

Data di pubblicazione: 30 giugno 2023

VINCENZO BALDINI*

La Costituzione e la sua concretizzazione tra decisione politica e applicazione del diritto

1. Il titolo di questo volume (*“Fattore religioso, istituzioni ed economia”*) può suscitare a prima vista l'impressione che si tratti, nella specie, di contributi di natura eterogenea, privi di un denominatore comune destinato a conferire unità e coerenza scientifica al volume stesso. È un'impressione del tutto errata. Dalla lettura degli stessi emerge, invece, il vincolo di interdipendenza funzionale delle tematiche trattate, avuto riguardo in particolare all'economia intesa quale fattore di riferimento delle questioni qui di volta in volta trattate.

L'apporto al dibattito dottrinale che ne risulta appare, perciò, suggestivo oltre che senz'altro interessante, sia per gli di ordine giuridico ed economico che di quelli etico-filosofico oggetto di analisi scientifica. Nella gran parte dei contributi presenti nel volume (esempio, quello di Santoro

* Professore ordinario di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Cassino.

relativo alle peculiari problematiche dell'otto per mille; quello di Teotonico, dove si affrontano i temi della solidarietà e del diritto di resistenza; quello di Cavaliere, dove rileva il tema della tutela della dignità umana, letto in controtela rispetto a tematiche e problemi di ordine economico) la Costituzione con i suoi diritti e principi fondamentali realizza il paradigma principale cui si commisurano le diverse condizioni e prospettazioni espresse dai vari Autori.

Dagli scritti qui pubblicati si lascia anche rilevare, in controtela, una questione fondamentale che è quella attinente alla consistenza, rispettivamente, immediatamente normativa e normativo-programmatica, oltre che alla modalità di efficacia, di principi e diritti costituzionali riguardata, tra l'altro, dalla particolare angolazione di metodo esegetico da cui muove il singolo Autore. Sul piano dogmatico, emergono insieme a vincoli più o meno stringenti, oltre che a linee di orientamento per l'azione del legislatore democratico anche spazi di ampia discrezionalità a favore del giudice chiamato a dare significato pratico specifico a tali regole costituzionali sostanziali¹.

2. "Il contenuto di una norma costituzionale non si lascia di regola realizzare (unicamente) sul fondamento delle aspettative/pretese che sono

¹ Sulla connessione di un vero e proprio dovere giuridico di uniformarsi nello svolgimento della loro competenza a quanto stabilito da norme costituzionali programmatiche, v. in particolare V. Crisafulli, *Le norme "programmatiche" della Costituzione* (1952), ma anche in Id., *Stato, Popolo, Governo – Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985, p. 53 ss., part. p. 65.

contenute nella norma, (ciò) tanto meno quanto più generale, incompleta, indeterminata è il testo della norma. Per poter guidare la condotta umana nelle varie situazioni, di solito la norma più o meno frammentaria ha bisogno della *concretizzazione* (corsivo mio: n.d.r.)². Ciò si rende possibile “includendo accanto al contesto normativo la peculiarità dei concreti rapporti di vita”³.

Questa affermazione che intravede nel carattere normativo della Costituzione la sua specifica essenza e portata oggettiva può porsi in corrispondente coerenza con la posizione, espressa tra gli altri da *Vezio Crisafulli*, che intende la norma elemento costitutivo dell’ordinamento giuridico statale⁴. In particolare, poi, nelle norme costituzionali di principio si rinviene un limite e, nel contempo, un vincolo cogente di orientamento per l’esercizio della discrezionalità legislativa, in relazione al perseguimento

² K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Neudruck 20. Aufl., Heidelberg, 1999, p. 18, Rdn. 45. In generale sulla genesi anche storica del concetto di concretizzazione, v. in particolare K. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg, 1953, part. 50 ss.

³ K. Hesse, *Grundzüge*, cit., p. 18.

⁴ V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II, 1. L’ordinamento costituzionale italiano (le fonti normative)*, sesta edizione aggiornata, Padova, 1993, part. p. 14 ss.; A. D’Atena, *La produzione normativa tra rappresentanza e consenso nella riflessione di Esposito*, Crisafulli e Paladin, in *Teoria del diritto e dello Stato*, n. 2/2004, p. 183 ss., part. p. 194.

di fini predeterminati, direttamente o implicitamente, dalla stessa disciplina costituzionale⁵.

Siffatta prospettazione si colloca nel solco della più generale teoria che concentra il fuoco dell'attenzione sulla norma giuridica e sulla sua portata regolatrice piuttosto che sulle disposizioni o le fonti da cui la norma stessa è attinta⁶. La valorizzazione della dimensione normativa della Costituzione, così, soddisfa in principio il descritto approccio teoretico, che circoscrive alla sfera del diritto positivo l'essenza stessa dello Stato-ordinamento giuridico.

Per *Konrad Hesse*, allievo tra i più ispirati di *Rudolf Smend*, la forza regolatrice della normativa costituzionale di principio si compie unicamente nella fase di sua concretizzazione, nella consapevolezza che ogni diritto e/o principio costituzionale possa determinarsi nella sua portata effettiva solo una volta immerso nei tratti viventi dell'esperienza giungendo, così, a penetrare la condotta dell'uomo⁷. Un' affermazione, questa, che traduce *mutatis mutandis* la considerazione della forza effettivamente normativa riconosciuta da *Hans Kelsen* alla sentenza del giudice in ragione, appunto,

⁵ V. Crisafulli, *Le norme "programmatiche" della Costituzione* (1952), ora anche in Id., *Stato Popolo Governo – Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, 1985 p. 65.

⁶ Conforme, le considerazioni di A. D'Atena, *La produzione normativa tra rappresentanza e consenso nella riflessione di Esposito*, Crisafulli e Paladin, cit., p. 191.

⁷ K. Hesse, *Grundzüge*, cit., Rdn. 41, p. 16. Peraltro, sul significato e l'importanza, a tal fine, del diritto giurisprudenziale, v. ancora V. Crisafulli, voce *Disposizione (e norma)*, in *EdD*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 195 ss.

della sua efficacia creativa della regola, all'atto della sua applicazione ad un caso concreto⁸. Nell'evento della concretizzazione normativa, pertanto, Costituzione e realtà si integrano reciprocamente originando una regola commisurata alla specificità delle relazioni concrete di vita⁹.

In questo senso, tale concretizzazione rappresenta -può dirsi- l'ulteriore sviluppo della considerazione che la realtà sociale manifesta comunque un vincolo relazionale con la norma giuridica astratta la quale, dunque, in tale *Normallage* rinviene la condizione ordinaria della sua efficacia¹⁰ ma anche il presupposto di quest'ultima, così che venendo la prima per una qualche ragione a mutare, anche la portata della norma finisce per subire attraverso l'interpretazione un significato ed un ambito regolatore in parte differenti.

