

IL TEMPO DEI DIRITTI

Di Giuseppe Vettori

SOMMARIO: 1. Bobbio e l'età dei diritti. - 2. I problemi aperti nel secolo lungo. - 3. Contenuto dei diritti e fiscal compact. - 4. La valutazione sistemica. - 5. Le tecniche applicative. Disapplicazione e interpretazione conforme. - 6 Dai codici alle costituzioni fra legge e giudici. - 7. Un diverso modo di osservare.

1. Bobbio e l'età dei diritti

Agli inizi degli anni novanta del novecento Norberto Bobbio ha raccolto una serie di saggi, scritti nei decenni precedenti, con un titolo di successo. L'età dei diritti¹. Vorrei muovere da questo classico sul tema per cercare di individuare alcuni tratti del tempo in cui viviamo.

La visione di Bobbio è chiara. I diritti appartengono alla storia e non ha senso la ricerca di un loro fondamento assoluto. Nascono all'inizio dell'età moderna e “diventano uno dei principali indicatori del progresso storico”²; hanno una continua espansione, ma sono sempre il frutto di una lotta per la difesa di “nuove libertà contro vecchi poteri”: la libertà di culto nasce dalle guerre di religione, le libertà civili dal ruolo dei parlamenti contro i sovrani, le libertà politiche e sociali dalle lotte dei movimenti dei lavoratori, i diritti di terza e quarta generazione dalle opportunità e dalle manipolazioni offerte dalla tecnica. I diritti insomma non nascono tutti in una volta ma via via che aumenta il potere

dell'uomo sull'uomo e il potere di dominare la natura. Da qui l'esigenza di rimedi che sono rivolti sempre a impedire i malefici o a ottenere i benefici del potere³.

E' chiara la storicità di queste situazioni, ma qual è il ruolo del diritto?

In un corso di lezioni del 1962 Bobbio esprime una posizione netta⁴. Il diritto è una procedura e non un valore. La legge è la unica fonte delle regole giuridiche. Il sistema positivo è completo e coerente e l'interprete lo attua meccanicamente. Diritto e morale sono sfere differenziate della vita pubblica e la distinzione fra diritti morali e positivi è una contrapposizione fra due sistemi normativi diversi. Questa visione è solo il primo passo di un suo “viaggio attraverso il positivismo”⁵ che porta a spostare l'attenzione, prima al sistema giuridico e alla struttura dell'ordinamento⁶ e poi al confronto con il

³ BOBBIO, *op. cit.* pp. XIII –XV.

⁴ BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del diritto raccolte dal Dott. Nello Morra*, Torino, 1963, *passim*.

⁵⁵⁵ LOSANO, *Prefazione a N. Bobbio, Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, rist., Roma-Bari, 2007, p. V.

⁶ BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Napoli, 1992, *passim* ove sono raccolti i saggi pubblicati tra il 1954 e il 1986.

Lo scritto riproduce la relazione svolta il 1 giugno 2013 a Reggio Emilia durante il convegno annuale dell'Osservatorio della giustizia civile intitolato ai “Tempi della giustizia e il tempo dei diritti”.

¹ BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, *passim*.

² BOBBIO, *op. cit.*, p. VIII.



giusnaturalismo⁷. Sino al saggio, del 1969, che inaugura lo studio della funzione privilegiata, da allora, rispetto ad una visione strutturale del diritto⁸. Ma sui diritti in quel famoso libretto Bobbio richiama alla realtà.

Non si possono equiparare diritti solo enunciati e diritti garantiti da un ordine positivo. Non solo. Il volume ricorda che chi spesso inneggia all'età dei diritti" si fonda su diritti solo proclamati e chi ne denuncia l'assenza", spesso, si riferisce a "quelli che la stragrande maggioranza dell'umanità non possiede di fatto anche se solennemente proclamati"⁹.

Che cosa ci avvicina al presente e lo si può spiegare partendo dalla famosa frase di Marx ripresa da Hegger. La filosofia sin allora impegnata a comprendere il mondo doveva iniziare a cambiarlo¹⁰.

In Germania¹¹, nella seconda metà del novecento, Husserl avviò una fase post-positivistica con il rifiuto del formalismo, della separazione fra diritto e morale e della legittimazione procedurale della norma che è destinata a vivere, scriveva già allora il nostro autore, nella storia mediante l'interpretazione e l'applicazione¹². In America e in Inghilterra, nella seconda metà degli anni sessanta, Dworkin¹³ aveva ammonito che il positivismo non è il metodo o la visione più adatta per comunità giuridiche complesse, ove il discrimine fra regola morale e regola giuridica è sempre più sfumato. La risposta ai suoi critici dopo trenta anni e poco prima di morire, è convincente affatto¹⁴. La derivazione del diritto dalla sola legge è un dogma perduto perché non si può restituire al legislatore un trono che non ha più¹⁵.

⁷ BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, , *passim* ove sono raccolti i saggi scritti dal 1956 al 1964.

⁸ Sulla funzione promozionale del diritto, in BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., 3 ss.

⁹ BOBBIO, *L'età dei diritti*, cit. p. XXI.

¹⁰ BENEDETTI, *Quale ermeneutica per il diritto europeo*, in questa rivista, 2006, pp.1-13; Vettori, *Dialogo con Giuseppe Benedetti su ermeneutica e diritto privato*, in *Persona e mercato*, 2011, in www.personaemercato.it

¹¹ MENGONI, *Diritto e tempo*, in *Jus*, 1998, pp. 635 ss. ora in *Scritti I, Metodo e teoria giuridica*, a cura di Castrovino, Nicolussi, Albanese, Milano, 2011, p. 13 e ivi il richiamo a Husserl, *Recht und Zeit*, Frankfurt a. M., 1955, p. 10 ss.

¹² MENGONI, *Diritto e tempo*, cit. p. 13.

¹³ DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, nuova edizione italiana a cura di Muffato, Bologna, 2010, *passim*.

¹⁴ DWORKIN, *La giustizia in toga*, Roma- Bari, 2010, ed ivi *Diritto e morale*, p.3 ss., e in particolare, *Trent'anni dopo*, p. 204 ss.

¹⁵ RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, 2012, *passim*. Basta un esempio su cui si è tornati più volte. Le

Luigi Mengoni¹⁶, agli inizi del nuovo millennio, esprime benissimo questa novità dello Stato costituzionale e si oppone al positivismo radicale che sfocia nel nichilismo, per due motivi su tutti. L'idea del diritto e della legge come recipiente capace di accogliere ogni contenuto ha generato i mostri del novecento e lascia solo l'uomo a trovare nel nulla la distinzione fra giusto e ingiusto. Il sistema positivo dell'ottocento era basato sui valori del tempo (quelli della società borghese cristiana) compatibile con una società compatta attorno a quei valori, ma non con l'attuale, pluralistica, dinamica e governata da una costituzione ove i principi morali sono stati incarnati nella forma dei diritti fondamentali"che appartengono al diritto e alla morale ma sono soggetti ai modi, alle procedure e ai vincoli della argomentazione giuridica"¹⁷.

La dottrina successiva si divide oggi, come in passato, su un punto.

Da un lato si tenta di valorizzare al massimo i diritti, riconosciuti in un sistema multilivello, attraverso il ruolo centrale della giurisprudenza e il dialogo fra le corti¹⁸. Dall'altro autorevolmente, si rivaluta "l'ideale giuspositivistico... che vede il giurista come costruttore di regole giuste ed efficienti all'interno di un ordinamento dato ed accettato". Un metodo si dice che deve "essere difeso, di fronte ai miti ricorrenti, che propongono una giurisprudenza autoreferenziale (ma in realtà funzionale alla realizzazione di equilibri "spontanei")¹⁹. Il dato comune di queste dottrine è il timore di un "diritto libero" a cui si oppone un "giuspositivismo" diversamente aggettivato e un costituzionalismo attento più al ruolo propositivo della legge che alla funzione "creativa" dei giudici.

La mia impressione è che il tempo che stiamo vivendo induca a valorizzare un dialogo forte senza disconoscere le diversità che accompagnano, da sempre, la storia del diritto. Molti e diversi segnali

norme delle costituzioni e dei trattati sono spesso prive di fattispecie e indicano spesso principi diversi da quelli previsti nell'art. 12 disp. prel. cod. civ. Quelle disposizioni sono un *prius* e non un *posterius*. Non riassumono o astraggono un contenuto giuridico esistente, ma fondano un nuovo ordine da costruire in Italia e in Europa. Il sistema insomma non è completo e coerente ma si evolve e si trasforma in continuazione.

