

L'ATTUAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI COME SCELTA POLITICA E COME DECISIONE GIURISDIZIONALE

SOMMARIO: 1. *Premessa*. 2. *I diritti fondamentali della Costituzione democratica e pluralista*. 3. *L'interpretazione dei diritti fondamentali come pretese giuridiche soggettive nella giurisprudenza costituzionale*. 4. *I diritti fondamentali come "norme-principio". Aspetti problematici dell'attuazione legislativa*. 5. *I diritti come valori: alcuni riferimenti esemplificativi nella giurisprudenza costituzionale*. 6. *La concretizzazione giurisdizionale dei diritti. La razionalità dell'argomentazione giurisdizionale quale 'vincolo' di metodo (ma anche sostanziale ?) ai fini di un ragionevole esercizio della discrezionalità legislativa ?*. 7. *Conclusioni*.

1. *Premessa*.

In una decisione del 1954¹, il giudice amministrativo tedesco sostenne l'impossibilità di invocare l'attuazione di un diritto fondamentale quando ciò avrebbe posto in pregiudizio altro diritto fondamentale o altri "Beni necessari per l'esistenza della comunità". Così, quel giudice adombrava l'esistenza, in materia, di una generale riserva di legge, il cui esercizio configurava condizione e, al tempo stesso, presupposto indispensabile per conferire effettività ai diritti fondamentali in sede giurisdizionale. Tale approccio interpretativo, che evocava da vicino quello comune alla dogmatica giuridica dell'esperienza costituzionale weimariana², muoveva, dunque, dalla percezione della natura dei diritti fondamentali quali norme-programma prive di immediata efficacia applicativa, mero fondamento giuridico di una decisione libera del legislatore di determinare –ed entro quali limiti- l'efficacia dei diritti stessi, la cui forza vincolante avrebbe potuto manifestarsi, allora, unicamente nei confronti del potere amministrativo (e giurisdizionale)³. La decisione del Tribunale amministrativo tedesco muoveva dunque dal presupposto implicito di una "incompletezza" della norma costituzionale, evidenziando l'esistenza di una necessaria complementarietà funzionale tra quest'ultima e la norma legislativa, al fine di garantire l'effettività dei diritti fondamentali.

Da allora, tanto tempo è trascorso durante il quale la rappresentazione di una siffatta complementarietà funzionale è andata progressivamente recedendo, in uno con il consolidamento dell'affermazione –sancita anche nel *Grundgesetz* (art. 1, comma 3, GG), proprio in esplicita rottura con l'interpretazione "debole" della dogmatica ai tempi della Costituzione di Weimar- dell'efficacia immediatamente vincolante dei diritti fondamentali nei confronti di tutti i poteri dello Stato. La suddetta sentenza del *Bundesverwaltungsgericht*, ben oltre la formale estraneità all'ordinamento giuridico italiano, vale quale richiamo esemplificativo ad una problematica, quella che inerisce il rapporto tra diritti fondamentali, disciplina legislativa e applicazione giurisdizionale nello Stato costituzionale di diritto, che lungi dall'apparire superata si innesta funzionalmente nel tronco della più generale dialettica tra la sfera riservata alle determinazioni del potere politico, anche in tema di attuazione di norme costituzionali, e quella di competenza del potere di garanzia giurisdizionale, nell'ambito dell'ordinamento giuridico democratico. Si tratta, potremmo dire senza enfasi, di questioni epocali che investono da vicino grandi temi di teoria del

* Relazione svolta al convegno "Atti di produzione normativa e separazione dei poteri", Campobasso, 26 maggio 2011.

¹ Urteil des BVerwGE del 24.12.1954 BVerwG, 1, 303: cd. "Sünderin-Fall" richiamato in E.-W. Böckenförde, *Schutzbereich, Eingriff, Verfassungsimmanente Schranken – Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik*, in *Der Staat*, 2003, p. 165 ss., part. p. 172.

² Sul punto, riferimenti essenziali anche in E. Denninger, *Freiheitsordnung - Wertordnung - Pflichtordnung*, in Id., *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990, p. 143 ss., part. p. 148. Più diffusamente, v. M. Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen, 1999, p. 96 ss.

³ Cfr. G. Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reichs*, vom 11. August 1919, 14'Aufl, Berlin, 1933, sub Art. 76 WWV; K. Stern, *Der Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band III 1 (Allgemeine Lehrender Grundrechte, München, 1988, p.1190 ss..

diritto e della dogmatica giuridica –il senso della Costituzione, l'interpretazione delle norme costituzionali, il rapporto tra democrazia e diritti, etc.- le quali, impegnano in uno sforzo costante la ricerca di un ragionevole (e/o accettabile) punto di approdo.

La maggiore difficoltà risiede, nondimeno, nel fatto che tale sforzo è condotto movendo, sovente, da premesse epistemologiche ed assiologiche diverse e distinte (alcune, a volte, discutibili...) sul senso della Costituzione, delle sue norme-principio, sui modi dell'interpretazione costituzionale, sul rapporto tra diritto costituzionale e attuazione legislativa. Basti pensare, per il primo punto, alla distinzione tra la Costituzione come *Rahmensordnung* (E.-W. Böckenförde) e/o la Costituzione intesa –come la intende anche il giudice costituzionale- quale “ordinamento di valori”⁴, a cui finiscono per collegarsi conseguenze anche radicalmente differenti in merito al rapporto tra l'attività istituzionale del giudice, in quanto concerne l'interpretazione della Carta costituzionale; e quella di decisione politica del Parlamento rappresentativo, dunque, tra la sentenza e la legge ordinaria⁵. Tali questioni involgono, in ultima analisi, i connotati di un rapporto –quello tra sovranità popolare, principi/valori costituzionali e diritti fondamentali- che, nel tempo e nelle diverse prospettive teorico-dogmatiche, appare mutevole e rispetto al quale viene a commisurarsi, a ben vedere, anche la portata dell'interpretazione giurisprudenziale.

La consapevolezza dell'esistenza di un punto critico nella percezione dell'equilibrio tra istanze organizzative -principio democratico, sovranità parlamentare, riserva di legge etc.- e istanze sostanziali – tutela dei diritti fondamentali, rispetto della dignità umana, principio di eguaglianza, etc.- emerge così dalla variabile interpretazione dei diritti fondamentali quale espressione di rappresentazioni teoretico-dogmatiche differenti –si pensi ancora alla distinzione tra i diritti intesi, rispettivamente, quali “diritti di difesa” (*Abwehrrechte*) e quali “norme principio” (*Grundsatznormen*)- a loro volta riconducibili, in fine, a declinazioni teoretiche differenti (neocostituzionaliste, positiviste.: v. *infra*) della Costituzione. A tali schemi teorico-dogmatici si sovrappone, tuttavia, non di rado (soprattutto avuto riguardo all'interpretazione giurisprudenziale) la forza conformatrice del caso singolo, degli elementi concreti della “questione”, in grado di orientare la precomprensione del giudice verso un particolare approccio interpretativo del singolo diritto o dei diritti fondamentali che, nella specie, vengono in rilievo.

Il presente lavoro, dopo aver richiamato in sintesi –in particolare ripercorrendo tratti della giurisprudenza costituzionale- il processo evolutivo di interpretazione dei diritti fondamentali, ha inteso concentrarsi sulle problematiche connesse all'interpretazione giurisprudenziale diretta dei diritti fondamentali, anche in assenza di attuazione legislativa. Termine dell'analisi è la specifica vicenda riguardante il diritto all'autodeterminazione in tema di trattamento di fine-vita, da cui si traggono alcune considerazioni conclusive sul rapporto tra giudice e legislatore nell'attuazione e concretizzazione dei diritti fondamentali.

2. I diritti fondamentali della Costituzione democratica e pluralista.

Quale peculiare rappresentazione del sistema dei diritti fondamentali la Costituzione repubblicana manifesta ? Preliminarmente, non sembra incongruo -per quanto si è finora venuto dicendo- cercare al riguardo di delineare l'idea di Costituzione seguita dai Costituenti del '48, tra quella che, fedele alla tradizione di pensiero dei vari *Carl Schmitt* ed *Ernst Forsthoff*, la percepisce come documento di ripartizione/divisione del potere (inteso come “forza”), come spartiacque essenziale tra la signoria di un *Demos*, espressa nella legge, e la tutela giuridica della libertà individuale del cittadino, consegnata alla positività (costituzionale) dei diritti fondamentali; e l'idea, invece, che intende generalmente la Costituzione come l'ordinamento fondamentale e fondante (del)la comunità tutta intera⁶.

Con l'esaltazione del principio democratico quale criterio organizzativo fondamentale della forma di Stato e con l'introduzione, tra i suoi principi supremi, di quello dell'eguaglianza, del principio pluralista e del principio lavorista, come anche con la previsione di diritti sociali, la Costituzione repubblicana si allinea certo alla visione positivista che la configura *Lex superior*. Nondimeno, ad essa non resta del tutto estranea una prospettiva “integrazionista”, soprattutto attraverso il “medio” dei diritti e principi fondamentali che,

⁴ E.-W. Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen* (1989) in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a.M., 2ª Aufl., 1993, p. 159 ss., part. p. 193 ss.

⁵ Tra gli altri, v. ancora M. Jestaedt, *op. cit.*, p. 72 ss.

⁶ Per un richiamo alle surriferite, differenti prospettazioni dell'idea di Costituzione v. anche E. Denninger, *Verfassung und Gesetz*, in Id., *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990, p. 52..

procedendo in una direzione opposta alla concezione fascista dello Stato totalitario, delineano la prospettiva di un ordinamento ritagliato sulla centralità della persona umana. Ciò, pertanto, implica il superamento della antica visione dei diritti fondamentali, propria del dualismo costituzionale di matrice liberale, e, al tempo stesso, sanziona l'efficacia immediata di questi ultimi anche nei confronti del legislatore⁷. Negli ordinamenti democratici del dopoguerra, così, la legge parlamentare non perde la sua forza quale atto di decisione politica democratica, ma ne vede limitata la portata nei confronti della Costituzione che è *lex superior*. Nel contempo, la legge si rappresenta come lo strumento politico principale di messa a regime di quella *Weltanschauung* costituzionale che sottende il complesso delle norme principio ivi contenute.

Così, la forza prescrittiva dei diritti fondamentali quali *Abwehrrechte* contro le ingerenze del potere pubblico ma, nel contempo, quali norme-principio bisognevoli di attuazione rileva con l'immediatezza del vincolo costituzionale nei confronti di tutti i poteri dello Stato, a cominciare proprio da quello legislativo. Tra quest'ultimo e la norma costituzionale si determina, così, una *Wechselwirkung* giacché la legge, nella regolamentazione dei limiti all'esercizio dei diritti fondamentali non è libera ma subisce il condizionamento dell'efficacia conformatrice dello stesso diritto da limitare⁸. Ad ogni modo, soprattutto in quanto attiene alle cd. libertà "classiche", restano in principio ben determinate dalla Costituzione le connotazioni funzionali che la legge è tenuta ad assumere, consistenti nella previsione di (soli) limiti alla sfera di esercizio del singolo diritto⁹.

In definitiva, nel contesto dello Stato di diritto in cui la Costituzione appare non soltanto come Legge fondamentale ma anche quale "forma di legalizzazione normativamente determinata della sovranità statale (*normativ genau bestimmte Form der Verrechtlichung staatlicher Herrschaft*)"¹⁰ i diritti fondamentali prefigurano un complesso normativo autonomo, seppure per molti aspetti (si pensi, ad es., ai diritti sociali) generico ed incompleto, in grado di condizionare, funzionalmente, l'esercizio del potere discrezionale del legislatore. Per un verso, infatti, essi costringono la legge entro lo spazio angusto della determinazione di (soli) limiti costituzionalmente ammessi, d'altro lato sollecitano il legislatore all'adozione di scelte politiche in funzione della loro piena attuazione, per il pieno compimento dei principi fondamentali recati dalla stessa Carta.

