

VIII  
TECNICHE DI NORMAZIONE,  
TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI  
TEORIA DELLA COSTITUZIONE

ANTONIO RUGGERI \*

*Per poter vedere qualcosa chiaramente  
spesso bisogna cambiare il punto di vista*  
ANTOINE DE SAINT-EXUPÉRY

*Senza cambiare il nostro modo di pensare  
non saremo in grado di risolvere dei problemi  
che abbiamo creato  
usando il nostro attuale modo di pensare*  
ALBERT EINSTEIN

SOMMARIO: 1. Lo studio corrente delle tecniche di normazione dalla prospettiva, riduttiva e deformante, della forma di governo e la necessità di una riconsiderazione critica delle esperienze in parola nella più ampia cornice della forma di Stato e dal punto di vista della salvaguardia dei diritti fondamentali. – 2. Gli angoli visuali adottati per la osservazione delle vicende della normazione: *formale-astratto, assiologico-sostanziale, strutturale, funzionale*. In ispecie, il ricorso comunemente fatto a metodi e categorie dogmatiche d'ispirazione formale-astratta, ancora di recente utilizzati con riguardo ai rapporti tra la CEDU (e, in genere, il diritto internazionale pattizio) ed il diritto interno, ed il bisogno, avvalorato in prospettiva assiologico-sostanziale, di dare esecuzione alle Carte dei diritti con legge costituzionale. – 3. La prospettiva strutturale, volta all'analisi del linguaggio dei documenti normativi relativi ai diritti, e le sue implicazioni in ordine alla tutela dei diritti stessi. – 4. Il bisogno di dotare le formule definitorie dei diritti delle necessarie specificazioni di carattere sia sostantivo che procedimentale e la questione, teoricamente assai impegnativa

---

\* *Professore ordinario di Diritto costituzionale all'Università di Messina.*

e praticamente scivolosa, della distribuzione di tali previsioni normative tra i varî tipi di fonte ed ai diversi piani della scala gerarchica, nel rispetto del peculiare ruolo da ciascuna fonte esercitato, nonché dell'equilibrio in cui la normazione nel suo complesso è tenuta a stare in rapporto con le pratiche applicative (specie giurisprudenziali). – 5. La prospettiva funzionale, avuto riguardo alla formazione di “catene” normative, costituite da fonti prodotte anche a livelli diversi e componenti *processi produttivi complessi*. – 6. (*Segue*): L'imputazione degli effetti giuridici, più (o anzi) che ai singoli atti, ai *processi produttivi* dagli stessi composti e la conversione della gerarchia *secondo forma* in una gerarchia *secondo valore* (l'esempio dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno). – 7. Notazioni conclusive: il bisogno di riscoprire il senso dell'appartenenza, ovverosia della tipicità dei ruoli delle fonti; di dar vita a “catene” di atti convergenti verso la tutela dei diritti, la massima possibile alle condizioni date; di far luogo ad un ripensamento critico profondo della teoria costituzionale che, nel momento stesso in cui mette a nudo originarie e strutturali carenze della Costituzione, rende a quest'ultima un buon servizio, in vista di un congruo rifacimento del suo tessuto normativo.

1. LO STUDIO CORRENTE DELLE TECNICHE DI NORMAZIONE DALLA PROSPETTIVA, RIDUTTIVA E DEFORMANTE, DELLA FORMA DI GOVERNO E LA NECESSITÀ DI UNA RICONSIDERAZIONE CRITICA DELLE ESPERIENZE IN PAROLA NELLA PIU AMPIA CORNICE DELLA FORMA DI STATO E DAL PUNTO DI VISTA DELLA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

Di tecniche della normazione e tutela dei diritti fondamentali si può dire in molti modi; qui, esse saranno rapidamente riviste dal punto di vista della teoria (o, meglio, di una teoria) della Costituzione. Mi pare, anzi, che quello ora prescelto sia un angolo visuale necessario, più ancora che opportuno e promettente di ulteriori, interessanti sviluppi, nondimeno bisognosi di essere ricercati in altra e più adeguata sede.

Per vero, anche i modi correnti di osservare le esperienze cui si fa ora riferimento presentano implicazioni di ordine teorico, seppur alle volte non esplicitate e tuttavia ora più ed ora meno evidenti. La qual cosa non richiede dimostrazione alcuna con riguardo alle tesi variamente prospettate circa le forme di tutela dei diritti fondamentali, la Costituzione (nell'accezione liberale a noi familiare) essendo *in nuce* espressiva di un patrimonio di diritti per la cui salvaguardia predispone sedi e strumenti di garanzia. Neppure, però, il primo corno della relazione in parola è esente da condizionamenti e riflessi di carattere teorico, ove si convenga che le dinamiche di produzione giuridica, pur nella varietà dei profili e dei modi con cui possono essere intese, non sono mai “neutre” bensì, all'inverso, esse pure espressive di concezioni della Costituzione che, appunto

per la loro parte, aspirano a rispecchiarsi nell'esperienza ed a farsi in questa complessivamente valere. Sia che si discorra dei diritti (e, specificamente, della loro tutela) e sia pure che si tratti delle tecniche di normazione, è dunque immediatamente coinvolta la teoria della Costituzione; tanto più laddove gli uni e le altre si compongano in modo unitario, secondo quanto si tenterà per taluni aspetti di mostrare, verificando in quali forme e misura i termini della relazione adesso studiata possano condizionarsi e *quodammodo* ricaricarsi a vicenda.

Giova, pertanto, esplicitare le ascendenze di ordine generale da cui si alimentano certi ragionamenti su entrambi i termini in discorso, tentando quindi di stabilire se essi si pongano quale lineare e conseguente sviluppo delle prime ovvero risultino da queste in maggiore o minor grado scollegati.

Non è frequente lo studio delle tecniche dal punto di vista dei diritti, così come di questi dal punto di vista di quelle. Malgrado gli sforzi ancora di recente in tal senso prodotti (e mi piace qui ricordare la riflessione fatta in occasione di un incontro di studio svoltosi a Messina il 14 dicembre 2006, i cui *Atti* sono recentemente venuti alla luce per i tipi della Giappichelli), i diritti seguivano perlopiù ad esser osservati nelle loro espressioni giurisprudenziali ovvero per i contenuti esibiti dalle fonti che li riguardano (specie costituzionali ed internazionali o sovranazionali), più ancora che per le tecniche variamente apprestate per il loro riconoscimento e la tutela. Le tecniche, poi, a loro volta, sono poste in stretta correlazione con le dinamiche istituzionali e gli equilibri più o meno precari che in occasione del loro svolgimento si costituiscono e senza sosta rinnovano tra gli organi della direzione politica, nonché tra questi e gli organi supremi di garanzia. La prospettiva usuale è, insomma, quella della forma di governo, cui si riporta l'ordine delle fonti ed il sistema dalle stesse composto. Una correlazione, questa, indubbiamente meritevole di essere opportunamente messa in evidenza e puntualmente descritta; e, tuttavia, una correlazione non biunivoca, essendo improprio ritenere che, dato un certo assetto istituzionale, da esso consegua ed allo stesso costantemente si conformi un certo sistema delle fonti, così come, partendo da questo, debba per ineluttabile necessità risalirsi ad una (ed una sola) forma istituzionale.

