

Come nasce un diritto *

di

Agatino Cariola**

Sommario: 1. Il riconoscimento dei nuovi diritti tra Stato legislativo e Stato giurisdizionale - 2. Nuovi diritti e diritto giurisprudenziale - 3. Una proposta: la razionalizzazione dell'attivismo giudiziario di fronte all'inerzia legislativa - 4. La responsabilità civile dello Stato per atti legislativi incostituzionali.

1. Il riconoscimento dei nuovi diritti tra Stato legislativo e Stato giurisdizionale

Attorno alle modalità di apparizione e di riconoscimento di un diritto si sono cimentate pressoché tutte le generazioni di pubblicisti e di volta in volta ci si è affaticati su come intendere la nozione di inviolabilità contenuta nell'art. 2 Cost. ed in altre disposizioni costituzionali ¹; se lo stesso art. 2 dia luogo ad una clausola aperta o chiusa in ordine appunto al riconoscimento dei diritti ² e, connesso a questo tema, se la conclusione in ordine al carattere aperto possa applicarsi anche

* Testo dell'intervento svolto al Convegno su "Ambiente, Sostenibilità e Principi costituzionali", nei giorni 1-3 dicembre 2022, presso l'Università degli Studi di Salerno ed il Comune di Cava de' Tirreni, su iniziativa del prof. Armando Lamberti.

** Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Catania

¹ La vastissima letteratura esime quasi dal dare indicazioni bibliografiche. Cfr. comunque P. Grossi, *Introduzione a uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972; A. Pace, *Problematica delle libertà fondamentali*, Padova, 1992; A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; P. Caretti, *I diritti fondamentali*, Torino, 2002; R. Nania, P. Ridola, *I diritti costituzionali*, Torino, 2006.

² È la nota tesi di A. Barbera, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna-Roma, sub art. 2, Bologna-Roma, 1975.

ai doveri ³; come debba intendersi il dovere di solidarietà che pure la disposizione costituzionale definisce inderogabile (quasi la posizione simmetrica dell'attributo inviolabile) e declina negli ambiti politici, economici e sociali.

La solidarietà risulta oltretutto un valore assai difficile da considerare ⁴, perché se lo si assume quale fondamento dello stesso ordinamento finisce per tradursi nella riproposizione dello Stato etico e nella giustificazione a tutto tondo delle scelte delle maggioranze di governo ⁵. La solidarietà deve restare un titolo per pretendere qualcosa dall'organizzazione pubblica al fine di sviluppare pienamente la propria personalità e partecipare con effettività all'organizzazione del Paese. Essa, cioè, è il fondamento delle richieste di prestazioni nei confronti dello Stato sociale e, quindi, deve valere *contro* le omissioni del legislatore e dell'amministrazione le volte in cui non siano predisposti strumenti idonei ad assicurare l'eguaglianza dei punti di partenza ovvero non si tutelino in maniera adeguata posizioni soggettive ritenute meritevoli di considerazione ⁶.

³ P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984.

⁴ Cfr. S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Bari, 2014.

⁵ Questa la prospettiva di F. Giuffrè, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, che appunto adotta una nozione di solidarietà che esige l'adesione interiore dei cittadini ai valori costituzionali, con la conseguenza di far ritenere estranei o addirittura contrari alla stessa Costituzione chi non condivide o non aderisce appieno a siffatti valori, in contrasto con la funzione integratrice che la Costituzione medesima dovrebbe assolvere. L'esame si dilunga in una rassegna di scelte legislative, in realtà tutte censurabili, ma appunto giustificate in nome della solidarietà e per questo quasi intangibili ad opera del legislatore futuro e del giudice, laddove le soluzioni ispirate alla solidarietà per un verso dovrebbero essere per definizione contingenti e flessibili, per altro verso sempre inadeguate alla soddisfazione del valore costituzionale della partecipazione di tutti i cittadini alla vita del Paese. Invero, il richiamo alla solidarietà comporta quasi di necessità di individuare la misura, cioè a dire i limiti di applicazione di siffatto valore, giacché prestazioni personali o patrimoniali imposte in maniera sproporzionata ad alcuni soggetti e/o ceti in nome della solidarietà condurrebbero ad esiti antisolidaristici, cioè a spezzare ogni legame sociale (nei campi dell'istruzione come dell'assistenza sociale e sanitaria, in materia tributaria come a proposito di ogni altro campo di azione dello Stato sociale).

Per chi ama le assonanze linguistiche può notarsi che gli ambiti politici, economici e sociali sono ripetuti nell'art. 2 Cost. a proposito dei doveri di solidarietà e nell'art. 3 riguardo l'organizzazione del Paese.

⁶ Al riguardo G.A. Ferro, *Diritto allo studio e integrazione scolastica dei soggetti diversamente abili*, in *Scritti in onore di Luigi Arcidiacono*, III, Torino, 2010, 1373 ss. e, in specie, 1406 ss., Id., *Analfabetismo e amministrazione di sostegno nel quadro della tutela eurounitaria dei soggetti deboli (Osservazioni a margine di C. cass., I sez. civ., ord. n. 4709 del 2018)*, in *Ambientediritto*, 2018, 1 ss.

Rimane il problema di come riconoscere ed affermare tali situazioni soggettive e, quindi, individuare il loro fondamento in Costituzione: se nell'art. 2 ovvero nell'art. 13⁷, ovvero nel principio di eguaglianza sostanziale dell'art. 3, secondo comma, giacché chi per vari motivi non è messo alla pari con gli altri non può esercitare nemmeno il diritto di piena partecipazione alla vita pubblica⁸.

L'eguaglianza sostanziale, allora, diviene fondamento di tutte o almeno molte delle aspirazioni a vedersi riconoscere diritti, anche perché molti dei cd nuovi diritti (anche nel delicato ambito della bioetica) sono richieste di prestazioni da parte di altri, e quindi in definitiva dello Stato. La dimensione solidarista dà ulteriore base a siffatta pretesa al riconoscimento pubblico e – non da ultimo – alla conseguente ricerca delle necessarie risorse finanziarie o, almeno, dell'organizzazione indispensabile all'esercizio del diritto. Può aggiungersi che siffatto fondamento egualitario (sostanziale) dei nuovi diritti si rafforza con la considerazione della dignità della persona e, quindi, con il presupposto personalista dell'intera Costituzione e, più in generale, della cultura occidentale di impronta liberale nella quale ci riconosciamo e della quale ci sentiamo protagonisti.

Solo che il fondamento personalista – è doveroso dirlo – si è sviluppato in maniera piuttosto lontana dall'intenzione dei redattori degli artt. 2 e 3 Cost. e si colora oggi nei termini di una libertà di autodeterminazione che assume i contenuti del volontarismo individualista.

In realtà, se si considerano molte delle riflessioni sui diritti, dovrebbe concludersi che la loro affermazione passa e finisce per fondarsi sulla coscienza sociale e/o culturale, con l'avvertenza oltretutto che in maniera sempre più forte nell'economia globalizzata a livello mondiale – o almeno nel gruppo di Paesi ai quali ci si riconosce affini – siffatta affermazione muove dalle esperienze presenti appunto anche in altre esperienze sociali. Come la democrazia non può stare in un solo

⁷ Secondo la ricostruzione di F. Modugno, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

⁸ Per chi ama le assonanze linguistiche può notarsi che gli ambiti politici, economici e sociali sono ripetuti nell'art. 2 a proposito dei doveri di solidarietà e nell'art. 3 riguardo l'organizzazione.

