

MAURIZIO FIORAVANTI

LA CORTE E LA COSTRUZIONE DELLA DEMOCRAZIA COSTITUZIONALE

Per i sessant'anni della Corte costituzionale

Roma, Palazzo della Consulta, 28 aprile 2016

La Corte e la costruzione della democrazia costituzionale

SOMMARIO: 1. *Premessa. Quale democrazia?* 2. *Dalla democrazia legislativa alla democrazia costituzionale: il significato della trasformazione costituzionale.* 3. *Le tre finalità fondamentali della Costituzione.* 3.1. *Riconoscere e governare il conflitto sociale. Realizzare i principi generali di giustizia.* 3.2. *Anteporre la persona allo Stato. Riconoscere la dimensione della inviolabilità.* 3.2.1. *I “principi supremi”. Il limite “assoluto”.* 3.2.2. *La tendenza universalista. La cittadinanza societaria.* 3.2.3. *Il costituzionalismo della persona. I diritti nella sfera della coscienza. Il diritto a condurre una vita libera e dignitosa.* 3.3. *Limitare ed equilibrare i poteri.* 4. *Il ruolo della Corte nel perseguimento delle tre finalità fondamentali della Costituzione. Bilancio dei sessant’anni.*

1. *Premessa. Quale democrazia?*

Le note che seguono sono dedicate ad illustrare il contributo recato dalla Corte alla costruzione della democrazia costituzionale in Italia. È a tutti noto il diffondersi, più o meno recente, di una distinzione che risulta essere basilare per la comprensione degli assetti costituzionali del nostro presente. Si tratta della distinzione tra due “tipi storici” di democrazia: la *democrazia legislativa*, e la *democrazia costituzionale*, cui facciamo riferimento in questo contributo. È parimenti noto come il nostro tempo storico sia caratterizzato da un vasto e profondo processo di *trasformazione costituzionale* che si è aperto nel corso della seconda metà del secolo scorso. Quella trasformazione si è prodotta per l’appunto lungo una linea che muove dalla “democrazia legislativa”, fondata sul carattere dominante della legge, e del legislatore medesimo, per dirigersi progressivamente verso l’altro “tipo” di democrazia, ovvero verso la “democrazia costituzionale”, caratterizzata da un altro primato, che è in sintesi quello della Costituzione. Se poi si volesse guardare più in profondità ai luoghi e ai tempi di quel processo di trasformazione costituzionale, ci accorgeremmo

che esso non si svolge per la sua parte più rilevante, e tanto meno si completa, in seno alle Assemblee Costituenti del Novecento, come la nostra del 1947.

L'affermazione non deve sorprendere. Infatti, come subito vedremo, i nostri Costituenti, per tanti versi decisi, e anche brillanti, innovatori, su questo piano sono mediamente, e soprattutto ancora in profondità, debitori della grande cultura giuridica dominante in Europa nell'età d'oro degli Stati nazionali, tra Otto e Novecento, che era la cultura del primato della legge, della irrinunciabilità del valore primario della certezza del diritto, in quanto certezza data in primo luogo dalla intangibilità della presunzione assoluta di validità a favore della legge positivamente emanata. Certamente, quegli stessi Costituenti si proponevano per altro verso di assicurare il primato della Costituzione, che era in un certo senso obbligato in quel tempo, in cui si era alla ricerca, anche intensa ed affannosa, di una legalità "superiore", che ci garantisse in modo più stringente, se del caso anche contro i legislatori degli Stati sovrani, che avevano prodotto nella prima metà del secolo la violenza e gli stermini a tutti noti. E tuttavia ciò che appare subito evidente nella discussione dei Costituenti è che questa nuova legalità è destinata fin dalla sua origine a confrontarsi con la permanente forza della tradizione della legge come atto sovrano, espressivo del principio di unità politica, e perciò dotato di quei caratteri di obbligatorietà, imperatività, esecutorietà, che in linea generale tendono a inibire – e di fatto inibiranno – il formarsi di un sindacato dei contenuti della legge medesima. Ed in effetti, dai dibattiti in seno alla Costituente emerge costantemente la presenza, e la permanente forza, di quella tradizione che la più recente letteratura contrassegna come "legicentrica", con un significato molto vicino a quello che anche noi stiamo esplorando.

Si deve quindi provvisoriamente concludere nel senso che il processo di trasformazione che ci condurrà – e che a nostro avviso ancora ci sta conducendo – verso il nuovo assetto della "democrazia costituzionale" inizia dopo la Costituente, nelle pieghe del processo di attuazione della Costituzione, e in particolare attraverso la nuova e decisiva presenza istituzionale della Corte, a partire dalla sua celeberrima [sentenza n. 1 del 1956](#). È in questo nuovo contesto istituzionale che si apre il processo di trasformazione che a noi interessa, e che si svilupperà nel corso degli anni successivi, portando sempre più in primo piano la giurisdizione, non solo quella della Corte, ma anche quella dei giudici ordinari. È questa la vicenda che noi narreremo.

2. Dalla democrazia legislativa alla democrazia costituzionale: il significato della trasformazione costituzionale.

E finalmente domandiamoci ora: che cosa è la "democrazia legislativa"? Rispondiamo in modo assolutamente sintetico. È quel "tipo" di democrazia che si

realizza essenzialmente attraverso l'esercizio di un diritto fondamentale: il diritto di concorrere alla formazione della legge, "personalmente o tramite i propri rappresentanti", come recita l'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789, che può essere qui assunta come il testo-base della democrazia legislativa. La proposizione che apre quel medesimo articolo, e che dunque precede il breve inciso sopra riportato è tra le più celebri della storia delle costituzioni. Suona così: «La Legge è l'espressione della volontà generale». Ciò che equivaleva ad affermare in modo solenne che la legge, per il solo fatto puro e semplice di esistere, di essere stata deliberata e messa in vigore, è in sé giusta, perché espressiva della volontà generale. Ed è ben noto come un simile modo d'intendere la legge, attribuendo ad essa un *quid pluris* di legittimazione così forte, abbia a lungo ostacolato l'affermazione del controllo di costituzionalità, in particolare proprio in Francia.

Nella fase storica successiva al tempo della Rivoluzione, ovvero nel corso del diciannovesimo secolo, nell'età dei Codici, degli Stati nazionali, delle Carte costituzionali liberali e parlamentari, si rafforzerà ancora di più il concetto di fondo che era sottostante all'art. 6 della Dichiarazione dell'89. Si radicherà cioè ancora di più nel profondo della tradizione costituzionale e statale europea il concetto-base della legge che si vuole presumere valida semplicemente in quanto deliberata, positivamente vigente. Per il Maestro delle nostre discipline, fondatore della scienza del diritto pubblico in Italia, Vittorio Emanuele Orlando, l'introduzione del controllo di costituzionalità nel nostro ordinamento avrebbe generato una pericolosa "scusa" legittimante la "disobbedienza alla legge". Che era come dire: se tocchiamo la presunzione di validità a favore della legge positiva vigente, se cioè non consideriamo più la vigenza come dimostrazione automatica di validità, e iniziamo a pensare che possano esistere leggi positive vigenti invalide perché non conformi ad un parametro di ordine "superiore", come la Costituzione, allora finiremo per distruggere il bene più grande che abbiamo, che è senza dubbio la *certezza del diritto*, qui intesa come la certezza di un'applicazione della legge pronta, sicura e uniforme.

Si diceva sopra della perdurante forza di questa tradizione cosiddetta "legicentrica", ancora nel cuore del Novecento, ed anche in seno alle Assemblee Costituenti, compresa la nostra del 1947. Una serie di rilevanti ricerche condotte su questo piano, che è poi quello della cultura giuridica, ha dimostrato come e quanto sia stato difficoltoso introdurre nel nostro ordinamento il concetto stesso della supremazia della Costituzione, posta a tutela e garanzia dei diritti. Si dirà: non vi furono dubbi sulla necessità di collocare al vertice dell'ordinamento la Costituzione, in posizione di supremazia, e sulla conseguente introduzione del controllo di costituzionalità, ma il punto è che nel pensare e progettare quella supremazia, e poi in concreto i modi di accesso e di funzionamento di quel controllo, si pensò e si operò assai spesso con uno sguardo che era ancora rivolto alla tradizione dello Stato

legislativo di diritto, a quel particolare modo d'intendere la certezza del diritto che abbiamo poco sopra ritrovato in una pagina di Orlando.

