

Carte dei diritti e dinamiche della normazione, dal punto di vista della teoria della Costituzione*

di

Antonio Ruggeri**

Sommario: 1. L'attitudine dei principi fondamentali a distendersi per l'intero ordinamento ed a lasciare ovunque il segno della loro attitudine a permeare l'esperienza giuridica in ogni sua espressione, di modo che ogni parametro fatto valere in occasione di un giudizio di validità è, a conti fatti, "interposto" tra i principi stessi e l'atto di volta in volta sindacato. – 2. L'insanabile contraddizione metodico-teorica che si rinviene nel modo corrente di vedere le dinamiche della normazione riguardanti i principi fondamentali, osservati da una prospettiva assiologico-sostanziale, rispetto a quelle ad essi estranee, fatte oggetto di sistemazione in applicazione di criteri d'ispirazione formale-astratta, facendosi stranamente valere questi ultimi persino per documenti normativi, quali le Carte dei diritti, aventi natura materialmente costituzionale. – 3. Il singolare trattamento riservato al diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario, provvisto di rango costituzionale anche nei suoi contenuti non materialmente costituzionali e garantito a mezzo di tecniche decisorie non in tutto rispettose dei canoni per esse stabiliti, e la parimenti singolare disposizione a scala delle Carte dei diritti, malgrado comune a tutte sia la natura di documenti "tipicamente costituzionali" e la funzione di dare il riconoscimento dei diritti stessi, il cuore pulsante della Costituzione. – 4. La svolta epocale segnata dalla Costituzione in ordine al modo d'intendere e di far valere se stessa, per effetto del riconoscimento del principio di apertura al diritto internazionale e sovranazionale, nel suo fare "sistema" con i principi restanti e, segnatamente, con quelli di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità). – 5. Le combinazioni, continuamente cangianti in ragione dei casi, che si hanno tra norme di origine esterna e norme interne (anche costituzionali) in applicazione del "metapprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti, le obiezioni da alcuni studiosi mosse alla operatività di quest'ultimo, specie in nome della certezza del diritto, e la loro confutazione. – 6. Il ruolo giocato dalle Carte dei diritti al piano della conformazione in via generale del sistema, la cruciale questione se ancora al presente vi sia il bisogno di una teoria delle fonti e, di conseguenza, se si dia un "sistema delle fonti". 7. I riflessi di ordine istituzionale della soluzione qui patrocinata (con specifico riguardo all'equilibrio, di cui non può comunque farsi a meno, tra diritto politico e diritto giurisprudenziale).

* Testo rielaborato e corredato di minimi riferimenti di lett. di un intervento all'incontro di studio su *È possibile una "teoria delle fonti" nella pluralità delle "carte dei diritti"?*, Università di Bologna il 28-29 novembre 2024 e di una lezione tenuta presso l'Università di Catania il 19 dicembre 2024. Sono particolarmente grato per le numerose domande ed osservazioni fattemi che mi hanno dato modo di precisare meglio alcuni passaggi argomentativi svolti.

**Professore emerito di Diritto Costituzionale – Università di Messina

1. L'attitudine dei principi fondamentali a distendersi per l'intero ordinamento ed a lasciare ovunque il segno della loro attitudine a permeare l'esperienza giuridica in ogni sua espressione, di modo che ogni parametro fatto valere in occasione di un giudizio di validità è, a conti fatti, "interposto" tra i principi stessi e l'atto di volta in volta sindacato

L'avvento delle Carte costituzionali all'indomani della immane tragedia della seconda grande guerra non ha segnato solo un mutamento epocale nel loro modo di essere e di operare a fronte di quelle venute alla luce a partire e per effetto dei moti rivoluzionari di fine Settecento e primo Ottocento. Il cambiamento non ha infatti interessato unicamente la struttura ed i contenuti dei documenti costituzionali, profondamente diversi rispetto al passato; ha, più ancora, segnato un nuovo modo della Costituzione d'intendere... *se stessa* e, di riflesso, di vedere lo Stato, le sue articolazioni interne, i rapporti con i componenti la comunità, nonché il ruolo che lo Stato stesso è chiamato a giocare sul piano delle relazioni interordinamentali.

Come si sa, il rinnovamento ha interessato, in primo luogo, i valori posti a fondamento della Repubblica. Dottrina e giurisprudenza non hanno mancato di rilevarlo in plurime occasioni, rimarcando in particolare la proprietà tipica e qualificante dei principi fondamentali – la prima e più diretta manifestazione positiva dei valori¹ –, vale a dire l'idoneità a caratterizzare l'identità dell'ordinamento e ad assicurarne l'integra trasmissione nel tempo, alla condizione che restino appunto integri i principi in parola, suscettibili, sì, di andare incontro a modifiche² che nondimeno si mostrino in tutto fedeli alla matrice originaria dei disposti innovati e, anzi, ancora di più idonee a portarli a crescenti realizzazioni³. È

¹ Avverto che, per ragioni di speditezza nella esposizione, di qui in avanti discorrendo dei valori e dei principi fondamentali ometterò il più delle volte di fare esplicita menzione dell'aggettivo che ne dà la qualificazione.

² ... secondo quanto – come si sa – si è peraltro avuto nei riguardi dell'art. 9 della Carta.

³ A tal proposito, nulla ora dirò a riguardo delle novità apportate nel 2022 in tema di ambiente e di ecosistema, in merito alle quali il dibattito tra gli studiosi seguita ad essere assai animato, non tacendosi da parte di alcuni riserve e critiche di non poco momento [tra gli altri, v. M. CECCHETTI, in più scritti, tra i quali *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*,

per il tramite dei valori positivizzati che, dunque, si verifica ed apprezza la continuità dello sviluppo dell'ordinamento o, all'opposto, la sua discontinuità.

I principi, proprio perché tali, possiedono una naturale, formidabile *vis* diffusiva⁴, disponendo dell'attitudine a distendersi per l'intero ordinamento, ovunque proiettando la loro immagine e capacità di qualificazione giuridica⁵. Non v'è, dunque, norma in seno alla stessa Carta costituzionale in primo luogo e, discendendo, nelle fonti sottostanti che non possa, in modo diretto o indiretto ed in maggiore o minor misura, riportarsi a questo o quel principio ed anzi agli stessi nel loro fare "sistema", dal momento che – come si è tentato di mostrare altrove – ogni principio, proprio perché "fondamentale", si presenta *quodammodo* inautonomo, concettualmente ed operativamente, prendendo luce dai principi restanti ed agli stessi, ciascuno per la propria parte, donando la propria e, perciò, richiedendo tutti di darsi sostegno ed alimento a vicenda.

