completava l'evoluzione del nostro sistema economico verso il mercato e la concorrenza.

Quanto al debito pubblico e ad alcune fasi, non brevi, di dissennata o almeno inefficiente gestione della spesa pubblica, è stato altresì osservato che, su questi punti, la Costituzione scritta era ed è molto avveduta, risentendo dell'impronta *costituente* di Einaudi e di Vanoni.

Eppure l'articolo 81 sulla copertura finanziaria delle nuove spese è stato nei fatti l'articolo più violato della Costituzione. E negli anni '80 neppure la Corte costituzionale trovò la via per opporsi al criterio del grimaldello nella spesa previdenziale, quando legghine di settore introducevano, con limitata previsione di spesa, meccanismi salariali e pensionistici dei quali si chiedeva poi, spesso ottenendola, la generalizzazione in nome dell'uguaglianza.

Finché la Corte negò l'estensione e affermò in via di principio la possibilità di togliere ai pochi, per ridistribuire quel che non si era in grado di attribuire a tutti.

Sono profili che meriterebbero tempo e dibattito, in una Libera università come questa, particolarmente orientata agli studi giuridici ed economici, sensibile ai valori e alla ricerca, ma anche all'efficienza delle istituzioni e delle organizzazioni economiche e produttive.

Non è oggi il momento per poterlo fare, ma sono certo e mi auguro che di occasioni del genere si possa averne molte nel prossimo futuro, magari come professore tra i colleghi, quale sono stato fino alla nomina a giudice costituzionale.

* * *

Dopo questa prima parte della "rilettura", solo apparentemente rivolta al passato, vorrei ora soffermarmi - sempre sul terreno costituzionale nel quale ci stiamo muovendo - su una questione che mi appassiona (e in parte mi inquieta) quanto i rapporti tra diritto ed economia; e che certamente occuperà non poco, nei prossimi anni, il dibattito politico, culturale, etico-sociale, non meno che quello giuridico. Mi riferisco ai *nuovi* diritti fondamentali, veri e presunti, e al rischio della loro affermazione solo per via giurisprudenziale. E non già a causa di lacune nella Costituzione (a meno di non volerla trasformare da presidio di principi generali, e perciò sempre validi anche in presenza di innovazioni biologiche e tecnologiche, in catalogo dettagliato in continuo aggiornamento, e per ciò stesso incompiuto e perfino contraddittorio); ma per il rischio di uno squilibrato rapporto tra legislazione e giurisprudenza, una sorta di paralisi del legislatore contrapposta ad un attivismo creativo dei giudici.

La Costituzione e la coetanea Dichiarazione universale - originate, secondo l'immagine di Dossetti, dal «crogiolo ardente e universale» di una guerra che aveva sfigurato la faccia della Terra - abitano oggi un mondo «totalmente altro», nel quale il rapporto tra diritto, potere e diritti fondamentali ha subito un'autentica mutazione genetica. Indagare su questa mutazione significa affrontare il rapporto tra stabilità ed evoluzione dei diritti fondamentali e, quindi, quello assai concreto tra conservazione e aggiornamento delle Carte, comprese la prima parte della nostra Costituzione e la Dichiarazione universale.

Esiste, oggi, una sorta di "frenesia" di aggiornamento dei diritti fondamentali, riscontrabile non soltanto tra le innumerevoli pagine in cui la dottrina ha di volta in volta prospettato - come ha ben sintetizzato Augusto Barbera - originali primizie giuridiche: i diritti "alla qualità della vita", "alla pace", "alla diversità", "alla sicurezza",

“allo sviluppo”, “alla democrazia”, “all’efficienza”; senza considerare le categorie per fasce antropologiche (i diritti “degli anziani”, “dei bambini”, “delle generazioni future”, “degli utenti”) o quelli cosiddetti naturali (i “diritti degli animali”). Il fenomeno, infatti, ha ormai investito il Parlamento, con innumerevoli proposte.