¹⁶ MENGONI, *Diritto e tecnica*, in questa rivista, 2001, p. 7.

¹⁷ MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit. p. 8.

¹⁸ LUPO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012*, in www.cortedicassazione.it e solo per una sintesi VETTORI, *Diritti, Principi e tecnica rimediabile nel dialogo fra le Corti*, in *Eur.dir.priv.*, 2011, p. 237 ss.

¹⁹ LIBERTINI, *Concorrenza e coesione sociale*, in *Persona e Mercato*, 2013, 2, p. 116 ss. in www.personaemercato.it

spingono al riconoscimento di alcune ragioni reciproche e alla piena consapevolezza dei punti di dissenso²⁰ che vanno distinti, settore per settore, con grande attenzione alle singole questioni aperte sul contratto, la responsabilità, i rimedi. Per quanto attiene ai diritti occorre muovere con forza dal presente.

2. I problemi aperti nel secolo lungo.

Il tempo in cui viviamo è attraversato da un'inedita crisi che attraversa i fondamenti stessi della nostra convivenza civile e attraversa problemi aperti nel secolo che ci precede²¹. Dal fondamento dei diritti in una forma democratica, al loro contenuto, dai soggetti chiamati a decidere alle tecniche di applicazione. Vediamoli uno ad uno.

Nelle costituzioni del novecento i diritti sono elementi fondanti dell'ordinamento. Non è illustrata la loro base ontologica, non sono "naturali", ma aspirano alla stabilità e godono di una prospettiva dominante. Da qui il problema. Le costituzioni hanno nei diritti il loro fondamento ma i diritti hanno un ruolo che aggira la funzione stessa delle maggioranze, superate da "briscole"²² con un peso maggiore della sovranità popolare espressa nelle forme rappresentative. Non tarda così, negli ultimi decenni del secolo, ad acuirsi la tensione fra due immagini della democrazia a seconda che essa si identifichi con i diritti fondamentali oppure presupponga un legame stretto fra i diritti e la loro evoluzione.

E' facile rintracciare i tratti di questa ultima visione. La "riduzione dello spazio temporale" è un'idea forte della modernità. Nella costituzione francese del 1793 si afferma che un popolo ha sempre il diritto di riformare e cambiare le sue leggi perché una generazione non può assoggettare alle sue scelte le generazioni future e questo principio trova un eco nello stesso preambolo della carta dei diritti ove si parla di responsabilità e doveri nei confronti delle generazioni future.

La diversa prospettiva è altrettanto chiara.

Si da rilievo al tempo e allo spazio criticando quella che si definisce "la dittatura del breve periodo", "divenuto argomento per bilanciamenti di interessi che sacrificano i diritti alla logica del mercato e per sottrarsi in tal modo alle valutazioni e alle re-

sponsabilità legate alla più lunga durata",²³ la quale evoca principi che "si riferiscono a situazioni irriducibili a qualsiasi confine"²⁴. Un nuovo realismo, dunque, che superi la limitazione dello spazio e del tempo proprio dell'ideale giacobino e della costruzione dello Stato moderno.

Questa visione è prevalente ma restano le tensioni. Oggi evidentissime.

Si è detto benissimo²⁵ che nel novecento si sono avute trasformazioni straordinarie, al contrario di ciò che era avvenuto nei millenni precedenti. Il secolo "iniziato ancora con i lumi a petrolio e le carrozze a cavalli, si è concluso con internet e con i jet transoceanici. La nostra pratica e la nostra percezione politica e dei rapporti sociali non si sono trasformate di meno".

La forma democratica borghese svuotata dai regimi totalitari della prima metà del secolo, ha rappresentato, dagli anni cinquanta in poi, la premessa fondamentale di ogni convivenza civile nel mondo occidentale e finisce oggi per subire fortissimi attentati.

Da un lato si mostra impotente nei confronti di un capitalismo finanziario globale che ha concentrato in poche sedi invisibili le decisioni e il potere che incide sulle elementari regole della convivenza civile. Dall'altro si sta manifestando in modo sempre più evidente la sfiducia nel rapporto fra voto e rappresentanza, parlamenti e partiti che si reputano non più capaci di esprimere" correttamente, senza stravolgimenti e usurpazioni, l'autentica volontà collettiva"²⁶. In Italia le vicende recenti mostrano "una democrazia che sta perdendo il suo popolo"²⁷. Ciò che sta accadendo in Europa è ancor più grave.

²³ RODOTÀ, *op. cit.*, p. 21 "principi come la tutela dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile, di prevenzione e precauzione, che spingono il loro raggio di azione proprio nella direzione della garanzia di altri tempi e di altri soggetti"; e ivi il richiamo in nota a DONOLO, *Il sogno del buon governo: Apologia del regime democratico*, Milano, 2011, p.172 ss.; PERSANO, *La catena del tempo. Il vincolo generazionale nel pensiero giuridico francese tra Ancien régime e Rivoluzione*, Macerata, 2007, pp. 151-207; Aa. Vv., *Un diritto per il futuro: Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, a cura di Bifulco e D'Aloia, Napoli, 2008, *passim*; CUOCOLO, *Tempo e potere nel diritto costituzionale*, Milano, 2009, *passim*.

²⁴ RODOTÀ, *op.cit.*, p. 21. I confini sono "strumento mediante il quale riconosciamo e classifichiamo il molteplice con cui siamo continuamente costretti ad interagire" (p. 111) ma anche mezzo "di difesa o esclusione, riparo o prigione, registrazione di una realtà o imposizione artificiale di un vincolo".

²⁵ SCHIAVONE, *Non ti delego*, Milano, 2013, p.17.

²⁶ SCHIAVONE, *op. cit.* p. 23-24.

²⁷ SCHIAVONE, *op. loc. ultt.citt.*

²⁰ VETTORI, *Diritti e coesione sociale*, in *Riv.dir. priv.*, 2012, p. 3.

²¹ GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, a p.3 il riferimento critico al libro di HOBBSAWM, *Il secolo breve*, Milano, 1995, *passim*.

²² L'espressione, come è noto, si deve a Dworkin.

L'assenza di una piena struttura politica unitaria può determinare conseguenze drammatiche sul funzionamento della democrazia, non fosse altro perché la sola regolazione economica comporta una distribuzione di costi e benefici, non sottoposto ad un controllo democratico. Di più. Mentre i governi rispondono di fronte agli elettori dell'assetto distributivo realizzato nel tempo, l'Unione non ha responsabilità diretta e ha privilegiato una competenza tecnica alla lunga intollerabile per un motivo evidente. L'Europa non può eludere scelte comuni sull'equità sociale e fiscale all'interno dell'Unione senza incidere sui fondamenti stessi della democrazia²⁸.

Il modello costituzionale in Italia e non solo, dopo la seconda guerra mondiale, era ispirato da un'idea. Glissare sui fondamenti sui cui l'accordo sarebbe stato impossibile e puntare sui contenuti sui quali le diverse impostazioni ideologiche avrebbero confluato. La strategia ebbe successo e i diritti sono diventati fondamentali anche se "infondati". Qualcosa di simile è accaduto, per ragioni diverse, nell'Unione europea ma ciò è stato possibile per la spinta delle tragedie appena alle spalle o per il faticoso cammino dell'integrazione e non può bastare oggi in una società scossa dal presente e del tutto incerta sul proprio futuro. Il problema del contenuto dei diritti è centrale e ne è prova il dibattito sul recente Trattato europeo.

²⁸ MORAVSČIK, in *Yves Mény e Andrew Moravcsik discutono di democrazia europea*, Bologna, 3, 2009, pp. 457, 460-461, 464-466. Ho ripreso questo dialogo in VETTORI, *I Principi comuni del diritto europeo dalla Cedu al Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p.115ss. Osserva Mény che la "camicia di forza" imposta dall'Europa favorisce alcune ideologie e alcuni partiti ispirati e ne penalizza altri. Genera scontenti fra gli elettori che finiscono per privilegiare posizioni estreme. Urta contro un dato di fondo. Le scelte economiche in una democrazia matura devono essere oggetto di dibattito e decisioni condivise, sicché la scelta è netta. O si riportano quelle decisioni in un ambito nazionale o si democratizzano le sfere decisionali sopranazionali.