L'osservazione delle tecniche (e, in genere, delle esperienze) di normazione con l'occhio fisso sugli equilibri della forma di governo e da questa esclusivamente ispirato o, come che sia, fortemente impressionato si rivela tuttavia, ad un tempo, angusta e deformante.

È l'una cosa, per il fatto che la prospettiva ancora più feconda è – a me pare – quella che riporta le vicende della normazione, prima che alla forma di governo, alla forma di Stato, qui intesa nella sua più densa, tradizionale e però a tutt'oggi solida accezione, che la vede cioè riferita ai rapporti tra apparato governante e comunità governata; trascurato, invece, in questa sede di dire

dell'altro modo corrente di leggere la formula, quale riguardante le relazioni tra centro ed autonomie territoriali, pur avvertendo che è anche per il tramite delle relazioni stesse e degli equilibri idonei a costituirsi in occasione del loro svolgimento che possono aversi forme varie ed ora più ora meno appaganti di tutela dei diritti (basti solo pensare ai modi con cui si compongono le leggi di Stato e Regione relative ai "livelli", essenziali e non, delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, cui peraltro riserverò un cenno anche più avanti).

Ora, è fin troppo chiaro perché occorra qui nuovamente dirne che, a seconda delle più marcate tendenze riscontrabili sul terreno dei rapporti tra governati e governanti, se ne hanno conseguenze di immediato rilievo al piano della tutela dei diritti.

Allo stesso tempo, la prospettiva sopra indicata appare, come si diceva, distorsiva, una volta che si ammetta – come devesi – che il posto detenuto da una fonte nel sistema non dipende, esclusivamente e necessariamente, dal posto dell'organo produttore, così come è peraltro attestato dalla circostanza per cui uno stesso organo può dar vita ad atti diversi per forma e forza.

È allora da chiedersi quale possa essere la via più piana e conducente al fine di mettere a fuoco come si conviene le relazioni intercorrenti tra le tecniche di normazione e la tutela dei diritti. A me pare che esse si prestino ad esser osservate da quattro angoli visuali: *formale-astratto*, *assiologico-sostanziale*, *strutturale* e, infine, *funzionale*. Non già – va subito avvertito – l'uno alternativamente rispetto all'altro o agli altri, tutti piuttosto bisognosi di congiunto utilizzo, gli esiti ricostruttivi per il loro tramite raggiunti – come si tenterà ora di mostrare, pur con la sintesi imposta a questa riflessione – integrandosi ed in varia misura sorreggendosi a vicenda.

## 2. GLI ANGOLI VISUALI ADOTTATI PER LA OSSERVAZIONE DELLE VICENDE DELLA NORMAZIONE: *FORMALE-ASTRATTO*, *ASSIOLOGICO-SOSTANZIALE*, *STRUTTURALE*, *FUNZIONALE*. IN ISPECIE, IL RICORSO COMUNEMENTE FATTO A METODI E CATEGORIE DOGMATICHE D'ISPIRAZIONE FORMALE-ASTRATTA, ANCORA DI RECENTE UTILIZZATI CON RIGUARDO AI RAPPORTI TRA LA CEDU (E, IN GENERE, IL DIRITTO INTERNAZIONALE PATTIZIO) ED IL DIRITTO INTERNO, ED IL BISOGNO, AVVALORATO IN PROSPETTIVA ASSIOLOGICO-SOSTANZIALE, DI DARE ESECUZIONE ALLE CARTE DEI DIRITTI CON LEGGE COSTITUZIONALE

Il primo punto di osservazione è quello, usualmente adottato, che si avvale di metodi e categorie dogmatiche d'ispirazione formale-astratta, ogni fonte come "tipo" considerandosi provvista di una forza parimenti tipica e derivata dalla forma-procedimento posta in essere in occasione della sua formazione.

L'immagine consegnata da questo modo corrente di guardare all'ordine delle fonti, ai singoli atti di cui esso si compone, come pure, appunto, alla loro dinamica composizione in sistema, somiglia ad una fotografia, in cui ciascuno dei soggetti o degli oggetti ritratti assume una sua propria fisionomia che, immota e sempre identica a sé, si trasmette lungo il corso del tempo. Connotati sostanziali (in senso lato), pure profondamente varî nel passaggio da un atto all'altro, sono obbligati ad assistere inermi al loro appiattimento, allo smarrimento della loro identità, alla loro forzosa riduzione ad unità per esigenze di ordine sistematico pure meritevoli di considerazione e tuttavia bisognose di essere compiutamente appagate, come si dirà, per altre vie.

Senza allargare ora lo sguardo ad esperienze di normazione qui non direttamente rilevanti e restando dunque sul solo terreno sul quale vedono la luce i documenti normativi relativi ai diritti, ancora di recente la prospettiva in parola è stata adottata dalla giurisprudenza costituzionale sulla CEDU, di cui alle sentt. nn. 348 e 349 del 2007 (una giurisprudenza – viene da aggiungere – ad uguale se non a maggior titolo estensibile alle Carte internazionali dei diritti in genere). La Convenzione è stata, infatti, considerata, quanto a natura giuridica, a forma e a forza, né più né meno di un comune trattato internazionale: “coperta” dal primo comma dell'art. 117 cost. nei riguardi di eventuali incisioni ad essa apportate con legge ordinaria (statale o regionale che sia) e però, allo stesso tempo, bisognosa di prestare osservanza ad *ogni* norma costituzionale, per il fatto di essere stata resa esecutiva con legge. Insomma, come la stessa Corte ha tenuto a precisare, una fonte interposta: nessuna copertura – si dice espressamente (ma con motivazione che non persuade: v., volendo, un mio commento in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)) – da parte dell'art. 11 e neppure, a quanto pare (ma, sul punto, la giurisprudenza rimane stranamente silente), dell'art. 2 cost., il solo referente idoneo a venire alla bisogna in soccorso della Convenzione essendo, come s'è detto, quello dell'art. 117. La qual cosa, nondimeno, non esclude – riconosce la Corte – il peculiare rilievo assunto dalla Convenzione sul piano dell'interpretazione giuridica, fermo tuttavia restando l'obbligo sulla stessa gravante di mostrarsi in tutto e per tutto rispettosa del dettato costituzionale.

Qui – parrebbe, a prima impressione, di poter dire – la tecnica di normazione adoperata al fine di immettere la CEDU nell'ordine interno appare agli occhi della Corte risolutiva. Prima dell'avvento della riforma del Titolo V, la CEDU si presentava disarmata davanti alle leggi sopravvenienti e con essa eventualmente contrastanti, non soccorrendo lo scudo protettivo dell'art. 117, forgiato solo nel 2001. Oggi, grazie alla difesa da questo apprestata, la forma di cui la Convenzione si riveste si presenta ininfluente dal punto di vista della forza passiva, i trattati internazionali in genere (si discute, però, se anche quelli non eseguiti con legge) resistendo agli attacchi ad essi apportati per le vie comuni. Parrebbe, tuttavia,

non essere indifferente, dal punto di vista della forza attiva, che un documento normativo venuto alla luce in seno alla Comunità internazionale o ad opera di un'organizzazione sovranazionale (con la sola, nota eccezione della Comunità/Unione Europea) sia reso efficace nell'ordine interno con legge comune ovvero con legge costituzionale, nell'un caso diversamente dall'altro – come si sa – essendo obbligato a prestare osservanza ad *ogni* norma costituzionale.

