

Rivista N°: 2/2017
DATA PUBBLICAZIONE: 18/05/2017

AUTORE: Antonio Ruggeri*

EGUAGLIANZA, SOLIDARIETÀ E TECNICHE DECISORIE NELLE PIÙ SALIENTI ESPERIENZE DELLA GIUSTIZIA COSTITUZIONALE **

Sommario: 1. La messe dei richiami fatti all'eguaglianza nelle esperienze di giustizia costituzionale, la "posizione privilegiata" ad essa riconosciuta nelle operazioni di bilanciamento con altri principi fondamentali, le valenze possedute dal suo fare coppia con la solidarietà. – 2. Eguaglianza tra cittadini e non cittadini, con specifico riguardo a questioni di diritto di famiglia, varietà dei casi ed articolazione parimenti varia dei verdetti che ne danno la soluzione, carattere duttile della struttura di questi. – 3. La formazione in progress della giurisprudenza, le "catene" dalla stessa composte, la revisione teorica da esse sollecitata nel modo di essere e di operare dell'effetto giuridico. – 4. Alcune vicende particolarmente indicative del modo di operare dell'eguaglianza. – 4.1. Parità tra i coniugi e unità della famiglia. – 4.2. Solidarietà ed eguaglianza a fronte del bisogno di preservare l'equilibrio di bilancio e nella dimensione temporale delle esperienze giuridiche. – 4.3. L'eguaglianza quale fattore d'integrazione sovranazionale e di "federalizzazione" dell'organizzazione e dei diritti, al piano delle relazioni interordinamentali. – 4.4. Eguaglianza e organizzazione, al piano del riparto costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni e con riguardo all'incidenza sui diritti. – 5. Al tirar delle somme: solidarietà ed eguaglianza in progress, equilibrio nei rapporti istituzionali, identità dell'ordinamento costituzionale in un contesto segnato da una avanzata integrazione sovranazionale.

1. La messe dei richiami fatti all'eguaglianza nelle esperienze di giustizia costituzionale, la "posizione privilegiata" ad essa riconosciuta nelle operazioni di bilanciamento con altri principi fondamentali, le valenze possedute dal suo fare coppia con la solidarietà

Muovo in questa mia breve analisi da tre dati.

* Ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Messina.

** Relazione al Convegno su *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli 11-13 maggio 2017, alla cui data lo scritto è aggiornato.

Contributo pubblicato senza referaggio (art. 7 del Regolamento della Rivista per l'invio e la valutazione dei contributi).

Il primo, di comune acquisizione, è costituito dal ricorso in misura massiccia al principio di eguaglianza, spesso unitamente ad altri parametri, quale parametro dei giudizi sulle leggi. Basti solo considerare che su 276 pronunzie adottate col procedimento in via incidentale nel 2006 – anno di partenza per questa succinta riflessione su un decennio di giurisprudenza – ben 214 sono state quelle che vi hanno fatto richiamo, mentre nel 2011 sono state 155 su 189; e, con lievi oscillazioni, il fenomeno si riscontra anche negli altri anni di riferimento¹. Ciò che, a tacer d'altro, dimostra come sia assolutamente impossibile anche solo tentar di fare qui una sintesi degli orientamenti giurisprudenziali formati nei campi materiali più vari di esperienza. Al merito delle decisioni, dunque, si farà richiamo unicamente allo scopo di trarne gli elementi utili alla raffigurazione delle più salienti tendenze nell'uso degli strumenti processuali, riflettendo sulle quali è quindi possibile avere indicazioni di ordine generale in merito al senso complessivo della giustizia costituzionale ed al posto detenuto dall'organo che la amministra in seno alla trama istituzionale.

La messe imponente di questioni sollevate in cui è fatto riferimento al parametro dell'eguaglianza, riconsiderata dall'angolo visuale delle autorità remittenti, testimonia, ad ogni buon conto, che per riconoscimento largamente condiviso nella cerchia dei giudici la nostra è una società ancora profondamente segnata da diffuse e gravi diseguaglianze, che purtroppo si rispecchiano in una legislazione essa pure discosta dall'indicazione di valore data dall'art. 3 della Carta². È poi pur vero che il parametro in parola è sovente evocato in campo al fine non già di porre riparo ad una diseguaglianza in atto bensì di sanzionare una irragionevolezza intrinseca di un disposto legislativo ovvero la sua inadeguatezza rispetto al sistema di norme in cui s'inscrive ed opera. Com'è noto, infatti, il sindacato di ragionevolezza si è inizialmente appoggiato proprio sull'eguaglianza per quindi da essa successivamente affrancarsi³. Sta di fatto, tuttavia, che, per un verso, i casi di discriminazione (nella sua ristretta e propria accezione) sono comunque non infrequenti, mentre, per un altro verso, lo stesso controllo di ragionevolezza senza l'appiglio testuale dell'art. 3 non potrebbe trovare il modo di affermarsi. L'opera poderosa di ricucitura di un tessuto legislativo che in più punti della sua trama costitutiva si presenta sfilacciato o, diciamo pure, a brandelli e di riconforma-

¹ I dati sono attinti dalle Conferenze stampa annuali dei Presidenti della Corte e sono, dunque, da considerare particolarmente attendibili.

² Come ha, ancora di recente, rammentato M. GRAZIADEI, *L'uguaglianza, la diversità e il diritto: vive la différence*, in *Quest. giust.*, 1/2017, 154, "sul piano della vita sociale e in campo morale il principio di uguaglianza si afferma senza eccessiva difficoltà rispetto a chi è ritenuto simile a sé, mentre non è automaticamente esteso a chi viene percepito come diverso". Un quadro di sintesi delle principali diseguaglianze è in AA.VV., *La diseguaglianza nello Stato costituzionale*, a cura di M. Della Morte, Editoriale Scientifica, Napoli 2016.

³ Questa vicenda è ripercorsa da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, Giappichelli, Torino 2014, 115 ss.; cfr. sul punto, part., G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2012, 195 ss.; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Relazione alla Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it, e P. CARETTI - G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*⁴, Giappichelli, Torino 2017, 199 ss. Sul sindacato di ragionevolezza, nella ormai incontestabile lett., mi limito qui solo a far richiamo dei contributi di respiro monografico di G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano 2001; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano 2005; F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2009.

zione complessiva della normazione in linea con le previsioni della Carta costituzionale passa, dunque, principalmente attraverso il mezzo dell'eguaglianza: il veicolo che più di ogni altro si presta a ricondurre il diritto subcostituzionale alla Carta, a ricongiungerlo e saldarlo armonicamente a questa. Ed è proprio da questa prospettiva e facendo leva sul binomio eguaglianza-ragionevolezza – accenno qui di passaggio – che i cultori di discipline giuridiche aventi per specifico oggetto dati positivi subcostituzionali, quali i civilisti⁴, hanno riguardato a questi ultimi, riportandoli ai fini-valori costituzionali e, perciò, ricomponendoli in “sistema”; in tal modo, hanno reso testimonianza di una sensibilità costituzionale per vero ancora per alcuni anni dopo l'entrata in vigore della Carta non particolarmente diffusa e radicata nella cultura giuridica del nostro Paese⁵.

Il secondo dato. Nella gran parte dei casi, malgrado – come si diceva – il congiunto richiamo fatto anche ad altri parametri, il giudizio è definito proprio alla luce del principio di eguaglianza, senza che esso resti inutilizzato per effetto della tecnica di assorbimento dei vizi. Come dire che, ad avviso della Corte, esso si pone quale strumento privilegiato di lavoro, particolarmente conducente ad una compiuta, lineare e persuasiva definizione delle questioni di legittimità costituzionale.

Il terzo dato. Il principio in parola – si è fatto osservare da un'attenta dottrina⁶ – è tendenzialmente sottratto alle operazioni di bilanciamento cui la Corte quotidianamente attende. Il che può far pensare che esso sia considerato particolarmente rigido, comunque meno idoneo di altri principi a flettersi all'impatto coi principi stessi. Come peraltro si è fatto più volte notare in giurisprudenza, alla eguaglianza ed alla solidarietà, con la quale la prima fa sovente coppia⁷, “per il loro carattere fondante” è riconosciuta una “posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali”⁸.

Il punto, per vero, non è del tutto chiaro. Induce a pensare che, a giudizio della Corte, possa farsi una sorta di “graduatoria” tra principi o valori⁹ ugualmente fondamentali o, addirittura

⁴ Per tutti, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, ESI, Napoli 2006.

⁵ Questa vicenda è stata ancora di recente ripercorsa, con specifico riguardo agli studi di diritto civile, da N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4/2015, 1115 ss., dove sono opportuni rilievi in merito alla ragionevolezza quale “criterio principe nell'istrumentario del giurista, e segnatamente del civilista”, grazie al quale “il diritto finisce per riscoprire la sua carnalità e si libera dalla camicia di forza del formalismo” (1127 s.). Riferimenti al ruolo svolto dai principi costituzionali nella ricostruzione degli istituti di diritto civile possono ora vedersi in F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Plus, Bologna 2016, tutto il cap. III.

⁶ A. LOLLO, *Il principio d'eguaglianza e le sue declinazioni tra ordinamento costituzionale e ordinamento europeo*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 433.

⁷ Molte volte, poi, la seconda è evocata in campo per il tramite della prima, specificamente laddove si faccia questione della ragionevolezza di una data disciplina positiva (così, ad es., nel caso, definito con una pronuncia d'inammissibilità da Corte cost. n. 248 del 2013, nella quale nondimeno si è rilevata la possibile violazione del principio di solidarietà di clausole contrattuali “eccessive”; a commento, la nota critica di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva”*, in *I contratti*, 10/2014, 926 ss.).

⁸ I riferimenti testuali sono tratti da Corte cost. n. 264 del 2012, una delle più significative decisioni della “saga” relativa alle pensioni svizzere su cui è maturato – come si sa – un fitto contenzioso con la Corte EDU, sul quale per taluni aspetti si tornerà tra non molto.

⁹ Tralascio qui la vessata questione riguardante l'oggetto dei bilanciamenti, se è dato dai valori ovvero dai principi o, ancora, direttamente dai beni della vita dagli stessi “coperti”, ed utilizzo dunque, per scorrevolezza

tura, che solo alcuni di essi possano propriamente fregiarsi del titolo che è loro riconosciuto dall'aggettivo con cui gli stessi sono qualificati. Ciò che non può essere, e non è¹⁰. È vero che alcuni principi fondamentali possono dirsi strumentali ad altri, e segnatamente proprio all'eguaglianza, nel suo fare "coppia" (una *coppia assiologica fondamentale*, come a me piace chiamarla¹¹) col principio del riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo e dei doveri inderogabili di solidarietà, di cui all'art. 2¹². È, però, pur vero che ciascun principio, proprio in quanto "fondamentale", è, a un tempo, un *principio-fine*, dotato di una sua connotazione oggettiva identificante, e un *principio-mezzo*, nel suo porsi al servizio dei principi restanti, coi quali fa dunque "sistema"; ed anzi, andando ancora oltre, può dirsi che ogni principio, allo stesso tempo in cui mantiene una sua propria identità, è anche *parte costitutiva e qualificante* degli altri, concorrendo alla loro incessante rigenerazione semantica, proprio in ciò affermandosi e rendendosi palese, in prospettiva assiologicamente orientata, l'unità del sistema¹³. Ciò non toglie che specialmente i principi fondamentali di organizzazione, quale quello di unità-autonomia enunciato nell'art. 5¹⁴, sono stati pensati in funzione della salvaguardia –

espositiva, in modo promiscuo i termini in parola, pur consapevole della necessità che essi vadano comunque tenuti distinti.

¹⁰ La "graduatoria", pur non dandosi per sistema, ripugnando all'idea stessa della "fondamentalità" che si abbia la tirannica affermazione di un principio sull'altro, viene nondimeno a farsi ed a disfarsi in ragione dei casi. Ciò che comunemente è chiamato "bilanciamento" e che, perciò, parrebbe evocare lo scenario del paritario e parziale sacrificio dei valori in campo, in realtà, perlopiù (per non dire sempre...) si risolve nella pratica giuridica nell'affermazione di un valore sull'altro, senza nondimeno alcun ordine preconstituito ma in rispondenza alle complessive esigenze del caso apprezzate in applicazione del canone della ragionevolezza.

¹¹ Tra gli altri miei scritti in cui l'espressione è presente, v., volendo, *Sei tesi in tema di diritti fondamentali e della loro tutela attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corti nazionali*, in www.federalismi.it, 18/2014, 1 ottobre 2014, spec. al § 3.

¹² La "stretta correlazione" esistente tra libertà, eguaglianza e solidarietà è frequentemente rilevata in dottrina: di recente, A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, cit., 305 ss. (e 342 per il riferimento testuale); S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari 2014; L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in www.costituzionalismo.it, 1/2016, 45 ss., ed *ivi* altri scritti, tra cui A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, 1 ss.; F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, cit. La più avvertita dottrina, peraltro, ha da tempo fatto osservare che dal riconoscimento della persona umana come valore in sé e per sé naturalmente discendono i valori-corollari della eguaglianza e solidarietà (A. GORASSINI, *Analisi economica del diritto: chiose sul ruolo attuale di un metodo nella responsabilità civile*, in *Panorami*, 2001, 43, cui fa richiamo ora anche P. CUZZOLA, *Per un inquadramento della responsabilità da cose in custodia. Invariante e portata generale della fattispecie di cui all'art. 2051 c.c.*, Tesi di dottorato in "Giurisprudenza ed economia", XXIX ciclo, Università di Reggio Calabria, 3).

¹³ Un solo esempio per tutti: il principio di unità-indivisibilità dell'ordinamento, di cui all'art. 5, non acquista senso e funzione unicamente nel suo indirizzarsi alla salvaguardia della integrità territoriale bensì anche (e soprattutto) nel porsi, per la sua parte, a garanzia del godimento dei diritti fondamentali e dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà, di cui è parola nell'art. 2, come pure dell'eguaglianza. E viceversa, libertà ed eguaglianza avendo senso unicamente a condizione che la Repubblica resti "una ed indivisibile" (sulla proiezione della solidarietà al piano delle relazioni tra gli enti territoriali, tanto in ambito statale quanto a quello dei rapporti tra gli Stati e l'Unione europea, v., ora, A. SCHILLACI, *Governo dell'economia e gestione dei conflitti nell'Unione europea: appunti sul principio di solidarietà*, in www.costituzionalismo.it, 1/2017, 17 marzo 2017).

¹⁴ Per ragioni che non importa in questo studio rievocare, non è a mia opinione appropriato discorrere – come invece usualmente si fa – di un principio di unità distinto da (o, peggio, contrapposto a) un principio di autonomia; si tratta, piuttosto, dei due profili di un *unico* principio-valore fondamentale, che è quello della unità *con* (o, meglio, *attraverso*) la valorizzazione dell'autonomia, ovverosia quello dell'autonomia *nella* (e non già *col costo della*) unità. Frantumandosi e disperdendosi l'unità, infatti, non può esservi neppure autonomia; semmai, gli enti un tempo partecipi di uno stesso ordinamento potranno costituirsi – sempre che ne abbiano la forza e se ne diano le condizioni favorevoli di contesto – in Stati sovrani, cessando per ciò stesso di essere autonomi.

la massima possibile in ragione delle condizioni oggettive di contesto – di libertà ed eguaglianza e, in ultima istanza, di dignità della persona: l'autentico valore “supercostituzionale” – come si è ritenuto di qualificarlo altrove¹⁵ – che dà senso e giustificazione all'intera Carta repubblicana e, per il tramite di questa, all'ordinamento sulla stessa fondato o – come pure è stato efficacemente detto – la “bilancia” su cui si dispongono i beni della vita bisognosi di mutua ponderazione¹⁶.

D'altro canto, è nell'idea stessa di “Costituzione”, quale abbiamo ereditato agli albori dell'esperienza liberale dai rivoluzionari francesi, un'idea che ha avuto la sua ancora oggi insuperata, mirabile espressione nell'art. 16 della *Dichiarazione* del 1789, che l'ordine giuridico risulti ispirato alla separazione dei poteri ed al riconoscimento delle libertà: le due gambe su cui cammina, cresce e matura l'esperienza di ogni ordinamento che voglia appunto fregiarsi del titolo di “liberale”, una delle quali, avente natura organizzatoria, nondimeno trova giustificazione proprio nel suo porsi a garanzia dell'altra, di natura sostantiva. La tutela dei beni costituzionali è, dunque, e non può che essere – come si fa insistentemente notare in giurisprudenza¹⁷ – “sistemica” ma i valori fondamentali che vi danno voce e copertura non rilevano tutti allo stesso modo in sede di bilanciamento.