Paese ⁹, così i diritti sono a vocazione universale, non possono stare da soli e limitarsi all'esperienza di un solo Stato ¹⁰.

Il fondamento costituzionale di un "nuovo" diritto serve, in realtà, alla sede giurisdizionale, laddove si pone il problema di affermarlo (sempre) *contro* le eventuali scelte legislative che non lo riconoscano ovvero lo comprimano e quindi si tratta di operare in concreto il cd bilanciamento tra valori e conseguenti situazioni giuridiche soggettive.

L'intero *leit-motiv* di questa riflessione è che i diritti non nascono costituzionali, ma lo diventano allorché si pone il problema del loro riconoscimento e della loro tutela e nel prisma giurisdizionale si tratta, appunto, di affermarli e di comporli con altri diritti i quali pure reclamano analogo fondamento costituzionale.

Si pensi, per fare un esempio, al caso della fecondazione eterologa oggetto della sentenza n. 162/2014: di certo il riconoscimento di un tale diritto non può riportarsi all'intento originario del Costituente ¹¹; esso è il prodotto congiunto della tecnica che consente la pratica della procreazione medicalmente assistita ¹² e della coscienza sociale – *id est*: la cultura in senso antropologico - che l'ammette. È significativo che la sentenza appena citata abbia considerato che la legge n. 40/2004 abbia vietato una pratica in precedenza (non disciplinata e quindi) permessa. A quel punto la fecondazione eterologa è stata ritenuta espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, ha assunto rango costituzionale ed è entrata in bilanciamento con altri valori costituzionali.

La prospettiva qui adottata è quella di unire la riflessione sui diritti, in particolare modo sui cosiddetti nuovi diritti, ad una lettura che novant'anni fa Schmitt aveva

⁹ A parafrasare il titolo del noto libro di E.H. Carr, *Il socialismo in un solo Paese*, trad. it. Torino, 1969.

¹⁰ L'osservazione deriva ovviamente dall'art. 16 Dichiarazione del 1789 e dal ruolo sempre più intenso del diritto costituzionale comune, specie dopo la positivizzazione della nozione di tradizione costituzionale da parte dell'art. 6 TUE.

¹¹ Criticamente su tale criterio A. Cariola, *La "tradizione" costituzionale: contro l'original intent nell'interpretazione della Costituzione*, in Id., *Sull'interpretazione costituzionale e altri saggi*, Torino, 2015.

¹² Su questi temi cfr. E. Castorina, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2015.

fatto dei tipi di Stato nel noto saggio “*Legalità e legittimità*”¹³, e di legare i cd nuovi diritti al ruolo delle giurisdizioni contro quello del legislatore (identificato con la maggioranza politica contingente). Ovviamente, ciò comporta che i giudici assumano il ruolo di tutori dei diritti (secondo, se si vuole, la lezione di Dworkin) e non di semplici esecutori di leggi. Si è detto dei giudici, perché sono essi che sollevano i problemi di riconoscimento e di tutela dei diritti, in un certo senso li riscrivono anche rispetto alla prospettazione del soggetto che assume lesa la propria sfera personale. Ci si rende conto che, spesso, l’osservanza della legge (il rigoroso principio di legalità sul quale Schmitt insisteva non a caso nella sua riflessione del 1932) ha una funzione deresponsabilizzante per chi – giudice o amministratore – nel decidere su fattispecie concrete si conforma alla regola di legge sulla base del principio di autorità. Anche per questo la prospettiva qui accolta è di rinvenire una sede e/o uno strumento di riconoscimento e tutela dei diritti che sia efficace contro le scelte ovvero le (molto frequenti) omissioni del legislatore.

Come ricordiamo tutti, Schmitt individuava al tempo tre tipi di Stato, quello legislativo, quello governativo-amministrativo e quello giurisdizionale. A costo di semplificare una teorica sulla quale si esercitano tanti specialisti, può rilevarsi che l’attenzione di Schmitt – il suo favore, in altri termini - era in fondo per lo Stato legislativo, quello in cui in Parlamento è superiore ad ogni altra istanza decisoria, e quindi quell’assetto istituzionale nel quale un soggetto deve acquisire il controllo del medesimo Parlamento, vincere le elezioni, diventare maggioranza parlamentare, esprimere il Governo, (perché possa) decidere ed innovare.

In fondo – e l’osservazione non paia stravagante – parte del costituzionalismo novecentesco è stata attratta (non solo dal problema di individuare il decisore politico, ma anche) dal tentativo di riportare all’interno dell’ordinamento i circuiti delle riforme, se non delle rivoluzioni. I regimi dittatoriali si sono proclamati rivoluzionari anche quando hanno proceduto a modificazioni normative nel rispetto dei procedimenti legali; ma anche le esperienze democratiche hanno

¹³ C. Schmitt, *Legalità e legittimità*, 1932, trad. it. Bologna 2018, 35 ss.

esaltato l'aspetto riformista delle politiche adottate. Si vuol insistere sul fatto che l'acquisizione del ruolo di decisore è stato il problema della riflessione costituzionalistica. E Schmitt è stato esemplare in questo.

Tempo addietro Mario Nigro osservava che, probabilmente, l'idea che Schmitt aveva dello Stato legislativo era quella di un paradiso perduto, perché il modello che aveva presente, basato sulla legge e sul potere di decisione del Parlamento cui doveva prestarsi esecuzione alla stregua di una versione piuttosto rigida del principio di legalità, era già in crisi e ci si muoveva verso lo Stato amministrativo e totale ¹⁴.

Forse ha ragione Carlo Galli quando scrive che, benché non l'amasse, Schmitt voleva rafforzare la repubblica di Weimar, farle assumere una veste idonea a decidere anche per dare alla maggioranza parlamentare gli strumenti per governare ¹⁵: una prospettiva che, anni dopo, in Italia Mortati farà propria sul commento dell'art. 1 della Costituzione ¹⁶.

È lo Stato legislativo, dove un decisore politico adotta scelte, quello che si attaglia meglio alla figura del progresso. Lo Stato giurisdizionale sarebbe tipico dell'esperienza medievale che per definizione è espressione di tendenze conservatrici, attribuite ad un Medioevo più o meno mitico. I diritti vanno assieme con il legislatore: sono "costruiti" e riconosciuti dal legislatore e da esso oggetto di bilanciamento. Che è poi la prospettiva spesso ripetuta.

Possiamo, a distanza di anni dalla riflessione di Schmitt, mutare la prospettiva? E dare prevalenza al diritto giurisprudenziale piuttosto che al diritto di formazione legislativa?

Certo, nessuno pensa di dimenticare che i materiali legislativi, come i materiali amministrativi, fanno parte della costruzione di un (nuovo) diritto.

Anche la sentenza della Corte costituzionale sul caso Cappato non ha potuto fare a meno di riferirsi alla legge 219 del 2017, alla legge sulle Disposizioni anticipate di

¹⁴ M. Nigro, *Carl Schmitt e lo Stato amministrativo*, in *Quad. cost.*, 1986, 461 ss., 464.

¹⁵ C. Galli, *Crisi, morte e trasfigurazione di una Repubblica*, in C. Schmitt, *Legalità e legittimità*, cit., 7 ss., 15 s., 24.

¹⁶ C. Mortati, *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, sub art. 1, Bologna-Roma, 1975.

trattamento, e quindi trarre un tassello da quella disciplina ¹⁷. Ma quella decisione, in realtà, ha sorpassato ogni disciplina legislativa (appunto inesistente) ed ha operato in maniera nettamente innovativa sino a stabilire un vero e proprio procedimento, in precedenza ignoto, per addivenire a talune scelte.