Il ragionamento, però, dal mio punto di vista, pur essendo in generale rispettabile per i trattati (e qui pure, peraltro, con talune non secondarie precisazioni che non mi è ora dato di svolgere), non è pertinente rispetto alla peculiare connotazione delle Carte dei diritti. Queste ultime, infatti, si confrontano *naturalmente* coi principi fondamentali della Costituzione: per quanto possano, in astratto, esibire contenuti idonei a rapportarsi ad omologhi contenuti della legge fondamentale che, in alcuni loro punti, appaiono inespressivi di principi, in generale o, diciamo pure, *tendenzialmente* si situano allo stesso piano al quale si dispongono i diritti costituzionali. Discorrere, dunque, sia pure in modo ipotetico o astratto, di una diversa condizione delle Carte in rapporto, rispettivamente, coi principi fondamentali e con le “comuni” norme costituzionali è, a conti fatti, artificioso, il parametro naturalmente restringendosi – come si è venuti dicendo – alle sole norme apicali dell'ordinamento. La qual cosa, tuttavia, nulla toglie all'utilità e, a mio modo di vedere, alla stessa necessità di mettere in campo una tecnica di normazione diversa da quella usuale, allo scopo di dar ingresso ai diritti di origine esterna.

Qui, però, il discorso richiede, per essere compiutamente svolto, uno spostamento dell'angolo visuale, ambientandosi l'osservazione delle vicende di normazione ora indagate su un terreno assiologico-sostanziale.

La CEDU, al pari – come si viene dicendo – di altre Carte venute alla luce in seno alla Comunità internazionale e diversamente da quanto invece ritenuto dalla giurisprudenza costituzionale, può vantare copertura, per le ragioni che mi sono sforzato di rappresentare altrove (v., ancora da ultimo, la mia nota sopra già richiamata), negli artt. 2 e 11 della Costituzione, nonché nello stesso primo comma dell'art. 10, sia pure limitatamente ai diritti di provato fondamento consuetudinario (un riconoscimento in tal senso c'è in un fugace ma opportuno inciso contenuto nella seconda delle pronunzie della Corte cui si va ora facendo riferimento). Una copertura, come si vede, davvero formidabile, che dà modo alla CEDU ed alle altre Carte di partecipare ad armi pari al “gioco” che si costituisce e rinnova in ragione dei casi, aprendosi ad esiti astrattamente imprevedibili per ciò che riguarda le combinazioni dei diritti “esterni” coi diritti “interni”. Il terreno sul quale queste esperienze prendono corpo è, e non potrebbe che essere, quello stesso in cui si situano i diritti costituzionali, senza alcuna aprioristica graduazione o preclusione; e ciò, per una duplice, elementa-

re ragione: che anche i diritti “esterni” sono inviolabili, nessuna diversa intensità di tutela in punto di diritto potendosi riscontrare in seno alla categoria della “inviolabilità” (che, appunto, o c’è o non c’è), e che, essi malgrado godano della protezione offerta dai principi fondamentali di cui agli artt. 2, 11 (e, talora, anche 10) cost., non possono dirsi né sovra- né sotto-ordinati rispetto ai diritti costituzionali, *tutti* i principi fondamentali essendo in tesi pariordinati, pur soggiacendo – com’è assai noto – ad operazioni di “bilanciamento” varie in ragione dei casi. La qual cosa, poi, per la sua parte ulteriormente avvalorata la tesi, altrove argomentata, secondo cui nessun “controlimite” può essere astrattamente opposto all’ingresso di norme di origine esterna (comunitarie o internazionali che siano), una volta ammesso che le norme stesse sono protette da uno dei principi di base dell’ordinamento e che nessuna ordinazione gerarchica – come s’è rammentato – può *per sistema* determinarsi in seno a questi ultimi.

Proprio, però, per il fatto che anche i diritti “esterni” possono concorrere paritariamente coi diritti costituzionali alla definizione dei casi, ancora più rafforzato appare il bisogno di una larga partecipazione delle forze vive della comunità organizzata alla scrittura delle Carte (come poi appagarlo, allungando il tavolo delle trattative in modo da far posto, in seno alle delegazioni nazionali, anche a soggetti esponenziali della comunità, è questione che non può essere ora convenientemente trattata). Di conseguenza, anche la decisione di immettere le Carte stesse nell’ordine interno richiede essa pure di essere assunta con una ugualmente larga partecipazione delle forze politiche, al di là dunque delle “logiche” di schieramento, improponibili in occasione della razionalizzazione positiva dei diritti inviolabili (argomento questo, a mia opinione, a piè pari trasponibile anche al caso che si punti ad introdurre nuovi diritti indipendentemente dalla ricezione di documenti internazionali che li prevedano).

Le Carte, insomma, vanno prese sul serio, molto sul serio, dalla loro adozione potendo derivare sensibili e varie limitazioni per gli stessi diritti costituzionali. La forma della legge costituzionale – come si vede – non risponde allo scopo di rafforzare le Carte nei loro rapporti con le leggi comuni (già protette dall’art. 117 e, ulteriormente risalendo, dai principi fondamentali sopra richiamati) né di dar modo alle stesse di derogare a norme diverse da quelle che compongono il “nucleo duro” della Costituzione (questione che, come s’è detto, *di fatto* non si pone) ma di aver preservato, nel modo più adeguato possibile (alla luce delle tecniche di normazione disponibili) e sin dal momento della loro formazione prima ancora che da quello della ricezione interna, il valore del pluralismo sociale ed il valore della condivisione politica, dell’*idem sentire de re publica*, per ciò che attiene alla conformazione ed al rinnovamento del patrimonio complessivo dei diritti dei quali ciascuno di noi può vantare tutela nel territorio della Repubblica.

3. LA PROSPETTIVA STRUTTURALE, VOLTA ALL'ANALISI DEL LINGUAGGIO DEI DOCUMENTI NORMATIVI RELATIVI AI DIRITTI, E LE SUE IMPLICAZIONI IN ORDINE ALLA TUTELA DEI DIRITTI STESSI

La prospettiva di valore, seppur idonea a correggere talune deformazioni d'immagine frutto dell'osservazione di orientamento formale-astratto, non basta tuttavia da sé sola a dare il giusto posto alle esperienze di normazione concernenti i diritti; e richiede piuttosto di essere integrata e, sia pure in parte, rimessa a punto alla luce delle altre due prospettive dietro indicate.

La prima di questa, di ordine strutturale, attiene al linguaggio degli enunciati normativi ed alle modalità della loro analisi.

