



## **Lo Stato costituzionale di diritto e il ruolo del giudice, oggi.**

di

Vincenzo Baldini\*

**SOMMARIO:** 1. Lo Stato di diritto: premesse sostanziali e di metodo. - 2. Lo Stato di diritto: una nozione giuridica (problematica) della dottrina. - 3. Dallo stato liberale allo stato costituzionale democratico di diritto. Continuità e discontinuità di un modello organizzativo. - 4. Lo Stato di diritto nella Costituzione repubblicana del '48. - 5. Il problema dell'attuazione delle norme costituzionali di principio tra ruolo della legge e contenimento degli spazi di libertà. - segue: la problematica (in)effettività dei diritti fondamentali in carenza di attuazione legislativa. 6. Le sfide contemporanee allo Stato costituzionale di diritto: A)- Stato di diritto ed interessi sovranazionali. B)- Globalizzazione e territorialità. C)- Democrazia costituzionale e partecipazione. D)- Lo stato costituzionale democratico dall'era dell'informazione a quella della defattualizzazione. E)- Stato di diritto e società della conoscenza. - 7. Lo Stato di prevenzione: una deriva dello Stato costituzionale di diritto o un riallineamento degli interessi costituzionali? - 8. Conclusioni. Lo stato costituzionale di diritto ed il ruolo del giudice.

### ***1. Lo Stato di diritto: premesse sostanziali e di metodo.***

Il titolo di questo contributo reca tre riferimenti essenziali, rispettivamente, di ordine concettuale (cos'è lo Stato costituzionale di diritto), di ordine funzionale (quale è, in esso, il ruolo del giudice) e di ordine temporale (cosa accade nell'esperienza contemporanea). L'ultimo è anche quello che sostiene l'intera impianto tematico-argomentativo, qualifica l'orizzonte di indagine in una dimensione che è scientifico-dogmatica, procede in senso diacronico (quali differenze tra "ieri" e "oggi") giungendo a concentrarsi, il fuoco dell'attenzione, sui fattori essenziali di evoluzione dello Stato costituzionale di diritto.

Un'attenzione specifica, in questo sviluppo, viene riservata ai profili di collegamento funzionale tra Stato costituzionale di diritto e democrazia<sup>1</sup> che impone un'analisi dei fattori di reale indebolimento dello Stato democratico.

---

\* Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università di Cassino e del Lazio meridionale.

## 2. Lo Stato di diritto: una nozione giuridica (problematica) della dottrina.

La nozione di “Stato di diritto” (“*Rechtsstaat*”, “*Rule of law*”)<sup>2</sup> è spesso richiamata dalla dottrina secondo accezioni variabili e differenti alludendosi, tuttavia, di regola, ad aspetti organizzativi della garanzia relativa all’esercizio di diritti di libertà. A ben vedere lo stesso sintagma include categorie –come “Stato” e “diritto”- irriducibili ad una definizione certa ed unitaria: basti pensare, ad es., alle differenti concezioni dello Stato espresse, rispettivamente, da Georg Jellinek, Rudolf Smend, Hans Kelsen ed Hermann Heller come anche alla classica distinzione tra *lex* (diritto legislativo) e *ius* (comprendente anche il diritto dei giudici e il diritto naturale).

Il richiamo allo Stato di diritto si rinviene piuttosto di rado in giurisprudenza: si ha memoria di due decisioni piuttosto risalenti del giudice costituzionale, in cui si fa espresso riferimento, nella parte motiva, allo “stato di diritto”, una (n. 118/57) in tema di leggi retroattive, l’altra sentenza (n. 118/64) in materia di Foro dello Stato, entrambe redatte da Aldo Sandulli, che tuttavia sembrano negare a tale categoria un’autonoma valenza paradigmatica, ai fini dell’esercizio del sindacato di costituzionalità. Sul piano dottrinale, poi, nessuna formale trattazione della categoria dello Stato di diritto si ritrova nella V edizione del Manuale contenente i “*Principii di diritto costituzionale*” di Vittorio Emanuele Orlando (1920), in relazione ai caratteri dello Stato<sup>3</sup>; Giuseppe Balladore Pallieri<sup>4</sup>, invece, menziona lo Stato di diritto come funzionale alla garanzia che lo Stato agisca secondo “quei principi di giustizia, di rispetto delle esigenze individuali che il mondo moderno ha elaborato e vivamente sentito”. A completamento ed, a volte,

---

<sup>1</sup> J. Habermas, *Über die interne Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie*, ora anche in Id., *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main, 1999, p. 293 ss.; L. Ferraioli, *Sul futuro dello stato di diritto e dei diritti fondamentali*, in <http://dex1.tsd.unifi.it/juragentium/il/surveys/rights/ferraioli>.

<sup>2</sup> Su affinità e distinzioni tra il „*Rechtsstaat*“ di matrice tedesca e la „*rule of law*“, di origine inglese, cfr. in particolare J. Harvey, L. Bather, *Über den englischen Rechtsstaat. Die »rule of law«*, in M. Tohidipur (Hrsg.), *Der bürgerliche Rechtsstaat*, Band 2, Frankfurt am Main, 1978, p. 359 ss.

<sup>3</sup> V. E. Orlando, *Principii di diritto costituzionale*, 5. Ed., Firenze, 1920, p. 23 ss.

<sup>4</sup> G. Balladore Pallieri, *Diritto costituzionale*, 2. Ed., Milano, 1950, p. 80 ss.

in opposizione all'agire democratico, si afferma il principio "che non vi è solo da tener conto degli interessi pubblici generali dello Stato" ma bisogna considerare anche gli "interessi particolari di singoli o di gruppi", così che il loro sacrificio non deve avvenire in modo arbitrario "ma solo quando lo esigano superiori interessi generali"<sup>5</sup>.

Un'attenta elaborazione teoretico-dogmatica dello Stato di diritto, a cui anche la giuspubblicistica italiana del primo Novecento si rivela tributaria, è portata avanti dalla dottrina tedesca, sebbene anche quest'ultima, a partire dall'epoca liberale, difetti di una rappresentazione unitaria ed univoca di tale nozione. Ad es., nell'ottica di una visione normativo-positivista che muove dall'identità di Stato e ordinamento normativo, lo Stato di diritto<sup>6</sup> viene a coincidere senz'altro con l'idea di Stato, smarrendosi ogni peculiare connotazione funzionale tra modello organizzativo e fini dello Stato e finendo per identificarsi con i contenuti, quali che essi siano, di un ordinamento giuridico statale.

In altre prospettazioni, pure di stampo liberale, tale connotazione funzionale appare avere un chiaro risalto nella valorizzazione della condizione organizzativa e sostanziale dello Stato di diritto, fondato su una divisione dei poteri e sulla tutela delle libertà individuali, qual è riflessa nella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 (art. 16): "Uno Stato in cui i poteri non sono separati e le libertà non sono garantite, non ha una Costituzione". I prodromi ideologico-dogmatici di un siffatto modello organizzativo possono farsi risalire al pensiero di Platone e Aristotele, assertori della signoria della legge e non dell'arbitrio degli uomini ma essi trovano un seguito coerente ed un più chiaro riferimento soprattutto nel razionalismo kantiano -lo Stato quale consorzio umano sotto il governo della legge- fino a riflettersi in espressioni autorevoli dell'idealismo tedesco. E' partendo da un tale pensiero che la giuspubblicistica tedesca del 19. secolo è giunta ad intendere lo Stato di diritto come un genere tipizzato (*Gattung*), distinto dallo stato patriarcale, teocratico ed assoluto, nella cui organizzazione si condensa un'espressione di razionalità assoluta ("Stato di ragione" o *Staat der Vernunft*): Carl Theodor Wecker:

---

<sup>5</sup> G. Balladore Pallieri, op. cit, p. 81.

<sup>6</sup> H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre* (1925), Wien, 1993, p. 90 ss.

1813; o “*Verstandesstaat*”: Robert v. Mohl: 1829)<sup>7</sup> a presidio della libertà dei cittadini attraverso, in particolare, la duplice soluzione, della separazione dei poteri e della costituzione di giudici indipendenti. Al riguardo, rileva in primo luogo la natura insuperabilmente antagonista di Stato e società, il primo ricondotto alla figura istituzionale della Corona, priva come tale di una forza di legittimazione rappresentativa proveniente dal basso, dalla comunità. In secondo luogo, emerge la matrice prettamente individualista della società liberale<sup>8</sup> di uno Stato cd. neutro, cui resta estraneo ogni visione unitaria dell’interesse comune, la cui azione è contenuta, di massima, allo svolgimento di compiti essenziali, quali, tra l’altro, la difesa della libertà individuale e della sicurezza giuridica, intesa quest’ultima come prevedibilità delle condotte e calcolabilità delle decisioni dei pubblici poteri, nonché come stabilizzazione delle aspettative di comportamento da parte dei singoli<sup>9</sup>.

L’espressione della razionalità dello Stato di diritto di matrice liberale poggia essenzialmente su due fattori: la razionalità sostanziale della legge, quale manifestazione di volontà di un’Assemblea rappresentativa (seppure non in senso democratico); il consolidamento del principio (non più teologico ma) volontaristico dell’autorità (“*auctoritas non veritas facit legem*”)<sup>10</sup> che riporta il diritto ad una dimensione esclusivamente umana e storica. In particolare, gli scritti di Carl Friedrich v. Gerber e Paul Laband riprendono e sviluppano le suggestioni del pensiero hobbesiano nell’ottica della dottrina liberale che intende la legge quale atto supremo di volontà, comando di un’istanza sovrana che trova peculiare risalto nel contenuto generale ed astratto delle sue disposizioni, in grado di offrire un

---

<sup>7</sup> Tali citazioni sono riportate anche in E.-W. Böckenförde, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs* (1967), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, 1. Aufl., Frankfurt am Main, 1991, p.144 ss. Nella vita sociale interna allo Stato di diritto, infatti, sembrano trovare piena realizzazione quei principi di ragione che emergono già dalla tradizione (diritto di ragione) ispirata agli imperativi kantiani.

<sup>8</sup> R. Thoma, *Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft*, in Id. M. Tohidipur, *Der bürgerliche Rechtsstaat*, Band 2. Frankfurt am Main, 1978, p.499 ss

<sup>9</sup> In tal senso, v. J. Habermas, *Ronald Dworkin – Ein Solitär im Kreise der Rechtsgelehrten*, in Id. *Ach Europa*, Frankfurt am Main, 200, p. 65 ss., part. p. 68. Nella direzione di premiare la sicurezza giuridica mi sembra vada da ultimo anche la giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento comunitario: v. Corte cost., sent. n. 269/2017.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 112.

sostegno a tutti in modo uguale per la tutela della propria libertà che è percepita come attributo proprio del cittadino, insieme all'uguaglianza ed all'autonomia civile<sup>11</sup>.

Nel corso del XIX secolo, ad ogni modo, lo Stato di diritto accentua la peculiare connotazione formale laddove, di contro, si va affermando -in contrapposizione alla visione positivista classica- una percezione rinnovata dello Stato quale processo di vita (*Lebensvorgang*) mirato a realizzare l'integrazione sociale<sup>12</sup>. In tale impostazione, diversamente dalla visione statica connessa alla teoria che riduce lo Stato alla sintesi di tre elementi essenziali (popolo, territorio e governo) <sup>13</sup> rileva essenzialmente la consistenza politica dello Stato mirata all'obiettivo dell'integrazione sociale.

In questo contesto, lo Stato di diritto, secondo la nota affermazione di *Friedrich Julius Stahl* (1848), è chiamato ad "esattamente determinare in forma giuridica profili e limiti della sua efficacia come anche (deve determinare) la sfera di libertà dei suoi cittadini...". Esso non traduce *ex sé* il contenuto essenziale dello Stato, non costituisce il fine dello Stato ma indica unicamente "la specie ed il carattere" ("*nur Art und Charakter*") per realizzarlo<sup>14</sup>.

Il concetto di Stato di diritto passa, così, dalla sfera della teoria dello Stato e della politica costituzionale a quella giuridico-formale<sup>15</sup>, assumendo carattere paradigmatico ai fini del controllo sull'esercizio legittimo del potere amministrativo (principio di legalità). In esso, peraltro, l'esaltazione della valenza garantista della legge è sottolineata anche da *Otto Bähr*, che individua nella sottoposizione al controllo di giudici indipendenti di tutta l'attività statale la

---

<sup>11</sup> E.-W. Böckenförde, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs* cit., p.147.

<sup>12</sup> R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München und Leipzig, 1928, part. p.107 ss.

<sup>13</sup> G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Berlin, 1929, part. p. 394 ss.

