

Il giudice*

Roberto Bin**

THE JUDGE

ABSTRACT: The Italian Constitution designs a model of the fundamental rights defence based on the clear roles of the lawmaker, the judge and the constitutional Court. Many alterations are occurring in this model, some caused by the action of the EUJC e the ECHR Court. Biolaw is an area where the phenomenon in adverted strongly. Entropy is a useful model to understand it.

KEYWORDS: Fundamental rights; role of the jurisdiction; role of lawmaker; role of the constitutional Court; entropy

SOMMARIO: 1. Il modello costituzionale – 2. Risorse e limiti della giurisdizione – 3. Un caso emblematico – 4. La legge e il giudice: due canali diversi per rivendicare un diritto – 5. Sul ruolo della Corte costituzionale – 6. Crisi della legislazione e tecniche di estensione della giurisdizione – 7. Usi e abusi della giurisprudenza della Corte di giustizia – 8. Usi e abusi della giurisprudenza EDU – 9. Meriti e limiti del «provincialismo costituzionale»: il caso del biodiritto – 10. Biodiritto, modelli di giudizio ed entropia – 11. Giudici, biodiritto e modello costituzionale. Una conclusione

Nel disegno tracciato dai costituenti, la tutela dei diritti ha il suo perno nella legge e nei giudici comuni. Negli ultimi anni però qualcosa è cambiato: l'enorme pressione sociale per il riconoscimento di diritti "nuovi" e la soluzione di inedite questioni che rientrano nell'etichetta di "biodiritto" può ancora essere affrontata restando fedeli al modello costituzionale o richiede che ad esso siano apportate modificazioni? Questo è l'interrogativo a cui qui si vorrebbe dare risposta, partendo dal modello costituzionale di tutela dei diritti.

1. Il modello costituzionale¹

Si tratta di un modello lineare, facilmente descrivibile. Esso si basa su tre pilastri:

a) Il primo pilastro è il diritto di difesa, definito dagli artt. 24 («Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi») e 113 («Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa»).

* Questo scritto, con il titolo *Il giudice, tra Costituzione e biodiritto*, è destinato agli *Studi in onore di Antonio Ruggeri*.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università di Ferrara. Mail: roberto.bin@unife.it. Contributo sottoposto a referaggio.

¹ I primi paragrafi riprendono tesi già sviluppate in R. BIN, *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC*, 4, 2018.

b) Il secondo pilastro è il principio di responsabilità dei funzionari, enunciato dall'art. 28 («I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti»).

c) Il terzo pilastro è il *judicial review* delle leggi, disciplinato dall'art. 134 («La Corte costituzionale giudica: sulle controversie relative alla legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni») e dalle norme conseguenti sulla impugnazione incidentale delle leggi (art. 1, legge cost. 1/1948; artt. 23 e 30, legge 87/1953).

I tratti salienti del modello di tutela dei diritti sono dunque i seguenti: il giudice dei diritti è il giudice ordinario, affiancato dal giudice amministrativo; ai loro uffici possono rivolgersi tutte le persone per rivendicare la tutela dei propri diritti e interessi (in seguito userò il termine 'diritto' in senso generico, senza distinguere tra diritto soggettivo e interesse legittimo) e far valere la responsabilità degli agenti che li hanno violati. Al giudice si richiede l'applicazione corretta della legge, perché è la legge ordinaria lo strumento con cui i diritti sono riconosciuti e sono definite le condizioni per la loro rivendicazione. Questa è la premessa di fondo del modello: la tutela dei diritti deve essere assicurata dalla legge; ai giudici si può chiedere quello che la legge promette; alla Corte costituzionale – questo l'elemento nuovo aggiunto alla impostazione tradizionale dalla Costituzione del 1948 – si può chiedere quello che la Costituzione promette e la legge non mantiene.

A chi rivendica la tutela di un diritto si aprono dunque due strade, profondamente diverse, ma entrambe tratteggiate dalla Costituzione: se il diritto rivendicato ha già ottenuto un riconoscimento legislativo, è al giudice che va avanzata la richiesta di applicare la legge (e di perseguire i funzionari pubblici che la hanno violato); se invece il diritto è ancora allo stato di rivendicazione sociale, non coronata ancora da un riconoscimento legislativo, è al legislatore che va rivolta la richiesta di accordare una disciplina giuridica al bene rivendicato. Sono evidentemente strade diverse che conducono a risultati diversi.

2. Risorse e limiti della giurisdizione

Il principio fondamentale della giurisdizione è che i giudici devono rispondere nei limiti della domanda; la domanda deve essere formulata con le modalità richieste dalle norme processuali. Nel sistema italiano – non in quello costituzionale, però, ma in quello alimentato dalle norme processuali – ci si può rivolgere al giudice esclusivamente per ottenere il *riconoscimento di un interesse*, oppure *l'estensione o il rafforzamento* della sua tutela. Questo significa che il ricorso al giudice dà voce ad una pretesa di *affermazione o espansione* del diritto individuale, altrimenti verrebbe a mancare l'interesse ad agire (art. 100 cod. proc. civ.), che è una delle condizioni di ammissibilità della domanda. Quindi i ricorsi indirizzati ai giudici hanno sempre e solo una direzione, quella dell'allargamento o del potenziamento della tutela degli interessi. Avere interesse significa dimostrare che il provvedimento richiesto appare idoneo e necessario per rimuovere la lesione del proprio diritto². Il giudice è tenuto a fornire una risposta alla domanda (principio di corrispondenza tra il richiesto e il pronunciato: art. 112 cod. proc.

² Così L.P. CAMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 1998², 246.

civ.) e deve pronunciarsi anche in assenza di una norma espressa per il caso, non essendo ammesso il *non liquet* e, al contrario, sanzionato il “diniego di giustizia”³.

Negli *hard cases*, che sono tali perché la legislazione vigente non fornisce un'espressa “norma del caso”, spetta al giudice elaborarla, partendo dai principi costituzionali e della legislazione ordinaria, sfruttando ogni fonte di argomentazione che possa essergli utile a sostenere la conclusione. Che sia positiva o negativa per la domanda, la conclusione sarà una “buona sentenza” se provvederà a rispondere alla domanda restando nei ristretti limiti di essa.

Può accadere però – e frequentemente accade – che al giudice si chieda qualcosa di più della semplice “applicazione della legge” che tutela un diritto, qualcosa che va oltre a quanto possa essere riconosciuto al ricorrente sulla base dell'interpretazione delle disposizioni legislative, ma che appare fondato nei principi costituzionali. Il modello costituzionale di tutela dei diritti indica chiaramente la strada da seguire: se il giudice ritiene di non poter “forzare” la lettera della legge con un'interpretazione “costituzionalmente orientata”, potrà, anche su istanza di parte, sollecitare l'intervento della Corte costituzionale, la cui sentenza, se favorevole all'individuo, colpirà la legge “nella parte in cui” la tutela del diritto non è sufficientemente assicurata. La ricca tipologia di pronunce che la Corte ha elaborato per assicurare questo risultato è notissima, ma resta evidente che, nel modello costituzionale, ciò non trasforma la Corte costituzionale nel “giudice dei diritti”, come talvolta viene definita. Il compito di tutelare i diritti resta saldamente attribuito al giudice ordinario, mentre la Corte costituzionale interviene per aiutare il giudice a smussare la legislazione ordinaria in modo che possa essere applicata senza disapplicare la Costituzione. La Corte interviene però se e soltanto se sia dimostrato che non è possibile elaborare, sulla base delle disposizioni vigenti e attraverso il ricco strumentario dell'interpretazione, una norma che garantisca al diritto rivendicato dall'individuo una tutela sufficiente rispetto alle garanzie costituzionali. Questo compito ricade per altro principalmente sulle spalle del giudice comune.