La concretizzazione come metodo di valorizzazione della forza normativa della Costituzione, del resto, non è estranea nemmeno al pensiero di *Crisafulli*, in cui pure ha trovato esaltazione la portata immediatamente precettiva di ogni previsione costituzionale, anche di principio seppure per queste ultime scandendone in modo diverso significato ed efficacia vincolante: ciò, in contrario avviso con l'asserita (a lungo) natura programmatica ad efficacia differita riconosciuta in origine alla stessa normativa di principio. Un tale riferimento suona ancora conferma del

⁸ H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934), Tübingen, 2008, p. 100 ss.

⁹ K. Hesse, *Grundzüge*, cit., Rdn. 45, p. 18.

¹⁰ H. Heller, *Staatslehre* (1934), 6^e Aufl., Tübingen, 1983, p. 288 ss.; E.-W. Böckenförde, *Der verdrängte Ausnahmezustand*, in NJW, 1978, p. 1884 ss.

primato della norma sulla fonte nella costruzione del concetto di ordinamento giuridico statale, insieme alla consapevolezza che un ruolo tutt'altro che marginale, in questo contesto, gioca l'interpretazione, per mezzo della quale si definiscono, oltre al significato della regola da applicare, anche necessarie premesse della creazione della regola stessa¹¹.

È stato autorevolmente precisato che non sussiste piena e assoluta coincidenza tra la concretizzazione quale metodo di creazione del diritto (costituzionale) e l'atto dell'interpretare¹², che attiene propriamente alla "conoscenza" (*Ekenntnis*) del diritto; ciò tuttavia non esclude un'osmosi funzionale tra i due momenti e i due termini, che finisce per rendere labile e indefinita la linea di confine tra il primo e il secondo. L'accentuazione di senso normativo che produce il richiamo alla concretizzazione si intende come riflesso di tratti tipici dello Stato costituzionale democratico di diritto, in altro senso, essa lascia risaltare l'esigenza di individualizzazione e realizzazione nella realtà della normativa costituzionale di principio in quanto condizione perché la stessa possa spiegare efficacia regolatrice.

La validità di un tale asserto resta, però, riferita a una visione piuttosto statica dell'esito creativo di diritto che si produce quale punto di approdo delle singole dinamiche esegetiche e che implica una costante ricalibratura della portata di singoli diritti/principi fondamentali. La concretizzazione

¹¹ D'Atena, op. Cit., p. 194.

¹² In tal senso, P. Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, Köln-Berlin-München-Bonn, 1961, p. 315, che perciò riconosce alla concretizzazione natura di fonte del diritto.

in senso astratto non sembra recare *ex sé* alcun significato euristico dirimente circa il carattere, politico o “tecnico”, del processo di produzione della norma come delle condizioni sostanziali che lo hanno indotto. Riguardo all’effetto, in altre parole, poco o nessun rilievo assume, in realtà, la distinzione tra concretizzazione legislativa¹³, frutto di un processo di integrazione politica, e quella conseguente l’attività “tecnica” di giudizio. Solo il rilievo della natura del singolo atto giuridico da cui essa promana e che della concretizzazione incorpora gli esiti, concorre a riportare quest’ultima ad un’attribuzione dotata di connotati differenti secondo si qualifichi la consistenza politico-democratica dell’attività svolta¹⁴.

Nella sua rappresentazione teoretica di percorso complessivo di specificazione/creazione della regola costituzionale di principio attraverso una sequenza di atti giuridici, eterogenei per natura, forza ed efficacia seppure ciascuno produttivo di un segmento ulteriore di specificazione normativa, resta estranea alla concretizzazione -si è detto- la considerazione circa la natura dell’atto che la contiene. Viene meno ogni valorizzazione della primazia della legge rispetto alla sentenza giacché il punto focale esclusivo è l’attenzione all’effetto creativo di norma giuridica,

¹³ Sulla concretizzazione come attività di regola rimessa al legislatore, v. anche P. Lerche, *Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff*, in J. Isensee, P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Band V, Heidelberg, 2000, § 121, p. 739ss., part. p.763 (Rdn.40).

¹⁴ K. Hesse, *Grundzüge*, cit., p. 24, Rdn. 60.

che concorre a dare senso e significato puntuale alla previsione di principio¹⁵. Riesce esaltato, un tale effetto creativo, nella sua obiettiva connessione di senso specifico conferito a un diritto e/o principio costituzionale.

La norma prodotta assume perciò valenza assiologica autonoma quale precisazione e funzionalizzazione della regola di principio senza che, a tal fine, rilevi la figura dell'organo agente, legislatore o altra autorità amministrativa e/o giurisdizionale. In questi termini, però, la concretizzazione del diritto costituzionale si espone ad obiezioni e dubbi che finiscono per mostrarne la problematica configurazione teoretica.

3. In particolare, ad una concretizzazione di norme-principio di rango costituzionale si riferisce il ricorso al metodo topico¹⁶ orientato al problema (*Horst Hemke*)¹⁷ come alternativa all'impostazione classica (*Ernst Forsthoff*) che, sul presupposto dell'equivalente natura normativa di Costituzione e legge, propugna anche per la prima l'impiego delle regole

¹⁵ “Le norme costituzionali programmatiche ... *regolano propriamente l'attività statale in ordine a dette materie* (corsivo dell'A.: n.d.,r.)”: V. Crisafulli, op. cit., p. 79.

¹⁶ Sul metodo topico nella giurisprudenza, v. in generale, T. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 5. Aufl., München, 1974, part. p. 31 ss.

¹⁷H. Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation* (Bericht), in *VVDStRL* 20, Berlin, 1963, p. 53 ss.

dell'interpretazione legislativa¹⁸. In quest'ultima prospettazione, che riduce *tout court* la Costituzione al livello di fonte legale del diritto (seppur fondamentale), l'esito di concretizzazione rimane avvolto, allora, nel cono d'ombra delle dinamiche ordinamentali nella misura in cui l'esperienza sociale è considerata elemento non normativo, dunque, estraneo al diritto oggettivo che regola l'esegesi degli atti giuridici.

Invero, il richiamo al metodo orientato al problema appare senz'altro congruo e proficuo se riferito alla tecnica esegetica e di apprezzamento del caso concreto qual è messa in atto dal giudice. Appare invece alquanto difficoltoso riferire tale metodo all'azione dell'autorità legislativa, anche quando questa sia volta a dare attuazione a norme di principio. Del resto, un tale richiamo in un ordinamento democratico non può bastare a giustificare *ex sé* ogni disattenzione verso gli elementi politici e istituzionali che ispirano le dinamiche della produzione normativa, orientando i connotati del diritto positivo anche sulla base delle regole del confronto democratico che governano lo svolgimento di tali dinamiche. Nello Stato costituzionale, insomma, modi e forme del processo di concretizzazione costituzionale, oltre ai limiti entro cui questa può validamente realizzarsi, non possono restare senza alcun significato.

¹⁸ In questo senso andrebbe inquadrata anche la posizione di tipo classico-tradizionale di E. Forsthoff, *Die Umbildung des Verfassungsgesetzes*, in AA.VV., *Festschrift für Carl Schmitt*, Berlin, 1959, p. 35 ss., part. p. 50 ss., nonché Id., *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Stuttgart, 1961, part. p. 35 ss. (p.37), per il quale in quanto legge (seppur fondamentale), anche alla Costituzione si applicano le medesime regole esegetiche impiegate per la prima.