<sup>14</sup> F. J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, 2. Aufl., Band 2, Heidelberg, 1846, § 30, p. 106: lo Stato "*soll die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen und unverbrüchlich sichern*". I due avverbi impiegati ("genau: esattamente" e "unverbrüchlich: in modo assoluto") svelano anche una chiara distinzione tra lo Stato-autorità e la sfera della comunità sociale.

<sup>15</sup> E.-W. Böckenförde, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs* (1967), cit., p. 64. Conforme, H. Dreier, *Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Tuebingen 2014, p. 29.

sostanza propria dello Stato di diritto<sup>16</sup>. *Richard Thoma*, poi, riconosce quali elementi essenziali di siffatto concetto giuridico, la misura generale e la forma del potere statale, con una possibilmente molto precisa determinazione/distinzione rispetto alla sfera dei diritti di libertà del cittadino; quindi, il controllo di legittimità degli atti della p.a. da parte di giudici indipendenti e, in fine, la responsabilità amministrativa<sup>17</sup>.

Nel prosieguo dell'esperienza, in particolare con l'avvento dello Stato democratico, la razionalità della legge translittera dalla dimensione sostanziale, relativa ai suoi contenuti, a quella formale in cui risalta –ciò è messo bene in evidenza da giuristi di epoca weimariana come, ad es., *Hermann Heller*– essenzialmente la natura democratico-rappresentativa dell'atto<sup>18</sup>, in sintonia con l'ispirazione del pensiero kantiano<sup>19</sup> che nell'imputazione all'unitaria volontà del popolo ("*dem »vereinigten Volkswillen eines ganzen Volkes«*") rinviene –si è detto– il criterio di universalità della legge. La primazia della legge non viene più a basarsi sull'oggettiva ed assoluta razionalità della disciplina che essa reca (com'era secondo la visione di *Hegel*) ma sulla sua adeguatezza formale-procedurale che ne giustifica la valenza garantista anche nel contesto dell'ordinamento democratico. Ciò ha finito per ingenerare, secondo *Jürgen Habermas* l'equivoco di uno scambio tra l'originario senso di generalità della legge, di natura formale-procedimentale;

---

<sup>16</sup> O. Bähr, *Der Rechtsstaat*, Cassel, 1864, p. 68 ss. Gli elementi qualificanti lo stato di diritto in senso formale possono essenzialmente riassumersi nel principio di separazione dei poteri, di indipendenza del giudice, sottoposto soltanto alla legge, nel principio di legalità nella tutela delle libertà negative Sul punto, v. ancora E. Denninger, *Staatsrecht*, Band 1, Hamburg, 1973, p. 107 ss.

<sup>17</sup> R. Thoma, *Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft* (1910), ora anche in Id., *Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte* (Hrsg. Von H. Dreier), Tuebingen 2014, p. 1 ss. (part. p. 11 ss.). Peraltro, bene rileva Horst Dreier, op. ult. cit., p. 30, come la prospettazione di Thoma, secondo cui la legittimità dell'esercizio del potere amministrativo trova il proprio ontologico ancoramento nell'esistenza delle istituzioni parlamentari contraddice la critica che, nella percezione della dimensione soltanto formale dello Stato di diritto, vedeva una sostanziale "formalizzazione e depoliticizzazione" di questo concetto.

<sup>18</sup> H. Heller, (*»Gesetze heißen nur, aber auch alle von der Volkslegislative gesetzten Rechtsnormen«*), richiamato in J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl., Frankfurt am Main, 1994, p.592 ss.

<sup>19</sup> ... J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, cit., p.596.; I. Kant, *Fondamenti della metafisica dei costumi*, § 46.

ed una sua generalità semantica inerente, invece, al contenuto normativo, che deriva in generale dalla condizione di essere la legge presidio dell'uguaglianza<sup>20</sup>.

Ad ogni modo, il monopolio legislativo del diritto era posto in discussione da chi, come *G.F.Puchta*, riconosceva l'importanza anche di una produzione giurisprudenziale nella forma, in particolare della elaborazione e del perfezionamento del diritto vigente attraverso il metodo della deduzione della regola dai principi ordinamentali. Tale impostazione ammetteva, in pratica, la formazione di un diritto non scaturito da decisione politica ma frutto dell'impiego di criteri esegetici, dunque di metodi tecnico- pragmatici, poi particolarmente valorizzati negli ordinamenti di *common-law*<sup>21</sup>.

### **3. Dallo stato liberale allo stato costituzionale democratico di diritto. Continuità e discontinuità di un modello organizzativo.**

Con il transito dallo Stato liberale allo Stato costituzionale democratico si avviano in moto nuove dinamiche in grado di ridisegnare anche in modo profondo i caratteri dello Stato di diritto e, con esso, di categorie centrali dell'esperienza giuridica.

In primo luogo, la Costituzione diventa un atto non più concesso da un sovrano ma votato dal popolo costituente, dotata, perciò, di una forza straordinaria di legittimazione, che la rende superiore rispetto ad ogni altra fonte del diritto. In quanto Legge fondamentale dotata di carattere normativo<sup>22</sup> essa delinea i tratti di una nuova legalità che si pone accanto ed in posizione sovraordinata rispetto alla legalità legislativa, a cui anche il legislatore ordinario democratico è tenuto a

---

<sup>20</sup> H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Aufl., 2004, come citato in M. Jastaedt, *Das mag in der Theorie richtig sein...*, Tuebingen 2006, p. 20, nota 58.

<sup>21</sup> ...richiamato in J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, cit., p.595. Peculiare di tale considerazione è, peraltro, la conferma di una differenza strutturale e formale tra *lex* e *ius* (v. sopra nel testo), giacché quest'ultimo comprende anche un diritto di fonte giurisprudenziale, non frutto della decisione politica di un organo rappresentativo ma evinto attraverso il richiamo a criteri scientifici "obiettivi".

<sup>22</sup> Al riguardo, cfr. in particolare K. Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung*", Tübingen 1959, part. p. 16 ss..

prestare osservanza dovendo necessariamente conformarsi alle prescrizioni costituzionali.

A garanzia del rispetto della Costituzione è posto, poi, un organo di natura giurisdizionale (Corte, Tribunale) cui spetta, specificatamente, il controllo di legittimità costituzionale della legge che giunge, in caso di riconosciuta incostituzionalità, fino alla pronuncia di annullamento ed alla correlativa espunzione della legge dall'ordinamento giuridico statale.

La Costituzione democratica, per quanto rigida, non è comunque imm modificabile. A tale fine, anzi, è tipizzata la funzione pubblica di revisione costituzionale come diversa e distinta dalla funzione di legislazione ordinaria in quanto mirata ad apportare adattamenti al testo della Costituzione, senza in ogni caso pregiudicare l'integrità dei suoi principi supremi che ne rivelano l'irretrattabile identità (Corte cost., sent. n. 1146/88) che. La revisione costituzionale si configura, in altre parole, come la forma giuridica attraverso cui si preserva l'attualità della Costituzione quale "decisione fondamentale" del popolo sovrano<sup>23</sup>.

La natura democratica dello Stato, con l'intestazione al popolo della sovranità e del suo esercizio, asseconda una nuova idea di cittadinanza, non riferita tanto ad una relazione di appartenenza del cittadino allo Stato (V.E.Orlando) quanto soprattutto alla partecipazione del primo alla vita pubblica. Più che evocare condizioni e caratteri di natura sostanziale (sangue, razza, cultura, lingua etc.) lo *status* di cittadinanza descrive la titolarità di diritti fondamentali di natura politica, funzionali all'esercizio della democrazia, la cui pratica generalizzata –come dirà ancora *Habermas* (v. *infra*)- costituisce di per sé un elemento di tenuta dello Stato di diritto. Tale status abilita alla cura del Bene comune, percepito da ognuno nella qualità di componente di una comunità (statale), non in quanto individuo singolo. La cittadinanza emancipata da premesse di ordine naturale e riferita essenzialmente alla partecipazione rappresenta uno dei termini indefettibili dello Stato costituzionale democratico e di diritto, anche ai fini della creazione e del

---

<sup>23</sup> C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 5. unveränd. Auflage, Berlin, 1970, p. 21 ss.

mantenimento dell'unità politica dello Stato pur nel riconoscimento e nella garanzia del pluralismo sociale che anima la società civile.

Con l'astratta riconducibilità alla volontà del popolo della legittimazione di ogni potere dello Stato, si giustifica anche una diversa relazione tra gli organi della forma di governo, non più ispirata al criterio di separazione ma ordinata in base ad un principio di distinzione delle funzioni<sup>24</sup>.

In fine, lo Stato costituzionale democratico segna l'abbandono del modello di Stato neutro espresso -si è detto- nella formula dell'art. 16 della Dichiarazione del 1789 (v. supra). La Costituzione democratica si articola in un complesso di norme di principio che riflettono una percezione di valore della vita pubblica, insieme ad un ampliamento dei compiti dello Stato e delle funzioni riconosciute come tipiche della stessa Legge fondamentale (dalla funzione di fondazione e legittimazione del potere, a quella della sua stabilizzazione e razionalizzazione), in coerenza con l'attenuarsi dell'originario antagonismo tra Stato e società civile (Boeckenfoerde).

La connotazione in senso assiologico della Costituzione che fissa, ora, le regole fondamentali della vita comune, oltre a delineare i tratti di una nuova legalità, apre la via a metodi di esegesi delle disposizioni costituzionali attenti al profilo teleologico e sistematico, quale deriva da una percezione del disegno costituzionale complessivo. In ciò si rivela una chiara discontinuità con il figurino classico di Stato di diritto, costruito sul presupposto della compiutezza e chiarezza normativa della legge, di cui il giudice era tenuto a fare applicazione, nonché sulla neutralità assiologica dello Stato.

#### **4. Lo Stato di diritto nella Costituzione italiana del '48.**

I caratteri dello Stato di diritto nella Costituzione italiana del '48 possono rinvenirsi, in particolare, nell'insieme delle norme sostanziali (principi e diritti fondamentali) e delle soluzioni organizzative in materia di forma di Stato e forma di governo. Accanto alla creazione di un assetto dei Poteri ordinato secondo il

---

<sup>24</sup> N. Achtemberg come citato in E. Denninger, *Rechtstaat*, in E. D. K. Lüderssen, *Polizei und Strafprozess im demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, 1978, p. 75.

modello del “monismo parlamentare” e della Corte costituzionale si statuisce il principio dell’indipendenza dei giudici, sottoposti soltanto alla legge (art. 101 Cost.) e coperti della garanzia di inamovibilità (art. 107 Cost.), nonché la creazione di un ordine giudiziario definito espressamente autonomo e indipendente (art. 104 Cost.).

La posizione del Pubblico Ministero, organo appartenente al potere giudiziario, è caratterizzata dal principio dell’esercizio autonomo dell’azione penale (art.112 Cost.). Inoltre, un corpo di magistratura amministrativa è preposto alla tutela degli interessi legittimi nei confronti della P.A. (art. 103 Cost.). Completano il meccanismo delle tutele individuali il diritto di difesa del singolo, sancito come inviolabile “in ogni stato e grado del procedimento” (art. 24 c. 2, Cost.), “per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi” (art. 24 c. 1, Cost.); la statuizione del diritto al giudice naturale “precostituito per legge” (art. 25 c. 1., Cost.), la tutela giurisdizionale di diritti ed interessi legittimi contro atti della P.A. (art. 113 Cost.) nonché la presunzione di innocenza “sino alla condanna definitiva” (art. 27 c. 2, Cost.), il principio di irretroattività della legge penale (art. 25 c. 2, Cost.) e quello relativo alla natura personale della responsabilità penale. In fine, la Carta fondamentale detta le norme essenziali del giusto processo (art. 111 Cost.).

Come quella tedesca, anche la Costituzione repubblicana è connotata da una sua non neutralità sul piano dei valori (BVerfGE, 7, 198, 205) che sono essenzialmente quelli legati alla lotta antifascista. Tali valori trovano forma giuridica nelle affermazioni di principio della stessa Carta, dal riconoscimento e garanzia dei diritti inviolabili spettanti a ciascuna persona (art. 2 c. 1, Cost.), al principio di solidarietà (art. 2 c. 2., Cost.), a quello dell’eguaglianza, in senso formale e sostanziale (art. 3 Cost.), corollario quest’ultimo del principio democratico; dal principio lavorista (art. 4 Cost.) a quello autonomista (art. 5 Cost.), unitamente al riconoscimento della pari dignità sociale tali principi rivelano la natura personalista e liberale della Costituzione del ‘48. In essa trova riflesso

l'essenza dello Stato quale unità politica, "rapporto unitario di azione ed effetto"<sup>25</sup>, "processo storico concreto"<sup>26</sup> in grado di condurre a soluzione le tensioni interne al contesto sociale (unità di tipo funzionale, lo definisce *Konrad Hesse*)<sup>27</sup>.