Qui si sostiene che siamo nel tempo in cui i diritti e in particolare modo i nuovi diritti sono di formazione giurisprudenziale, con delle conseguenze applicative che si tenterà di individuare. In particolare, la soggezione del giudice alla legge (art. 101 Cost.) è soprattutto fedeltà alla Repubblica e dovere di osservare la Costituzione e le leggi (art. 54), ma con l'avvertenza che l'inciso della disposizione costituzionale non è affatto un'endiadi, ma una successione temporale e sistematica nel senso che prima viene la Costituzione e poi le leggi. Ne segue che, quasi in maniera istintiva, a queste ultime il giudice presta osservanza solo dopo che sono stati superati i (necessari) dubbi circa la loro compatibilità con la prima. Da ciò ancora la necessaria indipendenza ed autonomia di tutti i giudici da ogni altro potere (art. 104), che è la condizione perché il precetto costituzionale possa trovare primazia.

Il diritto giurisprudenziale richiede un assetto istituzionale congruo a siffatti principi: quasi una "scommessa" sui giudici (comuni e costituzionali) a rendersi tutori dei diritti.

2. Nuovi diritti e diritto giurisprudenziale

Tra gli elementi che inducono a dare prevalenza al diritto giurisprudenziale nel riconoscimento dei nuovi diritti, vi è in particolar modo ed in via preliminare la mutata concezione della Costituzione, che è contemporaneamente una Costituzione per valori e una Costituzione dello Stato e della società. Si tratta di cose abbastanza scontate: ma si deve richiamare l'attenzione sul fatto che tale Costituzione fonda una diretta legittimazione dei giudici senza la mediazione del legislatore e, talvolta, addirittura contro il legislatore (una volta che al giudice è richiesto di contestare le scelte normative per la loro possibile incostituzionalità).

¹⁷ Corte costituzionale, n. 242/2019.

Sul punto dovrebbe anzi insistersi, perché una Costituzione riferita alla società e non più allo Stato istituzione spinge ad esaltare il ruolo della giurisdizione quale funzione dello Stato-ordinamento e non più, o comunque non solo, dello Stato apparato¹⁸. Ciò, ad esempio, dovrebbe indurre a prendere sul serio la separazione dei poteri ed a vietare la presenza dei tanti magistrati (ordinari e, soprattutto, amministrativi) negli uffici ministeriali, atteso che ciò contraddice appieno la teoria di Montesquieu che pure è a base del costituzionalismo moderno, e contrasta appunto con il processo di legittimazione della funzione giurisdizionale nelle sue varie articolazioni sull'assetto comunitario e non su quello istituzionale¹⁹. Il giudice "bocca" della società (e quindi degli orientamenti culturali che possono definirsi generalmente condivisi ed inclusivi) e non (solo) della legge²⁰. Ovviamente, la scommessa di ciò è che la giurisdizione preservi il pluralismo sociale e culturale e non si omogenizzi su un solo dato: l'insistenza sui diritti cd procedimentalizzati dovrebbe contribuire ad assicurare il carattere "neutrale" del ruolo giurisdizionale.

La stessa Costituzione, appunto perché riferimento valoriale, va intesa alla stregua di un patrimonio culturale nel quale sono assai presenti le esperienze di altri ordinamenti. Potrebbe dirsi che il diritto comparato assume valenza prescrittiva e non solo descrittiva, attesa appunto la vocazione universale dei diritti a partire almeno dalla Dichiarazione del 1789. Allora, il confronto ovvero il dialogo tra le

¹⁸ Ovviamente a prendere sul serio la distinzione tra Stato-persona o istituzione e Stato-ordinamento o comunità, che pure risulta essere a fondamento del processo democratico che assume la necessità di rendere il primo rappresentativo e responsabile di fronte al secondo.

¹⁹ Invero, sembra che si sia dimenticata l'osservazione di Montesquieu, *Lo spirito delle leggi*, 1748, in varie edizioni italiane, ma qui deve riportarsi il passaggio secondo il quale «non vi è libertà se il potere giudiziario non è separato dal potere legislativo e da quello esecutivo. Se esso fosse unito al potere legislativo, il potere sulla vita e la libertà dei cittadini sarebbe arbitrario, poiché il giudice sarebbe al tempo stesso legislatore. Se fosse unito con il potere esecutivo il giudice potrebbe avere la forza di un oppressore [...]. Dei tre poteri, dei quali abbiamo parlato, quello giudiziario è in un certo senso nullo». L'esperienza italiana vede giudici ordinari e, soprattutto, amministrativi rivestire ruoli ministeriali e di concreta gestione, come di regolazione nelle cd autorità indipendenti, su nomina del Governo o del Parlamento e, quindi, su derivazione politica. La violazione del principio non potrebbe essere più evidente.

²⁰ È una vecchia idea di A. Barak, *La discrezionalità del giudice*, trad. it. Milano, 1995, che assegnava al giudice di essere espressione della parte più illuminata della società e, quindi, di farsi carico degli orientamenti culturali presenti nella stessa.

Corti non è affatto un esercizio dottrinale, ma è parte sostanziale del modo in cui oggi si produce diritto.

Oltre all'elaborazione sui diritti prodotto dell'esperienza comparata, va considerato il ruolo che nell'affermazione dei diritti ha il precedente giudiziario. Anzi, i diritti sorgono anche per gemmazione – per così dire - da un diritto già riconosciuto in sede appunto giurisdizionale. L'esempio classico – anche se assai controverso – è l'aborto “sorto” in *Roe v. Wade* dal diritto di privacy²¹. I diritti nascono dai diritti in un'operazione che, certo, si interrompe le volte in cui l'affermazione del diritto non è mai stata compiuta o muta la coscienza sociale – anche se dovrebbe dirsi: la cultura²².

Soprattutto, la sede giurisdizionale è quella che risulta propria dei diritti perché questi ultimi hanno senso contro la maggioranza politica, cioè a dire contro il decisore (anche quando rimanesse inerte) che trae legittimazione dalle vicende elettorali e, in generale, dalle scelte politiche.

È comprensibile che nello Stato ottocentesco la tutela dei diritti sia stata affidata al legislatore espressione delle classi che si affermavano sulla scena politica; ma, una volta realizzatosi appieno lo Stato rappresentativo, la stessa istanza di tutela è espressa da un soggetto diverso, appunto il giudice, e ciò sia per la dimensione sempre più individualizzata della richiesta di diritti, sia perché il giudice dovrebbe essere il soggetto più distante dalla competizione politica. Il legislatore ottocentesco era, per un certo verso, generale perché rappresentativo di una classe politica omogenea, soprattutto sotto il profilo economico e culturale. La successiva

²¹ US Supreme Court, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

²² L'esempio dell'aborto negli Stati Uniti è significativo. Come è noto, US Supreme, *Court Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, No. 19-1392, 597 U.S. (2022), ha negato fondamento costituzionale al diritto della donna di interrompere la gravidanza in assenza di fondamento legislativo federale, su ciò N. Zanon, *La Costituzione "neutrale" di Kavanaugh*, in AIC, 2022; M. D'Amico, *Una discussione "maschile" che lascia sullo sfondo le donne e i loro diritti*, *ivi*, 2022. Ma il punto è che la vicenda sull'aborto esprime sempre una tensione in considerazione della presenza del nascituro che non può essere meramente sconosciuta. Da qui, in termini assai sintetici, il mancato consolidamento del diritto ossia la sua perdurante contestazione nelle polemiche culturali. L'aborto esprime quanto nessun'altra vicenda la netta contrapposizione tra valori assoluti, osservazione spesso ripetuta, ad esempio, L. Tribe, *Abortion: The Clash of Absolutes*, Cambridge (Ma), 1990. E per questo la conciliazione tra posizioni soggettive così opposte risulta assai difficile.

estensione del protagonismo politico in capo a tanti soggetti i quali fanno riferimento a diversi interessi sociali e culturali ha comportato l'esaltazione della capacità decisoria della legge (chi arriva al governo, pretende di innovare nell'interesse dei rispettivi sostenitori) ed al tempo stesso la "diffidenza" nei suoi confronti, appunto perché non più norma generale, ma a tutela di interessi particolari. Da qui la ricerca di altri soggetti/mezzi/atti i quali possano assumere la natura di "generalisti".