In particolare, se alla fine emerse a proposito del controllo la modalità della Corte che lo esercita in modo accentrato, fu senza dubbio per contrastare, e poi definitivamente mettere da parte, l'alternativa del sindacato cosiddetto diffuso, nel quale si coglieva soprattutto l'insorgere di un pericolo mortale: quello della compromissione della "forza di legge", che sempre più si sarebbe indebolita presso i singoli giudici, attraverso la disapplicazione della legge medesima, in nome della Costituzione certamente, ma seguendo percorsi fatalmente plurimi e frammentati, perché inesorabilmente legati alla logica dei singoli casi. Da qui, la necessità di un sindacato accentrato, che ovviamente leggesse anch'esso la Costituzione sul lato della garanzia dei diritti, e della giurisdizione delle libertà, ma senza dimenticare il lato oggettivo, che aveva a che fare con il valore primario della coerenza dell'ordinamento. La differenza è ben chiara. Mentre dal controllo diffuso può nascere solo una giurisprudenza delle libertà, dal controllo accentrato nasce una giurisprudenza entro cui si raffigura l'ordinamento intero, comprensivo delle libertà, ma che non si esaurisce in esse. E in quell'ordinamento continua a giocare un ruolo rilevante il legislatore. Al potere legislativo infatti continuano a pensare i Costituenti come potere per eccellenza, necessario per concretizzare le grandi norme di principio della Costituzione, che spesso anzi sono concepite non come autentiche norme giuridiche, come tali dotate di tutti i caratteri necessari per proporsi nella disciplina dei casi concreti, ma come direttive rivolte al legislatore, che solo grazie alla tradizionale "forza di legge", conquistata sul campo con la Rivoluzione dell'89, e storicamente contenuta nella legge medesima, compie il "miracolo" di trasformare quelle generalissime dichiarazioni di principio in autentiche norme giuridiche, attraverso la legislazione di attuazione.

E tuttavia, per quanto fossero i Costituenti legati alla tradizionale cultura del primato del legislatore, in effetti la transizione verso la democrazia costituzionale era nelle cose già in atto. Un soggetto ne era protagonista: la *Repubblica*, che si vedeva affidati dalla nuova Costituzione democratica *tre compiti essenziali*, che non sarebbero stati neppure pensabili nel quadro della precedente forma di Stato e nei confini tradizionali della democrazia legislativa. In effetti, perseguire quelle tre finalità, adempiere a quei tre compiti, significava comunque incamminarsi verso il nuovo "tipo" di democrazia, verso la democrazia costituzionale. E in effetti il cammino iniziò subito dopo l'entrata in vigore della Costituzione, nel fuoco della contesa per la sua attuazione.

Ma quali sono i tre compiti fondamentali della Repubblica? Il *primo compito* si riconduce ad una finalità che è quella di riconoscere in Costituzione l'esistenza di una società piena di conflitti, e carica di diseguaglianze, che può e deve essere governata con lo scopo di conformarla a quei principi generali di giustizia, che le Costituzioni

democratiche del Novecento enunciano con grande chiarezza, e che si riassumono nel diritto di ognuno di sviluppare la propria personalità, di costruire una condizione di vita libera e dignitosa; il *secondo compito* è quello d'individuare, e proteggere, lo strato della esistenza che può e deve essere considerato *inviolabile*, ovvero indisponibile da parte di tutti coloro che esercitino del potere, di carattere pubblico, ma anche privato, e dunque idoneo per collocarvi, in quello strato, e in posizione di anteriorità rispetto alla norma positiva statale, la *persona*, con il suo bagaglio di diritti, civili e politici, ma anche sociali, perché collegati all'accesso ai beni essenziali della vita, come l'istruzione, la salute, il lavoro; infine, il *terzo compito* è quello di costruire un sistema di poteri limitati e tra loro posti in condizione di equilibrio, in particolare tra i *poteri d'indirizzo*, che risultano dalla ordinaria competizione per la determinazione dell'indirizzo politico di maggioranza e i *poteri di garanzia*, che nel loro nucleo fondamentale sono dati dalla *iurisdictio*, ovvero dal potere di "dire" il diritto, di fissare cioè limiti positivi allo svilupparsi dell'indirizzo politico, che potrà così avere uno spazio suo proprio, entro cui manifestarsi discrezionalmente e in libertà, ma non tutto lo spazio, non l'intero spazio della Costituzione.

3. *Le tre finalità fondamentali della Costituzione.*

Percorrere le tre piste che sopra abbiamo indicato significava attuare la Costituzione, ma nello stesso tempo significava anche mutare il quadro democratico, il "tipo" di democrazia, rispetto a quanto avevano voluto e immaginato i Costituenti. Quest'ultimi conservavano infatti una certa concezione della centralità del potere legislativo, che voleva che questo potere dovesse essere protagonista anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, mediante grandi leggi organiche di riforma, in attuazione delle norme di principio della Costituzione. E in effetti in parte le cose andarono anche in questa direzione. È per esempio in questo quadro generale di riferimento che deve essere storicamente valutata la grande legislazione sociale degli anni Settanta, sulla famiglia, sulla scuola, sulla salute, e in genere sui diritti sociali, visti nella loro connessione con la nuova concezione del principio di uguaglianza posta alla base del secondo comma dell'art. 3 della Costituzione. Ma questo non è tutto, non copre l'intero spazio dei decenni successivi all'entrata in vigore della Costituzione. Nel caso della seconda e della terza delle nostre tre piste si trattava non più di tornare a valorizzare il legislatore, ma di scoprire – quasi all'inverso, si potrebbe dire – due ulteriori caratteri della democrazia che stava nascendo che poco si conciliavano con il tradizionale primato del legislatore. Il primo, che si riassumeva nel concetto d'inviolabilità, faceva sentire forte l'esigenza di un limite che potremmo definire "assoluto", che si collocava ben al di là della ordinaria pratica della riserva di legge; il secondo, che si riassumeva nel concetto di equilibrio, faceva sentire forte l'esigenza di avere poteri tutti limitati, contro la tradizione della *suprema potestas*, che poi in concreto era quella del legislativo, che era il potere che più impersonava il principio di sovranità.

3.1. *Riconoscere e governare il conflitto sociale. Realizzare i principi generali di giustizia.*

Il primo carattere della nostra Costituzione, come di ogni altra Carta appartenente alla famiglia delle Costituzioni democratiche del Novecento, è senz'altro quello del riconoscimento, all'interno della stessa Carta, della esistenza del conflitto sociale, e della conseguente necessità di governare la società medesima, al fine di moderare quel conflitto, e dunque di evitare che da esso derivino miseria e disordine, ingiustizia sociale e diseguaglianze radicali. Si potrebbe dire che con il Novecento la società reale, con il suo carico di tensioni e di contraddizioni, entra in Costituzione. Nella nostra Costituzione il segno più evidente è quello tracciato nella scrittura del secondo comma dell'art. 3, che muove dalla percezione della esistenza di "ostacoli" di vario genere che nel loro complesso impediscono, non solo la realizzazione della personalità, e dei progetti di vita, dei singoli consociati, ma anche il consolidarsi di una cittadinanza consapevole, politicamente attiva, e dunque partecipe delle vicende della Repubblica.

Come sopra si diceva, l'attuazione di questo lato della Costituzione sarà affidata in primo luogo all'opera del legislatore, che effettivamente opererà in linea con questo primo compito della Repubblica, varando nel corso degli anni Settanta numerose leggi di riforma, che certamente si ispiravano ai principi costituzionali, e in primo luogo al nuovo principio di uguaglianza, così come enunciato nel già menzionato secondo comma dell'art. 3. Ma in questo ambito è stata certamente importante anche la Corte. Ricordiamo qui in primo luogo la [sentenza n. 290 del 1974](#). La sentenza dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 503 del codice penale nella parte in cui puniva lo sciopero politico, intendendo come tale ogni azione di sciopero, che non fosse ordinata a fini economici, e più precisamente ancora a fini contrattuali. In altre parole, l'articolo in questione considerava penalmente rilevante l'azione dello sciopero per il fatto stesso di prodursi su un terreno che non fosse in modo chiaro e netto di carattere economico-contrattuale. Insomma, chi non scioperava per il contratto o per il salario automaticamente era considerato un sovversivo, che scioperava per ribaltare i poteri costituiti.

L'aspetto più interessante della sentenza sta nel continuo richiamo, che essa più volte opera, proprio al secondo comma dell'art. 3 Cost., nel senso che lo sciopero politico trova ora, in quel riferimento normativo, il proprio spazio e il proprio significato, come espressione della partecipazione dei lavoratori alle vicende complessive del Paese. Ad una stagione che a metà degli anni Settanta è ancora una stagione di riforme e di partecipazione la Corte offre uno strumento prezioso, che consente di distinguere dallo sciopero eversivo, diretto contro le istituzioni della

Repubblica, un'altra forma di sciopero politico, che è invece addirittura istituzione e strumento della democrazia partecipata.