3. L'interpretazione dei diritti fondamentali come pretese giuridiche soggettive nella giurisprudenza costituzionale.

L'esperienza applicativa, dopo un periodo di iniziale quiescenza in ragione della difficoltosa entrata a regime della Costituzione repubblicana, è parsa all'inizio connotata da un'accezione in senso liberale dei diritti fondamentali, quali diritti di difesa dallo Stato, a tutela delle singole sfere di libertà individuale.

L'approccio epistemologico seguito dalla giurisprudenza della Corte costituzionale in questa prima fase, del resto, appare tutto inteso a precisare significato ed ambito applicativo dei diritti in questione. Tra le priorità del giudice delle leggi è, in particolare, quella di determinare la sfera sostanziale della tutela giuridica connessa al singolo diritto. In tale attività, più che spingersi a delineare generalmente l'ambito materiale/sociale cui la prescrizione costituzionale si indirizza, la Corte si preoccupa di precisare i termini materiali della garanzia sulla base di una generale (e generica) premessa di liceità di discipline legislative procedurali mirata a regolamentare "le modalità di esercizio di un diritto ... in modo che l'attività di un individuo rivolta al perseguimento dei propri fini si concili con il perseguimento dei fini degli altri" (Corte cost.,

⁷ La espressione a livello dottrinale della concezione liberale dei diritti ha trovato, peraltro, autorevoli interpreti tra i fautori del giuspositivismo di marca tedesca: da *Carl Fredrich v. Gerber* a *Georg Jellinek* – i diritti di libertà come "semplicemente libertà da costrizioni contrarie alla legge" – a *Paul Laband* etc.: In particolare, cfr. P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Band 1, 5. Aufl. (1911), p. 150 ss.; C. F. v. Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, 2. Aufl., 1869, p. 224. Per tali Aa., in generale, i diritti fondamentali costituiscono lo sfondo giuridico necessario su cui la legge declina l'efficacia (e l'effettività) dei diritti fondamentali. Essi, dunque, sono configurabili unicamente come la (mera) base giuridica (*Rechtsgrundlage*), da cui possono derivare diritti individuali se, tuttavia, la loro azionabilità contro il potere statale viene ad essere prevista e disciplinata da una legge

⁸ „es findet ... eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass die »allgemeinen Gesetz e« zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen".

⁹ Solo con riguardo all'attuazione dei diritti sociali la riserva di legge si configura come riserva di un'attività più complessa del legislatore, aperta nei fini, seppure vincolata teleologicamente dal compito di attuazione del diritto sociale considerato..

¹⁰ I. Maus, *Verfassung und Verfassungsgebung. Zur Kritik des Theorems einer „Emergenz“ supranationaler und Transnationaler Verfassungen*, in R. Kreide, A. Niederberger (Hrsg.), *Staatliche Souveränität und transnationales Recht*, München und Mering, 2010, p. 27 ss., part. p. 29 ss. Per il testuale riferimento riportato tra parentesi, v. O. Eberl, F. Rödl, *Kritische Politische Ökonomie und radikale Demokratietheorie*, in *Kritische Justiz (KJ)*, 2010, p. 416 ss., part. p. 419.

sent. n. 1/56)¹¹. Ciò, in ogni caso, non costituisce ragione per escludere l'immediata efficacia del diritto stesso per tutti i poteri dello Stato, anche per il legislatore.

Entrando poi nello specifico, il Giudice riferisce, ad es., l'ambito sostanziale della tutela in tema di libertà personale ex art. 13 Cost. alle (sole) limitazioni della libertà personale che violano il principio dell'*habeas corpus*¹². Oltre al divieto di coercizione fisica, si fa rientrare in tale ambito anche il divieto di ogni "menomazione della libertà morale, quando tale menomazione implichi un assoggettamento totale della persona all'altrui potere"¹³.

In tema di libertà di domicilio, ex art. 14 Cost., invece, viene esclusa dall'ambito della tutela "la sfera degli obblighi personali d'informazione e comunicazione che la legge può imporre al cittadino, anche se connessi all'uso che egli fa del luogo adibito a suo domicilio"¹⁴.

Nella garanzia ex art. 18 Cost., insieme alla libertà positiva di associarsi, si ricomprende anche la libertà negativa di non aderire ad alcuna associazione, profilo, quest'ultimo, da assumersi violato ogni qualvolta "costringendo gli appartenenti ad un gruppo o ad una categoria di associarsi tra loro, si violi un diritto, o una libertà, o un principio costituzionalmente garantito, ovvero il fine pubblico che si dichiara di perseguire sia palesemente arbitrario o pretestuoso"¹⁵. Parimenti, la garanzia costituzionale recata dall'art. 19 Cost., oltre alla libertà di professione religiosa e di culto "in ogni sua forma" viene ad includere anche la "libertà da ogni coercizione che imponga il compimento di atti di culto propri di questa o quella confessione a persone che non siano di quella confessione alla quale l'atto di culto si riferisce" o che, comunque, "l'atto di culto non vogliano compiere"¹⁶, come pure la "libertà di coscienza dei non credenti" -che si ritiene violata quando si imponga al non credente il compimento di atti "con significato religioso"¹⁷. In sintonia con tale linea di tendenza, peraltro, la Corte di Cassazione ebbe a ricondurre all'ambito della tutela ex art. 15 Cost. anche "le conversazioni tra presenti che si svolgano con modalità tali da denotare l'intenzione degli interlocutori di tenere segreto il contenuto", escludendo da esso "l'ascolto casuale di un colloquio, che si verifica perché gli interlocutori parlano ad alta voce o, comunque, senza preoccuparsi di evitare le interferenze di terzi"¹⁸.

Per altro verso, la delimitazione di una disciplina legislativa nella sfera dei diritti di libertà, secondo quanto previsto dalle stesse prescrizioni costituzionali, non implica, a giudizio della Corte, il disconoscimento dell'esistenza di "limiti immanenti" all'esercizio di quei diritti in quanto connessi alla stessa logica intrinseca del diritto¹⁹. Ciò vale anche per diritti per i quali la Costituzione non abbia fatto al riguardo espressa menzione di una riserva di legge²⁰, in particolare in ragione della necessità di razionalizzare una potenziale, intrinseca tensione tra l'esercizio del singolo diritto e alcuni interessi pubblici fondamentali, quali, ad es., la "preservazione e di sicurezza sociale e di giustizia" rispetto alla libertà di associazione²¹, da cui viene a dipendere l'esistenza stessa dello Stato. Si tratterebbe di un'attività connaturata alla funzione legislativa quale funzione di decisione politica, in rapporto tanto alla complessità di beni e interessi protetti dalla Carta costituzionale, quanto all'insieme dei compiti assegnati allo Stato a garanzia della comunità sociale intesa *als Ganzes*. Tale attività si prefigura in una relazione di funzionale complementarietà con la generale riserva di limitazione dei diritti stessi (*Wesentlichkeitstheorie*)²².

¹¹ „es findet ... eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass die »allgemeinen Gesetz e« zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen".

¹² Corte cost., sent. n. 49/59.

¹³ Corte cost., sent. n. 30/62.

¹⁴ Corte cost., sent. n. 104/69.

¹⁵ Corte cost., sent. n. 69/62; successivamente cfr. Corte cost., sent. nn. 120/73; 40/82.

¹⁶ Corte cost., sent. n. 85/63.

¹⁷ Corte cost., sent. n. 117/79.

¹⁸ Cass., pen., sent. 28 febbraio 1979.

¹⁹ Corte cost., sent. n. 1/56: "E se pure si pensasse che dalla disciplina dell'esercizio può anche derivare indirettamente un certo limite al diritto stesso, bisognerebbe ricordare che il concetto di limite è insito nel concetto di diritto e che nell'ambito dell'ordinamento le varie sfere giuridiche devono di necessità limitarsi reciprocamente, perché possano coesistere nell'ordinata convivenza civile".

²⁰ Nello specifico, cfr. Corte cost., sent. n. 15/73 (ma v. anche Corte cost., sent. n. 31/82), che, nel qualificare come "fondamentali" la portata e l'efficacia della libertà di riunione, riconosce che anch'essa, "al pari di ogni altro diritto di libertà" "implica la posizione di limiti e condizioni che lo disciplinino onde evitare che il suo esercizio possa avvenire in modo socialmente dannoso e pericoloso".

²¹ Corte cost., sent. n. 237/75.

²² In questa direzione, sembra andare l'indirizzo che, oltre a riservare alla legge "limitazioni sostanziali" di un diritto fondamentale (libertà di manifestazione del pensiero, libertà di associazione) ritiene che queste ultime debbano trovare fondamento "in precetti e principi costituzionali". Corte cost., sent. n.9/65 (libertà di manifestazione del pensiero) e sent. n. 69/62 (libertà di associazione).

4. I diritti fondamentali come "norme-principio". Aspetti problematici dell'attuazione legislativa.

Le dinamiche evolutive che giungono ad investire l'iniziale esperienza applicativa dei diritti fondamentali vanno di pari passo con il sempre maggiore radicamento, nella comunità sociale prima ancora che nel sistema giuridico, dei poteri pubblici, di una cultura costituzionale, cioè, riflessa nella percezione in senso (anche) assiologico dei diritti individuali quali norme-valore²³. Il riflesso istituzionale di un siffatto mutamento sta nel progressivo affermarsi, in dottrina ma, soprattutto, nella giurisprudenza costituzionale e di merito, dell'idea di Costituzione quale *Wertordnung*, da cui deriva una connotazione anche culturale dei diritti fondamentali in quanto espressione di identità costituzionale di uno Stato (la cui originaria impostazione può farsi risalire senz'altro al pensiero di *Rudolf Smend*, di epoca weimariana)²⁴.

Il richiamo al valore, cioè ad un'entità o sintesi "spirituale" "*la quale è per forza dinamica*"²⁵, in antitesi con l'idea positivista del diritto quale sistema ordinamentale chiuso, realizza una proiezione, nell'ambito della scienza giuridica, di una categoria spuria, propria della scienza del pensiero filosofico²⁶.

Tale linea di indirizzo, che realizza un punto di approdo –per quanto problematico– di dinamiche sociali e culturali complesse rimarca certo la volontà di ripudio di quella logica, riferibile soprattutto al positivismo di marca kelseniana, che estrapola dal diritto ogni connotazione di tipo etico-assiologico e ne caratterizza l'essenza in una chiave eminentemente relativistica, oltre che formale e logico-deduttiva. A tanto, peraltro, bene si presta la generalità –a volte criticamente letta come genericità²⁷– delle norme di principio della Costituzione, con cui si traducono quelle istanze politico-sociali che rappresentano il fondamento della Costituzione antifascista, in cui si afferma in modo inequivocabile la primazia della persona. Ad esse, peraltro, ha fatto seguito poi lo sviluppo di adeguate politiche sociali che va, ad es., dalla complessa riforma sanitaria di cui alla l. n. 833/78, alla realizzazione di politiche per la casa, l'occupazione, il lavoro femminile, etc.

L'esaltazione della portata assiologica dei diritti fondamentali implica, tra l'altro, una corrispondente evoluzione funzionale nella relazione tra Costituzione e legge, in cui viene progressivamente a recedere la visione basata sulla netta distinzione tra *Demos*, del quale la legge rappresentava la più alta manifestazione di volontà politica; e cittadino, quale titolare di diritti di libertà garantiti dalla Carta fondamentale contro il potere pubblico. Si attenua, allora, la prospettiva di una netta separazione tra lo Stato-apparato e la società, nella quale trovava un fondamento razionale anche la competenza esclusiva del legislatore a limitare l'esercizio della libertà individuale. In corrispondenza a ciò, emerge anche la consapevolezza di una insufficienza, rispetto al contesto descritto, della visione classica dei diritti fondamentali esclusivamente quali "*Abwehrrechte*" verso il potere pubblico ed, anzi, sempre di più prende corpo la loro caratterizzazione di norme-principio, di "valori" alla cui realizzazione non può non concorrere ogni potere.