Quando si parla di concretizzazione legislativa intendendo, così, la produzione del diritto positivo ispirato all'attuazione/sviluppo della disciplina costituzionale di principio, occorre metterne in rilievo l'assoluta intrinseca differente natura, assiologica e funzionale, rispetto a quella operata a livello amministrativo o attraverso la sentenza di un giudice.

Nel primo caso il termine "concretizzazione" può servire ad indicare solo genericamente un esito normativo -che nel contempo è decisione politica- posto in una anche indiretta relazione funzionale con la norma della Costituzione. In ragione del conferimento alla legge della primazia gerarchica nella scala delle fonti legali del diritto essa è posta in una posizione anche strutturalmente -oltre che ontologicamente-differente rispetto all'atto amministrativo e al pronunciamento giurisdizionale. Un riguardo prioritario, infatti, deve essere accordato alla natura democratica dell'atto parlamentare laddove, nell'attività del giudice, è soprattutto la decisione attraverso la norma concreta ad assumere significato principale in relazione ad un caso sottoposto a giudizio, secondo il regime in ogni caso di sottoposizione del primo alla legge (art. 101 c. 2 Cost.).

La ponderazione della reale consistenza normativa di principi e diritti costituzionali attraverso la legge quale paradigma di apprezzamento dell'esercizio di potere pubblico costituisce in buona sostanza il *proprium* dell'attività di giudizio che la qualifica, nel fine prima ancora che nella forma, rispetto ai caratteri della deliberazione delle Assemblee rappresentative.

Anche tenuto conto di ciò la simmetria astratta della concretizzazione legislativa e di quella giurisdizionale appare un esito teoretico e dogmatico incongruente e di scarsa utilità pratica. Criteri di giudizio come quello di razionalità, proporzionalità, adeguatezza, essenzialità etc., comportano a ben vedere l'approdo ad un esito di concretizzazione che risente senz'altro della sensibilità soggettiva dell'interprete, riflessa nella forma dell'argomentazione logica e coerente integrante i contenuti della decisione, ma che non può distaccarsi troppo o, addirittura, ignorare il vincolo derivante dall'esegesi legislativa cui tale decisione resta costituzionalmente ancorata.

4. Il riconoscimento di efficacia normativa diretta dei principi costituzionali, unitamente alla consapevolezza di una loro strutturale incompiutezza conforma -come è noto- tratti di una giurisprudenza costituzionale consolidata¹⁹, nella quale ad ogni modo l'argomentazione coerente non annulla l'intrinseca sostanza politica che sottende il bilanciamento degli interessi operato dal giudice costituzionale. In vari casi, ad esempio, si mostra solo astratta e ipotetica la consistenza "a rime

¹⁹ Si pensi, da un lato, alla nota sent. n. 1/56 e, dal canto opposto, alla più recente sent. n. 32/2021 in tema di tutela del figlio nato da coppia omosessuale attraverso il ricorso a PMA di tipo eterologo, in cui il giudice, accogliendo l'obiezione di inammissibilità, ha rimesso in via esclusiva alla scelta discrezionale del legislatore i termini e i modi della tutela di tali bambini.

obbligate” delle relative decisioni²⁰ mentre assume, nel complesso, un valore tutt’altro che marginale la fattispecie concreta da cui origina il giudizio di costituzionalità. In questa prospettiva, può inquadrarsi anche la tendenza ad allargare, oltre che lo spettro, la portata regolatrice dei diritti fondamentali elevandoli al rango di norme di principio operanti in ogni ambito materiale dell’esperienza sociale accanto alla classica qualificazione di diritti di difesa (*Abwehrrechte*)²¹ contro le ingerenze del potere pubblico.

Nel quadro di una concretizzazione costituzionale in via giurisprudenziale rilevanza assumono anche le sentenze-monito della Corte, in cui la carenza di disciplina legislativa attuativa del principio/diritto fondamentale non è apparsa utilmente colmabile attraverso un’immediata censura d’incostituzionalità dell’omissione in parola. Si tratta, in molti casi, di fattispecie in cui la convergenza e l’interferenza reciproca di un pluralismo di interessi di natura costituzionale sollecita, in ragione del loro ragionevole bilanciamento, l’intervento previo della legge²².

²⁰ Crisafulli, *La Corte costituzionale ha vent’anni*, AA.VV., in *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, a cura di N. Occhiocupo, Bologna 1978, p. 69 ss., part. p. 75 ss.

²¹ L’interpretazione dei diritti fondamentali come sfere di libertà negativa, limiti all’ingerenza dei poteri pubblici nelle rispettive sfere materiali solleva meno problemi a lasciar intendere, quelli successivi, come atti di attuazione, soprattutto laddove si prevede espressamente una riserva di competenza, totale o parziale, a favore del legislatore democratico.

²² Tra le ultime, cfr. Corte cost., sentt. nn. 32 e 33 del 2021, in tema di genitorialità con riguardo alla maternità surrogata. Ma ancor prima, v. Pord.za n. 202/2018, in cui la Corte,

A tali sentenze possono anche aggiungersi, nell’ottica della concretizzazione, le leggi a contenuto costituzionalmente necessario (leggi elettorali, legge attuativa dei referendum ex art. 75 Cost., etc.) più che quelle che regolano una materia “nel solo modo costituzionalmente consentito”²³. Nel primo caso si esalta, soprattutto, la relazione di complementarietà funzionale esistente tra la previsione costituzionale e la scelta legislativa attuativa, che assicura in ogni caso alle leggi in questione una posizione peculiare di efficacia nel fonti legali del diritto.

Un aspetto problematico ha riguardo ad una linea di tendenza opposta a quella espressa dalle cd. leggi a contenuto provvedimentoale (*Massnahmengesetze*)²⁴ e che potrebbe definirsi di legificazione dell’atto (formalmente) amministrativo. Ciò consegue al fatto che sempre più spesso la legge ordinaria ricorre a formule generali o dispone attraverso una regolazione (soltanto) di principio, scaricando sul livello subordinato di produzione normativa (regolamenti di esecuzione/attuazione, regolamenti indipendenti etc.) il compito e l’onere di

sospendendo la decisione nel merito, concesse al legislatore un anno di tempo per giungere ad approvare una regolamentazione del cd. suicidio assistito.

²³ Al riguardo, v. per tutti Corte cost., sent. n. 16/78, in quanto attiene alla configurazione specifica delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, nonché, ancora Corte cost., sent. n. 26/81, con riguardo alla l. n. 194/78 (interruzione volontaria di gravidanza).

²⁴ In tema, v. soprattutto C. Mortati, *Le leggi provvedimentoale*, Milano, 1968, p. 3 nota 1 nonché, in riferimento alla loro “duplice concretezza, soggettiva ed oggettiva”, p. 12 ss.

precisazione/specificazione delle formule prescrittive ampie contenute nella legge ²⁵.

