

Costituzione e razionalizzazione della politica. Aspetti problematici di un distico dilemmatico in “moto perpetuo”. *

di

Vincenzo Baldini*

SOMMARIO: 1. Premessa. “Politico” e “politica”. - 2. Il Politico naturale: l’esercizio del potere costituente del popolo. - 3. Il Politico “limitato”: l’unità politica dello Stato nella Costituzione italiana del ‘48. - 4. La razionalità del Politico tra applicazione e attuazione della Costituzione. - segue: la problematica applicazione del principio dell’interpretazione costituzionalmente conforme. - 5. Il Politico al vaglio del giudice costituzionale nazionale e dei giudici europei: vincoli di razionalità troppo stringenti ? - 6. Conclusioni. Costituzione, politica e conflitti potenziali di Giustizia.

1. Premessa. “Politico” e “politica”.

Politica e diritto sono concetti in qualche modo correlati e complementari della scienza pratica. Pur se non sempre nettamente delineati nella loro ontologica distinzione e con punti di convergenza funzionale, essi restano comunque assiologicamente differenti e, anzi, contrapposti sebbene abbiano entrambi riferimento a una dimensione relazionalee siano preordinati alla realizzazione di obiettivi della comunità sociale di riferimento. In particolare, la politica integra un momento dell’esperienza di vita comune corrispondente, in modo teorico e/o assoluto, ad una fase anomica della stessa, in cui predomina la lotta -convulsa e disordinata- per la conquista del potere, lotta che include il confronto tra interessi sociali. Il diritto negli ordinamenti democratici si caratterizza essenzialmente come prodotto di volontà di una maggioranza politica dotato di un’intrinseca razionalità

* Il presente lavoro fa parte del volume collettaneo *Liber amicorum* per Pasquale Costanzo.

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli studi di Cassino e del Lazio meridionale.

assiologica¹ legata essenzialmente alla forma della sua valida produzione, oltre che al fine ultimo di garantire quanto meno le condizioni essenziali della pacifica e libera convivenza civile.

Ma resistono non poche difficoltà ad intendersi intorno al concetto di “Politico”, data la sostanziale oscurità ed incertezza di tale concetto che, pertanto, non si presta ad un’univoca definizione. L’idea del Politico che accompagna quella del diritto positivo rappresentandone la premessa e l’intrinseca valenza teleologica rileva, soprattutto, nella visione sostanzialista di *Carl Schmitt* che, attingendo ai fondamenti del romanticismo filosofico (Goethe, Schiller etc.) la riconnette (*das Politische*) ad una condizione sociale reale, perciò illimitata, all’esistenza di un popolo come unità compiuta che precede la stessa idea di Stato², a cui spetta la decisione fondamentale sulla sua specie e forma (v. *infra*).

La rilevanza primaria riconosciuta al concetto di nazione quale vivente organismo spirituale e morale viene, qui, in risalto nella sua naturale consistenza, in contrapposto a un’idea di politica (*die Politik*) intesa invece come tecnica di esercizio del potere³, pertanto assorbita nella dimensione istituzionale ed ordinamentale dello Stato. L’espressione “politico” riferita al contesto giuridico-positivo allude precipuamente alle vicende dello Stato⁴ comprendendo il profilo della competizione per l’acquisizione del potere e/o di influenza sul riparto del potere⁵, secondo una prospettiva tipicamente weberiana.

¹ Sulla razionalità come principio giuridico nell’esercizio della funzione legislativa, v. soprattutto H. Schultze-Fielitz, *Rationalität als rechtsstaatliches Prinzip für den Organisationsgesetzgeber*, in P. Kirchhof, M. Lehner, A. Raupach, M. Rodi, (Hrsg.), *Staaten und Steuern – Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 2000, p. 310 ss.; sulla razionalità del diritto in Max Weber, v. poi T. Raiser. *Max Weber und die Rationalität des Rechts*, in *Juristen Zeitung* (JZ), 2008, p. 853 ss., part. p. 854 ss. Sulla democrazia come concetto giuridico v. W. Henke, *Demokratie als Rechtsbegriff*, in *Der Staat*, 25 (1986), p. 157 ss.

² C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen* (1932), 7. Aufl., 5. Neudruck der Ausgabe von 1963, Berlin, 2002, p. 26 ss.

³ Così B. Kempen, *Verfassung und Politik* in O. Depenheuer, C. Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen, 2010, p. 929 ss., part. p. 937, nota 32.

⁴ In tal senso, v. J. Isensee, *Verfassungsrecht als „politisches Recht“* cit., p. 48.

⁵ M. Weber, *Politik als Beruf*, in Id., *Gesammelte Politische Schriften* (1921), cit., p. 48.

Quanto finora detto vale a giustificare l'affermazione formulata, tra gli altri, da *Josef Isensee* che il diritto costituzionale è diritto politico⁶ poiché tale affermazione richiama tanto l'essenza intrinseca della Costituzione quale decisione politica fondamentale quanto, nel contempo, ne descrive la specifica consistenza assiologica e normativa⁷ quale Legge fondamentale di organizzazione della forma di Stato e fondamento dei suoi irretrattabili valori⁸. In quest'ultimo senso soprattutto Costituzione, Stato e Politica si mostrano concetti strettamente correlati, essendo quest'ultima termine di riferimento ineludibile del concetto di Costituzione e di Stato.

2. Il Politico naturale: l'esercizio del potere costituente del popolo.

La relazione tra Politico e Costituzione si determina, in primo luogo, nel momento dell'esercizio del potere costituente, in una fase, dunque, del tutto prodromica alla nascita dello Stato-ordinamento. Si tratta, infatti, del momento in cui la politica come forza assoluta si autodetermina e si autolimita, definisce la forma giuridica della sua manifestazione di volontà nel contesto di un processo destinato a compiersi con la nascita della Costituzione. Il Politico mira a fondare e legittimare il potere, stabilendo l'ordine giuridico fondamentale in cui si condensa la forma di Stato e di governo (oltre ad un sistema di norme-principio caratterizzanti l'identità costituzionale dello Stato) o, nella visione più sostanzialista sopra ricordata, la forma e la specie dell'unità politica del popolo⁹.

In questa prospettiva, la Costituzione rivela nella sua più alta dimensione formale la trasformazione del Politico illimitato in un ordine giuridico, come tale

⁶ In merito, cfr. J. Isensee, *Verfassungsrecht als „politisches Recht“* in J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, Band XII, 3. Erw. Auf., Heidelberg, 2014, § 268, p. 48.

⁷ Sulla portata normativa della Costituzione, v. da ultimo R. Wahl, *Die normative Kraft der Verfassung*, in *Der Staat*, 2/2019, p. 195 ss.

⁸ Così ancora B. Kempen, *Verfassung und Politik“* in O. Depenheuer, C. Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen, 2010, p. 943.

⁹ Peraltro, lo stesso *Schmitt - Die Diktatur*, 130 ss.- collegando la dittatura al potere costituente e alla democrazia, configurando la prima come espressione di sovranità, tende a riportare la dittatura nella sfera del diritto dello Stato: in tal senso, v. W. Henke, *Staatsrecht, Politik und verfassungsgebende Gewalt*, in *Der Staat*, 1980, p. 182.

definito e limitato quale forma obiettiva e razionale secondo le specifiche categorie del diritto positivo (legittimità, potere, ordine etc.). In questo modo viene anche a certificarsi la sua reale consistenza performativa nelle dinamiche naturali, come tali scomposte e disarticolate, del contesto sociale. Il potere costituente spettante al popolo, che realizza tale trasformazione proietta, dunque, la politica in una dimensione di convivenza necessaria con la sfera del diritto, che la prima concorre ad ispirare ma da cui risulta a propria volta delimitata e irreggimentata nelle specifiche manifestazioni di esercizio. Così al concetto di legalità costituzionale viene così contrapposto quello, ad effetto sostanzialmente validante, di legittimità, riconducibile ad una preminenza del Politico espresso nella decisione fondamentale¹⁰.