La "transustanziazione"<sup>28</sup> in regole di diritto positivo dei paradigmi etico-culturali posti a base della Costituzione, mira ad imprimere all'esperienza, non soltanto giuridica ma anche politica una direzione di senso vincolante<sup>29</sup>, ai fini della realizzazione di un modello di società inclusiva, pluralista e solidale. In questa dimensione, peraltro, la Costituzione non rappresenta soltanto la cornice normativa fondamentale entro cui è chiamato a dispiegarsi il processo politico ma si rende portatrice di una propria *Weltanschauung*, vincolante per ogni maggioranza politica che ha l'onere di darvi attuazione. A siffatta *Weltanschauung* non sottende l'assoluta primazia dell'istanza individualista che, invece, tende a combinarsi, equilibrandosi, con la tutela di interessi generali della società e la disciplina specifica di alcuni soggetti del pluralismo, sociale ed istituzionale, dalla famiglia alla scuola, dagli enti di governo territoriale ad alcuni corpi intermedi (partiti, sindacati).

In sintesi, lo Stato di diritto della Costituzione italiana reca in sé una triplice valenza funzionale. In primo luogo, attende alla realizzazione di un assetto di democrazia rappresentativa che corrisponda ai criteri di razionalità sostanziale, in particolare attraverso la garanzia della trasparenza delle procedure di decisione (pubblicità dei lavori), la comprensione della decisione assunta, la determinazione di un equilibrio ragionevole tra i diritti della maggioranza e tutela delle minoranze.

In secondo luogo, si rafforzano le garanzie del controllo di legalità sull'azione del potere politico fino a giustificarsi la costituzione di organi "neutri" di controllo, di natura formalmente amministrativa, posti a presidio di interessi generali (autorità amministrative indipendenti).

---

<sup>25</sup>K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., Heidelberg, 1999, p.8.

<sup>26</sup>K. Hesse, *Grundzüge*, cit., p.6.

<sup>27</sup> Idem.

<sup>28</sup>M. Jestaedt, *Das mag in der Theorie richtig sein ...*, Tübingen, 2006, p.40.

<sup>29</sup>Cfr. tra gli altri, J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956, p.134 ss.

In fine, attraverso il recepimento a livello costituzionale delle norme internazionali consuetudinarie, insieme all'apertura a limitazioni di sovranità in funzione dell'esigenza di garantire la realizzazione di compiti ed obiettivi di pace e giustizia fra i popoli, si legittima l'ingresso nell'ordinamento interno di atti esterni produttivi di diritto.

##### **5. Il problema dell'attuazione delle norme costituzionali di principio tra ruolo della legge e contenimento degli spazi di libertà.**

L'effettività della sostanza assiologica della Costituzione passa necessariamente per il dinamico comporsi degli apporti recati da ogni Potere dello Stato -pertanto, non unicamente di ordine politico-normativo- finalizzati all'attuazione delle sue disposizioni di principio, ivi inclusi anche i diritti fondamentali. Questi ultimi, oltre che nella loro immediata portata negativa, di libertà dal potere d'ingerenza dello Stato (*Abwehrrechte*), si caricano di una portata regolatrice generale, che si spiega in ogni settore materiale della vita sociale fino a legittimare una vera e propria costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico dello Stato<sup>30</sup>. L'attuazione delle norme costituzionali di principio implica, da parte dell'interprete, uno sforzo euristico per renderne più specifico e determinato il contenuto, anche in vista della loro applicazione ad un caso concreto. Quanto detto produce ricadute di rilievo sui caratteri e l'esperienza dello Stato costituzionale di diritto, a partire -come si è detto- da una progressiva emancipazione dei diritti fondamentali di libertà dalla angusta dimensione negativa. In questa direzione, inoltre, muta la portata funzionale della riserva di legge, essa, infatti, non risponde soltanto ad istanze di garanzia per la tutela di tali diritti ma anche all'esigenza di conferire, di questi ultimi, una disciplina positiva nel senso della più compiuta realizzazione (*Untermassverbot*). La relazione tra Costituzione e legge viene ad assumere, così, una direzione biunivoca poiché se la prima condiziona la validità della seconda quest'ultima si rivela a propria volta necessaria per conferire effettività alla norma di principio.

---

<sup>30</sup>G. Folke Schuppert, C. Bumke, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Baden-Baden, 2000, part. p. 37 ss.

In secondo luogo, la struttura dinamica e complessa della Costituzione democratica, imponendo un costante riequilibrio di interessi concorrenti, individuali o di gruppo e pubblici/generali, e, correlativamente, di condotte (pubbliche e private) pone in pregiudizio l'efficacia generale del principio libertario (tutto ciò che non è vietato dalla legge è permesso), in origine formulato da *Sieyes*, generalizzato nel concetto di diritto di *Kant*<sup>31</sup>. Ad es., nell'ambito del principio di autodeterminazione in materia sanitaria, il conflitto tra la libertà di rinunciare alle cure ed altri diritti concorrenti (ad es., la libertà di obiezione di coscienza)- o generale (es., il buon funzionamento dei servizi sanitari), in mancanza di una regolamentazione attuativa, rende problematica la possibilità di soddisfare la prima senza alcun pregiudizio per la seconda. Discorso analogo può farsi per il diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche<sup>32</sup> mentre di diversa natura e consistenza è la questione riguardante l'esercizio del diritto all'obiezione di coscienza laddove esso non sia espressamente previsto dal legislatore (con riguardo, ad es., alla disciplina del cd. testamento biologico [Dichiarazioni Anticipate di Trattamento: l.n. 219/17])<sup>33</sup>.

In questo contesto, va segnalata la costante elaborazione in via giurisprudenziale di limiti immanenti all'esercizio di diritti fondamentali, anche in relazione ad ambiti materiali in cui la Costituzione omette la previsione di una riserva di legge, quale sintomo di una crescita progressiva dell'importanza degli

---

<sup>31</sup>"Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann": E. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, ...; Id., *Die Metaphysik der Sitten. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*.

<sup>32</sup> Analogamente, ci si può interrogare se un'eventuale abrogazione della previsione costituzionale sul divieto di mandato imperativo, possa inibire al parlamentare quale rappresentante della nazione di sfuggire alle direttive di gruppo e/o di partito nell'esercizio del proprio *munus*.

<sup>33</sup> L'interrogativo essenziale, in questo ambito, è se il diritto all'obiezione di coscienza quale espressione di siffatta libertà possa rendersi effettivo anche in assenza di una precisa disposizione che lo sancisca. Al riguardo, v. la recente ordinanza del Tribunale di Pavia, sez. II, che solleva la questione di legittimità costituzionale dell' art. 3 comma 4 e 5 della legge 219/2017 "nella parte in cui stabiliscono che l'amministratore di sostegno la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento, possa rifiutare, senza l'autorizzazione del giudice tutelare, le cure necessarie al mantenimento in vita dell'amministrato, ritenendo le suddette disposizioni in violazione degli articoli 2, 3, 13, 32 della Costituzione nei termini di cui in motivazione".

interessi generali (pace scolastica, pacifica convivenza tra i popoli, etc.) tale da giustificare la riduzione della sfera della tutela accordata a posizioni giuridiche soggettive, pur nel quadro di una Costituzione liberale. Tanto, delinea i tratti di un modello flessibile ed a geometrie variabile del rapporto tra la sfera dell'autorità e quella della libertà.

Il dibattito sulla legittimità dell'esistenza di limiti immanenti e, dunque, la praticabilità del descritto orientamento giurisprudenziale registra un significativo dissenso da parte di chi, al riguardo, evidenzia il contrasto con il principio di tassatività dei limiti all'esercizio dei diritti di libertà, accolto in Costituzione quale principio-cardine dello Stato di diritto<sup>34</sup>. A venire in discussione, nella specie, non è infatti la limitatezza intrinseca dei diritti di libertà, più volte sottolineata dalla Corte costituzionale (sent. n. 199/72) in quanto riferita al conflitto tra interessi soggettivi concorrenti, quanto il fatto che la contrazione delle sfere di libertà si leghi ora alla tutela di interessi pubblici che la stessa Costituzione non ha espressamente sancito a giustificazione di una tale limitazione.

La giurisprudenza sui limiti immanenti, nella misura in cui rimette la preservazione dell'ordine costituzionale ad una laboriosa operazione di bilanciamento di interessi, segna una effettiva discontinuità con il figurino classico rivelando, così, risvolti originali dello Stato costituzionale di diritto.

**segue: la problematica (in)effettività dei diritti fondamentali in carenza di attuazione legislativa.**

In una stretta correlazione con il profilo sopra considerato è anche la questione specifica dell'immediatezza della garanzia disposta dai diritti fondamentali allorquando sia carente una disciplina legislativa attuativa del diritto in questione. Emblematica, al riguardo, è la divergenza di giudicati tra il Tribunale di Roma nel cd. caso-Welby, che ha ammesso l'esistenza del diritto costituzionale

---

<sup>34</sup> In tal senso, P. Caretti, *I diritti fondamentali*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2005, p. 100 che pertanto critica la giurisprudenza costituzionale sui limiti immanenti ("Una delle caratteristiche fondamentali della Costituzione repubblicana è ... quella di aver accolto il principio della tassatività dei limiti all'esercizio dei diritti di libertà, cui corrisponde il principio ermeneutico della *presunzione della massima espansione delle norme costituzionali*, in questa materia").

all'autodeterminazione ma ritenendolo ineffettivo e impretesibile in assenza di una disciplina legislativa attuativa; e la Corte di Cassazione (ma, ancor prima, la Corte di appello di Milano) per il cd. caso-Englaro in relazione al quale il giudice attraverso un complesso percorso esegetico, ha finito per rendere immediatamente effettivo il diritto in parola.

Un discorso analogo a quello, citato, del Tribunale di Roma ha svolto la Corte costituzionale in merito al riconoscimento del diritto fondamentale alla conoscenza delle proprie origini biologiche (si trattava, nella specie, di un figlio abbandonato alla nascita che chiedeva ora di poter conoscere la propria madre naturale) la cui effettività è stata disconosciuta per carenza di regolamentazione attuativa, in grado di porre in equilibrio interessi concorrenti (Corte cost., sent. n.278/13).

L'ipotesi della concretizzazione (solo) giurisprudenziale di un diritto fondamentale prefigura in principio un contrasto con le garanzie espresse dallo Stato democratico di diritto, che affida di norma l'attuazione di norme-principio della Costituzione al circuito degli organi di indirizzo politico, *in primis* alle Camere parlamentari. Ciò in quanto la decisione sui termini del bilanciamento tra istanze concorrenti integra una scelta politica, perciò rientrando primariamente nella sfera delle attribuzioni dell'organo di rappresentanza democratica. L'impedimento per il giudice di applicare un diritto fondamentale privo di disciplina legislativa deriva, dunque, dalla forza del principio di distinzione delle funzioni e dei poteri dello Stato cui corrisponde, sul piano teorico-dogmatico, quella tra produzione (*Rechts(norm)setzung*) e conoscenza/applicazione del diritto (*Rechtserkenntnis - Rechtsanwendung*) spettante di norma all'autorità giurisdizionale<sup>35</sup>. L'immediatezza della tutela connessa ad un diritto fondamentale potrebbe configurarsi unicamente

---

<sup>35</sup>Cass. Pen., sent. n. 26636 del2002: "La persona è connotata essenzialmente dalla *dignità umana* (nominata a vari effetti negli artt. 3, co. 1, 36, 41 cost.), che più che un diritto è il principio generatore e di intelligibilità di tutti i diritti fondamentali ed è riconosciuta a ciascuna persona in ragione non solo della sua individualità ma, per la indicata dimensione sociale, anche della sua piena appartenenza al genere umano (o, in questo senso, alla "umanità", secondo la dizione dell'art. 7.1 dello Statuto cit. della Corte penale internazionale, costituzionalmente rilevante per effetto dell'art. 10 cost.), come "simile" alle altre persone o "eguale" o, per riprendere un'espressione adoperata in altro contesto (art. 8 cost.) "egualmente libero".

nell'ipotesi di diritti di libertà negativa, per censurare l'ingerenza illegittima dei poteri pubblici nella sfera materiale riconducibile a tali diritti.

Non vale obiettare, in senso contrario, che la razionalità del pronunciamento esclude ogni discrezionalità nell'apprezzamento del giudice; l'unica razionalità da prendere in considerazione è, infatti, quella giuridico-positiva, discendente dalla volontà del legislatore (oltre che dai contenuti della previsione costituzionale), non invece una razionalità ispirata a canoni di un costruttivismo giuridico, che perviene all'identificazione dei contenuti delle norme-principio attraverso soprattutto la conoscenza e l'apprezzamento del caso di specie.