D'altro lato, lo sviluppo delle vicende storiche e politico-sociali aveva concorso alla emersione nel tempo di nuovi di nuovi pregiudizi per gli stessi diritti ad opera di "poteri privati", interni alla stessa società

²³ Tale approdo del resto era stato prefigurato dagli stessi Costituenti con la costruzione di un assetto, organizzativo e sostanziale, imperniato certo su un pluralismo di principi fondamentali ma nel quale l'istanza personalista assumeva un ruolo senz'altro primario. Così, a differenza peraltro di altre Carte coeve, come la Costituzione di Bonn, in cui i diritti fondamentali coincidono con le libertà cd. negative, nella Carta repubblicana del '48 la previsione del catalogo di libertà "classiche" è integrato dalla previsione di diritti sociali, come forma espressa di valorizzazione del principio personalista (art. 2 Cost.). Il complesso di tali diritti, dunque, oltre a rappresentare i fondamenti stessi dello Stato, per dirla con *Carl Schmitt*, si connotano per un verso come "limiti" al potere pubblico di ingerenza nella sfera delle libertà individuali sancite in Costituzione (*Abwehrrechte*); per altro verso, come "compiti dello Stato" che impegnano il legislatore alla loro attuazione attraverso un intervento attivo (*Schutzpflicht, Handlungsaufträge*).

²⁴ R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München und Leipzig, 1928, part. p. 163. Contro la configurazione dei diritti fondamentali quali valori, cfr. Tra gli altri E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, München 1971 (2^a Aufl.), p. 69 ss.

²⁵ "poiché talora la si fa precedere e talora seguire la produzione del diritto": G. Berti, *op. cit.*, p. 38.

²⁶ Cfr., per tutti, R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, XI ed., Torino, 2011, p. 118 ("Anzitutto possiamo liberarci dei "valori" e degli "interessi". Essi stanno fuori del diritto, nel senso che sono gli obiettivi che muovono il legislatore. ... I valori nel diritto entrano come principi, cioè come norme dal contenuto molto generale e non circostanziato"). In senso contrario, v. tra gli altri G. Berti, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1987, p. 38 ss. ("Il diritto ... sta nella compatibilità delle libertà e quindi nella loro oggettivazione ottenuta mediante l'individuazione di valori storicamente comuni a tutti ... Quindi il diritto costituzionale combacia con lo studio giuridico dei valori costituzionali, e cioè dei valori costitutivi di una società storica": p. 39).

²⁷ Di "Stampi che possono accogliere qualunque contenuto" e di "buoni propositi che nulla hanno di giuridico", parla, con riguardo alle norme costituzionali, A.C. Jemolo, *La Costituzione. Difetti, modifiche, integrazioni* (Relazione svolta nella seduta ordinaria dell'11 dicembre 1965) come richiamata in Id., *Che cos'è la Costituzione?*, Roma, 1996, p. 17. Per P. Calamandrei, invece, le formule costituzionali coniate negli accordi di compromesso raggiunti in Assemblea Costituente esprimevano essenzialmente una forza "meramente esortativa", così che la loro futura attuazione sarebbe stata in realtà dipendente dalle forze politiche che avrebbero conquistato la maggioranza parlamentare: P. Calamandrei, *Questa nostra Costituzione*, Milano, 1995, p. 8 ss.

civile²⁸. Così, l'esigenza di una tutela giuridica di tali diritti in quanto "valori" era avvertita ed affermata dalla giurisprudenza costituzionale anche nei confronti di questi nuovi poteri (es., imprenditori, datori di lavoro) nella misura in cui una loro illegittima condotta dei primi avrebbe potuto causare pregiudizi nella sfera dei diritti fondamentali del singolo lavoratore (*Ausstrahlungswirkung*).

La prospettiva di una Costituzione quale *Wertordnung*, "luogo" di incontro e di riconoscimento della comunità sociale²⁹, finisce dunque per (ri)modellare sensibilmente la natura dei diritti fondamentali, inquadrandoli, in una dimensione sistematica unitaria con tutte le altre disposizioni di principio, in un disegno assiologico ed identitario proprio della Costituzione.

Alla prospettiva dei diritti quali norme-principio sottende inevitabilmente l'affermazione dell'esistenza di una *Weltanschauung* costituzionale, rispetto a cui i primi si rappresentano come tasselli omogenei di un ordito comune. Al legislatore sono imputati, così, obblighi (attivi) di tutela di tali diritti o compiti di azione finalizzati alla loro piena realizzazione.

Dal proprio canto, anche il giudice è direttamente ed immediatamente coinvolto nell'impegno costituzionale a rendere effettiva la tutela dei diritti fondamentali, seppure in una forma (l'interpretazione dei diritti) e secondo un metodo (l'argomentazione esclusivamente giuridica, nella soluzione di controversie) che è naturalmente diverso da quello riferito all'organo di decisione politica. Nondimeno, riguardata secondo una prospettiva eminentemente funzionale, non sembra del tutto improprio dedurre dalla Costituzione "per valori" una sorta di omologazione teleologica, *mutatis mutandis*, tra l'attività legislativa e quella svolta dal giudice³⁰.

Per altro verso, con il riconoscimento ai diritti fondamentali del "doppio carattere", di diritti di difesa e di *Grundsatznormen*³¹, si determina anche una parziale evoluzione di senso e di portata funzionale della *Wesentlichkeitstheorie*, connessa essenzialmente all'originaria visione garantista dei diritti fondamentali*. Tale teoria sembra mostrarsi, infatti, meno pregnante in un contesto nel quale al legislatore spetta il compito di un impegno attivo a fini di attuazione dei diritti stessi, secondo una dimensione che si mostra in principio variabile in ragione della differente declinazione assiologica del diritto stesso e, quindi, della consistenza degli obblighi positivi di tutela da assolvere in quanto principio/valore³².

5. I diritti come valori: alcuni riferimenti esemplificativi nella giurisprudenza costituzionale.

Sul piano della giurisprudenza costituzionale non può non rilevarsi come pionieristica nella declinazione della Costituzione come catalogo di valori³³ fu il ben noto *Lüth-Urteil* del Tribunale costituzionale federale tedesco (15. 01. 1958)³⁴. In esso, infatti, accanto alla classica natura garantista dei diritti fondamentali ("*Abwehrrechte der Bürger gegen den Staat*")³⁵, trovò affermazione e svolgimento argomentativo il carattere non neutrale dal punto di vista dei valori³⁶ della Legge fondamentale. In quanto "*Wertrangordnung*", in particolare, la relazione interna tra i differenti valori avrebbe dovuto determinarsi, secondo quel Giudice, in base ad una logica di bilanciamento³⁷. Tale precedente la Corte costituzionale

²⁸ ... Basti pensare, ad es., alla dissoluzione dell'originaria caratterizzazione agricola in funzione di una progressiva industrializzazione, a cui si legano istanze che reclamano una maggiore tutela, nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, dei soggetti-contrattanti deboli. Di forte rilievo, in tale sviluppo, è, tra l'altro, il contributo recato dal progresso scientifico e tecnologico, da cui sovente traggono origine nuove pretese giuridiche soggettive (*Grimm*).

²⁹ G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, Bari, 2007, part. p. 98 ss.

³⁰ Per il legislatore, infatti, lo sforzo interpretativo è istituzionalmente connesso all'adozione di una disciplina generale mentre la decisione giurisdizionale resta confinata al caso singolo e risente della finalità giustiziale cui si riporta l'attività del giudice.

³¹ Così, tra gli altri, v. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, ristampa 20. ed., Heidelberg, 1989, p. 127 ss.

³² Per altro verso, l'accezione dei diritti fondamentali quali norme-principio ha concorso ad incoraggiare un processo di costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico che, oltre ad indubitabili suggestioni, non manca di suscitare perplessità, in quanto attiene, tra l'altro, alla capacità delle norme costituzionali di conformare e guidare gli sviluppi dell'ordinamento giuridico: al riguardo, cfr. G. Folke Schuppert, C. Bumke, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Baden-Baden, 2000, passim.

³³ Nel complesso sporadiche appaiono le pronunce in cui la Corte espressamente richiama la portata "istituzionale" di un diritto fondamentale: in tal senso, v., ad es., Corte cost., sent. n. 9/65 ("La libertà di manifestazione del pensiero è tra le libertà ... che meglio caratterizzano il regime vigente dello Stato").

³⁴ BVerfGE, 7, 198.

³⁵ BVerfGE, 7, 198 (204).

³⁶ BVerfGE, 7, 198 (205).

³⁷ BVerfGE, 7, 198 (215).

italiana ha poi nella sostanza ripreso e sviluppato nella prospettazione della Costituzione quale assetto di valori³⁸ il cui equilibramento avrebbe dovuto essere determinato secondo un criterio di ragionevolezza.

Emblematico, al riguardo, è l'indirizzo seguito in materia di diritto alla salute che, come "valore costituzionale"³⁹ primario o fondamentale⁴⁰, implica un bilanciamento nel rapporto con altri Beni e/o valori altrettanto meritevoli di tutela costituzionale⁴¹. Il giudice costituzionale, al riguardo, non manca di rilevare come la tutela della salute, quale "diritto primario e fondamentale"⁴², venga a scomporsi in una pluralità di situazioni giuridiche soggettive diverse di cui solo il profilo della "difesa dell'integrità fisio-psichica della persona umana di fronte alle aggressioni o alle condotte comunque lesive dei terzi" si configura come un diritto *erga omnes*, perciò direttamente e immediatamente tutelabile e azionabile nei confronti di chi abbia posto in essere, in proposito, una condotta illecita⁴³.

Riguardato sotto il profilo del diritto a trattamenti sanitari, invece, esso è "soggetto alla <determinazione degli strumenti, dei tempi e dei modi di attuazione> della relativa tutela da parte del legislatore ordinario"⁴⁴, apparendo comunque "costituzionalmente condizionato" dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti⁴⁵. Si tratta di un ambito, pertanto, nel quale l'eventuale inerzia del legislatore verrebbe a configurarsi come violazione di un vincolo costituzionale al solo problematicamente potrebbe opporre rimedio l'impegno interpretativo del giudice.

Lo stesso è a dirsi con riferimento al profilo, funzionalmente connesso, del consenso informato, integrante un "vero e proprio diritto della persona"⁴⁶ che trova fondamento "nei principi espressi

³⁸ V. ad es., Corte cost., sent. n. 21/91, in cui si sottolinea il "valore costituzionale di una pubblica informazione la più estesa possibile e la più aperta al pluralismo delle fonti nell'intero territorio nazionale", la cui attuazione è considerata quale "contenuto di un interesse stringente e impellente, in quanto essa condiziona l'effettività dello stesso principio democratico".

³⁹ Corte cost., sent. n. 177/86.

⁴⁰ Corte cost., sent. n. 294/86.

⁴¹ Corte cost. sent. 307/1990, ove si afferma la portata generale del valore della salute quale "interesse della collettività" in grado di giustificare, come tale, la compressione di quella autodeterminazione dell'uomo che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale. Nondimeno, si precisò che "il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività non è da solo sufficiente a giustificare la misura sanitaria. Tale rilievo esige che in nome di esso, e quindi della solidarietà verso gli altri, ciascuno possa essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario, anche se questo importi un rischio specifico" per quanto poi esso "non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri". Un corretto bilanciamento fra le due suindicate dimensioni del valore della salute - e lo stesso spirito di solidarietà (da ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'imposizione del trattamento sanitario-implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento." Sempre in tema di bilanciamento, cfr. ancora Corte cost., sent. n. 320/07, in cui è stato affermato come il valore costituzionale della ragionevole durata del processo (art. 111, secondo comma, Cost.) "cui si raccordano le previsioni normative intese a realizzare economie di tempi e di energie processuali" debba necessariamente temperarsi "con il complesso delle altre garanzie costituzionali (ex plurimis, sent. n. 219 del 2004; ordinanze n. 420 e n. 418 del 2004) non potendo "essere comunque perseguito «attraverso la totale soppressione di rilevanti facoltà di una sola delle parti» (sent. n. 26/07)..