La qualificazione del potere costituente come forza reale *cui resisti non potest*¹¹, originariamente amorfa e assiologicamente orientata non vale, ad ogni modo, a confinarla integralmente ed in modo assoluto nello spazio dell'essere giacché –spiega *Carl Schmitt*– nel fondare il nuovo ordinamento essa partecipa anche del diritto dello Stato (in tutta la *Verfassungslehre* emerge lo sforzo di questo A. di ricondurre il fattore politico al diritto positivo, intendendoli come ambiti intimamente collegati)¹². A propria volta, sosteneva anche *Karl von Savigny* che il potere costituente non si dissolve fino a scomparire del tutto nelle maglie del complesso delle disposizioni normative in quanto storia, tradizione e “spirito di popolo” sono fonti naturali del diritto, che non si prestano ad essere cristallizzate in un testo, sia pure in una Legge fondamentale come la Costituzione.

L'incrocio tra Politico e nascita della Costituzione non si presta, ovviamente, a una sola ricostruzione teoretico-dogmatica di stampo organicista, in cui fa premio, sulla parte giuridico-formale, essenzialmente la consistenza politico-

¹⁰ Al riguardo, v. H. Hoffman, *Legitimität gegen Legalität*, 4- Aufl., Berlin, 2002, part. p. 78 ss. e, sul concetto di “Politico” (das Politische) in Schmitt, p. 84 ss.

¹¹ In tal senso, v. J. Isensee, *Verfassungsrecht als „politisches Recht“* cit., p. 483 ss.

¹² Non a caso, nella sistematica di tale lavoro Schmitt contrappone alla parte giuridica dello Stato di diritto, quella, per intenderci, relativa alla separazione dei poteri ed ai diritti fondamentali, la parte politica che ha il suo culmine nella teorizzazione della democrazia identitaria, chiamata a tradurre e riportare al piano giuridico-formale la volontà del popolo: così anche W. Henke,....., *Der Staat*, 1980, p. 182.

assiologica della seconda come forma dell'unità politica di un popolo. Nella genesi dello Stato democratico –fatta eccezione per le teorie di stampo prettamente positivista¹³- il ruolo fondante del Politico rileva anche in approcci teoretici a carattere non decisionista, in cui la Costituzione figura quale prodotto della volontà delle forze politiche prevalenti¹⁴, con l'esito che ogni questione riguardante la stessa si traduce, in ultima analisi, in una "questione di potere"¹⁵. In comune con quella schmittiana per la prima esaminata, quest'ultima prospettazione reca l'insofferenza per una concezione esclusivamente giuridico-formale della Costituzione quale Legge fondamentale assoggettata, pertanto, all'ordinario regime di esegesi degli atti normativi. Anche nella teoria della Costituzione quale volano dell'integrazione sociale e politica¹⁶, base dello Stato inteso essenzialmente nella sua dimensione sociale dinamica, la manifestazione del Politico assume più specifica e vincolante caratterizzazione funzionale in relazione all'ordinato svolgersi dell'esperienza sociale. In tale approccio, piuttosto distante da una visione marcatamente liberale della Costituzione, la rilevanza del fattore politico caratterizza un'idea di Stato per certi versi antitetica a quella, di natura statica, evocata nella teoria dei tre elementi di *Georg Jellinek*¹⁷. Il Politico nell'impostazione smendiana figura, invece, quale condizione della coesione sociale a cui la Costituzione, in quanto processo vitale

¹³ E' ben noto che nella prospettiva positivista nessuna relazione di diritto e politica viene assunta nel contesto dell'attività interpretativa del giurista, poiché Costituzione e Politica si configurano come categorie appartenenti a sistemi sociali differenti (Luhmann) e/o ad ambiti scientifici separati. La Costituzione, in quanto diritto positivo e Legge fondamentale è oggetto esclusivo di studio della dottrina generale del diritto, a cui deve restare estranea ogni implicazione di ordine naturale (politico o sociale) e/o morale (in senso contrario a tale impostazione, si esprime invece Hart). Il momento fattuale dell'esercizio di potere costituente si colloca al di fuori dell'ordinamento e, dunque, nel generale regno dei fatti (seppure a rilevanza giuridica). Per *Georg Jellinek*, in particolare, nessuna volontà statale può essere riconosciuta al di fuori di quella espressa dai soli organi dello Stato. Di un potere costituente del popolo inserito nella sfera del diritto dello Stato può parlarsi solo se il popolo stesso è ridotto ad organo dello Stato: così, il potere costituente viene "derubricato" a mera legislazione costituzionale.

¹⁴ Al riguardo, cfr. F. Lassalle, *Über Verfassungswesen*, Offenbach am Main 1946, p. 11 ss.; nella letteratura italiana v. in particolare C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale* (1940), Milano, 1998 (ristampa inalterata), part. p. 33 ss. e p. 182 ss.

¹⁵ V. ancora F. Lassalle, *Über Verfassungswesen*, cit., p. 12 ss.

¹⁶ R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München und Leipzig, 1928, p.18 ss.

¹⁷ G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Auf., 5. Neudruck, Berlin, 1929, part. p.144 ss.

(*Lebensvorgang*) conferisce un presidio giuridico¹⁸. Quest'ultima attende in particolare a governare le tensioni del pluralismo sociale in modo da favorire l'integrazione sociale e la tenuta dello Stato. La preminenza dell'elemento teleologico (il fine dell'integrazione sociale) rispetto a quello strutturale-organizzativo è ciò che rivela la natura funzionale della Costituzione e dello Stato, quest'ultimo tuttavia inteso ancora una volta in senso organicistico.

Alla base di siffatta posizione è, dunque, soprattutto il concetto di vita come "esperienza" ("*Erfahrung*"), secondo una percezione umanista risalente soprattutto a *Theodor Litt*¹⁹. L'essenza della sovranità non si fa consistere, qui, diversamente che nel pensiero schmittiano, nella decisione sullo Stato di eccezione e, così, nel potere di dichiarare la guerra ma si rivela nell'ordinarietà dell'esperienza di vita sociale attraverso, in particolare, la realizzazione dei valori di una comunità sociale che si rappresenta come unità, sociale e culturale.

Le teorie sostanzialiste ora richiamate tendono ad inquadrare il rapporto intercorrente tra Politico e Costituzione in una dimensione articolata e complessa in cui i due termini del distico, pur strutturalmente disomogenei, appaiono

¹⁸ W. Henke, *Staatsrecht, Politik und verfassungsgebende Gewalt, in Der Staat*, 1980, p. 181 ss., part. p. 190. Sul versante interno all'ordinamento, poi, la relazione funzionale e strumentale del diritto rispetto alla politica si riflette nella valorizzazione della politicità della legislazione, confrontata con un'astratta non-politicità dell'attività esecutiva della pubblica amministrazione. La legge quale atto di integrazione politica, espressione della volontà dello Stato intesa alla realizzazione degli interessi generali, è posta su questo versante in contrapposizione all'atto amministrativo, privo di contenuto politico e vincolato da parametri giuridici nella sua legittima esistenza. Appartiene al compito del giurista distinguere, in generale, il campo del diritto -in cui soltanto trova significato la categoria di popolo o Stato o democrazia- da quello della politica anche se il concetto di ordine ed organizzazione non resta ad appannaggio esclusivo del primo. Oltre il diritto -si è opportunamente rilevato (W. Henke, 198)- si distende l'ordinamento sociale costituito dal complesso di uomini nei rispettivi ordinamenti -culturale, religioso, etnico, etc.- ed in altri ordinamenti di vita comune. La politica può definirsi come "disputa di conflitti", anche se sono sporadici i casi di tali conflitti, a cui il diritto è chiamato a fornire una decisione. Se, in effetti, il diritto non si apre al regno del caos perché esiste un ordinamento sociale pacificato è vero, del pari, che tale condizione si mostra sempre instabile e precaria, aperta alla sopraffazione e così alla dissoluzione. La politica si mostra così come l'ambito di una sempre rinnovata stabilizzazione dell'ordinamento (sociale) che si svolge normalmente all'interno di una cornice relativamente stabile e già esistente, della quale fa parte anche il diritto. La politica dunque è confronto d'interessi e di potere, in cui si rappresenta ciò che è giusto e ciò che invece non lo è secondo un'impostazione di parte. Il diritto invece esprime una razionalità nell'interpretazione della legge che si rivela attraverso l'argomentazione posta a sostegno della decisione di un giudice.