La qualificazione di “leggi materiali” (*materielle Gesetze*) con cui la giuspubblicistica classica tedesca soprattutto di stampo positivistico ²⁶ ha qualificato gli atti in parola conferisce risalto alla sostanza politica - oltre che giuridico-positiva - propria di questi ultimi, in contrasto con la natura formalmente amministrativa propria di essi. Tale tendenza, oltre a crescere e consolidarsi (esempio: delegificazione), ha finito per acquisire una certa regolarità come forma di concretizzazione della legge che conferisce ampi margini di apprezzamento discrezionale all’organo amministrativo competente.

5. In generale, la concretizzazione qualifica un indirizzo mirato a conferire effettività e consistenza normativa adeguata alla garanzia dei diritti fondamentali attraverso la progressiva determinazione dei loro contenuti, in un senso coerente con la teoria dei valori costituzionali. L’esigenza dell’atto legislativo attuativo trova conferma, tanto più, nell’impostazione di *Hans Huber*, secondo cui i diritti fondamentali nella loro struttura di positiva manifestano piuttosto una *Sinnggebung* che non, invece, una

²⁵ Sul punto, v. soprattutto D.C. Göldner, *Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung*, Berlin, 1969, part. p. 71 ss.

²⁶ V. in particolare G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, Tübingen, 1919 (Neudruck), part. p. 241.

*Sinndeutung*²⁷, essi rivelano cioè una chiave esegetico-attuativa (*Andeutung*) per lo stesso legislatore che è tenuto quanto meno ad assecondarla o non contraddirla, nelle decisioni politiche sottostanti la produzione normativa.

I diritti fondamentali mostrano, così, una (quanto meno, parziale) in autonomia e un'efficacia regolativa condizionata, come è riconosciuto, non di rado, dalla stessa giurisprudenza costituzionale -v., ad esempio, la sent. n. 242/2019 in tema di fine vita; le sentt. nn. 32 e 33 del 2021 in tema di maternità surrogata. In tali ipotesi il pronunciamento del giudice -si è detto- finisce per orientare sensibilmente la concretizzazione legislativa incanalandola secondo il “verso” ritenuto coerente con diritti e principi di rango costituzionale²⁸. Ad ogni modo, sono solo casi-limite (*Grenzfälle*)²⁹ quelli in cui a venire in discussione è l'efficacia immediata dei diritti fondamentali quali libertà negative -come, ad esempio, allorquando si

²⁷ H. Huber, *Die Verfassungsbeschwerde* (1954) ora anche in Id., *Rechtstheoriedächtnisschrift für Max Imboden*, 1971, p. 191 ss., part. p. 200.

²⁸ H. Huber, *Die Konkretisierung der Grundrechte*, in *Gedächtnisschrift für Max Imboden*, 1971, p. 191 ss., part. p. 200.

²⁹ In diverse circostanze il giudice di merito pur riconoscendo la natura costituzionale piena del diritto vantato dall'istante, non ha inteso tuttavia accogliere la domanda in ragione del fatto che l'attuazione del diritto in parola (diritto alla salute e all'autodeterminazione in materia di trattamenti sanitari: n.d.r.) avrebbe necessariamente richiesto il previo intervento della legge chiamata a porre in un ragionevole equilibrio le differenti istanze concorrenti, che riguardavano la materia trattata. V. Tribunale di Roma (caso Welby).

paventa per la loro attuazione, l'esigenza di norme di natura organizzativa-procedurale³⁰.

La prospettazione di *Huber* ora richiamata appare rivelatrice della natura ordinaria dell'intervento legislativo per l'attuazione di principi costituzionali o di diritti fondamentali di natura sociale. In quest'ordine di idee, di concretizzazione può parlarsi non tanto con riferimento alla peculiarità di una fattispecie quanto, piuttosto, alla struttura della previsione costituzionale di principio, quale condizione strumentale alla garanzia dell'efficacia di quest'ultima nei vari ambiti materiali interessati³¹.

Atti normativi come, ad esempio, la n. 194/78 in tema di interruzione volontaria di gravidanza, o, ancora, la l. n. 76/2016 in tema di unioni civili o, in fine, la l. n. 219/2017 riguardante il consenso informato e le dichiarazioni anticipate di trattamento (DAT), per citarne alcune, risultano allora la forma di concretizzazione di diritti costituzionali nella logica del bilanciamento con gli interessi concorrenti. Tali leggi recano pertanto le relative decisioni politiche circa il modo di soddisfare bisogni e interessi generali in un quadro di compatibilità con i diritti fondamentali del singolo. Rispetto a ciò, può cogliersi una certa approssimazione e insufficienza di

³⁰ Sul punto, v. anche E. Denninger, *Staatliche Hilfe zur Grundrechtsausübung durch Verfahren, Organisation und Finanzierung*, in J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band V (2. Aufl.), Heidelberg, 2000, p. 291 ss.

³¹ Al riguardo, si considerino i presupposti che portano a volte il giudice costituzionale all'emissione di sentenze monito, poi seguite da decisioni di accoglimento, nel caso in cui il monito della Corte non trovi esito nella decisione del legislatore.

un concetto generale di concretizzazione che ponga unicamente in evidenza l'effetto obiettivo di specificazione di una norma costituzionale di principio. Tale insoddisfazione deriva anche dai termini stessi dell'idea di Costituzione quale ordinamento essenziale (*Rahmensordnung*)³² che implica una corrispondente valorizzazione della legge in quanto forma principale e infungibile di decisione politica, per l'attuazione di diritti e principi costituzionali³³. Concentrare il fuoco dell'attenzione sulla definizione della regola di principio come effetto della concretizzazione appare, in definitiva, frutto di una visione della realtà ordinamentale nella quale finisce per recedere ogni importanza connessa al riparto delle attribuzioni tra i poteri dello Stato.

La valorizzazione dell'effetto di concretizzazione (di cui parla ancora *Huber*) non deve valere perciò a celare o lasciare sullo sfondo il carattere politico o -almeno formalmente- tecnico dell'organo agente che si riconnette alle attribuzioni di cui lo stesso risulta il titolare. La sequenza degli atti, che si completa in fine con la "massima di decisione" del giudice, può avere un rilievo peculiare unicamente nell'ottica della concretizzazione giurisprudenziale, formalmente confinata nella fase

³² Così E.W. Böckenförde, *Die Methode der Verfassungsinterpretation – Bestandaufnahme und Kritik* (1976), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, 1991, p. 53 ss., part. p. 58 ss.; nonché, U. Volkmann, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 2013, p. 68 ss.

³³ In tal senso, E.W. Böckenförde, *Die Methode der Verfassungsinterpretation – Bestandaufnahme und Kritik*, cit., p. 87.

applicativa del diritto/principio in questione alla fattispecie oggetto di giudizio³⁴.

6. Per quanto fin qui si è venuto dicendo, il riferimento alla concretizzazione non può avvolgere in un cono d'ombra la forma - legislativa, amministrativa e/o giurisprudenziale- in cui la prima trova esito, ciò anche al fine di ponderare la stabilità dell'effetto prodotto. In proposito, un ruolo non marginale può essere assegnato al metodo comparativo, soprattutto riguardo alla legislazione e alla giurisprudenza di altri Paesi europei, insieme ai parametri della normativa e della giurisprudenza comunitaria. Una particolare attenzione è prestata all'esegesi svolta dalle Corti costituzionali di tali Paesi oltre che dalla Corte di Strasburgo. I suddetti paradigmi finiscono per rappresentare un utile sostegno alla decisione tanto del legislatore quanto del giudice nazionale (di merito o costituzionale) anche nell'ottica di una tutela multilivello dei diritti in questione³⁵ che implica necessariamente soluzioni esegetiche in

³⁴ Conforme, v. E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, p. 47 ss.