Sarà pure un’euforia, un’enfasi, e si potrebbe essere tentati di minimizzarla, liquidarla come un fenomeno tutto sommato marginale, un’ansia di nuovi *enunciati* più che di nuovi *principi*; uno sfogo della modernità, che applica alla Costituzione la mania (o la nevrosi) del *lifting* e della *fitness*. Ma il fenomeno costituisce, a mio avviso, uno tra gli interrogativi teorici più stimolanti dell’intera problematica costituzionale e dei diritti. Anche perché, in questa domanda un po’ disordinata, troviamo anche diritti davvero «presi sul serio», per dirla con Dworkin, la cui definizione è peraltro controversa: le unioni tra persone dello stesso genere, l’inizio e la fine della vita, il testamento biologico, il trattamento terapeutico (a sua volta dagli incerti confini) per malati terminali o incoscienti. Eludere queste domande significa delegare le risposte, caso per caso, agli organi giurisdizionali, talvolta privi di precisi referenti normativi, com’è avvenuto nel drammatico caso di Eluana Englaro; e che si tratti di un caso avvertito a livello istituzionale e non solo etico, lo testimonia il fatto che su di esso è stata chiamata a pronunciarsi la stessa Corte costituzionale, nella significativa forma del conflitto di attribuzione fra poteri.

Mi chiedo *il perché* di questa sorta di assedio dei nuovi diritti (veri o presunti), e *perché* tutti noi - chierici del diritto e non - ci entusiasmiamo di più compiuti quando si amplia il catalogo delle richieste, molto meno quando un diritto *già* esistente venga meglio tutelato o più compiutamente realizzato: ci interessa di più parlare dei mille nuovi rivoli del diritto alla riservatezza, piuttosto che presidiare il diritto di non morire a causa di incidenti sul lavoro.

Il costituzionalismo moderno, afferma Massimo Luciani, colloca «il diritto al cuore stesso del rapporto politico, quale strumento di legittimazione del potere»; ma configura il potere quale concreto strumento di riconoscimento dei diritti. Il potere,

insomma, *ha bisogno* del diritto, dal quale riceve la propria legittimazione; e i diritti (fondamentali) hanno bisogno del potere per potersi affermare. Nel 1964 Norberto Bobbio scriveva che il problema dei diritti dell'uomo non è quello di fondarli, ma quello di proteggerli: e cioè la loro effettività. E ciò può avvenire - per quanto possa sembrare paradossale - solo attraverso l'uso (legale) del potere.

Questo rapporto - ben più complesso di quanto questi rapidissimi cenni facciano immaginare - si è notevolmente alterato negli ultimi decenni. È mutata la percezione del collegamento genetico tra diritti e potere e, dunque, il "fondamento" stesso dei diritti fondamentali. Si è tentato, infatti, un "radicamento ultrapositivo" dei diritti stessi, non più ancorati al riconoscimento positivo bensì alla «coscienza storico-sociale dei popoli». È evidente il fine nobile di questa prospettiva: «i valori supremi sono *dati* immodificabili dai poteri soggettivi dell'ordinamento, che possono solo concretizzarli, attuarli e definirli nei loro specifici contorni»; mai rinnegarli.

Questo nuovo "giusnaturalismo storico", tuttavia, incontra almeno due ordini di difficoltà. Per loro natura «i valori tendono, nella percezione soggettiva degli uomini, a un'illimitata espansività»: sia nel senso di una loro proliferazione smisurata, sia nel senso che ogni valore - come ha scritto Hartmann - «tende ad erigersi a tiranno esclusivo (...) a spese di altri valori, anche di quelli che non gli sono materialmente contrapposti».

Rinunciare alla mediazione *formale* del legislatore significa affidarsi alla sola giurisprudenza. Ma ricondurre a sintesi e armonia, prescindendo dallo *ius positum*, gli impulsi - così li ha definiti Augusto Barbera - ora pacifisti, ora tecnocratici, ambientalisti, liberisti, solidaristi, è assai arduo: qual è, infatti (ed esiste davvero?) il «dato immodificabile della coscienza profonda del popolo» (per esempio, in tema di diritto alla vita); come si evita la «tirannia del valore» (Schmitt)? Occorrono sintesi, bilanciamenti, armonizzazioni, che non è possibile delegare interamente all'opera della giurisprudenza, le cui pronunce, oltretutto, sono tanto più disomogenee quanto più le norme sono incomplete o inesistenti.