L'accoppiata tra eguaglianza e solidarietà è, al riguardo, particolarmente indicativa, carica di valenze ad oggi bisognose di essere – come si conviene – esplorate. Il rapporto tra i principi in parola si presenta, infatti, particolarmente complesso. Perché se, per un verso, la solidarietà, specie in alcune delle sue più salienti manifestazioni, parrebbe presupporre l'eguaglianza e su di essa poggiare al fine di potersi affermare, per un altro verso, però, la solidarietà stessa può concorrere alla realizzazione ed all'ulteriore radicamento dell'eguaglianza, specie nella sua declinazione sostanziale. E il vero è che i principi in parola possono darsi, ed effettivamente si danno, mutuo sussidio, ricaricandosi e rigenerandosi senza sosta a vicenda, concorrendo cioè ciascuno a dare senso all'altro ed a rinnovarlo senza sosta, specie in alcune, particolarmente delicate e sofferte vicende della giustizia costituzionale.

E così se il principio di eguaglianza – come la stessa giurisprudenza ha da tempo riconosciuto – ha carattere *inclusivo*, ciò lo si deve proprio ai benefici effetti, alle reazioni sullo

¹⁵ Se ne discorre in questi termini a partire da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.

¹⁶ La felice immagine della bilancia è di G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 14 marzo 2008, del quale v., inoltre, le precisazioni che sono in *La dignità umana dentro le mura del carcere*, in *Dir. pubbl.*, 1/2014, 3 ss. Ritiene, di contro, che la dignità non si sottragga alle usuali operazioni di bilanciamento M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell'eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss., e, più di recente, *I controlimiti e l'eterogenesi dei fini (a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Quest. giust.*, 1/2015, nonché in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Giappichelli, Torino 2016, spec. 1270 ss. Ancora G. SILVESTRI si è intrattenuto, con fini argomenti, sulle mutue implicazioni che si intrattengono tra i valori di libertà ed eguaglianza nel suo *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009.

¹⁷ *Ex plurimis*, Corte cost. nn. 236 del 2011; 264 del 2012; 1, 85, 170 e 202 del 2013; 10 e 49 del 2015; 63 del 2016.

stesso prodotte dal principio di solidarietà: il valore che meglio di ogni altro illumina e orienta operatori e società civile nella soluzione delle più spinose questioni legate alla convivenza, specie di quelle che hanno riguardo alle relazioni in seno alle comunità multiculturali, sì da favorire l'integrazione nella salvaguardia dell'identità¹⁸. Se ne ha una eloquente testimonianza dalla giurisprudenza (ma anche dalla legislazione¹⁹) in tema di stranieri²⁰; ma, ancora prima e più a fondo, se ne ha riprova dalla definizione stessa di ciò che è, per la Corte, un "diritto fondamentale"²¹: una nozione – come si vede – debitrice, culturalmente e positivamente,

¹⁸ La qual cosa, poi, richiede che alcuni operatori (e, segnatamente, i giudici) possano nelle loro quotidiane attività istituzionali coniugare diritto, etica, antropologia (indicativo il titolo dato da I. RUGGIU ad un suo approfondito studio monografico: *Il giudice antropologo. Costituzione e tecniche di composizione dei conflitti multiculturali*, FrancoAngeli, Milano 2012; della stessa, ora, *Il giudice antropologo e il test culturale*, in *Quest. giust.*, 1/2017, 216 ss.). In argomento, nella copiosa lett., per tutti, i contributi all'atelier su *Diritto costituzionale e società multiculturale*, nell'ambito del XXX Convegno annuale dell'Associazione Italiana Costituzionalisti (Roma, 6 e 7 novembre 2015) su *La scienza costituzionalistica nelle transizioni istituzionali e sociali* (alcuni dei quali possono vedersi in www.rivistaic.it).

¹⁹ ... specie la più recente, secondo quanto ad es. conferma il decreto legislativo n. 40 del 2017, che apre il servizio civile universale anche ai cittadini di altri Stati appartenenti all'Unione europea ed agli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio del nostro Stato (per un primo commento, R. CARIDÀ, *Accoglienza e integrazione: arriva il Servizio civile universale*, in www.lacostituzione.info, 18 aprile 2017, e, della stessa, ora, *I diritti di cittadinanza inclusiva tra esigenze di sicurezza e doveri di solidarietà*, Intervento al convegno su *Immigrazione e diritti fondamentali*, Siracusa 4-5 maggio 2017, in *paper*).

²⁰ Riferimenti, nella ormai nutrita lett., possono aversi, oltre che dallo scritto da ultimo cit. di R. CARIDÀ, da F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino 2013; C. CORSI, *Stranieri, diritti sociali e principio di eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in www.federalismi.it, Focus Human Rights, 3/2014, 24 ottobre 2014, e, più di recente, dai contributi che sono in *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, e, a cura degli stessi, *La Carta sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, nonché da M. LOSANA, "Stranieri" e principio costituzionale di uguaglianza, in www.rivistaic.it, 1/2016, 29 febbraio 2016; S. BONFIGLIO, *Costituzionalismo meticcio. Oltre il colonialismo dei diritti umani*, Giappichelli, Torino 2016; A. LOLLO, *Eguaglianza e cittadinanza. La vocazione inclusiva dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano 2016; M. SAVINO, *Lo straniero nella giurisprudenza costituzionale: tra cittadinanza e territorialità*, in *Quad. cost.*, 1/2017, 41 ss.; P. CHIARELLA, *Il terzo incluso: problemi del fenomeno migratorio in Europa*, in www.federalismi.it, 7/2017, 5 aprile 2017; A. ALBANESE, *Non discriminazione, uguaglianza e ragionevolezza nella garanzia dei diritti sociali degli immigrati. L'approccio della Corte EDU e della Corte costituzionale*, Intervento al convegno su *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., in *paper*, e, in prospettiva di diritto comparato, E.V. ZONCA, *Cittadinanza sociale e diritti degli stranieri. Profili comparatistici*, Wolters Kluwer - Cedam, Padova 2016. Sui condizionamenti venuti *ab extra* (e, segnatamente, dalla Comunità internazionale) nella disciplina statale dei modi di acquisto della cittadinanza, v., di recente, E.A. FERIOLI, *La cittadinanza "oltre" lo Stato. Interferenze internazionali e sovranazionali nell'acquisto e conservazione della cittadinanza statale*, in www.rivistaic.it, 1/2017, 15 febbraio 2017.

Uno speciale significato, emblematico del ruolo giocato dall'eguaglianza al fine della ridefinizione del concetto di cittadinanza (e dello *status* di chi ne è titolare) è, a mia opinione, da assegnare, sul versante dei diritti, a Corte cost. n. 245 del 2011, che ha riconosciuto il diritto alle nozze anche allo straniero irregolare e, sul versante dei doveri, a Corte cost. n. 119 del 2015, che ha gravato lo straniero stabilmente residente nel territorio dello Stato del dovere di difesa della patria (è ora tornato nuovamente a soffermarsi sulle implicazioni discendenti da quest'ultima pronuncia A. RAUTI, "...Sei la terra che aspetta". *Lo ius soli in Italia tra progetti e paradossi*, in occasione del convegno di Siracusa su *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., in *paper*).

Cittadinanza e identità nazionale vengono così sollecitate ad un profondo svecchiamento semantico che le rende idonee ad esprimere valenze un tempo considerate impensabili, secondo quanto è, da ultimo, emerso da alcuni interventi al convegno sopra cit.

²¹ Se n'è, ancora di recente, discusso in occasione del convegno del Gruppo di Pisa, svoltosi a Cassino il 10 e 11 giugno 2016, su *Cos'è un diritto fondamentale?*, i cui Atti sono in corso di stampa, ma alcuni contributi possono di già vedersi in www.gruppodipisa.it; spunti di particolare interesse anche in alcuni contributi al convegno su *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit. (e, part., *ivi*, G.U. RESCIGNO, *Migranti, Stati, diritti umani*, in *paper*). In argomento è doveroso fare richiamo almeno a M. ZANICHELLI, *Il significato dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *I*

proprio nei riguardi della coppia eguaglianza-solidarietà, grazie al suo ancoraggio al valore “supercostituzionale” di dignità, che naturalmente e vigorosamente sollecita ad appuntare i diritti in parola in capo a ciascun essere umano²².

Questa vicenda ha uno svolgimento *quodammodo* riflessivo. Perché è, sì, vero che i diritti fondamentali in genere con le loro radici si alimentano – come si è venuti dicendo – dall’eguaglianza e dalla solidarietà ma è pur vero che la stessa eguaglianza costituisce, per la sua parte, oggetto di un diritto fondamentale.

Senza l’eguaglianza, infatti, non può aversi – chiarisce più volte la Corte – né godimento dei diritti fondamentali né adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà²³. E, tut-

diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nella Corti europee, a cura di M. Cartabia, Il Mulino, Bologna 2007, 507 ss.; L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari 2008; G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino 2008, e, dello stesso, *Crisi dell’età dei diritti*, in *Etica e Politica*, 1/2013, 87 ss. V., inoltre, utilmente, V. BALDINI, *La concretizzazione dei diritti fondamentali. Tra limiti del diritto positivo e sviluppi della giurisprudenza costituzionale e di merito*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, nonché i contributi che sono in *Dir. um. e dir. int.*, 3/2016 [e, in particolare, *ivi*, lo studio introduttivo di A. PISANÒ, *Cosa i diritti umani (non) sono. Un dibattito tra diritto, filosofia e politica*], 645 ss.] e, con orientamento storico-costituzionale, L. MEZZETTI, *Una nuova storia dei diritti umani*, in *Id.*, *Human rights*, Bononia University Press, Bologna 2010, 13 ss. Sulla universalità dei diritti umani (e sulle ambiguità e contraddizioni che la connotano), di recente, A. ALGOSTINO, *I diritti umani e la sfida dell’universalità*, in www.dirittifondamentali.it, 1/2017, 4 febbraio 2017, spec. al § 5. Sui diritti fondamentali quali “agenti dissolutori degli status”, v. C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e “status” della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2015, 7 ss.

²² *Inclusiva* è, perciò, in nuce l’idea di Costituzione, col riconoscimento fatto dei diritti inviolabili di cui ciascun essere umano gode, che ha esso pure la sua prima e più salda giustificazione nella dignità della persona umana (una interessante proposta ricostruttiva volta a rivedere la nozione di Costituzione con riferimento alle società interculturali è, ora, in S. BONFIGLIO, *Per una teoria interculturale dei diritti fondamentali e della Costituzione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2016, 119 ss.). Agevola, nel vivo dell’esperienza, il raggiungimento di quest’esito il carattere “intercostituzionale” – come lo si è altrove chiamato – della Costituzione, vale a dire la sua strutturale vocazione ad aprirsi ad altri documenti materialmente costituzionali (e tali sono, a motivo degli oggetti trattati e del modo della loro trattazione, le Carte dei diritti) e a farsi da essi rigenerare senza sosta, allo stesso tempo in cui agli stessi si offre al fine della loro incessante riconformazione semantica (ho sviluppato questi concetti in più luoghi, tra i quali *Teoria della Costituzione e tendenze della giustizia costituzionale, al bivio tra mantenimento della giurisdizione e primato della politica*, in www.federalismi.it, 25/2016, 28 dicembre 2016; cfr. al riguardo il punto di vista di G. AZZARITI, *Multiculturalismo e Costituzione*, in *Pol. dir.*, 1-2/2016, 3 ss.).

²³ V., ad es., Corte cost. n. 309 del 2013, con cui è stata dichiarata la illegittimità costituzionale dell’art. 15, l c., lett. b), l. prov. di Bolzano n. 19 del 2012, nella parte in cui escludeva gli stranieri regolarmente soggiornanti nello Stato italiano dalla possibilità di prestare servizio sociale volontario. La Corte chiarisce che “tali prestazioni rappresentano infatti la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione dell’autorità, e la partecipazione a tali forme di solidarietà deve essere ricompresa tra i valori fondanti dell’ordinamento giuridico, riconosciuti, insieme ai diritti inviolabili dell’uomo, come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente”. Al legislatore è dunque “consentito dettare norme, non palesemente irragionevoli, che regolino l’ingresso e la permanenza di extracomunitari in Italia, ma una volta che il diritto a soggiornare non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri stabilendo nei loro confronti particolari limitazioni né per il godimento dei diritti fondamentali della persona (sentenza n. 306 del 2008), né nell’esercizio dei doveri di solidarietà previsti dalla Costituzione”.

Il godimento dei diritti fondamentali non è tuttavia sempre in modo paritario assicurato a tutti. In disparte la peculiare e ad oggi animatamente discussa questione riguardante l’accesso degli stranieri stabilmente residenti nel territorio dello Stato ai diritti politici e le forti limitazioni concernenti l’accesso ai pubblici uffici (su di che le dense riflessioni di A. RAUTI, *Stranieri e pubblico impiego*, in *AA.VV.*, *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, cit., 329 ss. e V. MARCENÒ, *Una politica di coesione sociale attraverso il pubblico impiego*, Intervento al convegno su *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., in *paper*), sono soprattutto gli irregolari ad essere ancora, almeno in parte, sacrificati, per quanto la tendenza sia invero nel senso della graduale, sofferta parificazione. Ad es., in ambito sanitario, il diritto alle cure è garantito loro unicamente nel suo “nucleo duro”, salvo il caso che sia a rischio la vita di chi ne ha bisogno (sent. n. 61 del 2011). Concetto misterioso, questo di “nucleo”, fatto oggetto da tempo di plurime ed argomentate contestazioni, che nondimeno resiste in molti campi di esperienza ed a più fini,

tavia, è proprio per il tramite dell'uno e dell'altro che l'eguaglianza stessa prende corpo, si afferma e consolida quale valore fondante l'ordinamento.

2. Eguaglianza tra cittadini e non cittadini, con specifico riguardo a questioni di diritto di famiglia, varietà dei casi ed articolazione parimenti varia dei verdetti che ne danno la soluzione, carattere duttile della struttura di questi

Le questioni di legittimità costituzionale hanno sovente una struttura complessa, nella quale si specchia e rivela la complessità dei casi cui esse afferiscono. Non di rado, infatti, la singola questione risulta dalla congiunta integrazione di più elementi, i quali si ritrovano in molti altri casi ma, combinandosi diversamente tra di loro, danno vita a questioni parimenti diverse.

Si considerino, ad es., le vicende in cui rileva, per un verso, il rapporto tra cittadini e stranieri e, per un altro verso, il rapporto intercorrente tra i componenti un gruppo familiare o "parafamiliare"²⁴. Particolarmente istruttivi al riguardo i casi di ricongiungimento dello stranie-

a motivo della sua strutturale duttilità, risolvendosi a conti fatti in un artificio retorico nel quale il giudice si rifugia in vista dell'adozione della soluzione maggiormente conveniente secondo il caso [in tema di diritto alle cure dello straniero irregolare, per tutti e di recente, v. G. VOSA, *'Cure essenziali'. Sul diritto alla salute dello straniero irregolare: dall'auto-determinazione della persona al policentrismo decisionale*, in *Dir. pubbl.*, 2/2016, 721 ss., e, con riguardo all'orientamento del tribunale costituzionale spagnolo, N. SANGÜESA RUIZ, *Exclusión de los extranjerios en situación irregular del acceso gratuito al Sistema público de salud en España. Sentencia 139/2016 del Tribunal Constitucional*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 1/2017, 233 ss.; del tema si è, da ultimo, tornati a discutere, in prospettiva comparatistica, in occasione del Convegno su *I sistemi sanitari alla prova dell'immigrazione*, organizzato dalla Fondazione CESIFIN Alberto Predieri, Firenze 7 aprile 2017. Da una prospettiva più ampia, sui sacrifici cui gli immigrati irregolari sono costretti a soggiacere, in ordine all'effettivo godimento dei loro diritti fondamentali, e sulle mortificazioni cui va quotidianamente incontro la loro dignità, v., da ultimo, i contributi al convegno su *Immigrazione e diritti fondamentali*, cit., ed *ivi*, part., M. IMMORDINO, *Il diritto alla salute degli immigrati tra emergenza rifiuti e crisi economico-finanziaria: quale ruolo per le amministrazioni?*, e V. BERLINGÒ, *Il trattenimento degli immigrati irregolari e l'humanitas nella 'fondamentalità' nei 'diritti'*, entrambi in *pape*].