⁴² Corte cost., v. sent. n. 992 del 1988, nonché sentt. nn. 88 del 1979, 184 del 1986, 559 del 1987, 1011 del 1988, 298 e 307 del 1990.

⁴³ "...in dipendenza della natura e del tipo di protezione che l'ordinamento costituzionale assicura al bene dell'integrità e dell'equilibrio fisici e psichici della persona umana in relazione ai rapporti giuridici cui in concreto inerisce": Corte cost., sentt. nn. 88 del 1979, 184 del 1986, 559 del 1987.

⁴⁴ In ogni caso, esiste la garanzia di "un nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana" e, perciò, riconosciuto a tutti -cittadini e stranieri- che, pur potendo dal legislatore ricevere "diverse modalità di esercizio dello stesso", "imponesse di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto":Corte cost., sent. n. sent. n. 252/01 (nonché, ex plurimis, anche le sentenze sent. n. 299/010, n. 509 del 2000, n. 309 del 1999 e n. 267 del 1998). In definitiva, il diritto a ottenere trattamenti sanitari è garantito ad ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto tra l'altro "dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento": Corte cost., sentt. nn. 175 del 1982, 212 del 1983 e 1011 del 1988. Cfr. anche sentt. nn. 27 del 1975, 226 e 559 del 1987, 992 del 1988, 319 del 1989, 127 e 298 del 1990. In particolare, poi, in Cort. cost., sent. n. 304/94 quel giudice ha specificato "che, nell'ambito della tutela costituzionale accordata al "diritto alla salute" dall'art. 32 della Costituzione, il diritto a trattamenti sanitari "è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento"(v. sent. n. 455 del 1990; v. anche sentt. nn. 218 del 1994, 247 del 1992, 40 del 1991, 1011 del 1988, 212 del 1983, 175 del 1982). Tale diritto, in conclusione, diviene per il cittadino "pieno e incondizionato" nei limiti in cui lo stesso legislatore, attraverso una non irragionevole opera di bilanciamento fra i valori costituzionali e di commisurazione degli obiettivi conseguentemente determinati alle risorse esistenti, predisponga adeguate possibilità di fruizione delle prestazioni sanitarie.": così ancora in Cort. cost., sent. 304/94 cit.

⁴⁵ Corte cost., sent. n. 251/01; ma v. anche sent. n. 142 del 1982, nonché sentt. nn. 81 del 1966, 112 del 1975, 104 e 175 del 1982, 212 e 226 del 1983, 342 del 1985, 1011 del 1988.

⁴⁶ La Corte (sent. n. 238/03), al riguardo, ha precisato che «stabilire il confine fra terapie ammesse e terapie non ammesse, sulla base delle acquisizioni scientifiche e sperimentali, è determinazione che si colloca "all'incrocio fra due diritti fondamentali della persona

*nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione*⁴⁷. Esso, così, si pone all'incrocio di una tutela tanto del diritto all'autodeterminazione della persona quanto del diritto alla salute⁴⁸, richiedendosi al legislatore una disciplina che ne regolamenti l'esercizio come principio organizzativo fondamentale del rapporto tra medico e paziente.

La nuova linea di giurisprudenza costituzionale, sulla scorta dell'indirizzo intrapreso anche dalla Corte costituzionale federale tedesca, marca così il definitivo superamento di una declinazione meramente positivista della Costituzione e la correlativa esaltazione della sua portata come tavola complessiva di valori (Corte cost., sent. n. 260/90), in grado di conformare ogni assetto della vita sociale e dell'esperienza giuridica⁴⁹ all'interno dello Stato.

Sorvolo sull'analisi dei profili critici emersi contro tale prospettazione. Sta di fatto che il richiamo ad una Costituzione per valori sempre di più viene a caratterizzare l'attività interpretativa, tanto dei giudici di merito, in merito alla risoluzione del caso concreto, quanto soprattutto del giudice costituzionale. In particolare, oltre ad un allargamento dell'area applicativa dei diritti stessi, non più limitata ai rapporti tra soggetto e potere pubblico⁵⁰, si consolida quale metodo interpretativo generale quello del bilanciamento senza pervenire ad una ordinazione stabilizzata in senso gerarchico di diritti e valori concorrenti.

Nello svolgimento della propria attività, il giudice è tenuto comunque all'osservanza di alcuni criteri "obiettivi" -unità della Costituzione, principio della concordanza pratica, criterio della giustezza funzionale, criterio dell'effetto integrante, forza normativa della Costituzione⁵¹- che, quali regole positive dell'interpretazione costituzionale, valgono ad aumentare, in ultima analisi, la legittimazione alla decisione⁵². Ma ben oltre la (insuperabile) questione circa la sostanziale forza esplicativa e la corretta applicazione di siffatti criteri, un impatto tutt'altro che marginale nel processo interpretativo viene a rivestire il caso singolo, con la domanda di Giustizia che da esso concretamente promana. Ciò, infatti, finisce per orientare di fatto la precomprensione dell'organo decidente anche se poi viene a convertirsi, sovente, nei termini formali dell'argomentazione giuridica razionale. Avuto riguardo a ciò, manifesta un senso concreto l'affermazione

malata, quello ad essere curato efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica; e quello ad essere rispettato come persona, e in particolare nella propria integrità fisica e psichica", [...] la cui tutela non può non darsi in condizioni di fondamentale eguaglianza su tutto il territorio nazionale» .

⁴⁷ Cort. cost., sent. 438/08: „Numerose norme internazionali, del resto, prevedono la necessità del consenso informato del paziente nell'ambito dei trattamenti medici.

In particolare, l'art. 24 della Convenzione sui diritti del fanciullo, firmata a New York il 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva con legge 27 maggio 1991, n. 176, premesso che gli Stati «riconoscono il diritto del minore di godere del miglior stato di salute possibile e di beneficiare di servizi medici e di riabilitazione», dispone che «tutti i gruppi della società in particolare i genitori ed i minori ricevano informazioni sulla salute e sulla nutrizione del minore».

L'art. 5 della Convenzione sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina, firmata ad Oviedo il 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145 (seppure ancora non risulta depositato lo strumento di ratifica), prevede che «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato»; l'art. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, sancisce, poi, che «ogni individuo ha diritto alla propria integrità fisica e psichica» e che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere in particolare rispettato, tra gli altri, «il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge». La necessità che il paziente sia posto in condizione di conoscere il percorso terapeutico si evince, altresì, da diverse leggi nazionali che disciplinano specifiche attività mediche: ad esempio, dall'art. 3 della legge 21 ottobre 2005, n. 219 (Nuova disciplina delle attività trasfusionali e della produzione nazionale degli emoderivati), dall'art. 6 della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nonché dall'art. 33 della legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), il quale prevede che le cure sono di norma volontarie e nessuno può essere obbligato ad un trattamento sanitario se ciò non è previsto da una legge».

⁴⁸ «...in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione»: Cort. cost., sent. 438/08.

⁴⁹ Corte cost., sent. n. 423/2004: «La ricerca scientifica deve essere considerata non solo una "materia", ma anche un "valore" costituzionalmente protetto (artt. 9 e 33 della Costituzione), in quanto tale in grado di rilevare a prescindere da ambiti di competenze rigorosamente delimitati (cfr. sentt. nn. 259/04 e 407/02).

⁵⁰ Ad es., si afferma che la inviolabilità della libertà e segretezza della corrispondenza, di cui all'art. 15 Cost., vale anche nei confronti dei privati (e non soltanto dei pubblici poteri).-Corte cost., sent. n. 77/72- facendosi rientrare entro il limite costituito dai motivi (di sanità o) «di sicurezza», non soltanto il profilo dell'incolumità fisica ma di ogni «situazione nella quale sia assicurato ai cittadini, per quanto è possibile, il pacifico esercizio di quei diritti di libertà che la Costituzione garantisce»: Corte cost., sent. n. 2/56.

⁵¹ Al riguardo, cfr. soprattutto K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 16 ss.. Inoltre, v. anche H. Maurer, *Staatsrecht*, 5^a Aufl., München, 2007, p. 25 ss. (per ciò che in particolare concerne l'interpretazione costituzionale)..

⁵² Sulla rilevanza del procedimento interpretativo come forma di legittimazione della decisione, cfr. ancora E. Denninger, *Einleitung*, in Id., *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990, p. 20.

per cui l'esito dell'attività interpretativa tende a configurarsi come "concretizzazione" del diritto (o dei diritti) fondamentali implicati nella controversia⁵³. In altre parole, nell'attività giurisdizionale momento interpretativo (id est: determinazione astratta del contenuto di un diritto fondamentale) e momento applicativo e creativo finiscono per coincidere, configurando nel risultato la reale sostanza del diritto (o dei diritti) interessati. La loro concretizzazione nel caso singolo si configura allora come sintesi di attività complementari ed ontologicamente distinte del procedimento giurisdizionale che culminano nell'argomentazione sottesa alla decisione.

6. *La concretizzazione giurisdizionale dei diritti. La razionalità dell'argomentazione giurisdizionale quale 'vincolo' di metodo (ma anche sostanziale ?) ai fini di un ragionevole esercizio della discrezionalità legislativa ?*

Complementare a quella ora descritta è, invece, la questione relativa alla relazione tra giudice di merito⁵⁴ e legislatore per ciò che attiene all'interpretazione dei singoli diritti fondamentali, in particolare nel caso che il giudice abbia provveduto a concretizzare il diritto in assenza di una specifica disciplina legislativa della fattispecie. Il fuoco di attenzione si concentra, in particolare, sulla (problematica) capacità performativa del precedente giurisprudenziale che interpreta il diritto fondamentale rispetto alle scelte politiche successive del legislatore nella regolamentazione di una determinata fattispecie.

Tale capacità viene ad essere, in principio, smentita in nome tanto della sovranità democratica del Parlamento quanto, anche, dell'eterogeneità di presupposti e di metodo che connota, rispettivamente, il procedimento di formazione della legge e l'emissione della sentenza. Il legislatore ordinario, si dice, è sovrano nell'attuazione dei diritti fondamentali, sempre che ciò avvenga, naturalmente, nell'osservanza dei precetti costituzionali.

Tuttavia, e rinviando per il primo punto a quanto si dirà avanti in tema di collaborazione tra i poteri (v. *infra*), merita rilevare come la soluzione di tale questione si manifesta, nella realtà, ben più complessa rispetto a quanto un po' didascalicamente enunciato.

Sul piano esterno, di peculiare rilievo a tali fini è la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, nelle forme e secondo i limiti prefissati dall'ordinamento, oltre alle pronunce della Corte di giustizia CE, per quanto attiene al catalogo di diritti facente parte della Carta europea dei diritti fondamentali.

Sul versante interno, poi, non può essere sottaciuto il valore intrinseco che, come limiti alla discrezionalità del legislatore ordinario può assumere, per un verso, la funzione nomofilattica svolta dalla Corte di Cassazione; per altro verso, l'interpretazione consolidata della giurisprudenza di merito, oltre, naturalmente, all'interpretazione desumibile dalla giurisprudenza costituzionale in particolare in quanto attiene all'esame della proporzionalità/ragionevolezza circa il corretto impiego della discrezionalità legislativa⁵⁵.

In fine, –come meglio si dirà avanti e come anche già si è visto, ad es., con riguardo alla natura della Costituzione quale *Wertordnung* (v. *infra*)– una certa capacità performativa di fatto sulle scelte discrezionali del legislatore possono svolgere autorevoli precedenti giurisprudenziali di Tribunali e Corti interne ad ordinamenti statali europei che vantano tradizioni e diritti costituzionali comuni.

Questione contrapposta (seppure, per certi aspetti, collaterale) a quella ora delineata riguarda invece la incertezza del metodo e dell'esito interpretativo riconducibili all'attività condotta dai giudici per arrivare alla decisione di una controversia riguardante diritti fondamentali, con conseguenze tutt'altro che irrilevanti anche sulla garanzia della tutela del principio di sicurezza giuridica.