Ai problemi posti dal “giusnaturalismo storico” vorrei aggiungere quelli del “giustecnicismo”: la tecnica quale principio ordinatore e dominante, processo inevitabile e “necessario”. Si tratta di un *rovesciamento logico*, in forza del quale «lo sviluppo della tecnica assurge da materia regolata a principio regolatore, da oggetto a soggetto di normazione» (Natalino Irti), evidenziando come - valga l’esempio delle manipolazioni genetiche - «la *normatività* tradizionale, forte o debole che sia, debba arretrare e trasformarsi, di fronte alle capacità di trasformazione del mondo possedute dalla tecnica» (Severino).

In parole semplici, la Tecnica sembra avere integralmente sostituito il Potere nel rapporto con i diritti fondamentali: sia nel senso che questi ultimi hanno bisogno della tecnica per il loro riconoscimento e la loro tutela; sia nel senso che la minaccia ai diritti fondamentali proviene oggi, più che dal potere, dalle (quasi) illimitate possibilità della tecnica. La proliferazione dei diritti deriva proprio dalle nuove possibilità poste a disposizione dalla tecnica. Se, grazie alle tecniche di procreazione assistita, è oggi possibile far concepire chi non poteva farlo in passato (per età, patologie, assenza di *partner*), è del tutto “naturale” che questo nuovo interesse ambisca a diventare un diritto riconosciuto, il diritto alla procreazione. D’altra parte, la stessa tecnica consente altresì di rendere selettiva la procreazione, realizzandola e portandola a compimento solo quando siano escluse patologie per il nascituro. E anche questo si struttura quale interesse, per i genitori e l’intera società, a veder nascere individui, se non integralmente sani, non irrimediabilmente invalidati: viene dunque reclamato quale diritto e - di più - affermato come valore, perfino dai nascituri. Al punto - è già accaduto in Spagna - di portare i genitori in tribunale, una volta divenuti adulti, per vedere affermato il proprio “diritto a non nascere”.

Tuttavia, come il Potere conosceva un rapporto di ambiguità con i diritti fondamentali - nel senso di esserne garanzia ma, al tempo stesso, potenziale aggressore - così la Tecnica non si sottrae a queste contraddizioni, fino a determinare la violazione o la dissoluzione dei diritti. Si pensi agli strumenti di controllo a tappeto della libertà di

movimento, di comunicazione, di corrispondenza. E ancora: la fame nel mondo potrebbe essere debellata attraverso la produzione massiva degli alimenti geneticamente modificati, che però ad avviso di molti esperti (non tutti) pregiudicherebbero il diritto alla salubrità ambientale, se non addirittura quello alla salute alimentare. Il “diritto a una morte dignitosa” sarebbe insidiato dalle terapie di prolungamento dell’esistenza in vita, che agli occhi di molti costituiscono una lesione alla dignità umana, quale «diritto a controllare le fasi finali della propria vita o le fasi propedeutiche della propria morte» (D’Aloia).

La Costituzione è stata modificata, dal 1963 al 2005, in ben 34 articoli. Nessuna di tali modifiche ha riguardato i Principi fondamentali e neppure la Prima parte, sui diritti e i doveri dei cittadini. Nella Parte seconda sono stati davvero minimi gli innesti significativi di “nuovi d costituzionale ha affermato che il nucleo di tale principio era ampiamente ricavabile da altre norme già presenti in Costituzione, sia pure in parte attraverso la mediazione della nostra adesione al Consiglio d’Europa e alla Convenzione dei diritti dell’uomo.