³⁵ Non è un caso, peraltro, il richiamo che spesso opera la stessa giurisprudenza costituzionale a decisioni di organi giurisdizionali (Corti costituzionali o altri giudici) di Paesi europei in merito a questioni inedite da questi già esaminate o all'interpretazione di libertà sancite anche in altre Costituzioni.

grado di eludere, per quanto possibile, incongruenze e/o antinomie nella portata di tali diritti.

Ciò, ad ogni modo, non basta ad assicurare stabilità e certezza obiettiva all'esito di concretizzazione sottraendolo all'influenza costante dell'esperienza e del contesto reale in cui i diritti stessi spiegano efficacia. Non è sorprendente, allora, differenze di prospettazioni nella stessa giurisprudenza, come ad esempio, quando in relazione ad una determinata fattispecie concreta il giudice individui nella libertà e non nella dignità umana il valore preponderante nell'ordinamento costituzionale³⁶ laddove, invece, in altra situazione, la dignità è rappresentata invece come una dimensione assiologica pregiuridica, "principio generatore e di intelligibilità di tutti i diritti fondamentali" e "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"³⁷.

Tali asimmetrie o incongruenze apparenti non si scontrano, a ben vedere, con la logica astratta della concretizzazione che ammette il pluralismo delle declinazioni esegetiche, in quanto ciò non elide il rilievo riconosciuto all'effetto di specificazione di un diritto/principio recato in Costituzione che pertiene a tale logica. In quest'ordine di idee, si comprende meglio come interpretazione e attuazione dei diritti seppure ricondotte -sul piano teorico- a momenti distinti dell'attività del giurista, finiscono per apparire

³⁶ Cass. III sez. civ., sent. 2.10.2012, n. 16754.

³⁷ Cass. pen., sent. n. 26636 ud. del 04-04-2002.

unitariamente integrati e risolti nella connotazione assiologico-funzionale della concretizzazione.

Da un punto di vista giuridico-positivo, la concretizzazione costituzionale appartiene alla natura della Costituzione quale Legge fondamentale, che reca la norma di riconoscimento dell'esercizio della funzione legislativa senza integralmente imbrigliarla entro le maglie del dettato normativo-costituzionale. Il riferimento a beni-valori o a principi fondamentali-dignità umana, eguaglianza, solidarietà, vita, salute etc.-più che definire parametri di giudizio offre -come si è detto (v. *supra*) - indicazioni funzionali³⁸, regole-guida o vincoli assiologici del processo d'integrazione politica la cui misura (modi e limiti) di realizzazione non è dai primi senz'altro condizionata e che spetta alla discrezionalità del legislatore di determinare³⁹. Tali indicazioni delineano, in sintesi, i tratti di un *Menschenbild* costituzionale⁴⁰ a cui attingono le autorità nell'esercizio delle

³⁸ ...si riprende, qui, la distinzione tra Funktionsnorm e Kontrollnorm di cui riferisce in particolare E. Forsthoff, *RechtsstaatimWandel – verfassungsrechtlicheAbhandlungen1954-1964*, Stuttgart, 1964, p. 78 ss.

³⁹ V. in particolare H. Kelsen, *Wesen und EntwicklungderStaatsgerichtsbarkeit* (Bericht), in *VVDStRL* 5, Berlin und Leipzig, 1929, p. 30 ss., part. p. 69, ove si precisa come formule generiche siffatte finiscono per giustificare ogni contenuto giuridico degli atti legislativi.

⁴⁰ In tema, v. tra gli altri E.W. Böckenförde, *Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung* (1985), ora anche in Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, p. 58 ss.; sul valore del *Menschenbild* come base essenziale per la formulazione positiva dei diritti fondamentali e di altri contenuti costituzionali, v. anche P. Lerche,

rispettive funzioni costituzionali. È un percorso di sviluppo sinergico con la valorizzazione della Costituzione quale “fondamento della responsabilità” istituzionale e della relazione tra persone⁴¹.

7. Una conferma implicita dell’agone problematico in cui versa la concretizzazione di norme costituzionali di principio può trarsi, del resto, anche dall’assunto di *Hans Kelsen*, secondo cui il giudice costituzionale non è chiamato a dare attuazione a norme (sostanzialmente) meta- o sovrapositive. Con riguardo a principi sanciti in Costituzione (o in altre fonti del diritto), il cui contenuto di diritto positivo si determina solo attraverso un procedimento⁴² di astrazione, la loro formulazione come norme giuridiche autonome è ritenuta dall’A. una faccenda irrilevante, dato che la loro applicazione/attuazione/impiego avviene soltanto grazie alle norme giuridiche in cui gli stessi trovano effettiva realizzazione⁴³. Il legislatore e l’autorità amministrativa dispongono, così, di uno spazio amplissimo di

Grundrechtsbränke, in J. Isensee, P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Band V, Heidelberg, 2000, § 122, p. 776 ss., part. p.779 (Rdn.7).

⁴¹ In tal senso, seppure con riguardo ad altra tematica, J. Habermas, *Zwischen Naturalismus und Religion*, Frankfurt am Main, 2005, p. 192.

⁴² In generale sull’idea della concretizzazione come procedimento (con riferimento anche alla dottrina di Larenz), v. in particolare K. Engisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, cit., p. 77 ss.

⁴³ H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* (Bericht), in *VVDStRL* 5, Berlin und Leipzig, 1929, p. 30 ss., part. p. 68.

apprezzamento discrezionale che, proprio per ciò, è insuscettibile di ogni apprezzamento di giudizio.

La prudenza (meglio, lo scetticismo kelseniano) sulla natura normativa dei principi in questione, data la difficoltà di ricondurli allo schema ipotetico di giudizio, consegue alla percezione della loro genericità non in grado di spiegare, perciò, un'efficacia condizionante la produzione normativa successiva. Prescrizioni troppo generali (e generiche) -si precisa- non acquisiscono un grande significato sul piano normativo giacché sono in grado di ricomprendere e legittimare un ampio pluralismo di contenuti giuridici. Nondimeno, uno spiraglio per l'ammissione di un'efficacia regolatrice di tali prescrizioni sembra aprirsi allorquando *Kelsen* ammette che le regole di principio possono comunque recare direttive e criteri-guida per il legislatore, sempre che in Costituzione sia dato un qualsivoglia criterio obiettivo che valga a confermare tali direttive e criteri⁴⁴. Balena, così, l'idea di un'efficacia normativa a maglie larghe della disciplina di principio attraverso il medio dell'esegesi costituzionale.