Tarda stranamente ancora oggi a maturare la consapevolezza del cruciale rilievo posseduto dal linguaggio nelle pratiche sia produttive che applicative di diritto. Non è questione solo di un uso appropriato delle tecniche di redazione degli atti normativi (il c.d. *drafting*), da cui pure discendono effetti di prima grandezza per quanto attiene sia alla certezza del diritto che alla certezza dei diritti. È, piuttosto, questione di misura complessiva della forza degli enunciati, forza – come ho tentato di dire altrove – *sostanzialmente intesa* e, appunto, varia a seconda della trama strutturale di cui gli enunciati stessi si dotano, dalla quale poi a conti fatti dipendono le movenze da loro assunte nel diritto vivente, gli orientamenti della pratica giuridica in ciascuna delle sue manifestazioni (al piano della produzione come pure a quelli dell'applicazione), le relazioni delle norme sia *inter se* che coi loro destinatari e gli organi preposti ad assicurarne il rispetto. Non c'è, insomma, esperienza giuridica che si sottragga alla sua qualificazione dal punto di vista del linguaggio.

L'analisi della struttura degli enunciati mostra l'estrema varietà delle loro forme espressive e, dunque, la loro ugualmente varia intensità prescrittiva. Ciò che porta a rivedere sotto una luce complessivamente diversa le relazioni tra le fonti, non tanto tra le stesse come "tipi" quanto tra le fonti individue (e, per ciascuna di esse, le loro statuizioni). È chiaro che un esame puntuale rischia di disperdersi lungo mille rivoli, mostrandosi refrattario ad un'apprezzabile e proficua sistemazione degli oggetti di volta in volta studiati. Il discorso va dunque svolto con riguardo alle più marcate linee di tendenza, vale a dire alla complessiva connotazione delle fonti. Per l'aspetto ora considerato, può mantenersi un senso di fondo alla usuale bipartizione tra *principi* e *regole*, pur nelle note, ampiamente rilevate, difficoltà a tener ferma la linea di confine tra tali forme espressive, per il modo con cui se ne riscontra l'esistenza in occasione dell'esercizio delle tecniche di normazione.

Principi e regole si danno praticamente ad ogni livello di esperienza e per ciascuna specie di documento normativo. Eppure, nel *mix* di tipi diversi di



enunciati contenuti nelle fonti, indipendentemente dalla forma (e forza) di queste, non v'è dubbio che il luogo in cui in maggiore e più evidente misura sono alloggiati i principi è proprio la Costituzione (e, generalizzando, la legge costituzionale). In qualche modo, resta dunque confermato che, man mano che si discende lungo i gradi della scala gerarchica, si assiste ad un uso parimenti decrescente, per generalità espressiva, del linguaggio. La più accentuata puntualità di disposto e, con essa, la più intensa (per l'aspetto linguistico) capacità prescrittiva si ha insomma negli atti subcostituzionali.

Suona quasi paradossale, ma la forza cresce, in prospettiva formale-astratta, salendo i gradi della scala mentre non di rado decresce, in prospettiva strutturale, nel senso inverso, a motivo della vaghezza semantica dei principi, delle formidabili aperture dagli stessi fatte all'esperienza sottostante, degli spazi complessivamente rimessi agli operatori a vario titolo chiamati a svolgerli ed a farli riprodurre ai piani sottostanti.

La prospettiva formale-astratta è fonte di certezze teoriche ma di somma incertezza pratica. Quando si dice che la Costituzione è la fonte delle fonti, *norma normans* ma non *normata*, che le leggi costituzionali possono innovare all'intero ordinamento preesistente con la sola eccezione dei principi fondamentali, che le leggi comuni si arrestano davanti alle fonti costituzionali, ecc., si dà una rappresentazione fedele del sistema e dei modi della sua composizione interna. In realtà, però, nulla (o quasi) si sa, in tal modo, delle dinamiche che effettivamente attraversano e pervadono il sistema stesso, lo riconformano e rinnovano senza sosta nella sua stessa struttura costitutiva elementare. E nulla (o quasi), dunque, si sa della sorte dei diritti fondamentali, per i modi con cui sono riguardati dalle esperienze di normazione e dalle conseguenti pratiche applicative.

Restare ancorati alle sole forme degli atti e ritenersi dalla loro osservazione pienamente appagati al fine di determinare il posto occupato dagli atti stessi in seno all'ordinamento equivale a non portarsi oltre la crosta dei fenomeni indagati, le mere apparenze. Di contro, l'analisi strutturale consente di mettere a fuoco i *singoli* rapporti tra gli atti (o, meglio, i loro enunciati), percependo qual è il modo con cui ciascuno di essi si pone davanti ai diritti (e, in genere, ai principi fondamentali dell'ordinamento).

Per questo verso, la naturale duttilità delle formule fatte a maglie larghe (o larghissime) si presta ad usi di vario segno: può risolversi tanto in una crescente tutela dei diritti quanto però nella loro parimenti vistosa compressione. Quel che è certo è che la capacità prescrittiva degli enunciati, riportandosi alla loro conformazione strutturale, può espandersi ovvero contrarsi a fisarmonica, a seconda degli spazi di manovra complessivamente rimessi agli operatori. Il che, come si è venuti dicendo, può poi risolversi tanto a beneficio quanto però a

svantaggio dei diritti, per il modo con cui le condizioni di contesto consentono ora maggiori ed ora minori manipolazioni degli enunciati e della loro sostanza normativa da parte sia degli organi della direzione politica che degli organi di controllo. Di qui, come subito si dirà, la convenienza di mettere nero su bianco un pugno di garanzie, specie di tipo procedimentale, e tanto politiche quanto giurisdizionali, sì da non rimettere in tutto o per la gran parte le garanzie stesse a contingenti opportunità o, diciamo pure, alla buona volontà manifestata dai governanti di turno ed alla stessa sensibilità, essa pure varia secondo occasione, dei giudici e degli organi di controllo in genere.

4. IL BISOGNO DI DOTARE LE FORMULE DEFINITORIE DEI DIRITTI DELLE NECESSARIE SPECIFICAZIONI DI CARATTERE SIA SOSTANTIVO CHE PROCEDIMENTALE E LA QUESTIONE, TEORICAMENTE ASSAI IMPEGNATIVA E PRATICAMENTE SCIVOLOSA, DELLA DISTRIBUZIONE DI TALI PREVISIONI NORMATIVE TRA I VARI TIPI DI FONTI ED AI DIVERSI PIANI DELLA SCALA GERARCHICA, NEL RISPETTO DEL PECULIARE RUOLO DA CIASCUNA FONTE ESERCITATO, NONCHÉ DELL'EQUILIBRIO IN CUI LA NORMAZIONE NEL SUO COMPLESSO È TENUTA A STARE IN RAPPORTO CON LE PRATICHE APPLICATIVE (SPECIE GIURISPRUDENZIALI)

Sta di fatto che, quando si discorre della rigidità della Costituzione e della intangibilità dei suoi principi fondamentali da parte di ogni atto o fatto espressivo di potere costituito (di origine sia esterna che interna), si rischia di fare discorsi condivisibili sul piano teorico-astratto ma non di rado privi di effettivo, diffuso riscontro al di fuori delle loro necessarie verifiche di ordine strutturale. Ed è allora chiaro che è di estremo rilievo ragionare delle tecniche di normazione maggiormente adeguate, dal punto di vista del linguaggio, ad offrire prestazioni apprezzabili ai diritti. Formule di mero carattere definitorio, di frequente riscontro nei documenti in genere relativi ai diritti, prestandosi a ricostruzioni semantiche e ad usi conseguenti di vario segno, possono sollecitare la formazione di ulteriori pratiche produttive e di pratiche giurisprudenziali ed applicative in genere ugualmente di vario orientamento. E, tuttavia, ove si considerino le formidabili risorse di cui dispone una politica vieppiù smaliziata, non di rado maggiormente sensibile alle esigenze dei poteri piuttosto che a quelle dei diritti, viene naturale pensare ad irrobustire le formule definitorie, corredandole delle necessarie specificazioni di ordine sia sostantivo che procedimentale.