¹⁹ T. Litt, *Individuum und Gemeinschaft*, Berlin, 1919, p.79 ff.

senz'altro integrati senza tuttavia mai risolversi completamente l'uno nell'altra. Come molto bene è stato detto, la Costituzione non formalizza la divisione tra politica e diritto ma finisce per comprenderli entrambi in una dimensione in cui entrambi riescono comunque riconoscibili.

La dinamica di corretto svolgimento dei processi politici viene intesa ora nell'orizzonte costituzionale, qualificandosi essenzialmente come "procedimento", sequenza di atti giuridicamente concatenati e funzionalmente ordinati a cui la Costituzione offre regolamentazione giuridico-positiva. In una visione ancor più "oltranzista" quest'ultima giunge ad assumere i tratti di un processo pubblico aperto²⁰, i cui apporti esegetici eterogenei (la sfera degli interpreti della Costituzione) valgono, in fine, a determinare significato e portata delle singole previsioni costituzionali. Così, legislazione ed interpretazione costituzionale tendono qui a fondersi in una dimensione unica e non scomponibile.

3. Il Politico "limitato": l'unità politica dello Stato nella Costituzione italiana del '48.

I tratti della permanente tensione tra amico e nemico si rinvencono, seppure in forme ben più attenuate, nelle dinamiche -associative e dissociative, unitarie e divisive- che attraversano i diversi ambiti dell'esperienza sociale (si pensi ai conflitti culturali, sociali, economici etc.) per il cui contenimento si legittima, in ultima analisi, l'esistenza dello Stato come unità politica²¹. Quest'ultimo realizza le condizioni organizzative e sostanziali in cui viene a consistere tale unità, rendendo possibile il corretto e stabile funzionamento per la realizzazione di scopi e compiti di interesse, generale e individuale, in forme giuridicamente tipizzate e razionali.

Così, il Politico ordinato nella forma dello Stato costituzionale democratico di diritto, viene declinato come volontà normativa espressa primariamente nella forma -tipizzata sul piano procedurale e sostanziale- dell'atto legislativo,

²⁰ V., al riguardo, soprattutto P. Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten*. In: *Juristen Zeitung*, 1975, p. 297 ff.

²¹ K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Neudruck der 20. Auf., Heidelberg, 1999, p. 63, Rdn. 138.

condizionato e subordinato nella sua validità all'osservanza del diritto costituzionale. Il politico, in particolare, viene ad assumere forma istituzionale (*polity*) ma si condensa anche in una serie di regole di carattere processuale (*politics*) e sostanziale (*policy*) includendo, nella forma più evoluta dello Stato democratico e sociale, i soggetti della partecipazione politica (partiti, movimenti, associazioni, etc.), unitamente ai compiti e agli oggetti dell'attività politica²².

La razionalità dell'agire politico si manifesta dunque non soltanto nella sua traduzione come razionalità del diritto recato dal complesso delle norme costituzionali, ma anche come ordinaria condizione di legittimità, procedurale e sostanziale, che condiziona la validità di tale agire nelle sue molteplici manifestazioni di volontà²³. Politica, diritto e razionalità finiscono così per esprimere, in sintesi, una correlazione necessaria almeno fino a quando il primo non lascia prevalere la sua naturale vocazione all'agire senza vincoli di sorta.

Una chiara evoluzione di tale relazione si registra poi nel transito dal costituzionalismo liberale a quello democratico, nel primo, infatti, la razionalità del politico, come la sua limitatezza, si spiegava, essenzialmente, nell'osservanza di un modello organizzativo basato sulla separazione dei poteri e sulla previsione di un catalogo di libertà negative, vincolanti il potere amministrativo della Corona. Nel costituzionalismo democratico, invece, tale razionalità assume un carattere più complesso e articolato in uno con l'evoluzione delle connotazioni funzionali attribuite alla Costituzione, che vanno dalla fondazione del potere alla sua stabilizzazione organizzativa, alla razionalizzazione dello stesso attraverso un esercizio della sovranità che si mostri prevedibile, riconoscibile e comprensibile. Il sintagma "stato costituzionale democratico" allude, in sintesi, a un modello organizzativo ispirato alla razionalità sostanziale²⁴ in cui rileva tra l'altro un condensato assiologico che caratterizza la specifica identità costituzionale dello Stato quale riflesso nell'insieme dei principi e diritti fondamentali. Tanto induce i

²² B. Kempen, *Verfassung und Politik*, in O. Depenheuer, C. Grabenwarter (Hrsg.), *Verfassungstheorie*, Tübingen, 2010, p. 938.

²³ Cfr., tra gli altri, H. Schultze-Fielitz, *Rationalität als rechtsstaatliches Prinzip für den Organisationsgesetzgeber*, cit., p. 315 ss.

²⁴ K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 63, Rdn. 138.

processi politici decisionali secondo paradigmi normativi più stringenti ed attrezzati, di cui il giudice costituzionale finisce per risultare l'interprete principale ben oltre quanto possa ricavarsi dall'analisi letterale della singola previsione costituzionale.

Il costituzionalismo democratico, dominato dall'espresso riconoscimento normativo della sovranità del popolo come principio-base di organizzazione del gruppo statale²⁵, non segna una discontinuità funzionale con il costituzionalismo liberale ma viene a completarne la funzione garantista attraverso l'elezione della persona come Bene giuridico primario e centro di riferimento e legittimazione dei compiti dello Stato. Alla Costituzione spetta di assicurare la tutela dei diritti e libertà fondamentali in quanto mezzo idoneo a produrre l'unità politica dello Stato. La democrazia intesa come razionalità sostanziale²⁶ richiede che la Costituzione miri a garantire, in ultima analisi, le condizioni essenziali di esistenza, stabilità ed efficienza dell'ordine giuridico (rigidità della Costituzione, regola di maggioranza, tutela delle minoranze, disciplina dei procedimenti, garanzie costituzionali, etc.), così da preservarne in generale la tenuta.

Con specifico riguardo alla Costituzione italiana del '48, essa rivela la propria identità assiologica nella previsione di una serie di principi supremi, a partire da quello democratico di cui all'art. 1 c. 1 e 2 Cost., che includono tra l'altro il principio di solidarietà (art. 2 Cost.), il cd. principio lavorista (art. 4 Cost.) e quello autonomista (art. 5 Cost.), unitamente alla sanzione generale del principio dell'eguaglianza (art. 3 Cost.). Si aggiunge, a tanto, la previsione di un catalogo di diritti fondamentali di natura sia civile ed etico-sociale che economica e politica.

La razionalità del modello di democrazia parlamentare è assicurata, poi, dalle previsioni che sanciscono la dinamica stabilità del confronto parlamentare tra maggioranza e minoranza (artt.72 ss. Cost.), la trasparenza della decisione e la protezione dei diritti tanto dell'opposizione parlamentare che del Governo con la previsione, in fine, di riserve di legge nella sfera di disciplina dei diritti

²⁵ T. Martines, *Diritto costituzionale*, 12., ed. (interamente riveduta da Gaetano Silvestri), Milano, 2010, p. 3 ss., pag. 149 ss..

²⁶ K. Hesse, op. ult. cit.

fondamentali²⁷. Insieme a quelle più direttamente poste a presidio della rappresentanza politica (riconoscimento dei partiti politici (art. 49 Cost.), divieto del vincolo di mandato imperativo per il parlamentare in quanto rappresentante della Nazione (art. 67 Cost.)) tali previsioni definiscono anche i presupposti normativi per la produzione di un'etica repubblicana, basata sull'incoraggiamento all'effettiva partecipazione del cittadino alla vita politica²⁸, ritenuta essenziale per l'esistenza stessa dello Stato costituzionale liberale²⁹.

Nell'insieme, la Costituzione pone i capisaldi di un ordinamento democratico a vocazione repubblicana e aperta, mirato dunque alla più ampia integrazione sociale in cui risalta soprattutto la dimensione multifunzionale della Costituzione rispetto all'obiettivo ultimo di creazione dell'unità della società civile e politica dello Stato, oltre che a fini di Giustizia³⁰. La Carta repubblicana del '48 non si limita a definire unicamente il perimetro normativo essenziale (*Rahmensordnung*)³¹ entro cui può dispiegarsi l'esercizio del potere politico ma, la

²⁷ V. ancora K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., p. 61 ss. E.W. Böckenförde, *Demokratie als Verfassungsprinzip* (1987), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, 1991, p. 289 ss.