A intenderla come negazione a quest'ultima di senso normativo l'argomentazione esposta parrebbe forse provare troppo, urtando contro il dato reale del carattere normativo di principi e diritti costituzionali fissato nella giurisprudenza costituzionale oltre che con il fatto stesso della

⁴⁴ H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* (Bericht), cit., p. 69.

loro diretta applicazione/concretizzazione, in alcune circostanze, anche se privi di legislazione attuativa.

In definitiva, la contestazione di efficacia diretta finirebbe per apparire una disarmonia logica nella costruzione giuridico-positiva dell'ordinamento statale.

L'efficacia normativa immediata di principi e diritti fondamentali (Corte cost., sent. n. 1/56) è condizione della specifica identità costituzionale dello Stato rivelata, in particolare, dal complesso delle previsioni della prima parte del testo della stessa Legge fondamentale e volano dell'integrazione sociale⁴⁵; in quanto fondamento normativo della società politica⁴⁶ e della vita comune⁴⁷.

8. La concretizzazione riposiziona così il fuoco dell'attenzione sul metodo esegetico come risolto della natura dello stesso esito di tale attività. Il metodo è rivelatore, a propria volta, di un determinato concetto di Costituzione. Ciò vale soprattutto in relazione alla percezione dei diritti fondamentali quali norme di principio ma, seppure in misura meno marcata, allorché si valorizzi di tali diritti il versante negativo di diritti di difesa, per ciò che attiene, ad esempio, alla precisazione dei rispettivi

⁴⁵ R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München und Leipzig, 1928, part. p. 128 ss.

⁴⁶ M. Morlok, *Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie ?*, Berlin, 1988, part. p. 91 ss.

⁴⁷ H. Hesse, op. cit., p. 16 ss.

ambiti materiali ricadenti nella garanzia della previsione costituzionale. Un tanto, appare più evidente per i Beni giuridici, come quello della vita o della salute, la cui consistenza materiale, oltre che la rispettiva portata attiva si precisa essenzialmente in fase di attuazione⁴⁸. Nella prospettiva che si considera, teoria della Costituzione⁴⁹ e teoria dei diritti fondamentali⁵⁰ come fattori esplicativi di un metodo concorrono senz'altro a orientare l'attività, legislativa o giurisdizionale, di determinazione della previsione costituzionale interessata.

Rispetto ad altri fattori -come ad esempio, il richiamo alla giurisprudenza, costituzionale e di merito-l'apporto teoretico finisce per assumere la valenza di un presupposto implicito di risulta piuttosto che la consapevole premessa di metodo dell'esito di concretizzazione. In questo senso, la considerazione di *Ernst Wolfgang Böckenförde* espressa in un noto lavoro della metà degli anni Settanta(1974)⁵¹ e mirata ad esaltare la teoria dei diritti

⁴⁸In tal caso, la determinazione della loro sostanza di diritti fondamentali non si esaurisce in una mera attività conoscitiva dell'interprete attraverso la lettura del "significante" linguistico ma include un apporto ulteriore non di tipo giuridico-positivo, a partire dalle elaborazioni teoretiche della scienza giuridica.

⁴⁹ U. Volkman, *Wie die Theorie der Verfassung ihren Inhalt bestimmt*, in *Der Staat* 54 (2015), p. 35 ss.; in generale, sul valore ermeneutico della teoria della Costituzione, v. M. Morlok, *Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?*, Berlin, 1988, part. P. 84 ss.

⁵⁰ Al riguardo, v. tra gli altri H. H. Klein, *Die Grundrechte im demokratischen Staat*, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1974, *passim*.

⁵¹ L'Autore indica propriamente cinque teorie dei diritti fondamentali: una teoria liberale, un'altra istituzionale, una teoria dei valori, una teoria democratico-funzionale e una teoria

fondamentali (non una qualsiasi ma quella che si afferma ragionevolmente dal contesto delle norme costituzionali) nell'approccio esegetico non ha trovato granché seguito, sovrastata dalla preferenza accordata a fattori dogmatici e contingenti, quali, ad esempio, il precedente giurisprudenziale o i caratteri del caso concreto.

Proprio il richiamo all'esperienza giurisprudenziale (v. *supra*), del resto, sembra provare la consistenza del tutto libera e soggettiva del favore per l'una o l'altra delle diverse teorie della Costituzione⁵² o dei diritti fondamentali⁵³ giacché appare quanto meno arduo, se non addirittura impossibile, dedurre dal testo della Legge fondamentale in modo netto ed univoco l'opzione per una specifica teoria costituzionale. Né vale, in proposito, riferirsi al dato di tale esperienza applicativa se non al rischio di svilire il discorso teoretico derubricandolo ad un puro apprezzamento dogmatico quale base di metodo dell'interpretazione normativa.

Il pluralismo teoretico configura, di contro, il presupposto astratto obiettivo a cui attingere per giungere a spiegare le “rappresentazioni

statalistico-sociale: E.W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), ora anche in Id., *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, 1991, p. 115 ss.

⁵²Sul punto, v. ancora U. Volkmann, *Wie die Theorie der Verfassung ihren Inhalt bestimmt*, in *Der Staat* 54 (2015), p. 35 ss.

⁵³Cfr. E.W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), cit., p. 118 ss. che indica propriamente cinque teorie dei diritti fondamentali: una teoria liberale, un'altra istituzionale, una teoria dei valori, una teoria democratico-funzionale e una teoria statale-sociale.

fondamentali” e i “rapporti di relazione dei singoli nei confronti della comunità statale”, che la Costituzione è chiamata a regolare⁵⁴.

Sul piano pratico-dogmatico sembra innegabile che le sentenze (anche di rigetto) del giudice costituzionale si sostanziano, a volte, in vere e proprie narrazioni⁵⁵, di differente contenuto in relazione al tempo e alla fattispecie da cui origina la questione, attraverso cui si configurano connotati e termini della garanzia connessa a singoli diritti e principio fondamentali.

Esse manifestano, allora, un intenso spessore euristico circa il senso e la portata di questi ultimi misurati tra l'altro sulla base di criteri di ordine razionale⁵⁶ e sistematico. Tanto l'esistenza della pregiudiziale di

⁵⁴ “Grundrechtstheorien sind vielmehr Ausdruck bestimmter Staatsauffassungen und Grundvorstellungen über das Beziehungsverhältnis der einzelnen zur staatlichen Gemeinschaft; hinter ihnen steht eine bestimmte Idee der Verfassung“: E.W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation* (1974), cit., p. 141. Deve aggiungersi, inoltre, il contributo recato dal dialogo trasversale tra Corti di diversi ordinamenti, da cui tende progressivamente a emergere un significato “universale” dei principi e diritti fondamentali. Essi vale a rendere obiettivo e congruente l'approccio di metodo funzionale al risultato interpretativo, cercando così di svincolarlo dall'intento soggettivo del singolo interprete.

⁵⁵ M. Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, cit., p. 155.