#### ***6. Le sfide contemporanee allo Stato costituzionale di diritto: A) - Stato di diritto e interessi sovranazionali.***

Alla fine degli anni '70 Erhard Denninger parlava di una crisi dello Stato di diritto basato sulla costruzione antagonista di Stato (monarchico) e società borghese, rappresentata dal Parlamento. Quest'ultima, attraversata sempre di più da antagonismi di classe e di interessi, si era andata organizzando politicamente come Stato ponendo fine per sempre all'utopia "di uno Stato neutrale, superiore agli interessi di parte". La sicurezza sociale e l'esistenza materiale "più che sulla proprietà e sull'attività (professione, mestiere) autonoma venivano fondandosi sul lavoro dipendente e sulla assistenza sociale". La minaccia alle libertà individuali non era portata più soltanto dall'esercizio dell'autorità pubblica ma anche dalla "forza dei grandi gruppi sociali che operavano in regime di monopolio (associazioni professionali, imprenditori dell'economia e della previdenza, partiti)" come pure dall'"esclusione della partecipazione alle prestazioni previdenziali". Sul piano politico-organizzativo la produzione normativa (di Legislativo ed Esecutivo) sempre meno soddisfaceva i criteri tipici di razionalità dello Stato di diritto (generalità della norma, determinatezza, riferibilità al bene comune) anche a causa dell'esigenza di adottare provvedimenti puntuali, mirati a scongiurare "i rischi economici dello sfruttamento oligopolistico del capitale. In fine, la regressione della sicurezza giuridica ed il transito progressivo "dallo stato legislativo allo stato dei

giudici”<sup>36</sup> era visto, tra l’altro, come la conseguenza di un legislatore che si rifugiava sovente nell’adozione di clausole generali e formule vuote, scaricando sull’autorità giurisdizionale l’ “apprezzabile” opera di bilanciamento degli interessi concorrenti<sup>37</sup>.

Nella riflessione di questo A., dunque, il fuoco dell’attenzione si concentra essenzialmente sulla relazione causale tra dinamiche dell’esperienza e consistenza funzionale della Costituzione democratica. In questa prospettiva, infatti, un fattore rilevante dell’analisi condotta è costituito dalle dinamiche politico-economico-sociali interne allo Stato. Ma se gran parte dei sopra citati fattori di crisi mantengono ancora una loro attualità - si pensi, ad es., alla forza effettiva dei cd. poteri privati, o anche alla debolezza strutturale della legge che finisce spesso per scaricare sul potere amministrativo l’onere reale della decisione politica- sussistono, ora, anche ulteriori fattori di rischio della democrazia che, di conseguenza, negativamente influiscono sulla tenuta dello Stato costituzionale di diritto. In primo luogo, la progressiva espansione del diritto internazionale e sovranazionale rischia di impoverire eccessivamente la consistenza delle decisioni politiche nazionali (sentenza Lisbona). In particolare, il sempre maggiore dislocamento a livello sovranazionale della competenza alla regolazione di ambiti materiali tende a contenere, fino al rischio di un vero e proprio isterilimento, lo spazio di decisione riservato alla politica nazionale e, così, il ruolo degli organi di rappresentanza politica nazionali.

Peraltro, la sancita prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno, in qualche caso anche di rango costituzionale, giunge fino a produrre, a volte, un’attenuazione del sistema interno delle garanzie connesse, tra l’altro, alla certezza delle situazioni giuridiche, come accade, ad es., per il principio d’intangibilità del giudicato penale, civile ed amministrativo. Esso risulta cedevole, ad es., rispetto all’esigenza di espansione del diritto al giudice, inteso come

---

<sup>36</sup> Cfr. B. Rühters, *Die heimliche Revolution – vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tübingen, 2014, part. p. 77 ss.; C. Thomale, *Des Richters Bestimmung – Für ein diskursives Neuverständnis der Gesetzesauslegung*, in C. Baldus, F. Theisen, F. Vogel (Hrsg.), Tübingen, 2013, p. 189 ss.

<sup>37</sup> E. Denninger, *Rechtsstaat*, in E. Denninger, K. Lüderssen, *Polizei und Strafprozess im demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main, 1978, p. 67 ss., part. pp.72/73.

prevalente tanto dalla Corte UE quanto dalla Corte di Strasburgo<sup>38</sup>. Vero è che il giudice comunitario, nello specifico, ha ritenuto un tale principio d'intangibilità, non codificato nell'ordinamento sovranazionale, di fondamentale importanza anche nell'ordinamento dell'Unione, come in quello degli Stati, al fine di garantire "la certezza del diritto, la stabilità dei rapporti giuridici e la buona amministrazione della giustizia". Pertanto, non insorge di norma in capo al giudice nazionale l'obbligo di disapplicare le norme interne "anche quando ciò consentirebbe di evitare una violazione del diritto comunitario"<sup>39</sup> (caso *Kapferer*). Tuttavia, lo stesso giudice ha in seguito concorso a provocare l'erosione del principio in discussione<sup>40</sup> ritenendo, ad es., (sent. *Pizzarotti*)<sup>41</sup>, che "la primauté del diritto comunitario" di per sé non impone al giudice nazionale "di disapplicare le norme procedurali interne che attribuiscono forza di giudicato ad una pronuncia giurisdizionale, nemmeno al fine di rimediare ad una situazione nazionale di contrasto con detto diritto"; ma "laddove il diritto interno sancisca la possibilità di un riesame di una decisione irrevocabile per renderla compatibile col diritto nazionale" è doveroso usufruire di tale soluzione.

In altra decisione (sent. *Klausner Holz*)<sup>42</sup> la stessa Corte UE ha chiesto al giudice nazionale (tedesco) di interpretare le regole nazionali in tema di giudicato in maniera comunque conforme al diritto comunitario (nella specie, si trattava di interpretare la norma relativa alla disciplina del giudicato sostanziale come se questo precludesse unicamente l'esame del dedotto, non anche del deducibile).

### **B)- Globalizzazione e territorialità.**

---

<sup>38</sup> Sui diversi casi di cedevolezza del giudicato, v. tra l'altro, Corte cost., sent. n. 249 del 2010; nonché in particolare Cass. SS.UU. sent. n. 42858 del 2014.

<sup>39</sup> CGCE, 16 marzo 2006, C-234/04, in [www.curia.europa.it](http://www.curia.europa.it).

<sup>40</sup> Cfr. la sent. *Köbler* (CGCE, 30 settembre 2003, C-244/01, in *Foro it.*, 2004, 4.), in cui è stata affermata la responsabilità risarcitoria dello Stato membro in seguito ad una pronuncia del tribunale nazionale di ultimo grado resa in violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale. Nell'ipotesi, benché il giudicato sia stato formalmente mantenuto, esso è stato in realtà svuotato del suo vincolo conformativo, anche se direttamente dalla Corte di giustizia, senza coinvolgere i giudici nazionali.

<sup>41</sup> CGUE, 10 luglio 2014, C-213/13 (*Impresa Pizzarotti c. Comune Bari*), in [www.eurlex.europa.eu](http://www.eurlex.europa.eu).

<sup>42</sup> CGUE, 11 novembre 2015, C-505/14, in [www.curia.europa.it](http://www.curia.europa.it).

Se la permeabilità del diritto interno al diritto di fonte sovranazionale ed internazionale è riconducibile, in ogni caso, a meccanismi di legittimazione apprestati dal diritto positivo, costituzionale e legislativo, nella prospettiva della costruzione di un sistema di governo (e di tutele) multilivello (artt. 10, 11, 117 Cost.) diversa considerazione sul piano dell'analisi giuridica meritano quelle dinamiche, di natura endogena quanto esogena, che orientano l'andamento della vita politica ed economico-sociale. In questa direzione rileva l'incedere dei processi di globalizzazione che porta con sé una riduzione dell'importanza dei confini territoriali dello Stato, quale spazio (limitato) di riferimento dell'azione politica. In secondo luogo, lo strutturarsi di un pluralismo multietnico, multireligioso e multiculturale con la presenza di gruppi etnici ostili all'integrazione culturale ed inclini ad un *modus vivendi* conforme a canoni di un credo religioso, mette in crisi la congruità del metodo democratico come forma di risoluzione dei conflitti sociali ed autoregolazione della società civile, oltre ad incidere negativamente sui vincoli di solidarietà sociale.

Un'altra rilevante causa endogena di tensione nello Stato costituzionale di diritto è costituita dall'evoluzione -tanto delle forme come anche della natura- della comunicazione pubblica. In fine, con l'avanzamento della cd. "società del sapere" (*Wissensgesellschaft*) si determina un effetto selettivo sui soggetti e sui contenuti della partecipazione politica.

7.1. Preliminarmente, va rilevato come un dato indefettibile dell'esistenza stessa dello Stato, il territorio, inteso come lo spazio necessariamente limitato su cui il primo (differenziandosi in ciò dallo Stato personale medievale) fa valere la propria potestà d'imperio (sovranità). Riferito allo Stato democratico<sup>43</sup> il territorio corrisponde alla dimensione di riferimento dell'interesse comune che sta alla base della volontà di partecipazione di ogni cittadino alla vita politica. Quest'ultima, pertanto, è destinata a recedere mano a mano che l'incremento della globalizzazione, in cui -come si rileva- "i sistemi funzionali delle società moderne e funzionalmente differenziate si intrecciano oltre i confini dello Stato nazionale, si

---

<sup>43</sup> J. Habermas, *Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie*, in Id., *Die Einbeziehung der Anderen*, cit., p. 293 ss., part. p. 296 ss.

riuniscono in contesti globali, generano una specifica logica ed un modo di operare funzionalmente determinato”, così da allontanarsi “in modo continuo dal riguardo verso le società originarie”<sup>44</sup>. Nella dimensione globale risultano prevalenti l’interesse lucrativo e privatistico dei soggetti che ivi operano mentre resta, di converso, obliterato il profilo del Bene comune o dell’interesse generale, tipicamente riferito alla sostanza dello Stato, curato, principalmente, attraverso l’azione delle istituzioni democratiche di governo. Ciò si abbina ad una reale incapacità di intervento dei poteri pubblici sulle congiunture negative del mercato che così sfuggono al controllo democratico ed escono fuori dall’agenda politica interna.

La globalizzazione –si è detto- provoca una de-istituzionalizzazione ed autonomizzazione dei soggetti del mercato, su cui nessuna influenza e controllo è più in grado di esercitare la regolazione statale<sup>45</sup>. Essa incoraggia una delocalizzazione dei soggetti d’impresa in aree dove il costo del lavoro e della produzione risulta economicamente meno oneroso, in genere perché minori sono le tutele assicurate al singolo lavoratore subordinato. Riducendosi i costi di produzione, aumenta l’appetibilità, in termini di concorrenza, del prodotto sui singoli mercati nazionali. La consistenza liquida dell’impresa concorre perciò a rendere meno stabile e più incerta la relazione funzionale tra territorio, economia e azione dello Stato, su cui in passato operava il controllo democratico.

Quanto detto ha ripercussioni sul funzionamento dello Stato costituzionale di diritto, poiché, inevitabilmente, alimenta il conflitto tra gli interessi generali riferibili a compiti dello stato nazionale e quelli, di natura privatistica, governati da “sistemi mondiali laterali”<sup>46</sup>. A questi ultimi sono rimesse nella realtà le decisioni politiche in relazione a materie globali (mercato, ecosistema) la cui efficace regolazione va ben oltre le competenze del singolo Stato nazionale ed è influenzata dalle azioni di soggetti privati forti, in grado di controllare ed orientare

---

<sup>44</sup> H. Willke, *Demokratie im Umbruch*, cit., p. 358.

<sup>45</sup> O. Lepsius, *Editorial*, in *Der Staat*, 56 (3- 2017), p. 324 ss.

<sup>46</sup> H. Willke, *Demokratie im Umbruch*, cit., p. 358.

l'andamento del mercato attraverso forme di autoregolazione convenzionale<sup>47</sup>; oppure rientra nella sfera delle attribuzioni di istituzioni sovranazionali o internazionali, di natura tecnica (WTO, OMS, FAO, Banca centrale europea), comunque non connotate da un'adeguata legittimazione democratica (Consiglio ONU, Commissione UE).