Non è dunque difficile reperire, all'interno della giurisprudenza della Corte, l'immagine di una società che si sviluppa in diverse direzioni ed articolazioni, con riferimento diretto alle organizzazioni sindacali e del lavoro, ma anche al volontariato, a sua volta decisivo strumento di acquisizione, di promozione, e di tutela, di essenziali «beni comuni quali la ricerca scientifica, la promozione artistica e culturale, la sanità» ([sentenza n. 75 del 1992](#)). Nel caso in questione, la Corte afferma con particolare vigore l'appartenenza dell'azione del volontariato al «principio di solidarietà sociale» che non a caso è la seconda faccia dell'art. 2 della Costituzione, accanto ai diritti inviolabili, e dunque la legittimità di una legge nazionale in materia, che assicuri l'effettiva tutela, e realizzazione, di quei massimi principi costituzionali tramite il volontariato. Tutto ciò contro quelle Province – la questione era stata posta dalle Province autonome di Trento e di Bolzano – che in una simile legge vedevano l'invasione dello Stato in una materia che esse giudicavano di competenza propria, di fatto in questo modo sottraendo valore allo stesso volontariato, da realtà espressiva del principio di solidarietà, ovvero di uno dei massimi principi costituzionali, a mera “materia”, da attribuire sulla base di semplici regole sulla competenza.

La Corte contribuisce quindi in modo assai rilevante a dare primario rilievo giuridico a queste realtà collettive, che operano ben al di là dei “tradizionali schemi di beneficenza e assistenza”, e che nello stesso tempo superano la dimensione dei semplici “doveri e obblighi normativamente imposti”, per collocarsi piuttosto sul piano della ricerca di una doppia finalità, enunciata proprio nel secondo comma dell'art. 3: sul piano collettivo, la costruzione di una cittadinanza attiva e consapevole, e sul piano individuale lo sviluppo pieno della personalità di tutti i consociati. Si misura qui la capacità reale della nuova Costituzione democratica di rappresentare «il superamento del limite atomistico della libertà individuale», in nome di un principio di solidarietà che così inteso è sicuramente da collocare, grazie al disegno contenuto nella Costituzione democratica, «tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico», accanto ai diritti inviolabili dell'uomo, entro la complessa tessitura dell'art. 2 della Costituzione ([sentenze n. 75 del 1992](#) e [n. 500 del 1993](#)). È questa qualità del volontariato, dell'essere cioè esso diretta espressione dei massimi principi costituzionali, che sta alla base di una giurisprudenza costante della Corte che risolve a suo favore bilanciamenti che vedono coinvolti altri principi, pur rilevanti, come quello della autonomia delle Fondazioni di origine bancaria, per le quali la stessa legge prevedeva un prelievo obbligato a favore del volontariato medesimo ([sentenza n. 500 del 1993](#)).

È dunque questa la prima grande novità contenuta in una Costituzione democratica del Novecento, come la nostra del 1948. Finalmente la Costituzione ci parla della società, del lavoro, delle organizzazioni dei lavoratori, delle libere

associazioni dei cittadini, del loro impegno nel volontariato. Ne parla in concreto perché la sua lettera è viva grazie alla Corte, che valorizza il dettato costituzionale, calandolo nella realtà, che ora è realtà viva, ricca di formazioni sociali che operano nel concreto della società. È ormai lontana, indietro nel tempo, la società immaginata secondo i dogmi giusnaturalistici, fatta solo d'individui astrattamente intesi, riuniti nella comune esistenza politica nella sola forma della autorità della legge, della sovranità dello Stato.

3.2. Anteporre la persona allo Stato. Riconoscere la dimensione della inviolabilità.

Il secondo compito della Repubblica è forse quello a più ampio raggio. Lo si ritrova infatti in tutte quelle situazioni in cui la Repubblica è impegnata a costruire la persona come nuova soggettività giuridica, che come tale supera e mette da parte il precedente soggetto di diritto, ricostruito nel corso dell'età liberale nei termini di un soggetto astratto, ricalcato sul modello del titolare del diritto di proprietà. La "persona" di cui si parla ora, in pieno Novecento, è al contrario un soggetto socialmente denso e connotato, perché colto nel momento in cui esprime concreti bisogni, o cerca di accedere a beni come l'istruzione, o il lavoro, o l'assistenza, che sono dotati di un insopprimibile contenuto economico.

Studiare e analizzare questi "modelli" non significa solo allargare il nostro quadro di riferimento, dai diritti naturali e civili ai diritti sociali, questi ultimi in tutta evidenza collegati al secondo comma dell'art. 3 Cost., e dunque al progetto di una cittadinanza attiva e consapevole, composta non di semplici individui, ma di persone, che come tali esprimono singoli bisogni determinati, e nello stesso tempo perseguono l'ideale della realizzazione della propria personalità. In questo passaggio storico, dai diritti dell'individuo in senso astratto ai diritti della persona inserita nella realtà concreta delle relazioni tra i consociati, è contenuto infatti un ulteriore salto, che comporta la demolizione della vecchia tipologia dei diritti, esclusivamente basata sulla norma statale, quasi miracolosamente capace di esprimere, accanto al momento della sovranità, l'aspetto del limite, che è poi quello su cui si fondava la garanzia dei diritti nella epoca d'oro degli Stati nazionali sovrani, tra Otto e Novecento.

Ed è questo "salto", questa discontinuità tra i diritti pubblici soggettivi della precedente epoca e i diritti fondamentali della nuova epoca costituzionale, ciò che in effetti si produce a partire dalla metà degli anni Cinquanta, anche con il contributo decisivo della Corte. Non ci riferiamo tanto all'opera di eliminazione dall'ordinamento delle norme che in modo massiccio vi erano entrate nel corso del ventennio fascista. Un lavoro certo di grande rilievo, che inizia subito con la prima sentenza del 1956, con riferimento a più disposizioni contenute nel testo unico delle leggi di pubblica sicurezza del 1931. Di lì parte sicuramente una linea che per tappe successive provvede a smantellare e dismettere l'eredità marcatamente autoritaria

condensata nella legislazione degli anni Trenta. E lungo quella linea la Corte, con la sua opera, concorre in modo decisivo alla costruzione del nuovo sistema delle libertà, che caratterizzerà a sua volta in profondità la Repubblica. Dobbiamo qui limitarci, a questo proposito, alla semplice menzione di alcuni dispositivi normativi dati dal precedente regime, e sui quali la Corte sarà chiamata a intervenire: dalla carcerazione preventiva senza limiti di durata, alle misure di prevenzione, implicanti limitazioni gravi alla libertà dei soggetti, dalla punizione del solo adulterio femminile, fino alle diverse tipologie del segreto, istruttorio, d'ufficio, di Stato, o politico-militare.

Ebbene, tutto questo è rappresentabile certamente come la genesi di un nuovo sistema di diritto pubblico, fondato su valori e principi nuovi, che sono quelli della Repubblica appena nata. Non siamo però ancora arrivati al punto di svolta. Quella della Corte è infatti un'opera di disboscamento della legislazione marcata in senso autoritario degli anni Trenta. Contro quelle leggi, e quei decreti, si fanno valere le nuove libertà fondamentali: di corrispondenza con la garanzia della riservatezza, di riunione e di associazione, di manifestazione del pensiero. È un passaggio storicamente necessario, che però non esprime da solo la trasformazione che si sta realizzando. Il passo ulteriore atterrà alla qualità della democrazia, avrà cioè il significato della creazione di un nuovo "tipo storico" di democrazia, che abbiamo convenuto di chiamare "democrazia costituzionale". È proprio qui, a questa altezza della trasformazione, che prende corpo con particolare evidenza il contributo della giurisdizione, quella ordinaria, e ovviamente quella costituzionale, con in particolare la Corte medesima.

3.2.1. *I "principi supremi". Il limite "assoluto".*

A questo proposito, la parola-chiave diviene "inviolabilità". È il secondo carattere della democrazia costituzionale. Lo esprime con chiarezza una nota sentenza della Corte, la [n. 1146 del 1988](#), dove leggiamo: «La Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana». Non è ora il caso di tentare in questa sede un'analisi del concetto di "principio supremo", se non per sottolineare come qui si sia di fronte ad un'esigenza intrinseca al modo di conformazione delle Costituzioni democratiche del Novecento, che sono sistematicamente riannodate ad alcuni principi basilari, mancando i quali la Costituzione stessa perde il suo profilo distinto, la sua identità.