Il fatto è che i diritti sono ora sottratti alla disponibilità esclusiva del legislatore, cioè del decisore politico, almeno in misura piena ed incondizionata, per dare spazio ad altri soggetti. L'insistenza dei giudici costituzionali sul contenuto essenziale dei diritti, in fondo, mira ad impedire che il legislatore contingente possa arrivare a negare per intero un diritto, di modo che in ogni caso lo stesso, anche se "ridotto", entri nelle dinamiche di bilanciamento, ed in futuro possa riespandersi²³. Su questo profilo, anzi, bisognerebbe insistere: quando si afferma che il bilanciamento tra valori diversi, e quindi tra diritti in conflitto, è operato dal legislatore e semmai controllato poi dal giudice costituzionale, in fondo si celebra un'ipocrisia, perché la fase sulla ragionevolezza del preteso bilanciamento sopravanza di molto in interesse ed in efficacia quella sull'elaborazione del bilanciamento ad opera del legislatore. Anticipando osservazioni che saranno fatte in prosieguo, in tante occasioni la normazione interviene dopo che il giudice costituzionale ha tracciato i criteri delle scelte da operare²⁴; in altre vicende

²³ Sul tema D. Messineo, *La garanzia del «contenuto essenziale» dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Milano, 2012. Invero, la considerazione del contenuto essenziale di un diritto costituzionale quale "minimo" che oggi deve in ogni caso assicurarsi, ma che in futuro potrebbe assumere una dinamica estensiva, serve a tentare di non esasperare molti conflitti tra valori tutti dotati di fondamento costituzionale, come nel caso dell'aborto indicato in precedenza.

²⁴ Tipico esempio è la normazione sul servizio pubblico radiotelevisivo dopo la sentenza n. 225/1974, che ha indicato le condizioni alle quali poteva ritenersi giustificato in monopolio statale in materia, e che ha dato impulso alla l. 14 aprile 1975, n. 103. Ormai ciò sembra "preistoria" costituzionale, se non fosse per l'affermazione del pluralismo informativo espressione di quello sociale che in quell'occasione fu tratto dall'art. 21 Cost.

l'equilibrio individuato dalla legge non regge all'esame di costituzionalità²⁵. La realtà è probabilmente che la nozione di norma costituzionalmente obbligatoria funge ormai da sfondo all'argomentazione medesima del giudice costituzionale, e ciò succede sempre: le volte in cui si tratterebbe di far venir meno una disciplina o, al contrario, di introdurla.

In molte vicende, poi, il bilanciamento in concreto dei diritti è realizzato dall'amministrazione e dal giudice. Nella vicenda del fine vita, ad esempio, il seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 242/2019 è stato affidato ai comitati etici presso le aziende ed ai giudici comuni²⁶.

3. Una proposta: la razionalizzazione dell'attivismo giudiziario di fronte all'inerzia legislativa

Chi considera la giurisprudenza costituzionale nella sua storia ormai lunga ben conosce che la stessa si muove lungo direttrici varie che alcune volte hanno riguardato la consacrazione di scelte e soluzioni già adottate dal legislatore, altre volte hanno avuto attenzione ai problemi presenti nella società. In molte vicende si è trattato di superare l'inerzia del legislatore nell'affrontare temi che risultano spesso scottanti e divisivi come quelli della bioetica ovvero quelli della repressione penale che solletica la sicurezza collettiva.

Un esempio del primo gruppo di decisioni è dato dalla "vecchia" vicenda del servizio civile alternativo a quello militare e che la Corte costituzionale ha ritenuto fondato addirittura sull'art. 52, primo comma, Cost. cioè sul sacro dovere di

²⁵ È il caso della legge n. 40/2004, le cui scelte qualificanti, come i divieti di fecondazione eterologa e di analisi preimpianto, sono stati ritenute illegittime da Corte costituzionale nelle sentenze nn. 162/2014 e 96/2015.

²⁶ Come è stato il caso della pronuncia Tribunale Fermo, 31 gennaio 2022, che su richiesta di un tetraplegico in condizioni irreversibili ha condannato l'azienda sanitaria ad acquisire il parere del comitato etico, ad accertare le condizioni della persona e la sua capacità di decidere, e di verificare che fossero idonee le modalità prescelte «per garantirgli la morte più rapida, indolore e dignitosa possibile».

difendere la Patria secondo un'interpretazione assolutamente estensiva che nessun originalista potrebbe mai accettare ²⁷.

Nello stesso filone possono farsi rientrare le decisioni sull'ambiente quale valore costituzionale primario, a partire dalle sentenze sul decreto Galasso, d.l. n. 312/1985, conv. in l. n. 431/1985, ed alla ricca giurisprudenza che vi ha fatto seguito ²⁸. Anche in queste occasioni scelte legislative sono state giustificate e per lo stesso motivo esse non sono state più contingenti, nella disponibilità del legislatore concreto, ma sono divenute soluzioni costituzionalmente obbligate.

L'esempio della tutela ambientale quale valore costituzionale primario mostra appieno l'attitudine del giudice ad elaborare principi qualificati da subito costituzionali sulla scorta di basi contenute nella Costituzione formale al tempo dedicate ad altri oggetti e ad altri fini. La tutela dell'ambiente, peraltro assegnata allo Stato, è stata "scoperta", invero, dalla giurisprudenza costituzionale molto prima che la legge costituzionale del 2001 la indicasse quale materia appunto dello Stato: prova che anche la normazione costituzionale può risultare ricognitiva di assetti già presenti nell'ordinamento.

Il precedente dell'ambiente può essere esteso alla considerazione delle generazioni future quale valore costituzionale ²⁹: la recente riforma dell'art. 9 ha introdotto la

²⁷ Il riferimento è a Corte costituzionale n. 164/1985, che ha appunto affermato a carico di tutti i cittadini l'obbligo di difendere la Patria ai sensi dell'art. 52, primo comma, Cost., ma da lì ha tratto un fondamento al medesimo «servizio militare non armato o servizio sostitutivo civile, [che] non si traduce assolutamente in una deroga al dovere di difesa della Patria, ben suscettibile di adempimento attraverso la prestazione di adeguati comportamenti di impegno sociale non armato». Tale fondamento è poi giovato ad escludere la giurisdizione militare sugli obiettori di coscienza che sceglievano il servizio civile, sentenza n. 113/1986, e poi ad equiparare la durata del servizio civile a quello militare, sentenza n. 470/1989.

²⁸ Possono ricordarsi le sentenze nn. 358 e 359/1985 in giudizi insorti su atti esecutivi del d.l. n. 112/1985, nelle quali la tutela del paesaggio è intesa in termini ampi a favore dello Stato e, comunque, si introduce la nozione di valore costituzionale primario, e poi la sentenza n. 641/1987, ove è espressamente affermato che «l'ambiente è protetto come elemento determinativo della qualità della vita. La sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti; è imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), per cui esso assurge a valore primario ed assoluto».