Il sistema, insomma, si compone ed incessantemente rinnova in funzione dei principi, in vista cioè della loro massima implementazione nell'esperienza alle condizioni oggettive di contesto, nella ricerca di sintesi ottimali tra gli stessi in ragione dei peculiari connotati degli interessi o beni della vita bisognosi di

in *Corti supreme e salute* (www.cortisupremeesalute.it), 1/2022, e *Emergenze e tutela dell'ambiente: dalla "straordinarietà" delle situazioni di fatto alla "ordinarietà" di un diritto radicalmente nuovo, in Federalismi* (www.federalismi.it), 17/2024, 24 luglio 2024, 64 ss. Altre indicazioni possono aversi dagli atti del Seminario AIC su *La cultura dell'ambiente nell'evoluzione costituzionale*, svoltosi alla LUISS di Roma il 12 maggio 2023, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it) e, più di recente, dai contributi alle XV Giornate italo-spagnolo-brasiliane su *Ambiente e sostenibilità*, Savelletri di Fasano 27-28 settembre 2024].

⁴ Sulla loro attitudine ad andare incontro a revisioni a finalità espansiva, ragguagli possono, volendo, aversi dal mio *I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2022, 12 maggio 2022, 473 ss.

⁵ Lacune e carenze di disciplina possono, sì, a mia opinione rinvenirsi in seno alla trama costituzionale ma specificamente per ciò che attiene alle regole, sostantive e di organizzazione, più (o anzi) che con riguardo ai principi, i quali per vero si rendono disponibili al loro aggiornamento – come, appunto, si è già avuto –, senza che tuttavia ciò equivalga a riconoscere l'eventualità che sia aggiunto un principio interamente nuovo al catalogo preesistente. Se d'altronde si conviene – come devesi convenire – che i principi, nella loro totalità significativa, danno l'immagine più genuina ed espressiva del potere costituente da cui traggono origine, l'allungamento del catalogo dei principi, al pari dell'ipotesi opposta della rimozione "secca" di uno o più di essi, rende testimonianza di un fatto costituente in corso ovvero già maturato.

regolazione positiva, in primo luogo, e, quindi, di salvaguardia da parte dei pratici del diritto (in ispecie, dei giudici).

Non v'è, dunque, pratica giuridica che possa fare a meno di volgersi verso i principi ed interpellarli al fine del suo congruo svolgimento ed apprezzamento. Così, per fare ora solo i primi esempi che vengono in mente, un enunciato che espressamente sia qualificato come costitutivo per la sua parte del catalogo dei principi, per essere rettammente inteso e fatto valere, richiede di essere visto assieme agli altri enunciati della sua stessa natura; e, ancora, l'interpretazione di enunciati considerati non appartenenti al catalogo suddetto ha da volgersi verso quelli espressivi di principi. Si danno, insomma, alcuni fili invisibili ma resistenti che tengono uniti i disposti normativi di cui si compone l'ordinamento, tutti appunto concorrendo a fare il "sistema" ed a rigenerarlo di continuo a mezzo dell'opportuno rinnovamento interno, si abbia per via di produzione giuridica come pure d'interpretazione.

È chiaro che le operazioni in parola rimandano alla questione, che ogni altra precede e determina, relativa alla individuazione dei principi ed ai modi della loro ricognizione semantica, una volta che si acceda all'ordine d'idee secondo cui non decisivo appare essere il rilievo dell'autoqualificazione⁶. Se ne ha, peraltro, conferma dalla tesi, particolarmente accreditata in dottrina e giurisprudenza, secondo cui fondamentali sono altresì alcuni principi inespressi in Costituzione, quale quello della separazione dei poteri o di certezza del diritto, dei quali avrò modo di dire tra non molto. Come che si risolva, poi, questa preliminare questione, nient'affatto semplice è la determinazione del retto significato posseduto dagli enunciati, tanto più se – come appunto si ha per i principi – fatti a maglie larghe o larghissime, aprendosi a raggiera a plurime ricognizioni di senso. Una questione,

⁶ ... che, nondimeno, non va sottovalutato, dal momento che vale ad individuare gli enunciati espressivi dei principi, nel mentre per altri enunciati solo a seguito del percorso interpretativo, a volte assai accidentato, può stabilirsi se siano, o no, idonei a dar voce ai principi stessi, richiedendosi peraltro allo scopo indagini approfondite di ordine storico-politico e scrupolose verifiche operate in seno al corpo sociale, in particolare mirate ad accertare che gli enunciati stessi abbiano attinto la sostanza normativa cui danno veste da *consuetudini culturali* – come a me piace chiamarle – diffuse nel corpo stesso, volte a riconoscere i valori che danno l'identità della comunità organizzata e ne orientano ed alimentano lo sviluppo.

questa, dunque assai complessa, per il cui esame occorre rimandare ai luoghi in cui è specificamente trattata. Ai fini dell'analisi che si passa ora a svolgere è, infatti, necessario dare per acquisito il previo riconoscimento dei principi e portata a termine la loro messa a punto semantica per le peculiari esigenze dei casi ed in vista della loro ottimale soluzione.

Stando le cose come sono qui vedute, ogni disposizione assunta a parametro della validità di un'altra è da considerare quale "interposta" tra quest'ultima e i principi fondamentali, a motivo della formidabile capacità diffusiva di cui questi ultimi sono dotati, idonea – come si viene dicendo – a distendersi in ogni angolo, persino il più remoto, dell'ordinamento. E ciò, pur laddove sia un'altra o altre ancora le disposizioni evocate in campo quali parametri *diretti* dell'atto sottoposto a sindacato. D'altronde, come si sa, la giurisprudenza ha ripetutamente affermato che un disposto può porsi a parametro di un altro unicamente laddove ne sia previamente acclarata la validità; e i principi costituiscono al riguardo un punto obbligato di riferimento per ogni norma diversa dagli stessi che sia evocata a parametro. Si hanno, insomma, non di rado casi di doppia interposizione: così, l'art. 76 per ciò che attiene al modello della legge di delega e, allo stesso tempo, i principi fondamentali con i quali quest'ultima *ratione materiae* si raffronta e, ancora, l'art. 117 per le leggi di Stato e Regione e, nuovamente, i principi fondamentali, a partire da quello di cui all'art. 5 nel suo fare "sistema" con i principi di cui agli artt. 2 e 3, e via dicendo.