Del resto, in altre precedenti sentenze (sentenze [n. 183 del 1973](#) e [n. 170 del 1984](#)) la Corte medesima era più volte risalita verso lo strato dei principi supremi, con la connessa dimensione della inviolabilità. Aveva ad esempio già espresso la necessità di assoggettare al suo sindacato la legge di esecuzione del Trattato CEE ogni volta che si fosse ravvisata per quella via la possibilità di un'inaccettabile violazione dei "principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana". Nel sancire cioè la necessità di criteri applicativi uniformi del regolamento comunitario per tutta l'area della Comunità europea, che valgano per il giudice nazionale pure in presenza di configgenti disposizioni della legge interna, la Corte aveva non per caso avvertito in modo preciso un'altra necessità, quella di preservare comunque i principi fondamentali della Costituzione, e con essi i "diritti inalienabili della persona umana", supremi proprio in quanto in questo senso inviolabili.

Ed ancora, diritto inviolabile è la libertà e la segretezza della corrispondenza ([sentenza n. 366 del 1991](#)), così come enunciato dall'art. 15 della Costituzione, con la conseguente sua sottrazione alla revisione costituzionale, essendo un diritto in tal senso inviolabile dell'individuo, e per ciò stesso un "valore supremo costituzionale", che non può essere violato o alterato se non provocando una caduta complessiva dell'edificio costituzionale. Su questa base, nella sentenza sopra menzionata si respinge la richiesta di dichiarare incostituzionale l'art. 270, comma primo, del codice di procedura penale, che limita in modo marcato l'utilizzazione dei risultati d'intercettazioni in procedimenti diversi da quelli nei quali sono state disposte, ravvisando la Corte in quella limitazione una forma di protezione della riservatezza dei soggetti coinvolti, in particolare di quelli terzi, del tutto estranei ai fatti per cui si procede, che deve essere primariamente tutelata, anche nel bilanciamento con altri principi o interessi pubblici, proprio per la natura inviolabile del diritto in gioco.

Nella stessa direzione, la [sentenza n. 238 del 2014](#), che dichiara costituzionalmente illegittimi quegli articoli di legge riferiti agli obblighi internazionali dello Stato italiano che lo vincolino ad adeguarsi alla pronuncia della Corte internazionale di giustizia (CIG) anche quando per questa via si finisca per essere obbligati a rinunciare alla propria giurisdizione sugli atti di uno Stato straniero che si configurino come crimini di guerra e contro l'umanità, lesivi di diritti individuali della persona. In altre parole, nessun obbligo contratto dallo Stato italiano sul piano internazionale, per quanto legittimamente e doverosamente fondato sull'art. 11 della Costituzione, e per quanto riferito – come nel caso in esame – alla Organizzazione delle Nazioni Unite, di cui è organo la stessa CIG, può condurre lo stesso Stato italiano a rinunciare alla propria potestà, ed al proprio dovere, di perseguire quegli atti criminosi di guerra che siano stati commessi sul proprio territorio da uno Stato straniero, e che siano nella loro evidenza di fatti storici crimini contro l'umanità, lesivi in modo evidente dei diritti fondamentali della persona. Anche da questa angolatura spunta dunque fuori qualcosa che è rappresentabile come

una sorta di “eccedenza”, che sta sopra ogni altro principio o obbligo, e che è in una parola la dimensione della inviolabilità.

L’inviolabilità, dunque. È il segno nuovo delle Costituzioni democratiche del Novecento, che portano il lavoro, ed anche il conflitto sociale, nella Costituzione, ma nello stesso tempo esaltano anche il dato primigenio della esperienza costituzionale, che è il valore, unico ed irripetibile, di ciascuna persona. Il costituzionalismo imperniato sui diritti della persona si sviluppa in molteplici direzioni nell’ambito della giurisprudenza costituzionale, in particolare con riferimento agli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione, nel tentativo di fissare con la massima precisione possibile i confini che comunque non possono essere oltrepassati dall’atto frutto della “discrezionalità legislativa”, ovvero di determinare i caratteri di quella sfera della persona, che comunque non può essere raggiunta e invasa dall’esercizio di un potere d’indirizzo, di tipo politico.

Nella materia medica, che riguarda più da vicino l’ipotesi di una possibile violazione di quella sfera, vale nella giurisprudenza costituzionale il principio per cui il limite alla legge, all’atto proveniente dalla autorità politica, è assoluto e invalicabile quando vi si oppone una doppia e concordante volontà: quella del paziente, espressa sulla base del principio del consenso informato, e quella della scienza, che testimonia in modo inoppugnabile lo stato oggettivo delle cose, e il loro possibile evolversi, sulla base delle conoscenze scientifiche note ed acquisite.

Esemplari in questo senso due sentenze: la [n. 438 del 2008](#), a proposito di una legge della Regione Piemonte e della previsione in essa di un consenso scritto all’uso di farmaci psicotropi da parte di bambini e adolescenti minori; e la [n. 151 del 2009](#), con riferimento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40 che prevedeva in materia di procreazione medicalmente assistita la possibilità di un unico e contemporaneo impianto, con un numero di embrioni comunque non superiore a tre. In quest’ultimo caso, per la dichiarazione d’incostituzionalità è stata decisiva la considerazione della scienza, e della responsabilità del medico, cui non era data dalla legge la possibilità di valutare il singolo caso, individuando di volta in volta il limite numerico di embrioni idoneo ad assicurare un tentativo serio di procreazione assistita, rispettoso in primo luogo della salute della donna e del feto.

C’è poi in questo medesimo ambito – come sopra si diceva, con riferimento in particolare alla [sentenza n. 438 del 2008](#) – il diritto ad esprimere un consenso informato, sul quale convergono «due diritti fondamentali della persona: quello all’autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto ad essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico»; e il diritto ad autodeterminarsi nelle scelte procreative ([sentenza n. 96 del 2015](#)), che la legge n. 40 del 2004 negava alle coppie fertili portatrici di gravi malattie genetiche

trasmissibili, cui era vietato in modo indiscriminato l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita. In tutti questi casi si vede bene, in assoluta evidenza, il carattere fondamentale della democrazia costituzionale, in quanto "tipo storico" di democrazia che esprime come valore primario quello della persona, e della sua libera volontà, che l'ordinamento tende a mettere il più possibile al riparo dalla invadenza del legislatore, della discrezionalità politica.

3.2.2. *La tendenza universalista. La cittadinanza societaria.*

Il valore della persona non opera solo in profondità, a difesa della sua autonomia, ma anche in ampiezza, ponendo in modo sempre stringente la questione – che è propria e peculiare del tempo storico nuovo della democrazia costituzionale – della titolarità di determinati diritti espressi in Costituzione, che appare sempre meno circoscrivibile ai cittadini in senso statale e nazionale, e al contrario sempre più estesa a tutti coloro che risiedono sul suolo nazionale, appartenenti a diverse nazionalità e cittadinanze in senso politico e statale, ma accomunati dalla titolarità di determinati diritti, nell'ambito di una cittadinanza di qualità nuova, che potremmo definire societaria, o semplicemente costituzionale. La giurisprudenza costituzionale registra puntualmente questa tendenza.

In una rilevante e recente sentenza, la [n. 230 del 2015](#), si considerano costituzionalmente illegittime quelle disposizioni che escludono gli stranieri extracomunitari regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, ma al momento privi della «carta di soggiorno», da determinati benefici – nel caso di specie dalla pensione d'invalidità per sordi – indispensabili, in presenza di patologie o inabilità particolarmente gravi, per la conduzione di «una vita dignitosa», per il «soddisfacimento di bisogni primari», come tali «indifferenziabili e indilazionabili». Si è in questi casi di fronte alla concreta esistenza di un bisogno primario, situato in modo effettivo e radicale nella vita di una persona, che come tale non può non essere la persona in senso universale, al di là della speciale cittadinanza sul piano statale e nazionale. Nella cultura della democrazia costituzionale il *costituzionalismo universale dei bisogni* non può non vincere sul costituzionalismo speciale fondato sulle appartenenze statali e nazionali.

La sentenza sopra menzionata si situa all'interno di un percorso giurisprudenziale tutto orientato nella direzione indicata (sentenze [n. 454 del 1998](#), [n. 432 del 2005](#), [n. 306 del 2008](#), [n. 11 del 2009](#), [n. 172 del 2013](#) e [n. 22 del 2015](#)), e concernente aspetti non marginali delle erogazioni del sistema pubblico a favore dei soggetti in situazione di particolare disagio, dall'assegno di cura funzionale alla permanenza della persona nel proprio domicilio, alla pensione per i ciechi civili, dalla indennità di accompagnamento agli invalidi civili totalmente inabili alla tutela dei minori portatori di patologie particolarmente invalidanti. Il fatto che la Corte

consideri «manifestamente irragionevole» l'esclusione dal beneficio dello straniero extracomunitario per la carenza di un requisito di ordine amministrativo, come la titolarità della «carta di soggiorno», dimostra che la Corte stessa ritiene ormai in modo fermo e costante che a livello di benefici non accessori, e cioè necessari per lo svolgimento di una vita dignitosa, vi siano di fronte alla Costituzione solo persone in perfetta condizione di uguaglianza, che tale è nonostante la loro appartenenza a nazionalità diverse.