3. Un caso emblematico

Il “caso Englaro” è emblematico di come funzioni il sistema. Quando il padre di una ragazza che da sedici anni giaceva in stato vegetativo permanente chiese al giudice civile di ordinare la rimozione del tubo di nutrizione artificiale, lasciandola morire “naturalmente”, il tribunale civile rispose che non c'era una norma legislativa che disciplinasse il caso e che perciò un giudice comune non poteva prendere una decisione che, provocando la sospensione della nutrizione artificiale, avrebbe certamente causato la morte della paziente: citando una decisione della Corte EDU⁴, il giudice negò che esistesse un “diritto a morire” e aggiunse che, mancando una precisa norma di legge, tra il diritto alla vita, da un lato, e il diritto di auto-determinazione e di rifiuto del trattamento medico, dall'altro, il primo avrebbe comunque dovuto prevalere⁵. La decisione venne rovesciata in Cassazione⁶, la quale ritenne di individuare nell'art. 32.2 Cost. – che riconosce il diritto individuale a rifiutare qualsiasi trattamento medico – la premessa per risolvere il caso a favore del ricorrente, ponendo alcune condizioni perché il tutore sia

³ Art. 3 della legge 117/1988 sulla responsabilità civile dei magistrati.

⁴ Decisione del 29 aprile 2002 (*Pretty c. Regno Unito*: appl. no. 2346/02).

⁵ Corte d'Appello di Milano, decreto 16.12.2006, in *Il Foro italiano*, 2007, 571.

⁶ Corte di Cassazione, sez. I civ., sent. 21748/2007.

autorizzato ad esprimere la volontà della persona incapace di esercitare il diritto di scelta. Siccome non esisteva una disposizione di legge che impedisse di raggiungere questo risultato in via interpretativa – altrimenti avrebbe potuto impugnarla davanti alla Corte costituzionale – la Cassazione “derivò” la norma del caso direttamente dai principi costituzionali.

Proprio il “caso Englaro” denuncia il malfunzionamento del presupposto implicito del modello costituzionale di tutela dei diritti: esso vuole che sia il legislatore a definire i diritti da riconoscere e le modalità della loro tutela. Il problema divideva profondamente l’opinione pubblica, gli schieramenti politici anche al loro interno e persino gli organi costituzionali. L’apice lo si raggiunse quando il Parlamento fece ricorso alla Corte costituzionale lamentando che la Corte di cassazione aveva invaso la funzione legislativa emanando una regola generale e quindi sostituendosi al legislatore. La Corte costituzionale lo dichiarò inammissibile⁷, perché nulla impediva al parlamento di approvare – finalmente – una legge in materia, mentre, al contrario, al parlamento non era consentito di interferire con la funzione giurisdizionale e sindacare il modo con cui i giudici svolgono i propri compiti.

4. La legge e il giudice: due canali diversi per rivendicare un diritto

Questa vicenda ci spiega quale sia il primo fattore che pone in crisi il sistema costituzionale di tutela dei diritti: il malfunzionamento della produzione legislativa. È infatti dalla legge che prende spunto tutto il resto, dal compito dei giudici di assicurare agli individui la tutela dei diritti (come disciplinati dal legislatore), alla possibilità di promuovere il ricorso alla Corte costituzionale nei casi in cui la tutela legislativa risultasse insufficiente rispetto alle garanzie costituzionali. La richiesta sociale di riconoscimento dei diritti, specie dei c.d. *nuovi diritti* (come quello ad una morte dignitosa, su cui verteva il caso Englaro), non dovrebbe di regola essere rivolta al giudice, ma al legislatore. Questa sarebbe la via maestra, che non è affatto complanare rispetto al ricorso al giudice. La differenza è evidente: mentre al giudice si pone una domanda individuale di riconoscimento del proprio diritto, e si ottiene una risposta altrettanto individuale (che potrà imporsi come soluzione generale solo attraverso la forza del precedente giudiziario o persuadendo la Corte costituzionale a incidere sul tessuto legislativo rimuovendo gli ostacoli all’affermazione del diritto), al legislatore si chiede un riconoscimento in via “generale e astratta”. Ma non c’è solo questo: il giudice, riconoscendo la fondatezza della pretesa dell’individuo, risponde nei termini della domanda, ossia in relazione al caso concreto e lo fa sulla base di una fonte normativa posta, della cui esistenza deve dare conto e della cui interpretazione si deve fare – motivando – carico. Il dispositivo della sua sentenza non potrà contenere una completa disciplina delle modalità e dei limiti di garanzia del diritto in questione, ma dirà soltanto se *in quelle determinate condizioni fattuali* il diritto è o meno riconosciuto e tutelato. Ogni affermazione del giudice – anche del giudice delle leggi, in fondo – è corredata dalla clausola implicita *rebus sic stantibus*, che non chiude mai lo spazio di intervento del legislatore e può valere da precedente – nella debole accezione del vincolo accettata dalla cultura giuridica italiana – soltanto nello specifico quadro fattuale del caso deciso.

Per la legislazione è tutto diverso. Se il legislatore fa sua l’istanza sociale al riconoscimento di un diritto, produrrà una disciplina stabile dell’esercizio di quel diritto, in cui si specificheranno però anche le

⁷ Corte cost., ord. n. 334/2008.

condizioni e i limiti a cui esso è sottoposto. Come spesso afferma la Corte costituzionale quando rigetta la questione di legittimità, spetta al legislatore fissare i termini del bilanciamento tra un diritto individuale e gli altri diritti o interessi generali.

Dunque, mentre il giudice riceve e accoglie (se accoglie) una richiesta di tutela espressa in termini assoluti, ma circoscritta nel perimetro tracciato dalla sequenza caso-domanda-interesse ad agire, al legislatore spetta di dare al diritto in questione un riconoscimento generale ma circostanziato, cioè di affermare contestualmente il diritto e i suoi limiti. Il giudice può amministrare la concorrenza degli interessi nei termini in cui essi siano fissati dalla legge e rappresentati nel giudizio; il legislatore invece deve prefigurarsi – anche stimolato dal dibattito parlamentare – tutti gli interessi che possono essere incisi dal riconoscimento legislativo di un determinato diritto, e provvedere a regolarne il concorso. Questo spiega perché certe organizzazioni d’interessi (ambientaliste, dei consumatori, etico-religiose ecc.), che hanno in cura quelli che loro vantano come “valori non negoziabili” – e sono perciò poco propense alla trattativa e alla negoziazione politica (che sono necessarie in una società pluralista e proprie del procedimento parlamentare) – preferiscono la via giudiziaria a quella parlamentare, la sentenza piuttosto che la legge. Così la loro richiesta si pone fuori dalle regole della democrazia rappresentativa. Preferiscono *usare* il diritto davanti agli organi giudiziari, piuttosto che battersi per *produrlo* attraverso i metodi della democrazia rappresentativa. È l’affermazione incondizionata di un diritto, di un interesse o di un «desiderio infinito e impossibile»⁸ quello cui mirano, non il confronto con gli altri interessi, inevitabile in un’arena politica.

Perciò si può dire che l’eccessiva pressione sulla giurisdizione è simmetrica alla “fuga dalla legislazione”, ed entrambe concorrono a provocare frantumazione sociale e a svalutare i momenti di mediazione e di coesione che dovrebbero essere propri del processo legislativo. Ma è vero anche l’inverso: la frantumazione sociale e la difficoltà delle mediazioni politiche ostacolano un accettabile funzionamento del canale legislativo, rendono lunghe e complicate le procedure parlamentari, difficoltose le mediazioni politiche, ardue da interpretare le formule legislative frutto di compromessi linguistici. E tutto ciò riapre e intorbidisce lo spazio entro cui deve muoversi l’interprete e decidere il giudice.

5. Sul ruolo della Corte costituzionale

Il processo legislativo serve a individuare i punti di bilanciamento tra interessi contrastanti nella definizione della tutela dei diritti. Ma i limiti che il legislatore pone ai diritti non possono essere arbitrari. Spetta alla Corte costituzionale verificarne la ragionevolezza, e lo fa – ancora una volta – su impulso di parte: ossia sarà ancora una volta il giudice ad essere sollecitato da chi rivendica il diritto e a porre alla Corte il problema se sia o meno equilibrato – rispetto ai principi costituzionali – il punto di bilanciamento scelto dal legislatore. La giurisprudenza costituzionale è piena di censure rivolte a bilanciamenti di interessi che il legislatore ha tracciato, talvolta maldestramente, talvolta in modo troppo rigido, talvolta senza considerare altri interessi che pure risultano coinvolti. Per ognuna di queste censure c’è, in origine, un giudice che ha accolto la contestazione mossa da un individuo, il quale ha sostenuto l’irragionevole compressione del *suo* diritto nella particolare circostanza descritta dal *suo* caso.