### **C)- Democrazia costituzionale e partecipazione.**

Un altro punto di riflessione suscita il progressivo ampliarsi del divario strutturale tra la comunità dei cittadini e la comunità sociale *tout court*. Tra i presupposti di una democrazia che si assume identitaria è la tendenziale coincidenza di comunità sociale e popolo inteso, quest'ultimo, non secondo una visione sostanzialista, quale unità politica pre-esistente identificata sulla base di elementi naturali (sangue, razza, lingua etc.)<sup>48</sup>. Il popolo dello Stato democratico è determinato, in senso giuridico-positivo, come l'insieme dei cittadini a cui l'ordinamento rimette in via esclusiva la titolarità dei diritti di partecipazione politica<sup>49</sup>. Prescrizioni come l'art. 49 Cost., peraltro, concorrono a conferire fondamento alla suddetta presunzione di corrispondenza tra la comunità dei cittadini ed il "popolo vivente", come lo denomina *Veziò Crisafulli*, a cui deve riferirsi, nella citata disposizione, la rappresentanza politica<sup>50</sup>. L'affievolirsi di una tale corrispondenza mette in crisi l'effettività del modello prescritto in quanto provoca una contrazione o un'elusione della domanda e, corrispettivamente, una limitazione dell'offerta politica<sup>51</sup>. Tenendo fuori dalla sfera della comunicazione pubblica interessi di particolari categorie di individui non cittadini, come tali privi

---

<sup>47</sup> Al riguardo, cfr. tra gli altri G. Teubner, *Verfassungsfragmente*, Berlin, 2012, part. p. 120 ss.

<sup>48</sup> C. Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*, Hamburg, 1933, p. 11 ss.; nonché Id., *Verfassungslehre*, cit., p. 276 ss.

<sup>49</sup> Al riguardo, cfr. J. Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, Baden-Baden 1999, p. 154 ss.

<sup>50</sup> V. Crisafulli, *Stato democratico e società, oggi* (1982), ora anche in Id., *Stato, popolo, governo*, cit., p. 336.

<sup>51</sup> Tracce di un tale deficit di corrispondenza sembrano rinvenibili nell'esperienza contemporanea dove l'afflusso massiccio di immigrati provenienti dall'Africa e da Paesi in guerra verso gli Stati dell'Europa occidentale, ha accentuato la divisione/distinzione soprattutto tra i cittadini e individui che nati sul territorio dello Stato, dove risiedono stabilmente, non possono acquisire tuttavia la cittadinanza italiana. Questi ultimi, pertanto, restano fuori da ogni partecipazione istituzionalizzata alla vita democratica del Paese.

di rappresentanza politica, si favorisce, nel medio e/o lungo termine una trasfigurazione in senso oligarchico della forma di Stato, generandosi inoltre una sfiducia e disaffezione di tali individui verso il Bene comune e la pratica della democrazia.

Una tale condizione agisce come freno al processo di integrazione sociale concorrendo, peraltro, a radicare il deficit di omogeneità sociale, avvertito come una delle principali cause di destabilizzazione dello Stato e della coesione solidale su cui esso si fonda. Il tema non è nuovo. Un'evocazione dell'omogeneità sociale come naturale presupposto della democrazia risale alla nota affermazione di J.-W. Böckenförde, secondo cui "lo Stato liberale secolarizzato vive di presupposti normativi che esso stesso non è in grado di garantire"<sup>52</sup>, dove tra tali presupposti è ricompreso anche un minimo di omogeneità sociale. Ma già Gerhard Anschütz, autorevole Studioso e democratico dell'era weimariana, aveva nel suo discorso d'insediamento al Rettorato dell'Università di Heidelberg (1922) fatto richiamo a quelle relazioni (sociali) che nessuna Costituzione è in grado di creare ma che "ogni Costituzione, tanto più una Costituzione democratica, deve necessariamente presupporre"<sup>53</sup>. Il riferimento era soprattutto ai sentimenti di amor patrio e nazionalismo dei cittadini (paradigmi culturali, dunque) quali fattori di omogeneità, a cui successivamente Carl Schmitt ha inteso conferire un più radicale fondamento.

Nel pensiero di J.-W. Böckenförde l'omogeneità è basata piuttosto su una percezione etica innata della libertà, insuscettibile di essere imposta o creata attraverso il diritto<sup>54</sup>, in mancanza della quale difetta ogni reale possibilità di costruzione dello Stato democratico di diritto. La carenza di siffatta omogeneità sociale<sup>55</sup> mina le basi del vivere comune e rende inutile ogni soluzione

---

<sup>52</sup> E.-W. Böckenförde, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation* (1967), ora anche in *Id., Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, p. 92 ss., part. p. 112.

<sup>53</sup> G. Anschütz, *Drei Leitgedanken der Weimarer Reichsverfassung*, 1923, p. 33, come citato in H. Dreier, *Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Tübingen, 2014, p. 483.

<sup>54</sup> E.-W. Böckenförde, op. ult. cit. p. 112. Conforme, D. Abraham, *Einwanderung im Wohlfahrtsstaat: die Solidarität und das Problem der Homogenität*, in *Der Staat*, 44/56 (2017), p. 535 ss., part. p. 540.

<sup>55</sup> Significativa, in quest'ordine di idee, può essere una recente sentenza del Tar Liguria in tema di accattonaggio, che è parsa andare in contrario avviso con quanto argomentato dallo stesso Tribunale un anno prima (Tar Liguria sent. n. 846 del 21 luglio 2016) sullo stesso tema. In

organizzativa, seppur basata sul metodo democratico. Punto di partenza è, comunque, lo Stato secolare, in cui il fondamento ultimo di legittimazione riposa (necessariamente) su un dato giuridico-positivo. In relazione ad esso, incontestata l'efficacia formale del metodo (democratico) di decisione, l'accento è posto su premesse di ordine fattuale che lo rendono effettivamente operante e che non sono preservabili attraverso il solo diritto positivo. Si tratta peraltro di una constatazione non del tutto originale. Anche Norberto Bobbio –riferendo le parole di Pericle secondo la testimonianza di Tucidide- sottolinea come non possa esserci una democrazia funzionante se i cittadini non prendono realmente interesse alla cosa pubblica attraverso una partecipazione al dibattito su temi di interesse generale, prima di pervenire alla decisione politica<sup>56</sup>. Bobbio, ad ogni modo, circoscrive l'analisi al dato giuridico ed indica, quali presupposti normativi di una democrazia funzionante, l'eguaglianza dei cittadini nel voto, il pluralismo dell'informazione e dei partiti politici, il principio maggioritario come regola di decisione e, in fine, la tutela delle minoranze.

Una siffatta impostazione, ad ogni modo, mostra più di qualche punto di contatto con quella, di stampo formale, che esclude una relazione funzionale necessaria tra omogeneità sociale e democrazia. Non si nega che la partecipazione dei cittadini alla formazione di un pensiero politico sia ispirata da percezioni etiche di vita comune, tuttavia, ciò non è ritenuto decisivo ai fini del funzionamento della

---

quest'ultima decisione, infatti, pur accogliendosi per un vizio formale<sup>55</sup> il ricorso promosso da un cittadino nigeriano richiedente protezione internazionale avverso il provvedimento prefettizio di revoca delle misure di accoglienza si sottolineava come stante la natura sanzionatoria di tale provvedimento (art. 20, c. 4 Direttiva del Parlamento europeo 26.6.2013, n. 2013/33/UE), esso riveste un carattere eminentemente discrezionale, ciò che implica, di necessità, una valutazione in concreto della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità delle condotte accertate (art. 20 comma 5 della suddetta direttiva UE), valutazione da effettuarsi a seguito di un regolare contraddittorio procedimentale.

Nella più recente decisione, con cui è stato respinto il ricorso avanzato da un cittadino nigeriano richiedente asilo contro il provvedimento di revoca delle misure di accoglienza emesso in conseguenza di una multa per accattonaggio elevata nei confronti del ricorrente, il Tar ha qualificato senz'altro l'accattonaggio come "un comportamento di indubbia gravità idoneo a ingenerare situazioni di tensione e di conflittualità con la popolazione residente". Pertanto, nessun controllo ha svolto in questa circostanza il giudice circa la proporzionalità della misura irrogata rispetto all'attività illecita sanzionata.

<sup>56</sup> N. Bobbio, *Teoria generale della politica*, Torino 1999, p. 381 ss.

democrazia, né sul piano motivazionale, né sul piano cognitivo. La pratica democratica, in quanto autoreferenziale, è in grado di sviluppare per *Jürgen Habermas* “un’autonoma dinamica politica”<sup>57</sup>. Nella previsione e nella pratica dei diritti di libertà cd. funzionali (comunicazione, associazione, riunione etc.), in particolare, si ritrovano le condizioni che realizzano la partecipazione dei cittadini al dibattito e, dunque, la formazione di un flusso pluralistico della comunicazione pubblica che rende la democrazia effettiva e funzionante. Diritti di cittadinanza, comunicazione pubblica, deliberazione, rappresentano l’essenza ed il collante sociale del processo democratico, la “forma” in grado di legittimare in modo autonomo l’esistenza e la continuità dello Stato costituzionale di diritto.

Quando si discute, ad es., di Stato sociale, di guerra etc. si affrontano, del resto, questioni pratico-politiche e, nel contempo, ci si misura con profili dell’interpretazione di principi costituzionali<sup>58</sup>. Solo “in uno Stato di diritto senza democrazia” può trovare una risposta positiva l’affermazione di *Böckenförde*, pur se la solidarietà tra cittadini, mediata dal diritto positivo, si incrementa e si rafforza effettivamente quando principi di comune consenso trovano accesso nella trama degli orientamenti culturali della comunità statale<sup>59</sup>.

Lo spazio di questo lavoro non consente di indugiare ancora sulla correlazione funzionale tra il presupposto dell’omogeneità culturale ed i bisogni della democrazia quale valore costituzionale e non soltanto come metodo di decisione. Tuttavia, è appena il caso di rilevare che il diritto di ragione proprio del liberalismo politico, posto a base dello Stato costituzionale democratico, male si compone con una cultura non secolare o post-secolare, la quale genera atteggiamenti intransigenti e ostile al metodo democratico. Non a caso, *Giovanni Sartori* parla di un “multiculturalismo aggressivo”<sup>60</sup> per definire quella componente minoritaria del pluralismo riottosa ad ogni forma di integrazione

---

<sup>57</sup> J. Habermas, *Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates*, in J. Habermas, J. Ratzinger, *Dialektik der Säkularisierung*, 2. Aufl., Freiburg 2005, p. 23; nonché, Id., *Drei normative Modelle der Demokratie*, in Id., *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main, 1999, p. 277 ss.; e *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl., Frankfurt am Main, 1994, p. 349 ss.

<sup>58</sup> J. Habermas, *Vorpolitische Grundlagen*, cit. p. 24.

<sup>59</sup> J. Habermas, *Vorpolitische Grundlagen*, cit. p. 25.

<sup>60</sup> G. Sartori, *Pluralismo multiculturalismo e estranei*, Milano, 2000, p. 29.

sociale ed in grado di generare fratture all'interno della società civile, non ricomponibili attraverso le soluzioni apprestate dallo Stato costituzionale democratico<sup>61</sup>. Ma anche sociologi di cultura americana, come *David Abraham* e *Samuel Issacharoff*<sup>62</sup> mettono in particolare risalto la relazione causale esistente tra immigrazione, regresso del cd. "Stato di benessere" ed erosione della solidarietà<sup>63</sup>. Il nodo cruciale si rinviene nella perdita delle condizioni finora vissute dai singoli appartenenti alla collettività statale, anche in ragione della distrazione di risorse pubbliche in favore di stranieri immigrati. La riduzione della spesa per lo svolgimento di compiti di natura sociale da parte dello Stato concorre ad aumentare il senso di ostilità verso chi, percepito come estraneo alla comunità statale, è ritenuto la causa del regresso economico e sociale e come nemico del modello culturale occidentale. La conclusione è che "il pluralismo culturale ed etnico produce in Europa il medesimo negativo influsso sulla solidarietà e sulla questione della redistribuzione sociale"<sup>64</sup>, pertanto, sul funzionamento e sulle garanzie dello Stato costituzionale di diritto<sup>65</sup>.

Di contro, va considerato che il pluralismo, sociale ed istituzionale, che la Carta repubblicana del '48 riconosce e promuove quale espressione di libertà<sup>66</sup> non giustifica, né legittima pregiudizi all'unità ed indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.). Quale elemento di sviluppo e crescita della società e quale forza inclusiva dell'ordinamento statale, il pluralismo in questione non entra in conflitto con gli altri principi supremi della Carta (eguaglianza, solidarietà, democrazia) ma, anzi,

---

<sup>61</sup> S. Issacharoff, *Die Defizite der Demokratie*, Milano, 2000, p. 29.

<sup>62</sup> S. Issacharoff, op. ult. cit., p. 345 ss.; D. Abraham, *Einwanderung im Wohlfahrtsstaat: Die Solidarität und das Problem der Homogenität*, in *Der Staat*, 56 (4- 2017), p. 535 ss., part. p. 539 ss.