²⁴ Utilizzo il termine, così come ho già fatto altrove, riferendolo a formazioni sociali non riportabili alla famiglia fondata sul matrimonio, secondo la rigorosa lettura data dell'art. 29 cost. da Corte cost. n. 138 del 2010 e succ., ma a questa *quodammodo* assimilabili. Il termine "famiglie" è – come si sa – di frequente riscontro, specie negli studi della più sensibile dottrina civilistica (v., part., V. SCALISI, *"Famiglia" e "famiglie" in Europa*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2013, 7 ss., nonché in ID., *Studi sul diritto di famiglia*, Cedam, Padova 2014, 3 ss., ed *ivi* altri studi; cfr. sul punto, di cruciale rilievo, tra i molti altri e variamente, A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Giuffrè, Milano 2013, spec. il cap. I; M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 5/2016, 1306 ss. e, nella stessa *Rivista*, F.D. BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, 6/2016, 1447 ss., e, già, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, 2002, I, 509 ss.; G. GIACOBBE, *Famiglia: molteplicità di modelli o unità categoriale?*, in *Dir. fam. e pers.*, 3/2006, 1219 ss., spec. 1230 ss.; G. COLLURA, *Famiglia o famiglie? Riflessioni in tema di laicità dello Stato*, in *Scritti in onore di M. Comporti*, Giuffrè, Milano 2008, 825 ss.; C. MAZZÙ, *La famiglia degli affetti*, in *Studi in onore di A. Palazzo*, II, Giappichelli, Torino 2009, 527 ss.; R. AMAGLIANI, *Principi costituzionali in materia di famiglia*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, cit., 625 ss., spec. 639 ss.; utili indicazioni anche in AA.VV., *Identità e varietà dell'essere famiglia. Il fenomeno della "pluralizzazione"*, a cura di P. Donati, San Paolo, Cinisello Balsamo 2001; AA.VV., *Le relazioni affettive non matrimoniali*, a cura di F. Romeo, Utet, Torino 2014, e M.R. MARELLA - G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia. Le relazioni familiari nella globalizzazione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2014; un animato confronto si è in argomento registrato in occasione del convegno su *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Catania 7-8 giugno 2013, a cura di F. Giuffrè e I. Nicotra, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; v., inoltre, M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*², FrancoAngeli, Milano 2016, 142 ss. e, in prospettiva comparata, R. TORINO, *La tutela della vita familiare delle coppie omosessuali nel diritto comparato, europeo e italiano*,

ro col coniuge e i figli minori da un canto, i figli maggiorenni dall'altro. Casi tenuti distinti dalla giurisprudenza, facendosi notare che nella seconda evenienza entrano in gioco altri interessi meritevoli di tutela e bisognosi di essere bilanciati con "l'interesse all'affetto"²⁵. Si precisa tuttavia non potersi comparare – segnatamente al fine della espulsione dello straniero convivente con parenti entro il quarto grado o con il coniuge – la situazione di chi è coniugato con altro straniero, sia pur munito di permesso di soggiorno, con quella dello straniero coniugato con altro cittadino²⁶. Il ricongiungimento coi figli maggiorenni è, nondimeno, giudicato ragionevole laddove sia provato che gli stessi non sono in grado di provvedere alle proprie esigenze di vita per motivi di salute²⁷.

La varietà delle situazioni che possono al riguardo aversi è tale che la Consulta avverte il bisogno di farne una sorta di catalogo riassuntivo, allo stesso tempo avvertendo come, a conti fatti, l'ultima parola non possa che spettare al giudice. Si dice, infatti, in Corte cost. n. 202 del 2013²⁸ che occorre ogni volta tener presente "la natura e la gravità del reato commesso dal ricorrente; la durata del soggiorno dell'interessato; il lasso di tempo trascorso dalla commissione del reato e la condotta del ricorrente durante tale periodo; la nazionalità delle diverse persone interessate; la situazione familiare del ricorrente, e segnatamente, all'occorrenza, la durata del suo matrimonio ed altri fattori che testimonino l'effettività di una vita familiare in seno alla coppia; la circostanza che il coniuge fosse a conoscenza del reato all'epoca della creazione della relazione familiare; il fatto che dal matrimonio siano nati dei figli e la loro età; le difficoltà che il coniuge o i figli rischiano di trovarsi ad affrontare in caso di espulsione; l'interesse e il benessere dei figli; la solidità dei legami sociali, culturali e familiari con il paese ospite".

Giappichelli, Torino 2012); e, tuttavia, il termine stesso comporta, a mio modo di vedere, una indebita frantumazione e conversione in plurale del singolare iscritto nella Carta, col conseguente smarrimento della sua tipica ed irripetibile connotazione. Che poi si diano gruppi sociali che somiglino alla famiglia, ovviamente, qui non si contesta ma sono, appunto, cosa diversa da questa; e l'eguaglianza reclama – come sappiamo – che a situazioni eguali corrisponda eguale trattamento, trattamento diverso invece a situazioni parimenti diverse.

Va nondimeno segnalata la spinta viepiù vigorosa che viene da una crescente giurisprudenza comune, di merito come di legittimità, alla parificazione del trattamento riservato alle coppie di persone coniugate rispetto a quello spettante a persone dello stesso sesso. Un solo esempio per tutti, con riserva di esame di altri più avanti; e, dunque, si consideri il caso che ha portato a talune recenti pronunzie del Tribunale dei minorenni di Firenze con cui è stata ordinata la trascrizione di due provvedimenti di autorità straniere che stabilivano l'adozione di minori da parte di due coppie di omosessuali residenti all'estero (in argomento, le note di A. SCHILLACI, "Una vera e propria famiglia": da Firenze un nuovo passo avanti per il riconoscimento dell'omogenitorialità, in www.articolo29.it, 13 marzo 2017, e M.M. WINKLER, *Riconoscimento di sentenza di adozione straniera e nozione "perimetrata" di ordine pubblico internazionale: le due decisioni del Tribunale per i minorenni di Firenze*, in www.diritticomparati.it, 23 marzo 2017).

²⁵ Ordd. n. 368 del 2006 e 335 del 2007.

²⁶ Ord. n. 158 del 2006.

²⁷ Ord. n. 361 del 2007.

²⁸ ... segnatamente al punto 5 del *cons. in dir.*, dov'è un esplicito richiamo a Corte EDU, 7 aprile 2009, ric. n. 1860/07, *Cherif ed altri c. Italia*; può, inoltre, vedersi Corte EDU, Grande Camera, 28 febbraio 2008, ric. n. 37201/06, *Saadi c. Italia*, e 24 febbraio 2009, n. 246/07, *Ben Khemais c. Italia*. Un caso che ha fatto molto discutere, in cui la Corte europea ha dato la prevalenza all'interesse alla sicurezza rispetto a quello familiare è *Öcalan c. Turchia* (n° 2), 18 marzo 2014, ricc. nn. 24069/03, 197/04, 6201/06, 10464/07, punto 164: nella sua decisione, il giudice di Strasburgo "estime que les restrictions au droit du requérant au respect de sa vie familiale n'ont pas excédé ce qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la défense de l'ordre et de la sûreté publics et à la prévention des infractions pénales, au sens de l'article 8 § 2 de la Convention".

La solidarietà, dunque, non implica necessariamente la convivenza, potendosi avere anche con modalità diverse da questa; e però ci sono dei casi al verificarsi dei quali la convivenza si giustifica e impone.

Si noti come, nelle situazioni sopra succintamente descritte, solidarietà ed eguaglianza si combinino variamente in ragione delle circostanze portando ad esiti parimenti differenziati in applicazione del canone della ragionevolezza.

Le vicende ora evocate insegnano molte cose, una sopra ogni altra: che occorre rifuggire dal considerare sempre uguale a sé una medesima fattispecie, quale quella del ricongiungimento tra coniugi o tra genitori e figli, la stessa piuttosto articolandosi e svolgendosi in forme plurime in ragione delle circostanze, che dunque reclamano trattamenti parimenti differenziati.

Uno dei tratti maggiormente salienti delle esperienze di giustizia costituzionale in genere è infatti dato dall'incessante variare di "situazione normativa", come a me piace chiamare l'oggetto delle questioni di legittimità costituzionale²⁹, nella congiunta e mobile, continuamente cangiante, composizione dei materiali normativi e fattuali che vi danno vita. L'eguaglianza sollecita e giustifica l'adozione di soluzioni esse stesse varie; e allo scopo s'impone – come si vedrà meglio a momenti – il ricorso a tecniche decisorie per loro natura duttili, idonee a flettersi sui casi e a conformarsi alle loro peculiari, complessive esigenze.

Proprio il diritto di famiglia e, in genere, il vasto ambito materiale su cui maturano le esperienze di biodiritto offrono numerose testimonianze di siffatta tendenza dei casi a moltiplicarsi e a dividersi internamente in misura crescente e, specularmente, dei verdetti del giudice a tipizzarsi in relazione alla incontenibile varietà del reale³⁰.

Pescando solo tra alcune delle questioni che hanno fatto maggiormente discutere, si consideri, ad es., la vicenda della ricerca delle proprie origini biologiche da parte dei figli: una vicenda che ha inizialmente visto una Corte refrattaria e oscillante, successivamente determinatasi a riconoscere la fondatezza della pretesa soggettiva, dietro impulso determinante di una giurisprudenza europea favorevole³¹. Ebbene, sommamente opportuna e necessitata allo stesso tempo la scelta della Corte europea e, a seguire, del giudice delle leggi di far lu-

²⁹ Una succinta riconsiderazione della vessata questione concernente l'oggetto del sindacato di costituzionalità è in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁵, cit., 93 ss., e lett. *ivi*.

³⁰ Uno studio accurato, in cui è particolarmente rimarcato il ruolo dei giudici in genere (e, in specie, di quelli comuni) nelle esperienze di biodiritto, è quello di R. CONTI, *I giudici ed il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Aracne, Roma 2014, del quale v., inoltre, *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sopranazionali*, in *Quest. giust.*, 4/2016, e, pure *ivi*, *La giurisdizione del giudice ordinario e il diritto Ue*, 12 maggio 2017, e, con specifico riguardo a talune questioni di diritto di famiglia, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e dei giudici di merito*, in AA.VV., *Vecchie e nuove 'famiglie' nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, a cura di A. Ruggeri - D. Rinoldi - V. Petralia, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 75 ss., e, da ultimo, *Il giudice e il biodiritto*, in *Trattato di diritto e bioetica*, a cura di A. Cagnazzo, in corso di stampa per i tipi della ESI.

³¹ Il riferimento è, ovviamente, a *Godelli* e al segno lasciato su Corte cost. n. 278 del 2013 [in argomento, tra gli altri, L. CASSETTI - S. VANNUCCINI, *La ricerca delle proprie origini e il diritto all'identità personale*, in AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, a cura di A. Di Stasi, Wolters Kluwer - Cedam, Padova 2016, 625 ss.]. In genere, dei riflessi di ordine istituzionale discendenti dal ricorso sempre più insistito al c.d. "dialogo" tra Corti europee e Corti nazionali si dirà tra non molto.

go ad una pronunzia di principio, che si è quindi consegnata ai giudici comuni per la estrazione da essa delle regole di volta in volta adeguate ai casi.

Necessitata, dal momento che, per il modo stesso con cui è stata posta la questione, l'esito del giudizio non avrebbe potuto essere diverso dalla fissazione di un "principio" di ordine generale, aperto e suscettibile di forme plurime d'implementazione a seconda delle esperienze di giustizia comune alle quali se ne reclami l'*applicazione* (o, meglio, l'*attuazione*)³². Opportuna, poi, perché è proprio grazie a siffatta tecnica decisoria, frutto di una "leale cooperazione" tra più operatori, che si è reso (e si rende) possibile dare risposte di giustizia congrue rispetto ai casi e, per ciò stesso, idonee a farsi veicolo di eguaglianza. Non è, infatti, per mero accidente che, riprendendo in considerazione la vicenda sopra accennata, di recente la Cassazione ha rilevato come il diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche debba avere la meglio, in sede di bilanciamento, sul diritto all'anonimato della madre qualora quest'ultima sia nel frattempo defunta³³: una situazione, questa, chiaramente diversa da quella che si ha per il caso opposto che la madre sia ancora in vita.

Ora, non è di qui stabilire se il bilanciamento sia stato fatto a modo, o no; confesso che ho qualche riserva a riconoscermi a pieno nel verdetto patrocinato dal giudice della legittimità, sol che si consideri che i diritti delle persone in gioco possono incrociarsi con altri diritti di terzi parimenti meritevoli di tutela, suscettibili di essere sacrificati per effetto di una soluzione tranciante³⁴. Ciò che, nondimeno, importa è il *metodo*, più e prima ancora del *merito* che sta a base delle soluzioni di volta in volta prescelte, che è appunto quello di una giustizia costituzionale "aperta", fondativa di esperienze di giustizia comune differenziate in ragione dei casi e, per ciò stesso, portatrici di eguaglianza.

Molti esempi possono essere addotti a conferma di questo *trend* che va sempre di più prendendo piede nei campi materiali più varî; e basti solo, al riguardo, richiamare le tormentate vicende relative alle esperienze d'inizio-vita, che hanno visto la legge 40 praticamente riscritta di sana pianta dal giudice delle leggi³⁵, col fattivo concorso di una intraprendente giurisprudenza comune e grazie alle coraggiose aperture al riguardo fatte dalla giurisprudenza

³² Checché, infatti, se ne dica da parte di un'accreditata dottrina [M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in www.rivistaaic.it, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in www.rivistaaic.it, 4/2014, 10 ottobre 2014], a cui opinione l'opera del giudice sarebbe sempre di "applicazione" del diritto, quanto meno con riguardo ai casi, di cui ora specificamente si discorre, trattandosi di dar svolgimento ad un principio, le regole allo scopo prodotte presentano carattere propriamente normativo, pur se ad efficacia – com'è chiaro – circoscritta alle singole vicende processuali. Come si è però fatto notare in altri luoghi, altro è la efficacia di un atto (e delle sue previsioni) ed altro ancora il carattere innovativo o, appunto, normativo dello stesso, che non viene meno sol perché il primo resta esclusivamente legato al caso che ne giustifica l'adozione.

³³ Cass., I sez. civ., sent. n. 15024 del 2016 (a commento, tra gli altri, C. GRANELLI, *Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" tra Corti*, in www.juscivile.it, 6/2016, 564 ss.).

³⁴ Maggiori ragguagli sul punto nel mio *Giurisdizione e diritti: un rapporto complesso, ad oggi largamente inesplorato e bisognoso della sua opportuna chiarificazione*, in [Consulta OnLine](http://Consulta.OnLine), III/2016, 5 ottobre 2016, 366 in nt. 50.

³⁵ Indicativo ed efficacissimo il titolo dato da A. D'ALOIA ad una sua riflessione di sintesi sulle vicende processuali della legge: *L'(ex) 40*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 997 ss.

europea³⁶. Ebbene, più d'una pronunzia ha esibito una marcata duttilità strutturale, dotandosi di formulazioni di principio e rimettendosi quindi per i loro opportuni svolgimenti all'opera del giudice comune, illuminata ed orientata altresì dalla scienza³⁷.