Si tratta, poi, di stabilire come distribuire tali ulteriori statuizioni tra i tipi di fonte e, dunque, per i varî gradi della scala gerarchica. Questione, questa, di tecnica della normazione ma, ancora prima, come si viene dicendo, di teoria

della Costituzione, la cui soluzione appare essere di cruciale rilievo, presentandosi nondimeno sommamente scivolosa sul piano teorico-ricostruttivo ed ancora di più gravida di non poche incertezze sul piano pratico. Eppure ad essa non è dato, a mia opinione, in alcun modo sottrarsi.

Uno dei fattori di maggiore squilibrio nel sistema delle fonti e di pregiudizio per i diritti è dato dall'uso disinvolto, promiscuo, degli strumenti di normazione, laddove invece si dà (o *dovrebbe* darsi) una *naturale tipicità* degli stessi, riportabile alla diversa *funzione* che ciascun atto è chiamato ad esercitare nei processi produttivi: una tipicità riscontrabile non solo tra atti provvisti della stessa forza in senso formale (ad es., tra la legge e gli atti a questa equiparati, come pure tra gli stessi nei loro reciproci rapporti) ma anche, e forse soprattutto, tra quelli dislocati a piani diversi della scala gerarchica (basti solo pensare all'uso promiscuo di deleghe e delegificazioni e degli atti governativi ad esse conseguenti). Così, pur non dandosi – come si sa – alcuna riserva di competenza a beneficio della legge comune ed opponibile alla legge costituzionale, ugualmente l'una fonte non può (o non *potrebbe*...) prendere per intero il posto dell'altra, così come la seconda quello della prima: in un caso e nell'altro, si avrebbero infatti gravi pregiudizi per i diritti, conseguenti ora a difetto ed ora ad eccesso di normazione costituzionale. Certo, è assai arduo immaginare, ad es., una caducazione per irragionevolezza (ché di questo, se ci si pensa, si tratta) di fonte costituzionale che, in contraddizione con la propria natura e funzione, si abbandoni a troppo lunghi ed appesantiti discorsi normativi o, all'opposto, denunzi al riguardo gravi carenze. E, tuttavia, altro è l'efficacia dei meccanismi sanzionatori, altro ancora la rispondenza della pratica al modello. E non occorre qui nuovamente ripetere, dopo che se n'è detto ripetutamente altrove, che proprio in diritto costituzionale e, ulteriormente specificando, con riferimento alle norme apicali dell'ordinamento si danno non di rado prescrizioni di comportamento non adeguatamente sorrette sul piano sanzionatorio e, però, non per ciò prive di giuridico rilievo, altro poi essendo – come s'è veduto – il grado o l'intensità della loro forza in ragione del linguaggio di cui le stesse si fanno portatrici.

Riguardata da una prospettiva ancora più ampia, la questione poi si ripropone, seppur in termini peculiari, non solo con riguardo ai rapporti delle fonti *inter se* ma anche per quelli che le stesse intrattengono con altre esperienze relative ai diritti e, segnatamente, con quelle di fattura giurisprudenziale. Un ottimale appagamento dei diritti non dipende, infatti, unicamente da un'equilibrata distribuzione, nel senso sopra detto, della normazione tra gli atti (e i piani della scala gerarchica) ma anche dal modo con cui la normazione nel suo complesso si pone davanti all'esperienza sottostante, volta al suo inveramento.

Torna qui nuovamente in rilievo la prospettiva strutturale, di cui si è sopra

detto, la maggiore o minore estensione del linguaggio restringendo ovvero allargando gli spazi di manovra degli operatori (giudici in testa). Certezza del diritto e certezza dei diritti richiedono infatti, per essere congruamente appagate alle condizioni di contesto, che si preservi l'equilibrio tra le manifestazioni della pratica relative ai diritti, rifuggendo tanto dall'eccesso quanto dal difetto di normazione, dalla insensata pietrificazione delle discipline come pure, però, dalla loro ugualmente inutile (ed anzi dannosa) evanescenza ed inconsistenza concettuale e positiva. Come sempre, non è in gioco solo il mantenimento del quadro istituzionale, con la tipicità dei ruoli in esso definiti; piuttosto, è in gioco l'identità stessa dell'ordinamento rivista dalla prospettiva, particolarmente illuminante ed espressiva, dei diritti e delle forme della loro tutela. Una tutela che – come si viene dicendo – richiede uno sforzo congiunto, simultaneamente prodotto a varî livelli istituzionali, sia degli artefici della produzione che dei pratici (specie, dei giudici), da ciascuno per la propria parte, con tipicità di forme e di effetti.

La questione si fa terribilmente complessa proprio nel tempo presente, in dipendenza dello sviluppo della scienza e della tecnica che, ad un tempo, offrono risorse formidabili ai diritti, in vista del loro appagamento, ed apprestano però strumenti micidiali idonei a minacciarli in forme sia palesi che (e, forse, soprattutto) occulte.

Si ripropone qui l'inquietante quesito già dietro affacciato circa l'idoneità dei documenti normativi relativi ai diritti a dare a questi ultimi effettiva, soddisfacente tutela.

La domanda va posta a partire dal piano costituzionale; ed è da chiedersi se la Costituzione, così com'è, sia in grado di offrire ai diritti garanzie adeguate in rapporto ai tempi. Può sembrare strano e persino paradossale che si metta in dubbio l'attitudine della Costituzione a fare la... *Costituzione*, ove si rammenti l'origine storica della stessa nei Paesi, come il nostro, di tradizioni liberali. Solo che a me pare che, pur nello sforzo poderoso prodotto dal Costituente al fine di riconoscere diritti inusuali all'esperienza liberale, come pure di rafforzare quelli della prima generazione, il modello di Costituzione consegnatoci in custodia risulti in questa sua parte ancora troppo legato all'impianto ottocentesco. Eccessivamente scarse le formule relative ai diritti e, soprattutto, carente la proceduralizzazione; ma, il vero è che lacunosa e sommaria è in generale la raffigurazione dei processi produttivi (a partire dalla disciplina della formazione della legge), tanto sul versante della forma di governo (praticamente assente l'"invenzione" di forme originali ed efficaci di cooperazione, specie intraprocedimentale, tra gli organi della direzione politica) quanto, e soprattutto, su quello della forma di Stato (fa vistosamente difetto l'apertura dei procedimenti a quella partecipazione dei soggetti esponenziali della comunità organizzata, di cui un momento fa si diceva).