⁵⁶ In non poche sentenze della Corte costituzionale, il richiamo al paradigma della razionalità nel sindacato sugli atti legislativi risulta dirimente per gli esiti del giudizio, giungendosi a censurare scelte discrezionali recanti apparse non in sintonia con l'equilibrio complessivo di interessi e diritti costituzionali di cui il legislatore deve tener

procedibilità, per il giudice di merito, consistente nell’obbligo di provare a ricercare un’esegesi costituzionalmente conforme della legge ordinaria; quanto, anche la considerazione che il vincolo derivante dal pronunciamento della Corte costituzionale assume un’efficacia generale soltanto in caso di dichiarazione d’illegittimità costituzionale⁵⁷ concorrono tuttavia ad incrementare una società di interpreti della Costituzione⁵⁸ che si affianca -a volte giungendo a condizionare gli esiti delle questioni (esempio: diritto vivente)- alla stessa Corte, alimentando così un pluralismo esegetico dai tratti dinamici e anche controversi.

9. Del resto, la concretizzazione normativa di formule linguistiche polisenso (dignità umana, vita etc.) implica di necessità il compendio, nella

conto nel disciplinare una materia. In questo senso, v. ad esempio Corte costituzionale” (sent. n.63 del 2016) che sancisce la tutela del valore della “pacifica convivenza”.

⁵⁷Nei casi di sentenze di rigetto del giudice costituzionale, tuttavia, le argomentazioni espresse dalla Corte possono rientrare nel complesso delle valutazioni di cui il giudice di merito può tener conto ai fini della concretizzazione costituzionale, a qualunque livello essa avvenga, quali standard in grado di orientare anche all’esegesi delle norme costituzionali di principio.

⁵⁸ Sulla società aperta degli interpreti della Costituzione, v. soprattutto P. Häberle, *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten: Ein Beitrag zur pluralistischen und „prozessualen“ Verfassungsinterpretation in Juristen Zeitung (JZ)*, 1975, p. 297 ss.

definizione della regola, di elementi teoretici e giuridico-positivi da cui emergono i crinali della *dirigierendeVerfassung*⁵⁹.

Di tale compendio fanno parte anche criteri esegetici strumentali -come, ad esempio, il divieto di eccesso (*Übermaßverbot*)⁶⁰ o il principio di ottimizzazione (*Optimierungsgebot*)⁶¹- in quanto parametri necessitati dell'attività di specificazione/attuazione dei diritti fondamentali. Si tratta di strutture logiche-non di diritto positivo- del pensiero razionale, non prive di un costante riscontro nell'esperienza giurisprudenziale. Con riguardo al divieto di eccesso, peraltro, si mostra invero fluida ed opaca la soglia ultima della sua osservanza.

Del pari problematico e poco convincente, tuttavia, è anche il criterio fondato sull'ottimizzazione dei diritti costituzionali, se si muove dal presupposto che la concretizzazione non vale a realizzare un ottimo paretiano tanto più che la stessa opera nel contesto di un necessario bilanciamento di interessi con quello primario concorrenti (si veda, ad esempio, il caso del fine vita). L'idea di un'attuazione ottimale, insomma, comporta un fattore di incertezza alla luce soprattutto dei parametri

⁵⁹ Così P. Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, cit., p. 356.

⁶⁰ Così P. Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht*, cit., p. 25 ss.

⁶¹ Sul principio di ottimizzazione dei diritti fondamentali, v. in generale, R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, p. 75 ss.; In merito alle problematiche connesse al fondamento costituzionale di tale principio, v. anche P. Lerche, *Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten ?*, in Id., *Ausgewählte Abhandlungen*, Berlin 2004, p. 197 ss.

concorrenti che possono intervenire a mitigare la pretesa all'ottimizzazione di un diritto fondamentale.

Nella concretizzazione ogni approccio teorico non può arrivare ad ignorare l'autonomia funzionale ed assiologica dei due momenti, esegetico-conoscitivo e attuativo/applicativo che la compongono seppure tale specificità si sublima nel risultato ultimo della regola concreta ⁶². Peraltro, nella concretizzazione legislativa tali momenti si ricompongono nell'ordine tipico dei rapporti tra Costituzione e fonte primaria subordinata, mentre il prodotto che ne consegue attinge comunque ad una realtà di riferimento ed agli interessi reali implicati, nella prospettiva di una generale regolazione. Essa incorpora, perciò, le molteplici pulsioni connesse al confronto parlamentare di tali interessi ordinandole nella forma ultima tipizzata dell'atto normativo ⁶³. Estranea, di norma e salvo casi particolari, alla logica individualizzante del disporre in concreto, la

⁶² M. Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen, 1999, p. 155.; T. Vesting, *Von der liberalen Grundrechtstheorie zum Grundrechtspluralismus -Elemente und Perspektiven einer pluralen Theorie der Grundrechte-* in C. Grabenwarter, S. Hammer, A. Pelzl, E. Schulev-Steindl, E. Wiederin (Hrsg.), *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, Tübingen, 1994, p. 9 ss., part. p. 16 ss.

⁶³ In tal senso, accentuando l'attenzione sulla valenza politica della legge che vale a giustificare, corrispondentemente, il suo livello di efficacia formale, v. ancora V. Crisafulli, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, p. 775 ss., part. p. 778 ss.

legge si rapporta alla disciplina costituzionale secondo un generale schema di relazione tra norma condizionata e norma condizionante.

L'esigenza di un *Verstehen*, vale a dire di una comprensione ponderata della norma di principio in quanto parametro bisognoso di attuazione vale, comunque, con cadenze diverse, tanto per il giudice come per l'organo di decisione politica⁶⁴. I due livelli, disomogenei quanto a metodo e a contenuti, non lo sono infatti, rispetto al fine ultimo obiettivo del completamento normativo⁶⁵. La concretizzazione legislativa quale forma di realizzazione compiuta della direzione di senso normativo insita nel dettato costituzionale, rappresenta una sorta di *fictio juris*, in quanto l'incompiutezza della disciplina costituzionale configura il postulato ordinario dell'azione legislativa e solo in casi particolari (esempio leggi a contenuto costituzionalmente vincolato) tale incompiutezza entra in un rapporto di diretta causalità con i contenuti di tale disciplina⁶⁶.

⁶⁴ In senso contrario, ritenendo la comprensione e la concretizzazione possibile solo con riguardo ad un caso concreto, („„Verstehen“ und damit Konkretisierungstunurim Blick aufeinkonkretes Problemmöglich“), v. K. Hesse, *Grundzüge*, cit., p. 25, Rdn. 64.

⁶⁵ ...richiamandosi, nella specie, alla distinzione elaborata da Forsthoff, *Über Maßnahme-Gesetze*, in *Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, Tübingen, 1955, p. 221 ss., richiamata anche in M. Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, cit., p. 186 ss.

⁶⁶ ..si pensi anche alla fattispecie delle leggi a contenuto costituzionalmente vincolato o delle leggi costituzionalmente obbligatorie, o, ancora, delle leggi che recano la disciplina di istituti sanciti in costituzione (referendum abrogativo, amnistia e indulto, etc.).

La relazione tra entrambi i piani della concretizzazione rivela una peculiare correlazione esistente tra strutture, rispettivamente, di produzione e di applicazione normativa, che è propria dello Stato di diritto⁶⁷ lasciandosi evidenziare, così, la complessità di meccanismi e dinamiche, organiche e funzionali, entro cui si spiega il fenomeno del diritto positivo⁶⁸.