⁸ M.A. GLENDON, *Rights Talk*, New York, 1991, 45.

Si ricordi che il giudice è sempre sollecitato a spingere verso l'allargamento della tutela del diritto individuale; rispetto ad essa la legge ne segna invece inevitabilmente il limite, il punto in cui la tutela cede alla garanzia di altri interessi. Di fronte alla difficoltà di attivare il canale politico della rappresentanza e ad avviare un percorso legislativo non troppo accidentato, le formazioni sociali che si coagulano nella rivendicazione di un "nuovo" diritto preferiscono spesso bussare alla porta dei giudici per chiedere un riconoscimento sia pure delimitato dal perimetro del caso concreto, dalla "specificità" e "particolarità" della situazione. Più sono capaci di restringere le implicazioni del caso e ad abbassare il livello ideologico della loro richiesta di riconoscimento, meno corrono il rischio di far irrigidire il giudice, il quale giustamente teme di sconfinare dall'ambito della giurisdizione⁹. In alternativa, le formazioni sociali possono innescare una battaglia politica per il riconoscimento per legge delle loro pretese; ma essa mobilerà tutti gli interessi antagonisti, che spingeranno per una stretta delimitazione (se non per il disconoscimento) del diritto invocato.

Quando la risposta legislativa finalmente arriverà e le visioni concorrenti dei principi costituzionali avranno ricevuto una selezione "imperiale" imposta dall'autorità politica¹⁰, la questione non sarà affatto chiusa. Frutto di una mediazione politica tra istanze contrastanti, la legge riconoscerà margini limitati e condizionati al diritto rivendicato, innescando una nuova battaglia sociale e legale per oltrepassarli. In origine si trattava di rimuovere gli ostacoli che gli apparati pubblici o gli interessi privati opponevano di fatto all'esercizio in concreto del diritto; ora invece l'obiettivo diventa la rimozione dei limiti posti dalla nuova legge all'esercizio del diritto, dei quali si contesta la razionalità, la ragionevolezza o la proporzionalità. Come in precedenza, tribunali amministrativi e giudici ordinari non basteranno a soddisfare la domanda degli individui. Talvolta possono agire in via d'interpretazione, adeguando il significato delle disposizioni legislative alla coscienza sociale; altre volte saranno il tramite per il giudizio della Corte costituzionale, alla quale devono indicare in quale direzione la disciplina normativa andrebbe modificata.

In conclusione, la via maestra per la rivendicazione dei diritti, la legislazione, si rivela molto spesso difficile da percorrere e non capace di soddisfare la "domanda sociale" di riconoscimento: domanda che pertanto esonda da questo canale e si riversa sull'altro, quello della giurisdizione.

6. Crisi della legislazione e tecniche di estensione della giurisdizione

Il modello costituzionale di tutela dei diritti subisce così un'incrinatura pericolosa. I giudici non trovano nelle leggi un sostegno adeguato per fornire ai ricorrenti una risposta soddisfacente. Come osservava Hegel, nell'amministrazione della giustizia si realizza l'unità tra interno ed esterno, tra coscienza

⁹ Si possono ricordare *self-restraint* storici, come quello della Cassazione del 1906 di fronte alla rivendicazione del diritto elettorale da parte delle donne («riforme di questa natura nella sfera del pubblico diritto non possono senza una lunga e studiata preparazione e senza una matura ponderazione di tutte le conseguenze che in qualunque senso potranno da esse derivare e ripercuotersi su tutta la vita dello Stato») o quella, molto più recente, ma non distante come impostazione, della Corte costituzionale in materia di matrimonio omosessuale (sent. 138/2010).

¹⁰ Impiego qui la suggestiva terminologia di R. M. COVER, *The Supreme Court 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative*, in *Harvard Law Review*, 97, 4, 1983-1984, di cui M. GOLDONI ha curato un'ottima traduzione in *Nomos e narrazione: una concezione ebraica del diritto*, Torino, 2008.

giuridica della società civile e l'astratta formulazione della legge. Il giudice, quindi, allo stesso tempo appartiene alla struttura istituzionale del potere statale, di cui applica la legge, ma è anche parte della società civile e del suo "sentire collettivo": è l'interprete tanto dell'una quanto dell'altra. In ciò il giudice concorre a dar voce alla funzione giusgenerativa della società e delle sue componenti, perché nell'interpretazione non c'è soltanto la contrapposizione di testo legislativo e significato normativo, di disposizione e di norma, ma anche quella tra potere pubblico e società civile. La giurisdizione è il momento di sintesi tra queste due dimensioni. Proporre al giudice la domanda di riconoscimento di un diritto "nuovo" – prospettando la novità dei fatti o delle tecnologie che sfidano l'assetto consolidato dell'ordinamento sociale, oltre che giuridico – significa imboccare una strada potenzialmente favorevole all'istante tutte le volte in cui la pretesa abbia con sé un sufficiente consenso sociale, poiché è dalla società civile che il giudice trae – almeno in parte e con i limiti propri dell'interpretazione di un testo – il significato delle disposizioni di legge.

Nello svolgimento di questo difficile compito il giudice è portato a cercare ispirazione in un universo giuridico che non è ristretto nei confini dell'ordinamento italiano. Questo è in principio un mondo chiuso, avvolto nella membrana della sovranità e difeso dal principio di esclusività («non avrai altro dio al di fuori di me» esordisce la Tavola della Legge, e gli ordinamenti giuridici – tutti – non sono meno "gelosi" della loro esclusività). I diritti sono disciplinati dalla legislazione statale, nell'ambito della Costituzione, e applicati dai giudici nazionali, con l'ausilio della Corte costituzionale. Ma le aperture non mancano, e si chiamano applicazione diretta del diritto UE e importazione della giurisprudenza della Corte EDU.

7. Usi e abusi della giurisprudenza della Corte di giustizia

Nella fondamentale sentenza *van Gend & Loos*¹¹, per la prima volta la Corte di giustizia dell'Unione europea elabora la dottrina degli «effetti diretti» delle norme UE. «Nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il trattato espressamente li menziona, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti dal trattato ai singoli, agli stati membri o alle istituzioni comunitarie». Questo storico passaggio della Corte di giustizia introduce una giurisprudenza il cui obiettivo esplicito è di evitare che uno Stato «possa trarre vantaggio dalla sua trasgressione del diritto comunitario»¹², ma fa sì che il diritto comunitario diventi fonte di diritti «che entrano a far parte del loro [dei cittadini] patrimonio giuridico», diritti che «sorgono non solo nei casi in cui il trattato espressamente li menziona, ma anche in relazione agli obblighi che il trattato impone ai singoli, agli Stati membri e alle istituzioni comunitarie»¹³. Il compito dei giudici nazionali è conseguente e chiaro: devono garantire la piena efficacia diretta di tali norme e tutelare i diritti da esse attribuiti ai singoli.

¹¹ C- 26/62. Merita leggere il commento "dal di dentro" di P. PESCATORE, *Van Gend and Loos, 3 February 1963 – A View from Within*, in M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (eds), *The Past and Future of EU Law*, Oxford and Portland, 2010, 3 ss.

¹² Sent. *Faccini Dori* (C-91/92).

¹³ Sent. *Francovich* (C-6/90 e C-9/90).

La Corte di giustizia ha così creato un meccanismo di *private enforcement* del diritto comunitario¹⁴, non previsto dai trattati e basato sull'interesse dei privati a far valere i diritti assicurati dall'ordinamento europeo anche quando lo Stato non abbia provveduto ad adeguare il proprio ordinamento. La Corte costituzionale, dal canto suo, ha spiegato che, in caso di contrasto tra una legge italiana e una norma europea munita di effetto diretto, il giudice nazionale deve dare prevalenza alla seconda, "non applicando" la prima, tutte le volte in cui gli risulti che in materia sia competente l'ordinamento europeo, e non quello italiano¹⁵: non c'è un giudizio negativo sulla validità della norma italiana (come sarebbe nel caso della *disapplicazione*), ma solo un giudizio sulla competenza, che è fissata dai trattati¹⁶. Uno schema teoricamente ingegnoso, ma fondato su fondamenta di argilla, perché fa perno sulla distinzione degli ambiti di applicazione dei due ordinamenti – quello comunitario e quello nazionale – distinzione però del tutto opinabile e affidata all'interpretazione dei trattati, cioè al giudizio – tutt'altro che univoco e oggettivo – della Corte di giustizia¹⁷.