Emblematico, al riguardo, il "caso-limite" del "diritto" alla interruzione delle cure da parte del paziente in fase terminale, che finisce per investire, in ultima analisi, la consistenza di beni giuridici fondamentali,

⁵³ Assumendo, come fa Konrad Hesse – *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., part. p. 24 ss.- un concetto di Costituzione quale "ordinamento giuridico fondamentale della comunità" in conformità ai cui principi-guida viene a formarsi l'unità politica "e devono essere percepiti i compiti statali", l'interpretazione costituzionale è percepita dall'A. essenzialmente come "concretizzazione" della Costituzione, intesa quale complesso normativo incompiuto, nella fase dell'applicazione giurisdizionale. Sulla questione dell'interpretazione come concretizzazione costituzionale v. anche E.-W. Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen* (1989) in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a.M., 2'Aufl., 1993, p. 159 ss., part. p. ...

⁵⁴ Per quanto attiene alle decisioni della Corte costituzionale, con particolare riguardo per le cd. "sentenze-monito" o "sentenze-delega", la questione è fin troppo nota e trattata in letteratura, perché valga la pena di essere qui richiamata. Sul punto, si rinvia, in generale a

... , P. ...
⁵⁵ *Idem*.

quali la dignità umana, la vita, la salute, l'autodeterminazione della persona. La perdurante assenza di una puntuale disciplina legislativa ha "costretto", infatti, i giudici di merito ad una diretta interpretazione di principi e diritti costituzionali, al fine di pervenire alla decisione del caso concreto. Ciò, peraltro, ha messo in evidenza significative differenze nel metodo interpretativo che hanno finito per rimarcare l'incertezza circa l'esistenza di paradigmi normativi certi ed obiettivi da cui inferire una regolamentazione della fattispecie *de qua* in assenza di disciplina legislativa.

Così, differente è stata la linea di indirizzo tenuta, rispettivamente, dal Tribunale di Roma, in merito alla vicenda del cd. "caso-Welby, come pure dalla Corte di appello di Milano e, poi, dalla Cassazione per il cd. "caso-Englaro".

Le fattispecie sono fin troppo note per doverle qui analiticamente richiamare. Soltanto, nella prima questione la decisione del giudice, in cui pure si riconosce l'esistenza del diritto all'autodeterminazione del paziente, consolidato anche nell'indirizzo giurisprudenziale, ha rigettato la richiesta, espressa "consapevolmente e direttamente" dall'interessato (per ammissione dello stesso Giudice)", di ordinare al personale medico che lo teneva in cura l'immediata sospensione del trattamento sanitario in corso (alimentazione forzata), sul presupposto dell'assenza di fondamento legislativo nel quale fossero stati posti in un ragionevole bilanciamento tutti gli interessi coinvolti, *in primis* quello relativo al valore della dignità umana⁵⁶.

⁵⁶ Con riguardo al primo caso, va sottolineato che il Collegio giudicante motivò il rifiuto di accogliere la richiesta del paziente di interrompere il trattamento terapeutico –nello specifico, si trattava della respirazione forzata- sul presupposto che la positivizzazione del diritto all'autodeterminazione - soprattutto attraverso la regolamentazione del consenso informato - fosse un dato acquisito ("Il principio dell'autodeterminazione e del consenso informato è una grande conquista civile delle società culturalmente evolute; esso permette alla persona, in un'epoca in cui le continue conquiste e novità scientifiche nel campo della medicina consentono di prolungare artificialmente la vita, lasciando completamente nelle mani dei medici la decisione di come e quando effettuare artificialmente tale prolungamento, con sempre nuove tecnologie, di decidere autonomamente e consapevolmente se effettuare o meno un determinato trattamento sanitario e di riappropriarsi della decisione sul se ed a quali cure sottoporsi. Il quadro di riferimento dei principi generali si rinviene innanzitutto negli artt. 2, 13 e 32 Cost., ed abbraccia la tutela e promozione dei diritti fondamentali della persona della sua dignità ed identità, della libertà personale e della salute. La giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale ha fatto emergere l'ampiezza di tale principio, nel senso che qualsiasi atto invasivo della sfera fisica, sia di natura terapeutica che non terapeutica, non può avvenire senza o contro il consenso della persona interessata, in quanto l'invulnerabilità fisica costituisce il nucleo essenziale della stessa libertà personale; mentre, l'imposizione di un determinato trattamento sanitario può essere giustificato solo se previsto da una legge che lo prescrive in funzione di tutela di un interesse generale e non a tutela della salute individuale e se è comunque garantito il rispetto della dignità della persona (art.32 Cost.). Il principio trova riconoscimento nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo e la biomedicina di Oviedo del 1997, ratificata con Legge 28 marzo 2001 n.145 nel Codice di deontologia medica, in molte leggi speciali, a partire dal quella istitutiva del Servizio sanitario nazionale. Pertanto, il principio dell'autodeterminazione individuale e consapevole in ordine ai trattamenti sanitari può considerarsi ormai positivamente acquisito ed è collegato al dovere del medico di informare il paziente sulla natura, sulla portata e sugli effetti dell'intervento medico, che è condizione indispensabile per la validità del consenso, ed è il presupposto dialettico del rapporto medico-paziente nonché fondamento di obblighi e responsabilità di quest'ultimo..."). In particolare, la giurisprudenza della Cassazione aveva affermato l'esistenza "in capo alla persona un vero e proprio diritto soggettivo perfetto a rifiutare liberamente e consapevolmente la terapia" anche quando da quest'ultima dipendesse la vita del paziente " (ad es. Cass. Sez. I, 11 luglio 2002, n. 26646)". Nel contempo, tuttavia, il Tribunale ha evidenziato come tale diritto all'autodeterminazione del paziente sollevasse "aspetti problematici in termini di concretezza ed effettività rispetto al profilo della libera e autonoma determinazione individuale sul rifiuto o la interruzione delle terapie salvavita nella fase terminale della vita umana. ...". In particolare, "lo sforzo di attuazione del principio della libertà individuale e di elaborazione del contenuto del consenso per le scelte di trattamento medico di fine vita nei malati terminali ..." avrebbe richiesto "necessariamente il superamento della impostazione formale della generale doverosità giuridica del mantenimento in vita del paziente e il leale ripensamento delle categorie distinte fra comportamenti passivi e comportamenti attivi del medico, in particolare valorizzando l'essenza e il rispetto della dignità umana, la qualità della vita, e facendo ricorso ai concetti di futilità o inutilità del trattamento medico, di incurabilità della malattia, di insostenibilità della sofferenza e di condizioni degradanti per l'essere umano". In effetti, "il divieto di accanimento terapeutico" pur solidamente basato su principi costituzionali, quali la tutela della dignità della persona, "sul piano dell'attuazione pratica del corrispondente diritto del paziente ad esigere ed a pretendere che sia cessata una determinata attività medica di mantenimento in vita, in quanto reputata di mero accanimento terapeutico, lascia il posto alla interpretazione soggettiva ed alla discrezionalità nella definizione di concetti si di altissimo contenuto morale e di civiltà e di intensa forza evocativa (primo fra tutti la dignità della persona), ma che sono indeterminati e appartengono ad un campo non ancora regolato dal diritto e non suscettibile di essere riempito dall'intervento del Giudice, nemmeno utilizzando i criteri interpretativi che consentono il ricorso all'analogia o ai principi generali dell'ordinamento.". "Solo la determinazione politica e legislativa, facendosi carico di interpretare la accresciuta sensibilità sociale e culturale verso le problematiche relative alla cura dei malati terminali, di dare risposte alla solitudine ed alla disperazione dei malati di fronte alle richieste disattese, ai disagi degli operatori sanitari ed alle istanze di fare chiarezza nel definire concetti e comportamenti, può colmare il vuoto di disciplina, anche sulla base di solidi e condivisi presupposti scientifici che consentano di prevenire abusi e discriminazioni (allo stesso modo in cui intervenne il legislatore per definire la morte cerebrale nel 1993)". Pertanto, "in assenza della previsione normativa degli elementi concreti, di natura fattuale e scientifica, di una delimitazione giuridica di ciò che va considerato accanimento terapeutico, va esclusa la sussistenza di una forma di tutela tipica dell'azione da far valere nel giudizio di merito, e di conseguenza, ciò comporta la inammissibilità dell'azione cautelare, attesa la sua finalità strumentale e anticipatoria degli effetti del futuro giudizio di merito".

Tale decisione è parsa subito poco condivisibile nella misura in cui, riprendendo il vecchio indirizzo classico-liberale, come richiamato anche nella sentenza del giudice amministrativo citata all'inizio del presente lavoro (v. *supra*), giunge, per un verso, ad emancipare il legislatore da ogni vincolo derivante dalla norma costituzionale, depauperandone l'efficacia giuridica prescrittiva immediata. D'altro canto, essa condiziona l'effettività della tutela costituzionale (peraltro, come detto, pienamente ammessa dal giudice stesso) dell'individuo al previo intervento del legislatore.

Nel cd. "caso Englaro"⁵⁷ la Cassazione italiana, in contrario avviso rispetto all'orientamento espresso dal giudice di Roma, ha statuito, in via preliminare l'immediata tutela connessa al valore "primario e assoluto" dei diritti coinvolti, anche in assenza di precisa disciplina legislativa. In tal caso, siffatta tutela deve essere assicurata attraverso "una delicata opera di ricostruzione della regola di giudizio nel quadro dei principi costituzionali". Nello specifico, riformando la decisione della Corte di appello di Milano⁵⁸ la S.C. ha determinato, in primo luogo, i limiti dell'intervento del rappresentante legale del paziente incapace, al quale non spetta "un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza" e, così, di decidere "al posto" o "per" l'incapace. Egli, invece, deve decidere "con" l'incapace⁵⁹.

Pur essendo la "funzionalizzazione del potere di rappresentanza" rivolta alla cura del paziente ed alla tutela del suo diritto alla vita, nondimeno essa consente la decisione di interrompere i trattamenti sanitari "in casi estremi" quando ciò corrisponda alla volontà del paziente⁶⁰.

Siffatto pronunciamento della Cassazione italiana attinge a grandi linee ad un autorevole precedente, espressamente richiamato nel corpo della sentenza, costituito dalla sentenza del 17 marzo 2003 del *Bundesgerichtshof*, emessa con riguardo all'istanza di interruzione del trattamento sanitario presentata dal tutore di un un paziente oramai in fase terminale, sottoposto a nutrizione forzata attraverso sondino naso-gastrico, incapace di manifestare direttamente la propria volontà⁶¹. Tale istanza era fondata sul duplice presupposto che dal prosieguo del trattamento sanitario non si potesse attendere alcun miglioramento dello stato di salute dell'interessato e che l'istanza aderisse in pieno alla volontà di

⁵⁷ Nella specie, come è noto, la paziente verteva, a seguito di un incidente stradale, in una condizione di stato vegetativo permanente che ne caveva compromesso ogni esercizio diretto di volontà. Per quest'ultima, pertanto, si era resa necessaria la nomina di un tutore (nella persona del padre dell'interessata).

⁵⁸ ...la quale aveva contestato la tesi secondo cui, di fronte ad un trattamento medico che vale unicamente a mantenere in vita il paziente dal punto di vista biologico, ma dal quale non può derivare alcuna speranza di miglioramento del suo stato di salute, soltanto l'accertamento di una precisa volontà del paziente del tutto favorevole a proseguire la vita "ad ogni costo", espressa quando egli era in piena facoltà di intendere e di volere, indurrebbe a ritenere non degradante il trattamento al quale quest'ultimo, allo stato, era sottoposto (alimentazione forzata mediante sondino naso gastrico).

⁵⁹ "quindi ricostruendo la presunta volontà del paziente incosciente, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche": Cass. (I sez. civile), n. 21748 del 16.10.2007.