L'impossibilità della prima ipotesi induce a percorrere forzatamente la seconda. Tutto questo non comporterebbe affatto l'adozione di politiche sociali "predisposte e finanziate dalla Unione" che sarebbe un disastro, ma la ricerca di forme decisionali democratiche nel governo dell'economia rafforzata dalla supremazia del diritto. Certo è che l'Europa ha dedicato molti sforzi nella elaborazione di controlli e bilanciamenti nel percorso costituzionale che è uno dei pilastri di un assetto democratico."

3. Contenuto dei diritti e *fiscal compact*.

L'analisi del Trattato europeo e della Legge costituzionale italiana sul pareggio di bilancio forniscono un dato essenziale del presente su cui riflettere. Le premesse del primo testo evocano la gravità della crisi e un tentativo di risposta basato su alcuni fondamentali aspetti.

La previsione di politiche economiche rigorose nelle economie nazionali ritenute indispensabili per una maggiore crescita e stabilità della zona euro. La necessità a tal fine di regole specifiche e misure correttive,²⁹ da munire di un *enforcement* efficiente. Da qui l'imposizione del pareggio di bilancio nei singoli ordinamenti nazionali, "soggetto alla giurisdizione della Corte di giustizia dell'Unione europea,³⁰ e la previsione di sollecitazioni o costrizioni, volte a ridurre il disavanzo e il debito pubblico³¹.

La struttura del Trattato è chiara e scandita in poche e precisi obiettivi riassunti nel primo articolo con il quale le parti contraenti: "convengono di rafforzare il pilastro economico dell'unione economica e monetaria adottando una serie di regole intese a rinsaldare la disciplina di bilancio.., a potenziare il coordinamento delle loro politiche economiche e a migliorare la *governance* della zona euro, sostenendo in tal modo il conseguimento degli obiettivi dell'Unione europea in materia di crescita sostenibile, occupazione, competitività e coesione sociale".

Poco dopo in Italia, con una legge costituzionale approvata a larghissima maggioranza, si è modificato l'art. 81 della nostra carta costituzionale, il quale prevede, ora, che "Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. Il ricorso all'indebitamento è con-

²⁹ Come è noto il disavanzo pubblico non deve superare il 3% e il debito pubblico il 60% del prodotto interno lordo con una riduzione che consenta di avvicinarsi a tale percentuale.

³⁰ A norma dell'art. 273 Trattato sul funzionamento dell'Unione, con possibilità per la Commissione, *ex art.* 260 Tfu, di comminare sanzioni pecuniarie per lo Stato che non si sia conformato a una sentenza di tale organo.

³¹ Tutto ciò nel "rispetto del ruolo specifico delle parti sociali" riconosciuto dalle legislazioni nazionali, "senza alterare in alcuna maniera le condizioni di politica economica alle quali è stata concessa assistenza finanziaria a una parte contraente nell'ambito di un programma di stabilizzazione", avvalendosi di tutti gli strumenti della cooperazione rafforzata di cui agli artt. 20 e 326-324 Tfu fra cui una in particolare, "La procedura per la discussione e il coordinamento *ex ante* tra le parti contraenti la cui moneta è l'euro di tutte le grandi riforme di politica economica da loro previste, ai fini di una valutazione comparativa delle migliori prassi".



sentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali”.

Dunque le “fasi avverse e le fasi favorevoli del ciclo economico”, l’equilibrio di bilancio e le limitazioni alla spesa pubblica, sono entrati, come principi ordinatori, nei Trattati europei e nella costituzione nazionale.

Resta da precisare l’impatto di tali scelte sul contenuto dei diritti perché tutto ciò pesa come un macigno e acuisce alcune critiche insidiose. Dall’idea che i diritti siano “un lusso superfluo” in un tempo di crisi, ove prevalgono l’esigenze della sicurezza e dell’economia, “alla convinzione, mai sopita, che i diritti sociali non siano veri diritti o comunque siano subordinati ai rapporti di forza nella distribuzione della ricchezza, sino alla negazione di ogni loro rilievo nella dimensione del diritto”³². Da qui alcune osservazioni forti.

³² RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., p.140 ss. Dal testo emerge subito un mondo dei diritti ampliato da nuovi cataloghi, alla ricerca di nuove garanzie globali, percorso da conflitti e contraddizioni, da negazioni e riconoscimenti”.

Si isolano le radici culturali comuni intorno a valori fondativi che non sono mai state, dal 700 in poi di qua e di là dall’Atlantico, tirannie di minoranze, ma espressione di un diverso modo di interpretare libertà e interessi, in epoche e mondi diversi, alla ricerca di risposte effettive alla pienezza della condizione umana. Da qui l’anticipazione di una convinzione forte e di un metodo. I diritti mutano volto nel tramonto delle ideologie e delle narrazioni, nel trionfo del globale e della tecnocrazia, nell’ ampliarsi delle disuguaglianze. Da mere declamazioni divengono “un codice di comunicazione che mette le persone in relazione fra loro. L’unica forza capace di contrapporsi alla legge naturale del mercato”. L’elenco delle cose da fare per potenziare questo ruolo inizia dalla risposta ad alcuni atteggiamenti critici. Due su tutti. Occorre contrastare le riduzioni ad espressioni utopiche povere di contenuto. Isolare le “forme più insidiose e sottili dell’esplicito disriconoscimento”. Reagire contro una serie di attentati. Dal bilanciamento ineguale con le esigenze della sicurezza e del mercato, alla mera contemplazione dei diritti come forme che divorano la sovranità popolare espressa dal Parlamento, sino al disincanto che sfocia verso nuove obiezioni ancor più insidiose.

L’idea in particolare che i diritti generano guasti economici, siano un lusso superfluo in tempo di crisi, una diseconomia che legittimerebbe risposte diverse e già conosciute nella storia italiana ed europea del novecento. Basta pensare ai regimi autoritari che sono stati capaci di scambiare l’allargamento dei diritti sociali con una restrizione dei diritti civili o ad un metodo altrettanto noto e presente anche oggi. “La negazione dei diritti sociali come veri diritti per il loro legame con la distribuzione delle risorse disponibili”.

L’eccezionalità della spesa pubblica non interamente finanziata dalla tassazione è attaccato sia ideologicamente sia per il suo impatto attuale. Ciò perché è difficile, se non impossibile, ipotizzare schemi pubblici di protezione sociale in una situazione di pareggio di bilancio, specie in un momento in cui in Italia, e non solo, gli istituti del *welfare* debbono essere disciplinati *ex novo* o ristrutturati con riforme costose non sostenibili, spesso, con un aumento della tassazione che ha raggiunto livelli assai elevati³³. A questo si aggiunge l’impatto di tale scelte in una situazione di medio periodo caratterizzata ancora da scarsa crescita o recessione.

In Italia si parla, autorevolmente, di una nuova fase costituente avviata senza una specifica consapevolezza dei cittadini e senza la capacità di guardare oltre l’emergenza³⁴. Una disciplina che mette in dubbio le possibilità di politiche sociali ammesse dalla Costituzione, riduce i margini di manovra dei governi, impone politiche economiche restrittive condannate da eminenti economisti, sino a determinare, si dice con una metafora, l’incostituzionalità di Keynes.

Altri³⁵ individua nell’art. 3 del Trattato una norma suicida che tagliando la spesa pubblica pone a rischio l’intero sistema economico, in contrasto con lo stesso Trattato di Lisbona che aveva fissato un limite senza escludere la possibilità di indebitamento, incidendo pesantemente sulla sovranità fiscale degli stati e soprattutto sulle spese sociali con una conseguente riduzione dei servizi essenziali. Dalle pensioni alla scuola, dagli enti locali alla sanità, accentuando povertà e insicurezza³⁶.

La politica e la riflessione teorica, insomma, è in grande difficoltà ma ciò che accade sul versante giurisprudenziale, in Europa, è ancora oggetto di un attento dibattito a seguito di recenti sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo, della Corte costituzionale e della Corte di giustizia³⁷, su cui è opportuno soffermarsi.