²⁹ Invero buona parte della giurisprudenza in tema di riequilibrio finanziario degli enti locali ha considerato l'equità intergenerazionale, per non gravare sulle generazioni future, minando le loro possibilità di esistenza e di crescita, sentenze nn. 107/2016, n. 6/2017, n. 18/2019, ove si

«tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni», ma si rimane scettici sulla portata della disposizione.

Potrebbe dirsi che previsioni di tal genere, formulate a distanza di anni dalla loro pratica applicazione anche in sede giurisdizionale, con difficoltà acquistano *tono* costituzionale e smuovano entusiasmi (si direbbe patriottismo costituzionale alla lezione di J. Habermas); rischiano, invece, di assegnare ai testi costituzionale un ruolo tutto sommato contingente, sminuendo la forza delle norme di principio a generare sempre "nuovi" diritti.

A continuare nella riflessione potrebbe dirsi che può guardarsi alla Costituzione come ad una fonte capace di far emergere e risultare regole a carico dei soggetti politici come, appunto, a creare nuovi diritti, di modo che essa conserva il valore di una legge superiore, insuscettibile di essere rivista ad ogni piè sospinto, ma solo di essere interpretata anche per trarne nuovi significati; oppure, al contrario, la Costituzione può essere modificata alla stessa stregua della legge ordinaria, tutte le volte in cui si profila un bisogno di intervenire, ed anche se così si rischia di perdere il senso della norma di grado superiore. Ci si rende conto che il primo modello mutua in fondo criteri propri dell'interpretazione dei testi sacri, immutabili ma solo soggetti all'interpretazione da parte delle generazioni che si succedono; mentre il secondo approccio è estremamente "laico" ed adotta un metodo basato sull'interpretazione letterale e sulla base del principio secondo il quale si è vincolati e/o tutelati solo dalla prescrizione normativa. In realtà, dietro il diverso criterio di considerare la Costituzione ed i suoi sviluppi sta l'attribuzione del ruolo decisivo ad un soggetto ovvero ad un altro, e cioè all'interprete, in particolar modo al giudice, oppure al soggetto politico, legislatore ordinario o costituzionale che sia.

Probabilmente coesistono entrambi gli approcci e sarebbe sbagliato affermare l'esclusività dell'uno o dell'altro.

ritrova la netta affermazione che «la tendenza a perpetuare il deficit strutturale nel tempo, attraverso uno stillicidio normativo di rinvii, finisce per paralizzare qualsiasi ragionevole progetto di risanamento, in tal modo entrando in collisione sia con il principio di equità intragenerazionale che intergenerazionale»; ed ancora n. 80/2021.

In via generale potrebbe rilevarsi che l'intervento normativo risulta necessario là dove non sia possibile arrivare ad un risultato ritenuto meritevole di tutela con gli strumenti dell'interpretazione: un esempio è dato dalla modifica dell'art. 51 Cost. ad opera della l.cost. 30 maggio 2003, n. 1, per poter permettere azioni cd positive al fine di combattere le discriminazioni di genere dopo che Corte costituzionale n. 422/1995 aveva escluso che il riequilibrio di genere nel campo della rappresentanza politica potesse assegnare direttamente il bene della vita richiesto, piuttosto che offrire solo *chance* di affermazione.

Il campo più interessante rimane quello dell'elaborazione di nuovi diritti ad opera degli interpreti in sede giurisdizionale.

Un ambito assai significativo è quello che, sulle orme del principio di sovranità popolare dell'art. 1 Cost. declinato in termini individuali, sembra riconoscere il diritto del singolo cittadino a partecipare con effettività ed in libertà alle elezioni politiche ed amministrative e, su questa base, a contribuire all'elaborazione medesima della legislazione elettorale (anche a mezzo dell'azione di mero accertamento avanti il giudice ordinario e quello costituzionale). Probabilmente parlare di diritto al riguardo sarà considerato, eppure non si rinvengono altri termini per indicare un percorso significativo della giurisprudenza della Cassazione³⁰ e della Corte costituzionale nelle note sentenze³¹ sulla legislazione elettorale e sulla libertà di voto le quali hanno valorizzato un profilo di soggettivazione della sovranità che l'art. 1 Cost. attribuisce al popolo e che, però, è esercitata da ogni cittadino. Anche a questo proposito può parlarsi del riconoscimento di un diritto contro il legislatore concreto, spinto a modificare scelte mortificanti la sovranità popolare, secondo dinamiche inimmaginabili solo alcuni anni addietro.

Anzi, a considerare la giurisprudenza costituzionale in tema di equilibrio finanziario degli enti locali a tutela dell'equità intragenerazionale che intergenerazionale il problema è quello di individuare il soggetto legittimato ad

³⁰ Cass., I, 15 maggio 2013, n. 12060, ordinanza.

³¹ Corte costituzionale, nn. 1/2014, 35/2017 ed anche 240/2021.

agire a tutela di tale valore, in base alla nota considerazione che *ius* ed *actio*, diritto soggettivo e legittimazione ad agire in giudizio, si presuppongono e quasi si sovrappongono e si esauriscono l'uno nell'altra. Individuato un valore costituzionale, si pone il problema di riconoscere anche il soggetto che lo possa fare valere. La conseguenza è che al riguardo si dovrebbe ammettersi l'esistenza di una "nuova" azione popolare, analoga a quella esistente in materia elettorale, che legittima ogni cittadino ed ogni contribuente a sollecitare il sindacato giurisdizionale sulle procedure di bilancio, se non altro per il fatto che gli stessi soggetti risentirebbero sulla rispettiva sfera patrimoniale degli esiti di decisioni illegittime. E ciò vale anche a ritenere il cittadino – contribuente quale interprete dei diritti delle generazioni future.

Il profilo è di estremo interesse e può essere indicato a mezzo di una domanda retorica, cioè se a muovere dalla considerazione che la Costituzione indica soprattutto valori possa ammettersi che esistano valori adespoti o, invece, non si debba muovere dall'attribuzione di tali valori ad un soggetto particolare che ne risulti, quindi, titolare e sia legittimato a farli valere anche in sede giurisdizionale. Potrebbe dirsi che la tutela dei valori costituzionali esige il percorso della loro personalizzazione, cioè di riferibilità degli stessi ad uomini e donne. Ciò avrebbe rilievo appunto sotto il fondamentale aspetto giurisdizionale e, per esempio, spingerebbe a dare risalto alla posizione del soggetto privato anche nel processo costituzionale.

Poi si apre il vasto campo dei diritti procedimentalizzati, in particolar modo quelli legati alla bioetica, che si affermano e si realizzano a mezzo di procedure in cui intervengono altri soggetti per soddisfare la pretesa dell'individuo. Così, senza pretesa di completezza, per poter operare l'interruzione della gravidanza la legge n. 194/1978 ha previsto un procedimento che in astratto potrebbe essere ad esito indefinito; la Corte costituzionale nella sentenza n. 242/2019, cd caso Cappato, ha ripreso il modello a proposito del suicidio assistito, insistendo su procedure

medicalizzate. La stessa recente sentenza della Cedu nel caso *Mortier v. Belgio*³² ha ammesso un diritto al porre fine all'esistenza all'interno di una procedura. E tali decisioni sul fine vite sono intervenute, appunto, ad opera di autorità giurisdizionali.