La Corte costituzionale italiana non ha avuto remore a riconoscere che anche le sentenze "interpretative" della Corte di giustizia possono produrre effetti diretti¹⁸. Il che ha fatto esplodere lo strumento del rinvio pregiudiziale, con cui i giudici comuni riescono a raggiungere un risultato che altrimenti sarebbe loro precluso: liberarsi dal vincolo della legge.

L'art. 101.2 Cost. («I giudici sono soggetti soltanto alla legge») potrebbe essere indicato come il quarto pilastro del modello costituzionale. Esso tutela l'autonomia del giudice nell'interpretazione della legge ma anche il vincolo che dalla legge gli deriva. Rappresenta quindi il presupposto e il corollario del monopolio della Corte costituzionale nel *judicial review* delle leggi – leggi che mai il giudice potrebbe disapplicare ritenendole contrarie alla Costituzione. Se invece il giudice s'imbatte in una norma europea munita di effetto diretto, può applicarla mettendo da parte la norma italiana contraria. Che una norma europea abbia effetto diretto può essere una convinzione che il giudice raggiunge in via di interpretazione, con o senza interrogare a proposito la Corte di giustizia.

Ma il giudice può fare molto di più: può provocare il riconoscimento di una norma ad effetto diretto. Basta che proponga alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale di interpretazione in cui si prospetta in termini astratti – come una questione di interpretazione di una determinata disposizioni europee, anche di un principio del trattato, per esempio – il dubbio se una determinata norma nazionale – quella che il giudice sarebbe tenuto ad applicare – sia compatibile con essa. Non è tecnicamente un'impugnazione della legge italiana, che esulerebbe dalle competenze della Corte di giustizia, ma la conseguenza è molto simile. Dichiarando che l'ordinamento europeo "osta" all'applicazione di una norma interna di quella fatta, la Corte di giustizia ne vieta l'applicazione, producendo l'effetto diretto che consente al giudice italiano di liberarsi dal vincolo della legge.

La proprietà dell'effetto diretto è stata riservata dalla Corte di giustizia alle sole norme «chiare, precise e incondizionate», cioè suscettibili di essere applicate dal giudice senza invadere le competenze discrezionali del legislatore o dell'amministrazione; ma soprattutto è stata introdotta come strumento che

¹⁴ Su cui cfr. F. WILMAN, *Private Enforcement of EU Law Before National Courts*, Cheltenham, UK, 2015.

¹⁵ Sent. 170/1984.

¹⁶ Sent. 168/1991.

¹⁷ Come mostra con grande chiarezza l'analisi svolta da M.E. BARTOLONI, *Ambito d'applicazione del diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali. Una questione aperta*, Napoli, 2018.

¹⁸ Sent. 113/1985.

può essere attivato solo dal privato a tutela dei suoi diritti “comunitari” contro lo Stato inadempiente: «è compito dei giudici nazionali, secondo il principio di collaborazione enunciato dall'art. 5 del trattato CEE, garantire la *tutela giurisdizionale spettante ai singoli* in forza delle norme di diritto comunitario aventi *efficacia diretta*»¹⁹. Come la Corte ha affermato anche nella sent. *Berlusconi e altri*²⁰, l'effetto diretto non si può produrre a danno del privato, aggravando per esempio la responsabilità penale degli imputati, ma solo a suo favore, per assicurare la tutela dei suoi diritti contro il comportamento omisivo dello Stato.

Di quali diritti si sta parlando? Essenzialmente delle libertà di mercato iscritte nel trattato e implementate dalle direttive: ostacoli provocati dalle resistenze, intenzionali o meno, degli Stati ad aprire il proprio ordinamento alla libera circolazione delle merci, dei capitali e dei lavoratori; gli ostacoli potevano così essere saltati riconoscendo l'effetto diretto di tali principi, incluso il divieto di discriminazione in base alla nazionalità. Sono solo i diritti “di mercato” a legarsi all'effetto diretto, non altri: il che ovviamente crea una certa tensione tra il catalogo delle libertà dell'organizzazione europea e la ben più complessa e articolata tavola dei diritti contenuta nella nostra Costituzione²¹. Tuttavia, il potenziale contrasto tra i “valori” premiati dai due ordinamenti non si faceva percepire con urgenza, almeno agli inizi.

Però la prospettiva è cambiata nel tempo, per almeno due fattori. Anzitutto la Corte di giustizia sembra ormai orientata a riconoscere l'effetto diretto *almeno* delle norme del trattato anche in senso sfavorevole al privato: l'obiettivo dell'integrazione degli ordinamenti viene così perseguito “forzando” gli strumenti messi a disposizione dal trattato, attraverso una giurisprudenza che però incontra la resistenza delle Corti costituzionali degli Stati membri²².

Ma vi è un altro pertugio che si è schiuso e che i giudici italiani stanno cercando di allargare. Il meccanismo dell'effetto diretto e della conseguente non-applicazione della legge italiana sembra ad alcuni giudici costituire il grimaldello con cui “forzare” il principio della riserva alla Corte costituzionale del giudizio di legittimità delle leggi ordinarie. Attraverso la dilatazione delle regole sull'effetto diretto, si punta a riconoscere la diretta efficacia di tutti i principi contenuti nell'ordinamento dell'Unione europea, a partire dai diritti sanciti dalla Carta dei diritti, ormai incorporata nel trattato. Il principio di eguaglianza e il divieto di discriminazione, sanciti dal Titolo III, divengono così – almeno nella visione di alcuni giudici – un surrogato dell'art. 3 Cost., che però consente di rivolgersi alla Corte di giustizia piuttosto che alla Corte costituzionale, poiché «il dialogo diretto con la Corte di Giustizia risulta essere [...] lo strumento più diretto ed efficace per accertare la compatibilità del diritto interno con le disposizioni dell'Unione ed i principi posti a tutela dei diritti fondamentali stante la chiara prevalenza degli aspetti concernenti il contestato rispetto del diritto dell'Unione sui profili nazionali»²³. Ragionamenti del tutto analoghi portano anche a far valere davanti alla Corte di giustizia la tutela del diritto di difesa che pure è ampiamente garantito dalla Costituzione²⁴. È chiaro che alla Corte di giustizia non importa nulla degli

¹⁹ CGUE, C-213/89, *Factortame*, (punto 19).

²⁰ C-387/02, C-391/02 e C-403/02.

²¹ Ho sviluppato l'analisi di questo problema in *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, 69 ss.

²² Come mostrano le ben note vicende del “caso Taricco”, riassunte dalla Corte costituzionale nella sentenza (115/2018) che chiude (almeno per il momento) il caso.

²³ È quanto si legge nell'ord. della Cassazione, sezione lavoro, n. 13678/2018 (Bronzini) del 30 maggio 2018.

²⁴ Si veda ad es. l'ord. Trib. Milano (sez. immigrazione), 9 maggio 2018 (Flamini).

equilibri tra gli interessi costituzionali riconosciuti dal nostro ordinamento ed “amministrati” dalla Corte costituzionale: il suo orizzonte si apre e si chiude con l’affermazione dell’ordinamento UE e la prevalenza di esso su ogni altra considerazione.