³³ Così testualmente RODOTÀ, *Contenuto dei diritti e Fiscal Compact*, in *Repubblica* del 20 giugno 2012.

³⁴ RODOTÀ, *Contenuto dei diritti e Fiscal Compact*, cit., loc. cit.

³⁵ GUARINO, *Il pareggio di bilancio è illegale*, in *www.libreidee.org* (11 marzo 2013).

³⁶ GUARINO, *op. loc. cit.*

³⁷ V. Corte eur. dir. uomo, 31 maggio 2011, *Maggio ed altri v. Italia*, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce “Diritti politici e civili”, n.177; Corte. cost., 28 novembre 2012, n. 264, in *Foro it.* 2013, I, c. 22 con note di ROMBOLI e di AMOROSO, ed ivi, c. 788 con note di SCODITTI, *Se un diritto umano diventa diritto fondamentale: la Cedu come parametro interposto di costituzionalità* e di DE LUCA, *Quanto incide l’allargamento dei controlimiti sulla efficacia delle norme Cedu*; Corte giust., grande sez., 26

La Corte interna si è occupata di recente del caso delle “pensioni svizzere” determinato da un orientamento giurisprudenziale,³⁸ in base al quale il lavoratore italiano che avesse chiesto il trasferimento all’Inps dei contributi versati in Svizzera in suo favore, calcolati in tale paese con un aliquota molto inferiore a quella prevista in Italia, “aveva diritto di ottenere che la pensione venisse determinata sulla base della retribuzione effettivamente percepita in Svizzera”. La legge finanziaria del 2007³⁹ aveva eliminato, in via interpretativa, questo vantaggio per tali lavoratori e “fatti salvi i trattamenti pensionistici più favorevoli già liquidati alla data di entrata in vigore della legge”.

Dopo che la Corte costituzionale aveva respinto i dubbi di costituzionalità sollevati dalla Corte di Cassazione⁴⁰, la Corte europea dei diritti dell’uomo è intervenuta sostenendo che lo Stato italiano con la legge del 2007 aveva “violato i diritti dei ricorrenti intervenendo in modo decisivo per garantire che l’esito del procedimento in cui essi erano parti fosse loro favorevole”. Le motivazioni sono riassunte nella motivazione della Corte costituzionale invitata ancora a pronunziarsi sul caso⁴¹.

La Corte europea ha censurato l’interferenza del legislatore nell’amministrazione della giustizia sulla base del primato del diritto e del giusto processo contenuto nell’art.6 cedu e invitato alla massima cautela nell’adottare tali tipi di interventi giustificati da motivi di interesse generale. Specificando che “considerazioni di carattere finanziario non possono, da sole, giustificare che il legislatore si sostituisca al giudice al fine di risolvere le controversie” e che, nella specie, non era convincente, per superare i rischi della retroattività, la *ratio* della legge volta a ripristinare un equilibrio nel sistema pensionistico “eliminando qualsiasi vantaggio goduto dalle per-

febbraio 2013, C-399/11 *Melloni v. Ministero Fiscal*, in *curia.europa.eu* e in *www.diritticomparati.it*, 2 aprile 2013, p. 1, su cui v. il commento di RUGGERI, *La Corte di Giustizia, il primato incondizionato del diritto dell’Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare “sistema”*, in *www.diritticomparati.it*; CONTI, *Mandato di arresto europeo ed esecuzione di una pena irrogata in absentia*, in *Corr. giur.*, 2013, n. 4, p. 8 ss.; ID. *Da giudice (nazionale) a giudice (eurocomunitario). A cuore aperto dopo il caso Melloni*, in *www.europeanrights.eu*.

³⁸ Mutato poi, a seguito dell’intervento della Corte cost., con la sentenza delle Cass., sez. un., 8 agosto 2011, n. 17076, in *Riv. it. dir. lav.*, II, p. 486.

³⁹ L. n. 296 del 2006 all’art. 1, comma 777°, aveva così interpretato l’art. 5, comma 2°, d.p.r. n. 488 del 1968.

⁴⁰ Corte. cost., 23 maggio 2888, n. 172, in *Rep. Foro it.* 2008, voce “Previdenza sociale”, n. 278.

⁴¹ Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264 cit.

sonne che avevano lavorato in Svizzera e versato contributi inferiori”.

La risposta della Corte interna è precisa nell’affermare alcuni principi di grande rilievo.

a) Spetta alla Corte il controllo del rispetto dei controlimiti⁴² e in particolare i motivi di interesse generale che suggeriscono al legislatore nazionale un intervento interpretativo.

b) Nel ribadire il carattere interposto delle norme cedu, ai sensi dell’art. 117 cost., si ricorda che il confronto fra la tutela prevista dalla Convenzione e dalla Costituzione interna deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie individuali e al bilanciamento con altri interessi protetti da altre norme costituzionali. Il che comporta un “margine di apprezzamento nazionale”.

c) “La tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme coordinate ed in potenziale conflitto”.

d) La norma cedu, come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento in tutti i giudizi della Corte interna⁴³ volti non “all’affermazione della primazia dell’ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele”.

Sulla base di tali principi si risolve il caso di specie.

La Corte interna avverte la necessità, sollevata dalla Corte europea, di usare la massima cautela nell’utilizzo di una normativa retroattiva e richiama la propria giurisprudenza sul punto⁴⁴. Tuttavia si reputa che sussistano nella specie “preminenti interessi generali che giustificano il ricorso alla legislazione retroattiva”. Ciò perché la disposizione incrimi-

⁴² LUPO, *Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2012*, cit., osserva (p. 17) che la tesi dottrinale dei controlimiti “pare potersi ritenere ormai superata (o almeno attenuata) soprattutto in quanto fondata su preoccupazioni non più attuali nell’odierno assetto interordinamentale” ed ivi il richiamo a TIZZANO, *Dall’unità nazionale all’integrazione sopranazionale*, in *Dallo Statuto albertino alla Costituzione repubblicana. Atti del seminario svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 25 novembre 2001*, Milano, p.9 ss.

⁴³ V. il richiamo alla sentenza della Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, in *Foro it.*, 2010, I, c. 359, con nota di ARMONE.

⁴⁴ Corte cost., 26 gennaio 2012, n. 15, in *Foro it.*, 2012, I, c. 659; Corte cost., 22 luglio 2011, n. 236, in *Giur. cost.*, 2011, 4, c. 3021; Corte cost., 23 novembre 2006, n. 393, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1676, con nota di LARNÈ. Il legislatore, nel rispetto dell’art. 25 cost., può emanare “disposizioni normative anche di interpretazione autentica, purchè la retroattività trovi adeguata giustificazione nella esigenza di tutelare principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, che costituiscono altrettanti “motivi imperativi di interesse generale” ai sensi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo”.



nata ricade nell'ambito "di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate, anche in ossequio al vincolo imposto dall'art. 81, 4° comma della costituzione [...] ed assicura la razionalità complessiva del sistema, impedendo alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri e così garantendo il rispetto dei principi di eguaglianza e di solidarietà".

4. La valutazione sistemica.

Sono almeno tre le indicazioni forti che si traggono da queste pronunzie.

Il valore sistemico⁴⁵ e non isolato dei diritti nell'Unione europea. La presenza nel bilanciamento dei vincoli imposti dalle modifiche dei trattati e delle costituzioni sul pareggio di bilancio e dalla razionalità complessiva del sistema da verificare alla luce dei fondamentali principi di eguaglianza e solidarietà. Il necessario confronto fra le norme cedue, la carta di Nizza-Strasburgo e la costituzione in funzione di un'integrazione delle tutele a livello comunitario.

Il che risulta, con luci e ombre, confermato dal recente caso Melloni in una controversia relativa "all' esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso dalle autorità italiane per l'esecuzione della sentenza di condanna ad una pena detentiva emessa in contumacia."⁴⁶

Melloni era stato giudicato e condannato *in absentia* da un tribunale italiano in presenza di difensori presenti nelle rispettive fasi del giudizio; nel *recurso de amparo* aveva sostenuto la potenziale violazione della norma costituzionale spagnola sull'equo processo, nel caso in cui si fosse concessa l'extradizione verso uno Stato che considera legittime le sentenze di condanna contumaciali "senza subordinare la consegna del condannato alla condizione che questi possa impugnare tali pronunzie". Il *Tribunal Constitucional* ha ritenuto ricevibile la contestazione e posto alla Corte di giustizia il quesito sostanzialmente sul punto. Se uno Stato membro "possa rifiutarsi di eseguire il mandato sulla base dell'art. 53 della carta dei diritti fondamentali a motivo della violazione dei diritti fondamentali della persona garantiti dalla Costituzione nazionale".