Con riguardo, poi, ai casi in cui gli unici disposti in gioco siano dati da enunciati iscritti nella Carta, non potendosi – com'è chiaro – far luogo alla invalidazione dell'uno, in tesi inespressivo di un principio fondamentale, per la supposta (ma, come subito si vedrà, inesistente) incompatibilità con quest'ultimo, non rimane che la ricerca della loro riconciliazione per via interpretativa: come dire, insomma, che la Costituzione, nei suoi disposti originari, non si contraddice mai. L'interpretazione "conforme" ha, pertanto, il suo primo e più attendibile banco di

prova in seno all'articolato della Carta⁷, richiedendo gli enunciati giudicati inespessivi di principi di essere orientati verso quelli che si assumono idonei a darvi voce, per quanto la prova certa di siffatta inespessività non può, poi, che aversi *ex post*, una volta completato il processo interpretativo⁸. Laddove, poi l'esito dovesse essere nel senso della loro (*apparente*) incompatibilità, si assisterebbe ad una deroga o – come suol dirsi – ad una “rottura” della Costituzione che, però, è cosa assai diversa da quella di una “violazione” in senso proprio. La circostanza, ad es., che il principio di eguaglianza tolleri per Costituzione alcune “eccezioni” alla sua onnipervasiva portata (da parte di regole riguardanti il Presidente della Repubblica, i parlamentari, ecc.) non equivale infatti ad ammettere che il principio stesso è “violato” dalle regole stesse. Come si è infatti tentato di mostrare altrove⁹, l'antinomia tra un principio ed una regola appartenenti alla Carta è sempre meramente *apparente*, non *reale*, dal momento che, in forza della previsione in “deroga”, si restringe automaticamente la cerchia dei destinatari della norma generale, comprensiva di tutti al di fuori dei soggetti cui specificamente la regola

⁷ È singolare che quest'aspetto sia trascurato dagli studi relativi alla tecnica interpretativa in parola, nell'assunto che essa si applichi unicamente al piano dei rapporti tra fonti ordinate gerarchicamente (così, tra gli altri, C. CARUSO, *L'interpretazione conforme alla Cedu e i «diritti a somma zero»*, in *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini - A. Cossiri - G. Di Cosimo - A. Guazzarotti - C. Mainardis, Giappichelli, Torino 2019, 457 ss.). Eppure, la teoria dei limiti alla revisione costituzionale attesta che le disposizioni della Carta non hanno tutte la stessa forza; la qual cosa non può restare senza conseguenze al piano dell'interpretazione (sulla interpretazione conforme, nella ormai nutrita lett., riferimenti possono di recente aversi da S. BARBARESCHI, *Corte costituzionale e certezza dei diritti. Tendenze nomofilattiche del giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, 171 ss.; M. RUOTOLO, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953*, in AA.VV., *I 70 anni della legge n. 87 del 1953: l'occasione per un "bilancio" sul processo costituzionale*, a cura di G. Grasso e A. Stevanato, Editoriale Scientifica, Napoli 2024, 341 ss., e F. MODUGNO - T. GUARNIER, *Interpretazione giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli 2024. Con specifico riguardo alla giurisprudenza, tra gli altri, v. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁷, Giappichelli, Torino 2022, 247 ss.; D. PICCIONE, *Diritto vivente e interpretazione conforme quali fondamenti argomentativi degli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1/2024, 455 ss.; G. PARODI, *Interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente nella giurisprudenza recente. La prospettiva del giudice a quo*, in *Giur. cost.*, 6/2023, 2883 ss., e, dello stesso, *Interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente nella giurisprudenza recente. La prospettiva del giudice costituzionale*, in *Lo Stato*, 22/2024, 63 ss.).

⁸ La qual cosa, poi, per la sua parte avvalorata l'idea che è solo nel circolo ermeneutico che prendono forma e si apprezzano gli esiti dei processi stessi, secondo quanto è stato da tempo messo in chiaro dalla più avvertita dottrina (sin dai tempi della *durchgehende Korrelation* mirabilmente descritta da A. ROSS nella sua *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Deuticke, Leipzig - Wien 1929.

⁹ ... nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*⁵, Giappichelli, Torino 2009, 32 ss.

stessa si riferisce. I due precetti, insomma, si convertono in uno solo che incorpora la regola e, a un tempo, la eccezione. Reale, di contro, è un'antinomia che può aversi tra una norma di forma costituzionale ma estranea alla Carta e i principi fondamentali in quest'ultima iscritti, potendosene quindi avere – com'è noto – l'annullamento della prima (per quanto, per vero, l'ipotesi sembri essere praticamente remota, trattenendosi la Consulta dal caducare atti di forma costituzionale¹⁰ e preferendo piuttosto riconciliarli a forza, seppur in modo abilmente mascherato, per via interpretativa¹¹).

Diciamo, dunque, che, mentre dei disposti originari della Carta non può che predicarsi la validità, risultando anzi ozioso lo stesso farsene questione, dei disposti restanti, *quale che ne sia la forma*, il loro carattere "interposto", nel senso sopra indicato, è implicito nella loro soggezione ai principi e il loro utilizzo dunque subordinato al previo riscontro della loro compatibilità con questi ultimi. La presunzione – è vero – gioca anche per essi nel senso della loro validità, potendosi tuttavia pur sempre avere la prova del contrario laddove ne sia fatta richiesta in tal senso ovvero sia sollecitata *motu proprio* dal giudice.

2. L'insanabile contraddizione metodico-teorica che si rinviene nel modo corrente di vedere le dinamiche della normazione riguardanti i principi fondamentali, osservati da una prospettiva assiologico-sostanziale, rispetto a quelle ad essi estranee, fatte oggetto di sistemazione in applicazione di criteri d'ispirazione formale-astratta, facendosi stranamente valere questi ultimi persino per documenti normativi, quali le Carte dei diritti, aventi natura materialmente costituzionale

¹⁰ Lo ha fatto – come si sa – per lo statuto siciliano che, però, era un documento normativo venuto alla luce prima della Carta costituzionale e in alcuni suoi disposti vistosamente incompatibile con questa.

¹¹ Altamente istruttiva al riguardo appare essere la vicenda che ha avuto ad oggetto la riscrittura del Titolo V della Parte II, posta in essere da una ormai ultraventennale giurisprudenza e ancora oggi portata avanti senza sosta. Ma, naturalmente, molti altri esempi ancora possono addursi con riferimento ad altri enunciati costituzionali.

I principi fondamentali, insomma, proprio perché tali, hanno una formidabile capacità diffusiva, pervadendo l'intero ordinamento e rendendosi in ogni tempo disponibili al servizio della pratica giuridica e delle sue esigenze. Nessuna fonte – come si è veduto – può fare a meno di trarre da essi ispirazione ed alimento, già al momento della sua venuta alla luce e quindi in occasione delle sue applicazioni ai casi.

Si tratta, dunque, di stabilire qual è il segno che i principi, nei quali – come si sa – si traducono ed inverano nel modo più genuino ed immediato i valori, lasciano in occasione ed al fine della composizione delle fonti in sistema.