⁶⁰ "quando la condizione di stato vegetativo sia, in base ad un rigoroso apprezzamento clinico, irreversibile e non vi sia alcun fondamento medico ... che lasci supporre che la persona abbia la benché minima possibilità di un qualche, sia pure flebile, recupero della coscienza e di ritorno ad una vita fatta anche di percezione del mondo esterno; e sempre che tale condizione -tenuto conto della volontà espressa dall'interessato prima di cadere in tale stato ovvero dei valori di riferimento e delle convinzioni dello stesso- sia incompatibile con la rappresentazione di sé sulla quale egli aveva costruito la sua vita fino a quel momento e sia contraria al di lui modo di intendere la dignità della persona": Cass. (I sez. civile), n. 21748 del 16.10.2007.

⁶¹ Il paziente che, da fine del 2000, in seguito ad un infarto aveva subito un danno ipossico al cervello nel senso di una sindrome di stato vegetativo. Da allora, egli era nutrito attraverso una sonda (PEG-Sonde) mentre con lo stesso non era possibile stabilire nessun contatto. Su proposta della clinica, dove il paziente era ricoverato, fu dal pretore (Amtsgericht) -nel gennaio 2001- nominato il figlio di questi come tutore (Betreuer) -per l'espletamento del gruppo di compiti: "Cura per la salute dell'interessato ..., rappresentanza nei confronti delle autorità ... e istituzioni". Tale nomina fu poi dallo stesso giudice (con decisione del 18.12.2001) prolungata. L'8 aprile 2002 il tutore aveva avanzato al pretore richiesta di sospensione del trattamento di alimentazione forzata per suo padre, sulla base di un duplice presupposto: che non c'era da attendersi miglioramenti dello stato di salute di quest'ultimo e che la richiesta sospensione corrispondeva ad un desiderio in precedenza reso manifesto dallo stesso padre (il figlio-tutore si riporta ad una dichiarazione scritta a macchina e sottoscritta dal padre/paziente). La moglie del paziente e sua figlia si dichiarano concordi con la decisione del tutore e la sostengono. Ma il pretore aveva rigettato la richiesta, ritenendola priva di un fondamento giuridico. Il ricorso presentato presso il Tribunale di Stato fu da quest'ultimo rigettato. La Corte di appello dello Schleswig-Holstein desidererebbe rigettare l'ulteriore ricorso del tutore ma si vedeva impedita a ciò da alcuni precedenti -sentenze della Corte di appello di Francoforte (15.7.98 e 20.11.01) e della Corte di appello di Karlsruhe (29.10.01)- in cui, in base ad un'applicazione analogica della (vecchia) prescrizione dell'§ 1904 BGB, si riteneva che l'approvazione del tutore all'interruzione dell'alimentazione per mezzo di una sonda allo stomaco (PEG-Magensonde) di un paziente incapace di manifestare direttamente la propria volontà e danneggiato in maniera irreversibile al cervello richiedesse l'autorizzazione del giudice tutelare (*Vormundschaftsgericht*). La Corte di appello dello Schleswig-Holstein andando in contrario avviso rispetto a tali precedenti, assumeva invece che il consenso del tutore in tal caso non abbisognasse di alcuna autorizzazione. Pertanto, essa aveva rimesso la questione alla Corte federale tedesca (Bundesgerichtshof).

quest'ultimo⁶². Nella circostanza, la Suprema Corte federale tedesca aveva specificato, in primo luogo, come mancassero risposte certe alla questione dell'ammissibilità e dei limiti della cd. *Sterbehilfe*, né dalla Costituzione era possibile inferire appigli sicuri di un orientamento oggettivo e giuridicamente affidabile nel conflitto tra diritto alla vita e dignità umana. Tanto, tuttavia, non avrebbe potuto intendersi, da parte del giudice, come carenza di ogni fondamento giuridico della richiesta, così da giustificare senz'altro una pronuncia di rigetto. In presenza di determinati presupposti -paziente incapace di manifestare direttamente la volontà consenziente, affetto da patologia che ha iniziato un processo irreversibile di morte (*irreversiblen tödlichen Verlauf*)- i trattamenti terapeutici volti a conservare o prolungare la vita non devono essere posti in essere o proseguiti quando siffatta volontà di rifiuto (o di rinuncia) corrisponda a quella del paziente.

Tale conseguenza, secondo la Corte, era da derivarsi dal principio di tutela della dignità umana che impone di rispettare la volontà in precedenza espressa come autodeterminazione da soggetto capace, quando quest'ultimo non sia più in condizione di assumere direttamente una decisione responsabile. Soltanto qualora non possa essere verificata una manifestata volontà del paziente, dovrebbe valutarsi l'ammissibilità dei trattamenti terapeutici "salvavita" sulla base di una volontà "presunta" di quest'ultimo, da ricercarsi in modo individuale, desumendola di volta in volta dalle sue decisioni di vita, dallo statuto dei suoi valori (*Wertvorstellungen*) e dai suoi convincimenti. Nel caso sia nominato un tutore del paziente, questi è chiamato a conferire espressione e validità alla volontà del paziente, nei confronti del medico e del personale di cura, sotto la propria giuridica responsabilità e secondo il parametro dell'§1901 BGB⁶³. Il tutore potrà efficacemente rifiutare il suo consenso alle misure terapeutiche proposte dal medico dirette a conservare la vita o a prolungarla solo con la necessaria approvazione del giudice tutelare⁶⁴, tenuto conto della manifestazione di volontà da quest'ultimo dichiarata in precedenza, sempre che non sia stata, nel frattempo, dallo stesso paziente revocata (...) ⁶⁵. Per altro verso, una richiesta del tutore di sospensione del trattamento terapeutico "salvavita", non basata su una volontà dimostrata (reale o presunta) dell'interessato, dovrà avere, come paradigma normativo di riferimento, possibilmente una comprensione del Bene dell'interessato che, per un verso, esige (il ricorso a) un trattamento finalizzato al prolungamento della vita che dai medici è stato ritenuto opportuno; per altro verso, tuttavia, non impone l'impiego di ogni possibile misura tecnico-sanitaria.

Le argomentazioni motivazionali che sottendono la decisione si mostrano, dunque, articolate e complesse basata, in ogni caso, su un ponderato apprezzamento delle norme-principio recate dalla Legge fondamentale, da cui deriva, ad es., che l'utilizzo prolungato di una sonda gastrica configura un'ipotesi di ingerenza nell'integrità fisica della persona, per la quale c'è bisogno del consenso del paziente. Il richiamo alla dignità umana, d'altro canto, non si risolve nella primazia *tout court* della libertà individuale di autodeterminazione del paziente ma indulge ad un assecondamento delle decisioni di quest'ultimo soltanto in presenza di precisi presupposti, di natura sostanziale e procedurale, ivi espressamente indicati.

⁶² Contro la decisione del giudice di primo grado (*Amtsgericht Lübeck*) di non accogliere la richiesta in ragione della paventata assenza di un fondamento legislativo era stato avanzato ricorso diretto (*Beschwerde*) al Tribunale statale (*Landesgericht Lübeck*), poi alla Corte di appello del Land (*Oberlandsgericht Schleswig-Holstein*) che non avevano sortito effetto. Tuttavia, quest'ultimo giudice, non condividendo la linea di indirizzo seguita da altre Corti di appello in fattispecie analoghe o identiche, aveva adito il *Bundesgerichtshof*.

⁶³ Con la nomina (come nel caso di specie) di un tutore, si ripristina la capacità di agire del paziente e il tutore deve operare al fine esclusivo di rendere effettiva la volontà dell'interessato sotto la propria autonoma responsabilità, nei confronti del medico e del personale sanitario, secondo il criterio di cui all'art. 1901 BGB. Da ciò deriva che, per il caso di specie, il mantenimento del sondino e la prosecuzione dell'alimentazione forzata richiedono (stante la incapacità del paziente) necessariamente il consenso del tutore. Tuttavia, la revoca del consenso necessario può di per sé essere sottoposto al controllo del giudice tutelare ... Né potrebbe opporsi, contro l'intervento del giudice, la considerazione che la decisione di rinunciare al prosieguo dell'alimentazione forzata sia di natura esclusivamente personale. La decisione del rappresentante legale è posta a sostegno della volontà del paziente, precedentemente resa manifesta e tuttora valida, essa pertanto non ridonda in una decisione del tutore ma resta espressione di una volontà altamente personale, quale quella manifestata in precedenza dal paziente.

⁶⁴ La decisione del tutore contro il prosieguo di un'alimentazione forzata non si sottrae all'approvazione del giudice tutelare per il solo fatto che essa giuridicamente possa configurarsi come un "non fare" (*Unterlassen*). Né potrebbe opporsi, contro l'intervento del giudice, la considerazione che la decisione di rinunciare al prosieguo dell'alimentazione forzata sia di natura esclusivamente personale. La decisione del rappresentante legale è posta a sostegno della volontà del paziente, precedentemente resa manifesta e tuttora valida, essa pertanto non ridonda in una decisione del tutore ma resta espressione di una volontà altamente personale, quale quella manifestata in precedenza dal paziente. In ogni caso, non c'è spazio né per un consenso del tutore né per l'approvazione del giudice tutelare se la pratica di un tale trattamento (o il suo prosieguo) non sia stato consigliato dai medici.

⁶⁵ Quando poi risulti carente ogni manifestazione di volontà al riguardo, è necessario risalire a criteri che corrispondano ad un generale statuto di valori (*Wertvorstellungen*) -posizione, peraltro, dalla Corte di appello dello Schleswig- Holstein criticata per l'estrema genericità di siffatto parametro.

Ad ogni modo, la Corte di cassazione federale tedesca ha recisamente contestato che si potesse obiettare, in generale, l'assenza di criteri sulla base dei quali il giudice di merito fosse in grado di apprezzare giuridicamente l'istanza del rappresentante di interrompere l'alimentazione artificiale del paziente -così che tale istanza sarebbe apparsa, in fine, come non giustiziabile. In proposito, essa ha richiamato il proprio precedente (sent. del 14.9.94) in cui fu sancito, tra l'altro, che qualora la patologia del paziente si mostri, a giudizio del medico, irreversibile e il processo di morte abbia già avuto inizio, l'ordinamento giuridico può ammettere l'omissione di trattamenti terapeutici o la interruzione degli stessi; di converso, nessuno spazio potrebbe esservi per l'accoglimento di un'istanza di sospensione del trattamento terapeutico se un processo irreversibile di morte non abbia ancora avuto inizio e attraverso le misure sanitarie la vita dell'interessato potrebbe essere prolungata o conservata⁶⁶.

Il giudice, peraltro, non ha inteso smentire la tesi della Corte di appello remittente che nell'art. 1904 BGB (che vuole conservare la vita e la salute dell'interessato) non rinveniva alcun fondamento giuridico della legittimazione di un controllo del giudice tutelare sull'istanza del tutore di sospensione del trattamento medico⁶⁷. Nondimeno, il mancato impiego in via analogica della citata disciplina non avrebbe comunque dovuto ritenersi, secondo quella Corte, ostativo della previsione di un controllo del giudice tutelare nell'ipotesi suindicata, dovendosi nella fattispecie in questione seguire la via del cd. perfezionamento/aggiornamento (*Fortbildung*) del diritto di assistenza⁶⁸. In definitiva, l'efficacia dell'omissione (rifiuto) del consenso nel trattamento sanitario, nell'ipotesi summenzionata, è condizionata all'approvazione del giudice tutelare, tenuto a verificare la legittimità della condotta del tutore sulla base dei criteri come sopra indicati⁶⁹. Con la richiesta di consenso del giudice tutelare si attende ad una tutela del diritto alla vita dell'interessato, insieme con la tutela del diritto all'autodeterminazione e della dignità umana. (...).