⁴⁵ LUPO, *op. cit.*, pp. 17-18, osserva che "la visione sistemica della tutela dei diritti va oltre in concetto di integrazione tra ordinamenti che ha finora dominato la scena" "segnando un significativo avanzamento in sede nomofilattica dell'ottica multilivello, orientando definitivamente l'interprete verso una visione realmente sistemica della tutela dei diritti nell'ordinamento integrato".

⁴⁶ Corte giust., 26 febbraio 2013, cit.

Le sentenza della Corte è un precedente che merita attenzione. Per vari motivi.

L'art. 53 della carta era sempre stato inteso come un'espressione del principio di sussidiarietà costituzionale che attribuiva, appunto, un carattere sussidiario al testo in presenza di una tutela nazionale più intensa dei diritti fondamentali. Ebbene nel punto centrale della decisione della Corte di giustizia tale principio appare invece corretto⁴⁷ con la precisazione che le autorità e i giudici nazionali possono "applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione(60)."

Le perplessità leggendo tale passaggio della motivazione appaiono più che giustificate.

La Corte assume un unico punto di vista, trascura le diversità nazionali e il loro fare sistema, abbandona la prospettiva del valore prioritario della dignità della persona emersa chiaramente nel caso Omega, trascura il metodo del dialogo come unico strumento per assicurare quella unità nella diversità su cui si è inteso costruire l'Unione⁴⁸.

Purtuttavia una lettura attenta della "trama argomentativa" della pronunzia⁴⁹ porta a ritenere corretta la soluzione applicata al caso se si segue un diverso percorso che consideri il primato del diritto comunitario e le fondamenta della tradizioni costituzionali di ogni Stato come "coppia assiologia fondamentale".⁵⁰ Dal cui confronto i controlimiti potrebbero alcune volte manifestarsi ma altre volte "rimanere silenti" in un bilanciamento fra ordinamenti diversi che si esprime in un sistema complesso che può comportare "il doveroso bilanciamento della pretesa di un singolo, pur se espressiva di un diritto fondamentale, con un interesse della collettività", come è accaduto nel caso di specie nel ponderare i diritti individuali con i principi del giusto processo. Dove "la richiesta di ripetizione del giudizio svolto in *absentia* è venuta a scontrarsi con l'interesse sotteso al giudicato e (con la) esigenza di funzionalità di un processo nel corso del quale, pe-

⁴⁷ RUGGERI, *La Corte di giustizia, il primato incondizionato del diritto dell'Unione e il suo mancato bilanciamento col valore della salvaguardia dei principi di struttura degli ordinamenti nazionali nel loro fare "sistema"*, cit., loc. cit.; CONTI, *Da giudice (nazionale) a Giudice (comunitario). A cuore aperto dopo il caso Melloni*, cit., loc. cit.

⁴⁸ RUGGERI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁹ CONTI, *Mandato di arresto europeo ed esecuzione di una pena irrogata in absentia*, cit., p.8.

⁵⁰ SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009, *passim*.



raltro, certe garanzie soggettive non erano venute meno⁵¹.

Da qui l'idea che la Corte non ha motivato correttamente una scelta che si giustifica solo precisando che il primato comunitario e le tradizioni nazionali debbono essere confrontati e giungere ad una soluzione applicativa solo dopo aver dimostrato che essa è frutto del modo con cui la coppia assiologia della unità nella diversità fa sistema. Secondo ciò che da tempo la nostra Corte costituzionale sta sollecitando. Ma il sistema va costruito, (secondo gli insegnamenti del *Principe*) sulla realtà effettuale (e non sull'immagine di essa) e l'osservazione ci è di aiuto.⁵²

I dati sulle situazioni a rischio di esclusione sociale in Italia e in Europa sono impressionanti e suonano come un monito fortissimo per ogni analisi. "La povertà (si è detto) è la potenza più misteriosa del nostro tempo, la segreta officina in cui for-

⁵¹ RUGGERI, *op. loc. ultt. citt.*

⁵² I dati riportati sono stati riferiti da molte fonti. Si veda quanto riferito da *Repubblica* del 27 febbraio 2013 "Un minorenni su tre in Italia - nel 2011 - è risultato a rischio "povertà o esclusione sociale". "Il dato allarmante emerge dall'indagine dell'Eurostat condotta sulla popolazione dell'Unione europea, dalla quale si evince che a soffrire maggiormente di questa condizione sono i figli di genitori con un basso livello di formazione ed educazione. A livello di Europa a 27 membri, i bambini sono la categoria più a rischio di povertà ed esclusione sociale rispetto alle altre (adulti tra 18 e 64 anni ed oltre 65enni). Nel 2011, il 27% dei minorenni era a rischio, contro il 24% degli adulti e il 21% degli anziani. I dati relativi all'Italia per tutte le categorie superiori alla media. Dominano appunto i minori con il 32,3% dei potenziali rischi, il 28,4% degli adulti e il 24,2% delle persone anziane. Nel complesso, il 28,2% della popolazione è a rischio povertà ed esclusione sociale contro una media continentale del 24,2%. Nel 2011 le situazioni più preoccupanti per gli under 18 si sono registrate in Bulgaria (52%), Romania (49%), Lituania (44%), Ungheria (40%) e Irlanda (38%, dato relativo al 2010); quelle migliori si segnalano invece nel Nord Europa, con Svezia, Danimarca e Finlandia al 16%, seguite dalla Slovenia (17%), dai Paesi Bassi e dall'Austria rispettivamente al 18 e al 19%. Quanto ai Paesi più rappresentativi, la Germania le condizioni critiche riguardano il 19,9% dei ragazzi, in Francia il 23%. Oltre al livello di istruzione dei genitori, un altro elemento discriminante è quello dell'essere figlio di migranti; quando almeno uno dei due genitori è straniero aumenta infatti il rischio di povertà. Questa riguarda infatti il 32% dei bambini con un genitore immigrato rispetto al 18% dei bambini che hanno entrambi i genitori nativi del Paese di residenza. La tendenza riguarda in linea di massima tutti i Paesi dell'Europa, le disuguaglianze minori si trovano invece in Repubblica Ceca".

se si costruisce la storia futura.⁵³ Ne sono convinto. Aggiungo solo che diminuiscono in modo enorme le opportunità, si impoveriscono le attese e sono diversi gli strumenti per operare in questa officina. Resta da chiedersi che fare.

Si può puntare su di un ruolo forte della solidarietà, seguendo un pensiero che ha avuto un ruolo centrale nelle scienze sociali a cavallo dei due secoli passati⁵⁴ o rivalutare il ruolo della cooperazione⁵⁵ e della coesione, per rintracciare i legami che possono unire e consolidare una società. Oppure si può operare su un diverso fronte non del tutto complementare. La costruzione giuridica di diritti connaturati all'esistenza⁵⁶.

Il rilievo normativo di tali situazioni è scandito dalla costituzione di Weimar ove si parla (nell'art. 151) dei "principi fondamentali della giustizia allo scopo di assicurare a tutti un'esistenza degna dell'uomo" e trova conferma in altre carte successive. Dagli artt. 3 (dignità sociale) e 36 ("esistenza libera e dignitosa") della costituzione italiana, all'art. 23.3 della dichiarazione universale dei diritti dell'uomo ("una esistenza conforme alla dignità umana") sino all'art. 34.3 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ("un' esistenza dignitosa"). Da tutto questi dati emerge "un diritto all'esistenza [...] (che) impone di andare oltre il grado zero dell'esistere [...] (e) di liberarsi da un riduzionismo biologico che ha come parametro la garanzia di un minimo vitale" " un qualcosa che eccede la nuda vita (e) si riempie di contenuti ulteriori".⁵⁷

Una costruzione difficile che si incrocia con la lotta alla povertà⁵⁸, con le difficoltà di dare un contenuto effettivo ai diritti sociali⁵⁹, con la riflessione di tutte le scienze sociali e della varie teorie sulla

⁵³ IRTI, *Occasioni novecentesche sul cammino del diritto*, Napoli, 2012, p.18.