Ora, non può tacersi il fatto che si riscontra qui una insanabile contraddizione di fondo, di metodo prima ancora che di teoria, nel modo corrente di vedere le cose in dottrina e giurisprudenza.

Per un verso, infatti, le dinamiche della normazione che specificamente riguardano i principi sono usualmente viste da una prospettiva di ordine assiologico-sostanziale. Ne dà testimonianza la dottrina dei limiti alla revisione costituzionale, che porta a distinguere norma da norma della Carta assumendo che alcune di esse – i principi, appunto – resistano ad innovazioni per via legale, potendo pertanto andare incontro ad alterazioni unicamente in modo forzoso, per effetto cioè dell'avvento di un nuovo potere costituente.

Non sto ora a discutere nuovamente della linearità degli argomenti addotti a sostegno della tesi in parola; mi limito solo a rammentare che la stessa è stata fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale e che in essa si riconosce la dottrina quasi unanime, pur dividendosi poi in ordine al concreto riconoscimento dei principi laddove degli stessi non si disponga di una esplicita base testuale nei primi dodici articoli della Carta, nonché in ordine al significato da assegnare agli enunciati in questi contenuti¹².

¹² Su tutto ciò, riferimenti possono aversi da AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Staiano, Giappichelli, Torino 2006, e AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019.

Per un altro verso, l'intero sistema delle fonti "subcostituzionali" (in lata accezione) è ricostruito – come si sa – muovendo da una prospettiva formale-astratta, nell'assunto cioè che ogni fonte abbia un proprio posto nel sistema, legato appunto alla sua forma, pur laddove si tratti di fonti promananti dallo stesso organo, quali ad es. le leggi costituzionali e quelle ordinarie: un posto fisso ed immutabile, quali che ne siano i contenuti contingenti ed il loro modo di porsi in rapporto con i valori fondamentali positivizzati, dal posto stesso quindi discendendo la forza normativa (nelle sue due proiezioni, attiva in relazione al passato ovvero passiva in relazione al futuro) propria di ciascun atto¹³.

La contraddizione – come si è già in più luoghi fatto notare – è palese. Assumendo, infatti, che la prospettiva giusta sia la seconda, non dovrebbe ammettersi l'esistenza di limite alcuno alla revisione costituzionale, non potendosi in tesi fare distinzione tra norme appartenenti al medesimo documento siccome tutte provviste della medesima forma e parimenti espressive di potere costituente. Di contro, giusta la prima prospettiva, è evidente che l'intero sistema sottostante richieda di essere riguardato dal medesimo angolo visuale, assegnando di conseguenza un posto peculiare, privilegiato, alle norme riconosciute idonee a dare la prima e diretta specificazione-attuazione dei principi. A che servirebbe, d'altronde, tenere ferma in partenza la tesi della refrattarietà di questi ultimi ad innovazioni che non siano *in melius* quando poi gli stessi potrebbero soggiacere a *vulnera* loro recati a mezzo di attacchi mossi agli atti (*rectius*, alle norme) che danno la specificazione-attuazione in parola? Sarebbe, insomma, un gioco da bambini privare, del tutto o in parte, i principi della forza loro propria operando modifiche mirate alle norme prodotte al fine di offrire loro il servizio di cui hanno bisogno per potersi radicare e far valere nell'esperienza.

Occorre, dunque, fare una buona volta una scelta di campo tra le prospettive suddette; e la soluzione – come mi sforzo di dire da tempo – non può che essere

¹³ Allo studio della forma delle fonti e del suo rilievo si è di recente dedicato, con spunti ricostruttivi di particolare interesse, A. ARCURI, *La forma delle fonti. La problematica del potere normativo nello Stato membro dell'Unione europea*, Bologna University Press, Bologna 2024.

quella a favore della prima¹⁴, la sola che possa dar modo ai principi di distinguersi da ogni altra specie di norma e di potersi affermare, appunto come fondamentali, nell'esperienza. La stessa nozione di potere costituente, per vero ancora non molto tempo addietro rimessa in discussione da chi si è dichiarato dell'idea che essa si sia ormai storicamente "esaurita"¹⁵ e che però alcune tristi vicende di scottante attualità hanno dimostrato essere ancora pienamente vitale, resterebbe priva di senso alcuno qualora si negasse l'attitudine dei principi a rappresentare l'immagine più genuina e qualificante dell'identità costituzionale, l'idoneità di quest'ultima a trasmettersi integra nel tempo pur nel suo incessante rinnovamento interno (ed anzi *proprio* grazie a quest'ultimo). Venendo, infatti, meno la nozione in parola, verrebbe fatalmente a cadere l'idea stessa di Costituzione che di quella è la prima e più genuina proiezione al piano positivo, con immediate, evidenti conseguenze a cascata per l'intero ordinamento giuridico.

La ricostruzione del sistema non può, dunque, restare innaturalmente separata dai principi o, peggio, mostrarsi a questi frontalmente contrapposta, prestandosi a strumentali utilizzi volti a privare i principi stessi della loro forza o, come che sia, a spegnere la loro irrefrenabile vocazione a radicarsi nell'esperienza, *magis ut valeant* appunto.

¹⁴ Si tenterà, nondimeno, di mostrare più avanti che l'inquadramento sistematico d'ispirazione formale-astratta può rendersi ugualmente utile in una prima fase del processo di ricostruzione del sistema.

¹⁵ Riferimenti in M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Editori Riuniti, Roma 1991, 8 s. e *passim*, e, dello stesso, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 124 ss., spec. 136 ss.; U. ALLEGRETTI, *Il problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale*, in AA.VV., *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, a cura di E. Rippepe e R. Romboli, Giappichelli, Torino 1995, 29; M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1/1995, 7 ss.; in prospettiva comparata, v., poi, M. CALAMO SPECCHIA, *Un prisma costituzionale, la protezione della Costituzione: dalla democrazia "militante" all'autodifesa costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1/2021, 91 ss., spec. 109 ss. In argomento, da ultimo, G.L. CONTI, *Il feticcio ancestrale: il potere costituente dal tramonto all'alba*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2024, 10 novembre 2024, 1 ss. Infine, per i riflessi sul metodo di studio dei costituzionalisti, dopo i contributi al Seminario dell'Associazione dei costituzionalisti su *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, svoltosi a Messina il 2 febbraio 1996, Cedam, Padova 1997, v., da ultimo, G. AZZARITI, *Per un costituzionalismo critico*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 3/2024, 21 novembre 2024, 1 ss. Acuti rilievi in tema di mutamenti costituzionali possono infine vedersi in E. OLIVITO, *L'incudine e il martello. Itinerari del pensiero su permanenza e mutamento in un ordine costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2024.