È evidente che questo tipo di giurisprudenza tende a incrinare i pilastri su cui regge il modello costituzionale di tutela dei diritti: introduce deroghe al monopolio del *judicial review* delle leggi che la Costituzione attribuisce alla Corte costituzionale e rende aggirabile il vincolo del giudice alla legge; non è più la Costituzione la fonte prioritaria di riconoscimento dei diritti e si attenua anche la riserva alla legge, frutto del dibattito e del compromesso parlamentare, della disciplina di essi e dei bilanciamenti tra essi. È inevitabile che la Corte costituzionale reagisca a questo smottamento, come poi si dirà. Però si tratta di un fenomeno che lambisce solo marginalmente il “biodiritto”, perché la Corte di giustizia si occupa essenzialmente del diritto del mercato, essendo questo il centro dell’ordinamento della UE. Sono le «quattro libertà» del mercato e la tutela della concorrenza l’oggetto quasi esclusivo della giurisprudenza di Lussemburgo, gli altri diritti venendo in rilievo essenzialmente quando si debba valutare se una misura restrittiva della libera circolazione introdotta da uno Stato membro sia o meno giustificabile in nome della protezione di un diritto fondamentale²⁵; oppure quando la Corte venga chiamata a “sanzionare” lo Stato che non adegui la sua normativa alle norme europee che pongono standard di sicurezza per determinati “prodotti” che ricadono nella sfera di interessi del biodiritto²⁶. Non è dunque questa la “porta” attraverso di cui si importano i “diritti” di cui si occupa il biodiritto, se non sporadicamente.

8. Usi e abusi della giurisprudenza EDU

La ricerca di schemi normativi utili a rispondere alla domanda di tutela di “nuovi” diritti, porta il giudice a ipervalutare la giurisprudenza della Corte dei diritti dell’uomo, approfittando della sua “degenerazione” e anzi stimolandola. Parlo provocatoriamente di “degenerazione” perché a mio avviso il fenomeno è eclatante e non sempre adeguatamente percepito²⁷.

L’*imprinting* originario della Corte è quello di una organizzazione internazionale, solidamente impiantata nella cultura accademica e limitata a 10 Stati piuttosto omogenei nelle loro opzioni costituzionali²⁸ e nella collocazione politica nello schieramento internazionale. Non vi era allora un progetto volto a uniformare la disciplina dei diritti e la sua applicazione in tutti gli Stati: né ci può essere oggi, quando ormai gli Stati aderenti sono arrivati a 47²⁹. La CEDU infatti non è stata concepita come strumento volto

²⁵ È la c.d. “giurisprudenza ERT” (dalla sent. C-260/89), che si contrappone all’altro filone di giurisprudenza, in cui si giudica della *compatibilità* con l’ordinamento europeo, inclusi i diritti fondamentali, delle norme interne che danno attuazione alle norme europee (che prende il nome dalla sent. C-5/88, *Wachauf*).

²⁶ Vedi per es. la sent. C-29/14 che condanna la Polonia per non aver correttamente trasposto la direttiva che disciplina controllo, alla lavorazione, allo stoccaggio e alla distribuzione di tessuti e cellule umani; oppure sent. C-364/13 sulla brevettabilità dell’ovulo umano non fecondato; e naturalmente la sent. *Brüstle* (C-34/10) sulla tutela degli embrioni.

²⁷ Il tema è sviluppato in *Critica della teoria dei diritti* cit., 94 ss., di cui qui sono utilizzati alcuni argomenti.

²⁸ Cfr. M.R. MADSEN, *The Protracted Institutionalization of the Strasbourg Court: From Legal Diplomacy to Integrationist Jurisprudence*, in J. CHRISTOFFERSEN, M. RASK MADSEN (a cura di), *The European Court of Human Rights*, Oxford, 2011, 47.

²⁹ Lord HOFFMANN, *The Universality of Human Rights*, in *Judicial Studies Board Annual Lecture*, 19 March 2009.

a governare gli sviluppi futuri, ad adattare le proprie previsioni all'evoluzione della società e modificare significati e equilibri tra i principi in corrispondenza ai programmi politici che il corpo sociale e le sue istituzioni politiche di continuo trasformano. È nata con gli occhi rivolti al passato, come programma di difesa dello *status quo* diretto a scongiurare che l'evoluzione politica portasse a sgretolare le conquiste di cui godono le democrazie occidentali³⁰; ed anche il rapporto che la Convenzione istituisce tra i suoi organi e i parlamenti nazionali è pensato per questo obiettivo³¹. Suonare il campanello di allarme davanti al rischio di un ritorno al totalitarismo è una funzione perfettamente compatibile con una Corte internazionale; interpretare l'evoluzione politica e sociale della società ovviamente no. Questa è un'aspirazione del tutto fuori luogo rispetto ai tratti originari della CEDU, perché alla Corte EDU non è stata affidata nessuna funzione unificatrice della disciplina dei diritti costituzionali.

Non c'è dubbio però che la riforma del "sistema" della Convenzione e l'introduzione dell'accesso individuale alla giustizia convenzionale sono i fattori "interni" che hanno favorito la percezione della Convenzione e della sua Corte in termini "costituzionali": la – a mio avviso deprecabile – introduzione del "parere consultivo" che i giudici potranno proporre incidentalmente alla Corte EDU³² la aggraverà ulteriormente, allontanando sempre più la sua giurisprudenza dal modello originario. A spingere la Corte di Strasburgo su questa strada è stato anche un fattore *lato sensu* ideologico, che ha indotto a porre al centro dell'attenzione della Corte non i comportamenti degli Stati, da richiamare quando regredissero nella tutela dei diritti, ma l'*homme situé*, destinatario di una tutela multilivello dei diritti «par sa triple identité: identité nationale; identité européenne; identité universelle»³³. Ciò comporta che venga accreditato uno *ius commune* dei diritti fondamentali, che non ha pieno sviluppo nel testo "minimalista" della Convenzione, ma viene a formarsi con l'elaborazione dei suoi principi attraverso la giurisprudenza³⁴. Lo sfondo teorico è una visione monistica dei rapporti tra diritto internazionale e diritto nazionale, in cui la CEDU svolgerebbe la funzione tipica di una costituzione, quale vertice della gerarchia delle fonti di un sistema giuridico unico che ingloba sia il diritto internazionale che il diritto interno, e in cui gli individui, divenuti definitivamente soggetti rilevanti anche del diritto internazionale, sono messi in grado di far valere i loro diritti "convenzionali" direttamente davanti alla Corte EDU³⁵. Con il solo non trascurabile particolare di essere un sistema giuridico unico che "amministra" i diritti individuali ma è privo di istituzioni politiche rappresentative proprie: quelle istituzioni che, in un sistema costituzionale, producono le norme la cui costituzionalità può essere vagliata dal giudice delle

³⁰ Cfr. E. BATES, *The Birth of the European Convention on Human Rights – and the European Court of Human Rights*, in *The European Court of Human Rights*, cit., 21.

³¹ Cfr. A. DONALD, P. LEACH, *Parliaments and the European Court of Human Rights*, Oxford, 2016, spec. 72 ss.

³² A seguito dell'entrata in vigore del Protocollo 16: il primo parere consultivo è stato chiesto dalla Cassazione francese e dato dalla *Grande Chambre* il 10 aprile 2019. Benché l'art. 5 precisi che «i pareri consultivi non sono vincolanti» è facile immaginare quale credito verrà ad essi riconosciuto dai giudici interni.

³³ M. DE SALVIA, *L'élaboration d'un "ius commune" des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne etc.*, in F. MATSCHER, H. PETZOLD (a cura di), *Protecting Human Rights: The European Dimension*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, 556.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Per questo quadro teorico, cfr. A. VERDROSS, *La place de la CEDU dans la hierarchie des normes juridiques*, in *Comunicazioni e studi*, XI, 1969, 1 ss.

leggi, di cui però possono ri-orientare la giurisprudenza modificando, con le debite procedure, la Costituzione stessa³⁶.

Non mi soffermo ad esaminare come questo “scivolamento” di ruolo si rifletta anche sulle tecniche di giudizio della Corte EDU³⁷, né sulle distanze che separano la “tavola” dei diritti inclusi nella CEDU e quelli proclamati dalla nostra Costituzione³⁸. Apparentemente inconsapevoli di questo, i giudici italiani mostrano spesso la tendenza a dare “effetto diretto” alla Carta e alla giurisprudenza della Corte EDU, sovrapponendole alla Costituzione e alla giurisprudenza costituzionale italiana³⁹. Il meccanismo acquisito dalla esperienza comunitaria viene esteso alla giurisprudenza EDU modellando un ulteriore strumento per liberare il giudice italiano dal vincolo alla legge senza passare per il meccanismo dell’eccezione di incostituzionalità davanti alla Corte costituzionale. A questo atteggiamento fa sponda anche le tesi sostenute da alcuni giudici della Corte di Strasburgo, a cui evidentemente il rispetto dell’architettura costituzionale italiana – sicuramente obbligatorio per i “nostri” giudici – appare sintomo di «*constitutional parochialism*», esecrabile in nome del trionfante universalismo dei diritti umani⁴⁰. Ed è ovvio che a questo evidente abuso la Corte costituzionale abbia negli anni più recenti duramente reagito.