10. Quello di norma, come di creazione normativa, è un concetto neutro e statico, al pari di quello di concretizzazione che viene poi ad inquadrarsi nella dimensione, più ampia, dell'ordinamento giuridico statale quale sistema dinamico e unitario delle norme prodotte dalle fonti legali del diritto⁶⁹. Un'analisi della concretizzazione costituzionale che si esaurisse nell'evidenza della relazione specificativa di norma generale di principio e disciplina attuativa finisce, dunque, per risultare poco utile anche con riguardo al fenomeno che si vuole cercare di spiegare.

La concretizzazione -va ribadito- manifesta aspetti peculiari secondo la sua portata, generale e/o particolare, nonché la condizione -di volontà o di

⁶⁷ In tal senso, v. anche M. Jestaedt, O. Lepsius, *Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen- Eine Einführung*, in, H. Kelsen, *Verteidigung der Demokratie* (Hrsg. Von M. Jestaedt, O. Lepsius), Tübingen, 206, p. XVIII.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Da ultimo, al riguardo, v. ancora U. Di Fabio, *StaatimRecht*, Tübingen, 2020, p. 19 ss.

giudizio- dell'attività che vi inerisce⁷⁰. Più che *della* concretizzazione dovrebbe parlarsi *delle* concretizzazioni (corsivi miei: n.d.r.), così alludendosi alla diversità di struttura e di obiettivo che accompagna le diverse forme e modalità di concretizzazione.

Non sembra perdere valore, a questo fine, il ruolo svolto dalla volontà del Costituente, come non sembra giustificato parlare, per questo aspetto, dell'esistenza di un pluralismo di legislatori costituzionali (“*Der Verfassungsgeber ist tot! Es leben die Verfassungsgeber*”: caratteri dell’A.)⁷¹. L’incongruenza scientifica di una siffatta asserzione emerge all’evidenza dal dato giuridico-positivo, che conferisce alla legge costituzionale la competenza in via esclusiva ad apportare revisioni testuali della Carta fondamentale, entro limiti espressi o impliciti, inerenti comunque i tratti essenziali dell’identità costituzionale dello Stato. Inoltre, tale incongruenza risulta anche se si considerano i potenziali effetti derivanti dall’omologazione di ogni forma di produzione normativa di livello costituzionale, volontariamente disposta dal legislatore costituzionale oppure, limitata ed eventuale, generata attraverso il contributo dell’esegesi giurisprudenziale. La stessa qualificazione di concretizzazione, si è detto, non può non implicare, anche logicamente, previa consapevolezza della sostanza normativa che compone la regola di principio, con cui la disciplina concreta deve porsi -almeno in astratto- in una relazione di

⁷⁰ Cfr. Ancora M. Morlok, *Was heißt und zu welchem Ende studiert man die Verfassungstheorie ?*, cit., p. 128 ss.

⁷¹ M. Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, cit., p. 156.

armonica sintonia, non soltanto formale. L'allusione alla forza creativa dell'esegesi non può servire, in conclusione, a dischiudere all'interprete spazi assoluti di libera esegesi né a obliterare la natura di norma giuridica della premessa di principio di ordine costituzionale, a cui deve riferirsi l'esito di concretizzazione.

In questo senso, un approccio più costruttivo sul piano anche epistemologico può essere quello che muove dall'esigenza di rinvenire nei contenuti normativi del principio costituzionale il punto di partenza e lo snodo principale e indefettibile per tracciare il confine tra interpretazione e concretizzazione legislativa e/o giurisprudenziale. Compito del giurista è, pertanto, di determinare innanzitutto il significato del parametro costituzionale "generale" attraverso un'esegesi sistematica e razionale che possa aprirsi alla considerazione del complesso delle regole integranti l'identità costituzionale, alla luce di una teoria della Costituzione che con tali contenuti si mostri compatibile. Ciò vale, tra l'altro, a contenere lo spazio della concretizzazione entro una sfera di razionale adattamento delle stesse regole di principio all'esperienza. Per il legislatore, lo sforzo di concretizzazione finisce sovente per coincidere con l'attuazione *tout court* del principio/diritto costituzionale nella cui sfera ricadono dunque le relative decisioni politiche prodotte attraverso il confronto democratico.

Rispetto a tale percorso potranno isolarsi, poi, i contenuti dei singoli segmenti che conducono all'applicazione concreta della regola costituzionale per opera di un giudice. In un tale percorso saranno inclusi anche i vincoli risalenti all'ordinamento comunitario ed agli obblighi

internazionali in quanto paradigmi concorrenti al fine di misurare, oltre che i contenuti astratti dell'esegesi di concretizzazione, anche la loro legittimità costituzionale.

In definitiva, la relazione funzionale tra concretizzazione legislativa e concretizzazione giurisprudenziale si mostra un elemento indefettibile di tale percorso. L'ipotesi -tutto sommato marginale- di una concretizzazione diretta e immediata di diritti costituzionali attraverso il giudice, in carenza della legge di attuazione, reca in sé, ad ogni modo, il rischio di una particolarizzazione della portata responsiva della Costituzione pur nel quadro tendenzialmente in pieno sviluppo di una costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico⁷².

Un vecchio e sapiente allenatore di calcio soleva dire che “*rigore è quando arbitro fischia*”, espressione che nella sua icastica semplicità vuole esaltare proprio il momento dell'applicazione come quello realmente rivelatore, costitutivo dell'effetto normativo.

Un tale asserto può forse valere anche con riguardo all'esperienza dell'ordinamento giuridico statale partendo tuttavia dalla premessa che

⁷² Sul punto, seppur con riferimento specifico al *Grundgesetz* (ma il discorso può senz'altro valere per ogni Costituzione “per valori”), v. anche M. Jestaedt, *Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist*, in AA.VV., *Das entgrenzte Gericht*, Berlin, 2011, p. 77 ss., part. p. 86. Inoltre, v. anche G Folke Schuppert, C. Bumke, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Baden-Baden, 2000, passim (ma, in particolare, v. 72 ss).

non è l'arbitro che crea la regola che egli è poi chiamato ad applicare. Al massimo, questo verifica previamente l'esistenza di quella ipotesi di condotta (di kelseniana memoria) in presenza della quale la regola deve applicarsi.

Non è tanto l'applicazione *ex sé* il momento genetico della norma quanto il percorso di formazione della volontà normativa che trova forma nel diritto positivo risalente all'atto giuridico correlativo. Il concetto di concretizzazione giurisprudenziale vale a descrivere, insomma, il tratto finale di un percorso complessivo culminante nell'applicazione della norma.

La disposizione, pur non coincidendo con la norma, concorre decisamente a caratterizzarne la portata prescrittiva; essa accede alla norma, che dalla prima trae fondamento e dall'atto, invece, forza formale. Rispetto a questo schema generale, la concretizzazione costituzionale non sembra recare elementi peculiari o di novità particolari, solo, essa comprende le dinamiche fisiologiche che scandiscono la produzione e applicazione normativa all'interno dell'ordinamento giuridico statale.