²⁸ Cfr., in particolare, J. Habermas, *Deliberative Politik – ein Verfahrensbegriff der Demokratie*, in Id., *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl., Frankfurt am Main, 1994, p. 349 ss.; nonché Id., *Drei normative Modelle der Demokratie*, in Id., *Die Einbeziehung der Anderen*, Frankfurt am Main, 2008, p. 277 ss.; J. Limbach, *Die Demokratie und ihre Bürger*, München, 2003, part. p. 56 ss..

²⁹ E.W. Böckenförde, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisierung*, (1967), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, p. 92 ss., part. p. 112; nonché Id., *Drei normative Modelle der Demokratie*, in Id., *Die Einbeziehung der Anderen*, Frankfurt am Main, 2008, p. 277 ss.; J. Limbach, *Die Demokratie und ihre Bürger*, München, 2003, part. p. 56 ss..

³⁰ Al riguardo, v. J. Habermas, *Die Einbeziehung der Anderen*, Frankfurt am Main, 1999, p. 277 ss..

³¹ E.W. Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestand und Kritik* (1976), ora anche in Id., *Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht*, Berlin, 2011, p. 120 ss. L'A., in particolare, muove da un'analisi critica dei diversi metodi esegetici, a partire da quello classico (*E. Forsthoff*), di stampo positivista, che sostiene l'equiparazione a tal fine tra Costituzione e legge riferendo, anche alla prima le regole ermeneutiche impiegate per la seconda, messe a punto da Savigny: p. 123 ss.; si passa poi all'esegesi cd. scientificamente orientata (*R. Smend*), quest'ultima basata sull'idea che il senso e la realtà della Costituzione (non il suo tenore letterale e concettuale) costituiscono il fondamento ed il criterio della sua interpretazione. Si giunge, in fine, all'interpretazione dell'efficacia normativa della Costituzione basata, sulla concretizzazione delle sue disposizioni di principio (*K. Hesse*). Il difetto dei descritti approcci metodologici è, secondo Böckenförde, quello di favorire una certa libertà e predominanza del fattore soggettivo nell'esegesi costituzionale provocando una destrutturazione della consistenza normativa della Costituzione ed una sorta di sottovalutazione della funzione legislativa imputabile a quest'ultima. L'applicazione di tali metodi, seppure con differenti declinazioni, finirebbe

Carta stessa, in quanto non neutrale rispetto a valori³², richiede anche un impegno attivo della politica nella direzione tracciata da tali valori attraverso le sue disposizioni di principio (eguaglianza, solidarietà, autonomia, etc.) ed il sistema dei diritti fondamentali, che include anche diritti di natura sociale³³.

Come decisione fondamentale orientata (d)alla ragione (*vernunftgeleitete Entscheidung*)³⁴ la Costituzione reca le essenziali coordinate normative che ne svelano l'identità e la rendono efficace e vincolante, ispirando anche il metodo dell'esegesi costituzionale.

4. La razionalità del Politico tra applicazione e attuazione della Costituzione.

La Costituzione quale Legge fondamentale, oltre che contenuto assiologico tradotto in norme-principio, reca il riferimento ad una serie di Beni giuridici quali,

dunque per esaltare la prevalenza del fattore politico condensato nelle scelte ermeneutiche dei singoli attori giuridici chiamati ad interpretare la Costituzione.

³² Sul senso della vocazione delle norme costituzionali a fare sistema, senza per ciò stesso apparire strettamente legate l'una all'altra "come lo sono coloro che, in cordata, scalano una montagna", v. A. Ruggeri, *Diritti fondamentali e interpretazione costituzionale*, in www.Consultaonline.it, 3/2019.

³³ Nella prima fase del costituzionalismo, come è noto, l'idea della limitazione del potere connessa alla Costituzione quale atto documentale perpetuo e irrevocabile è intimamente correlata all'esistenza del potere assoluto della Corona, come tale privo di ogni ancoramento nella base sociale. In tale contesto, infatti, la tutela dei diritti di libertà è pensata unicamente come difesa dall'ingerenza di questo potere, mentre non rileva nei confronti del legislatore rappresentativo, nella circostanza coincidente con un'Assemblea di notabili eletti dalla sola classe sociale titolare di diritti politici. La natura rappresentativa di quest'ultimo organo, dunque, aveva l'effetto di sterilizzare -per così dire- la garanzia costituzionale al punto da consentire allo stesso legislatore di derogare ad ogni regola della Costituzione (Costituzione flessibile), oltre a conferirgli la specifica competenza a porre limiti ai diritti in questione (riserva di legge). In altre parole, era la derivazione elettiva -quantunque non democratica- della Camera dei deputati a renderla per ciò stesso immune dall'osservanza dei limiti sanciti dalla tutela dei diritti di libertà segnando una sorta di prevalenza della politica sulla Costituzione in quanto espressione di un potere ritenuto intrinsecamente strutturato al soddisfacimento degli interessi della classe sociale titolare del diritto di voto. La stessa disputa sulla natura dei diritti fondamentali nella Costituzione di Weimar, ritenendosi che gli stessi costituissero sicuramente un limite all'esercizio del potere esecutivo ma non si imponessero al rispetto del legislatore rappresentativo (contra, C. Schmitt), è rivelatrice di un assetto nel quale la natura democratica dell'organo che assume decisioni politiche tende a fare premio sul valore intrinseco della garanzia costituzionale.

³⁴ Ancora P. Badura, *Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsgewohnheitsrecht*, cit..

ad es., la vita, la salute o la dignità umana³⁵, che sono intesi come oggetto di tutela ma che si prestano ad una pluralità di declinazioni esegetiche di varia portata (scientifica, etica, filosofica e/o morale) e in grado di condizionare, a propria volta, la consistenza stessa della garanzia costituzionale.

La loro specificazione sul piano del diritto costituzionale reca il carattere di una decisione politica che è razionale in quanto necessariamente ispirata ed orientata dalla consistenza assiologica della Costituzione ma che richiede, a fini di compimento la cooperazione necessaria del legislatore democratico. A quest'ultimo spetta, in primo luogo, di conferire a tali Beni giuridici il senso proprio connesso alla previsione costituzionale determinando, di conseguenza, la dimensione della garanzia corrispondente alle relative posizioni di diritto. In questa direzione vanno precisati, ad es., i termini dell' inizio e della fine del diritto alla vita, il significato costituzionale della dignità umana come principio e come diritto, il concetto di salute o la sfera materiale di garanzia della libertà di manifestazione del pensiero. Lo stesso legislatore ordinario assume il compito di conferire attuazione alle norme-principio della Costituzione, inclusi i diritti fondamentali, nei diversi ambiti materiali in cui gli stessi possono avere una specifica rilevanza garantista.

L'esegesi costituzionale compiuta dal legislatore democratico, logica premessa di ogni processo di produzione normativa si misura poi alla stregua di quella compiuta dal giudice costituzionale nel sindacato di legittimità ex art. 134 c. 1 Cost., che include tra l'altro l'apprezzamento circa la razionalità delle previsioni legislative misurata alla stregua di un complesso di criteri esegetici che lo stesso giudice finisce, in buona sostanza, autonomamente e di volta in volta per determinare, anche in tema di diritti fondamentali. Peraltro, nell'esercizio del proprio sindacato il giudice costituzionale richiama espressamente l'attenzione ai limiti che alla discrezionalità legislativa derivano dalle "acquisizioni scientifiche e sperimentali, che sono in continua evoluzione e

³⁵ Sul punto, cfr. le considerazioni espressa da A. Ruggeri, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in *Forum costituzionale*, aprile 2009, nonché, Id., in AA.VV. (, a cura di M. Gensabella Furnari e A. Ruggeri,, *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, filosofici e giuridici* Torino 2010, p. 307 ss..

sulle quali si basa la scienza medica”³⁶. Ciò lascia prefigurare una sorta di derivazione logica della scelta legislativa in materia, ad es., di inizio della garanzia costituzionale del diritto alla vita, o anche in tema di determinazione della morte di un individuo, dalle risultanze del dato scientifico, con l’esito che un ipotetico discostamento nel senso, ad es., di un differimento dell’inizio della garanzia in questione, potrebbe apparire come irragionevole e, dunque, illegittimo³⁷.