Si rammenti, ad es., il punto di diritto fissato da Corte cost. n. 151 del 2009, con cui è stato caducato l'art. 14, II c., l. 40, nella parte in cui stabiliva l'obbligo di un unico e contemporaneo impianto di un numero di embrioni comunque non superiore a tre, aggiungendosi poi al III c., stesso art., che il trasferimento degli embrioni dapprima sospeso debba realiz-

³⁶ Incontenibile la letteratura ormai formatasi sull'argomento: solo per una prima informazione e facendo rimando agli studi di maggiore spessore, v. S. AGOSTA, in molti scritti, tra i quali, in forma organica, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012; AA.VV., *La fecondazione vietata. Sul divieto di fecondazione eterologa*, a cura di A. Cossiri e G. Di Cosimo, Aracne, Roma 2013; S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015; AA.VV., *Questioni di inizio vita. Italia e Spagna: esperienze in dialogo*, a cura di L. Chieffi e J.R. Salcedo Hernández, Mimesis, Milano 2015; AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita dieci anni dopo*, a cura di M. Azzalini, Aracne, Roma 2015; AA.VV., *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza. Problematiche applicative e prospettive future*, a cura di M. D'Amico - B. Liberali, ESI, Napoli 2016; A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria della gravidanza*, Giuffrè, Milano 2017, e, ora, AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta e G. D'Amico, in corso di stampa per i tipi della Editoriale Scientifica di Napoli. Con specifico riguardo alla giurisprudenza della Corte EDU, per tutti, V. IVONE - C. MIRAGLIA, *Fecondazione assistita e diagnosi preimpianto sulla salute dell'embrione*, e A. MARTONE, *La maternità surrogata: ordine pubblico e best interest of the child*, entrambi in AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano*, cit., rispettivamente, 693 ss. e 717 ss.; riferimenti anche in J. LONG, *Il diritto italiano della famiglia e minorile alla prova della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Europa e dir. priv.*, 4/2016, 1059 ss.

³⁷ Particolarmente complesso e controverso il rapporto tra scienza, etica e diritto, nelle sue varie articolazioni, sul quale non è tuttavia ora possibile indagare [cfr., al riguardo, i punti di vista di A. SPADARO, *Sulle tre forme di "legittimazione" (scientifica, costituzionale e democratica) delle decisioni nello Stato costituzionale contemporaneo*, in AA.VV., *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. D'Aloia, Giappichelli, Torino 2005, 575 ss.; S. PAJNO, *Giudizi morali e pluralismo dell'interpretazione costituzionale. Un percorso tra Hart e Dworkin*, Giappichelli, Torino 2013; O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2014, 481 ss.; A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2014, spec. 155 ss.; E. CASTORINA, *Scienza, tecnica e diritto costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 4/2015, 30 ottobre 2015; A. SANTOSUOSSO - G. PINOTTI, *Il diritto delle corti, la scienza e la tecnica: una tassonomia*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 1/2017, 53 ss.; G. SORRENTI, *Note minime sul rapporto tra ius, ethos e scientia*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, Oss. cost., 2/2017, 8 maggio 2017]. Pur nella varietà delle ricostruzioni teoriche e dei loro orientamenti, comune è, ad ogni buon conto, la sottolineatura della centralità del ruolo degli scienziati e dei tecnici in genere nella soluzione delle questioni giuridiche, specie di quelle maggiormente spinose e complesse [tra i molti altri, G. SILVESTRI, *Scienza e coscienza: due premesse per l'indipendenza del giudice*, in *Dir. pubbl.*, 2/2004, 411 ss.; S. AGOSTA, *Spingersi dove neppure alle più avanzate acquisizioni tecnico-mediche è consentito: la sfida del diritto all'epoca della rivoluzione biologica*, in www.rivistaaic.it, 1/2014, 24 gennaio 2014, spec. al § 2; S. PENASA, *Giudice "Ercole" o giudice "Sisifo"? Gli effetti del dato scientifico sull'esercizio della funzione giurisdizionale in casi scientificamente connotati*, in www.forumcostituzionale.it, 17 dicembre 2015; AA.VV., *La medicina nei tribunali*, a cura di L. Chieffi, Cacucci, Bari 2016; L. CHIEFFI, *Scientific questions nel diritto giurisprudenziale*, in www.federalismi.it, 7/2017, 5 aprile 2017, e, in merito alla caduta del divieto assoluto di eterologa, di cui alla sent. n. 162 del 2014, tra gli altri, A. MORRONE, *Ubi scientia ibi iura. A prima lettura dell'eterologa*, in www.forumcostituzionale.it, 11 giugno 2014, e, pure *ivi*, S. PENASA, *Nuove dimensioni della ragionevolezza? La ragionevolezza scientifica come parametro della discrezionalità legislativa in ambito medico-scientifico*, 16 giugno 2014; M. TRAPANI, *Dicotomie tra scienza e diritto e tra discrezionalità e ragionevolezza alla luce delle maglie strette della dignità umana (a margine della sent. n. 162 del 2014 della Corte costituzionale)*, in *Consulta OnLine*, 1/2015, 23 marzo 2015; M. D'AMICO, *I diritti contesi*, cit., 83 ss.; S. APA, *Il diritto ad accedere alla PMA eterologa: disciplina e problemi attuativi*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 1/2017, 157 ss.].

zarsi il prima possibile “senza pregiudizio della salute della donna” (questione che rimanda al congiunto accertamento del medico e del giudice).

Particolarmente indicativa della natura complessa del rapporto tra scienza e diritto (e, per ciò pure, giustizia costituzionale) è, poi, la discussa (e discutibile) risposta al riguardo data da Corte cost. n. 84 del 2016, con riferimento alla vessata questione della crioconservazione degli embrioni e della loro sottrazione alla ricerca scientifica³⁸. La Corte si rifugia in un pilatesco *non liquet*³⁹, assumendo che, in assenza di concordanti orientamenti della scienza, la Costituzione debba restare “muta” e che perciò non sia possibile accogliere l’istanza volta alla destinazione degli embrioni soprannumerari alla ricerca, mentre resti riservata alla discrezionalità del legislatore ogni decisione al riguardo⁴⁰.

Senza entrare nel merito della questione, qui non specificamente interessante, è significativo il punto di approdo del ragionamento della Corte, secondo cui il (supposto) silenzio della Costituzione priverebbe il giudice delle leggi della possibilità di venire incontro alla domanda di giustizia rivoltagli dalla parte (per il tramite del giudice *a quo*); ciò che, a tacer d’altro, dovrebbe portare la Corte a non pronunziarsi praticamente mai su questioni scientificamente sensibili, a motivo delle divisioni perennemente esistenti tra gli scienziati. Di contro, ad avviso del giudice costituzionale, il legislatore sarebbe autorizzato a (e, anzi, gravato dell’obbligo di) parlare in vece della Costituzione⁴¹, senza che peraltro risulti chiaro a quale sindacato – al di fuori di quello secondo ragionevolezza – possa mai andare soggetta una disciplina legislativa che trovi sopra di sé una Costituzione “silente”⁴².

La duttilità delle discipline, nondimeno, rimane un punto da tener fermo, specie per ciò che attiene alle questioni di biodiritto⁴³, in difetto della quale vengono a determinarsi gravi

³⁸ Tra i molti altri, v. i commenti che sono in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 2/2016.

³⁹ Questa la qualifica datane nella mia nota dal titolo *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 2/2016, 245 ss.

⁴⁰ In particolare, spetta al legislatore “la valutazione di opportunità (sulla base anche delle ‘evidenze scientifiche’ e del loro raggiunto grado di condivisione a livello sovranazionale) in ordine, tra l’altro, alla utilizzazione, a fini di ricerca, dei soli embrioni affetti da malattia – e da quali malattie – ovvero anche di quelli scientificamente ‘non biopsabili’; alla selezione degli obiettivi e delle specifiche finalità della ricerca suscettibili di giustificare il ‘sacrificio’ dell’embrione; alla eventualità, ed alla determinazione della durata, di un previo periodo di crioconservazione; alla opportunità o meno (dopo tali periodi) di un successivo interpello della coppia, o della donna, che ne verifichi la confermata volontà di abbandono dell’embrione e di sua destinazione alla sperimentazione; alle cautele più idonee ad evitare la ‘commercializzazione’ degli embrioni residui”. Marcatamente sottolineato il ruolo del legislatore anche da Corte cost. n. 96 del 2015, che ad esso demanda la “individuazione (anche periodica, sulla base della evoluzione tecnico-scientifica) delle patologie che possano giustificare l’accesso alla PMA di coppie fertili”.

⁴¹ La qual cosa, tra l’altro, ripropone la vessata questione teorica circa la forma appropriata con cui rivestire una disciplina che porti al riconoscimento di nuovi diritti fondamentali o, come che sia, a dare appagamento a interessi particolarmente meritevoli di protezione, se cioè la disciplina stessa debba poggiare su un pugno di indicazioni essenziali contenute in fonte costituzionale, quindi opportunamente svolte da legge comune, ovvero se possa esser data *omissio medio* da quest’ultima. Ma, di ciò in altri luoghi.

⁴² Sui “silenzi” della Costituzione, v. l’accurata analisi che è in Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Dir. soc.*, 2/2014, 267 ss.; volendo, può altresì vedersi il mio *Lacune costituzionali*, in www.rivistaaic.it, 2/2016, 18 aprile 2016.

⁴³ L’adozione di discipline legislative “miti” o “leggere” è auspicato, tra gli altri, da P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 524; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, cit., spec. 38 ss., ma *passim*; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecond-*

inconvenienti sia a carico delle situazioni soggettive bisognose di tutela e sia pure al piano dei rapporti istituzionali (segnatamente tra giudici e legislatore), suscettibili di andare incontro a squilibri poi problematicamente riparabili.

3. La formazione *in progress* della giurisprudenza, le “catene” dalla stessa composte, la revisione teorica da esse sollecitata nel modo di essere e di operare dell’effetto giuridico

È in considerazione di tutto ciò che si spiega la diffidenza e, non di rado, vera e propria contrarietà manifestata dal giudice delle leggi nei riguardi dei c.d. “automatismi” legislativi, che poi non è altro che il bisogno di rendere quanto più è possibile flessibili discipline normative connotate da eccessiva rigidità⁴⁴, preservando a un tempo la sfera di competenza del giudice menomata dal meccanismo legislativo e salvaguardando i diritti che possono essere appunto tutelati adeguatamente solo dando modo al giudice stesso di somministrare giustizia caso per caso⁴⁵.

Così, ad es., è stato in relazione alla perdita della potestà genitoriale, automaticamente discendente ex art. 569 cod. pen., senza però che fosse appieno valutato l’interesse del minore in relazione alla natura ed alle caratteristiche complessive del fatto criminoso. Di qui – dice la Corte⁴⁶ – la necessità di dar modo al giudice di stabilire caso per caso, all’esito di un’operazione di bilanciamento che tenga conto, a un tempo, del reato commesso e dell’interesse in parola, se si debba, o no, far luogo all’applicazione della pena accessoria suddetta⁴⁷. Da ultimo, in relazione alla questione concernente la mancata previsione nell’art.

azione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza, in www.rivistaaic.it, 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5; C. CASONATO, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confrontocostituzionali.eu, 17 giugno 2014; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 3/2015, 168. Infine, se si vuole, anche il mio *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in www.federalismi.it, 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4.

⁴⁴ Una qualche rigidità è comunque connaturata al carattere astratto delle previsioni legislative; si tratta, dunque, di un problema di misura, di intervenire cioè con lo strumento processuale unicamente laddove i disposti legislativi presentino un grado di rigidità eccessivo (e, per ciò stesso, irragionevole), incongruo in relazione al “fatto”, alla sua connotazione plurale. Un caso recente in cui la rigidità della disciplina legislativa non è stata sanzionata è quello di cui a Corte cost. n. 17 del 2017, che ha giudicato non irragionevole il limite di età di sei anni dei figli minori, stabilito dall’art. 275, c. IV. c.p.p., al fine della esclusione della custodia cautelare in carcere della madre.

⁴⁵ Mette opportunamente in rilievo questi risvolti delle pronunzie in parola A. PUGIOTTO, nel suo intervento dal titolo *Conflitti mascherati da quaestiones: a proposito di automatismi legislativi*, alla tavola rotonda su *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima “politica” e quella “giurisdizionale”*, svoltasi il 15 dicembre 2016 a Pisa in ricordo di A. Pizzorusso ad un anno dalla scomparsa, in *paper*, a cui opinione la giurisprudenza sugli automatismi, al pari di quella sulle leggi d’interpretazione autentica, di cui si dirà a breve, è volta a risolvere conflitti di attribuzione “mascherati” tra potere legislativo e giudiziario.

⁴⁶ Sent. n. 31 del 2012; in un non dissimile ordine di idee, anche Corte cost. nn. 7 e 150 del 2013, e Corte EDU, *M.D. e altri c. Malta*, 12 luglio 2012 [e, in dottrina, A. RANDAZZO, *Reato di mutilazioni genitali femminili e perdita automatica della potestà genitoriale (Profili costituzionali)*, in [Consulta OnLine](http://www.consultaonline.it), 17 marzo 2014].

⁴⁷ Un caso peculiare di perdita della potestà genitoriale a salvaguardia dei minori è quello avutosi per effetto di alcuni provvedimenti del Tribunale di Reggio Calabria adottati a carico di alcuni soggetti malavitosi, al fine di evitare che i loro figli ricevessero un’educazione orientata alla commissione di reati (a commento, ora, G. VAN-

47-*quinquies*, c. 1-*bis*, l. n. 354 del 1975, della possibilità che la madre, condannata per aver commesso un delitto di cui all'art. 4-*bis* della stessa legge, espia la pena senza essere distaccata dalla prole in tenera età, la Corte precisa "che, affinché il preminente interesse del minore possa restare recessivo di fronte alle esigenze di protezione della società dal crimine, la legge deve consentire che sussistenza e consistenza di queste ultime siano verificate in concreto, e non già sulla base di automatismi che impediscono al giudice ogni margine di apprezzamento delle singole situazioni"⁴⁸. Ancora, si è stabilito che il divieto della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva a carico dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-*bis* della legge n. 354 del 1975 e per gli altri reati espressamente indicati pone "nei confronti dei minori un rigido automatismo, fondato su una presunzione di pericolosità legata al titolo del reato commesso, che esclude la valutazione del caso concreto, al punto da impedire, come è avvenuto nei giudizi a quibus (in cui era stato spontaneamente intrapreso un percorso di recupero sociale), la realizzazione della specifica funzione rieducativa perseguita con le misure alternative alla detenzione, alle quali la sospensione è funzionale"⁴⁹.

La Corte, nondimeno, è consapevole che i suoi interventi volti ad integrare e variamente correggere disposti legislativi connotati da eccessiva rigidità non rispondono a pieno al bisogno di differenziazione delle discipline normative in ragione delle situazioni di fatto e, dunque, al fine della loro compiuta riconciliazione con l'eguaglianza. Si danno, infatti, limiti strutturali agli interventi in parola, oltre i quali gli stessi non possono spingersi a pena di snaturarsi; ed è, perciò, che si rende comunque necessario l'ulteriore intervento riparatore del legislatore, che poi a sua volta si espone pur sempre a possibili aggiustamenti per mano del giudice: con un moto, come si vede, di mutua ed incessante ricarica.

Si pensi, ad es., alla sofferta condizione del transessuale già coniugato. La Corte ha tenuto a metterne in evidenza (nella discussa sent. n. 170 del 2014) i tratti peculiari, rilevando come il "pregresso vissuto" della coppia di cui il transessuale faccia parte meriti una sua propria, adeguata protezione. Lo scopo è però perseguito – a me pare – in maniera maldestra, essendosi fatto luogo alla caducazione di norma inserita in legge... *sbagliata*⁵⁰, quella che prevede l'automatico scioglimento del matrimonio per effetto del mutamento di sesso, pur non contestandosi nella parte motiva della decisione il paradigma eterosessuale del matrimonio. La pronuncia si è quindi rimessa al legislatore per la predisposizione della disciplina idonea a dare tutela ai soggetti in parola; nel frattempo, il "seguito" dato alla pronuncia stessa dal giudice remittente è stato nel senso di tenere fermo il vincolo matrimoniale malgrado

NONI, *L'interesse del minore ad un'educazione conforme ai valori fondativi della Costituzione*, in [Consulta OnLine](#), 2/2017, 8 maggio 2017, 298 ss.).

⁴⁸ Sent. n. 76 del 2017, con richiamo alla sent. n. 239 del 2014. La necessità di un riscontro in concreto dell'effettivo interesse del minore, quale può aversi solo dal giudice, sta a base anche di molte pronunzie di rigetto (ad es., di Corte cost. n. 225 del 2016, a riguardo del diritto del minore stesso a mantenere rapporti con la *ex partner* della madre biologica).

⁴⁹ Sent. n. 90 del 2017.