È singolare che del rischio in parola non ci si sia avveduti neppure al momento in cui sono venute alla luce le Carte dei diritti e, una volta recepite in ambito interno, si è fatta questione del posto da darvi in seno al sistema.

La marcata ispirazione formale-astratta delle ricostruzioni correnti del sistema ha, infatti, lasciato un segno anche in sede di assegnazione del posto stesso e, malgrado gli sviluppi teorici al riguardo registratisi nel corso del tempo, da essa dottrina e giurisprudenza non si sono mai allontanate.

Si pensi, ad es., alla tesi, ormai inservibile, secondo cui le leggi di esecuzione dei trattati internazionali condividerebbero in tutto e per tutto la condizione di fonti di primo grado che è propria della legge *tout court* (e degli atti a questa equiparati), una tesi dalla dottrina dominante tenuta ferma pure con riguardo ai rapporti intercorrenti tra le leggi adottate per dare ingresso in ambito interno alle Carte suddette e le leggi a venire. Ed è stato solo a seguito della novità di straordinario rilievo introdotta nell'art. 117, I c.¹⁶, con la previsione dell'obbligo gravante sulle leggi sia statali che regionali di osservanza degli obblighi internazionali in genere¹⁷, che il quadro è finalmente mutato anche a beneficio delle Carte stesse che, dunque, hanno goduto – potrebbe dirsi – di luce riflessa, grazie al *novum* registratosi in occasione della riscrittura del Titolo V operata nel 2001.

La peculiare natura delle Carte dei diritti quali documenti dotati di formidabile potenziale assiologico-normativo non ha, nondimeno, trattenuto la giurisprudenza dal qualificare come “subcostituzionale” la CEDU e, per ciò stesso, a mio modo di

¹⁶ ... prontamente segnalata – come si ricorderà – dalla più avveduta dottrina [v., part., M. LUCIANI, *Camicia di forza federale*, in *La Stampa*, 3 marzo 2001; lo stesso L. vi si è quindi richiamato nel suo *Itinerari costituzionali della memoria*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2022, 9 novembre 2022, 114].

¹⁷ Meramente dichiarativa (e, a conti fatti, ridondante) appare essere la previsione in parola con riferimento alle norme della Comunità internazionale generalmente riconosciute, fermo restando che al fine di mettere queste ultime al riparo da eventuali violazioni da parte di leggi costituzionali soccorre comunque e di necessità il primo comma dell'art. 10, non essendo l'art. 117 – come si sa – in grado di opporre una efficace resistenza ad innovazioni apportate con le leggi in parola. Così, quanto meno è da dire a riguardare alle vicende della normazione dalla prospettiva corrente d'ispirazione formale-astratta. Da una, invece, avente connotazione assiologico-sostanziale, si tratta di stabilire in che modo le novità introdotte da fonte posteriore nei riguardi di fonte anteriore si pongano in rapporto con i principi di base dell'ordinamento considerati nel loro fare “sistema” (ma v., *amplius*, gli svolgimenti che subito seguono nel testo).

vedere, ogni altra Carta, quale ad es. la Carta Sociale Europea¹⁸, diversa da quella dell'Unione, cui si farà cenno subito appresso, tenendole pertanto ad un gradino sottostante la Costituzione, persino – si faccia caso – con riguardo a norme di questa inespresse di principi. Che, poi, sia teoricamente assai arduo e praticamente remoto immaginare che le norme delle Carte in parola possano confrontarsi (e, se del caso, scontrarsi) con norme costituzionali non aventi carattere “fondamentale” o, come che sia, da queste “coperte” è questione che la Corte delle leggi non si è posta e seguita stranamente a non porsi.

3. Il singolare trattamento riservato al diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario, provvisto di rango costituzionale anche nei suoi contenuti non materialmente costituzionali e garantito a mezzo di tecniche decisorie non in tutto rispettose dei canoni per esse stabiliti, e la parimenti singolare disposizione a scala delle Carte dei diritti, malgrado comune a tutte sia la natura di documenti “tipicamente costituzionali” e la funzione di dare il riconoscimento dei diritti stessi, il cuore pulsante della Costituzione

L'unica eccezione all'inquadramento delle dinamiche della normazione in prospettiva formale-astratta si è avuta – come si sa – in relazione al diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario (per ciò che è qui di specifico interesse, alla Carta di Nizza-Strasburgo).

La cosa è francamente singolare.

Il diritto sovranazionale, in forza della “copertura” per dottrina e giurisprudenza corrente offertagli dall'art. 11 Cost. godrebbe infatti di rango “paracostituzionale” o, diciamo pure, costituzionale *tout court*, quali che ne siano i contenuti e il modo degli stessi di riportarsi ai valori fondamentali positivizzati. Ciononostante, le sue espressioni normative, anche quelle di maggior pregio (quali, appunto, si rinvencono nella Carta suddetta), sarebbero ugualmente soggette *per sistema* a

¹⁸ ... su cui, di recente, v. Corte cost. n. 7 del 2024, dove si rimarca la differenza tra le interpretazioni della CEDU somministrate dalla Corte di Strasburgo e quella della CSE date dal Comitato europeo dei diritti sociali.

prestare ossequio ai principi fondamentali di diritto interno, le eventuali antinomie potendo in ogni tempo sollecitare l'attivazione dei c.d. "controlimiti"¹⁹, sì da non consentire alle norme aventi origine esterna di spiegare effetti entro le mura della Repubblica.

Si faccia caso all'esito di questa ricostruzione. La "copertura" di valore offerta dall'art. 11 si spiega ed apprezza unicamente da una prospettiva assiologico-sostanziale. Se la Corte avesse inteso qui pure tenere ferma la prospettiva formale-astratta in generale fatta valere al piano dei rapporti interordinamentali, non avrebbe dovuto far luogo alla conversione di una norma di valore, qual è appunto quella volta ad assicurare protezione alla pace ed alla giustizia tra le Nazioni, in una norma sulla produzione giuridica, altro essendo il fatto in sé del riconoscimento dei valori suddetti ed altra cosa il modo con cui se ne può avere la salvaguardia al piano delle dinamiche della normazione. E, poiché nulla si dice al riguardo nel disposto in esame, è da presumere che non si sia voluto innovare alla regola secondo cui l'ingresso in ambito interno di norme provenienti *ab extra* e non compatibili con la Costituzione può aversi solo a mezzo di un atto abilitato *quoad formam* a farvi luogo (la legge costituzionale, appunto), salva la eventualità che, iscrivendosi nello stesso art. 11 una *Europaklausel* – come da tempo e da molti patrocinato²⁰ –, non si autorizzi con la stessa il legislatore comune a farvi luogo²¹.