Mi faccio, insomma, sempre più convinto che all'espansione riscontratasi nella materia costituzionale, per l'emersione di interessi profondamente e diffusamente avvertiti (con riguardo all'ambiente, alle comunicazioni, all'identità genetica e personale in genere, ecc.), debba accompagnarsi una corrispondente e congrua disciplina di base di forma costituzionale, una disciplina dunque sottratta al gioco mutevole degli schieramenti di parte e piuttosto espressiva, conformemente alla propria natura e funzione, di *idem sentire de re publica*; ed una disciplina – come si è venuti dicendo – essenziale per articolazione di disposti, sì da non trovarsi obbligata a soggiacere a continua manutenzione, e però, allo stesso tempo, ferma nelle indicazioni di valore date agli operatori e provvista dei necessari svolgimenti, di ordine sia sostantivo che procedimentale, a salvaguardia della osservanza delle indicazioni stesse.

5. LA PROSPETTIVA FUNZIONALE, AVUTO RIGUARDO ALLA FORMAZIONE DI “CATE-NE” NORMATIVE, COSTITUITE DA FONTI PRODOTTE ANCHE A LIVELLI DIVERSI E COMPONENTI *PROCESSI PRODUTTIVI COMPLESSI*.

L'ultima prospettiva dalla quale le vicende della normazione e la tutela dei diritti possono essere con profitto riconsiderate è quella funzionale: termine che è qui caricato di peculiare valenza, avuto riguardo alla complessità delle esperienze di normazione, alle forme plurime di combinazione degli atti che vi danno luogo, alla comune convergenza di alcuni di essi per il conseguimento di scopi il più delle volte non pienamente raggiungibili se non attraverso lo sforzo congiunto di più atti dislocati a livelli istituzionali diversi ed idonei a variamente implicarsi a vicenda.

Va fatta una osservazione preliminare.

Gli interessi oggetto di normazione, quale che sia il livello al quale si dispongono le discipline che li riguardano, sempre più di frequente si presentano dotati di natura composita o mista: a un tempo, sovranazionali, nazionali, locali in genere. Uno stesso interesse, insomma, si riproduce a più livelli, seppure in forme continuamente cangianti, confacenti a ciascun livello (un solo esempio per tutti: la salvaguardia dell'ambiente e degli interessi che ad esso fanno capo taglia trasversalmente tutti i livelli istituzionali coprendo materie ricadenti entro sfere di competenza diverse). In questo contesto, seguitare a ragionare della separazione degli ordinamenti (e delle loro fonti), come pure molti inclinano a fare, equivale a riproporre stancamente una “logica” ricostruttiva d'ispirazione garantista che, seppure apprezzabile per l'intento che la pervade ed anima, si rivela tuttavia palesemente inadeguata in rapporto alle tendenze, tanto della

produzione giuridica quanto della sua applicazione, ormai saldamente radicate e, con ogni probabilità, irreversibili. Ne dà, peraltro, riprova, con palmare evidenza, la giurisprudenza sia sovranazionale (specie della Corte di giustizia) che interna (della Corte costituzionale), in seno alla quale le barriere su basi materiali, che dovrebbero connotare sfere di competenza chiuse e reciprocamente impermeabili, sono invece di continuo superate, acconsentendosi il passaggio (sia pure alle volte a titolo precario, con carattere cioè di “cedevolezza”) di fonti da un campo all’altro, con fluidità di movenze e varietà di effetti.

Allo stesso tempo, anche i tipi di potestà normativa, che la dottrina corrente vorrebbe nettamente, reciprocamente distinti, manifestano piuttosto una irresistibile vocazione al reciproco mescolamento, non di rado all’appiattimento per effetto della pressione formidabile esercitata da interessi unificanti onnipervasivi. Si dà, insomma, un’accentuata e diffusa mobilità, dove più e dove meno vistosa, di relazioni internormative, che si connotano per la *integrazione* degli atti che vi danno luogo, svolgendosi all’insegna del principio di cooperazione. La qual cosa – va qui nuovamente detto – non esclude che possano darsi, così come effettivamente si danno, non poche distorsioni a danno dei soggetti politicamente più deboli, alla cui messa in atto hanno per la loro parte concorso gli stessi organi di garanzia, non mostrando uguale sensibilità per le istanze di diversificazione delle discipline, in rispondenza del valore di autonomia, di quella invece manifestata per le istanze di unità. Non è di ciò, ad ogni buon conto, che dobbiamo ora dire, mentre anche per l’aspetto adesso considerato si conferma il bisogno di apprestare sedi e garanzie congrue allo scopo di assicurare una partecipazione effettiva, non meramente di facciata, ad enti (territoriali e non) e forze sociali ai procedimenti di produzione giuridica, oltre che – naturalmente – alle esperienze di giustizia (specie costituzionale).

La ristrutturazione degli ordinamenti statali in conformità dei principi di autonomia e decentramento e l’infittirsi dei vincoli di solidarietà in seno alla Comunità internazionale ed a Comunità sovranazionali hanno – come si sa – determinato la moltiplicazione dei centri di produzione e degli strumenti di normazione, nonché il loro accresciuto, ancorché non di rado improvvisato e confuso, utilizzo.

La questione delle tecniche, in un contesto siffatto, si fa estremamente complessa e sollecita un ripensamento critico profondo dei modi usuali di guardare alle dinamiche della normazione ed alla composizione delle fonti in sistema e, prima ancora, dei modi con cui le dinamiche stesse vengono a formazione.

Sempre più di frequente e con riguardo a campi materiali di crescente estensione si avviano in seno alla Comunità internazionale e ad organizzazioni sovranazionali (specie la Comunità/Unione Europea) processi normativi costituiti da atti funzionalmente collegati, convergenti alla soddisfazione di quegli interessi

“misti”, di cui un momento fa si diceva, processi che si riproducono quindi a cascata negli ordinamenti interni, dove si aprono a raggiera a forme plurime di implementazione, sollecitando la produzione di atti essi pure di varia estrazione e connotazione. La qual cosa, poi, ulteriormente avvalorata l’esigenza da tempo avvertita (e, ancora di recente, ripetutamente segnalata: v., ad es., il *Rapporto OCSE sulla riforma della regolazione*, in *www.astrid-online.it*) di apprestare sedi e strumenti adeguati di coordinamento tra i livelli istituzionali, in vista del miglioramento della qualità della regolazione.

6. (*SEGUE*): L’IMPUTAZIONE DEGLI EFFETTI GIURIDICI, PIU’ (O ANZI) CHE AI SINGOLI ATTI, AI PROCESSI PRODUTTIVI DAGLI STESSI COMPOSTI E LA CONVERSIONE DELLA GERARCHIA SECONDO FORMA IN UNA GERARCHIA SECONDO VALORE (L’ESEMPIO DEI RAPPORTI TRA DIRITTO COMUNITARIO E DIRITTO INTERNO).

Due le conseguenze più immediatamente evidenti di questo stato di cose.

La prima è data dal carattere inautonomo di ciascuna specie di atto e di ogni atto individuo, nessuno riuscendo con le sue sole forze a raggiungere lo scopo che ne giustifica l’adozione, che – come si è venuti dicendo – appare piuttosto l’esito finale dell’intero processo produttivo, della sua progressiva formazione e maturazione attraverso la disposizione seriale, concatenata, degli atti che lo compongono. L’effetto giuridico, allora, solo ad una prima (ma erronea) apparenza può essere imputato al singolo atto, esso pure piuttosto ponendosi quale la sintesi o la risultante degli sforzi prodotti dagli atti nel loro insieme.