⁵⁰ ... secondo l'opportuno rilievo di R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto" (quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice)*, in *Foro it.*, 10/2014, I, 2680 ss. Similmente, il mio *Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte cost. n. 170 del 2014)*, in [Consulta OnLine](#), 13 giugno 2014.

la coppia fosse ormai formata da persone (divenute) dello stesso sesso, dandosi così vita ad un istituto inesistente (e costituzionalmente inammissibile) – il *matrimonio a tempo* –, la cui scadenza si sarebbe avuta con l'entrata in vigore della disciplina legislativa specificamente riguardante le coppie già coniugate e divenute omosessuali⁵¹. Ciò che appunto si è avuto con l'approvazione della legge sulle unioni civili dello scorso anno, in cui – come si sa – è espressamente prevista la conversione delle unioni coniugali in unioni civili, per effetto del mutamento di sesso.

Come si vede, si è così assistito ad un'alternanza di discipline legislative e pronunzie di giudici che hanno dato vita a quel moto di mutua ricarica, di cui si diceva.

E si pensi ancora all'annosa questione relativa al cognome del figlio ereditato, in forza di una disposizione che... *non c'è*, dal padre⁵². Una disposizione della cui esistenza, tuttavia, ci dice la Corte⁵³, non è possibile dubitare (forse, perché – aggiungo – sorretta da una inalterata consuetudine, culturale prima ancora che positiva, in tal senso). Ebbene, il giudice costituzionale rileva essere del tutto ingiustificata la preclusione fatta alla madre di trasmettere anche il proprio cognome al figlio; ciò che si risolve, a un tempo, in un pregiudizio per l'identità personale di quest'ultimo ed in un'irragionevole disparità di trattamento riservato ai coniugi⁵⁴. La stessa Corte, peraltro, non si trattiene dal rammentare che, in precedenti occasioni, analoghe questioni sono state rigettate, nell'assunto che rientri nella discrezionalità del legislatore la scelta della disciplina più opportuna al riguardo. Oggi invece, *immutato il quadro normativo e fattuale*⁵⁵, con una diversa e più matura sensibilità la Corte decide di... *poter*

⁵¹ Cass., I Sez. civ., n. 8097 del 2015. La soluzione giurisprudenziale è debitrice di una indicazione data da B. PEZZINI, *A prima lettura (la sent. 170/2014 sul divorzio imposto)*, in www.articolo29.it, 15 giugno 2014, cui si è quindi prontamente allineato con precisazioni P. BIANCHI, *Lo scioglimento del matrimonio del transessuale: divorzio «imposto», incostituzionale ma non troppo*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 669 ss., spec. 671; ed è stata fatta oggetto di discordanti rilievi (ha, di recente, fatto il punto sulla vessata questione C.P. GUARINI, *Tra «divorzio imposto» e «matrimonio a tempo». Osservazioni a margine delle sentenze n. 170 del 2014 della Corte costituzionale e n. 8097 del 2015 della Corte di Cassazione, I Sezione civile*, in www.rivistaaic.it, 2/2016, 1 aprile 2016).

⁵² Sulla questione, in prospettiva comparata, C. BASSU, *Nel nome della madre. Il diritto alla trasmissione del cognome materno come espressione del principio di uguaglianza. Un'analisi comparata*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2016, 545 ss. Sul diritto al nome, v. G. VIGGIANI, *Nomen omen. Il diritto al nome tra Stato e persona in Italia*, Ledizioni, Milano 2016.

⁵³ Sent. n. 286 del 2016.

⁵⁴ D'altro canto, è al principio di parità tra i componenti l'unione civile che s'ispira la disciplina del cognome comune alle persone che danno vita all'unione stessa, secondo quanto dispone l'art. 1, X c., l. n. 76 del 2016; discutibile appare tuttavia essere il seguito dato dal decreto legislativo n. 5 del 2017, segnatamente all'art. 3, l. c., lett. c), n. 2, in buona sostanza disapplicato da una ardita giurisprudenza (v., part., l'ordinanza del Tribunale di Lecco, I sez. civ., 2 aprile 2017, annotata da M. GATTUSO, *Il brutto pasticcio del cognome sull'unione civile*, in www.articolo29.it, 6 aprile 2017).

⁵⁵ Il punto è molto importante; e, invero, solo in presenza di una nuova e diversa rispetto al passato "situazione normativa" si giustifica, a mia opinione, un parimenti nuovo orientamento giurisprudenziale. In difetto di questa condizione, infatti, il verdetto della Consulta si trasmuta in una fonte foriera di incertezze, a un tempo, di diritto costituzionale e di diritti costituzionali, presentandosi col volto arcigno proprio degli atti di pura autorità.

Per vero, nella circostanza un fatto nuovo si era avuto: la censura da parte della Corte EDU in *Cusan e Fazzo c. Italia* del 7 gennaio 2014, anche se la pronunzia *de qua* riguardava il diritto di scelta del cognome della madre in alternativa a quello del padre, mentre la questione portata alla Consulta aveva ad oggetto la mancata previsione della facoltà di aggiungere l'uno all'altro cognome. Una soluzione, quest'ultima, che, in quanto più "mite" della prima, a maggior ragione avrebbe potuto (e potrebbe) considerarsi suscettibile di essere riportata all'orientamento del giudice europeo. È comunque interessante notare come la violazione dell'art. 117, l. c., pur denunciata davanti al giudice costituzionale, sia rimasta fuori del dispositivo, avendo il giudice stesse preferito far

decidere, senza pregiudizio per la discrezionalità del legislatore; e, però, ammette essere il proprio un intervento non esaustivo. In mancanza di accordo tra i genitori, infatti, al figlio seguirà ad essere attribuito il cognome paterno, ripristinandosi perciò quella *primauté* del regime tradizionale che, così com'è, è dalla stessa Corte valutata negativamente. Solo il legislatore – si fa cura di precisare il giudice costituzionale – può, dunque, far luogo ad una nuova ed organica regolazione della materia, “secondo criteri finalmente consoni al principio di parità”⁵⁶. Come dire, insomma, che quella oggi raggiunta grazie all'intervento correttivo del garante della legalità costituzionale è solo una *parziale eguaglianza*, mentre il pieno appagamento dell'eguaglianza stessa dovrà affidare sull'opera del legislatore. Già da ora, ad ogni buon conto, riplasmando il dettato legislativo, lo si è reso duttile, allo stesso tempo responsabilizzandosi il giudice comune per effetto della “delega” conferitagli alla produzione della regola buona per il singolo caso.

Ancora una volta, l'ordine giusto sembra dunque essere il seguente. A seguito della invenzione di un nuovo prodotto legislativo⁵⁷, può assistersi alla produzione di una “catena”

riferimento ai soli parametri di diritto interno, dichiarando assorbita la questione in relazione al disposto ora richiamato. La qual cosa, nondimeno, non ha trattenuto la Corte dal fare ugualmente riferimento nella parte motiva al verdetto della Corte europea [sul punto, E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la “cornice” (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in www.forumcostituzionale.it, 5 gennaio 2017; riferimenti in merito alla giurisprudenza della Corte EDU, per tutti, in G. PIGNATARO, *Il cognome materno*, in AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano*, cit., 657 ss.].

Insomma, un “dialogo” tra le Corti iniziato e nella sostanza (ma solo fino a un certo punto) svolto, per quindi essere bruscamente interrotto, proprio laddove avrebbe potuto portar frutto, dal giudice nazionale preoccupato di dare eccessiva considerazione alla Convenzione e piuttosto fermamente orientato a porre in primo piano sulla scena la Carta costituzionale, evidenziandone la sufficienza dei disposti e la loro piena idoneità a dare appagamento alla domanda di giustizia rivoltagli per voce del giudice *a quo*.

⁵⁶ E poiché, in caso di disaccordo tra i coniugi, non possono, di tutta evidenza, prendersi in considerazione esiti eccentrici, quale il sorteggio tra le aspettative di cui ciascun coniuge si fa portatore, non si vede come possa esser fatta la futura disciplina se non attingendo alla soluzione, accolta in altri ordinamenti, del doppio cognome (in tal senso, tra gli altri e già prima della decisione della Consulta, M. TRIMARCHI, *Diritto all'identità e cognome della famiglia*, in www.juscivile.it, 1/2013, 34 ss.), magari seguendo l'ordine alfabetico dei genitori (per il caso di disaccordo tra gli stessi), secondo quanto ora si prevede nel progetto di legge n. 1628, in esame al Senato. In alternativa, volendosi rendere flessibile il sistema e dare rilievo alla volontà dei coniugi, prevenendo allo stesso tempo l'insorgere di futuri conflitti, si potrebbero sollecitare i coniugi stessi ad optare, già al momento del matrimonio, per l'uno o l'altro sistema, così come si fa per il regime dei beni. Non nascondo che non vedrei affatto male quest'ultimo scenario (vedo, ora, caldeggiata l'opzione favorevole alla definizione del regime del cognome prima del matrimonio anche da G. BALLARANI, *Audizione presso la Commissione Giustizia del Senato*, 21 febbraio 2017; una versione integrata dello studio è in corso di pubblicazione in *Dir. fam. pers.*).

⁵⁷ ... comunque necessaria, non dandosi – perlomeno al presente – la possibilità di rimediare altrimenti alle omissioni assolute del legislatore: un appiglio testuale è, infatti, pur sempre necessario perché possano su di esso poggiare le integrazioni e manipolazioni in genere operate dal giudice costituzionale e, non di rado, dagli stessi giudici comuni, pur se abilmente mascherate sotto forma di innovative reinterprezioni “conformi” dei testi stessi. Altra cosa è, poi, come riuscire a smuovere dal suo perdurante torpore il legislatore e spingerlo all'azione laddove si ostini a restare inerte. In altri luoghi si è al riguardo affacciata l'idea di dar modo ai soggetti che possano dare la prova di aver subito un danno dall'inerzia in parola di averne il risarcimento, secondo quanto è peraltro riconosciuto in altri ordinamenti, tra i quali quello dell'Unione europea [la proposta qui affacciata è ripresa da R. CONTI, *Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”: in particolare il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza dei giudici comuni*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 87 ss., e dal mio *In tema di interpretazione e di interpreti nello Stato costituzionale (a proposito di un libro recente)*, che è nei miei “*Itinerari*” di una ricerca sul sistema delle fonti, XIX, *Studi dell'anno 2015*, Giappichelli, Torino 2016, 530 s., e nt. 41, cui si è ora rifatta C. MASCIOTTA, *La tutela dei diritti fondamentali tra Corte cos-*

di pronunzie dei giudici (costituzionali⁵⁸ e comuni), per effetto della quale può poi venire sollecitato l'ulteriore intervento del legislatore, e così via. La "catena", infatti, si piega e riavvolge su se stessa, assumendo forma circolare e risultando segnata da un moto incessante che dà modo agli atti che la compongono di darsi mutuo sostegno, ricaricandosi senza sosta a vicenda.

In un contesto siffatto, anche la tipizzazione dei ruoli istituzionali ne risente, a fondo.

Per un verso, scema e si relativizza la distinzione tra l'attività del legislatore e quella dei giudici, specie della Corte costituzionale, le cui pronunzie, anche al piano degli effetti oltre che della struttura, esibiscono non di rado i medesimi tratti identificativi propri delle leggi⁵⁹. Ma ne risulta fortemente impressionata la stessa attività dei giudici comuni, chiamati molte volte a rendersi partecipi, in spirito di leale cooperazione⁶⁰, di operazioni che sono, in sé e per sé, di giustizia costituzionale, proprio in quanto sollecitati ad un'opera di riempimento o prolungamento normativo (e, dunque, a conti fatti di perfezionamento) di ciò che è rimasto incompiuto per mano dei giudici costituzionali, un'opera che prende corpo a mezzo di

tituzionale e Corte edu alla prova di questioni eticamente controverse, tesi di dottorato in Diritto pubblico-Diritto urbanistico e dell'ambiente dell'Università di Firenze, XXIX ciclo, 176 ss.].

⁵⁸ Utilizzo l'aggettivo al plurale e in senso materiale, sì da poterlo riferire altresì ai giudici europei che, in misura crescente, manifestano una marcata vocazione alla loro "costituzionalizzazione" [su questa tendenza, tra gli altri, O. POLLICINO, in più scritti, tra i quali *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010; O. POLLICINO - V. SCARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti e V. Piccone, Aracne, Roma 2010, 125 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; altri riferimenti in A. GUZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss., del quale v., inoltre, pure *ivi*, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'Unione sempre più stretta*, 1/2016, 381 ss. Marca, da ultimo, in modo netto e forte la distanza tra la Corte costituzionale e la Corte dell'Unione M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (caffratto) a Lussemburgo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, *Oss. cost.*, 1/2017, 21 aprile 2017, spec. l'ultimo paragrafo, tornando a ragionare sul caso *Taricco*. Sta di fatto, però, che, laddove le Corti specificamente si confrontano, seppur da prospettive diverse ed a mezzo di tecniche decisorie parimenti diverse, sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali, nel quale – come si sa – affondano le radici del costituzionalismo, l'accostamento non sembra forzato, tanto più che ad agevolarlo gioca l'avanzata integrazione sovranazionale e la sostanziale condivisione della sovranità tra Stati e Unione che ne accompagna e connota gli sviluppi].

⁵⁹ Da una prospettiva di più ampio respiro, ci si avvede che viene a trovarsi sotto *stress* la stessa distinzione tra attività di garanzia e attività di direzione politica, tant'è che una sensibile dottrina si è spinta fino al punto di teorizzarne il superamento secondo modello costituzionale (O. CHESSA, *Il Presidente della Repubblica parlamentare. Un'interpretazione della forma di governo*, Jovene, Napoli 2010). Tesi finemente argomentata e che però sembra – a me pare – confondere il modello stesso con esperienze dallo stesso devianti e, anzi, rispetto ad esso talora frontalmente contrastanti (con riferimento al ruolo, fattosi col tempo viepiù marcato, svolto dal Capo dello Stato, v., in prospettiva comparata, F. CLEMENTI, *Garante o governante? La figura del Capo dello Stato nella recente esperienza dei Paesi dell'Unione europea a regime repubblicano*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2016, 617 ss., e G. ROLLA, *L'utilizzo dei poteri presidenziali tra emergenza e revisione tacita della Costituzione*, in www.rivistaaic.it, 4/2016, 21 dicembre 2016).

⁶⁰ Su questo tratto strutturale dei rapporti giudici-Corte ha, ancora non molto tempo addietro, opportunamente insistito A. PUGIOTTO, a conclusione della sua densa ed efficace sintesi ricostruttiva del loro complessivo andamento, che è in *Dalla "porta stretta" alla "fuga" dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 149 ss.

regole volte a dare – si diceva – *attuazione*, e non mera *applicazione*, ai principi somministrati dai giudici europei e/o costituzionali⁶¹.

Per un altro verso, si rende tangibile il carattere unitario dell'effetto prodotto dalla “catena” *ut sic*, che sovrasta e in sé comprende gli effetti dei singoli atti che la compongono.

Il punto, di cruciale rilievo, è stato toccato in precedenti riflessioni e non può dunque essere ora nuovamente ripreso. Si noti, tuttavia, come risalenti e collaudate ricostruzioni in tema di efficacia degli atti giuridici, quale quella finemente operata da una non dimenticata dottrina⁶², richiedano oggi di essere riviste alla luce di un contesto istituzionale profondamente mutato rispetto a quello anche di un recente passato.

Senza, dunque, escludere che ad ogni atto corrisponda un effetto e che perciò da questo si possa e debba risalire al primo, è doveroso – a me pare – ammettere che si dia altresì un *effetto unitario* della “catena” cui ciascun atto appartiene e che dà la cifra identificante della stessa, dal momento che è solo con lo sforzo congiunto di tutti che si rende possibile la trasformazione della realtà giuridica secondo le indicazioni dagli stessi offerte. E mi piace qui pure ricordare un'immagine cui faccio sovente ricorso ogni qualvolta mi capita di trattare di questi argomenti coi miei studenti, che è quella della montagna: chi si pone ad un metro di distanza dalla stessa, vede solo un pezzo di muro; allontanandosi dalla stessa, invece la si può cogliere nella pienezza degli elementi che la compongono e in tutto il suo maestoso splendore.

4. Alcune vicende particolarmente indicative del modo di operare dell'eguaglianza

4.1. Parità tra i coniugi e unità della famiglia

La vicenda del nome, cui si è sopra fatto cenno, al pari di molte altre che potrebbero essere nel medesimo senso richiamate, testimonia la tendenza della più matura giurisprudenza a fare un uso “forte” dell'eguaglianza, sì da riconformarsi per il suo tramite la struttura stessa della famiglia e delle relazioni tra coloro che la compongono⁶³.