Nondimeno la precisazione formulata dalla Corte, ora richiamata, non può essere intesa come sintomo di una deriva scientista se è vero che l’attenzione al dato scientifico non impedisce comunque al legislatore democratico un’autonoma decisione circa il momento d’inizio della tutela costituzionale, come anche quello della sua cessazione. Il risultato dell’attività esegetica, infatti, non può essere immune da apprezzamenti di ordine politico la cui razionalità, se impone al legislatore democratico di non trascurare il risultato delle acquisizioni scientifiche, non gli precludono tuttavia, almeno in principio, opzioni non senz’altro corrispondenti. Esso, pertanto, può anticipare o anche differire il momento iniziale e/o finale della tutela costituzionale della vita umana rispetto alle determinazioni che, al riguardo, derivano dal dato strettamente medico-scientifico.

In definitiva, realtà scientifica e consistenza giuridica di un Bene/diritto garantito in Costituzione non necessariamente devono coincidere perché l’apprezzamento legislativo possa dirsi congruente e razionale. La connotazione giuridica si pone piuttosto come il prodotto di una decisione che, entro nel rispetto anche dell’orientamento assiologico della Costituzione, legittima anche scelte differenti, entro i limiti della non arbitrarietà. Così, può apparire non *a priori* irragionevole la scelta legislativa di differire l’inizio della garanzia costituzionale

³⁶ Corte cost., sent. n. 151 del 2009, con cui censurandosi la previsione della legge 140/04 (art. 14 c. 2) nella parte in cui prevedeva un unico e contemporaneo impianto di embrioni, in un numero comunque non superiore a tre, Analogamente, cfr. l’ord. n. 207 del 2018 in tema di suicidio assistito, in cui la Corte ha sospeso il giudizio in attesa che, nelle more, potesse intervenire il legislatore con una disciplina in materia. Sul piano dottrinale, cfr. tra gli altri, K. F. Gärditz, *Politisierte Wissenschaft als Machttechnik*, in *Wissenschaftsrecht*, 51 (2018), p. 244 ss.

³⁷ Circa i limiti della libertà di scienza, v. ancora K. F. Gärditz, *Die äußeren und inneren Grenzen der Wissenschaftsfreiheit*, in *Wissenschaftsrecht*, 51 (2018), p. 5 ss., part. p. 22 ss.

del diritto alla vita ad un momento non necessariamente coincidente con quello che, a livello di acquisizione scientifica, viene a precisarsi come quello in cui origina la vita (peraltro, di per sé anche a livello scientifico ancora controverso)³⁸ e lo stesso può dirsi con riguardo al momento ultimo della garanzia costituzionale, rinvenendosi la fine della vita in un evento diverso da quello indicato dalla scienza medica (cessazione del battito cardiaco, cessazione di attività cerebrale)³⁹.

Se le determinazioni inerenti la tutela giuridica di tali Beni e diritti fondamentali risultano di ordine essenzialmente politico, quale che sia l'organo che li assuma -legislatore ordinario, Corte costituzionale e/o giudice comune⁴⁰- l'apprezzamento esegetico che vi sottende si lega senz'altro alla coerenza e razionalità dell'argomentazione che giunge a definire la portata della norma costituzionale.

segue: la problematica applicazione del principio dell'interpretazione costituzionalmente conforme.

Quanto finora detto rivela che la volontà del legislatore ordinario espressa nella regolamentazione di una specifica materia si configura come del tutto autonoma e indipendente rispetto ai contenuti della Costituzione assunti, di volta in volta, come parametro di giudizio nel sindacato sulla legittimità costituzionale della stessa legge. In altre parole, *voluntas legis* e Costituzione realizzano nel contesto dell'unità dell'ordinamento giuridico statale termini paralleli di un distico connotato, in ogni caso, dalla superiorità gerarchica della Costituzione rispetto alla legge. Quest'ultima, per vantare legittimità non deve porsi in contrasto con il dettato costituzionale e in ciò si condensa un aspetto pratico essenziale dell'unità

³⁸ V., al riguardo, U. Fink, *Sub Art. 2 Abs. 2 GG*, in D. Merten, H. Papier (Hrsg), *Handbuch der Grundrechte*, Band IV, Heidelberg, 2011, § 88, Rdn. 12 ss.

³⁹ W. Heun, *Der Hirntod als Kriterium des Todes des Menschen – Verfassungsrechtliche Grundlagen und Konsequenzen*, in *Juristen Zeitung (JZ)*, 1996, p. 213 ss., part. p. 215 ss.; U. Fink, *Sub Art. 2 Abs. 2 GG*, cit., § 88, Rdn. 31 ss.

⁴⁰ In particolare sulla natura „ibrida“ della giustizia costituzionale, che unisce politica e diritto, cfr. soprattutto M. Jaestaedt, *Zur Kopplung von Politik und Recht in der Verfassungsgerichtsbarkeit*, in T. Vesting, S. Koriot, *Der Eigenwert des Verfassungsrechts*, Tübingen, 2011, p. 323 ss., nonché Id., *Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist*, in AA. VV, *Das entgrenzte Gericht*, Berlin, 2011, p. 77 ss., part. p. 103 ss..

dell'ordinamento giuridico che tuttavia, come è stato ben rilevato⁴¹, non esige comunque un'interpretazione costituzionalmente conforme. In quest'ordine di idee, di una certa intensità problematica si mostra, allora, la prassi ormai da tempo avviata dal giudice costituzionale ordinario di richiedere ai giudici di merito lo sforzo esegetico di un'interpretazione costituzionalmente conforme quale pregiudiziale di ammissibilità del sollevamento della questione di legittimità costituzionale⁴².

Il principio generale di conservazione normativa può infatti sollecitare il giudice *a quo*, allorché sia possibile e sia opportuno evitare le conseguenze di una lacuna normativa nell'ordinamento, ad adottare, tra quelle possibili, un'esegesi che sia conforme al dettato costituzionale evitando così di sollevare la questione. Del pari il giudice costituzionale potrebbe, sempre per ragioni di funzionalità dell'ordinamento giuridico, ricorrere ad una decisione interpretativa di rigetto, in qualche caso anche con valenza monitoria. Meno comprensibile, oltre che priva di specifico fondamento normativo, si mostra invece l'ordinaria pretesa del ricorso all'interpretazione costituzionalmente conforme che implica, come si è detto, una distorsione dell'effettiva volontà del legislatore, finendo per annullarla a vantaggio di una razionalità che è integralmente giurisprudenziale⁴³. Si tratta, quella dell'interpretazione costituzionalmente conforme, di una soluzione processuale poco convincente tanto alla luce del principio di unità dell'ordinamento giuridico, quanto in riferimento ad un presunto obbligo di conservazione degli atti normativi che, comunque, rileva in modo tangenziale rispetto ad una più generale valutazione di opportunità dell'annullamento della legge in relazione agli effetti

⁴¹ Così, A. Voßkuhle, *Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte*, in *AöR*, 125 (2000), p. 177 ss., part. p. 183.

⁴² Sull'interpretazione costituzionalmente conforme, cfr. tra gli altri A. Ruggeri, *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo "a fisarmonica" dei giudici, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale*, in *Diritti fondamentali*, 2/2018, p. 5 ss. nonché p. 33 ss.; V. Piccone, *A prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione costituzionalmente conforme come strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269/2017*, in *Rivista di diritti comparati*, n. 1/2018, p. 298 ss.

⁴³ V. ancora A. Voßkuhle, *Theorie und Praxis*, cit., p. 184.

conseguenziali sull'integrità (almeno momentanea) della disciplina ordinamentale di riferimento⁴⁴.