⁵⁴ BLAIS, *Solidarietà. Storia di un'idea*, Milano 2012, *passim*.

⁵⁵ SENNET, *Insieme. Rituali, piaceri, politiche della collaborazione*, Milano, 2012, *passim*; e PERULLI, *Il dio contratto. Origine e istituzione della società contemporanea*, Torino, 2012, *passim*.

⁵⁶ MARELLA, *Il diritto all'esistenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 4, p.673 ss.

⁵⁷ RODOTÀ, *op. cit.*, pp. 232-233 e gli studi premonitori di PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, *passim*; ID., *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, *passim*.

⁵⁸ REVELLI, *Poveri noi*, Torino, 2010, *passim*.

⁵⁹ ROMAN, *Droit de pauvres, Pauvres droit ? Recherches sur la justiciabilité de droits sociaux*, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, www.droitsociaux.u-paris10.fr, novembre 2010, cit. da RODOTÀ, *op.cit.*, p. 233.

giustizia e della forma democratica in particolare⁶⁰. Situazioni soggettive che per evitare riduzionismi vanno collocate nell'ambito della cittadinanza intesa come insieme di diritti che appartengono necessariamente alla persona e che trovano fondamento nel contenuto degli artt. 3 e 36 cost.

Gli ostacoli che derivano dalle logiche di mercato non possono negare questi dati, ma assumerli, anzi, nel necessario rilievo della articolazione della cittadinanza come "punto fermo di riferimento [...] e come criterio per giudicare tutte le sue attuazioni parziali"⁶¹. Vanno in questa direzione le legislazioni esistenti sul reddito minimo garantito⁶², la risoluzione del Parlamento europeo del 10 ottobre 2010⁶³, le riflessioni teoriche e le proposte sul reddito di cittadinanza⁶⁴.

L'intreccio fra politica e diritto è qui evidentissimo e ci riguarda da vicino. Come si è osservato benissimo "i diritti diventano deboli se la politica li abbandona, ma la politica perde sé stessa se in tempi difficili non si fa politica di tutti i diritti",⁶⁵ come dimensione fondamentale nella costruzione di una

identità positiva⁶⁶ in sintonia con il proprio tempo⁶⁷ e il proprio esserci.⁶⁸

D'altra parte il diritto non svolge la sua funzione se non opera una valutazione sistemica fra istanze soggettive e interesse generale commisurato al tempo in cui viviamo⁶⁹, con uno sguardo al passato e la tensione verso il futuro⁷⁰ con criteri che spetta alla legge e ai giudici risolvere nel rispetto delle loro rispettive competenze.

Le norme di riferimento sono note. La dignità della persona contenuta nell'art. 1 carta della Carta di Nizza-Strarburgo⁷¹ come principio fondamentale e limite interno di ogni diritto e i principi costituzionali dell'ordinamento europeo imperniati sulla sussidiarietà costituzionale e l'economia sociale di mercato⁷². Due clausole generali che debbono sorreggere l'attività del legislatore e l'interpretazione dei giudici nei rispettivi ruoli non facili da fissare.

⁶⁰ RODOTÀ, *op.cit.*, p.236 e il richiamo ai *basic rights* e alle opere di Henry Shue, Jon Rawls, Thomas Pogge, Bruce Ackerman.

⁶¹ RODOTÀ, *op.cit.*, p. 242.

⁶² GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012.

⁶³ RODOTÀ, *op.cit.*, p.244.

⁶⁴ BRONZINI, *Il reddito di cittadinanza. Una proposta per l'Italia e per l'Europa*, Torino, 2011, *passim*; ID., *Il reddito minimo garantito nell'Unione europea: dalla Carta di Nizza alle politiche di attuazione*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2011, n. 130, p. 225 ss.

⁶⁵ RODOTÀ, *op. cit.*, p.211 e il richiamo a JOINET, *Question of impunity of perpetrators of human rights violations (civil and political), Final Report, Annex I, Principle 1, United Nations Documents, E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1.2* ottobre 1997. Tutto ciò esige "un cambiamento radicale basato sull'eguaglianza e la dignità, potenziato da una acquisizione antropologica che mette al centro l'autodeterminazione della persona, la costruzione di identità individuali e collettive, nuovi modi di intendere i legami sociali e le responsabilità pubbliche", sino al diritto alla verità e all'esistenza. Aspetti questi ultimi dal rilievo centrale. C'è un diritto a "conoscere la verità sui fatti passati e sulle circostanze e le ragioni che [...] hanno portato a commettere crimini aberranti", perché "l'esercizio pieno ed effettivo del diritto alla verità è essenziale per evitare che tali fatti possano ripetersi in futuro".

⁶⁶ RODOTÀ, *op.cit.*, p.211.

⁶⁷ RODOTÀ, *op. loc. ultt. citt.*

⁶⁸ NIETZSCHE, *Considerazioni inattuali*, trad.it. Montinari e Giannetta, Milano 2004, *passim*.

⁶⁹ RODOTÀ, *op. loc. ultt. citt.*

⁷⁰ BETTINI, *Sul perdono storico. Dono, identità, memoria e oblio*, in *Storia, verità, giustizia. I crimini del XX secolo*, a cura di Flores, Milano, 2004, p.38.

⁷¹ V. ora RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit. p.179 ss. e l'ampia bibliografia citata; di recente RIPEPE, *La dignità umana: il punto di vista della filosofia del diritto*, in *La tutela della dignità dell'uomo*, a cura di Ceccherini, Napoli, 2008, p. 11; ed ivi FLICK, *Dignità umana e tutela dei soggetti deboli: una riflessione problematica*, p. 39; ROLLA, *Profili costituzionali della dignità umana*, p.57; GROSSI, *La dignità nella costituzione italiana*, p. 79; SCHEFOLD, *Il rispetto della dignità umana nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, p. 115. V. anche Aa. Vv., *La carta dei diritti fondamentali*, a cura di Giannitti, in *Comm. Scialoja e Branca*, Bologna, 2013 ; mi permetto di richiamare *Carta europea e diritto dei privati*, a cura di Vettori, Padova, 2002, *passim*; ID., *Diritto dei contratti e costituzione europea*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 29 ss.; ID., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 165 ss.; ID. *Diritti e coesione sociale*, in *Riv. dir. priv.*, 2012, *passim*.

⁷² NAVARRETTA, *Diritto civile e diritto costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012,5,644 ss.; LIBERTINI, *A "highly competitive social market economy" as a founding element of the European Economic Constitution*, in *Concorrenza e mercato*, 2011, p. 498 ss.; ID., *Concorrenza e coesione sociale*, in *Persona e mercato*, 2013, p. 2 e in www.personaemercato.it.

5. Le tecniche applicative. Disapplicazione e interpretazione conforme.

La molteplicità dei soggetti che producono regole, la complessità del sistema post-moderno⁷³ e il ruolo normativo dei principi costituzionali, hanno mutato l'architettura istituzionale democratica e il rapporto fra i poteri. Tutto ciò è scandito dal passaggio dalla stato liberale di diritto allo stato costituzionale ma tutto ciò pone interrogativi forti.

Fino a che punto il peso della giurisdizione e l'invulnerabilità dei diritti si concilia con le libertà politiche della struttura democratica e con il ruolo della politica?⁷⁴ Quali sono i rischi di un costituzionalismo che si limiti a proclamare i diritti e quali i vantaggi di un ritorno ad un costituzionalismo polemico che si misuri con il potere?⁷⁵

Ciò in presenza di precise contraddizioni e minacce del presente.⁷⁶ Più che un età dei diritti molti definiscono il nostro tempo come età della "sorveglianza, del controllo, della registrazione, della valutazione, della prevenzione, della paura, del terrore"⁷⁷. Da tutto ciò nascono nuove domande: "è al tramonto l'età dei diritti o questi devono rifugiarsi in un'area dove pesano di meno rispetto alla compatibilità economiche o alla sicurezza?⁷⁸ È sufficiente un richiamo astratto alla persona "a riattivare la dinamica inceppata dei diritti dell'uomo?"⁷⁹

A ben vedere questi dubbi perdono gran parte della loro forza se si riflette su due aspetti. "Ogni tempo conosce al suo interno una propria età dei diritti"⁸⁰. "Una certa superbia della modernità ha indotto a generalizzare il suo modello sì che ogni scostamento deve essere una perdita, un collasso, un tramonto". Ma non è così.