Si faccia caso al rovesciamento operato dal giudice costituzionale del rapporto tra eguaglianza ed unità della famiglia rispetto al modo con cui esso è disegnato nella Carta. La

⁶¹ Proprio le additive di principio – come si è venuti dicendo – offrono la più attendibile testimonianza del porsi la giustizia costituzionale quale una sorta di *work in progress*, cui partecipano con centralità di ruolo i giudici comuni (ulteriori svolgimenti sul punto, più avanti).

⁶² Il riferimento è, ovviamente e in primo luogo, ad A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV (1965), 432 ss., il cui nome mi è qui particolarmente caro richiamare, avendo io avuto la fortuna di formarmi nell'Ateneo nel quale il Maestro messinese ha impartito il suo insegnamento.

⁶³ Un uso “forte” dell'eguaglianza, specie nella sua declinazione sostanziale, è frequente anche nella giurisprudenza comune, come testimonia la recentissima (e discussa) pronunzia della Cassazione (I sez. civ., sent. n. 11504 del 2017, del 10 maggio 2017) a riguardo della determinazione dell'assegno di divorzio, in base al criterio dell'autosufficienza e non più di quello del tenore di vita (la decisione può vedersi in www.altalex.com, con nota di G. VASSALLO; v., inoltre, M.V. DE GIORGI, *Due cuori e due capanne: la Cassazione sull'assegno di mantenimento*, in www.lacostituzione.info.it).

lettera di quest'ultima non lascia dubbi a riguardo del fatto che è l'eguaglianza (giuridica e non pure morale⁶⁴) a doversi adattare alle ragioni dell'unità. Ancora da ultimo, invece, la Corte, rifacendosi ad un suo risalente orientamento⁶⁵, tiene lapidariamente a precisare che “è proprio l'eguaglianza che garantisce quella unità e, viceversa, è la diseguaglianza a metterla in pericolo”, poiché l'unità “si rafforza nella misura in cui i reciproci rapporti fra i coniugi sono governati dalla solidarietà e dalla parità”⁶⁶.

Dunque, quello tra eguaglianza ed unità è – a quanto pare – un rapporto complesso: l'unità può disporre di radici profonde e salde nel tessuto familiare solo se ed in quanto si dia una effettiva parità tra i coniugi, ma quest'ultima – a stare a quanto sta scritto nella Carta – può comportare il parziale (e pur sempre conforme a ragionevolezza) sacrificio dell'eguaglianza.

Fini ragionamenti sono stati prospettati – come si sa – in dottrina a dimostrazione dell'assunto che l'eguaglianza può soffrire limiti, a salvaguardia della unità della famiglia, non necessariamente a beneficio del coniuge di sesso maschile. La storia però non può essere ignorata; e lo stesso Costituente ha mostrato di avere piena avvertenza degli squilibri millenari esistenti a danno della donna, coniugata e non. Una giurisprudenza che persuasivamente argomenta che l'unità si fa ed incessantemente rinnova poggiando sulle basi di una effettiva parità tra i coniugi è una giurisprudenza che – piaccia o no –, almeno in parte e per un certo verso, corregge e rimette a punto il senso complessivo dell'enunciato costituzionale, insomma che ne prospetta una sostanziale riscrittura *temporis ratione* aggiornata. Perché il vero è che il linguaggio della Carta è involontariamente... *sbagliato*. Il Costituente non conosceva infatti la “logica” dei bilanciamenti su basi di valore, che sarebbe giunta a maturazione solo in seguito; se ne avesse avuta consapevolezza, avrebbe dichiarato che – ferma l'eguaglianza dei coniugi – eventuali conflitti d'interesse tra i coniugi avrebbero potuto essere ripianati in vista della salvaguardia della unità della famiglia, senza dunque alcuna scala pre-costituita di posizioni lesiva dell'eguaglianza stessa, tanto più se a danno del medesimo soggetto: né più né meno – come sappiamo – di ciò che usualmente si ha in occasione dei bilanciamenti tra i beni della vita costituzionalmente protetti, laddove i principi che vi danno “copertura” non per ciò smarriscono la loro “fondamentalità” e, perciò, la comune e pari attitudine a porsi a base dell'intero ordine costituzionale. Va detto ancora meglio: è proprio la parità di partenza, che è qualità intrinseca ed indisponibile dei principi, a dar loro modo di partecipare ad operazioni di ponderazione assiologica dagli esiti astrattamente imprevedibili e determinati esclusivamente in ragione dei casi e delle loro complessive esigenze.

⁶⁴ ... secondo quanto è da tempo segnalato dalla più avvertita dottrina (G. SILVESTRI, *Brevi note sull'eguaglianza “morale” dei coniugi*, in *Studi sulla riforma del diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano 1973, 75 ss.; cfr., sul punto, P. PERLINGIERI, *Sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, in *Dir. e giur.*, 1974, 485 ss., e M. BESSONE, *Eguaglianza “morale” dei coniugi e condizione giuridica della donna*, in *Riv. not.*, 1975, 729 ss. e, dello stesso, *sub art. 29*, in *Comm. Cost.*, art. 29-34, *Rapporti etico-sociali*, Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna-Roma 1976, 1 ss., nonché F. CAGGIA - A. ZOPPINI, *sub art. 29*, in *Comm. Cost.*, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, I, Utet, Torino 2006, spec. 611 ss., e, ora, M. D'AMICO, *I diritti contesi*, cit., 145 ss.).

⁶⁵ Indicazioni in F. BIONDI, *Quale modello costituzionale*, in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 20 ss.

⁶⁶ Ancora sent. n. 286 del 2016, cit., con richiamo a Corte cost. n. 133 del 1970.

È interessante notare, ad ogni buon conto, come la riscrittura del dettato costituzionale, di cui qui si discorre e di cui peraltro si hanno diffuse tracce per l'intero articolato costituzionale⁶⁷, abbia bisogno, allo scopo di potersi perfezionare a modo, proprio del congiunto richiamo ai principi di eguaglianza e di solidarietà, secondo quanto efficacemente testimonia il riferimento testuale da ultimo tratto da Corte cost. n. 286 del 2016⁶⁸.

Ci si avvede così che solidarietà e eguaglianza, opportunamente utilizzate in ragione dei casi, entrano a comporre una miscela esplosiva, idonea non soltanto a distruggere le basi portanti di vecchi edifici normativi non compatibili col disegno complessivo della Carta ma a consentire la edificazione di nuove e più avanzate strutture, se del caso anche a mezzo di coraggiose (e, però, talora temerarie) riletture della Carta stessa.

4.2. Solidarietà ed eguaglianza a fronte del bisogno di preservare l'equilibrio di bilancio e nella dimensione temporale delle esperienze giuridiche

Solidarietà ed eguaglianza, unite saldamente assieme, costituiscono la prima e più efficace risorsa di cui l'ordinamento dispone al fine di potersi trasmettere integro nel tempo, alle generazioni future⁶⁹. Troviamo scritto in una non risalente pronunzia⁷⁰, pure relativa ad

⁶⁷ Tra i principali artefici di "modifiche tacite" – come sono usualmente chiamate – della Costituzione c'è proprio la Corte, secondo quanto la più avvertita dottrina va rilevando da tempo (di recente, A. VIGNUDELLI, *Il fantasma della legalità. Fatti e misfatti della Corte costituzionale tra legge e Costituzione*, in *Lo Stato*, 7/2016, 85 ss., spec. 96 ss., e A. SPADARO, *Sulla intrinseca "politicalità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei*, in www.federalismi.it, 5/2017, 8 marzo 2017, spec. al § 4); una Corte, dunque, che, facendo luogo alle innovazioni in parola, si propone – piaccia o no ammetterlo – quale un *potere costituente permanente*, riproponendo così l'inquietante quesito presente nella VI satira di Giovenale su chi possa mai controllare i controllori, tanto più laddove si consideri che avverso le decisioni della Corte non è ammessa alcuna impugnazione (art. 137, ult. c., cost.). Formula, questa, che nondimeno a mia opinione merita di essere riconsiderata proprio alla luce del presente contesto segnato da una integrazione sovranazionale avanzata e, perciò, dal costante e fecondo "dialogo" tra le Corti, nel quale è da vedere una delle migliori risorse, forse proprio la più adeguata, a difesa della integrità della Costituzione nei riguardi delle operazioni "ipercreative" poste in essere dai suoi stessi massimi garanti, che nondimeno manifestano una spiccata e talvolta irresistibile vocazione a chiudersi in modo autoreferenziale in se stessi e a decidere in sovrana solitudine le questioni portate alla loro cognizione (ma, su ciò, anche *infra*).

⁶⁸ D'altro canto, può anche non piacere ammetterlo ma la parificazione di recente fatta dal legislatore nella condizione dei figli naturali in rapporto con quella dei figli legittimi, essa pure rispondente al bisogno di salvaguardare la dignità dei primi, altrimenti gravemente menomata, si è realizzata – a me pare (v., infatti, volendo, il mio *Famiglie, genitori e figli, attraverso il "dialogo" tra Corti europee e Corte costituzionale: quali insegnamenti per la teoria della Costituzione e delle relazioni interordinamentali?*, in [Consulta OnLine](http://Consulta.OnLine), 30 maggio 2014, 29 s., nonché E. LAMARQUE, *Relazione di sintesi su Famiglia e filiazione*, in AA.VV., *La famiglia davanti ai suoi giudici*, cit., 593 ss., e della stessa, già, *sub art. 30*, in *Comm. Cost.*, a cura di R. Bifulco - A. Celotto - M. Olivetti, I, cit., spec. 628 s. e 634 ss.) – passando attraverso una forzata rilettura del dettato costituzionale che reclama, sì, tutela per i figli nati fuori del matrimonio ma "compatibilmente con i diritti dei membri della famiglia legittima". Uno dei tanti casi – come si vede – di "modifica tacita" del parametro costituzionale operata per via d'interpretazione e quindi razionalizzata con legge.

⁶⁹ Sul principio dello sviluppo sostenibile e i diritti delle generazioni future, v. G. MAJORANA, *Il patto fra generazioni negli ordinamenti giuridici contemporanei. Dallo sviluppo sostenibile all'equilibrio finanziario: la necessità di un lungimirante rapporto fra generazioni*, Giappichelli, Torino 2012; G. RIVOCSECCI, *Diritti e debiti. Uguaglianza e sostenibilità dello stato costituzionale contemporaneo*, in AA.VV., *Il diritto e il dovere dell'eguaglianza. Problematiche attuali di un principio risalente*, a cura di A. Pin, Editoriale Scientifica, Napoli 2015, 77 ss.; T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Dir. pubbl.*

un ambito materiale distante da quello su cui maturano le esperienze di diritto di famiglia e le altre fin qui riguardate ma dotata di un significato che va oltre la specifica questione trattata, che il principio della sostenibilità del debito pubblico, di cui alla legge cost. n. 1 del 2012, “implica una responsabilità che, in attuazione di quelli ‘fondanti’ di solidarietà ed eguaglianza, non è solo delle istituzioni ma anche di ciascun cittadino nei confronti degli altri, compresi quelli delle generazioni future”⁷¹. Insomma, se il debito pubblico dovesse diventare insostenibile, con conseguente *default* di Stato, ciò sarebbe da imputare a *tutti*, cittadini ed operatori; e il modo più sicuro ed efficace per fugare questo rischio è informare i comportamenti a solidarietà ed eguaglianza⁷².

Allo stesso tempo, tuttavia, l'equilibrio di bilancio non può considerarsi una sorta di *to-tem* sul cui altare immolare i diritti proprio delle persone più vulnerabili, bisognosi dunque di essere messi al riparo – fin dove possibile – dal vento impetuoso della crisi economica, ad essi specificamente offrendo copertura i principi di solidarietà ed eguaglianza, specie nella sua declinazione sostanziale. Mostra di esserne avvertito lo stesso giudice costituzionale⁷³ che, in una recente occasione⁷⁴, ha coraggiosamente affermato che “è la garanzia dei diritti

comp. eur., 1/2016, 43 ss.; D. PORENA, *Il “rango” del principio dello sviluppo sostenibile nella gerarchia delle fonti del diritto: norme pattizie, consuetudini internazionali e art. 10 della Costituzione*, in www.federalismi.it, 15/2016, 27 luglio 2016, e, pure *ivi*, G. GUIGLIA, *La Corte costituzionale e l'adeguatezza delle pensioni al tempo della crisi*, 18/2016, 21 settembre 2016; V. VALENTI, *Diritto alla pensione e questione intergenerazionale. Modello costituzionale e decisioni politiche*, Giappichelli, Torino 2013.

⁷⁰ Sent. n. 88 del 2014.

⁷¹ La legge di revisione costituzionale del 2012 ha fatto – come si sa – molto discutere e non poche riserve sono state variamente manifestate circa la opportunità della sua adozione e i contenuti di cui si è dotata (di recente e per tutti, C. BUZZACCHI, *Bilancio e stabilità. Oltre l'equilibrio finanziario*, Giuffrè, Milano 2015; AA.VV., *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; O. CHESSA, *La costituzione della moneta. Concorrenza indipendenza della banca centrale pareggio di bilancio*, Jovene, Napoli 2016, spec. 395 ss.; M. BELLETTI, *Corte costituzionale e spesa pubblica. Le dinamiche del coordinamento finanziario ai tempi dell'equilibrio di bilancio*, Giappichelli, Torino 2016; F. LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Giappichelli, Torino 2016, spec. 116 ss., e F. DI DONATO, *Crisi economica, sovranità statale e diritti sociali nell'era dell'austerità di bilancio e del neoliberalismo europeo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, Oss. cost., 1/2017, 23 gennaio 2017).

⁷² È proprio così, infatti, che si tocca con mano e apprezza la “fedeltà alla Repubblica”, nella sua forma, assiologicamente pregevole e qualificante, di intima ed effettiva adesione all'etica pubblica repubblicana e ai suoi valori, allo stesso tempo confermandosi l'attitudine di ciascun valore a comporsi coi restanti in sistema, anche per effetto della spinta formidabile assicurata dalla coppia solidarietà-eguaglianza (sul principio di fedeltà e le sue plurime valenze, v., sopra tutti, A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, cit.).

⁷³ ... e non solo da noi, secondo quanto mette in luce lo studio di F. SAIITO, *La ‘solitudine’ delle Corti costituzionali? Sindacato sulle misure di austerità e protezione dei diritti sociali tra giudici nazionali e Corte EDU*, in *Dir. pubbl.*, 1/2016, 421 ss., del quale v., inoltre, “Costituzione finanziaria” ed effettività dei diritti sociali nel passaggio dallo “Stato fiscale” allo “Stato debitore”, in www.rivistaaic.it, 1/2017, 5 marzo 2017. In argomento, più di recente, v., ora, la densa relazione di G. DEMURO, *I diritti sociali tra dimensione europea e identità costituzionale degli Stati*, al Convegno su *Le trasformazioni istituzionali a sessant'anni dai trattati di Roma*, a cura di A. Ciancio, Catania 31 marzo - 1 aprile 2017, in *paper*. Particolarmente espressiva di quest'indirizzo è Corte cost. nn. 70 del 2015 (a riguardo del blocco della perequazione automatica delle pensioni), oltre ad altre decisioni di cui si dirà a momenti.

⁷⁴ Sent. n. 275 del 2016, e su di essa le note di A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali “visti” da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a “caldo” della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in www.forumcostituzionale.it, 11 gennaio 2017; E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in [Consulta OnLine](http://Consulta.OnLine), 1/2017, 16 marzo 2017, 105 ss.; L. MADAU, “È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non

incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione"⁷⁵. La qual cosa, poi, per la sua parte vigorosamente spinge per una complessiva, radicale opera di riforma sociale all'insegna dei valori fondamentali iscritti nella Carta e, segnatamente, di quel principio di eguaglianza sostanziale che può dirsi effettivamente appagato alla sola condizione che prenda finalmente corpo un'equa redistribuzione della ricchezza, per effetto della quale potrebbero conciliarsi – senza pregiudizio per le aspettative delle generazioni a venire – le pretese dei diritti, specie delle persone maggiormente vulnerabili ed esposte, con le pretese dell'erario, all'insegna del valore di solidarietà, nella sua più densa e genuina espressione⁷⁶.