La problematica qui richiamata si mostra più evidente laddove il confronto investa, nello specifico, norme-principio della Costituzione (dignità umana, solidarietà, principio lavorista etc.) i cui contenuti strutturalmente indefiniti vengono determinati, sovente, attraverso una narrazione argomentativa ispirata a razionalità del giudice di merito o della Corte costituzionale. In particolare quando a venire in rilievo sono soprattutto diritti fondamentali, come ad es., il diritto alla vita o, ancora più, la libertà di manifestazione del pensiero che, in ragione del progresso scientifico, rivela un'indefinita ed *a priori* tuttora indefinibile dimensione della relativa sfera materiale di garanzia, oggi comprensiva di una comunicazione fattuale ma estensibile verosimilmente anche ad un tipo inedito di comunicazione post-fattuale⁴⁵, il ricorso all'interpretazione costituzionalmente conforme si mostra come un metodo esegetico potenzialmente aperto, che lascia, in buona sostanza, incerto e non obiettivo il risultato dell'operazione di bilanciamento compiuta dal giudice di merito con gli interessi di volta in volta concorrenti con quello principale.

Nel complesso dell'assetto costituzionale democratico –come ebbe a spiegare anche il Tribunale costituzionale federale tedesco con la nota sentenza-Lisbona⁴⁶- non può essere sconosciuto al legislatore rappresentativo uno spazio congruo di decisione politica, quantunque entro i limiti fissati dalla Costituzione. Pertanto, il riconoscimento di tale spazio implica, di regola, l'osservanza della *ratio* sottostante la disciplina legislativa da parte di ogni potere dello Stato, a cominciare dal giudice di merito. D'altro verso, il controllo circa la legittimità costituzionale

⁴⁴ „ ... spetta al giudice del processo principale accertare, in linea di mera delibazione, se sussiste *un dubbio* sulla legittimità costituzionale della legge ... in presenza di una legge di dubbia costituzionalità i giudici hanno ... il solo potere-dovere di *sospenderne l'applicazione* (corsivi dell'A.: n.d.r.), proponendo con ordinanza alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale.”: così, V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale II – L'ordinamento costituzionale italiano*, Padova, 1978, p. 261 ss.

⁴⁵ Sul punto, sia consentito il rinvio a V. Baldini, *Verità e libertà nell'espressione del pensiero...Prendendo spunto da casi concreti...*, in www.dirittifondamentali.it, 2/2017.

⁴⁶ Bundesverfassungsgericht, Urteil von 3.06.2009, 2 BvE 2/08.

dell'esercizio di potere discrezionale legislativo, sempre possibile, non implica – come espressamente stabilisce la legge (art. 28, l. n. 83 del 1957)- alcuno specifico sindacato sulla decisione politica che si rivela attraverso la regolazione della fattispecie, anche quando quest'ultima apparisse in contrasto con disposti costituzionali⁴⁷.

In definitiva, nemmeno il negativo apprezzamento da parte del giudice di merito dell'esercizio di discrezionalità da parte del legislatore ordinario può portare a giustificare il ricorso all'interpretazione costituzionalmente conforme. Se è vero che la normativa costituzionale orienta le scelte del legislatore democratico, la sua configurazione come disciplina sostanziale che segna –non soltanto il limite, ma anche- il verso del ragionevole esercizio della funzione legislativa appare come il risultato reale dell'opzione a favore di una piuttosto che di un'altra teoria della Costituzione ⁴⁸, che giunge tuttavia ad ignorare l'autonomia della stessa *voluntas legis* in favore del dato normativo costituzionale⁴⁹.

5. Il Politico al vaglio del giudice costituzionale nazionale e dei giudici europei: vincoli di razionalità troppo stringenti ?

Un discorso specifico attiene alla relazione tra attività politica e osservanza dei diritti fondamentali, in cui converge non soltanto il sistema dei diritti costituzionali ma anche quello dei diritti sancite in Carte internazionali (Convenzione EDU, Convenzione ONU etc.) e sovranazionali (Carta dei diritti fondamentali UE). La trama normativa dei diritti (Costituzione, CEDU, UE) che emerge da tale complesso, a cui il politico "razionale" è tenuto a prestare rispetto, appare notevolmente densa e funzionalmente intrecciata imponendosi così

⁴⁷ Naturalmente, fatta salva al riguardo la possibilità per il giudice *a quo* di sollevare la questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale e, per quest'ultima, di dichiarare l'incostituzionalità dell'atto incriminato.

⁴⁸ Sulle varie teorie della Costituzione, v. tra gli altri, U. Volkman,*Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 2013, part. p. 15 ss.; E.-W. Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik* (1976), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, 1991, p. 53 ss.

⁴⁹ In senso conforme, seppure con riguardo all'esperienza del *Bundesverfassungsgericht*, cfr. ancora l'analisi di A. Voßkuhle, *Theorie und Praxis*, cit., part. p. 182 ss.

all'esercizio della discrezionalità legislativa come una griglia a maglie strette, una rete normativa di razionalizzazione che non sempre si configura come la cornice essenziale entro cui la decisione politica è chiamata a spiegarsi.

L'esigenza di attenersi all'osservanza dell'insieme di tali diritti, per altro verso impegnando il giudice a un'interpretazione conforme della legge ordinaria anche alla disciplina convenzionale mostra l'effetto di ulteriormente emancipare la disciplina normativa corrispondente dall'originaria volontà legislativa incrementando, così, il potenziale divario tra il politico e il legittimo/razionale⁵⁰ (v. *infra*). L'attuale fase dell'esperienza ordinamentale appare, così, chiaramente condizionata dalla primazia accordata dalla giurisprudenza costituzionale alla forza razionalizzatrice e conformatrice della Costituzione e delle altre fonti materialmente costituzionali (tra cui -si è detto- la Carta dei diritti fondamentali dell'UE)⁵¹, cui corrisponde un confinamento della volontà del Politico entro ambiti più angusti e meno rilevanti.

La deduzione dalla stessa Carta di sempre nuovi diritti fondamentali, come pure la consistenza variabile nel tempo dei diritti sanciti dalle convenzioni internazionali spinge la politica nella direzione di un accrescimento massimo dei livelli di tutela che riflette, in ultima analisi, la dimensione di una nuova razionalità rivelata dal giudice costituzionale quale riflesso del verso dedotto dalla stessa connotazione assiologica della Costituzione⁵². Emblematico, in quest'ordine di idee, è il ripetuto incitamento di organi giurisdizionali (anche della Corte costituzionale) all'attuazione del diritto all'autodeterminazione in materia di identità biologica o

⁵⁰ E.-W. Böckendorfe, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestand und Kritik* (1976), cit., p. 120 ss.

⁵¹ Sul punto, v. soprattutto A. Ruggeri, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto euro unitario assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione self-executing (a margine di Corte cost., n. 269 del 2017)*, in *Rivista di diritti comparati*, 3/2017, p. 234 ss.; nonché Id., *Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del "dialogo" con le Corti europee e i giudici nazionali (a margine di Corte cost. n. 117 del 2019)*, in *Consulta.online.it*, 2/2019, p. 242 ss., part. pp. 245/246.

⁵² La prospettiva di Konrad Hesse, in particolare, fa leva non tanto sulla struttura normativa in sé della Carta fondamentale quanto, essenzialmente, sull'esigenza che tale struttura sia resa effettivamente efficace ed operativa. In tal senso, v. da ultimo R. Wahl, *Die normative Kraft der Verfassung*, in *Der Staat*, 2-2019, p. 195 ss., part. p. 214.

di fine-vita, con l'obiettivo di porre in un ragionevole bilanciamento il complesso degli interessi concorrenti di rilievo costituzionale.