La seconda è data dallo scadimento di rilievo delle forme nelle vicende della normazione e, per ciò che specificamente interessa i diritti, dall’affievolimento della funzione originaria delle riserve di legge poste dalla Costituzione a garanzia dei diritti stessi.

Si pensi al riguardo solo ai rapporti tra diritto comunitario e diritto interno.

La circostanza per cui non di rado le norme sovranazionali ricevono attuazione in ambito interno a mezzo di regolamenti non rimane priva di conseguenze circa gli sviluppi e le vicende della normazione nel tempo. La copertura di cui le norme “attuande” sono dotate può infatti trasmettersi alle norme “attuative” (in larga accezione), ostando a loro modifiche che non risultino esse pure in linea con le statuizioni comunitarie. La gerarchia *secondo forma*, insomma, viene messa da canto per far posto ad una gerarchia *secondo valore*, la funzione assolta dalle norme attuative portando dunque ad assegnare alle norme stesse un posto nel sistema astrattamente non confacente alla loro forma.

Così stando le cose, la tecnica di produzione di volta in volta messa in

campo assume uno straordinario rilievo per ciò che attiene alla salvaguardia dei diritti.

È da chiedersi se le forme dell'attuazione possano essere liberamente scelte. La risposta a questa domanda presuppone lo scioglimento di un nodo teorico preliminare. Si tratta, infatti, di chiedersi se la funzione di garanzia dei diritti assoluta dalla riserva di legge possa essere ugualmente soddisfatta avocando all'alto la garanzia stessa e spostandola dunque dalla legge a fonte sovranazionale. La giurisprudenza – come si sa – ha detto di sì, pur gravando su questa soluzione l'ipoteca del *deficit*, ad oggi non superato, di democrazia nell'organizzazione e nel funzionamento dell'Unione.

Ora, può accadere che il posto di una disciplina legislativa nazionale sia occupato da una disciplina comunitaria sopravveniente, che però si dimostri bisognosa di attuazione e che quest'ultima si abbia a mezzo di regolamenti, i quali dunque potrebbero non soltanto opporre una resistenza insuperabile alla loro modifica da parte di atti comunque non conformi o, come che sia, compatibili rispetto al dettato comunitario ma altresì innovare alla legislazione anteriore, *malgrado la copertura a questa offerta dalla riserva costituzionale*. E, inverosimilmente, quale senso potrebbe mai avere la produzione sovranazionale ove fosse lasciata priva degli svolgimenti necessari al suo pieno radicamento nell'ordine interno?

Secondo un'ipotesi ricostruttiva altrove prospettata, l'effetto di deroga nei confronti della legislazione preesistente, ancorché materialmente prodotto dalla disciplina regolamentare, sarebbe piuttosto da imputare all'atto comunitario (in applicazione, come si vede, dello schema usualmente accolto per le delegificazioni, qui trasposto anche nella dimensione delle relazioni interordinamentali). In tal modo, la riserva sarebbe comunque soddisfatta, sia pure spostandone le manifestazioni al piano sovranazionale, ma col costo – come si diceva – costituito dal sacrificio delle procedure (e delle garanzie) proprie della formazione delle leggi, soppiantate da altre procedure, come s'è rammentato, non in tutto confacenti al valore democratico, mediante le quali vengono alla luce gli atti dell'Unione.

Si potrebbe, in astratto, ragionare della possibilità di dar attuazione al diritto comunitario a mezzo di regolamenti *persino per le materie coperte da riserva assoluta di legge* (e con regolamenti ministeriali per le materie di riserva relativa), in deroga alle previsioni al riguardo poste dalla legge n. 11 del 2005, la deroga in parola facendosi essa pure risalire al diritto sovranazionale. Solo che all'evenienza ora prospettata sembra far da ostacolo la circostanza per cui le riserve costituzionali di legge risultano (o, diciamo meglio, *possono* risultare) serventi nei riguardi di principi fondamentali dell'ordinamento, come tali dunque idonei a porsi a "controlimite" all'ingresso di norme comunitarie che dovessero richiedere di essere svolte in via non legislativa o, come che sia, auto-



rizzare siffatta modalità di svolgimento senza limiti di sorta. Quand'anche, poi, tale argomento non dovesse considerarsi irresistibile, vuoi per il carattere a mia opinione comunque non insuperabile dei "controlimiti" e vuoi pure perché non necessariamente questi ultimi potrebbero essere implicati da esperienze di normazione, quali quelle di cui ora si discorre (non ogni riserva essendo, in tesi, strumentale alla salvaguardia dei principi di base dell'ordinamento), risolutiva sarebbe, in avverso all'ipotesi sopra astrattamente formulata, la considerazione per cui l'Unione è tenuta a mostrarsi indifferente verso le opzioni fatte nei singoli ordinamenti circa le modalità di adempimento interno degli obblighi comunitari.

Tutto ciò posto, è ad ogni buon conto innegabile che, nel momento stesso in cui la legge (o altra fonte) è obbligata a dare attuazione a discipline di origine esterna la riserva costituzionale risulta pur sempre sostanzialmente incisa, non potendo la legge *liberamente ed esclusivamente* determinarsi in ordine alla regolazione delle materie ad essa assegnate. Solo che questa è la conseguenza linearmente e necessariamente discendente dalle limitazioni di sovranità in via generale operate a beneficio del diritto sovranazionale.

La questione delle tecniche in funzione della salvaguardia dei diritti, come si vede, si sposta e ripropone dunque nella dimensione sovranazionale, dove peraltro il principio della libertà o fungibilità delle forme ottiene numerose e probanti testimonianze, non di rado assistendosi all'adozione di atti dotati di contenuti incongrui rispetto al nome che portano, senza che peraltro per ciò solo ne discendano limitazioni ai ricorsi davanti alla Corte di giustizia o si abbiano diverse modalità di svolgimento dei giudizi da parte di quest'ultima.

Proprio dalla giurisprudenza comunitaria viene pertanto una sollecitazione autorevole a non arrestarsi alla crosta dei fenomeni indagati (ai *nomina* ed alle sistemazioni d'ispirazione formale-astratta) bensì a penetrare dentro quest'ultima per riguardare alla sostanza normativa in essa racchiusa ed alla struttura di cui la stessa si compone, ai collegamenti di ordine funzionale che si intrattengono e senza sosta rinnovano tra gli atti (sia di uno stesso che di diverso ordinamento), in vista del raggiungimento degli scopi istituzionali loro propri e, però, sempre più di frequente non esclusivi di ciascuno di essi bensì comuni agli atti appartenenti ad uno stesso processo di normazione, al di là dei livelli ai quali questo si dispone e svolge.