Da una prospettiva di ordine generale, la coppia assiologica di solidarietà ed eguaglianza segna dunque il fisiologico svolgimento dell'ordinamento nel tempo e ne marca le più salienti vicende, fino appunto a porsi a presidio della sua stessa identità.

Così, è sempre l'eguaglianza nel suo fare corpo con la ragionevolezza a giustificare l'adozione di discipline ad effetti retroattivi⁷⁷, quali quelle d'interpretazione autentica⁷⁸. Il mero fluire del tempo poi – ci è detto da una consolidata giurisprudenza⁷⁹ – non può, per ciò solo, considerarsi fonte di indebite discriminazioni⁸⁰. In realtà, si tratta di una espressione ellittica, il riferimento allo scorrere del tempo dovendosi piuttosto intendere come allusivo di un muta-

l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione". Nota a Corte cost. n. 275/2016, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, Oss. cost., 1/2017, 17 marzo 2017.

⁷⁵ Si tratta dunque – si è fatto notare da una sensibile dottrina (G. GRASSO, *Le parole della Costituzione e la crisi economico-finanziaria*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, Oss. cost., 1/2016, 4 febbraio 2016, spec. al § 6) – di “isolare dentro il cestino dei diritti fondamentali un insieme di diritti e pezzi di diritti da proteggere e promuovere comunque, al di fuori del condizionamento della fredda regola dell'equilibrio di bilancio”.

⁷⁶ Sul bisogno di far luogo ad un'equa spartizione della ricchezza ho più volte insistito (part., nel mio *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in [Consulta OnLine](http://www.consultaonline.it), 21 settembre 2012, spec. al § 6). Ci ha opportunamente rammentato non molto tempo addietro C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 4/2013, 11 ottobre 2013, § 1, che “un apprezzabile grado di benessere diffuso dipende non solo da quanto sia ricco un Paese, ma anche da quanto poco sia diseguale”. Pertinenti rilievi sul punto anche in G. SILVESTRI, *Stato di diritto, tutela dei diritti sociali e crisi delle finanze pubbliche*, in AA.VV., *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*, cit., 3 ss.

⁷⁷ Sulla dimensione temporale delle norme giuridiche, v., ora, P. SCARLATTI, *Diritto costituzionale transitorio*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016.

⁷⁸ ... a riguardo delle quali, tra le molte altre, v. Corte cost. nn. 39 del 2006; 34 del 2010; 41 del 2011; 92 e 156 del 2014; 21, 127, 146, 150, 174, 236, 274 del 2015; 132, 187 e 214 del 2016.

⁷⁹ Tra le altre pronunzie, v. Corte cost. nn. 342, 366 e 426 del 2006; 77 del 2008; 94 e 170 del 2009; 61 del 2010; 21 e 224 del 2011, 60 e 254 del 2014, 240 del 2015.

⁸⁰ Anche la giurisprudenza sovranazionale ammette che diversificati trattamenti normativi in relazione a circostanze legate al tempo non per ciò si traducono in indebite discriminazioni. Ad es., la Corte di giustizia, Sez. I, 24 novembre 2016, in causa C-443/15 (*Parris c. Trinity College Dublin*), ha stabilito che non viola la direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, una disciplina nazionale che subordini il diritto a pensione di reversibilità per i *partner* registrati alla condizione che l'unione civile risulti contratta prima del compimento del sessantesimo anno, malgrado il diritto nazionale non prevedesse la possibilità di dar vita all'unione stessa al tempo in cui il soggetto era infrasessantenne (a commento della decisione, A. PERELLI, *Riconoscimento delle unioni tra persone dello stesso sesso e pensione di reversibilità, tra eguaglianza e irretroattività*, in www.dpceonline.it, 1/2017, 5 aprile 2017, 125 ss.).

to contesto e, perciò, di una diversa situazione di fatto, tale da richiedere e giustificare la produzione di una nuova disciplina idonea a conformarvisi⁸¹.

Il rapporto tra fatto e norma è, e resta, ad ogni modo, complesso. Perché se è vero che la seconda è chiamata ad adattarsi al primo e a dar voce alle istanze che ad esso fanno capo, è pur vero che essa riceve dalla Carta una direttiva d'azione, nel senso di dover operare per la trasformazione del fatto stesso, *secondo valore* (anzi, l'insieme dei valori fondamentali, nelle loro mutue implicazioni). È questo, *in nuce*, il senso profondo dell'eguaglianza nella sua struttura internamente composita, risultante – come si sa – da un profilo formale e da uno sostanziale, il quale ultimo specialmente dà la spinta ai processi di produzione giuridica, orientandoli con vigore verso la realizzazione – la massima consentita in ragione delle condizioni complessive di contesto – dei fini-valori costituzionali⁸².

Particolarmente istruttiva, nel quadro qui sommariamente ricostruito, la vicenda delle leggi d'interpretazione autentica, cui si è poc'anzi accennato, in relazione alla quale si è – come si sa – consumato uno dei più accesi scontri con la Corte EDU⁸³, quest'ultima acconsentendo al superamento del divieto di retroattività unicamente in presenza di “motivi imperativi di interesse generale”⁸⁴, tra i quali – si faccia caso – viene fatto rientrare dalla nostra Corte proprio il bisogno di salvaguardare l'eguaglianza⁸⁵.

Il richiamo all'art. 3 si risolve qui in un artificio retorico, posto in essere dal giudice costituzionale in modo fin troppo scoperto e francamente ingenuo al fine di potersi smarcare da un *pressing* soffocante della Corte EDU, allo stesso tempo ritagliandosi a beneficio dei giudici comuni spazi consistenti per potersi autonomamente determinare. Non a caso, il riferimento all'eguaglianza quale “motivo imperativo d'interesse generale” è utilizzato congiuntamente ad un'altra, raffinata, tecnica argomentativa, con la quale il giudice delle leggi sollecita i giudici comuni a discostarsi da interpretazioni della Convenzione prospettate dalla Corte EDU e considerate sospette di porsi in contrasto con la Costituzione ogni qual volta non si concretino in pronunzie-pilota ovvero in indirizzi giurisprudenziali “consolidati”⁸⁶.

⁸¹ In presenza di una nuova situazione bisognosa di regolazione, dunque, il legislatore non solo *può* ma *deve* dar vita a nuove norme rispetto ad essa congrue, presentandosi l'eventuale inerzia come irragionevole e – come si diceva – fin dove possibile sanzionabile.

⁸² Sui due volti dell'eguaglianza, di recente, AA.VV., *Pari dignità e pieno sviluppo della persona. Rileggere oggi l'art. 3 della Costituzione*, Pisa, Scuola Normale Superiore, 10 febbraio 2017, e, part., *ivi*, M. DOGLIANI, *L'uguaglianza formale (primo comma dell'art. 3 della Costituzione): una norma equivocata e svilita*, e S. CASSESE, *L'eguaglianza sostanziale nella Costituzione: genesi di una norma rivoluzionaria*, in *paper*.

⁸³ Sulla vicenda, fatta oggetto di numerosi commenti di vario segno, di recente e per tutti, i contributi di M.J. VACCARO, *Il contenzioso relativo al personale ATA*, e L. IOELE, *Il contenzioso in tema di pensioni dei lavoratori italiani in Svizzera*, entrambi in AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano*, cit., rispettivamente, 447 ss. e 475 ss., nonché T. GUARNIER, *Ruolo e funzioni del rinvio pregiudiziale nell'interpretazione delle direttive dell'Unione europea: il caso della relazione fra giudici italiani e Corte di Giustizia*, in www.federalismi.it, *Focus Fonti*, 1/2017, 17 febbraio 2017, spec. al § 5.1.

⁸⁴ Numerosi i richiami a quest'indirizzo da parte della Consulta: ad es., in decc. nn. 92 e 156 del 2014; 21, 127, 146, 150, 174, 236 e 274 del 2015. Di recente, è stato acclarato l'esercizio illegittimo della legislazione retroattiva con sentt. nn. 260 del 2015 e 73 del 2017; la regola è, nondimeno, nel senso della “copertura” generosamente offerta dal giudice delle leggi a siffatto tipo di normazione.

⁸⁵ Ad es., ord. n. 92 del 2014.

⁸⁶ Sent. n. 49 del 2015, sulla quale si è avuta una copiosa messe di commenti (ben quindici quelli *on line* richiamati in testa alla decisione da [Consulta OnLine](http://www.consultaonline.it)). Molto importante è, poi, ora la sent. n. 68 del 2017, che ha

L'eguaglianza può qui rilevare in plurime forme ed a vario titolo. Può essere il mezzo, il "motivo imperativo d'interesse generale", in vista dell'ottimale appagamento di valori fondamentali diversi ma può essere anche il fine, l'obiettivo centrato grazie allo scostamento da indirizzi non "consolidati" del giudice europeo.

4.3. L'eguaglianza quale fattore d'integrazione sovranazionale e di "federalizzazione" dell'organizzazione e dei diritti, al piano delle relazioni interordinamentali

Sarebbe tuttavia un grave errore di prospettiva, un'autentica forzatura nei riguardi di orientamenti giurisprudenziali dalla articolata composizione interna, ritenere che l'eguaglianza sia uno strumento utilizzato principalmente (se non pure esclusivamente) al dichiarato intento, perseguito con fermezza dalla Corte delle leggi e, sulla sua scia, dai giudici comuni, di differenziarsi dagli indirizzi della giurisprudenza europea e, se del caso, ad essi contrapporsi a muso duro. Diciamo meglio che l'eguaglianza può prestarsi anche ad usi siffatti ma essa è, più e prima ancora, un potente fattore d'integrazione sovranazionale e, per ciò stesso, di "federalizzazione" dell'Unione, tanto per l'aspetto della organizzazione quanto per quello dei diritti e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti⁸⁷. Espressione, questa, con la quale intendo riferirmi proprio ad esperienze, quali quelle cui si è sopra fatto cenno, che si hanno laddove ad una prima ed essenziale disciplina di principio, non di rado di produzione giurisprudenziale ad opera delle Corti europee, fa seguito l'adozione in ambito interno di regole plurime per indirizzo e connotazione complessiva, sì da adattarsi alla varietà dei casi che ne sollecitano la formazione.

L'eguaglianza è, dunque, strumento più di unione che di divisione, una colla potente e allo stesso tempo un terreno fertile d'incontro, che induce a realizzare alleanze e convergenze tra giudici nazionali e Corti europee alle volte inaspettate e ancora in un recente passato imprevedute, secondo quanto hanno, tra le molte altre, mostrato le già richiamate vicende relative alla procreazione medicalmente assistita, ai diritti delle persone omosessuali, al diritto del figlio a conoscere le proprie origini biologiche e al diritto dei genitori a vedere assegnato alla prole anche il cognome della madre: casi, tutti, unitamente a molti altri, in cui è esplicitamente fatto richiamo ad incoraggianti indirizzi della giurisprudenza europea⁸⁸.

specifico riguardo al caso di difetto di giurisprudenza europea; ciò che, nondimeno, non osta – si fa opportunamente notare – a che il giudice nazionale debba pur sempre prestare ossequio alla Convenzione, se non altro – può aggiungersi – in quanto recepita con legge.

⁸⁷ Dell'eguaglianza quale "principale motore dell'integrazione europea" discorre A. LOLLO, *Il principio d'eguaglianza*, cit., 433. Lo stesso riprende, poi, la formula della "federalizzazione dei diritti", nella quale da tempo mi riconosco (tra gli altri miei scritti può, volendo, vedersi *Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?*, in [Consulta OnLine](#), 1/2015, 5 febbraio 2015, 33 ss., spec. 55 ss.).

⁸⁸ La varietà delle forme e degli effetti del "dialogo" tra le Corti trova numerosi riscontri in letteratura [tra i molti altri e di recente, v. AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, cit.; AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016; AA.VV., *Il filo*

4.4. Eguaglianza e organizzazione, al piano del riparto costituzionale delle competenze tra Stato e Regioni e con riguardo all'incidenza sui diritti

D'altro canto, l'eguaglianza può porsi a base della articolazione della organizzazione non solo al piano dei rapporti interordinamentali ma anche a quello della loro strutturazione in ambito interno.

Così, per un verso, è proprio nella eguaglianza, segnatamente nel godimento dei diritti fondamentali, che trova giustificazione la riserva allo Stato della competenza a fissare i (non meglio definiti) "livelli essenziali" delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali, sì da assicurarne una tutela uniforme per tutto il territorio nazionale [art. 117, II c., lett. m)]⁸⁹, come pure, in via generale, la preclusione, pur se con non pochi temperamenti⁹⁰, fatta alle Regioni in ordine alla disciplina dei rapporti tra privati⁹¹.

Per un altro verso e allo stesso tempo, però, è ancora in nome della eguaglianza, nel suo fare tutt'uno con la solidarietà, che si giustifica l'occasionale alterazione dell'ordine delle competenze stabilito dalla Carta, in merito alla quale nondimeno si registrano discordanti affermazioni che rendono appannato e incerto il complessivo orientamento della Corte. Se, infatti, si è talora ammessa la sottoposizione delle norme sulla normazione poste nell'art. 117 a bilanciamento con le norme sui diritti (a partire dal diritto alla dignità)⁹², secondo quanto ha

delle tutele nel dedalo d'Europa, a cura di E. Falletti - V. Piccone, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; AA.VV., *Dialogando sui diritti. Corte di Cassazione e CEDU a confronto*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; A. RIDOLFI, *Giurisdizione costituzionale, Corti sovranazionali e giudici comuni: considerazioni a proposito del dialogo tra le Corti*, in www.rivistaaic.it, 3/2016, 18 luglio 2016. Infine, R. CONTI, *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sopranazionali*, cit., e *La giurisdizione del giudice ordinario e il diritto Ue*, cit.].

⁸⁹ Tra le altre, decc. nn. 164, 203 e 207 del 2012, 121 del 2014 e 141 del 2016 (sugli sviluppi della giurisprudenza in materia, di recente e per tutti, M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 3/2016, 25 luglio 2016). L'innalzamento dei livelli in parola oltre la soglia della "essenzialità" ad opera delle discipline regionali e in funzione della salvaguardia dell'autonomia ripropone in termini imperiosi la vessata questione di come l'autonomia stessa, che è *in nuce* differenziazione in vista dell'ottimale appagamento di peculiari bisogni, possa conciliarsi con l'eguaglianza. La migliore risposta possono darla le leggi regionali col fatto stesso di porsi al servizio dell'eguaglianza, specie nella sua declinazione sostanziale.

⁹⁰ ... al punto che una sensibile dottrina ha discusso de *Il diritto privato delle Regioni*: questo, infatti, il titolo dato ad un suo saggio monografico da A.M. BENEDETTI (Il Mulino, Bologna 2008). Le numerose interferenze tra le discipline regionali e i rapporti civilistici, nei campi più varî di esperienza, trovano riscontro in molti degli scritti di AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli e L. Trucco, Giappichelli, Torino 2014.

⁹¹ ... con riguardo ai quali, nondimeno, si sono registrate talune vistose oscillazioni e perdurano risalenti incertezze ed aporie di costruzione. In giurisprudenza, tra le molte altre, v. Corte cost. nn. 253 del 2006; 24, 95 e 189 del 2007; 51, 326 e 369 del 2008; 160 e 295 del 2009; 123 del 2010; 273 del 2012; 131, 159, 162 e 265 del 2013; 97, 141 e 211 del 2014; 186, 262, 283 del 2016, nella quale ultima si rileva che "l'incidenza sulla competenza regionale del limite del diritto privato non opera ... in modo assoluto, in quanto anche la disciplina dei rapporti privatistici può subire un qualche adattamento, ove questo risulti in stretta connessione con la materia di competenza regionale e risponda al criterio di ragionevolezza, che vale a soddisfare il rispetto del richiamato principio di eguaglianza". V., da ultimo, sentt. nn. 72 e 81 del 2017.

⁹² L'art. 117 è stato poi giudicato passibile di bilanciamento anche nel suo primo comma, specificamente laddove fa carico alle leggi di Stato e Regione di prestare ossequio agli obblighi internazionali, tra i quali quelli discendenti dalla CEDU. Davanti a questa, infatti, le leggi sono tenute a piegarsi, salvo tuttavia il caso che si dimostrino in grado di offrire una tutela ancora più avanzata di quella apprestata dalla Convenzione. In una congiuntura siffatta – si dice in Corte cost. n. 317 del 2009 (e in altre pronunzie) – il canone di cui all'art. 117 viene dunque a soggiacere a bilanciamento e, a conti fatti, a recedere all'impatto con altra norma costituzionale nei cui riguardi il dettato legislativo si ponga in funzione servente. Si è tuttavia fatto notare in altre sedi come l'idea del

emblematicamente testimoniato la sent. n. 10 del 2010 (con riguardo alla *social card*), talaltra è stata invece categoricamente esclusa questa eventualità⁹³.