Nonostante questa parsimonia nelle innovazioni, nessuno negherebbe che i diritti fondamentali riconosciuti siano aumentati in quantità e qualità, indipendentemente dagli interventi legislativi, sia di rango costituzionale che ordinario. Per comprendere questa apparente contraddizione, bisogna considerare il ruolo svolto dalla Corte costituzionale. Se, infatti, a Costituzione sostanzialmente invariata nei diritti affermati, siamo *oggettivamente* più “ricchi” di situazioni giuridiche discendenti dai diritti fondamentali, ciò è dovuto all’attività di “estrazione” e tessitura svolta dalla giurisprudenza costituzionale.

Nei primi decenni di attività la Consulta è stata autenticamente la “Corte dei principi”: ha spesso coniato il “nome” e creato il “linguaggio” dei diritti fondamentali; ne ha precisato contorni e contenuti. Ciò ha consentito di superare la «giuridicità difettosa» della Costituzione, secondo la definizione di Angelo Falzea: la formulazione generalissima e la precettività debole dei principi, affermati come «tavola dei valori».

Perché ai principi si aderisce, ma solo le regole si applicano e devono essere osservate.

Rigida quando si voglia modificarla o integrarla, la Costituzione si è mostrata flessibile, espandibile, presbite nel senso positivo e già precisato di saper guardare lontano, di includere nell'ambito della sua efficacia - e della sua tutela - l'applicazione e le ricadute di nuovi strumenti o di nuove sensibilità: dalla libertà di espressione e di comunicazione (concepita quando neppure esisteva la televisione, figurarsi internet) alla tutela della *privacy*, e a quella dell'ambiente come conseguenza della tutela del paesaggio; fino alla ricordata apertura all'ordinamento comunitario e al mercato. Pregi e qualità, o almeno caratteri, che la Costituzione certamente possiede per merito dei Costituenti, ma che hanno potuto manifestarsi grazie al ruolo forte attribuito dagli stessi Costituenti (non senza contrasti e incertezze fino all'ultimo momento) alla Corte costituzionale, il giudice delle leggi collocato tra gli organi di garanzia, non tra le giurisdizioni.

Attraverso il cammino dal valore al principio, dal principio al precetto, la giurisprudenza costituzionale ha affermato, oltre al *bilanciamento* (si pensi al diritto alla vita, posto in relazione alla salute della donna gestante), anche la *giustiziabilità* dei diritti umani. Fin dalla sua prima sentenza, la n. 1 del 1956, la Corte considerò «fuori discussione» la propria competenza a giudicare le leggi, senza distinzione fra anteriori e posteriori alla Costituzione.

Era un cammino tutt'altro che scontato, nelle intenzioni o nelle preoccupazioni di molti; se non fosse stato intrapreso, la nostra sarebbe rimasta una Costituzione essenzialmente programmatica, priva di forza propria ed efficacia, e quindi in gran parte inattuata o comunque commissariata dalla volontà del legislatore ordinario. Un mio grande predecessore da poco scomparso, Leopoldo Elia, nel discorso celebrativo per i 60 anni della Costituzione, nel febbraio 2008, definì quella prima sentenza uno «straordinario evento», dopo il quale «mai (più come allora) le sorti della Costituzione e quelle della giustizia costituzionale giunsero a identificarsi: ad attuare la Costituzione

era obbligato non solo il legislatore, ritenuto fino a quel momento unico e vero destinatario delle sue norme, ma anche, in base alle sentenze di accoglimento della Corte, il giudice e ogni altro operatore del diritto».

* * *

Non considero il migliore dei mondi possibili - lo si è capito - quello che delega alla giurisprudenza l'individuazione e l'enunciazione di nuovi valori individuali e collettivi, la rimodulazione dei diritti fondamentali. Al diritto giurisprudenziale non si deve chiedere più di quanto possa e debba dare; ma il senso di questo limite non è stato ancora perfettamente percepito, forse a causa di alcune illusioni. Come quella di ritenere che la sovrabbondanza delle Carte - universali, dei fanciulli, delle città, di Nizza - e delle Corti - dei Diritti dell'uomo a Strasburgo; di Giustizia delle Comunità europee a Lussemburgo; quella penale a L'Aja - abbia offerto una risposta più adeguata sia per individuare i bisogni emergenti, sia come strumento di tutela: l'illusione che il c.d. multilivello nella tutela dei diritti fondamentali sia, per essi, la panacea.