¹⁹ Su questa discussa nozione, che – come subito si dirà – appare essere praticamente oziosa in relazione ai rapporti tra la Costituzione e le altre Carte, v., almeno, S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; D. PELLEGRINI, *I controlimiti al primato del diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le Corti*, Firenze University Press, Firenze 2021; A. LO CALZO, *Dagli approdi giurisprudenziali della Corte costituzionale in tema di controlimiti alle recenti tendenze nel dialogo tra le Corti nel contesto europeo*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 1/2021, 13 gennaio 2021, 85 ss., e L. PASQUALI, *Corti costituzionali, applicazione del diritto internazionale e controlimiti*, in *La Comunità internaz.*, 4/2022, 605 ss.

²⁰ Riferimenti, di recente, in I. ROBERTI, *Il problema del ricorso alla revisione costituzionale per l'adattamento al diritto europeo*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2024, 14 ottobre 2024, 385 ss.

²¹ La clausola in parola, dunque, oltre ad avere valore in sé e per sé, potrebbe contenere – secondo la tesi qui prospettata – una norma sulla produzione giuridica avente l'effetto di "decostituzionalizzare" una volta per tutte le norme costituzionali che dovessero dimostrarsi incompatibili con norme sovranazionali immesse nell'ordine interno in virtù di un ordine di esecuzione disposto con legge ordinaria e abilitate pertanto a derogarvi, salvi ad ogni buon conto restando, secondo opinione corrente, i "controlimiti".

Alla luce della prospettiva suddetta, i trattati istitutivi delle Comunità europee prima e dell'Unione poi avrebbero dovuto, dunque, essere recepiti con legge costituzionale²²: l'unico strumento in grado di resistere *per sistema* a qualsivoglia lesione operata in ambito interno a danno del diritto sovranazionale. Una conclusione, questa, che parrebbe ammettere la sola eccezione con riguardo a leggi costituzionali sopravvenienti ed incompatibili con le leggi parimenti costituzionali di esecuzione; e, tuttavia, posto che non si dà alcuno strumento normativo espressivo di potere costituito sovraordinato alle leggi in parola, gli atti di esecuzione possono farsi scudo dell'art. 11 che, dando voce ai valori di pace e giustizia tra le Nazioni, li dota di una protezione formidabile, la "copertura" ad essi offerta non risultando perforabile dalle stesse leggi costituzionali.

L'esito di un recepimento dei trattati suddetti con atto di forma costituzionale, tuttavia, per ragioni storico-politiche a tutti note, non poteva aversi quale lineare svolgimento e conclusione della vicenda a quel tempo maturata. Di qui, appunto, la conclusione volta a considerare abilitata la legge comune a dar modo ai trattati (ed alle fonti da questi previste) di spiegare effetti in ambito interno, ritenendosi non solo le leggi comuni ma persino quelle costituzionali obbligate a prestarvi osservanza²³, non potendo il principio fondamentale di "copertura" sottostare a

Dal mio punto di vista, invece, può ben darsi il caso di una norma sovranazionale che si dimostri, a un tempo, irrispettosa di questo o quel principio e però servente altri, magari – perché no? – in maggior misura rispetto al *vulnus* recato alla Carta. La questione, insomma, come sempre va risolta a mezzo della tecnica del "bilanciamento" secondo i casi. D'altronde, non si capisce (perlomeno, non riesce a me di capire) perché mai la "logica" del "bilanciamento" dovrebbe valere nelle sue applicazioni a norme interne e non pure al piano delle relazioni interordinamentali che, poi, potrebbe pur sempre vedersi come una peculiare "variante" del primo, ove si consideri che ad esser bilanciato è il principio di cui all'art. 11 con altri principi della stessa Carta (ma v. gli ulteriori svolgimenti che subito seguono nel testo).

²² Ciò che, a tacer d'altro, avrebbe verosimilmente *di fatto* eliminato in radice la possibilità di opporre all'ingresso delle norme sovranazionali l'arma dei "controlimiti", dal momento che – come si è poc'anzi rilevato – la Corte si trattiene dal rilevarne la violazione da parte degli atti di forma costituzionale. È pur vero, tuttavia, che qui il contenuto degli atti stessi è attinto *ab extra*, seppur veicolato comunque da una legge venuta alla luce – giusta la tesi qui patrocinata – con le procedure dell'art. 138.

²³ ... perlomeno fintantoché non si avrà il recesso del nostro Stato dall'Unione con le procedure allo scopo stabilite; trattasi, però, d'ipotesi che al momento appare, se non d'impossibile, di remoto riscontro [in tema, v., almeno, R. BIN, *Italexit? Come si potrebbe fare (se si può fare)*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 813 ss.].

modifiche o a violazioni poste in essere da qualsivoglia atto espressivo di potere costituito e volte a svuotarne o, come che sia, ad impoverirne l'essenza²⁴.

In realtà, le cose non stanno del tutto così, con specifico riguardo alle norme (ieri comunitarie ed oggi) eurounitarie relative ai meccanismi di garanzia del principio del primato del diritto sovranazionale, fatte oggetto, a mio modo di vedere, di corposa e vistosa manipolazione per mano della giurisprudenza. Esse pure, infatti, avrebbe dovuto (e dovrebbero) ricevere scrupolosa osservanza che è, però, largamente venuta meno, per ciò stesso risultando quindi manipolato o, diciamo pure, sostanzialmente riscritto l'art. 11 che, per la lettura ormai invalsa, fa ad esse richiamo.

Non è possibile qui ripercorrere quest'annosa vicenda fatta oggetto di annotazioni di vario segno. Mi limito solo a ribadire il mio fermo convincimento unicamente su un punto di cruciale rilievo, quello per cui, a dire della Consulta (v., ancora da ultimo, la sent. n. 181 del 2024²⁵), in caso di antinomie tra norme interne e norme sovranazionali *self executing* e in vista della loro ottimale soluzione, il giudice nazionale potrebbe optare tra la soluzione della "non applicazione diretta", eventualmente preceduta e sorretta dalla presentazione di una questione in via pregiudiziale alla Corte dell'Unione, e l'altra del ricorso alla stessa Consulta che – si tiene a ribadire nella pronuncia appena richiamata – offre, a tacer d'altro, il vantaggio di servire ancora meglio la certezza del diritto grazie alla efficacia *erga omnes* propria delle pronunzie di accoglimento.