La linea di indirizzo intrapresa ha poi trovato conferma in successive decisioni del *Bundesgerichtshof* in cui, ribadita la necessità del consenso del paziente per l'alimentazione forzata attraverso sondino gastrico, si è riconosciuta la liceità giuridica dell'interruzione di trattamenti medici "salvavita" quando ciò corrisponda alla volontà del paziente, sempre che tale interruzione valga a consentire l'avvento del naturale processo di morte⁷⁰. Il rifiuto di consenso del tutore di proseguire nel trattamento di alimentazione forzata, in

⁶⁶ Anche nella fattispecie evocata da ultimo, tuttavia, la mancata attività terapeutica o la sospensione di misure di prolungamento o mantenimento in vita del paziente, per essere considerate giuridicamente lecite, devono corrispondere alla volontà, manifestata (in precedenza) o presunta, da quest'ultimo.

⁶⁷ Tale prescrizione era apparsa non idonea di per sé ad un'applicazione in via analogica, così da giustificare un'incompetenza del giudice tutelare a decidere sulle decisioni del tutore contrarie a trattamenti medici di prolungamento e mantenimento in vita del paziente (...). In effetti, l'articolo in questione (nella versione allora vigente) riguardava soprattutto il consenso del tutore e l'autorizzazione del giudice tutelare per la pratica di trattamenti sanitari comportanti anche un rischio per la vita e la salute del paziente, ma il ricorso ai quali si paventava in ragione delle possibilità di guarigione di quest'ultimo, laddove invece, l'autorizzazione nel caso di specie riguardava la fine della vita. In secondo luogo, come aveva rilevato la Corte di appello dello Schleswig Holstein, si trattava, al riguardo, più propriamente (non di un consenso ma) di una revoca del consenso precedentemente dato. In proposito, quest'ultima aveva precisato che perfino se fosse assunta la presenza di un vuoto legislativo, questo non avrebbe potuto essere compensato da un'integrazione del giudice, poiché "la collaborazione statale in merito ad una condotta finalizzata alla fine della vita di un uomo è così essenziale che c'è bisogno di una regolamentazione legislativa" riguardante soprattutto alcuni interrogativi procedurali (se sia da acquisire un parere di esperti, se, in assenza di elementi da valutare ai fini dell'accertamento della volontà consenziente dell'interessato, sia da risalire alle generali "rappresentazioni di valore" (*Wertvorstellungen*)).

⁶⁸ Infatti il perfezionamento/aggiornamento del diritto configura un obbligo del giudice supremo federale, che viene costantemente esercitato. Nello specifico, a tale determinazione il *Bundesgerichtshof* approda prevalentemente attraverso una visione d'insieme del diritto di assistenza, tenuto conto del bisogno innegabile di trovare, "per tutti gli interessati, con gli strumenti del diritto, risposte giuridicamente responsabili" a domande che vertono nell'area di frontiera tra la vita e la morte. Né ad una siffatta pratica giurisdizionale può ostare la prevalenza della legge. (...). Infatti, dal fatto che il legislatore abbia voluto riconoscere attenzione al desiderio di un paziente incapace di manifestare la propria volontà, anche quando esso sia mirato a non ricevere, nella fase finale della vita, trattamenti sanitari che insieme alla vita, possano prolungare anche il dolore; unitamente al fatto che la legge non abbia sottoposto a nessuna riserva di autorizzazione del giudice la condotta del tutore mirata a rendere effettivo tale desiderio, non può portare a sostenere la tesi di un "tacere eloquente" della legge sull'assistenza, da cui inferire il divieto, attraverso la via del perfezionamento/aggiornamento giuridico, di sottoporre al controllo del giudice tutelare l'omesso consenso del tutore per provvedimenti diretti ad allungare e/o conservare la vita. (...). Nemmeno può opporsi a tanto la riserva di legge di cui all'art. 2, comma 2, terzo al., GG; il controllo giurisdizionale infatti non può intendersi come forma di ingerenza nei diritti del paziente alla vita o all'integrità fisica. (...).

⁶⁹ Il giudice deve approvare la decisione del tutore contraria al trattamento finalizzato al mantenimento in vita o al prolungamento della vita del paziente se viene dallo stesso accertato che la malattia ha ormai intrapreso un irreversibile decorso mortale e la pratica di tali trattamenti contraddice la volontà -precedentemente manifestata e ancora valida, oppure presunta- dell'interessato..

⁷⁰ *Bundesgerichtshof*, Beschluss vom 8.6.2005 (XII ZR 177/03)). Un siffatto trattamento contro la volontà del paziente costituirebbe, allora, condotta antigiuridica, che lo stesso paziente può pretendere di far venir meno: *Bundesgerichtshof*, Beschluss vom 25.6.2010 (2 StR 454/09).

corrispondenza ad una volontà -presunta o dichiarata- del paziente, non abbisogna di alcuna previa autorizzazione del giudice tutelare quando tale sospensione non risulti in conflitto con la posizione del medico⁷¹.

Dai suesposti orientamenti della giurisprudenza, tanto del del Tribunale di Roma quanto della Cassazione italiana e di quella tedesca, sembra enuclearsi, quale tratto comune fondamentale, la centralità del principio della dignità umana⁷² nell'attenzione alle vicende riguardanti la fase terminale di vita del paziente. Soltanto, mentre nell'ordinanza del Tribunale di Roma la natura di principio aperto, che necessita di una disciplina legislativa mirata a valorizzarne il rispetto e l'essenza, con riguardo specifico al principio di autodeterminazione nella fase conclusiva della vita, rappresenta un limite all'azione interpretativa del giudice; nelle sentenze della Cassazione italiana e del *Bundesgerichtshof* tale limite viene meno del tutto.

Certo, l'orientamento del giudice di Roma sembra in qualche modo coerentemente comporsi con la estrema prudenza ad oggi mostrata dalla Corte costituzionale italiana nel riconoscere autonoma ed immediata efficacia normativa sostanziale al valore della dignità umana, rifuggendo da decisioni che avessero come base di riferimento, unicamente quel paradigma⁷³. La Corte, invece, ha inteso declinarlo come una sorta di valore intrinseco "*che permea di sé il diritto positivo*" (sent. n. 293/2000; ord. n. 92/02)⁷⁴, in

⁷¹ Diverso, invece, è il caso del medico che avesse ritenuto i trattamenti salvavita opportuni e li avesse prescritti: *Bundesgerichtshof, Beschluss vom 8.6.2005, cit.*

⁷² Si tratta, in verità, di un "valore"/principio privo di autonoma canonizzazione all'interno della Carta fondamentale del '48, a differenza peraltro di altre Costituzioni, come quella tedesca –in cui, invece, la dignità umana assurge a diritto/valore assoluto (art. 1, comma 1, GG).

⁷³ In una decisione risalente ((Corte cost., sent. n. 68/64) il Giudice costituzionale precisò come non potesse fondatamente sostenersi una riserva di giurisdizione per tutti atti lesivi della dignità delle persone, in particolare non avrebbe potuto fondatamente affermarsi che "*che alla pubblica Amministrazione sia sottratto qualunque provvedimento che intacchi la dignità delle persone*". Nella "vastissima sfera" di compiti pubblici che l'Amministrazione è tenuta ad adottare vi sono "atti le cui ripercussioni sulla stimabilità delle persone possono essere rilevanti": si pensi agli atti relativi a decadenze, dimissioni, divieti, sanzioni amministrative, fra le quali, relevantissime, quelle disciplinari, che possono giungere alla destituzione di pubblici dipendenti ed alla radiazione dagli albi professionali. Ben potrebbe il legislatore attribuire al giudice la competenza di adottare qualcuno di questi atti; ma non ha fondamento la tesi secondo cui tutti gli atti del genere debbano essere affidati esclusivamente al giudice. Le leggi ed i principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa stabiliscono le garanzie formali e sostanziali che spettano al cittadino nei confronti dell'Amministrazione quando trattisi di provvedimenti inerenti alle persone; ma ciò non significa che, nell'ambito della legittimità costituzionale, sia necessario che tali garanzie siano sempre poste nelle mani del giudice. Questi ne conoscerà dopo; ed uno degli elementi essenziali del suo esame consisterà nel rilevare se quelle garanzie siano state o non rispettate dall'organo amministrativo. Si può concludere che dall'insieme delle norme ora esaminate non si può dedurre l'esistenza di un principio generale di ordine costituzionale, che affermi la necessità dell'intervento del giudice in tutti i casi in cui nell'interesse della pubblica Amministrazione si debba procedere ad atti da cui derivi o possa derivare una menomazione della dignità della persona. In sostanza, o tali atti sono ammissibili in base all'art. 3 della Costituzione, e allora anche le autorità amministrative possono emetterli, salvo che in virtù di altre norme o principi costituzionali la competenza non debba essere affidata al giudice, o non sono ammissibili e allora neppure una sentenza del giudice potrebbe adottarli".

Un richiamo incidentale al valore della dignità umana –quantunque nella circostanza la Corte appaia riconoscere l'autonomia giuridica di siffatto valore- è poi contenuto in quelle decisioni (Corte cost., sent. n. 61/2011, sent. n. 269/010) che ribadiscono l'equiparazione tra straniero e cittadino ai fini della titolarità "di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla persona" (sentenza n. 148/08) e che, con riferimento al diritto all'assistenza sanitaria riconoscono l'esistenza di un "«nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire la costituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto»" (sentenza n. 252/01)

Conforme, sul prevalente impiego della dignità umana quale argomentazione ausiliaria nelle decisioni della Corte costituzionale, cfr. A. Ruggeri, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, ora anche in Id., "*itinerari*" di una ricerca sul sistema delle fonti, XIV, studi dell'anno 2010, Torino, 2011, p. 511 ss., part. p. 518.

⁷⁴ "...e deve dunque incidere sull'interpretazione di quella parte della disposizione in esame che evoca il comune sentimento della morale": Corte cost., sent. n. 293/2000 "L'art. 15 della legge sulla stampa del 1948, esteso anche al sistema radiotelevisivo pubblico e privato dall'art. 30, comma 2, della legge 6 agosto 1990, n. 223, non intende andare al di là del tenore letterale della formula quando vieta gli stampati idonei a "turbare il comune sentimento della morale". Vale a dire, non soltanto ciò che è comune alle diverse morali del nostro tempo, ma anche alla pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea. Tale contenuto minimo altro non è se non il rispetto della persona umana, valore che anima l'art. 2 della Costituzione, alla luce del quale va letta la previsione incriminatrice denunciata.

Solo quando la soglia dell'attenzione della comunità civile è colpita negativamente, e offesa, dalle pubblicazioni di scritti o immagini con particolari impressionanti o raccapriccianti, lesivi della dignità di ogni essere umano, e perciò avvertibili dall'intera collettività, scatta la reazione dell'ordinamento. E a spiegare e a dar ragione dell'uso prudente dello strumento punitivo è proprio la necessità di un'attenta valutazione dei fatti da parte dei differenti organi giudiziari, che non possono ignorare il valore cardine della libertà di manifestazione del pensiero. Non per questo la libertà di pensiero è tale da inficiare la norma sotto il profilo della legittimità costituzionale, poiché essa è qui concepita come presidio del bene fondamentale della dignità umana.(...)

La descrizione dell'elemento materiale del fatto-reato, indubbiamente caratterizzato dal riferimento a concetti elastici, trova nella tutela della dignità umana il suo limite, sì che appare escluso il pericolo di arbitrarie dilatazioni della fattispecie, risultando quindi infondate le censure di genericità e indeterminazione.

Quello della dignità della persona umana è, infatti, valore costituzionale che permea di sé il diritto positivo e deve dunque incidere sull'interpretazione di quella parte della disposizione in esame che evoca il comune sentimento della morale. Nella stessa chiave

corrispondenza anche con un indirizzo della Cassazione italiana⁷⁵ che intende la dignità umana quale “fondamentale e irrinunciabile connotazione della persona” -nominata a vari effetti negli artt. 3, co. 1, 36, 41 cost.- e la qualifica “più che un diritto” come “il principio generatore e di intelligibilità di tutti i diritti fondamentali”⁷⁶. Essa, pertanto, si prefigura piuttosto come una condizione connaturata all’esistenza umana che come un parametro normativo per la soluzione di questioni concrete.