Beninteso, non di sola illusione si tratta, perché esiste oggi una profonda e diffusa vocazione alla «universalizzazione del diritto», come sostiene Gustavo Zagrebelsky. Ma non sempre tale vocazione mantiene le promesse e soddisfa le aspettative. Non sempre, cioè, garantisce l'assestamento della tutela dei diritti a un livello più alto e più intenso. Per non dire che non è affatto scontata la possibilità stessa di individuare «il più alto livello di protezione» per diritti che, nella diversità storica tra ordinamenti, esprimono significati e valori profondamente diversi. Infine, lo ha detto molto bene Massimo Luciani, la «filosofia di fondo» del costituzionalismo multilivello, al di là delle effettive intenzioni, «svaluta i testi normativi ed esalta l'opera delle Corti»: tra le pieghe, emerge qualche residuo di pregiudizio antiparlamentare e antilegislativo.

Non si tratta di un innocuo pregiudizio di principio, quasi di una competizione virtuosa e generosa per primeggiare nell'affermazione e nella tutela dei diritti. Nessuna, tra le Corti - quali che siano i criteri di nomina dei suoi giudici - possiede infatti la legittimazione propria di una «costituente» democratica. Il pericolo è una deriva, nella

quale le Corti si sostituirebbero ai legislatori, attraverso una delega in bianco da parte della politica in crisi, a livello nazionale come europeo. Una delega cui fa da *pendent* la tendenza - anch'essa sempre più accentuata, a livello non soltanto nazionale - a erodere la tradizionale competenza del parlamento alla produzione di regole, attribuita all'esecutivo attraverso il sempre più frequente ricorso alla decretazione d'urgenza o alla legislazione delegata.

Insomma, in nome dell'efficienza, sul duplice versante delle regole e dei diritti, assistiamo alla tendenziale deresponsabilizzazione della politica nella sua sede fondamentale e tipica (quella parlamentare), a favore rispettivamente del potere esecutivo e di quello giudiziario.

Esiste una spia di questa metamorfosi in atto, con riferimento alla "creazione" dei diritti.

Tanto a livello nazionale (la Corte costituzionale italiana) che sovranazionale (la Corte europea dei diritti dell'uomo) si è progressivamente ridotto il ruolo delle "Corti dei principi", divenute sempre più "Corti della giurisdizione", che perdono la funzione di conformazione *pro futuro* dell'ordinamento, per trasformarsi in giudici del caso singolo e concreto. Non sto denunciando una prevaricazione, l'appropriazione di un ruolo altrui contro la volontà di chi ne sia titolare. Parlo di una supplenza impropria, indotta dall'incapacità della politica a compiere chiare scelte di valore, a farsi interprete dei nuovi bisogni. Ciò scatena inevitabilmente la cosiddetta funzione creativa delle giurisprudenze, per così dire, "inferiori" in ambito nazionale.

A queste preoccupazioni si oppongono molte e tranquillizzanti risposte, il cui elemento comune sta nel superamento, in tutti i Paesi europei, della stagione costituente; e nella convinzione che la proliferazione dei "centri" di tutela giurisdizionale assicura il continuo respiro, il dinamismo incessante, l'equilibrio precario sì, ma sempre spostato su un gradino di tutela più alto.