Il legislatore potrà intervenire differenziando fra cittadini e stranieri laddove vi siano tra gli uni e gli altri diversità di fatto riconducibili ad una diversa radicazione di domicilio sul territorio nazionale ([sentenza n. 104 del 1969](#)), ma tale differenziazione dovrà arrestarsi sulla soglia su cui si attesta con il suo nucleo fondamentale il diritto della persona, che nella sua essenza non può non essere il medesimo per tutti, perché inerente all'eguale diritto di ognuno di condurre una vita dignitosa, possibile solo in presenza di quei benefici e di quelle provvidenze che il sistema pubblico non può dunque non erogare a favore di tutti. Anzi, quando quei benefici e quelle provvidenze prendono la forma, e la sostanza, di cure ambulatoriali o ospedaliere urgenti ed essenziali, nel senso di appartenenti al «nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana», si deve concludere nel senso che quelle cure devono essere erogate a favore di tutti, anche indipendentemente dalla regolarità della posizione e del soggiorno sul territorio nazionale delle persone che ne beneficiano ([sentenza n. 299 del 2010](#)). Si assiste qui all'emergere di un *costituzionalismo dei bisogni*, che si impone nella sua oggettività, per l'urgenza di provvedere in applicazione di elementari principi di giustizia.

3.2.3. *Il costituzionalismo della persona. I diritti nella sfera della coscienza.* *Il diritto a condurre una vita libera e dignitosa.*

Tentiamo una prima provvisoria conclusione. Il costituzionalismo che si afferma nella seconda metà del Novecento ha dunque più caratteristiche: è un costituzionalismo fortemente radicato nella concretezza dei rapporti sociali, a livello delle effettive possibilità di accesso ai più rilevanti beni pubblici, come il lavoro, la salute, l'istruzione o l'assistenza; è un costituzionalismo che pretende di segnare confini netti all'esercizio della discrezionalità politica, a tutela dei diritti fondamentali della persona; e, infine, è un costituzionalismo che si sviluppa in senso inclusivo e universalistico, a favore anche di coloro che non sono cittadini in senso nazionale e statale.

Più in particolare, il costituzionalismo della persona, dati i suoi caratteri di fondo, è destinato a incontrare ulteriori problematiche di forte spessore storico e culturale. Vogliamo accennare ad almeno quattro di queste. Si tratta della *obiezione di coscienza* (sentenze [n. 164 del 1985](#), [n. 409 del 1989](#), [n. 470 del 1989](#), [n. 343 del](#)

[1993](#) e [n. 43 del 1997](#)), con il riconoscimento, da parte della Corte, che la inderogabilità del dovere di tutti i cittadini di difendere la Patria non necessita come modo di attuazione il servizio militare armato, e dunque ben può essere assolto con altre prestazioni personali di portata equivalente, dando così rilievo primario e diretto ai «motivi di coscienza» della persona, posti alla base del rifiuto delle armi; del *principio di laicità* (sentenze [n. 203 del 1989](#), [n.149 del 1995](#), [n. 334 del 1996](#) e [n. 508 del 2000](#)), che ha visto nel tempo maturare la sua posizione e assurgere al rango di «principio supremo», come tale caratterizzante l'identità dello Stato e della democrazia costituzionale, ma sempre seguendo il filo conduttore dei diritti fondamentali della persona, e dunque anche in questo caso in funzione di tutela della libertà della persona, della «pari protezione della coscienza di ciascuna persona»; del *diritto della informazione* (sentenze [n. 225 del 1974](#), [n. 826 del 1988](#) e [n. 155 del 2002](#)), con particolare riferimento al settore radiotelevisivo, dove il bilanciamento che in questa materia è necessario realizzare tra la libertà di opinione espressa dalle singole emittenti private e il fondamentale «interesse costituzionale generale – quale è appunto quello della informazione e formazione consapevole della volontà del cittadino-utente», posto alla base di una serie di regole di carattere modale imposte allo svolgimento delle trasmissioni, viene risolto a favore del secondo, ancora una volta in linea con il primato della persona, come valore da tutelare, che in questo settore della informazione significa prima di tutto osservanza di regole e assolvimento di doveri di neutralità e imparzialità funzionali alla protezione della persona medesima, al formarsi non manipolato dei suoi convincimenti; ed infine, ancora nell'ambito della libertà di coscienza, della problematica del *giuramento* (sentenze [n. 58 del 1960](#), [n. 149 del 1995](#) e [n. 334 del 1996](#)), concernente quelle norme di procedura, civile e penale, che prevedendo nella formula il riferimento a Dio e alla religione, si ponevano in contrasto con l'art. 21 della Costituzione, ovvero con un diritto fondamentale della persona, che in questo caso consiste nella volontà di assumere l'obbligazione di dire la verità, ma senza fondarla sull'impegno verso Dio, che non può esistere, e tanto meno essere imposto, per il cittadino ateo.

La libertà di coscienza non vive però solo in una dimensione individuale, come se fosse un bene verso cui l'atteggiamento prevalente non possa essere altro che quello della preservazione, della sfera intima da lasciare libera, della potestà di escludere. La libertà di coscienza nella nostra Costituzione è piuttosto una sorta di punto di partenza, il più possibile libero da ipoteche ideologiche o da influenze di poteri di conformazione esercitabili in senso unilaterale, che è come l'inizio di un cammino, che porta in sé un significato necessariamente duplice: quello individuale, come progetto di realizzazione della propria personalità e dei propri progetti di vita, e quello collettivo, in quanto appartenente alla dimensione della cittadinanza, ovvero ad una realtà consociativa a sua volta dotata di un progetto alimentato da un indirizzo fondamentale, entro cui sono contenuti i principi che caratterizzano nel profondo quella medesima collettività.

C'è un piano sul quale si realizza in modo esemplare la congiunzione dell'aspetto individuale con quello collettivo. Si tratta dei *diritti sociali*, intesi come diritto di accesso e di fruizione ad alcuni beni fondamentali per l'appunto essenziali per la realizzazione del duplice progetto, ovvero per il perfezionamento individuale come anche per la costruzione collettiva di una cittadinanza attiva e consapevole: e dunque l'istruzione, la salute e l'assistenza, il lavoro. Nel costituzionalismo della persona questi diritti trovano a loro volta una sintesi in un diritto fondamentale che a nostro parere li racchiude tutti, e che può essere denominato il *diritto a condurre una vita libera e dignitosa*.

Il riferimento cade a questo proposito sull'art. 36 della Costituzione, uno degli articoli che nella storia della nostra giurisprudenza costituzionale ha mostrato più immediata precettività, nel senso della sua particolare idoneità a fondare il potere del giudice di adeguare il trattamento economico previsto dai contratti individuali di lavoro ai minimi previsti dai contratti collettivi, questi ultimi a loro volta rappresentativi di quella retribuzione nel corso del rapporto di lavoro, o alla sua fine di quel trattamento di liquidazione o di quiescenza, che nel loro insieme risultano essere collocati almeno sulla soglia che segna il limite al di sotto del quale l'insufficienza del loro ammontare determina una condizione complessiva di vita, che non può essere definita «libera» e «dignitosa», come vorrebbe la Costituzione (sentenze [n. 3 del 1966](#), [n. 129 del 1963](#) e [n. 156 del 1971](#)). Caratteri analoghi possiede l'art. 38 della Costituzione, che nel suo secondo comma attribuisce valore di principio fondamentale al diritto dei lavoratori a che siano «preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria», individuando nella materia della previdenza e della assistenza i contenuti di un capitolo essenziale del costituzionalismo della persona, anche per questa via orientato a svilupparsi in direzione dell'obbiettivo finale del conseguimento di quelle utilità che risultano necessarie per la costruzione di un progetto di vita libera e dignitosa (sentenze [n. 22 del 1969](#), [n. 80 del 1971](#) e [n. 75 del 1964](#)).