Per questo la consueta invocazione al legislatore perché operi – anzi decida in prima battuta – sul bilanciamento tra diritti risulta alla fine da superare, se non ipocrita atteso che al legislatore è assegnato di muoversi su un binario obbligato segnato da vari precetti tutti indicati dal giudice costituzionale.

Invero, nella giurisprudenza costituzionale italiana il richiamo all'intervento del legislatore è diffuso. Possono ricordarsi, oltre il caso dell'eutanasia³³, le decisioni sul carcere per i giornalisti³⁴, sull'ergastolo ostativo³⁵, sull'omogenitorialità³⁶, tutte accomunate dall'attesa che il legislatore decida e ponga la prima disciplina, salvo a precisare che il giudice costituzionale si riserva di sindacare la disciplina introdotta.

Eppure, in questi anni non si è mica visto il legislatore precipitarsi a dare regolamentazioni a questioni assai delicate e divisive dell'opinione pubblica - *id est*: dell'elettorato – su mandato del giudice costituzionale. Al riguardo possono presentarsi le osservazioni di vario contenuto: se, per un verso, il ceto politico è geloso della propria funzione e addebita ai giudici di invaderne il campo, per altro verso lo stesso ceto delega all'autorità giurisdizionale la decisione su molti temi.

Sotto il profilo istituzionale la tendenza a non decidere del legislatore integra una vera e propria fuga dalla responsabilità politica. Può anche dirsi che il campo dei

³² Cedu, *Mortier v. Belgium*, 4 ottobre 2022, sulla quale v. ora F. Rey Martinez, *La eutanasia en el sistema europeo de Estrasburgo tras la sentencia Mortier y su impacto en el ordenamiento espanol*, in *Tribunal europeo de derechos humanos*, 2023, 567 ss.

³³ Corte costituzionale, n. 207/2018, appunto l'ordinanza che ha pressato sul legislatore perché intervenisse a dare disciplina alla volontà dei malati terminali di porre fine alla loro vita in condizioni dignitose ed all'esito di una procedura medicalizzata.

³⁴ Corte costituzionale, n. 132/2000, ordinanza, poi seguita dalla sentenza n. 150/2021.

³⁵ Corte costituzionale, ordinanze nn. 97/2021 e 122/2022; più di recente n. 227 del 10 novembre 2022, di rinvio al giudice remittente per l'intervento del d.l. 31 ottobre 2022, n. 162, poi convertito dalla l. 30 dicembre 2022, n. 199.

³⁶ Corte costituzionale, sentenze nn. 32 e 33 del 2021.

diritti – almeno nell’esperienza politica italiana e malgrado tante dichiarazioni sul tema – non è alla fine proprio di un preciso raggruppamento politico.

Il profilo sul quale qui si attira l’attenzione è, comunque, quello della titolarità di un diritto in capo ad un soggetto determinato nel rimballo di responsabilità tra legislatore e giudice costituzionale su chi deve decidere per prima.

Alla Corte costituzionale va certo riconosciuto di dare tempo al legislatore, ma poi di decidere, magari valorizzando un orientamento giurisprudenziale ³⁷ e, comunque, dando indicazioni all’amministrazione ed alla giurisdizione, attesa la perdurante inerzia del legislatore.

Forse, la posizione attendista “in prima battuta” della Corte costituzionale, anche se rispettosa della discrezionalità del legislatore, può essere superata per due ragioni.

Innanzitutto, la vocazione universale dei diritti mostra spesso esiti già raggiunti e di applicazione generalizzata anche nel nostro ordinamento. Risulta impossibile porre barriere all’ingresso di un nuovo diritto elaborato in ambito comparato o sovranazionale invocando la specificità italiana. Anzi, è un grave problema per le autorità giurisdizionali nazionali non partecipare da subito all’elaborazione-creazione di un nuovo diritto nel confronto delle esperienze di altri Paesi. In un contesto in cui prevale il riconoscimento di un diritto, il suo bilanciamento con altri diritti, insomma l’assetto concreto operato da chi per primo interviene, risulta inconcepibile che il giudice costituzionale italiano debba attendere che il legislatore ponga la sua disciplina, che poi si accerti che essa sia costituzionalmente legittima e sia anche “generalizzabile” nel confronto con gli assetti affermatasi in altri ordinamenti. Il tempo della globalizzazione è anche quello in cui si affermano a livello appunto globalizzato soluzioni convincenti e generalizzabili, anche perché conformate per prime. Molte delle vicende che giungono alla Corte costituzionale italiana hanno già visto l’intervento di altri giudici di varia istanza in altri Paesi

³⁷ Come nel caso della durata dell’interdittiva dai pubblici uffici, Corte costituzionale, n. 232/2021, che ha proposto ai giudici di seguire il percorso argomentativo di Cassazione, VI pen., n. 6614/2021; e sul carcere per i giornalisti, n. 150/2021, dove i giudici sono stati invitati a prestare attenzione alle preoccupazioni della Corte Edu.

ovvero di giudici sovranazionali. In tutte queste sedi si riconoscono e si regolano i diritti in chiave, appunto, universale (o, almeno, valida per i Paesi appartenenti ad una medesima cultura). È importante per questo che la Corte costituzionale partecipi sin da subito all'elaborazione dei modelli che esprimono una forza estensiva non indifferente.

La seconda ragione che dovrebbe spingere il giudice costituzionale ad intervenire da subito senza attendere il legislatore parlamentare è data dal fatto che dietro ogni istanza che giunge a Palazzo della Consulta vi è la posizione personale e concreta di un individuo che reclama il riconoscimento del suo diritto. A tale soggetto non può dirsi mica di dover attendere che il legislatore dia soluzione al suo problema³⁸. È veramente impossibile spiegare ad un individuo che agisce per il riconoscimento di un suo diritto, che egli è sì titolare di un tale diritto, che quest'ultimo ha rango costituzionale, ma che in assenza di normazione egli non lo può esercitare e far valere. Tanto vale negare in simili vicende la sussistenza medesima del diritto fondamentale³⁹. Perché questo è il punto: la logica dei diritti ha una dinamica alla fine alternativa nel senso che o lo si ammette e lo si riconosce, oppure lo si nega. Non può, invece, dirsi che il diritto esiste, ma non può essere soddisfatto. Al

³⁸ Sembrerebbe di risentire Caifa durante il processo a Gesù, con il suo motto che un uomo solo debba morire per la salvezza del popolo, Gv 18,13. Nelle democrazie personaliste proprio l'esito del sacrificio individuale dovrebbe essere escluso. In altri termini, non può dirsi a qualcuno che egli ha in astratto un diritto, ma non lo può esercitare né vederselo tutelare perché manca la disciplina ad opera di un legislatore distratto e disattento.