<sup>63</sup> Sulle tensioni che il fenomeno dell'immigrazione è in grado di generare, soprattutto in quanto attiene all'efficacia del principio di solidarietà ed ai caratteri di omogeneità della società statale, cfr. ancora D. Abraham, *Einwanderung im Wohlfahrtsstaat: Die Solidarität und das Problem der Homogenität*, cit., p. 535 ss..

<sup>64</sup> D. Abraham, op. ult. cit., p. 541. „Jede ernstliche Abkehr vom Konstitutionalismus als Integrationsmittel einer pluralistischen Gesellschaft birgt ernste Gefahren“: D. Abraham, op. cit., p. 545 ss.

<sup>65</sup> „Jede ernstliche Abkehr vom Konstitutionalismus als Integrationsmittel einer pluralistischen Gesellschaft birgt ernste Gefahren“: D. Abraham, op. cit., p. 545 ss.

<sup>66</sup> V. Crisafulli, *Pluralismo* (1976), ora anche in Id., *Stato, popolo, governo – Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, p. 325 ss.

di questi ultimi è chiamato a costituire un funzionale completamento, componendo il disegno unitario personalista che ispira l'intero ordito costituzionale.

Riflettere ancora sull'esposta citazione di E.-W. Böckenförde vuol dire interrogarsi, oggi, sulla capacità di potenziali fattori esterni ed estranei al sistema giuridico nazionale di mettere in pericolo l'esistenza di quei presupposti non giuridici su cui si fonda lo Stato costituzionale, i quali rendono la democrazia un modello effettivo di libera decisione popolare. Tra questi oltre, ad es., ad una modernizzazione sociale in grado di trasformare la società civile in un insieme atomistico di interessi individuali, non riducibili entro una dimensione unitaria di vivere comune<sup>67</sup> viene in rilievo la capacità di forze, equilibri ed interessi (economici, culturali, politici etc.) in grado di effettivamente mitigare la spinta innovatrice dell'azione democratica, a volte riducendola entro livelli di adeguatezza reputati come accettabili.

Per il giurista positivo, ciò equivale a concentrare l'analisi sulla reale efficacia performativa delle dinamiche ordinamentali, a cominciare da quelle di rango costituzionale. In questa direzione, il complesso delle questioni inerenti l'esercizio (anche in negativo) della libertà religiosa –come, ad es., quella relativa all'ostensione di simboli religiosi da parte di insegnanti e studenti, le richieste di esonero dallo svolgimento di specifiche attività scolastiche (sport) svolte in un regime di promiscuità vietato dai convincimenti religiosi dello studente o dei suoi genitori oppure, in fine, la questione relativa alla presenza del crocifisso in sedi istituzionali (scuola, aule di tribunale)- lascia evidenziare che il terreno dei diritti fondamentali si mostra quello su cui, soprattutto, lo Stato costituzionale di diritto manifesta ancora un'assoluta capacità regolatrice, ancorando ad un presidio normativo indissolubile lo sviluppo del pluralismo culturale anche di natura conflittuale, ben oltre (la) ed a prescindere dalla debolezza del sistema democratico.

**D)- *Lo stato costituzionale democratico dall'era dell'informazione a quella della defattualizzazione.***

---

<sup>67</sup> J. Habermas, *Vorpolitische Grundlagen*, cit. p. 26.

Tra i fattori di cambiamento rientra anche la comunicazione pubblica che, con l'avvento di Internet e della "rete"<sup>68</sup> subisce un'evoluzione, oltre che nelle forme, nella stessa funzione rispetto a quella classica di conoscenza di fatti ed eventi oggetto di confronto e discussione nella società democratica. Formule come "società post-fattuale" evocano in modo particolare i profili del cambiamento assiologico favorito dall'avvento della comunicazione digitale e caratterizzato mirato soprattutto a provocare reazioni emotive nell'utente, piuttosto che acquisizione di consapevolezza, ai fini della formazione di un'opinione pubblica<sup>69</sup>. Il dato rilevante è costituito dalla messa in circolazione di notizie false (cd. fake-news), con l'intento, più che di distorcere la verità dei fatti, di registrare le reazioni impulsive e/o sentimentali suscitate nel lettore.

La società post-fattuale (*Nichtwissenwollengesellschaft*)<sup>70</sup> fa sorgere problemi di ordine politico-istituzionale inerenti, nello specifico, al riverbero che una tale comunicazione può avere su un corretto funzionamento della democrazia, problemi che sul piano della legittimità costituzionale riguardano, in definitiva, l'inclusione o meno di siffatte notizie nella sfera materiale di garanzia apprestata dall'art. 21 Cost., in generale, alla libertà di manifestazione del pensiero.

Se si tiene conto che nella relazione tra politica e democrazia la formazione dell'opinione pubblica costituisce una condizione indispensabile per un esercizio fisiologico della sovranità popolare<sup>71</sup>, la messa in circolazione di notizie false potrebbe configurarsi come un limite immanente all'esercizio della libertà di comunicazione che sottrae le prime da una copertura della garanzia costituzionale. Non è un caso, del resto, che in alcuni Stati europei siano state intraprese iniziative

---

<sup>68</sup> Sul punto, v. B.P. Paal, M. Hennmann, *Meinungsbildung im digitalen Zeitalter*, in *Juristen Zeitung* (JZ), 2017, p. 641 ss.

<sup>69</sup> Così, al riguardo, v. soprattutto A. Steinbach, *Meinungsfreiheit im postfaktischen Umfeld*, in *Juristen Zeitung* (JZ), 2017, p. 653 ss.

<sup>70</sup> L'espressione è usata da A. Steinbach, op. ult. cit., p. 653.

<sup>71</sup> Sul punto, cfr. in part. Corte cost., sent. n. 94/77, in cui si precisa che "l'art. 21 Cost. implicitamente tutela un interesse generale della collettività all'informazione, cosicché i grandi mezzi di diffusione del pensiero (nella più lata accezione, comprensiva delle notizie) sono a buon diritto suscettibili di essere considerati nel nostro ordinamento, come in genere nelle democrazie contemporanee, quali servizi oggettivamente pubblici o comunque di pubblico interesse."

legislative mirate a contenere la pratica della diffusione di notizie false, con la previsione anche di multe salate per i gestori informatici, nel caso in cui non provvedano alla cancellazione della notizia falsa<sup>72</sup>.

A prescindere da ogni considerazione sulla relazione, in termini giuridici, tra verità e informazione nei profili, attivo e passivo, in cui quest'ultima è declinata,<sup>73</sup> non sfugge, tuttavia, che in merito a tali diritti di libertà, la Costituzione privilegia essenzialmente la dimensione negativa nei confronti di interventi del potere pubblico mirati a comprimerla anche con l'obiettivo di preservare la verità dell'informazione. La Legge fondamentale, in altre parole, considera decisivo il pluralismo delle fonti di informazioni come condizione di una libera e consapevole formazione dell'opinione pubblica<sup>74</sup>. Questo indirizzo trova un'implicita conferma nella linea di giurisprudenza costituzionale che ha inteso la verità delle notizie messe in circolazione come un presupposto in funzione della preservazione di interessi costituzionali concorrenti, in relazione ai quali soltanto la verità della comunicazione è apparsa come una condizione indefettibile (es: tutela della pubblica economia: Corte cost., sent. n. 123/76)<sup>75</sup>.

Gli sforzi del legislatore nella direzione di una normativa *anti-fake* possono rivelarsi inutili, oltre che contrari alla legalità costituzionale, in quanto la vulnerazione di interessi individuali concorrenti (onore, reputazione, etc.) attraverso *fake news* integra già sulla base del diritto vigente una condotta sanzionabile. Ma, al di fuori di queste ipotesi, anche la messa in circolazione di *fake-news* configura espressione della personalità individuale (art. 2 Cost.) ed esercizio

---

<sup>72</sup> In Italia, si ha notizia di un ddl presentato dai Senatori Zanda e Filippin nel corso della XVII, recante "Norme generali in materia di social network e per il contrasto della diffusione su internet di contenuti illeciti e delle fake news". Riferimenti al tema sono anche nella *Dichiarazione dei diritti in Internet*, elaborato dalla Commissione per i diritti e i doveri relativi ad Internet nel 2015. Anche in Germania è stato presentato un ddl in materia (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*) su iniziativa del Ministero della Giustizia, il 5.4.2017.

<sup>73</sup> Sul punto, diffusamente, v. A. Steinbach, *Meinungsfreiheit im postfaktischen Umfeld*, cit., p. 654 ss.

<sup>74</sup> Così ancora A. Steinbach, op. loc. cit., p. 657.

<sup>75</sup> Corte cost. sent. n. 123/76, dove nello specifico la Corte ebbe a riconoscere non fondata la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 501 c.p. vecchio testo, che puniva chiunque divulgava notizie false, esagerate o tendenziose idonee a turbare il mercato interno dei valori e delle merci, riconoscendosi nella tutela della pubblica economia un valore concorrente con la libertà di manifestazione del pensiero.

legittimo di libertà (art. 21 Cost.), pertanto ricadente sotto la protezione del diritto costituzionale<sup>76</sup>. Oltre i casi previsti in Costituzione, lo Stato liberale democratico pluralista, in definitiva, non contempla un controllo, del potere pubblico, sui contenuti dell'informazione<sup>77</sup>. Persino quando, come ad es., nel caso del Tribunale costituzionale federale tedesco si è precisato che soltanto l'affermazione di fatti veri sia meritevole di specifica tutela costituzionale e possa offrire un contributo allo sviluppo del confronto di pensiero pubblico<sup>78</sup> non viene senz'altro esclusa dall'ambito della più generale garanzia costituzionale dei diritti di personalità la comunicazione carente di un fondamento di verità<sup>79</sup>.

#### **E)- Stato di diritto e società della conoscenza.**

In qualche modo come speculare all'era post-fattuale può intendersi il progressivo transito verso una società sempre più caratterizzata dal bisogno di conoscenza, in quanto le sue strutture ed "i processi di riproduzione simbolica e materiale" sono penetrati e condizionati da scelte ed operazioni strettamente dipendenti dalla conoscenza, così che "l'elaborazione dell'informazione, l'analisi simbolica e il sistema degli esperti" finiscono per avere la prevalenza sugli altri fattori della produzione<sup>80</sup>. In tale società, dunque è la competenza il fattore rilevante, attraverso cui si perviene alla decisione razionale e si ha accesso al mercato del lavoro qualificato<sup>81</sup>. Soprattutto in materie particolarmente complesse (finanza, economia, ambiente etc.) la competenza tecnica si atteggia come presupposto necessario di una partecipazione alla comunicazione pubblica che, pertanto, viene ad essere ristretto unicamente a coloro che possiedono tali conoscenze. In questa direzione, la cd. società del sapere si rivela inevitabilmente

---

<sup>76</sup> Al riguardo, costante in tal senso è l'indirizzo della giurisprudenza costituzionale: cfr., tra le altre, Corte cost. sentt. nn. 65/70; 199/72; 15, 131 e 133/73; 73/83.

<sup>77</sup> S. Müller-Franken, *Meinungsfreiheit im freiheitlichen Staat*, Paderborn – München – Wien – Zürich), 2003, p. 16.

<sup>78</sup> BVerfGE, 61,1,8; 99,185, 197.

<sup>79</sup> A. Steinbach, op. ult. cit., p. 654, nota 15.

<sup>80</sup> Al riguardo, v. in particolare, H. Willke, *Demokratie im Umbruch*, in *Der Staat*, 56 (3- 2017), p. 357 ss, part. p. 365.

<sup>81</sup> Sul punto, cfr. da ultimo A. Ingold, *Digitalisierung demokratischer Öffentlichkeiten*, in *Der Staat*, 56 (4- 2017), p. 491 ss., part. p. 493 ss.

divisiva, finendo, tra l'altro, per svuotare ogni aspettativa di concreta realizzazione del figurino di una democrazia deliberativa<sup>82</sup>, il quale poggia sulla partecipazione di tutti i cittadini alla comunicazione pubblica in condizioni di uguaglianza quale presupposto indefettibile per giungere all'argomentazione razionalmente migliore.