Alcune decisioni recenti dello stesso giudice in merito a tematiche di peculiare sensibilità, quali, ad es., il diritto alla vita e alla salute⁵³, i diritti delle coppie omosessuali⁵⁴ o il diritto all'autodeterminazione individuale sottolineano bene la preminenza del tratto di una razionalità costituzionale, evocata dal giudice su quello propriamente politico-legislativo. Nella citata sent. n. 162/14, ad es., si è finito per ricomprendere tra le cause addotte a difetto di razionalità della l. n. 40/2004, anche quella di incoraggiare un turismo procreativo, che ridonda a propria volta nell'effetto di generare una disparità di condizioni tra soggetti abbienti, in grado di affrontare le ingenti spese relative a onerose trasferte all'estero per realizzare il desiderio di genitorialità; e soggetti meno abbienti, a cui tale possibilità resta in principio di fatto preclusa⁵⁵. Lo stesso riferimento al turismo procreativo come causa di disparità di trattamento tra coppie (omosessuali) non è parso, successivamente, alla Corte costituzionale come una motivazione congrua al fine di accogliere la questione d'illegittimità costituzionale relativa alla stessa legge n. 40/04 (sent. n. sull'estensione alle coppie omosessuali del ricorso alla PM eterologa). Soltanto nel primo caso, dunque, il divieto di ricorso alla PMA di tipo eterologo è stato ritenuto irragionevole nell'esercizio di un sindacato che è andato ben oltre il mero controllo sull'arbitrarietà della scelta legislativa ispirata, invece, ad una *ratio* diversa (es., rischio di relazioni incestuose), riconosciuta non compatibile con il dettato costituzionale. Nella specie, la Corte ha condotto un'operazione di bilanciamento prendendo le mosse dalla razionalità della Costituzione che assume come prevalente l'interesse alla realizzazione del progetto di genitorialità di certe coppie (quelle affette da patologia di sterilità assoluta non compensabile, dunque, attraverso il ricorso alla PMA di tipo omologo)

⁵³ Corte cost. sentt. nn. 229/2015 in tema di PMA e diagnosi preimpianto; 162/14, ad es., in materia di PMA di tipo eterologo.

⁵⁴ Da ultimo, Corte cost. sentt. nn. 221/2019 in tema di divieto di accesso alla PMA di tipo eterologo per le coppie.

⁵⁵ Corte cost., sent. n. . 162/2014, con nota di A. Morrone, *Ubi scientia, ibi iura*, in [www.Consultaonline, Studi](http://www.Consultaonline.Studi), 2014.

neutralizzando, così, la volontà del legislatore democratico, mirata a tutelare in principio l'interesse concorrente del nascituro a non incorrere, per il futuro, in relazioni parentali involontarie (di natura incestuosa).

Il ricorso, da parte del giudice costituzionale, all'argomentazione razionale ricollegata in particolare, a criteri di coerenza (intrinseca ed estrinseca della disciplina legislativa), congruità, proporzionalità⁵⁶, sulla falsariga peraltro dell'indirizzo di altri giudici costituzionali europei⁵⁷, rileva ancora nella sent. n. 113 del 2015⁵⁸, dove censurandosi il diritto vivente, si censura la carenza di razionalità della norma contestata, l'art. 45, comma 6, del D.lgs. n. 285 del 1992 (Nuovo codice della strada) nella parte in cui sottraeva le apparecchiature impiegate nell'accertamento delle violazioni dei limiti di velocità a verifiche periodiche di funzionalità e taratura. Diversamente, la Corte costituzionale ha inteso fare salva la disciplina della l. n. 75/58 (legge Merlin: art. 3, primo comma, numeri 4), prima parte, e 8), «nella parte in cui configura come illecito penale il reclutamento ed il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata»⁵⁹, in una questione di legittimità costituzionale promossa dalla Corte d'appello di Bari. Il giudice delle leggi ha ritenuto non irragionevole la *ratio* della previsione legislativa, mirata a preservare la dignità delle persone e la "protezione dei diritti fondamentali dei soggetti vulnerabili" perché psicologicamente deboli. La non arbitrarietà della scelta politica è qui posta dal giudice a base della decisione d'infondatezza della questione, precisando tra l'altro che "l'incriminazione delle "condotte parallele" alla prostituzione non si presenta, in ogni caso, come una "soluzione costituzionalmente imposta", con la conseguenza

⁵⁶ Cfr., tra le altre, Corte cost., sentt. nn. 113/2015; 172/96; 159/82; 154/73; 201/74.

⁵⁷ Con riguardo alla giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca, cfr. per tutti P. Dann, *Verfassungsgerichtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität*, in *Der Staat*, 49 (2010), p. 630 ss.

⁵⁸ ...con nota di I. Rivera, *Il sindacato di ragionevolezza quale strumento di controllo della razionalità (formale e pratica) della norma. Brevi osservazioni a margine della sentenza n. 113 del 2015*, in *Forum di Quad. cost.*, 2015.

⁵⁹ Corte cost., sent. n. 141/2019, in tema di depenalizzazione dell'istigazione alla prostituzione. Sul piano dogmatico, per una critica circa la natura autonoma del cd. diritto all'autodeterminazione, ritenuto piuttosto una declinazione dei diritti di libertà specificamente tutelati dalla Costituzione, cf. soprattutto S. Mangiameli, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale ?*, in *Forum di Quad. cost.*, 2009.

che in futuro il legislatore potrebbe decidere di “fronteggiare i pericoli insiti nel fenomeno della prostituzione con una strategia diversa”⁶⁰ (sent. n. 141/19).

L’indirizzo di giurisprudenza costituzionale ora richiamato lascia riconoscere come decisivo il contributo decisivo del giudice costituzionale nel processo di concretizzazione della disciplina costituzionale, sotto forma di stretto sindacato sulla razionalità della scelta legislativa. Nella pratica tale contributo finisce per contrapporre alla volontà del legislatore democratico la preminente razionalità del disegno costituzionale che, in tal modo, tende sempre di più ad imporsi come un ordinamento della vita sociale recante in sé un’aspirazione di Giustizia, di tipo etico-normativo (*Gerechtigkeit*)⁶¹. Attraverso tale processo di concretizzazione si perviene progressivamente a determinare il significato complessivo di tale disegno nella realtà dell’esperienza⁶².

Ciò, non esclude il rischio di potenziali antinomie tra esegesi costituzionali espresse da giudici, condizionate come si è detto (v. *supra*) da premesse di metodo e precomprensioni sostanziali (*Vorverständnis*), come tra queste ultime e la volontà politica del legislatore. Nemmeno da escludersi è, perciò, la possibilità di orientamenti differenti sorti in merito alla concretizzazione di diritti fondamentali, seguiti dalla pluralità degli organi giudicanti, come è accaduto, ad es., nella decisione rispettivamente del “caso-Welby” (in cui, pur riconoscendosi in generale l’esistenza del diritto costituzionale all’interruzione delle cure fu rigettata l’istanza dell’interessato per carenza di una disciplina legislativa attuativa) e del “caso-Englaro”, dove invece il diritto all’autodeterminazione è risultato dotato di una normativa attuativa.

⁶⁰ Corte cost., sent. n. 141/2019, cit..

⁶¹ In merito, v. P. Häberle, *Ethik „im“ Verfassungsrecht*, in *Rechtstheorie*, 21 (1990), p. 269 ss.; P.-A., Albrecht, *Rechtliche, soziale und gesellschaftliche Dimensionen von Gerechtigkeit*, in *KritV*, 2016, p. 83 ss.; W. Brugger, *Gesetz, Recht, Gerechtigkeit – Teil 1**, in *JZ*, 1989, p. 1 ss., part. p. 5 ss. (sui criteri di Giustizia).

⁶² Al riguardo, v. ancora R. Wahl, *Die normative Kraft der Verfassung*, cit., p. 199 ss.

6. Conclusioni. Costituzione, politica e conflitti potenziali di Giustizia.

Tutto quanto finora detto rende evidente l'intreccio multilivello tra diritto e politica, lasciando intravedere un tratto di continuità funzionale tra democrazia, legittimità dell'agire politico e consistenza assiologico-normativa della Costituzione. Quest'ultima, in particolare, fissa le regole principali dell'organizzazione dei poteri e dell'esercizio legittimo di volontà politica mentre cerca di marchiare l'andamento della legislazione⁶³ attraverso il complesso dei principi e valori che la caratterizzano.