Infine, si deve rilevare che il blocco normativo composto dal primo comma dell'art. 36 e dal secondo comma dell'art. 38 rappresenta in modo costante nella giurisprudenza della Corte il nucleo essenziale del patto ispirato al principio di solidarietà che si trova alla base della Costituzione. Un patto che vuole che la retribuzione, quella che si riceve direttamente in costanza di rapporto di lavoro, e quella differita, che si riceve successivamente in forma di trattamento di quiescenza, rimanga costantemente commisurata alla quantità e qualità del lavoro prestato, e nello stesso tempo adeguata alle esigenze di vita, come vuole la Costituzione stessa nella sua ispirazione fondamentale, che è quella del perfezionamento della persona, possibile solo in presenza di una quantità di risorse e di beni che sia almeno quella minima necessaria per coltivare l'ideale della vita libera e dignitosa (sentenze [n. 176 del 1975](#), [n. 26 del 1980](#), [n. 173 del 1986](#) e [n. 501 del 1988](#)).

In questa linea si inserisce a pieno titolo, in modo ragionato e coerente, la recentissima [sentenza n. 70 del 2015](#), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 24, comma 25, del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 22 dicembre 2011, n. 214, nella parte in cui, con l'esclusione dei trattamenti pensionistici di importo complessivo fino a tre volte il trattamento minimo INPS, blocca per un biennio la perequazione automatica per gli altri trattamenti, anche per quelli di importo modesto.

Sulla base della precedente giurisprudenza, e proprio con riferimento ai parametri costituzionali della proporzionalità e della adeguatezza contenuti nel combinato disposto degli artt. 36, primo comma, e 38, secondo comma, della Costituzione, la sentenza in questione è infatti arrivata alla conclusione della illegittimità costituzionale delle norme citate essendo esse frutto di un esercizio distorto e irragionevole dei poteri di discrezionalità politica. La sentenza non nega certo l'esistenza di questi poteri e il loro dovere di articolare la spesa pubblica anche attraverso misure che puntano al suo contenimento. Ma afferma che in questo caso il bilanciamento tra i principi che quei poteri affermano e tutelano, in quanto responsabili della tenuta complessiva e dell'equilibrio dei conti pubblici, e i principi espressi negli articoli della Costituzione sopra citati, risulta mal costruito, nel senso che al fondo delle norme dichiarate incostituzionali vi è un riferimento generico e non meglio precisato alla «contingente situazione finanziaria», che da solo non può essere sufficiente per sovrastare i diritti contenuti nel combinato disposto del primo comma dell'art. 36 e del secondo comma dell'art. 38.

Inoltre, il fatto che si colpiscano situazioni non certo elevate nella scala sociale finisce per coinvolgere quello che abbiamo indicato come il diritto sociale “madre” di tutti i diritti sociali, ovvero il diritto a condurre una vita libera e dignitosa. È quest'ultimo diritto, infatti, ad essere posto dalla nostra Costituzione in una posizione assolutamente centrale, come tale rappresentativa del patto costitutivo della Repubblica.

Ovviamente molto altro vi sarebbe da dire su questo costituzionalismo della persona. Basti pensare in proposito alla problematica del diritto sovranazionale, in particolare europeo (sentenze [n. 170 del 1984](#) e [n. 102 del 2008](#)), che potrebbe rappresentare lo scenario ideale per l'affermazione dei principi che storicamente stanno alla base del costituzionalismo della persona, ma che spesso di fatto si mostra assai debole nella interpretazione di questo ruolo. Anzi, può accadere che la grande prospettiva novecentesca della democrazia costituzionale e dei diritti fondamentali della persona sembri non di rado legata al suo luogo di origine, allo Stato nazionale, quasi come se fosse storicamente condannata a prodursi necessariamente e in modo esclusivo sul piano statale.

3.3. *Limitare ed equilibrare i poteri.*

La Corte ha dunque dato un contributo decisivo per la costruzione della democrazia costituzionale nel nostro Paese. Ha valorizzato il secondo comma dell'art. 3 della Costituzione, visto come immagine di una democrazia partecipata, cui concorrono molteplici soggettività, dalle organizzazioni dei lavoratori, alle associazioni che operano nel campo del volontariato. Ha esaltato la dimensione della inviolabilità, inaugurando il *costituzionalismo della persona*, in una duplice direzione: come consapevolezza della esistenza di uno strato della esperienza in cui si coltiva la libertà di coscienza e di autodeterminazione in modo assolutamente libero, ovvero indisponibile da parte delle autorità politiche; e come introduzione nel diritto della Costituzione di una tendenza inesorabilmente inclusiva e universalizzante, che opera nel senso di considerare titolari di diversi diritti, o benefici amministrativi, tutti coloro che risiedono sul territorio, in modo indipendente dalle rispettive nazionalità. Infine, ha elevato a livello di principio costituzionale una misura della retribuzione e del trattamento di liquidazione o di quiescenza dei lavoratori, che sia tale da garantire la prospettiva di una vita libera e dignitosa, riconducendo così la problematica del lavoro, per altro non a caso presente nell'art. 1 della Costituzione, ancora una volta al valore primario della persona, entro cui sono compenetrati l'aspetto economico e quello morale.

C'è infine un terzo e ultimo carattere della democrazia costituzionale. È quello che conduce questo "tipo storico" di democrazia a negare la dimensione della *suprema potestas*, ovvero l'esistenza di un potere preminente, che è tale perché in esso si rappresenta l'esistenza del sovrano. Nel modello costituzionale derivato dalla rivoluzione francese, è questo certamente il potere legislativo. Nella nuova democrazia costituzionale neppure il legislativo ha questa posizione di preminenza. Ne abbiamo già implicitamente discusso quando abbiamo illustrato il principio della "inviolabilità", che pone un limite oggettivo invalicabile in primo luogo proprio al legislatore, riconducendolo quindi, al pari di tutti gli altri poteri, ad una dimensione integralmente costituita. E tuttavia, sarebbe fuorviante leggere le nuove tendenze in atto nelle odierne democrazie costituzionali esclusivamente in chiave di riduzione del ruolo del legislatore.

Già dalle primissime sentenze della Corte (sentenze [n. 3](#), [n. 28](#) e [n. 118 del 1957](#)) si comprende quanto sia intricato questo nodo. La Corte infatti comprende quasi subito come il suo sindacato sia destinato, soprattutto seguendo il filo del principio di uguaglianza espresso nell'art. 3 della Costituzione, ad espandersi in regioni limitrofe a quelle del merito legislativo, della discrezionalità politica. Ma proprio per questo motivo, proprio a causa della percezione del pericolo insito in quel procedere sul crinale tra legittimità e merito, la Corte frena, e ad ogni occasione in cui si trova su quel crinale non manca di precisare come al di là vi sia una regione da

preservare, entro cui non può non rimanere integra e prevalente la “discrezionalità del legislatore”. In particolare, proprio nel sindacato che muove dall’art. 3 Cost., la Corte mette costantemente in rilievo come la valutazione sulla effettiva diversità tra due situazioni, e dunque la decisione di riservare ad esse due discipline diverse, implichi «valutazioni di natura politica, o quanto meno un sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento, che alla Corte non spetta esercitare».

Non c’è dunque, nelle odierne democrazie costituzionali, una “decapitazione” del potere legislativo, e in genere dei poteri politici d’indirizzo, fondati sulle scelte che si operano attraverso l’ordinaria competizione democratica per la definizione dell’indirizzo politico di maggioranza. Né c’è un nuovo potere sovrano al posto del legislatore. C’è una crescita del ruolo della giurisdizione, ma nessuna tendenza verso il cosiddetto “governo dei giudici”. È vero però che soprattutto a partire dagli anni Novanta ha iniziato ad emergere, e ad essere come tale riconoscibile, un modo d’interpretazione e concretizzazione dei principi costituzionali di carattere giurisdizionale, che si svolge parallelamente a quello legislativo.

Si legge così in una sentenza della fine degli anni Novanta ([sentenza n. 347 del 1998](#)), concernente un delicatissimo disconoscimento di paternità da parte di un uomo che a suo tempo aveva consentito alla inseminazione artificiale eterologa della moglie: «L’individuazione di un ragionevole punto di equilibrio tra i diversi beni costituzionali coinvolti, nel rispetto della dignità della persona umana, appartiene primariamente alla valutazione del legislatore. Tuttavia, nell’attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l’interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali». Per quanto quasi in posizione di “supplenza”, è giunto dunque il tempo in cui può esistere una via prettamente giurisdizionale alla attuazione della Costituzione, che in concreto significa prima di tutto equa composizione dei valori e dei beni coinvolti nella decisione che si deve assumere. Quella composizione, che si consegue per mezzo di un’opera di bilanciamento tra le posizioni presenti nella vicenda, è di regola realizzata dal legislatore, ma la sentenza sopra menzionata mostra come non vi sia nulla nei fatti che riserva quella opera al legislatore medesimo. In altre parole, non c’è alcun carattere oggettivo del processo decisionale in esame che possa dirsi di natura intrinsecamente “politica”, tale cioè da determinare il monopolio del legislatore in materia, ed è vero invece l’inverso, ovvero che il giudice può anch’egli legittimamente percorrere quel processo, in luogo dello stesso legislatore.