La struttura parziale di detta società determina di fatto una partecipazione selettiva che implica un regresso del confronto democratico, concorrendo ad aumentare i termini di una diseguaglianza sociale all'interno della comunità statale. Tale condizione, che include anche la gran parte degli stranieri immigrati<sup>83</sup> risale principalmente alla grave crisi economico-finanziaria iniziata nel corso del primo decennio del XXI secolo, che ha colpito diversi Paesi europei, tra cui anche l'Italia, radicando condizioni pregiudizievoli finanche per la garanzia minima di esistenza degli individui, con un ampliamento notevole della disoccupazione, del precariato nel lavoro e della fascia di povertà, dal cui rischio di caduta restano esclusi pochi settori<sup>84</sup>. Interessante, al riguardo, è la delineazione, che è stata fatta in dottrina, di uno stretto collegamento funzionale tra diseguaglianze sociali, informazione e riduzione del senso di solidarietà collettiva<sup>85</sup>. Così, lo sviluppo degli individualismi è visto come la conseguenza di un'informazione crescente che concorre ad aumentare la consapevolezza delle diseguaglianze strutturali di classe abbattendo uno dei "fetici" dello Stato solidale, la credenza cioè di una ripartizione uguale dei rischi nel contesto sociale che, pertanto, si manifestano con andamento del tutto casuale<sup>86</sup>. Viene meno la percezione della Nazione come "una classe di rischio omogenea"<sup>87</sup> e, con essa, la disponibilità dei consociati ad informare le condotte reciproche ad uno spirito di solidarietà. Ciò concorre alla

---

<sup>82</sup> J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl., Frankfurt am Main, 1994, p. 349 ss.

<sup>83</sup> In tal senso, v. ancora D. Abraham, *Einwanderung im Wohlfahrtsstaat: Die Solidarität und das Problem der Homogenität*, cit., p. 538; analogamente, v. anche S. Issacharoff, *Die Defizite der Demokratie*, in *Der Staat* 56 (2017), p. 329 ss., part. p. 345 ss..

<sup>84</sup> G. Bottalico, *Considerazioni "inattuali" sui corpi intermedi nell'era globale*, in AA.VV. (a cura di G. Bottalico, V. Satta), *Corpi intermedi*, Milano, 2015 p. 14

<sup>85</sup> P. Rosanvallon, *Die Gesellschaft der Gleichen*, (trad. in tedesco dell'opera *La société des égaux*, Paris, 2011) Berlin 2017, p. 251 ss.

<sup>86</sup> P. Rosanvallon, op. cit.,.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 252.

destabilizzazione del senso d'identità basato sulla comune condivisione dell'interesse generale.

Quel che rileva, nell'analisi giuridica, è il pregiudizio che l'aumento delle diseguaglianze sociali è in grado di recare sull'attualità dello Stato costituzionale di diritto, nella misura in cui si manifesta sterile o poco efficace la forza conformatrice di norme-principio, quali, il diritto al lavoro, la dignità umana e sociale, la solidarietà etc., per la cui effettività non basta la sola formale previsione relativa all'esistenza di una tutela giurisdizionale.

***7. Lo Stato di prevenzione: una deriva dello Stato costituzionale di diritto o un riallineamento degli interessi costituzionali?***

Nel quadro di un'esperienza che nutre il rischio di pregiudizi alla tenuta dello Stato costituzionale di diritto si pone anche il ricorso frequente (o, potrebbe dirsi oggi, ordinario) a strategie di prevenzione in ragione di un bisogno di sicurezza rafforzatosi, in particolare, in seguito all'avvento del terrorismo di matrice religiosa. L'azione di prevenzione implica, in principio, limitazioni anche rilevanti di diritti fondamentali (es., diritto alla riservatezza) che, a volte, anticipano la soglia ordinaria dello stato di pericolo previsto, di regola, come il presupposto in grado di legittimare l'adozione di misure di prevenzione. Il riferimento allo "Stato di prevenzione" come ad un assetto organizzativo tipizzato, finalizzato a garantire il massimo livello di sicurezza attraverso il controllo di ogni condotta che appaia, in via sintomatica o presuntiva, espressiva di un sospetto o di un rischio vuole essere indicativo anche di una modalità sistematica di azione poco attenta, nella realizzazione dell'obiettivo, al rispetto dei diritti di libertà fondamentali. Esso vale, dunque, a segnare una discontinuità di natura logica prima che giuridica con il modello essenzialmente garantista dello Stato costituzionale di diritto che privilegia, invece, l'istanza di libertà come prioritaria,

seppure posta in un ragionevole equilibrio con la tutela di interessi generali primari (sicurezza, ordine pubblico, sanità, buon costume etc.)<sup>88</sup>.

L'incompatibilità tra Stato di prevenzione e Stato costituzionale di diritto si rende evidente, tra l'altro, in relazione al piano delle garanzie giurisdizionali poiché la prevenzione in funzione di lotta al terrorismo internazionale implica una stretta cooperazione tra servizi di *intelligence*, nazionale ed internazionale, oltre che tra le varie polizie, per il cui alto rendimento si richiede, di norma, un assoluto segreto su operatori e fonti di informazione. Tali modalità di azione, tuttavia, non sempre si combinano con l'effettività delle garanzie –anche processuali– apprestate dalla Costituzione e dalle leggi (diritto di difesa, conoscenza dei mezzi probatori, formazione processuale della prova, escussioni testimoniali e quant'altro). Pertanto, strategie di prevenzione volte ad assicurare la massima sicurezza della popolazione rischiano di impattare contro le garanzie apprestate dello Stato di diritto indebolendosi, le prime, nell'esito di impedire l'accadimento di un fatto delittuoso ritenuto imminente.

Il ricorso alla prevenzione è stato, negli ultimi tempi, impiegato dal legislatore ben oltre le sole fattispecie strettamente connesse alla tutela della sicurezza, come ad es., nel caso della legge 6 novembre 2012, n. 190 recante *“Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”* (seguito dal d. lgs. n. 33/2013 e dal d. l. n. 90/2014)<sup>89</sup>.

Una strategia di prevenzione ispira la disciplina in tema di contrasto dell'immigrazione illecita<sup>90</sup>. Le condizioni per una compressione degli interessi

---

<sup>88</sup> V. Baldini, *Logiche in conflitto: brevi note su prevenzione e Stato costituzionale di diritto*, in *www.dirittifondamentali.it*, 1/2016; soprattutto, v. E. Denninger, *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat* (2003), ora anche in *Id., Recht in globaler Unordnung*, Berlin, 2005, p. 223 ss. op. ult. cit., p. 14.

<sup>89</sup> Di tale disciplina è stata evidenziata dall'ANAC la necessità, sistematica e reiterata, di ricorrere a forme di interpretazione costituzionalmente orientata. Queste ultime “si risolvono ... in interventi di estensione della portata normativa e/o di integrazione delle ritenute lacune della disciplina in tal modo emanata” che nutre “fondate e rilevanti perplessità” circa la compatibilità della disciplina in discussione, con i principi di legalità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.: così G.M.Flick, *Governance o prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa ?*, in *Rivista AIC*, 2/2015.

<sup>90</sup> .. come traluce dal complesso di fonti normative di riferimento, a partire dalla l. delega n. 40/98, cui ha fatto seguito l'emanazione del Testo Unico sull'Immigrazione (d.lgs n. 286/98) che

individuali connessi all'ingresso e al soggiorno sul territorio dello stato si raccordano, qui, con la tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico secondo un equilibrio, tuttavia, che non sempre si mostra in linea con il criterio della proporzionalità, come elaborato dal giudice costituzionale<sup>91</sup>. La normativa in parola (TUI) sancisce espressamente il riconoscimento anche allo straniero dei diritti fondamentali spettanti a ogni individuo secondo le norme di diritto interno, oltre che sulla base di convenzioni internazionali in vigore e del diritto internazionale generalmente riconosciuto. Tuttavia, non risultano affatto equivalenti a quelle spettanti ad ogni cittadino per la tutela di pretese giuridiche soggettive fondate su norme costituzionali le garanzie accordate all'immigrato per far valere i propri diritti davanti all'autorità giurisdizionale. Né tali garanzie si mostrano compatibili con quelle apprestate dalla Costituzione per la difesa giudiziale della persona (art.24 c. 1 Cost.)<sup>92</sup>: si pensi, ad es., alla pratica dei cd. respingimenti al paese d'origine ( in acque extraterritoriali) per prevenire l'immigrazione clandestina, esercitata in particolare dalle forze di polizia ed insuscettibile di impugnazione davanti ad un'autorità giurisdizionale. Tale condotta realizza, dunque, una zona franca dall'efficacia applicativa della garanzia ex art. 113 Cost.. Ad una violazione del diritto costituzionale al giudice si aggiunge, in questo caso, anche quella dell'art. 18 della Carta dei diritti UE , che vieta, di

---

regolamentano l'ingresso ed il soggiorno dello straniero nel territorio nazionale. Sul richiamo a tale complessità di quadro normativo, cfr. anche v. M. Interlandi, *Alla periferia dei diritti: l'effettività della tutela dei diritti degli immigrati tra i rimedi giurisdizionali interni e le indicazioni ricavabili dal contesto europeo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 17/2017 p. 5 (nota n.7). Qui rileva una serie di interessi pubblici -quali, la sicurezza, la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione- che in primo luogo il legislatore rappresentativo è chiamato ad ordinare secondo criteri di ragionevolezza (corte cost. sent. n. 148/2008). Pertanto, nella vicenda che ci occupa l'interesse individuale (ad ottenere il permesso di soggiornare regolarmente sul territorio italiano) è soddisfatto in una misura ritenuta come congrua a corrispondere all'esigenza dello Stato di preservare, nella disciplina dell'ingresso e soggiorno dello straniero, i surriferiti interessi.: cfr. ancora v. M. Interlandi, *Alla periferia dei diritti*, cit., p. 6.

<sup>91</sup> Cfr. ancora v. M. Interlandi, *Alla periferia dei diritti*, cit., p. 6.

<sup>92</sup> Ad es., l'art. 4 co. 2 T.U.I., succ. mod. e integ., prevede, in caso di diniego della richiesta di visto di ingresso e/o di permesso di soggiorno, l'esenzione dall'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento o il preavviso di rigetto, come anche di motivare, rispetto al caso concreto, in punto di rigetto dell'istanza.

norma, respingimenti nei confronti di rifugiati provenienti da Paesi in cui questi sono perseguitati e rischiano la vita<sup>93</sup>.

Anche il nuovo codice antimafia traccia un modello di azione preventiva che, per il perseguimento di interessi generali assunti come prevalenti, finisce tuttavia per sacrificare in modo forse eccessivo la tutela dei diritti fondamentali. La lotta alla corruzione<sup>94</sup> è rafforzata dall'estensione di misure di prevenzione, come la confisca ed il sequestro, a reati (es. lo *stalking*) che con il fine dell'indebito arricchimento, assunto quale *ratio* di una tale strategia, poco o nulla hanno a che fare. Sottolinea Giovanni Maria Flick che si pongono, così, sullo stesso piano corruzione e criminalità organizzata, "*due cose profondamente diverse*"<sup>95</sup>. Il ricorso a mezzi di prevenzione in carenza di elementi oggettivi ragionevolmente presuntivi di responsabilità penale, in virtù del (solo) sospetto che la persona interessata possa aver commesso il reato o possa vivere di attività criminose, non appare in linea con le garanzie apprestate dallo Stato di diritto, in particolare con la presunzione di innocenza (art. 27 c. 2 Cost.) che, a norma della Costituzione, è superabile unicamente con una sentenza di condanna pronunciata in via definitiva. Difettando, nella fase della prevenzione, un contraddittorio tra le parti, le

---

<sup>93</sup> Cfr. ancora v. M. Interlandi, *Alla periferia dei diritti*, cit., p. .... Proprio con riguardo ai respingimenti in mare, peraltro, anche il Parlamento del Consiglio d'Europa aveva duramente criticato (definendole "sbagliate o controproducenti") le misure assunte dal nostro Paese per combattere l'immigrazione clandestina, soprattutto in relazione a respingimenti o a rimpatri in Paesi in guerra (come la Libia), dove per i migranti alto è il rischio di vita.

<sup>94</sup> Alcuni tratti essenziali della nuova legge antimafia possono qui indicarsi in via di sintesi: allargamento dei potenziali destinatari delle misure di prevenzione anche a chi, ad es., compie reati contro la p.a. (es. corruzione, concussione, peculato); velocizzazione della procedura di applicazione delle misure di prevenzione; estensione della misura cd. della confisca allargata anche quando venga accertato un patrimonio sproporzionato rispetto al reddito dell'autore del reato o quando quest'ultimo non sia in grado di giustificare la provenienza dei propri beni; inoltre la confisca allargata è sancita come obbligatoria per alcuni eco-reati e per l'autoriciclaggio (applicandosi anche in caso di amnistia, prescrizione o morte del destinatario della misura).

<sup>95</sup> "... Sono diverse perché nel caso della criminalità organizzata c'è una componente di violenza, mentre nel caso della corruzione è implicato un consenso illecito, bacato, tra chi ha il potere e chi compra per avere la gestione del potere" : G.M. Flick, *Codice antimafia è legge*, Flick: «Inutile e dannosa, serve solo per tacitare la piazza», in *Il Mattino* del 28.9.2017.

prerogative processuali connesse al diritto di difesa finiscono del pari per affievolirsi<sup>96</sup>.