7. NOTAZIONI CONCLUSIVE: IL BISOGNO DI RISCOPRIRE IL SENSO DELL'APPARTENENZA, OVVEROSIA DELLA TIPICITÀ DEI RUOLI DELLE FONTI; DI DAR VITA A "CATENE" DI ATTI CONVERGENTI VERSO LA TUTELA DEI DIRITTI, LA MASSIMA POSSIBILE ALLE CONDIZIONI DATE; DI FAR LUOGO AD UN RIPENSAMENTO CRITICO PROFONDO DELLA TEORIA COSTITUZIONALE CHE, NEL MOMENTO STESSO IN CUI METTE A NUDO ORIGINARIE E STRUTTURALI CARENZE DELLA COSTITUZIONE, RENDE A QUEST'ULTIMA UN BUON SERVIZIO, IN VISTA DI UN CONGRUO RIFACIMENTO DEL SUO TESSUTO NORMATIVO

È ormai giunto il momento di tirare le somme e tentare alcune sia pur approssimative conclusioni, rimandando quindi per i loro opportuni approfondimenti e le necessarie verifiche ad altre e più adeguate sedi.

La prima è che le forme, per un verso, richiedono di essere recuperate ed utilizzate come si conviene al servizio dei diritti, mentre, per un altro verso, non possono essere sovraccaricate di indebite valenze, andando incontro a limiti loro propri, insuperabili, a finalità di ordine delle esperienze di normazione.

Per il primo aspetto, occorre riscoprire il senso dell'appartenenza, preservare cioè la tipicità dei ruoli giocati dagli atti di normazione, rifuggendo da impropri mescolamenti, già al piano dei rapporti tra leggi costituzionali e leggi comuni e, quindi, discendendo, ai piani sottostanti. Ci sono, ad es., prestazioni di unità, quali quelle cui fa riferimento l'art. 117, II c., lett. *m*), che unicamente la legge statale è in grado di offrire; ed è evidente che solo in tal modo si può preservare l'identità dei diritti fondamentali, quale che sia il luogo in cui i cittadini vivono ed operano. Allo stesso tempo, tuttavia, altre prestazioni, esse pure idonee a conformare il patrimonio complessivo dei diritti, non possono che venire dalle fonti di autonomia e, segnatamente, dalle leggi regionali, la disciplina statale dovendosi comunque arrestare ad un certo livello ("essenziale"), pur vario per i singoli campi materiali e, per uno stesso campo, nel tempo.

Con specifico riguardo alle Carte dei diritti, meriterebbe – come s'è veduto – di essere ripresa l'idea di darvi esecuzione con legge costituzionale; allo stesso modo, conviene, per la tesi qui nuovamente proposta, "razionalizzare" nuovi diritti fondamentali, stabilizzando oscillanti ed incerti orientamenti giurisprudenziali ovvero innovando agli stessi, laddove considerati poco idonei a venire incontro ai più elementari ed intensamente avvertiti bisogni dell'uomo.

Per il secondo aspetto, si rende poi necessario andare oltre lo schermo dell'atto, di per sé inespressivo ed alle volte anzi deformante, dando fondo ad analisi di ordine strutturale, funzionale, assiologico-sostanziale. Analisi che non di rado mettono a nudo carenze diffuse degli atti di normazione, specie di quelli apicali, connotati dalle maggiori aperture semantiche e però, proprio per ciò, suscettibili di esporre in rilevante misura i diritti a minacce parti-

colarmente gravi, provenienti da un potere politico smalizzato, minacce difficilmente (e, comunque, solo in parte) parabili dagli organi di garanzia e con gli strumenti (e nei limiti) propri di questi.

Allo stesso tempo, si hanno ripetute e crescenti conferme del bisogno di produrre a più livelli istituzionali sforzi plurimi e convergenti, dando vita a catene di atti funzionalmente connessi, in vista del congruo appagamento di diritti (e, più in genere, interessi) che vanno oltre le forze dei singoli atti e che solo appunto dalla loro congiunta adozione possono essere in modo adeguato protetti.

Qui, nuovamente le forme sembrano perdere rilievo, la capacità innovativa degli atti risultando altresì dal modo con cui gli atti stessi si appoggiano gli uni agli altri e dalle coperture di valore di cui sono provvisti. Proprio per ciò, però, ancora più rafforzato appare essere il bisogno di apprestare soluzioni procedurali, di ordine politico-istituzionale prima ancora che giurisdizionale, che assicurino la partecipazione di individui e gruppi ai processi produttivi, per il tramite di questa offrendosi quindi le garanzie prime e più efficaci ai diritti.

La teoria costituzionale deve al riguardo produrre uno sforzo ancora maggiore di quelli fin qui profusi, per un verso tornando a riflettere criticamente su se stessa al fine di potersi finalmente liberare di alcuni miti del passato che condizionano pesantemente il suo rinnovamento e, per un altro verso, indirizzando ed alimentando una progettazione in corso che sempre di più va avvolgendosi sterilmente in se stessa e che esibisce vistose, diffuse, gravi carenze. In particolare, va rivisto il mito di una Costituzione onnipotente, autosufficiente e, però, anche autoreferenziale, fonte esclusiva di riconoscimento e garanzia dei diritti fondamentali, funzione questa che invece essa ormai condivide con altri documenti, di origine internazionale e sovranazionale, il cui ingresso nell'ordine interno non equivale ad incrinare la "sovranità" (in senso assiologico-oggettivo) della Costituzione ma, all'inverso, a renderla ancora più salda e vitale: vuoi per la ragione teorica di fondo che l'apertura al diritto di provenienza esterna si pone quale uno dei *nostri* principi fondamentali, costitutivo ed espressivo dunque, per la sua parte, dell'essenza costituzionale, e vuoi pure per la ragione pratica che i diritti delle Carte danno nuova linfa ai processi produttivi ed applicativi dei diritti "nazionali", concorrendo in modo inesausto alla rigenerazione semantica delle formule costituzionali che li riguardano (a partire proprio da quella dell'art. 2).

Allo stesso tempo, mettere a nudo taluni limiti propri del linguaggio costituzionale e rilevarne originarie e perduranti carenze di ordine tanto sostantivo (relativamente al riconoscimento di nuovi diritti ormai imperiosamente affermatosi nel tessuto sociale) quanto procedimentale (circa le sedi e le modalità con cui essi possono, in apprezzabile misura, essere fatti valere) è, a mia opinione, il

miglior servizio che la teoria può oggi rendere alla Costituzione. Si tratta, poi, di vedere se si danno le condizioni di contesto perché le sollecitazioni ed indicazioni critiche, a finalità costruttiva, avanzate dalla teoria possano, sia pure in parte, prendere corpo nella pratica, traducendosi in comportamenti conseguenti e confacenti rispetto ai valori. E qui temo che gli spazi non siano, almeno al presente, tali da indurre all'ottimismo. Come si è venuti dicendo, occorrerebbe infatti avviare un'opera impegnativa ed incisiva di rifacimento della stessa Costituzione, prima ancora che della disciplina sottostante. E però il quadro politico, ad oggi gravato da estrema fluidità interna e complessiva instabilità, non agevola di certo l'incontro necessario tra le forze politiche, che presuppone una condivisione di valori che si fatica invero a riscontrare in seno alle istituzioni governanti, a partire proprio da quella più immediatamente e genuinamente espressiva della comunità.

Qui, però, il discorso si va – come si vede – spostandosi su un piano, politico-istituzionale, diverso da quello al quale deve stare la riflessione oggi svolta, richiedendo pertanto di essere fatto in altre sedi, ad esso specificamente dedicate.