Sempre nel corso degli anni Novanta si produce poi un’altra tendenza ([sentenza n. 356 del 1996](#)), sostenuta dalla Corte medesima, che inizia a respingere le questioni di costituzionalità, mantenendo così in vita la legge che era stata portata all’attenzione della Corte, a condizione che quella stessa legge venga poi in concreto interpretata dai giudici in una direzione che garantisce la sua vigenza con un

significato conforme alla Costituzione. In questo modo, la Corte induce i giudici ad evitare il controllo di costituzionalità, proponendo e mettendo in opera essi medesimi direttamente un'interpretazione della legge che garantisca la sua conformità a Costituzione. Così, mediante questa interpretazione della legge costituzionalmente orientata si forma presso i giudici una giurisprudenza che nel tempo assume il rango di ordinamento dei diritti, direttamente strutturato presso i giudici medesimi, e dunque nel suo insieme percepito come uno specifico modo di attuazione dei principi costituzionali, destinato a prendere sempre più spazio rispetto al tradizionale strumento legislativo.

Alla fine, sembra quasi che nel corso della esperienza delle odierne democrazie costituzionali si siano invertite le parti: se all'inizio di quella esperienza si trattava soprattutto di limitare la sovranità del legislatore opponendovi una Costituzione rigida, corredata di principi fondamentali, o supremi, dotati della clausola della inviolabilità, ora sembra che la parte più debole della esperienza costituzionale si trovi proprio nella legislazione, nel senso che l'ordinamento concreto dei diritti, del modo della loro individuazione, e della loro garanzia, è sempre più dislocato nella giurisdizione. La nostra Corte ha certamente operato in questa direzione, favorendo il diffondersi della interpretazione conforme, o costituzionalmente orientata. Il risultato è evidente, sotto l'occhio di tutti. A tratti sembra che il cuore delle democrazie costituzionali del nostro tempo – e dunque anche della nostra – sia ormai tutto collocato nella sfera della *iurisdictio*, comprensiva di ogni giurisdizione, ordinaria e costituzionale. Mentre sempre più in situazione critica sembrano essere gli istituti e i soggetti della democrazia rappresentativa, ovvero il *gubernaculum*, l'insieme dei poteri politici d'indirizzo. Anche se si deve rifuggire da un'immagine di maniera che rappresenta le trasformazioni in atto come il passaggio da un primato all'altro, da quello del legislatore radicato indietro nel tempo della Rivoluzione a quello attuale dei giudici. È piuttosto vero che il nuovo tempo della democrazia costituzionale tende a far cadere ogni "primato", proponendo la via della collaborazione, del dialogo, del legislatore con i giudici, e viceversa.

Infine, all'interno di un simile assetto costituzionale, la Corte ha necessariamente un doppio ruolo: da una parte è componente essenziale della *iurisdictio*, dall'altra è massimo organo regolatore dei confini, e dei conflitti, tra la *iurisdictio* e il *gubernaculum*. Lo si vede bene in quella parte della giurisprudenza della Corte dedicata alla immunità parlamentare (sentenze [n. 379 del 1996](#), [n. 120 del 2014](#) e [n. 144 del 2015](#)), dove si ricerca un punto di equilibrio tra due esigenze primarie, entrambe necessariamente da soddisfare se si vuole mantenere integro il quadro della democrazia costituzionale: da una parte, il valore insito nella autonomia delle istituzioni parlamentari, inteso come base su cui fondare la necessaria protezione della libertà della rappresentanza politica, e dall'altra parte il valore insito nella regola fondamentale presente nel cuore della esperienza costituzionale europea, ovvero l'eguale sottoposizione di tutti al sindacato della giurisdizione. Due basilari

valori, dunque, che devono essere bilanciati, in modo tale che ciascuno di essi esprima tutto quanto è contenuto nel suo nucleo essenziale, ma senza disconoscere l'eguale esigenza che parimenti muove l'altro valore. E nel mezzo la Corte, che presidia il confine, impedendo entrambi gli eccessi: per un verso, il dilagare della parte politica in sostanziale regime d'immunità totale, e per l'altro verso il dominio della giurisdizione, così stringente da paralizzare la vita concreta delle istituzioni parlamentari.

4. *Il ruolo della Corte nel perseguimento delle tre finalità fondamentali della Costituzione. Bilancio dei sessant'anni.*

Due parole di conclusione. In questi ultimi sessant'anni il nostro Paese è cambiato molto. Con esso si sono mossi anche i grandi principi costituzionali posti alla base della scelta costituente democratica del 1947, iniziando un cammino che era destinato a calarli nel concreto della società, nell'insieme delle relazioni tra i consociati.

Primo tra tutti il principio di uguaglianza, che con il secondo comma dell'art. 3 Cost. – ben presente nella giurisprudenza della Corte – richiama la necessità di concepire la comunità nazionale non come una mera *societas*, unita solo dalla comune titolarità di una serie di diritti, ma come una vera e propria *universitas*, ovvero come un'unità di scopo, che si proietta nel futuro operando per l'attuazione della Costituzione, con lo scopo ultimo di affermare i valori posti alla base della decisione costituente, che coincidono poi con i principi generali di giustizia, ad iniziare dal diritto di sviluppare liberamente la propria personalità, nel contesto di un accesso possibile ai beni primari della vita individuale e associata, come l'istruzione, il lavoro e la salute, che renda possibile lo svolgimento di una vita libera e dignitosa.

C'è poi, ancora ben presente nella giurisprudenza della Corte, la nascita del *costituzionalismo della persona*, sia nella dimensione verticale che raggiunge gli strati profondi della esistenza, sui quali nulla può la forza del *gubernaculum*, sia nella dimensione orizzontale, che vede estendersi sempre più la platea dei titolari dei diritti, come semplici persone, al di là delle appartenenze in senso nazionale e statale. E c'è infine una dinamica dei poteri che nelle odierne democrazie costituzionali tende verso l'equilibrio, in particolare tra *iurisdictio* e *gubernaculum*, con il ruolo arbitrale della Corte.

Se perciò si legge la giurisprudenza della Corte lungo tutto l'itinerario della sua sessantennale esistenza vi ritroviamo con relativa facilità i segni e le tracce della trasformazione intercorsa, dal punto di partenza, ancora fortemente radicato nell'universo culturale della democrazia legislativa, fino a noi, che siamo ancora ben immersi nella nuova realtà in formazione della democrazia costituzionale.

Concludiamo con una notazione che concerne ancora più da vicino il ruolo della giurisdizione, della Corte, ma anche dei giudici ordinari, nella costruzione progressiva della nuova forma democratica che caratterizza il nostro tempo storico. C'è la pagina di una sentenza che vorremmo evocare, e che sentiamo particolarmente lontana nel tempo. È la [sentenza n. 64 del 1961](#). Quella sentenza, nel contesto di una legge penale che considerava l'adulterio ancora penalmente rilevante, ma punendo in sostanza solo quello della donna, addirittura con la reclusione, concludeva nel senso della legittimità costituzionale di tale differenziazione, avendo il legislatore semplicemente valutato come diverse due situazioni che tali in effetti erano – a giudizio della Corte – prima di tutto nel costume, e nella cultura diffusa del tempo, essendo reputato da quella cultura ben più grave l'adulterio femminile, per la maggiore «azione disgregatrice sulla intera famiglia e sulla sua coesione morale» che esso produce, e ancora per il maggiore «turbamento psichico» che induce nei figli minori.

Com'è noto, alla sentenza in questione fece seguito la sentenza [n. 147 del 1969](#), che assai correttamente non motivò con un generico rinvio al mutato costume sociale, che comunque era in effetti nella realtà sociale, e nella cultura diffusa, effettivamente mutato, ed anche assai rapidamente. La nuova sentenza si fondò piuttosto direttamente sulla immediata prescrittività del principio di uguaglianza fissato nella Costituzione, che impediva in assoluto di introdurre differenze di trattamento normativo – nel nostro caso una diversa sanzionabilità per il compimento del medesimo atto – per causa del sesso. I giudici del 1969 non dicono dunque che si deve rivedere la decisione semplicemente perché i tempi sono cambiati. Essi dicono piuttosto, in modo implicito ma netto, che la sentenza del 1961 era errata già allora perché ignorava il principio di uguaglianza sancito nella Costituzione repubblicana, considerando legittimo sanzionare in modo diverso due soggetti che avevano compiuto il medesimo atto, soltanto perché di sesso diverso. Né contro la norma, per altro chiarissima in modo inoppugnabile, avrebbe dovuto valere, fino dal 1961, il generico rinvio ad una realtà sociale, e ad una cultura diffusa, presuntivamente orientata a favore della maggiore gravità dell'adulterio se compiuto dalla donna.