Lo stato costituzionale è divenuto un nuovo progetto politico rafforzato dal nuovo sistema delle fonti, frantumate e potenziate da nuovi soggetti in ogni settore di attività: dalle situazioni personali ed

⁷³ GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, p. 3 ss.

⁷⁴ FIORAVANTI, *Per una storia della legge fondamentale in Italia: dallo Statuto alla Costituzione*, in *Il valore della Costituzione: L'esperienza della democrazia repubblicana*, a cura di Fioravanti, Roma-Bari, 2009, p. 32; ed ivi DOGLIANI, *I diritti fondamentali*, p. 45.

⁷⁵ LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur.comm.*, 2006, n. 2, p.1668.

⁷⁶ RODOTÀ, *op.cit.*, p. 93 ss. "Le difficoltà finanziarie riducono la dotazione dei diritti in generale o per determinate categorie di cittadini, con il rischio di una nuova cittadinanza censitaria".

⁷⁷ RODOTÀ, *op. cit.*, p. 93 ss.

⁷⁸ RODOTÀ, *op.cit.*, p. 90.

⁷⁹ ESPOSITO, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino, 2007, p. 91.

⁸⁰ RODOTÀ, *op. cit.*, pp.102-103:

esistenziali, ai rapporti economici e alla finanza. Il sistema si regge in virtù di un arco che poggia su due colonne distanti e complementari le norme e la loro applicazione,⁸¹ sicché "legislazione e giurisdizione sono in un rapporto di reciproca comunicazione e interazione". La democrazia ha sempre più bisogno dei diritti fondamentali per la sua stessa sopravvivenza perché l'attenzione ad essi "consente proprio di andare al cuore del modo in cui il potere si organizza e manifesta". La domanda non è a chi spetta l'ultima parola perché "politica, storia e diritto ci dicono che siamo sempre stati [...] di fronte a complesse operazioni". L'importante è "fuggire dalle parole vane del legislatore e contrastare la parola prepotente del giudice"⁸² con "una rinnovata alleanza fra legislazione e giurisdizione che definisca il passaggio dalla libertà dei moderni a quella dei contemporanei". Insomma intorno ai diritti è possibile la costruzione di una "identità costituzionale" che non implica chiusure, che non isola le persone, ma produce legami sociali e così non presenta i diritti come fattori di divisione".⁸³ L'immagine dei "diritti di carta" è falsa perché l'effettività deve essere misurata sulla cosa e con un diverso modo di osservare affidato in particolare all'interpretazione.

6. Dai codici alle costituzioni fra legge e giudici.

Dopo la fase di impegno per la attuazione delle norme costituzionali, l'emergere di un ordinamento sopranazionale, il riconoscimento (nell'art. 117

⁸¹ RODOTÀ, *op. cit.*, p. 58: "Nei diritti si è rifugiata l'unica democrazia possibile nel tempo della globalizzazione". Il processo in corso non può essere definito come la sopraffazione di un potere sull'altro ma "con la difficoltà della politica (e delle categorie giuridiche che l'hanno accompagnata) di trovare la misura adatta per entrare nell'età presente".

⁸² RODOTÀ, *op. cit.*, p.63 ss.: in part. p.67 ove si ricorda il ruolo delle autorità che "tentano di relativizzare, se non di rendere marginale il ruolo di legislatori e giudici" con un progressivo svuotamento anche della politica.

⁸³ RODOTÀ, *op. cit.*, p. 68. I diritti si presentano come limiti alla discrezionalità politica che non può essere esercitata in contrasto con i diritti fondamentali riconosciuti. Nello stesso tempo fondano l'azione politica dei cittadini volta a far sì che questi diritti possano ottenere rispetto e attuazione in forme differenziate, dalla sentenza del giudice, alla dichiarazione di incostituzionalità, all'azione di gruppi. Ci sono luoghi in cui questa esigenza si sta manifestando. Da alcune nuove costituzioni in America latina, alle carte regionali dei diritti, all'attività della Corte costituzionale e delle corti internazionali, l'emersione di nuovi soggetti collettivi. Il movimento ha un nome: costituzionalismo dei bisogni.



cost.) dell'ordinamento interno compatibile con quello dell'Unione, si sta delineando un "quadro sistematico generale [...] attraverso il dialogo fra corti nazionali. Europee ed internazionali, con alcuni caratteri. La ricerca di una "diversità sostenibile", la tendenza della cedu ad esprimere principi generali capaci di incidere sui vari diritti, un nuovo dialogo che tende ad una visione sistemica⁸⁴ considerando "l'ordinamento nel suo complesso, quale frutto della sinergia fra norme (interne e sopranazionali) e corti (interne e sopranazionali)"⁸⁵. Ciò in attuazione di una "giustizia del caso concreto" alla base dello stesso riconoscimento dei diritti fondamentali⁸⁶.

Due aspetti colpiscono in questa ricostruzione. Torna la tensione verso un sistema da costruire nel dialogo fra norme e giudici e si afferma la centralità del caso (del problema) su cui solo è possibile trarre elementi di risposta e di indirizzo generale. Il che evoca ancora l'importanza dell'interpretazione e delle tecniche applicative e dei rimedi. Vorrei dire qualcosa su entrambi i temi.

a) L'interpretazione conforme si è consolidata (almeno sino all'adesione della Unione europea alla cedu) come lo strumento più adeguato per la costruzione di un sistema integrato e due sentenze recenti

⁸⁴ LUPU, *op. cit.*, p. 17-18, ricorda il ruolo trainante della nostra Corte di cassazione e indica due casi emblematici: a) l'ordinanza delle sez. un. n. 41694 del 18 ottobre 2012 (caso Nicosia), in *Cass. pen.*, 2013, p. 1793 sulla questione di legittimità dell'art. 315 comma 3 c.p.p. (sulla mancanza di udienza pubblica nell'ambito di un procedimento di riparazione per ingiusta detenzione), sulla base della decisione Corte eur. dir. uomo, 10 aprile 2012, n. 32075/09, caso *Lorenzetti v. Italia*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 3132, con nota di LO GIUDICE; b) l'ordinanza del 19 aprile 2012, n. 34472, in *Cass. pen.*, 2012, p. 369, con nota di MUSIO e GAMBARDELLA sulla possibilità per il giudice dell'esecuzione penale, in attuazione dei principi emersi dalla Corte eur. dir. uomo con la sentenza 17 settembre 2009 (in *Cass. pen.*, 2010, p. 832, con nota di ICHINO) di sostituire la pena dell'ergastolo con una pena minore modificando il giudicato con l'applicazione, nella successione di leggi, di quella più favorevole. La Corte in tal caso reputa impossibile un'interpretazione della normativa interna in senso conforme all'art. 7 cedu e solleva la questione di costituzionalità investendo la Corte costituzionale come organo centrale nella realizzazione di un sistema stratificato di tutele.