9. Meriti e limiti del «provincialismo costituzionale»: il caso del biodiritto

È rinunciabile il modello costituzionale di tutela dei diritti? La domanda trae giustificazione dalla diffusa convinzione che si possa superare il «provincialismo costituzionale» e perseguire la costruzione di un modello più aperto di tutela dei diritti, puntando ad un orizzonte più vasto, universale: i giudici resterebbero il perno della tutela dei diritti, ma sfumerebbe la centralità della legge e del giudizio di legittimità della Corte costituzionale su di essa; e quindi arretrerebbe dal proscenio la stessa Costituzione italiana.

Vorrei spezzare una lancia a favore del provincialismo costituzionale. Le costituzioni e i diritti sono prodotti della storia; la storicità dei diritti si perde nella dimensione globale (o universale) dei diritti umani, che sembra oggi attrarre l’attenzione di tanti. In una dimensione a-storica, i diritti sono apolidi, sono attribuiti non sulla base della cittadinanza e di ciò che essa significa, ma riconoscibili a un uomo generico, ridotto alla «astratta nudità dell’essere-nient’altro-che-uomo»⁴¹. I diritti sono ridimensionati

³⁶ Cfr. J.F. FLAUSS, *La Cour européenne de droit de l’homme est-elle une cour constitutionnelle?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1998, 725 s.

³⁷ Rinvio a *Critica della teoria dei diritti*, cit., 101 ss.

³⁸ Cfr. M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l’interpretazione “conforme a”*, in *Foro amministrativo*, 2007, 87 ss. (spec. 97 ss.); ID., *Costituzionalismo “irenico” e costituzionalismo “polemico”*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2006, 1644 ss. (1661 ss.).

³⁹ Molto opportuno mi appare il punto affermato dalla (per altro assai contestata) sent. 269/2017 in tema di “doppia pregiudizialità”, ribadito dalla più recente sent. 20/2019.

⁴⁰ Una sintesi di questa visione si può leggere nell’opinione del giudice Pinto De Albuquerque nella sent. *G.i.e.m. S.r.l. and others v. Italy* del 28 giugno 2018 (punti 78 ss.). Sull’inconsistenza della visione universalistica dei diritti umani rinvio al capitolo finale di *Critica della teoria dei diritti*, cit.

⁴¹ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Torino, 2004, 415. Anche le riflessioni che seguono sono state anticipate in *Critica della teoria dei diritti*, cit.

a quel massimo comun divisore che non può «non connotare l'identità della persona, di qualsiasi persona»⁴².

Può ridursi a questo ciò che la storia costituzionale ci ha consegnato? Se porghiamo attenzione alla tavola di diritti della CEDU, vediamo facilmente che la “costituzionalizzazione” della CEDU è il frutto di un equivoco in cui la Corte EDU è caduta scambiando le clausole di elasticità della Convenzione (quali le misure «necessarie in una società democratica» e il «margine di apprezzamento») per autorizzazioni alla Corte di Strasburgo a svolgere un giudizio di bilanciamento che necessariamente si sovrappone a quello delle Corti costituzionali. Nel sistema della Convenzione, alla Corte europea è attribuita la competenza di interpretare le disposizioni relative ai diritti e alle libertà previste nella CEDU, avendo a riferimento il singolo caso a cui esse vanno applicate: può dire, ad esempio, se gli arresti domiciliari rientrano tra le “privazioni della libertà” considerate nell'art. 5.1 o se i diritti patrimoniali derivanti da concessioni amministrative siano da ricomprendere nella nozione di “proprietà” a cui si riferisce la tutela del Protocollo n. 1. Ma una cosa è interpretare i diritti e definirne il perimetro, un'altra è bilanciarli con altri interessi e diritti⁴³. Le clausole come il «margine di apprezzamento» devono equivalere a riserva di bilanciamento per gli organi dello Stato: questo non è affatto esplicito nella giurisprudenza EDU, ma corrisponde perfettamente al punto di vista del giudice costituzionale⁴⁴. Gli interessi ammessi al bilanciamento formano il contenuto della Costituzione, di quello che vi è scritto e di quello che essa rappresenta per la società. Ben si comprende allora la reazione che la Corte costituzionale ha espresso in alcune sentenze che vanno perciò salutate con favore, come la sentenza 264/2012⁴⁵ e le ben note “sentenze gemelle”⁴⁶. Esse hanno differenziato con chiarezza la posizione dei trattati e del diritto dell'UE da quella degli altri trattati internazionali, CEDU inclusa: ma una considerazione può valere per entrambi gli ordinamenti.

Del resto, il cardine attorno cui deve ruotare il sistema è il principio di attribuzione, che regola i rapporti tra gli ordinamenti nazionali e quelli di origine internazionale, quali l'Unione europea e la CEDU. L'autorità “di diritto internazionale” delle istituzioni di entrambe le organizzazioni europee si fonda su trattati, e l'autorità “di diritto costituzionale” dei trattati deriva sua volta dalla legge ordinaria che ne ha

⁴² G.M. FLICK, *I diritti umani nell'esperienza europea e locale: una risposta ai problemi della globalizzazione?*, in *Politica del diritto*, 2003, 147.

⁴³ Per questa distinzione cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti*, Milano, 1992, 134.

⁴⁴ «Il richiamo al “margine di apprezzamento” nazionale – elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea – deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro»: Corte cost. 264/2012 (4.1). Questo era del resto il punto fissato già dalle c.d. “sentenze gemelle” 348 e 349 del 2007. Cfr. in particolare, G. REPETTO, *L'effetto di vincolo delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nel diritto interno: dalla riserva di bilanciamento al “doppio binario”*, in *Diritto pubblico*, 2014, 1075 ss.

⁴⁵ «Il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, concetto nel quale deve essere compreso... il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela». La Corte EDU «è tenuta a tutelare in modo parcellizzato, con riferimento a singoli diritti, i diversi valori in giuoco», mentre la Corte costituzionale «opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata», e quindi, il bilanciamento è «solo ad essa spettante».

⁴⁶ Sent. 348 e 349/2007.

ordinato «*piena e completa esecuzione*». La “limitazione di sovranità” a favore di organizzazioni tra Stati, che l’art. 11 Cost. consente, ma a certe condizioni, trova nel *principio di attribuzione* la sua delimitazione. Il legislatore ordinario, che agisce in attuazione dell’art. 11 Cost., non può *attribuire* alle organizzazioni internazionali poteri di cui lui stesso non disponga liberamente essendo “vincolato” dalla Costituzione. La revisione dell’art. 117.1 Cost. ha introdotto l’obbligo per tutte le fonti primarie interne di rispettare gli obblighi derivanti dalle norme dell’Unione europea e dagli altri trattati internazionali⁴⁷, ma ciò non ha cambiato né la soggezione del giudice italiano alla legge né la riserva alla Corte costituzionale del *judicial review*, che potrà essere attivato anche per la violazione della disposizione costituzionale appena citata.

Si potrà irridere al «provincialismo costituzionale» delle Corti nazionali, ma il rispetto dei principi costituzionali che conformano un ordinamento giuridico sono parte di quei valori che generalmente si compendiano nel principio di legalità e dello Stato democratico di diritto. Sono principi a cui i giudici comuni *devono* attenersi e a cui non possono derogare in nome di una ideologia politica – perché di questo si tratta – che li libera dal vincolo alla legge: ideologia politica a cui li induce sia l’attivismo della Corte EDU, nella sua pretesa di costituirsi come “corte costituzionale”, sia la faciloneria con cui la Corte di giustizia sollecita i giudici nazionali a disapplicare le leggi nazionali che essa giudica incompatibili con le norme *self executing* da essa stessa accreditate. Vi è però un aspetto che non va sottovalutato e che riguarda nello specifico il biodiritto.