Ora, in disparte la circostanza per cui ciò non dovrebbe valere per le decisioni di rigetto che, secondo la tesi ormai invalsa, non hanno generale valenza, per ciò che è qui di specifico interesse, va nuovamente ribadito che di siffatto meccanismo *sliding*

²⁴ Si ha qui, ancora una volta, conferma della naturale attitudine della prospettiva assiologico-sostanziale ad applicarsi alle vicende dei principi fondamentali, giusta la tesi appena enunciata nel testo secondo cui la legge di esecuzione dei trattati (ieri comunitari ed oggi) eurounitari, grazie alla "copertura" di cui è provvista da parte dell'art. 11, non può patire incisione neppure con legge di forma costituzionale. Si vedrà, tuttavia, a momenti che anche questa conclusione è pur sempre da rivedere alla luce del canone della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali.

²⁵ ... e, su di essa, se si vuole, la mia nota *La doppia pregiudizialità torna ancora una volta alla Consulta, in attesa di successive messe a punto (a prima lettura di Corte cost. n. 181 del 2024)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2024, 21 novembre 2024, 1346 ss.

doors non vi è traccia alcuna nel trattato né soccorre il rilievo, pure presente nella decisione suddetta, secondo cui la stessa Corte dell'Unione ha rimarcato il ruolo giocato dal nostro tribunale costituzionale nella risoluzione delle antinomie tra le norme dei due ordinamenti (e, di riflesso, per la salvaguardia dei diritti). E ciò, per il fatto che i canoni processuali non sono (o, forse meglio va detto, non *sarebbero?*) nella disponibilità degli operatori chiamati a metterli in atto e farli valere nel corso delle vicende processuali. A rendere, poi, incerto ed appannato il quadro è la circostanza per cui, a giudizio della Corte, la soluzione del sindacato accentrato si fa consigliare specificamente nei casi in cui risulti acclarato il "tono costituzionale" della questione, di cui nondimeno può aversi riscontro non soltanto laddove risulti coinvolta la Carta dei diritti dell'Unione ma anche in altri casi in cui sia comunque denunciata la violazione del diritto eurounitario; e non è chi non veda quanto sia scivoloso il terreno sul quale siffatto accertamento ha luogo.

Piaccia o no, dobbiamo ormai convenire che si è consumata una modifica tacita di straordinario rilievo istituzionale a carico dei canoni in parola (e, quindi, dell'art. 11 che ne consente l'ingresso in ambito interno); ed allora l'unico modo per giustificarla è quello di fare appello ad una *consuetudine culturale* di riconoscimento della sua validità ormai diffusa non solo tra gli operatori che vi hanno dato vita ma anche (e soprattutto) in seno alla comunità dei cittadini che, offrendovi generosa acquiescenza, ne hanno agevolato il radicamento in ambito interno.

Rimane, poi, misteriosa, dal punto di vista fatto proprio dalla Corte e dai suoi benevoli *laudatores*, la ragione per cui – a stare alla dottrina dei "controlimiti" – un principio fondamentale, quello appunto di cui all'art. 11, sarebbe tenuto a recedere *per sistema* davanti ad altri principi fondamentali, in disprezzo dell'aureo canone secondo cui nessun principio può tirannicamente affermarsi sugli altri, tutti all'inverso essendo obbligati a confrontarsi ad armi pari, soggiacendo ad operazioni di "bilanciamento" – come suol dirsi – in ragione dei casi, secondo quanto peraltro si preciserà meglio a breve.

Il risultato è che, giusta l'opinione corrente, il diritto sovranazionale risulterebbe dotato, sì, di forza costituzionale ma... *non troppo*, trovandosi comunque a doversi

fare da canto davanti ai principi di diritto interno; di contro, le Carte dei diritti in genere, quale la CEDU, verserebbero sempre in una condizione di subalternità alla Costituzione: in un caso e nell'altro, senza che abbia rilievo alcuno la *qualità* degli enunciati (o, meglio delle loro norme), pur laddove risulti provata la loro attitudine a dar voce ai diritti fondamentali, ponendo le basi per una loro efficace tutela in ambito interno.

Se ne ha, dunque, una sistemazione a scala delle Carte dei diritti, in testa ponendosi la Costituzione e, a seguire, la Carta dell'Unione, asservita al rispetto dei principi fondamentali di diritto interno e, perciò, alle norme riguardanti i diritti che dei principi stessi sono filiazione diretta e genuina espressione; infine, la CEDU e, a mio modo di vedere, le altre Carte, obbligate a mostrarsi rispettose di ogni norma costituzionale. Una sistemazione, questa, che sarebbe quella giusta dal punto di vista del diritto interno e che, però, a tacer d'altro, per un verso, non tiene conto del fatto che si è qui in presenza di documenti normativi aventi la *medesima* natura – per dirla con la Consulta – “*tipicamente costituzionale*” e funzione di dare il riconoscimento (nella sua ristretta e propria accezione) dei diritti. Per un altro verso, poi, neppure tiene conto dei problemi ai quali il punto di vista suddetto va incontro a motivo della sua non coincidenza con quello fatto proprio dalla Carta dell'Unione che dichiara di voler essere intesa e fatta valere alla luce delle indicazioni date dalla CEDU, fatto nondimeno salvo il principio della massimizzazione della tutela che – come si vede – anche (e specificamente) per l'aspetto ora in rilievo informa di sé le dinamiche della normazione al piano dei rapporti tra le Carte, secondo quanto si preciserà ancora meglio a breve.

Se assiste, dunque, ad uno scostamento vistoso degli esiti raggiunti al piano della teoria delle fonti rispetto a quelli che possono conseguirsi al piano della teoria della interpretazione, che invero portano ad ordinazioni gerarchiche delle Carte assai diverse, persino di segno opposto, quella *culturale* – se così si vuol qualificare la seconda – mostrandosi idonea a ribaltare su se stessa la costruzione positivamente eretta.

4. La svolta epocale segnata dalla Costituzione in ordine al modo d'intendere e di far valere se stessa, per effetto del riconoscimento del principio di apertura al diritto internazionale e sovranazionale, nel suo fare "sistema" con i principi restanti e, segnatamente, con quelli di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità)

I rapporti tra le Carte dei diritti (Costituzione compresa), per il modo con cui sono visti dalla giurisprudenza e dalla dottrina corrente, disvelano una generale aporia di costruzione del sistema delle fonti (*rectius*, come ora si dirà, delle norme) che trae sostegno ed alimento da gravi e ripetute torsioni riscontrabili al piano della teoria della Costituzione, discostandosi in rilevante misura da alcune indicazioni risultanti dalla legge fondamentale della Repubblica, a partire appunto – come si è venuti dicendo e si tenterà ora di precisare ancora meglio – da quelle date dai principi fondamentali considerati nella loro unità significativa.