³⁹ È questo, alla fine, il limite della sentenza n. 240/2021, in cui la Corte ha riconosciuto che l'assetto delle città metropolitane configurato dalla l. n. 56/2014 non risponde ai principi costituzionali, perché con l'individuazione del sindaco metropolitano nella persona del sindaco del comune capoluogo spezza il rapporto rappresentanza/responsabilità e, poi, perché l'art. 114 Cost. esige che siano presenti province e città metropolitane senza assimilazione a tutto tondo di alcune delle prime con le seconde. Insomma, la decisione ha riconosciuto la violazione di principi costituzionali, ma ha alla fine "rimandato a mani vuote" il cittadino elettore che aveva sollevato la questione di costituzionalità della l. n. 56/2014 sotto il primo profilo. Gli è stata riconosciuta la legittimazione ad esercitare un'azione di accertamento in materia elettorale, ma a siffatta legittimazione processuale (potrebbe dirsi all'*actio*) non è stata data consistenza di diritto soggettivo (*ius*). Corte costituzionale n. 136/2023 ha confermato, purtroppo, tale esito imponendo per l'intanto l'applicazione della l. n. 56/2014, malgrado l'identificazione tra sindaco del comune capoluogo e sindaco metropolitano fosse stata ritenuta incostituzionale e non si fosse «ad oggi concretato l'intervento legislativo urgentemente sollecitato nella pronuncia appena richiamata [240/2021], affinché il funzionamento dell'ente metropolitano si svolga in conformità ai canoni costituzionali dell'eguaglianza del voto e della responsabilità politica».

contrario, è da riprendere la lotta per il diritto e per il diritto soggettivo secondo la perdurante lezione di von Jhering. La tutela del singolo diritto in capo al singolo individuo richiede di intervenire con prontezza nel circuito legge - decisione giudiziaria - provvedimento amministrativo e di assicurarne in ogni caso soddisfazione. Al giudice costituzionale va richiesto di adoperare, appunto, la dinamica indicata e quindi di affermare (anche sulla base del confronto con la giurisdizione comune e con quelle sovranazionali) se ci si trova davanti o no ad un diritto costituzionale: si è nel pieno della funzione del giudice costituzionale, anche se ci si rende conto che – come già anticipato - ciò comporta la valorizzazione della presenza del soggetto privato nel processo costituzionale ed un'assimilazione del giudice di tipo kelseniano che opera sulle norme al diverso modello di una corte suprema. Ma di fronte ad un diritto definito costituzionale non si può rimandarne la tutela.

A questo punto, comunque, riguardo il fatto che un valore costituzionale esige tutela immediata, non appare peregrino un diverso approccio nel quale, allorquando manca una qualsiasi disciplina legislativa, dovrebbe essere il giudice costituzionale a stabilire per primo l'assetto degli interessi (ovvero il possibile procedimento per assicurare la tutela del diritto); e sia lasciato al legislatore di integrare e modificare la regolamentazione introdotta. In un certo senso sarebbe come adottare da subito la sentenza che riconosce il diritto e stabilire il procedimento per farlo valere, porre in essere la disciplina di carattere organizzativo o procedurale, senza attendere che il legislatore decida: per fare un esempio, sarebbe come scrivere da subito la sentenza n. 242/2019 senza passare attraverso l'ordinanza n. 107/2018, con il suo invito all'intervento del legislatore (parlamentare o, spesso, governativo che sia). Allorquando quest'ultimo agirà, troverà nella regolamentazione stabilita dal giudice costituzionale un nucleo duro rappresentato dal contenuto essenziale del diritto costituzionale, e quindi immodificabile, ma anche una disciplina "disponibile" e "cedevole" che potrà integrare e modificare anche in più fasi temporali.

Nei rapporti tra lo Stato e le regioni, il principio di cedevolezza della disciplina a favore appunto della fonte competente è stato affermato nella vecchia sentenza 214 del 1985 e tale criterio riguarda tutt'ora le relazioni tra la legge statale e quelle regionali. Insomma, la cedevolezza dell'assetto conformato dal giudice costituzionale a fronte della successiva regolamentazione ad opera del legislatore può essere applicata da subito, senza svolgersi in tempi indefiniti all'insegna dell'attesa. In definitiva, ciò è richiesto dalla natura costituzionalmente obbligatoria della disciplina – da chiunque posta – a tutela di un diritto.

4. La responsabilità civile dello Stato per atti legislativi incostituzionali

L'ultima notazione evoca un problema che inizia ad affacciarsi nelle aule giudiziarie. Se i diritti sorgono ad opera di proclamazioni costituzionali aperte e per l'intervento dei giudici, si conferma che gli stessi sono spesso contro il legislatore che adotta decisioni ovvero, al contrario, rimane inerte. In queste ipotesi si profila la responsabilità civile del legislatore nei confronti del soggetto che subisce per questo un danno ⁴⁰. La responsabilità civile svolge tante funzioni, tra le quali quella di ripristinare situazioni giuridiche lese, ma anche quella di prevenire l'insorgenza medesima di illeciti. Ora, il legislatore che adotta soluzioni costituzionalmente illegittime, ovvero con inerzia dà luogo a situazioni in fatto sempre in violazione di precetti costituzionali, integra un vero e proprio illecito. Il principio di solidarietà che è spesso posto a fondamento della responsabilità civile ⁴¹ esige a questo punto di risarcire la vittima incolpevole di tale illecito, cioè il soggetto privato ovvero il gruppo sociale che ha sofferto la lesione del proprio diritto per una disciplina incostituzionale ovvero per la sua completa assenza. La giurisprudenza esclude ancora tale esito, perché si afferma che, «a fronte della libertà della funzione politica legislativa (artt. 68, comma 1, 122, comma 4, Cost.), non è ravvisabile un'ingiustizia che possa qualificare il danno allegato in termini di

⁴⁰ Sul tema, già da tempo, R. Bifulco, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999.

⁴¹ Sulle orme di S. Rodotà, *Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964. Per un'osservazione critica su tale tesi, che pure è a fondamento di molta giurisprudenza sul tema, A. Cariola, *La responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi*, in www.giustizia-amministrativa.it.

illecito, e arrivare a fondare il diritto al suo risarcimento»⁴². L'assurdo è che si (deve) ammettere la responsabilità dello Stato legislatore per la violazione del diritto europeo, quale derivante dal mancato recepimento delle direttive oppure per la mancata sollevazione delle questioni di pregiudizialità⁴³, ma in maniera alla fine meramente assertiva si conclude che tali ipotesi sono solo eccezioni ad un regime di irresponsabilità dello Stato.

Invero, gli argomenti utilizzati dalla giurisprudenza citata possono essere rovesciati.

A fondamento dell'irresponsabilità civile del legislatore non possono esserci gli artt. 68, primo comma, e 112, terzo comma, Cost., i quali riguardano solo la situazione giuridica dei parlamentari e dei consiglieri regionali e, semmai, sono stati resi necessari nell'impianto costituzionale dalla presenza dell'art. 28 che estende allo Stato ed agli enti pubblici la responsabilità civile addebitata ai rispettivi funzionari. Certo, la lettura tradizionale basata sulla storia delle immunità parlamentari porta a privilegiarne la *ratio* volta ad assicurare la libertà qualificata del parlamentare (cui ora si accosta quella del consigliere regionale); ma, se ci si lascia alle spalle la considerazione storica e, comunque, assieme alla stessa non può non concludersi che, se non ci fossero gli artt. 68 e 122, la norma principio di riferimento sarebbe appunto quella dell'art. 28, cioè l'affermazione della responsabilità dei parlamentari e, di conseguenza, quella dello Stato. Si vuol dire, in altri termini, che non può trarsi da disposizioni di carattere eccezionale quali quelle degli artt. 68 e 122 la norma di principio e/o di sistema.

⁴² Così Cass., III, 22 novembre 2016, n. 23730; *adde* Cass., lav., 24 dicembre 2019, n. 34465; Cons. Stato, 15 giugno 2021, n. 4642; Cons. giustizia amministrativa 21 luglio 2022, n. 851. Dalla prima decisione, riportata nelle altre, sono tratte le citazioni riportate nel testo e gli argomenti che si oppongono al riconoscimento della responsabilità dello Stato legislatore.