Naturalmente, la natura di Legge fondamentale della stessa Costituzione e, perciò, la sua configurazione in senso precipuamente giuridico-positivo risolve in sé, ma solo fino ad un certo punto, quello appunto della sua "razionalizzazione, l'azione del politico. Coesiste e non può scomparire, nel contempo, seppure la sua declinazione non può compiersi attraverso le categorie del diritto positivo, l'esistenza del Politico nel senso in cui lo intende *Carl Schmitt*⁶⁴ che può rivelarsi a tratti e per segni concludenti, che solo tangenzialmente incrociano o rivestono la forma esteriore dell'atto giuridico, rivelandosi quale manifestazione irresistibile di volontà di un soggetto inteso come unitario. Tale dimensione sostanziale dell'agire politico può giungere a porsi in contrasto con la stessa forza della Costituzione, intesa come sua capacità di imporre alla "futura volontà di elaborazione/organizzazione politica la propria volontà"⁶⁵. Se, in questo senso, la Costituzione stessa non si mostra "impolitica, nel senso che lascia tutti i contenuti della politica futura agli attori politici"⁶⁶ ma, anzi, mira a metabolizzare i moti irrequieti della politica riportandoli, in fine, allo spettro dei valori di cui la prima si rende portatrice, essa rimane inerte di fronte all'espressione dura e pura del Politico quale forza assoluta.

Tanto rivela una permanente precarietà del rapporto tra Politico e diritto positivo, tra l'istintiva irrequietezza del primo e la razionalità pratica del secondo

⁶³ Così B. Kempen, *Verfassung und Politik* cit., p. 944.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Idem.

in quanto prodotto di un processo deliberativo determinato e regolato, risultato in ultima analisi del discorso razionale⁶⁷. In questo confronto dinamico e governato dalla razionalità sostanziale dell'ordinamento democratico gli organi della giurisdizione, soprattutto il giudice costituzionale, si configurano come "variabili" dell'esperienza giuridica, attraverso l'impegno esegetico per rendere concreti i principi costituzionali alimentando nei loro confronti un consenso sociale generalizzato, che include anche gli attori della politica.

Ad essi compete, in particolare, di esaltare la struttura integrata del sistema dei diritti fondamentali nella direzione di favorire un accrescimento dei livelli della garanzia individuale e di appianare potenziali contrasti tra diritti costituzionali e diritti recati da atti internazionali o sovranazionali (doppia pregiudizialità). Nella fitta trama dei diritti ora esistente non è solo astratto ed ipotetico il rischio di confinare in una dimensione sempre più circoscritta lo spazio della decisione politica. Sentenze come quella che, ad es., prefigura in certe situazioni la prevalenza del diritto all'autodeterminazione individuale rispetto a interessi costituzionali concorrenti (diritto alla vita, diritto alla riservatezza etc.), sopra richiamate, definiscono i termini di un conflitto permanente tra volontà politica e razionalità della Costituzione che si presenta anche come tensione tra assiologie parallele. La giurisprudenza costituzionale, a propria volta, realizza un permanente riposizionamento del confronto/bilanciamento tra interessi concorrenti a cui non resta estraneo l'esito del discorso razionale. Peraltro, fa parte del percorso di formazione del convincimento del giudice la percezione -non soltanto formale ma, inevitabilmente, anche emotiva- del caso concreto⁶⁸, con il risultato che si

⁶⁷ R. Alexz, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main, 1983, p. 233 ss. In particolare, poi, sull'etica del discorso, v. J. Habermas, *Treffen Hegels Einwände gegen Kant auch auf die Diskursethik zu ?*, in Id., *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt am Main, 1991, p. 9 ss..

⁶⁸ In generale, sulla influenza del tratto emotivo sulla decisione, v. T. Lundmark, *Die Rolle von Emotionen in juristischen Entscheidungsprozessen*, in *Rechtstheorie*, 49 (2018), p. 243 ss. Sulla inerenza della coscienza nella determinazione della decisione del giudice su un caso concreto, v. da ultimo i richiami in A. Ruggeri, *Prefazione* al volume di R. Conti: "Scelte di vita o di morte: il giudice è garante della dignità umana ?", ora anche in www.Consulta online, 2019 ("Il giudicante può, certo, fare richiamo a pronunzie di questa o quella Corte e, anzi, deve farlo a tutte assieme: una folla di altri giudici è, così, chiamata in campo a dargli sostegno e conforto, ma poi – come lo stesso C. confessa – chi è chiamato a somministrare giustizia è, al tirar delle somme, sempre

incrementa una nuova forma di consenso sociale basata non più sulla legittimazione democratica del soggetto decidente ma sulla “giustizia” (*Richtigkeit*) delle argomentazioni addotte che ragionevolmente la sostengono, in relazione al fatto da giudicare⁶⁹. In questa prospettiva, la descrizione secondo un’ottica essenzialmente conoscitiva e, perciò, neutrale della sfera materiale della garanzia di un diritto fondamentale si mostra come un metodo adeguato ad assicurare tale “giustizia”.

Inevitabilmente, però, razionalità dei diritti e razionalità dei valori non si mostrano sempre e comunque istanze integrate e adeguatamente composte. A volte, l’intemperanza connessa alle pretese connesse a diritti (es., diritto alla privacy) entra in conflitto con altre priorità, connesse a interessi generali e/o particolari (es. diritto di cronaca, conoscenza di dati sensibili, etc.) che rendono l’esperienza costituzionale flessibile e, persino, contingente nell’espressione degli equilibri definiti, accantonandosi così soluzioni stabili, certe e oggettive di tali conflitti. La realizzazione del modello di Giustizia cui attenderebbe una Costituzione per valori e da cui dipendono le dinamiche di un costante riposizionamento di tipo assiologico delle istanze concorrenti, oltre che l’adattamento della portata delle sue singole previsioni (*Verfassungswandel*, *Verfassungswandlung*) finirebbe per rappresentare il denominatore comune all’interno di una visione pluralista e composita della società statale, non ispirata unicamente dalla centralità dell’individuo ma costruita e giustificata intorno a un assetto aperto ed eterogeneo di interessi sociali. Un effetto, per ora solo accennato,

solo con se stesso, denudato davanti al più severo e implacabile dei giudici, la propria coscienza.

Nell’affrontare le questioni di biodiritto, l’operatore può (e deve) attingere a tutte le risorse di cui dispone; proprio per ciò, però, la scelta della soluzione più adeguata al caso si dimostra complessa e problematica, incerta e sofferta allo stesso tempo. E lo è, per il fatto che le questioni stesse si pongono al crocevia di etica, scienza e diritto, e richiedono dunque un plurimo e congiunto orientamento verso i punti di riferimento suddetti. È su questo terreno, arato e reso fecondo attraverso apporti di vario segno e connotazione, che si misura, a conti fatti, l’adeguatezza delle risposte date a domande di giustizia viepiù esigenti e impegnative e la loro rispondenza al complessivo e peculiare modo di essere di ciascun caso, nonché ai valori dallo stesso evocati in campo”).

⁶⁹ Sul punto, v. soprattutto H. H. von Armin, *Gemeindliche Selbstverwaltung und Demokratie*, in *AöR* 113 (1988), p. 11 ss.

di tale aspirazione alla Giustizia è il tendenziale abbandono, in certi casi, del principio di organizzazione formale delle fonti legali e, così, delle norme che le stesse sono in grado di produrre, in favore di un criterio sostanziale di apprezzamento delle norme in ragione della loro reale consistenza costituzionale. Un ulteriore effetto potrebbe comportare l'abbandono del criterio logico di distinzione –sul piano giuridico positivo- tra la norma come prodotto di decisione politica e la sua applicazione, separazione che, più che un assioma, costituisce “un’idea regolativa necessaria dell’ordinamento giuridico” democratico⁷⁰, in virtù della determinazione di un criterio di giustizia definito non soltanto in ragione della forma (di produzione della decisione) ma anche della sostanza razionale della decisione stessa⁷¹.

⁷⁰ Sul punto, v. anche S. Müller-Franken, *Staatspraxis und Verfassungsauslegung*, in O. Deppenheuer, M. Hentzen, M. Jestaedt, P. Axer, *Staat im Wort - Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg, 2007, p. 229 ss., part. p. 237 ss.

⁷¹ E. von Hippel, *Richtiges und unrichtiges Recht*, in *Recht und Politik*, 2002, p. 63 ss.; H. H. von Armin, *Gemeindliche Selbstverwaltung und Demokratie*, in *AöR* 113 (1988), p. 5 ss.