Il nuovo codice realizza un'estensione del concetto di corruzione fino a comprendere in esso anche (semplici) atti di cattiva amministrazione, di natura essenzialmente colposa<sup>97</sup>, e, per altro verso, tende verso un'anticipazione dell'afflittività della sanzione penale dalla fase della repressione a quella della prevenzione, dominata invece dal principio costituzionale d'innocenza, in difetto di un giudicato definitivo di condanna<sup>98</sup>. In questo senso, esso sembra avallare la percezione del reale declivio verso un modello di "Stato di prevenzione".

### **8. Conclusioni. Lo stato costituzionale di diritto ed il ruolo del giudice.**

Il percorso di riflessione fin qui esposto, se non ha concorso a chiarire con precisione la portata univoca del concetto di Stato costituzionale democratico di diritto ha cercato, tuttavia di evidenziare le ricadute che, su tale modello organizzativo, produce l'esperienza contemporanea, connotata in particolare da un'effettiva trasformazione di presupposti e condizioni che influenzano la vita democratica dello Stato. La porosità delle norme costituzionali di principio le rende in grado di assorbire, in generale, gli sviluppi dell'esperienza politica e sociale e le dinamiche di una modernizzazione della democrazia, ivi inclusa la tutela dei diritti politici spettanti alla comunità dei cittadini. L'obiettivo ultimo resta la conservazione di un assetto organizzativo in cui domini la centralità degli organi di

---

<sup>96</sup> In tale ordine di idee, va considerato anche l'indirizzo giurisprudenziale della Corte CEDU, critico nei confronti di un'estensione delle fattispecie di reati per i quali si accompagna il ricorso a misure di prevenzione, in ragione essenzialmente della natura generica della qualificazione di pericolosità sociale dell'imputato. Il giudice europeo, nello specifico, ha ritenuto necessario contenere la legittimità dell'impiego di confisca e sequestro al compimento unicamente di reati di criminalità organizzata (non, dunque, di semplice corruzione)..

<sup>97</sup> G.M. Flick, *Codice antimafia è legge*, cit..

<sup>98</sup> Cfr. anche in tema G.Verde, *Codice antimafia approvato: è legge che offende la libertà*, in *Il Mattino* del 28.9.2017, secondo cui si assiste ad un "pericoloso e costante slittamento della nostra democrazia, ossia del governo del popolo, verso un governo dei giudici. .... Siamo tra quelli che pensano o si illudono di pensare che il compito dei giudici (...)sia quello di giudicare, ossia quello di emettere verdetti all'esito di un giusto processo. Ci illudiamo. Oramai il processo è uno strumento marginale. O meglio è la stessa idea del processo, come luogo in cui la parte fa valere le sue ragioni con tutte le garanzie che una civiltà evoluta come la nostra deve o dovrebbe garantire, è tramontata".

rappresentanza politica nella produzione normativa accanto ad una piena funzionalità del sistema delle garanzie poste a presidio dei diritti fondamentali, nell'ottica della preservazione dell'integrità della vita sociale.

In questa direzione, la strutturale debolezza del legislatore democratico che oggi condiziona la realtà dei processi d'integrazione politica ha finito a volte per essere "compensata" da un efficientismo del potere giurisdizionale a cui è stato ascritto, di fatto, un ruolo di supplenza nella stessa decisione politica.

Vero è che la distinzione funzionale tra questi poteri quale profilo tipico dello Stato costituzionale di diritto si riflette in un equilibrio comunque dinamico ed a volte contrastante, dove non di rado la decisione del giudice anticipa e prefigura la regolamentazione legislativa. Ma non può esservi in proposito alcun esercizio di supplenza o di compensazione da parte di quest'ultimo rispetto all'inefficienza del legislatore rappresentativo. Una crescita costante del ruolo del giudice creatore di diritto (anche, o soprattutto, del giudice costituzionale) getta un'ombra sulla tenuta, oltre che sulla pratica funzionalità, del modello organizzativo in questione, tanto più in quanto, soprattutto per i diritti fondamentali, maturano percezioni differenti dello stesso valore/diritto/principio da parte di giudici diversi o anche da parte della stessa giurisdizione. Valga l'esempio della dignità umana (nominata a vari effetti negli artt. 3, co. 1, 36, 41 cost.) intesa, a volte, più che come un diritto come "il principio generatore e di intelligibilità di tutti i diritti fondamentali", riconosciuta a ciascuna persona in ragione non solo della sua individualità ma ... per la indicata dimensione sociale, anche della sua piena appartenenza al genere .... come "simile" alle altre persone o "eguale" o "...egualmente libero"<sup>99</sup>. Altre volte, la medesima giurisdizione ha negato ogni relazione tra dignità umana e appartenenza di genere in nome del "soggettivismo della modernità dei diritti dell'uomo"; la prima è percepita in posizione subalterna alla libertà nel sistema di valori che il giudice espressamente qualifica come "essenza dei diritti dell'uomo"<sup>100</sup>.

---

<sup>99</sup> Cass. Pen., sent. n. 26636/02, ud. del 04-04-2002 .

<sup>100</sup> Cass. civ., sent. n. 16754/12.

Lo stesso dicasi anche per la caratterizzazione della famiglia intesa quale comunità di affetti e non soltanto come “società naturale fondata sul matrimonio” (art. 29 Cost). Al riguardo, la valenza sostanzialmente politica dell’interpretazione giurisprudenziale, per quanto tradotta nella forma tecnica della sentenza, trapela dallo sforzo di conciliare la dimensione –per così dire- statica ed immutabile del figurino astratto di cui all’art. 29 Cost. con la dinamica conformazione dell’esperienza, in cui l’esistenza di formazioni “parafamiliari” di diverso genere (unioni civili, unioni omosessuali etc.) renderebbe ormai ingiustificato il disconoscimento ai loro componenti dei medesimi diritti spettanti ai coniugi. Lo snodo esegetico si mostra dunque essenziale affinché i diritti vengano resi effettivi, conformandosi alle legittime aspettative di chi li invoca, atteggiandosi a presupposto indefettibile per il funzionamento delle garanzie connesse dello Stato di diritto.

Nondimeno, la consistenza spesso creativa che manifesta l’interpretazione del giudice finisce di fatto per rendere flebile la distinzione tra funzione di decisione (politica) e funzione di controllo, che sottende la realizzazione dell’unità politica dello Stato. Né il richiamo ad un diritto mite vale a giustificare il ricorso ad un metodo esegetico che assume il dato soggettivo e psicologico della precomprensione del caso di specie (*Vorverständnis*) come primario rispetto a quello connesso all’interpretazione (più o meno obiettiva) del diritto positivo, nella prospettiva di pervenire alla sentenza giusta. In questo caso, infatti, il rischio è quello di sovrapporre alla giustizia del diritto positivo una giustizia diversa, di tipo materiale e di senso relativo, poco in linea, in buona sostanza, con le aspirazioni di certezza ed obiettività del diritto. Tanto sembra manifestarsi, ad es., in merito alla decisione circa il regime giuridico di una coppia prima sposata, per la quale viene meno il rapporto di coniugio in ragione della trasformazione di genere di uno dei coniugi; o quando si stabilisce se privilegiare, in un caso specifico, il diritto alla riservatezza dell’individuo e della sua famiglia o, invece, il generale diritto di cronaca (caso Carolina di Monaco); o, in fine, quando si evidenziano tensioni tra

ordinamento interno e diritto internazionale, in tema di determinazione dei diritti umani.

Tornano alla mente, al riguardo, i contenuti di un dialogo che *Ronald Dworkin* riporta nel suo libro dal titolo "Giustizia in toga" ("*Justice in Robes*"), tra il giovane *Learned Hand* ed *Oliver Wendell Holmes*, al tempo in cui quest'ultimo era giudice della Corte suprema. Il giudice *Holmes* aveva fatto salire a bordo della sua auto, mentre stava recandosi al lavoro, il, giovane *Hand*, che in seguito diventerà suo allievo. Giunto al luogo dove era diretto, *Hand* scese dall'auto e appena questa si rimise in moto egli gridò dietro al giudice: " Si prenda cura della Giustizia, giudice *Holmes*". Sentito ciò, il giudice ordinò all'autista di bloccare l'auto e tornare indietro, poi, avvicinandosi al giovane *Hand*, gli rispose: "*That's not my job*", e ripartì<sup>101</sup>.

A quale Giustizia alludeva il giovane, visto che comunque parlava ad un giudice, il quale, per professione, è chiamato a prendersi cura della Giustizia? Forse, egli alludeva al senso della Giustizia scaturente dalla peculiarità del caso singolo, spesso frustrato – si dice- dalla fredda applicazione delle regole di diritto? Ma, soprattutto: che senso ha avuto la risposta (piuttosto strana) data dal giudice *Holmes* al giovane?

Il giovane *Hand* alludeva, verosimilmente, a un'idea di Giustizia che va oltre la ragione del diritto positivo, non derivata dunque da elementi formali-procedurali ma corrispondente ad una percezione istintiva del "giusto". Egli, evocava, insomma, la Giustizia del sentimento che domina la coscienza del singolo anche contro la giustizia formale delle regole giuridiche, una Giustizia inevitabilmente percepita e nutrita da sentimenti soggettivi e dalla cultura individuale. E' a questo senso della Giustizia che, può credersi, si riferisce la risposta recisamente negativa del giudice *Holmes* che è anche quella più plausibile per il giudice-giurista chiamato, invece, fa valere l'autorità del diritto positivo, l'unica che ne legittima l'azione quale potere dello Stato.

---

<sup>101</sup> R. Dworkin, S. F. Magni (tr.it), *La giustizia in toga (Justice in Robes)* Roma-Bari, 2010, p. 32 ss.; tale storia è riportata anche nel lavoro di J. Habermas, *Ronald Dworkin – Ein Solitär im Krise der Rechtsgelehrten*, cit., pp.64/65.

Vero è che tale giustizia non si lascia più ridurre ad operazioni lineari e prettamente tecniche, riassumibili nello schema elementare della sussunzione del caso entro la fattispecie astratta prevista dalla norma. Nondimeno, l'attività del giudice deve essere vincolata al diritto positivo (nazionale e/o europeo) entro cui si ricerca, con l'impiego dei mezzi esegetici espressi dallo stesso apprestati, la norma da applicare, tenuto anche conto, eventualmente, dell'elaborazione dogmatica sul punto.

Nondimeno, la funzione giurisdizionale negli ordinamenti statali democratici resta nell'essenziale una funzione di conoscenza (*Rechtserkenntnis*), al più, di perfezionamento (*Rechtsfortbildung*) del diritto positivo disposto dalla volontà del legislatore democratico, anche se a tale esito il giudice perviene attraverso l'identificazione della fattispecie concrete e delle regole che la disciplinano, un'attività non priva di margini di apprezzamento discrezionale. La struttura aperta delle norme di principio, la loro interpretazione sistematica e storico-evolutiva, la relazione con altre previsioni normative, recate da fonti sovranazionali ed internazionali, tutto ciò riserva al giudice immancabilmente spazi di valutazione non strettamente condizionati e/o vincolati dalle maglie (larghe) della norma. Ma il carattere ordinamentale del diritto statale, il suo coerente riannodarsi intorno a principi di materie ed a principi generali, posti in una relazione di sistematica coerenza e continuità con il diritto di rango costituzionale, l'ausilio funzionale del precedente giurisprudenziale rappresentano fattori non marginali di una razionalizzazione dell'esegesi normativa. A quest'ultima, in ogni caso, resta estraneo in principio ogni senso etico di Giustizia, poiché, come ebbe bene a precisare *Hans Kelsen*, il giurista non è mai in grado (né ha un dovere, al riguardo) di rispondere alla domanda di una Giustizia assoluta che resta, perciò, il "bel sogno dell'umanità."<sup>102</sup> Sostituendo ad un proprio senso di Giustizia quella, invece, del diritto positivo, ma anche nell'ipotesi inversa, il giudice traduce nella sentenza sempre e comunque il valore relativo della Giustizia che egli è chiamato ad amministrare.

---

<sup>102</sup> H. Kelsen, *Was ist die Gerechtigkeit ?* (1953), Stuttgart, 2000, p. 52.

Nel contesto dello Stato costituzionale democratico di diritto, quest'ultima coincide con l'applicazione delle regole dell'ordinamento giuridico e nemmeno il richiamo insistito ai valori della Costituzione potrebbe giustificare o, peggio ancora, legittimare un corto circuito nella relazione che lega il giudice al diritto positivo. Diversamente, saremmo costretti ad ammettere, di un siffatto modello organizzativo, il suo (forse) irreversibile declino.

*dirittifondamentali.it*