⁸⁵ CASSESE, *Il Mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, 2008, p. 35; BRONZINI, *La tutela dei diritti fondamentali e la loro effettività: il ruolo della Carta di Nizza*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, n. 1, p. 53; RUGGERI, *Rapporti fra Corti costituzionali e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e controlli mobili a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁸⁶ LUPU, *op. cit.*, p. 22; e RUGGERI, *op. loc. ultt. citt.*

sono precedenti importanti⁸⁷. La prima della Corte di giustizia (*Maribel Dominguez*) ha ribadito, nell'applicazione dell'art. 7 della direttiva 2003/88/Ce sul diritto alle ferie, il percorso da compiere per l'interprete, prima, con i criteri interpretativi, per assicurare la piena efficacia della Direttiva, poi con la verifica del possibile effetto diretto della norma comunitaria e in caso affermativo con la disapplicazione della norma interna difforme. La seconda sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (*Costa e Pavan c. Italia*) nel condannare l'Italia per non aver riconosciuto il diritto ad una selezione nel reimpianto degli embrioni, ha consentito al giudice nazionale un'interpretazione adeguata della norma interna nella lettura offerta anche dalla Corte costituzionale⁸⁸.

b) La disapplicazione della norma interna è stata oggetto di un preciso intervento della Corte di giustizia⁸⁹ la quale ha ribadito l'importanza e il ruolo del giudice nazionale anche per quanto attiene all'attuazione dei diritti della carta di Nizza-Strasburgo. Si è disposto che "nel conflitto tra disposizioni del proprio diritto interno e diritti garantiti dalla Carta [...]" il giudice nazionale [...] ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale". Ciò perchè sarebbe "incompatibile con le esigenze inerenti alla natura stessa del diritto dell'Unione qualsiasi disposizione [...] o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria" che riduca il potere di disapplicare le disposizioni legislative nazionali che siano d'ostacolo alla piena efficacia del diritto comunitario. Si reputa così contraria al diritto dell'Unione una prassi giudiziaria che subordini tale potere "alla condizione che il contrasto risulti chiaramente dal tenore della norma o della relativa giurisprudenza, dal momento che tale mediazione priva il giudice nazionale del potere di valutare pienamente, se del caso con la collabora-

⁸⁷ Corte giust., 24 gennaio 2012, C-282/10, caso *Maribel Dominguez*, in curia.europa.eu, su cui il commento di LUPU, *op. cit.*, p. 23 e di PICCONI, *L'interpretazione conforme nell'ordinamento integrato*, in *Il diritto europeo nel dialogo fra le Corti*, Milano, 2013, *passim*; Corte eur. dir. uomo, 28 agosto 2012, n. 54270/10, *Costa e Pavan v. Italia*, in *foro it.*, 2012, IV, c. 474, su cui LUPU, *op. cit.*, pp. 24-25 e FALLETTI, *La diagnosi genetica reimpianto: una ricostruzione di dottrina e di giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 234.

⁸⁸ LUPU, *op. cit.*, p. 24-26.

⁸⁹ Corte giust., 26 febbraio 2013, C-617/10, in curia.europa.eu

zione della Corte, la compatibilità di tale disposizione con la Carta europea”.

E' evidente come tale sentenza valorizzi la funzione del giudice nazionale nell'applicazione dei diritti fondamentali. Si esclude qualsiasi riferimento alla chiarezza del testo o della prassi giurisprudenziale esistente e si valorizza la iniziativa del giudice con il solo ausilio, se necessario, dell'interpretazione pregiudiziale della Corte. Una precisazione su cui dovremo riflettere.

c) Sul diritto ad un rimedio efficiente previsto dall'art. 47 carta di Nizza e dall'art. 13 cedua la Corte di giustizia ha preso posizione sul tema delicatissimo sulle conseguenze contrattuali del mancato rispetto da parte di intermediari finanziari dell'obbligo di valutare l'adeguatezza e del servizio da fornire⁹⁰. In assenza di indicazioni da parte della direttiva la Corte ha precisato che spetta all'ordinamento interno “disciplinare le conseguenze contrattuali della violazione di tali obblighi, fermo restando il rispetto dei principi di equivalenza e di effettività già precisati da precedenti significativi”.

I rimedi pertanto non devono essere “meno favorevoli di quelli che riguardano reclami analoghi di natura interna né essere congegnati in modo tale da rendere praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione”⁹¹. Sicché il giudice nazionale deve verificare se “il diritto nazionale renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione”⁹² (effettività), ed accertare le modalità di proporzione e procedurali del rimedio volta a “garantire nel diritto interno, la tutela dei diritti derivanti ai singoli dal diritto dell'Unione, esaminando “tanto l'oggetto quanto gli elementi essenziali di analoghi ricorsi di natura interna (proporzionalità)”⁹³.

Il richiamo alle tecniche interpretative sollecita in questo momento alcune considerazioni essenziali. L'oggettività del risultato esegetico non può che essere misurata sull'essere delle scienze umane che

⁹⁰ Corte giust., 30 maggio 2013, C-604/11, *Genil 48 SL v. Bankinter e Banco di Bilbao*, in *curia.europa.eu*

⁹¹ Corte giust., grande sez., 19 luglio 2012, C.591/10, *Littlewoods v. Her Majesty's Commissioners*, in *curia.europa.eu*, punti 27, 28, 31 ove si cita ulteriore giurisprudenza.

⁹² Corte giust., grande sez., 19 luglio 2012, cit., punto 28 e il richiamo alle sentenze 7 gennaio 2004, C-201/02, *Wells*, 19 settembre 2006, C-392/04 e C-422/04, in *curia.europa.eu* punto 57.

⁹³ Corte giust., grande sez., 19 luglio 2012, cit. punto 31 e il richiamo a la sentenza 29 ottobre 2009, C-63/08, in *curia.europa.eu*.

non è quello delle scienze della natura. Il civilista ha il limite del testo a cui deve garantire effettività in un sistema articolato di fonti, ma le categorie della complessità esigono solide costruzioni tagliate e misurate sulla cosa⁹⁴. Ed è facile capire perché.

7. Un diverso modo di osservare.

L'unica conclusione possibile è questa. Il nostro tempo è un grande laboratorio entro cui si sperimenta la possibilità di una nuova età dei diritti che necessita di un differente modo di osservazione dei fatti. Provo a spiegare come. Con una metafora.

In una bella mostra fiorentina sulla primavera del Rinascimento si è messo “in luce le origini di ciò che ancora oggi viene definito il miracolo avvenuto a Firenze nei primi anni del 1400”. L'avvio di un'epoca nuova sboccia nel 1401 con il concorso per la seconda porta del Battistero che coinvolge Ghiberti, Brunelleschi, Donatello ed altri. “I temi e la forza dell'antichità classica vennero assorbiti e trasformati attraverso la scultura in un linguaggio nuovo che detta voce non solo al fermento creativo cittadino, ma ai suoi umori spirituali, intellettuali e politici”⁹⁵.

Ebbene all'interno della mostra c'era un percorso che aiutava a comprendere quelle opere attraverso un differente modo di osservare, appunto. Dove l'immagine non era data (proclamata si potrebbe dire) ma era, piuttosto, l'esito di una esplorazione tattile⁹⁶.

In una sala dove vi erano copie di opere celebri c'era un cartello con su scritto: si prega di toccare!

Si invitava a sfiorare il gesso, il legno o il bronzo nei dettagli, ad occhi chiusi, passando la mano sui contorni per farsi un'idea della superficie. Si raccomandava di ricostruire l'immagine mentale per poi confrontarsi, riaperti gli occhi, con l'opera reale.

L'idea è che toccare aiuta a capire ciò che si è visto. Non solo.

In ogni sala c'era, all'ingresso, una formella del materiale usato per la scultura esposta. Si chiedeva di metterci le mani guardando le opere, perché il senso tattile aiuta a percepire in pieno la peculiarità e la grandezza della scultura che si ammira.

⁹⁴ BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, in corso di pubblicazione su questa rivista.

⁹⁵ SMAGHI, *Introduzione*, in *La Primavera del Rinascimento. La scultura e le arti a Firenze 1400-1460*, a cura di Paolozzi Strozzi e Bormand, Fondazione Palazzo Strozzi, Firenze, 2013, *passim*.

⁹⁶ Aa. Vv., *A contatto col passato, Riflessioni sul senso del tatto*, a cura di Bradburne, Fondazione Palazzo Strozzi, Firenze, 2013, *passim*.



L'idea mi è sembrata eccellente e mi ha suggerito un parallelo sulla percezione del contenuto dei diritti oggi. Un parallelo non futile, credo, perché la bellezza ha un canone comune alla giustizia. Il bello e il giusto indicano assieme la misura, l'equilibrio, la proporzione.

Ebbene osservare per comprendere i diritti della persona comporta la necessità di esplorare la loro carnalità, di toccare la loro essenza materiale, di percepire gli interessi e i bisogni che li fondano.

Solo attraverso questa piena esperienza di contatto con il caso concreto, si conoscono a fondo le situazioni esistenziali e si è pronti a identificare la loro rilevanza giuridica, che deve dar voce, come si dice, a diritti di carne e non di carta. Sicché l'osservazione anche tattile dell'interprete, nel senso che dicevo, esprime ciò di cui, oggi, abbiamo tutti bisogno nel riconoscere e garantire con pienezza i diritti di cittadinanza.