Mentre la giurisprudenza della Corte di giustizia è lambita solo marginalmente dalla tematica del biodiritto, e cioè solo per quei profili che coinvolgono o sfiorano il mercato, la giurisprudenza EDU ha svolto invece un ruolo di rilievo. Lo strutturale ritardo con cui la legislazione – non solo quella italiana, ma di tutti gli Stati – reagisce alle sfide lanciate dall’evoluzione scientifica e tecnologica e alle conseguenze che esse generano su terreno eticamente sensibili, dalla procreazione al *finis vitae*, provoca un massiccio ricorso degli individui alla Corte di Strasburgo. È l’assenza di una forma di riconoscimento della rivendicazione della persona da parte delle istituzioni nazionali la causa (ed anche il requisito di ammissibilità) del ricorso individuale alla Corte EDU. Naturalmente la Convenzione non ha risposte *prêt-à-porter* a queste sollecitazioni: ma la Corte EDU ha accettato di trarre dai diritti vagamente frasteggiati dalla Convenzione una serie di norme che servono a rispondere alle istanze dei ricorrenti. Dal *diritto alla vita* (art. 2), introdotto per vietare agli Stati di uccidere illegalmente le persone (e che quindi si salda perfettamente al *divieto di tortura*, di cui all’articolo successivo, alla *proibizione della schiavitù* dell’art. 4 e a tutte le garanzie sostanziali e processuali assicurate dagli articoli successivi), al *diritto al rispetto della vita privata* (art. 8); dalla *libertà di coscienza* (art. 9) e di *espressione* (art. 10); dal *diritto al matrimonio* (art. 12), al *diritto a un ricorso effettivo* (art. 13); per non parlare poi di principi *prêt à tout faire* come il *divieto di discriminazione* (art. 14): tutte queste “porte” vengono utilizzate dalla Corte per dare accesso alle domande delle persone che reclamano diritti che appaiono “nuovi” perché che non trovano riscontro nell’ambito degli ordinamenti nazionali. Spesso la sentenza della Corte EDU costituisce il primo riconoscimento di questi diritti e innesca un meccanismo emulativo nelle giurisdizioni nazionali.

⁴⁷ Sull’interpretazione della disposizione costituzionale, cfr. ora A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2017, 63 ss.

10. Biodiritto, modelli di giudizio ed entropia

Quale sia il tasso di “obbligatorietà” che hanno le decisioni di Strasburgo all’interno degli ordinamenti nazionali è questione su cui molto si può discutere e che, come si è detto, è stata al centro anche di alcune pronunce della Corte costituzionale. Certo non si può contestare, anche per quanto dice la giurisprudenza costituzionale, che i giudici italiani siano vincolati a prendere in considerazione le pronunce della Corte EDU quando esse definiscono l’ambito di applicazione dei diritti della CEDU. Per esempio, se la Corte di Strasburgo afferma che il mutamento di sesso rientra nell’ombrello protettivo della “vita privata” e che quindi gode della protezione accordata da esso, il giudice dovrà “tenerne conto” (nel nostro ordinamento costituzionale però l’ombrello protettivo è stato individuato nel diritto all’identità personale sin dal 1985⁴⁸); che poi tale protezione copra anche i casi in cui una donna transgender chieda di cambiare il proprio nome pur se il “cambio di sesso” non sia stato accertato è un passo in più, come lo è “bocciare” la norma nazionale che subordina la rettificazione anagrafica alla condizione della irreversibilità della trasformazione delle apparenze e la realizzazione della condizione di sterilità⁴⁹. Ancora: che “staccare la spina” ad un paziente rientri nelle violazioni del *diritto alla vita* è senz’altro questione di interpretazione della disposizione CEDU; ma valutare se un certo procedimento possa condurre legittimamente alla decisione di interrompere il trattamento è ancora cosa diversa⁵⁰. Gli esempi possono essere numerosissimi, ma proprio questo dimostra quanta distanza vi sia tra le poche disposizioni della Convenzione e l’estrema varietà delle fattispecie che ad esse vengono ricondotte dalla Corte di Strasburgo.

Ma sarebbe sbagliato ridurre il problema ad una questione di vincoli e obbligatorietà delle sentenze di un giudice internazionale. Specialmente di fronte ai temi inediti posti dalle possibilità che scienza e tecnologia offrono alla realizzazione dei desideri umani, immediatamente traducibili in rivendicazioni di diritti che finiscono assai presto sul tavolo dei giudici, le risposte non si trovano belle e pronte nella giurisprudenza di questa o quella corte. Spesso, più che di “nuove” norme da scoprire in una legge o in qualche “carta dei diritti”, ciò che può servire al giudice è un modello di ragionamento, un’ipotesi ragionata di bilanciamento tra le esigenze che si confrontano e si scontrano. Sono esigenze, principi, interessi, valori che si ritrovano in genere in tutti gli ordinamenti “civili”, ma chiedono di essere ricomposti in un assetto equilibrato e coerente se devono servire a sostenere la argomentazione del giudice. Chiamiamola pure “interpretazione”, perché è un termine ben ambientato nel linguaggio giuridico. Ma che vi sia un “oggetto” preciso di cui si tratta di individuare il “significato” in relazione al “caso” è uno schema semplicistico che non può soddisfarci a pieno.

⁴⁸ Sent. 161/1985 della Corte costituzionale, e solo più di recente alla “base giuridica” riconosciuta negli artt. 2 e 32 Cost. si è aggiunta, sulla traccia della giurisprudenza di Strasburgo, la “vita privata” di cui all’art. 8 CEDU.

⁴⁹ Si vedano, rispettivamente, le sent. S.V. c. *Italia* dell’11 ottobre 2018 e A.P., *Garçon et Nicot c. France* del 6 aprile 2017, entrambe massimate in <http://www.biodiritto.org>. Del resto, la giurisprudenza civile e costituzionale erano arrivate alla stessa conclusione: si veda il percorso ricostruito da Corte cost. 180/2017.

⁵⁰ Ed infatti, nella sent. *Lambert and Others v. France* del 5 giugno 2015 la *Grande Chambre* correttamente riconosce il «margine di apprezzamento» riservato allo Stato: cfr. C. CASONATO, *Un diritto difficile. Il caso Lambert fra necessità e rischi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, pp.489 ss.

Si diceva, traendo ispirazione da Hegel, che il giudice è un giunto di collegamento tra la società e il diritto positivo. L'interpretazione che gli viene affidata copre lo spazio tra questi due estremi, ed è un processo entropico⁵¹.

L'entropia è legata all'informazione, nel senso che ciò che si produce, per esempio, miscelando due liquidi di colore diverso è una riduzione dell'ordine iniziale del sistema, perché – per dirla in termini volgari – mescolandosi, gli elementi perdono le loro caratteristiche iniziali; perciò l'entropia è espressione di disordine e casualità. Anche considerata fuori dall'ambito della fisica, in cui essa è stata teorizzata, l'entropia indica un processo in cui le informazioni originali andranno perse per sempre, perché il processo non può essere invertito: «eggs break, but they don't unbreak»⁵². Qualcosa del genere accade anche nel processo di interpretazione giuridica. Nel suo corso, molti sono i dati che vengono importati nella mente dell'interprete, provenienti dalle origini più diverse: mescolandosi, le informazioni originali tendono a svanire⁵³. Interpretare crea disordine.

Si pensi a procedimenti come l'interpretazione di un testo “in conformità” con altre fonti: una pratica normale e fortemente “consigliata” tanto dalla giurisprudenza costituzionale che da quella della Corte di giustizia, perché serve ad evitare conflitti tra norme, conciliandole. Il prodotto di questa procedura è una norma che però non può più essere ascritta a un testo preciso. C'è un evidente scivolamento dal significato “letterale” del testo interpretato a un significato diverso, “artificiale”. La motivazione della decisione probabilmente giustificherà la strategia interpretativa seguita, ma l'entropia ha però avviato la sua opera, iniziando a offuscare le informazioni relative alla fonte da cui la norma è tratta. Alla stessa maniera, accade che⁵⁴ il significato di alcuni termini cruciali usualmente impiegati in un testo costituzionale – come “famiglia”, “contratto”, “proprietà”, “domicilio”, “stampà”, ecc. – non possa essere illustrato con l'impiego soltanto del linguaggio costituzionale o da quello ordinario, ma dipenda da come l'ordinamento giuridico – codici e leggi ordinarie – dà forma e senso ai relativi concetti. L'entropia sfuoca l'informazione sulle fonti e oscura l'originario ordine gerarchico tra di esse.