L'ordine giusto dei valori rimane, dunque, in relazione a quest'ambito di esperienza, insicuro. Si tenga, peraltro, presente che qui non è in gioco solo il mantenimento di un certo assetto della organizzazione (segnatamente, appunto, al piano del riparto di materie e funzioni tra centro e periferia) ma dietro di esso stanno pur sempre i diritti (in specie alcuni), se è vero che il pur parziale o momentaneo sacrificio dell'autonomia ridonda in un pregiudizio per quei diritti (e, in genere, interessi) che alla stessa fanno capo e che da essa si attendono l'ottimale appagamento, a motivo del loro peculiare radicamento sui territori in cui l'autonomia si manifesta ed afferma⁹⁴. Il vero è che, in situazioni di emergenza economica, non è possibile andare troppo per il sottile, pretendendo scrupoloso ossequio per l'ordine costituzionale delle competenze a fronte di alcuni soggetti (e dei loro diritti) che versano in uno stato di particolare bisogno.

Ancora una volta, purtroppo, non è dato assistere a indirizzi giurisprudenziali con chiarezza tracciati e in modo lineare perseguiti, secondo quanto confermano talune vicende processuali che hanno riguardato proprio il valore "supercostituzionale" della dignità: ora proiettato in primo piano sulla scena e salvaguardato *ad ogni costo*, anche appunto al costo della messa da canto dei canoni che presiedono allo svolgimento dei giudizi di costituzionalità⁹⁵, ed ora invece lasciato nell'ombra e, a conti fatti, sacrificato⁹⁶.

bilanciamento venga qui malamente evocata in campo, dal momento che è la stessa Convenzione a dichiarare (art. 53) di volersi fare da parte in presenza di una più adeguata tutela offerta ai diritti da norme di diritto interno. Non immettendosi, dunque, in seno a quest'ultimo, è fuor di luogo evocare la "copertura" dell'art. 117.

⁹³ V., part., sentt. nn. 39 del 2013, 89 e 99 del 2014, con richiamo a Corte cost. nn. 148 e 151 del 2012.

⁹⁴ Studi recenti (tra i quali, quelli riuniti in *Diritti e autonomie territoriali*, cit.) hanno peraltro mostrato che le Regioni e le autonomie territoriali minori in genere hanno dato un fattivo concorso alla salvaguardia dei diritti e, in genere, di alcuni bisogni particolarmente avvertiti in seno al corpo sociale. Peraltro, va tenuto presente che non sempre gli enti in parola hanno potuto o saputo sfruttare al meglio le competenze di cui dispongono ponendole al servizio di tali bisogni, sol che si considerino, da un canto, la formidabile tendenza al riaccentramento delle funzioni manifestata, per sua strutturale vocazione, dall'apparato centrale dello Stato ed avallata in larga misura da una fin troppo indulgente giurisprudenza costituzionale e, dall'altro, le non poche né lievi carenze esibite dai governanti locali (e dalle forze politiche che vi danno corpo) nel far fronte ad una domanda viepiù pressante di regolazione normativa venuta dal tessuto sociale.

⁹⁵ Particolarmente istruttiva al riguardo la vicenda definita da Corte cost. n. 238 del 2014: in nome della salvaguardia della dignità di chi ha molto sofferto durante la prigionia nei *Lager* nazisti, la Corte, innovando al disposto dell'art. 134 cost., ha allargato la cerchia relativa agli oggetti dei giudizi di costituzionalità, comprendendovi anche norme non attizie, quale quella non scritta che dà modo all'ordinamento di adattarsi automaticamente alle norme generalmente riconosciute della Comunità internazionale.

Il più vistoso scostamento dalle regole che stanno a base dei giudizi di costituzionalità si è, però, forse avuto con la discussa (e discutibile) Corte cost. n. 10 del 2015, con cui è stato messo da canto lo stesso meccanismo incidentale, avendo la Corte sollecitato l'applicazione nello stesso giudizio *a quo* della disciplina legislativa dichiarata costituzionalmente illegittima. Il sacrificio delle aspettative della parte privata ha qui avuto nell'appagamento di un'ancora più pressante aspettativa della collettività la sua (male argomentata) giustificazione, un'aspettativa dunque ancora una volta agganciata alla coppia assiologica di solidarietà ed eguaglianza (sulla vicenda, fatta oggetto di una pioggia di commenti, tra gli altri, v. i contributi richiamati da [Consulta OnLine](#) in testa alla decisione, nonché quelli che sono nel fasc. monografico ad essa dedicato di *Quad. cost.*, 3/2015; gli altri che sono in *Giur. it.*, 6/2015, 1324 ss., e le note di A. ANZON DEMMIG, E. GROSSO, A. PUGIOTTO e L. GENINATTI SATÈ, in *Giur. cost.*, 1/2015, 67 ss. Infine, M. BELLETTI, *Corte costituzionale e spesa pubblica*, cit., 64 ss.).

Fortemente sospetta di aver fatto un uso forzato dei canoni processuali anche la nota giurisprudenza relativa alle leggi elettorali, inaugurata da Corte cost. n. 1 del 2014 (sulla cui scia, ma con non secondarie precisa-

Si presti attenzione al fatto che, con lo scostamento dalle regole che stanno a base dei giudizi di costituzionalità, viene a determinarsi un sensibile affievolimento del carattere giurisdizionale della giurisdizione costituzionale o, diciamo pure (e con riferimento ai casi più gravi), lo smarrimento della stessa⁹⁷, ancora una volta perciò assistendosi alla innaturale riscrittura dei precetti costituzionali riguardanti l'ordine delle competenze e la tipicità dei ruoli istituzionali (palese è, infatti, in circostanze siffatte lo snaturamento della Corte in un decisore politico, addirittura in un legislatore di revisione costituzionale). E, invero, altro è il pur problematico bilanciamento effettuato dal giudice tra le norme sulla normazione e le norme sui diritti, laddove le prime facciano riferimento ai rapporti tra Stato e Regioni, e ben altra cosa il bilanciamento tra le norme sui diritti e le stesse norme sulla giurisdizione costituzionale.

La Corte sovente copre tutto ciò col manto grande e accogliente dell'eguaglianza, nel suo comporsi in unità con la solidarietà (e altri valori ancora); ma a me par chiaro come ciò non possa trovare giustificazione, il "bilanciamento" risultando falsato dalla conversione di natura giuridica dell'operatore che vi fa luogo.

Una Corte che finisca – ché di questo, a conti fatti, si tratta – col bilanciare... se stessa, al pur nobile fine di dare la miglior tutela, dal suo punto di vista, ai valori in campo, rischia di mettere in moto processi dagli imprevedibili esiti, che potrebbero alla lunga determinare una complessiva ed irrimediabile torsione ordinamentale.

5. Al tirar delle somme: solidarietà ed eguaglianza in progress, equilibrio nei rapporti istituzionali, identità dell'ordinamento costituzionale in un contesto segnato da una avanzata integrazione sovranazionale

Solidarietà ed eguaglianza – come si è veduto – sono sollecitati dai casi portati alla cognizione della Corte a darsi, specie nelle più pressanti e spinose questioni, mutuo sostegno, concorrendo alla definizione dei casi stessi in misura, fin dove possibile, complessivamente appagante. Non sempre, tuttavia, l'eguaglianza può ottenere pieno ristoro. La Corte è consapevole che si danno limiti strutturali, di sistema, ai suoi interventi e che, per effetto di essi, edifici normativi pericolanti possono essere in qualche modo raddrizzati ma poi l'intervento risolutore compete al costruttore degli stessi, al legislatore. Ne danno conferma molte vicende processuali, quale quella poc'anzi richiamata dell'attribuzione del cognome ai figli, che testimoniano appunto come l'eguaglianza sia una sorta di *work in progress*, che dà

zioni, si è quindi disposta la sent. n. 35 del 2017), sotto lo specifico aspetto della carenza della rilevanza (hanno riconsiderato queste vicende per trarne indicazioni a riguardo delle *Metamorfosi della giustizia costituzionale* S. LIETO e P. PASQUINO, nello studio con questo titolo apparso su *Quad. cost.*, 2/2015, 351 ss.).

⁹⁶ Forse, il caso ad oggi maggiormente emblematico resta quello di cui a Corte cost. n. 15 del 1982: in nome dell'emergenza terroristica, la Corte ha fatto salva – precisando, fino al perdurare della stessa – la disciplina varata dal Governo per farvi fronte che, tra l'altro, prevedeva un abnorme prolungamento dei termini massimi di carcerazione preventiva a carico di persone sospettate di appartenere alle brigate rosse e responsabili di reati particolarmente gravi, persone nondimeno che godevano pur sempre della presunzione d'innocenza.

⁹⁷ Quest'appunto critico è nel mio *Teoria della Costituzione e tendenze della giustizia costituzionale, al bivio tra mantenimento della giurisdizione e primato della politica*, cit., spec. al § 7.

a se stessa la spinta per il proprio perfezionamento, per il raggiungimento del quale è comunque richiesto uno sforzo congiunto, non di rado poderoso, posto in essere da plurimi operatori istituzionali e che ha proprio nelle sedi della produzione giuridica il luogo elettivo di espressione.

Solidarietà ed eguaglianza, per il modo con cui acquistano rilievo nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale e per le tecniche decisorie allo scopo utilizzate, possono comunque giovare, a un tempo, alla causa dei diritti (e, in genere, degli interessi costituzionalmente protetti) ed al mantenimento dell'equilibrio nei rapporti istituzionali, specie tra legislatore e giudici, tutti sollecitati a vario titolo a dare il loro concorso al compimento delle operazioni di giustizia costituzionale, secondo quanto emblematicamente attestano i casi in cui presso la Consulta prendono forma interventi *soft* di manipolazione dei testi normativi (specie a mezzo di pronunzie additive di principio), che per ciò stesso ritagliano spazi consistenti a successive loro integrazioni-attuazioni a mezzo di regole prodotte dai giudici per ciascun caso, in attesa dell'intervento risolutore (e con caratteri di generalità ed astrattezza) del legislatore.

Solidarietà ed eguaglianza tuttavia – qui è il nervo scoperto e dolente della intera questione trattata – non di rado si affermano col costo di una più o meno corposa, seppur non immediatamente visibile, manipolazione dello stesso dettato costituzionale. La Costituzione vivente è una Costituzione soggetta a continuo mutamento, un *processo* più (e prima ancora) che un *atto*⁹⁸. V'è una soglia al di qua della quale tutto ciò può considerarsi fisiologico e la Costituzione mostra di saper metabolizzare le novità nel suo corpo immesse dal suo stesso massimo garante, oltre la quale invece il mutamento può convertirsi in un'autentica mutazione genetica che porta l'intero ordinamento costituzionale a cambiare volto e significato complessivo. Alle volte, insomma, non viene sollecitato ad entrare in campo il legislatore comune ma lo stesso legislatore costituzionale; altro è, però, tracciare il solco lungo il quale lo stesso può (e deve) incamminarsi ed altro ancora farne innaturalmente le veci.

Senza, dunque, far passare sotto silenzio taluni eccessi forieri di guasti non da poco al piano dei rapporti istituzionali, resta il fatto che solidarietà ed eguaglianza costituiscono gli strumenti più adeguati e più di frequente utilizzati per spianare il terreno sul quale può essere ridefinita e ricostruita la identità costituzionale: una identità che – come si è tentato di mostrare in altri luoghi⁹⁹ – non soltanto non è messa a rischio dall'integrazione sovranazionale in corso ma, di contro, può proprio da essa rinvenire la spinta per la sua incessante rigenerazione e l'ulteriore, vigorosa trasmissione nel tempo. E ciò, ove si consideri che l'identità si fa e rinnova attorno ad un patrimonio di valori fondamentali condivisi, tra i quali – si rammenti –

⁹⁸ Ha particolarmente messo in evidenza questo congenito tratto strutturale della Costituzione A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 373 ss.; del moto della Costituzione ha, non molto tempo addietro, discorso M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in www.rivistaaic.it, 1/2013, 1 marzo 2013.

⁹⁹ Tra i quali, il mio *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i "controlimiti")*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2017, 19 ss.

è anche quello dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale: un'apertura, certo, non indiscriminata, senza limiti, bensì orientata da quell'autentica *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali che è data dalla ricerca, costante ed infaticabile seppur non di rado sofferta, della ottimale tutela dei diritti (e, per ciò pure, dell'eguaglianza) in ragione delle complessive esigenze del caso, facendo al riguardo specifico affidamento sul "dialogo" tra Corti europee e Corti nazionali. Un esito questo – lo testimoniano i sempre più ricorrenti richiami fatti alle pronunzie delle prime¹⁰⁰ – molte volte non raggiungibile senza il sussidio offerto *ab extra*, da materiali normativi e giurisprudenziali che, immettendosi in ambito interno, concorrono alla rigenerazione semantica degli enunciati costituzionali, al loro complessivo rinvigorimento, alla ottimale implementazione nell'esperienza.

Solidarietà ed eguaglianza sono il punto in cui si saldano gli ordinamenti, quello da cui l'integrazione sovranazionale in corso può, nel modo più stabile, tenersi al fine di portarsi, pur se con non poca fatica e tra non rimosse oscillazioni e contraddizioni, avanti.

Solidarietà ed eguaglianza portano a rivedere ed a ricostruire su basi nuove l'idea stessa di cittadinanza e di appartenenza e, *ex adverso*, quella di esclusione: riducono progressivamente il divario, un tempo giudicato incolmabile, tra cittadino e non cittadino; obbligano a ripensare uno dei valori portanti dell'ordinamento, quello di democrazia, non a caso richiamato nel primo articolo della Carta¹⁰¹; fanno opera di ricucitura del tessuto sociale sfilacciato e, alleandosi e offrendosi mutuo sostegno, concorrono a ridare dignità e conforto alle persone più deboli ed esposte¹⁰², e insomma (e riassuntivamente) delineano un orizzonte, per vero ancora lontano, verso il quale lo Stato costituzionale è sollecitato a tendere facendosi forte dei valori di cui lo stesso si è dotato e che ne costituiscono un patrimonio inalienabile, che può (e deve) essere speso, ma non disperso, al servizio dell'uomo e dei suoi più diffusi ed intensamente avvertiti bisogni.

¹⁰⁰ Non si sottovaluti, tuttavia, neppure il rilievo che è da riconoscere ai non infrequenti casi in cui l'una Corte tiene sostanzialmente conto degli orientamenti dell'altra, pur non facendovi esplicito riferimento (di un "dialogo tacito" ha, con ossimoro apparente, discorso una sensibile dottrina in relazione a talune prese di posizione della giurisprudenza europea e nazionale in tema di procreazione medicalmente assistita, cui si è dietro già fatto richiamo: v., dunque, U. SALANITRO, *Spigolature in tema di diritti del concepito e accesso alla procreazione assistita*, in *Giust. civ.*, 4/2015, 863).

¹⁰¹ ... perché – come ci rammenta S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, cit., 10 – "se diventano difficili i tempi per la solidarietà, lo diventano pure per la democrazia".

¹⁰² Sulla povertà, in crescente misura, diffusa nella società, v., di recente, S. ROSSI, *Oltre il margine. Diritti, povertà estrema e diseguaglianza sociale*, in www.federalismi.it, 20/2016, 19 ottobre 2016, e i contributi che sono nel fasc. 4/2016 della *Riv. giur. lav. e prev. soc.* (e, *ivi*, la *Introduzione* di G. BRONZINI e P. CAMPANELLA). Dati aggiornati nel Rapporto 2016 sulle povertà della Caritas Diocesana di Rimini, dal titolo *Poveri, malati e soli*, 8 aprile 2017.

Su *I nuovi strumenti di lotta alla povertà in Italia: prime considerazioni sulla legge delega in materia di reddito di inclusione*, v., con questo titolo, lo scritto di E. MONTICELLI, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, Oss. cost., 2/2017, 11 maggio 2017.