Nel caso analizzato da ultimo, invece, la S.C. italiana –quasi pedissequamente ricalcando l’impostazione argomentativa del Giudice tedesco- delinea una precisa correlazione funzionale, benché non assoluta, tra il principio/valore della dignità umana⁷⁷ ed il diritto all’autodeterminazione che si manifesta nell’espressione di volontà, diretta o presunta, del paziente. Contestando l’esito del bilanciamento operato dalla Corte di appello di Milano, essa precisa come al diritto all’autodeterminazione terapeutica del paziente non costituisca di per sé un limite il fatto che dal suo esercizio possa conseguire, quale esito, “il sacrificio del bene della vita”. Il giudice della nomofilachia dunque, correggendo l’operazione di bilanciamento dei valori concorrenti come svolta dal giudice di II grado è giunto ad una determinazione della regola “obiettiva” di giudizio per la decisione del caso di specie.

7. Conclusioni.

L’analisi fin qui condotta sull’esperienza giurisprudenziale sembra confermare, in buona sostanza, tutta la problematicità (e, forse, l’insuperabilità) del rapporto tra giudice e legislatore nell’attuazione e tutela dei diritti fondamentali.

Da un lato, infatti, appare –quanto meno di fatto- tratteggiata una rappresentazione della legge quale esclusiva forma di svolgimento delle norme costituzionali la cui attenzione implichi una decisione politica. La garanzia di immediata tutela dei diritti fondamentali che, nelle società pluraliste appare un fondamento ineludibile di legittimazione dell’unità politica statale, non sembra allora poter escludere, anche sul piano dogmatico, la legittimità di un’interpretazione giurisdizionale diretta di tali diritti e principi fondamentali, seppure collocata nel contesto di una più ampia trama interpretativa che investa comunque altre norme e disposizioni dell’ordinamento giuridico statale. D’altro lato, la consapevolezza di un consistente grado di politicità soprattutto nel realizzare un bilanciamento degli stessi nel quadro di una disciplina generale della materia resta prerogativa ineludibile del legislatore democratico.

In tale tensione sembra rivelarsi, peraltro, la realtà del conflitto –come lo definisce *Erhard Denninger*- tra lo stato di diritto “materiale” e quello “formale” democratico rappresentativo, in una parola, tra un senso di “giustizia” sostanziale ed un altro, invece, di sicurezza giuridica “formale”⁷⁸. Il principio della forza immediatamente precettiva dei diritti fondamentali nei confronti di tutti i poteri dello Stato, premessa indefettibile dello Stato costituzionale di diritto (i cui termini di riferimento sono in primo luogo da rinvenirsi negli artt. 2, 3, 13 ss., 24, 101 c.1., 113 Cost.), sta a presidio di un pluralismo istituzionale nella interpretazione e concretizzazione dei diritti che sembra sempre di più spingere nell’ombra la visione della Costituzione quale *Rahmensordnung* dei processi di decisione politica. D’altro verso, l’esaltazione della Carta quale ordinamento giuridico fondamentale della comunità, in conformità ai cui principi-guida si

interpretativa si dissolvono i dubbi sul fondamento della previsione incriminatrice. Onde non v’è lesione degli artt. 3, 21 e 25 della Costituzione”.

⁷⁵ Cass. Pen., n. 26636 ud. del 04.4. 2002: „: “La valorizzazione della persona rappresenta, invero, il principale tratto distintivo dell’attuale stato costituzionale. Sulla “anteriorità della persona - intesa nella sua necessaria socialità - rispetto allo Stato” e sulla sua “integrazione nel pluralismo sociale” (secondo le espressioni contenute nell’ordine del giorno presentato dall’on. Dossetti all’assemblea costituente il 9 settembre 1946) si realizza il patto costituzionale che dà origine alle norme fondamentali contenute negli artt. 2 e 3 cpv. cost., laddove appunto viene sancito il “valore assoluto della persona umana” (C. cost. 10.12.1987, n. 479; cfr. altresì sent. 22.6.1989, n. 346, 24.5.1985, n. 161), vista non solo nella sua dimensione sostanzialistica e individuale ma anche nella sua proiezione sociale e intersoggettiva”.

⁷⁶ La d.u. pertanto “è riconosciuta a ciascuna persona in ragione non solo della sua individualità ma, per la indicata dimensione sociale, anche della sua piena appartenenza al genere umano (o, in questo senso, alla “umanità”, secondo la dizione dell’art. 7.1 dello Statuto cit. della Corte penale internazionale, costituzionalmente rilevante per effetto dell’art. 10 Cost., come “simile” alle altre persone o “eguale” o, per riprendere un’espressione adoperata in altro contesto (art.8 Cost.) egualmente libero”..

⁷⁷ Al riguardo, sul carattere di norma aperta dei principi –tra cui è quello della d.u.- v G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, cit., pp. 108/109 (“Tutti sottoscrivono il principio di difesa della dignità umana. La la dignità postula, permette, oppure vieta che i malati terminali decidano in libertà se richiedere l’eutanasia ?...”.

⁷⁸ Così, E. Denninger, *Verfassung und Gesetz*, cit., 1990, p. 58.

determina l'unità politica "e devono essere percepiti i compiti statali"⁷⁹ concorre ad un rafforzamento dell'efficacia normativa immediata dei diritti fondamentali, a prescindere dall'esistenza o meno di una specifica disciplina legislativa (Cass. n. 21748 del 16.10.07).

In questo senso soltanto, può riscontrarsi una sorta di fisiologica tensione tra democrazia e diritti fondamentali.

Del resto, archiviata da lungo tempo l'idea della legge quale atto di razionalità sostanziale e (come tale) fonte esclusiva di determinazione dei diritti fondamentali, surrogata ora dalla forza legittimante del processo di integrazione politica, il rapporto tra la prima e la Costituzione dello Stato pluralista si determina secondo una peculiare complessità che non vale a sminuire la forza della legge quale espressione di volontà politica maggioritaria ma, per così dire, ne muta i presupposti ontologici, dislocandoli dalla razionalità dei contenuti alla razionalità della forma.

Il nucleo su cui si fonda è rappresentato così dall'accordo raggiunto tra le forze parlamentari di maggioranza che appare, in sé, come l'esito razionale di un confronto democratico, dunque dotato di un valore intrinseco che la Carta costituzionale tutela e garantisce.

Legislatore e giudice percorrono, così, nella realizzazione dei diritti fondamentali vie parallele ed ontologicamente differenti, per il primo, infatti, tale esito si ricollega funzionalmente all'obiettivo politico istituzionale, perseguito attraverso il risultato della legge come atto di decisione maggioritaria. Per il giudice, invece, il compito primario della tutela dei diritti costituzionali costituisce il fulcro di un'attività ispirata e sostenuta dalla razionalità giuridico-sostanziale dell'argomentazione, in relazione alla stregua della fattispecie da giudicare. Il richiamo alla Costituzione per valori resta, ad ogni modo, pregnante come base di legittimazione di un processo di rimodellamento continuo del senso delle disposizioni che sanciscono diritti, condotto tanto dal giudice di merito quanto, in fine, dalla Corte costituzionale, che nella ragionevolezza dell'argomentazione giuridica trova, forse, l'unico punto ineludibile di stabilità.

In tale direzione va anche il potenziamento della garanzia normativa dei diritti fondamentali attraverso il diritto internazionale e sovranazionale. In particolare, l'apertura ad un'Unione politica europea, di cui la recente entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'UE costituisce un risvolto molto importante, muove nella direzione di delineare una garanzia universale di tutela dei diritti fondamentali e, nello stesso senso, va anche l'adesione alla C.E.D.U. L'efficacia interna riconosciuta alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione (costituzionalmente legittima) dei diritti recati dalla Convenzione EDU -nonostante una giurisprudenza costituzionale da ultimo un po' meno aperturista: v., ad es., sent. n. 80 del 2011- converge, infatti, verso il risultato di una identità universale dei diritti che produce l'effetto, in ultima analisi, di limitare e condizionare sensibilmente la discrezionalità del legislatore ordinario. Del pari, la cooperazione tra organi giurisdizionali (*in primis*, tra Corti costituzionali) concorre a favorire un'omogeneizzazione della portata di diritti e principi di ordinamenti statali diversi, allineati secondo tradizioni costituzionali comuni.

Si rivela, così, la struttura complessa ed integrata di un processo interpretativo che di fatto influisce in qualche modo sulle decisioni politiche successive del legislatore. In effetti, il contesto dell'argomentazione giurisdizionale nel quale sono molteplici gli elementi che ne integrano la forza sostanziale, correttamente inteso, rivela *mutatis mutandis* i termini di un discorso razionale del quale non sembra logico per il legislatore ignorarne l'esistenza. Certo, non può negarsi che operazioni di bilanciamento tra i diritti interessati nella regolamentazione di una fattispecie astratta rechino in sé spazi di discrezionalità entro i quali l'esercizio della funzione legislativa può ragionevolmente tradursi in libertà di giudizio (*Ermessensfreiheit*). Pertanto, la realizzazione di una effettiva, leale cooperazione tra giudice e legislatore nell'attuazione/concretizzazione dei diritti fondamentali sembra essere la soluzione in grado di garantire nel massimo grado l'efficacia dei diritti stessi concorrendo a risolvere delicate questioni interpretative -si pensi al rapporto regolato dalla decisione del giudice tra diritto all'autonomia e all'autodeterminazione del paziente, per un verso, diritto alla vita, per altro verso; si pensi, ancora, alla qualificazione del trattamento di alimentazione forzata come atto di ingerenza nella integrità fisica della persona- che sono poste a base di una ragionevole disciplina della materia. In tal modo, verrebbe a rendersi più evidente l'efficienza in chiave cooperativa che può legare l'attività del giudice a quella del legislatore⁸⁰, senza pregiudicare l'integrità funzionale dello Stato

⁷⁹ K. Hesse – *Grundzüge*, cit., p. 16 ss., part. p. 24 ss., intesa la Costituzione quale complesso normativo incompiuto. Sulla questione dell'interpretazione come concretizzazione costituzionale v. anche E.-W. Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen* (1989) in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a.M., 2'Aufl., 1993, p. 159 ss., part. p. ...

⁸⁰ Conforme, v. E. Denninger, *Verfassungsauftrag und gesetzgebende Gewalt* (1966), ora in Id. *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Bden, 1990, p. 75 ss., part. p. 83.

costituzionale di diritto e senza svilire, in particolare, il ruolo del Parlamento democratico come organo di decisione politica⁸¹. Principi quali l'autodeterminazione del paziente, la dignità umana, o diritti, quali, quello alla vita, alla salute, etc., che integrano altrettanti compiti costituzionali (*Verfassungsaufträge*) all'interno di una Costituzione con funzioni di direzione della politica (*dirigierende Verfassung*)⁸² non sembrano oggi poter essere adeguatamente portati a compimento nei processi di decisione politica senza un previo apprezzamento, nello svolgersi del processo legislativo, delle argomentazioni giurisprudenziali che li investono. La loro attuazione, così, pur restando affidata alla competenza dell'organo di rappresentanza politica è sottoposta alla tensione benefica e costruttiva delle due (forse, opposte) razionalità, quella, formale, della decisione maggioritaria che nella legge realizza un in quanto valore in sé; e la razionalità sostanziale che si riconosce nell'argomentazione del giudice ispirata a risolvere la controversia e rendere così la giustizia.

In tal senso, non è incongruo ritenere che lo "Stato giurisdizionale" possa declinarsi come una forma evoluta dello Stato costituzionale di diritto, nel quale trova un fondamentale riconoscimento la primazia dell'istanza di libertà e rispetto al quale, tuttavia, dovrebbe apparire teoricamente spuria una percezione assiologica ed unitaria della Costituzione.

⁸¹ ...di un passaggio "dallo Stato parlamentare allo Stato della giurisdizione costituzionale" parla ancora E-W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, Berlin 1981, p. 402 (richiamato anche in E.Denninger, *Verfassungsauftrag*, cit., p. 85).

⁸² Così, P. Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht* (1961) come richiamato anche in E.Denninger, *Verfassungsauftrag*, cit., p. 85.