Questo impianto argomentativo mi lascia perplesso. Mi limito a una osservazione sul merito. Solo con un certo sforzo di fantasia si può affermare che la dialettica tra le

Corti sui diritti fondamentali sia immune oggi da frizioni, incomprensioni, gelosie “di ordinamento”; che l’integrazione, a lungo inseguita - e tuttora lungi dall’essere realizzata - in sede politica, trovi la strada spianata dall’armonico e quasi idilliaco rapporto tra giurisdizioni. La Corte costituzionale, per la verità, si è riservata l’ultima parola su ogni tipo di compatibilità costituzionale. E tuttavia, quando si appalta alla giurisdizione la “gestione” dei diritti fondamentali, poi non si può limitare tale delicato compito solo al livello superiore. Entrano in gioco *tutte* le giurisdizioni, di *tutti* i Paesi membri (e ho già citato esempi recenti e drammatici). Con il rischio, tra gli altri, di una sorta di “colonialismo giurisdizionale”, in forza del quale la giurisdizione “politicamente” più forte orienta, e per certi aspetti impone, la propria *Weltanschauung*.

Senza scelte chiare, ancorché opinabili, dei legislatori, si rincorrono risposte contrastanti. In assenza di una decisione politica legittima e assunta con la massima maggioranza possibile, come si può stabilire per via giurisprudenziale, senza una sicura traccia scritta, l’inizio e la fine della vita; la struttura e i limiti di un testamento biologico; l’estensione del diritto all’identità sessuale fino alla vita di relazione e alla genitorialità? Anche perché non basta scegliere fra le molte domande di riconoscimento dei diritti; è necessario affrontare la domanda-chiave, che in genere si evita perfino di porre, come invece continua giustamente a fare Peter Häberle: «Perché a ricchi cataloghi di diritti fondamentali si contrappongono ristretti testi di doveri fondamentali?».

Il giudizio sulla vetustà o attualità della nostra Costituzione passa anche attraverso la riflessione su queste dinamiche. Gli attuali valori fondanti furono espressione di un forte senso di coesione e di scelte precise e chiare (ancorché di compromesso, come si è già ricordato). Sono persuaso che occorra oggi rinverdire quella stessa coesione; la politica deve tornare a decidere, a stabilire principi, senza limitarsi “ad accertare l’esistente”. Un riequilibrio è necessario, intendo dire un riequilibrio delle funzioni, più e prima che dei diritti: la politica scelga i nuovi beni da proteggere; la giurisdizione darà tutela concreta a quei diritti.

* * *

Giunto a conclusione, potrei rinunciare a indicare un filo conduttore tra due profili così distanti, o così apparentemente distanti, come quelli da me affrontati. Ma - è ben noto - le democrazie e i sistemi economici sono vasi comunicanti, nei quali l'arretramento degli uni comporta l'espansione degli altri, ciò che in ambito giuridico e istituzionale assume di volta in volta la forma della supplenza piuttosto che dell'invasione di campo. L'inadeguatezza del sistema normativo e le incertezze del legislatore - ieri nei rapporti economici e sociali; oggi e forse domani in tema di nuovi diritti; sempre nei rapporti fra economia e pubblica amministrazione - comportano in ogni caso la rottura di equilibri e l'incertezza dei confini nelle rispettive sfere dei controlli.

Ma mi rendo conto che dal tracciato costituzionale rischio di incamminarmi verso il terreno dei rapporti tra politica e giustizia: apparentemente più concreto e meno filosofico di quello tra diritto e politica (che rappresenta in effetti il filo conduttore delle mie riflessioni), e certamente più accidentato. Non per questo lo evito: non è che io *intenda* evitarlo (anzi, ne conosco personalmente le asperità); io *debbo* evitarlo, per non contraddire un elemento essenziale delle riflessioni che ho svolto e al quale ho sempre cercato di conformare la mia attività. Non potrei infatti ricordare al legislatore di fare il legislatore, al governo di governare, ai magistrati inquirenti di indagare, ai giudici di giudicare, se poi, oltre a fare - per professione - l'arbitro dei conflitti, cadessi nella tentazione di fare perfino l'allenatore.

Una cosa però posso dirla. Se nei rapporti tra popoli e culture preferisco i ponti ai muri, nel rapporto tra organi istituzionali preferisco i confini alle invasioni di campo: un rispetto reciproco, vorrei dire una sensibilità istituzionale, senza le quali una Costituzione né si può rileggere, né si potrebbe riscrivere.