⁴³ L'ovvio riferimento è alla giurisprudenza eurounitaria sulla responsabilità dello Stato per il fatto degli organi giurisdizionali che omettono di investire la Corte di giustizia delle questioni di pregiudizialità e per questo possono produrre danni ai soggetti che dall'applicazione del diritto eurounitario trarrebbero vantaggi: cfr. CGCE, *Kobler c. Austria*, C-224/01; *Traghetti del Mediterraneo c. Repubblica Italiana*, C-173-03; *Lucchini*, C-119/05; *Commissione c. Repubblica Italiana*, C-379/10. È noto che la vicenda *Traghetti del Mediterraneo*, più volte andata in CGUE, è stata da ultimo decisa da Cass., III, 16 ottobre 2020, n. 22631.

Può ricordarsi che, al contrario, l'art. 77 Cost. afferma la responsabilità dei ministri per l'adozione di un decreto-legge non convertito, quasi a ricalcare la vecchia natura della legge di conversione quale *bill of immunity*, ma al tempo stesso lasciando impregiudicata la questione sulla responsabilità dello Stato per un decreto legge (convertito o no), costituzionalmente illegittimo ed idoneo a produrre danni a terzi. Insomma, la stessa Costituzione si è mostrata sensibile ad individuare nella responsabilità (anche) civile uno strumento di tutela dei diritti individuali se l'ha presupposta e considerata già in due norme (28 e 77), dedicate sì ad altri argomenti, ma espressioni a loro volta di un principio generale, e cioè che la lesione dei diritti importa l'obbligo del loro risarcimento.

Invero, la responsabilità civile dello Stato per l'esercizio delle sue attività si fonda sul principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost.⁴⁴ e l'art. 28 la pone quale strumento di tutela dei diritti costituzionali. Secondo la prospettiva costituzionale, se è da riconoscere in capo al legislatore la competenza a disciplinare classi e/o categorie di azioni e quindi anche la possibilità di diversificare istituti e "misure" delle responsabilità, ciò che non può ammettersi è che lo Stato-istituzione possa dettarsi la disciplina della sua responsabilità, derogando ad un regime che è tendenzialmente comune per tutti i soggetti dell'ordinamento. Insomma, a dover essere giustificate (non è l'esposizione a responsabilità civile dello Stato, ma) sono semmai le limitazioni e le eccezioni, le deroghe e le particolari "misure" delle fattispecie di responsabilità riferibili alle sole articolazioni pubbliche⁴⁵.

⁴⁴ Al riguardo, con la prospettazione delle diverse tesi, A. Cariola, *La nozione costituzionale di pubblico impiego*, Milano, 1991, 209 ss.

⁴⁵ Un'affermazione importantissima da questo punto di vista è la sentenza della Corte costituzionale n. 205/2022, che ha affermato con nettezza che le vicende di responsabilità per l'esercizio di attività giurisdizionale ex l. n. 117/1988 sono pur sempre relative ad ipotesi di responsabilità dello Stato per l'attività (propria ed esclusiva) posta in essere, ed ha distinto tra il rapporto processuale che intercorre tra cittadino e Stato e quello che passa tra lo stesso Stato ed il magistrato. La sentenza, infatti, ha riconosciuto la responsabilità dello Stato per la lesione del danno non patrimoniale e con efficacia retroattiva, sulla base delle dinamiche aquiliane di diritto, per così dire, comune, e malgrado la legge n. 117 non lo prevedesse affatto. Ma a questo punto sorge il dubbio che per l'esercizio dell'attività giurisdizionale lo Stato risponda ai sensi dell'art. 2043 cc e, quindi, ad esempio, anche per lo scorretto uso del potere interpretativo escluso, invece dall'art. 2 della l. n. 117, e che quest'ultima riguardi solo le fattispecie di responsabilità (civile) dei giudici, cioè le sole ipotesi in cui è possibile esercitare l'azione di rivalsa dell'art. 7.

E qui si perviene al nocciolo del problema. Che l'attività legislativa sia libera è assunto da tempo superato, perché la stessa legge ha perso il suo rango di scelta politica per definizione, rango che è stato assunto dalla Costituzione le cui proclamazioni dei diritti sono da intendere *magis ut valeat*. Allora, se un diritto riconosciuto in Costituzione ovvero sulla sua base è violato, insorge l'obbligo dell'ordinamento di ripristinare la sfera giuridica incisa e tra i vari strumenti vi è anche quello – di carattere assolutamente generale – di riparazione dei danni, affinché non si verifichi che un soggetto veda leso il suo diritto – *id est* la sua dignità – e ciò nonostante subisca la diminuzione patrimoniale conseguente all'illecito. Lo strumento del risarcimento del danno è, forse, uno strumento grossolano, ma potrebbe dirsi che è di diritto comune ed assolutamente generalizzabile, tanto è vero che è usato nel sistema della Cedu (sia pure nel diverso istituto dell'equa soddisfazione ex art. 41 Convenzione) e, soprattutto, in quello eurounitario.

In realtà, proprio la presenza dell'art. 41 Cedu dovrebbe spingere a riconoscere che un diritto al risarcimento del danno per l'attività legislativa incostituzionale esiste anche nell'ordinamento interno e non solo quando siffatta attività riveste anche i caratteri dell'illecito convenzionale o sovranazionale. Lo esigono, da un lato, appunto la tradizione costituzionale comune ed il fatto che non più la legge, ma la Costituzione è la fonte dei diritti. Per altro verso il criterio di sussidiarietà ex art. 35 Cedu (cioè, l'esaurimento delle vie di ricorso interne) non va inteso solo come condizione di accesso alla Corte al fine di evitare la proliferazione di istanze avanti la stessa, ma ancor prima come obbligo degli Stati di prevenire la violazione della Convenzione e, quindi, la presentazione di ricorsi alla Corte di Strasburgo.

La giurisprudenza che nega, del resto, la responsabilità dello Stato per l'attività legislativa incostituzionale dimentica il consistente filone giurisprudenziale sugli indennizzi in caso di vaccinazioni ⁴⁶. In nome del principio di solidarietà la Corte

⁴⁶ In realtà, e molto tempo prima delle più recenti decisioni sul Covid, la giurisprudenza sul danno da vaccinazioni e sull'obbligo di indennizzarlo in nome della solidarietà è stata da subito consistente: cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 307/1990, 132/1992, 258/1994, 118/1996, 27/1998, 226/2000, 443/2000, 342/2006, 107/2012, 268/2017 e 118/2000, ed ancora di recente

costituzionale ha affermato l'obbligo dello Stato di indennizzare in qualche modo le vittime della vaccinazione imposta o comunque promossa dalla legge, mostrando che anche l'attività legislativa può produrre danni ai privati e che nemmeno lo Stato può tirarsi fuori da responsabilità. Che se, poi, l'indennizzo deve integrare un serio ristoro si è, alla fine, nel contesto della riparazione dei danni, sia pure con criteri equitativi, secondo dinamiche affini al risarcimento.

Il che dimostra che la posizione, la quale esclude la responsabilità dello Stato per l'attività legislativa (dimostratasi) incostituzionale non ha fondamento diverso dal mero statalismo e dal rifiuto di riconoscere che la Costituzione – intesa oltretutto come norma aperta agli sviluppi extrastatali ed alla cultura del tempo – ha sostituito la legge nel ruolo di fondamento e strumento di tutela dei diritti.

35/2023 e 129/2023, tutte fondate sull'argomento «che ha fatto discendere dagli artt. 2, 3 e 32 Cost. l'obbligo per lo Stato di accollarsi l'onere del pregiudizio individuale sofferto da chi si sia sottoposto a determinate vaccinazioni raccomandate, risultando di contro ingiusto che siano i singoli danneggiati a sopportare il costo del beneficio collettivo cui hanno contribuito».