Nozioni, standard di giudizio, modelli di argomentazione, principi o punti di equilibrio tra interessi da bilanciare, dati effettuali (sia tecnici che tratti dall'esperienza quotidiana), strumenti di valutazione del comportamento professionale: sono queste – e molte altre – “fonti” che entrano nel processo di identificazione e definizione di nozioni e concetti. Per la stessa strada anche i codici etici, la “soft-law” e i

⁵¹ Ho già avanzato questa ipotesi in *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantistica*, Milano, 2013, 61 ss., e, in precedenza, l'ho abbozzata in *Gli effetti del diritto dell'Unione nell'ordinamento italiano e il principio di entropia*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, Napoli, I, 2011, 363 ss.

⁵² B. GREENE, *The Fabric of the Cosmos: Space, Time, and the Texture of Reality*, New York, 2004, p.13.

⁵³ Come nota R. M. COVER, *op. cit.*, «I precetti devono ‘avere significato’, ma essi necessariamente lo prendono a prestito dai materiali creati dall'attività sociale che non è soggetta alle limitazioni della provenienza tipiche di ciò che definiamo ‘produzione formale del diritto’. Persino quando le istituzioni cercano di creare significato per le norme da loro approvate, esse agiscono, in tal senso, secondo una forma non privilegiata» (35 della traduzione italiana).

⁵⁴ Cfr. W. LEISNER, *Von der Verfassungsmässigkeit der Gesetze zur Gesetzmässigkeit der Verfassung*, Tübingen, 1964; O. MAJEWSKI, *Auslegung der Grundrechte durch einfaches Gesetzesrecht?*, Berlin, 1971. Nel contesto italiano, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1970, 904, 913 – 915 e, in termini generali, A. RUGGERI, *Alla ricerca del fondamento dell'interpretazione conforme*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009, 388 ss., 399 s.

precedenti stabiliti da giudici stranieri o corti internazionali acquistano rilievo. Sono tutte “informazioni” indispensabili per capire i dati di fatto, per verificare le prognosi relative alle relazioni causali, per restringere la discrezionalità del giudice e ridurne l’arbitrarietà. È impossibile interpretare una norma giuridica ignorando come *di fatto* si svolgono le relazioni istituzionali e i rapporti giuridici a cui essa va applicata. Le prassi, per esempio, creano determinati equilibri tra gli organi istituzionali (così come tra operatori di mercato o tra le parti contrattuali), che danno forma al complesso di relazioni a cui la norma giuridica va applicata. Il significato che la disposizione assume non prescinde dalla situazione di fatto a cui è riferita; lo stesso linguaggio ne subisce l’influenza⁵⁵.

Molte e diverse sono le esigenze e le priorità che influiscono su quello che il giudice fa. Più è complessa la massa di regole e principi di cui il giudice ha da tener conto (nella quale possono entrare questioni come le relazioni tra l’UE e gli stati membri, il regime giuridico degli atti normative europei, la tutela effettiva dei diritti individuali che in essi trovano riconoscimento, i rapporti tra giurisprudenza costituzionale nazionale, della Corte di giustizia e della Corte EDU, e così via), più cresce l’entropia. Ciò che la motivazione di una decisione può fare è spiegare come e perché l’interprete abbia raggiunto una certa conclusione, oppure come abbia tratto una norma specifica dai testi in vigore e considerati rilevanti. Ma come le uova rotte non possono ritornare intere, un giudice non può riuscire a “ri-creare” esattamente il complesso delle informazioni che lo hanno guidato alla conclusione. Né potrebbe attribuire l’esatto peso argomentativo a ogni fonte che ha influenzato la decisione, sia o meno menzionata nella motivazione.

Di fronte alle sfide del biodiritto i giudici, incalzati dalle domande di chi cerca una tutela giuridica dei propri interessi, sprovvisti di un codice o di una legge a cui attingere per ottenere la “norma del caso”, cercano ovunque le informazioni utili a comprendere quale formato giuridico possa assumere la questione da risolvere e come elaborare la norma che gli serve, attingendo anche alla giurisprudenza di corti internazionali o a quella di altri ordinamenti giuridici. Qualche anno fa erano temi di moda la circolazione dei modelli giuridici e l’affacciarsi della comparazione giuridica nelle motivazioni delle sentenze delle corti. Sono tracce che ormai non stupisce più rilevare nella giurisprudenza sui “nuovi diritti”: proprio la loro novità implica questa estesa ricerca dei “precedenti”, cioè di modelli di argomentazione che siano compatibili con i principi costituzionali del proprio ordinamento e che appaiono suffragati dalla motivazione elaborata da qualche corte sufficientemente abile e autorevole. I “nuovi diritti” si affacciano contemporaneamente in ogni ordinamento per chiedere riconoscimento, e raramente ottengono una risposta legislativa sufficientemente attenta e rapida. E anche se da qualche parte la ottengono, ecco che così si producono informazioni – norme, interpretazioni, commenti critici ecc. – che alimentano il processo entropico che chiamiamo interpretazione.

11. Giudici, biodiritto e modello costituzionale. Una conclusione

“Nuovi diritti”, biodiritto, entropia, circolazione dei modelli giuridici sono tutti temi di cui i costituenti non potevano immaginare quanto avrebbero pesato sul ruolo dei giudici. L’immagine del giudice e della sua funzione era del tutto estranea alla cultura giuridica dell’epoca e certo nulla faceva presagire

⁵⁵ Rinvio a R. BIN, *Il fatto nel diritto costituzionale*, in *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, in *Annuario 2014* dell’AIC, Napoli, 2015, 21 ss. (spec. Sez. II).

questa evoluzione⁵⁶. Ma questo incrina il modello costituzionale di tutela dei diritti che ho descritto all'inizio?

Il giudice è rimasto l'organo hegeliano della società civile e sempre più è invocato come "giudice dei diritti". Anzi, è così sensibile alle istanze di tutela degli interessi soggettivi che ormai cede alla tentazione di attribuirsi un «vero e proprio dovere, al servizio dei diritti e delle persone», avendo come obiettivo la «tutela più intensa dei diritti»⁵⁷. Altrove ho duramente criticato questa che a me appare una dannosa confusione di ruoli⁵⁸: ma non c'è dubbio che potrebbe apparire come una generosa valorizzazione proprio del ruolo che la Costituzione assegna al giudice nella tutela dei diritti.

Quello che ha provocato nel ruolo del giudice una modificazione così radicale non è dunque la funzione che esso esercita nel modello costituzionale, ma altri due fattori. Da un lato l'esplosione di rivendicazioni di diritti alimentata soprattutto dalle nuove tecnologie e dalla scienza: ma di ciò già si è detto. Dall'altro il fallimento della legge come risposta alle istanze sociali. Questo è un fenomeno generale, che si manifesta cioè in tutti gli ordinamenti; ma in Italia è particolarmente grave per cause endogene. Potremmo riassumerle in un unico fenomeno, che trae alimento dal pessimo funzionamento del circuito politico-rappresentativo. Non c'è decisione legislativa che in Italia non debba fare i conti con la complessità del "quadro" politico e del gioco dei veti invalicabili che ostacola la soluzione di qualsiasi questione "eticamente sensibile": a cui si accompagna (e da cui in parte trae alimento) una intollerabile sciattezza legislativa, che rende le leggi sempre meno leggibili, interpretabili e chiare nel fissare la disciplina dei diritti. Meno la legge è capace di rispondere alla domanda sociale di tutela dei diritti, più è inevitabile che essa si riversi sui giudici, con le conseguenze che si sono sin qui descritte.

⁵⁶ Come mostra il dibattito che si sviluppò, dieci anni dopo, sulle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale, dibattito ben ricostruito da A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, Milano, 1994, 17 ss.

⁵⁷ R.G. CONTI, *La giurisdizione del giudice ordinario e il diritto Ue*, in A. CIANCIO (a cura di), *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma*, Torino, 2017, 99

⁵⁸ Cfr. R. BIN, *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Diritto costituzionale*, 2019, 20 ss.