Una terza ed ultima sentenza ([sentenza n. 138 del 2010](#)), relativa all'unione tra due persone del medesimo sesso, può essere conclusivamente menzionata, a proposito della fondazione della decisione giurisprudenziale nella osservazione della realtà. La sentenza riconosce l'unione di coppia, compresa quella tra due soggetti dello stesso sesso, e la qualifica come «formazione sociale» nel senso dell'art. 2 della Costituzione, con tutto ciò che può e deve derivarne sul piano dei rispettivi diritti e doveri. Nel compiere questo passo la sentenza richiama la nuova realtà sociale della famiglia che è ormai costruita in una pluralità di forme e di modi, che l'ordinamento non può ignorare.

Si potrebbe dunque dire: il giudice che nel 1961 osservava la realtà sociale e ne traeva argomenti che a suo parere legittimavano la pena maggiore per l'adulterio femminile, sulla base di una visione del tutto tradizionale della donna, che a suo dire ancora dominava quella realtà, ora, a distanza di più decenni, nel 2010, dalla osservazione della realtà trae argomenti in direzione opposta, che non confermano cioè la tradizione, ma che anzi sospongono a mettere in discussione la dominanza esclusiva della famiglia tradizionale.

Ma con un limite. Il ragionamento avviato con il riconoscimento della qualità di «formazione sociale» a favore della unione tra due soggetti del medesimo sesso non può essere completato, fino a raggiungere una vera e propria acquisizione di quella unione all'ambito del matrimonio e della famiglia, con le sole forze della giurisprudenza. La Corte ha qui avvertito l'esistenza di un "balzo" che essa non poteva compiere da sola. E ha concluso richiamando la "discrezionalità del Parlamento", che sola può sciogliere il nodo.

La vicenda mostra perciò, in modo particolarmente nitido, quanto rimanga ancora complesso l'intreccio tra legislazione e giurisdizione nello svolgersi del fondamentale compito, ciascuno per la propria parte, di attuazione dei principi della Costituzione. Insomma, l'approdo al nuovo "tipo storico" di democrazia, ovvero alla democrazia costituzionale, non è riducibile a quelle formule stereotipate, per altro assai ricorrenti, che vorrebbero leggere l'intero passaggio in corso nei termini del "declino" del legislatore, e del parallelo nuovo "primato" della giurisprudenza. È vero anzi che quel passaggio è particolarmente complesso, ed orientato nei suoi caratteri di fondo a proporre intrecci ed incontri, o anche scontri, di carattere diverso tra i due protagonisti della scena, tra il legislatore e i giudici.

Su questo sfondo mosso e mutevole si produce anche la vicenda specifica della nostra Corte. La Corte che noi oggi abbiamo è assai diversa dalla Corte che avevano immaginato i nostri Costituenti. Quella Corte era infatti pensata ancora nel quadro complessivo della democrazia legislativa. Di quest'ultima essa era un importante e irrinunciabile perfezionamento, rappresentando sicuramente una delle principali novità introdotte dalla Costituente. Ma si trattava pur sempre per l'appunto di un "perfezionamento", che si poneva nei termini del completamento della tradizione dello Stato di diritto e della democrazia legislativa. Come se si fosse trattato di aggiungere un altro piano – quello della legalità costituzionale – ad un edificio che per il resto rimaneva intatto, con la pianta, la struttura e la posizione delle mura portanti che rimanevano quelle di sempre.

Come ormai sappiamo, le cose non sono andate così. Il mutamento è stato assai più profondo. La Corte non è stata solo coinvolta. Di quel mutamento è stata parte, e per certi versi addirittura protagonista. Il nuovo "tipo storico" di democrazia che si è andato formando nell'ultimo quarto del secolo scorso non sarebbe stato infatti mai

possibile senza il contributo decisivo della Corte. A partire dalla storica [sentenza n. 1 del 1956](#), che sciolse uno dei principali nodi, relativo alla diretta forza prescrittiva delle disposizioni costituzionali di principio, portando un colpo mortale a quelle tesi, tutt'altro che remissive anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione, che volevano che esse fossero nient'altro che indirizzi per il legislatore futuro. Dopo la prima sentenza del 1956 apparve invece chiaro che la Costituzione era dotata di autonoma forza prescrittiva in ogni sua parte, e che tutte le norme in essa contenute potevano essere assunte come parametro per giudicare la legittimità costituzionale di tutte le leggi, anche di quelle entrate in vigore prima della Costituzione medesima. Ne scaturì per la Corte un primo piano di lavoro, che consentì alla nostra democrazia nascente di sbarazzarsi delle norme di chiarissima matrice autoritaria emanate dal precedente regime.

Ma il contributo della Corte non si ferma a questo livello. Non si limita ad eliminare norme previgenti incompatibili con il nuovo regime democratico. La Corte non guarda certo solo indietro. Non si limita ad annullare, a demolire. E concorre anzi in modo del tutto rilevante a guardare in avanti, recando un contributo decisivo alla costruzione del nuovo “tipo storico” di democrazia, ovvero alla democrazia costituzionale. Come sappiamo, la nuova forma democratica è storicamente percorsa da due fondamentali esigenze, solo in apparenza tra loro in contrasto: attribuire ai poteri grandi e impegnativi compiti di giustizia, con riferimento alle contraddizioni e agli stati profondi di disuguaglianza che caratterizzano la società, e nello stesso tempo limitare i poteri, evitando che uno di essi – nelle democrazie di regola il legislativo – assurga al ruolo di potere predominante, in quanto impersonante, a differenza di tutti gli altri, il principio di sovranità.

La Corte con le sue sentenze ha offerto in questi sessant'anni un contributo decisivo in entrambe le direzioni. È ciò che abbiamo mostrato in questo contributo. Infatti, da una parte la Corte ha certamente aiutato la democrazia a caricarsi di quei compiti di giustizia che sono scritti in Costituzione, valorizzando il lato sociale e solidaristico della democrazia costituzionale: dalla [sentenza n. 290 del 1974](#) sulla rilevanza penale del cosiddetto «sciopero politico» fino alle sentenze degli ultimi anni sui diritti dei residenti extracomunitari ad accedere a determinate prestazioni sanitarie, senza dimenticare la recentissima [sentenza n. 70 del 2015](#) sul blocco della perequazione automatica anche per le pensioni di modesto importo, redatta a tutela del patto su cui si regge fino dalle sue origini la nostra Costituzione, che prevede la necessità di predisporre tutti gli strumenti indispensabili per offrire a ciascuno la possibilità di costruire un progetto di vita libera e dignitosa.

Non meno rilevante è stato l'impegno della Corte sull'altro versante, quello dei limiti, e più precisamente del limite che comunque la Costituzione deve porre all'esercizio dei poteri politici d'indirizzo, da contenere entro lo spazio, che pure la Costituzione ritiene essenziale, della discrezionalità politica. Su questo secondo lato

la Corte ha offerto contributi e soluzioni non meno rilevanti. Ha fatto emergere con forza la nuova cultura della inviolabilità, dei “principi supremi” dell’ordinamento costituzionale, come anche dei singoli diritti fondamentali. Ha scosso alla radice la vecchia cultura positivista dei diritti pubblici soggettivi, del tutto dipendenti dalla volontà dello Stato, in quanto esistenti solo come espressione della sua sovrana decisione di autolimitarsi. Non ha certo fatto rinascere il diritto naturale, ma è tornata a mettere la libertà al primo posto, in posizione di anteriorità rispetto alla norma positiva statale.

Tutto questo è accaduto perché la vecchia cultura d’impianto statualistico e positivista che aveva dominato in Europa nella epoca del diritto pubblico statale e della democrazia legislativa era ormai alla fine del suo ciclo storico. Ma non sarebbe accaduto con questi caratteri, e con questa forza, per via puramente legislativa. In verità, alle origini della nuova democrazia costituzionale c’è anche, in posizione di assoluto rilievo, la nostra Corte. Al compimento del suo sessantesimo anno si può affermare con sicurezza che la Corte non è solo uno dei principali poteri qualificanti il nuovo assetto costituzionale. Essa è anche uno dei principali luoghi in cui il nuovo tipo di democrazia è stato pensato e costruito.