Il vero è che le Costituzioni venute alla luce nel secondo dopoguerra, tra le quali la nostra, danno mostra di aver profondamente mutato la percezione di se stesse, del loro formidabile potenziale espressivo, specificamente apprezzabile in prospettiva assiologico-sostanziale. Sono i valori fondamentali positivizzati il punto di partenza e quello di arrivo del processo intellettuale volto a percepire l'essenza delle dinamiche della normazione, i modi con cui esse si compongono, scompongono e senza sosta ricompongono in sistema, sempre e solo al servizio dei valori stessi e, a un tempo, in linea con le sollecitazioni da questi date, al servizio dei più avvertiti bisogni di singoli, gruppi, dell'intera collettività, a partire appunto dai diritti fondamentali.

Un sistema normativo scollegato dai valori suddetti è, dunque, un "*non-sistema*", per la elementare ragione che questi sono la base di quello che, privo del sostegno da essi apprestato, non può reggersi in piedi e, secondo la sua naturale ed indisponibile vocazione, trasmettersi nel tempo.

È, poi, di tutta evidenza che i principi fondamentali hanno bisogno di tenersi e, prima ancora, come si faceva poc'anzi notare, di alimentarsi semanticamente a

vicenda. Tra i principi in parola si dà anche quello dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale che acquista un cruciale rilievo proprio con riguardo alle Carte dei diritti, per i benefici che da esse possono attendersi gli stessi diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione, specificamente nei casi – come subito si dirà – in cui quelle si dimostrino in grado d'innalzare, in relazione ad una vicenda data, il livello della tutela apprestata da questa.

Il principio di apertura in parola segna un'autentica svolta epocale nel modo con cui la Costituzione intende se stessa e si vuol far valere. Non occorre qui rimarcare le ragioni storico-politiche che hanno portato a quest'esito. Al tempo delle Carte liberali era inconcepibile che la Costituzione limitasse se stessa e predicasse l'assoggettabilità a limiti della sovranità dello Stato. La vicenda bellica, tragica per il modo del suo svolgimento e l'esito cui ha dato luogo, con il sacrificio della vita e della dignità di milioni di esseri umani, ha naturalmente portato ad un rifacimento delle stesse basi portanti della Costituzione, ad una sua trasformazione che – come si diceva – è strutturale e che ha proprio nei principi nel loro fare “sistema” il suo cuore pulsante²⁶.

È, dunque, dalla consapevolezza delle radici storiche ed assiologico-normative della Costituzione che vengono le indicazioni necessarie per il retto intendimento delle dinamiche della normazione e la lineare, armonica ricostruzione del loro comporsi in sistema.

Si spiega in questa luce, dunque, la naturale attitudine del principio di apertura suddetto a porsi in funzione servente nei riguardi dei valori transeporali, seppur – ahimè – non autenticamente universali, di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza dignità della persona, valore altrove²⁷ qualificato come “supercostituzionale”), costitutivi della *coppia assiologica fondamentale* dell'ordinamento – come a me piace chiamarla – nei cui riguardi, per l'uno o per

²⁶ Se ne sono, ancora da ultimo, illustrati i tratti salienti in A. MORELLI - A. RUGGERI, *La Costituzione, le sue trasformazioni, la sua scienza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2024, spec. nella parte II, laddove sono altresì sinteticamente descritti i più vistosi scostamenti registratisi nell'esperienza rispetto al modello considerato nella sua totalità significante.

²⁷ ... a partire da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss.

l'altro verso ed in modo ora più ed ora meno diretto, tutti i valori restanti si dispongono in funzione servente, in essa rinvenendo la giustificazione prima della loro esistenza. E si capisce pure come l'apertura in parola non possa essere incondizionata – ciò che, a tacer d'altro, determinerebbe la sua tirannica affermazione su ogni altro valore fondamentale, con l'effetto di spazzar via ogni (contro)limite all'ingresso delle norme aventi origine esterna – ma, all'opposto, subordinata all'acclarata attitudine, nei singoli casi e per le esigenze dell'applicazione, di tali norme a servire ancora meglio la coppia assiologica suddetta, a portare cioè ad più adeguato appagamento dei diritti fondamentali di quello che potrebbe aversi senza il loro ingresso nell'ordine interno.

5. Le combinazioni, continuamente cangianti in ragione dei casi, che si hanno tra norme di origine esterna e norme interne (anche costituzionali) in applicazione del "metapprincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti, le obiezioni da alcuni studiosi mosse alla operatività di quest'ultimo, specie in nome della certezza del diritto, e la loro confutazione

Il principio della massimizzazione della tutela dei diritti, la cui esistenza è stata fatta oggetto di critiche penetranti da varie parti e con pari varietà di argomenti²⁸,

²⁸ V., part., R. BIN, in più luoghi, tra i quali *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1/2019, 11 ss., spec. 21 ss., nonché l'intervista sul tema *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 10 aprile 2019 e in AA.VV., *Il mestiere del giudice*, a cura di R.G. Conti, Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova 2020, 1 ss.; *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 757 ss., spec. 764 e nt. 15, e, nella stessa *Rivista*, *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, 4/2020, spec. 866 ss. Ho già avuto modo di prendere le distanze da un siffatto modo di vedere le cose in più scritti, tra i quali *Pentole o ombrelli costituzionali?*, in *Scritti per Roberto Bin*, cit., 754 ss., spec. 760 ss.; *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2019, 18 dicembre 2019, 707 ss., spec. 714 in nt. 30, e *Tecniche decisorie dei giudici e "forza normativa" della Carta di Nizza-Strasburgo*, in *Forum di Quad. cost.* (www.forumcostituzionale.it), 8 aprile 2020. V., inoltre, variamente, B. NASCIMBENE, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in *Eurojus* (www.rivista.eurojus.it), 3/2020, 277; I. ANRÒ, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 19/2020, 17 giugno 2020, 109 ss.; F. DONATI, *Tutela dei diritti e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 14/2020, 49 ss.; C. CARUSO, *Granital reloaded o di*

discende dunque linearmente e necessariamente dalla stessa Carta costituzionale, dal suo essere appunto la Carta dei valori fondamentali positivizzati, che – come si è venuti dicendo – impone di utilizzare a modo (e senza alcuna aprioristica ordinazione gerarchica) tutti i materiali normativi aventi efficacia in ambito interno al fine di apprestare ai diritti stessi l’ottimale salvaguardia in ragione dei casi. È, insomma, in nome dei valori di libertà ed eguaglianza (e, più ancora, dignità) che la Costituzione si dichiara disposta a dare spazio a norme di altre Carte che si considerino idonee a servire ancora meglio della stessa Costituzione i valori suddetti.

Ammettendo la propria finitezza e parzialità, la Costituzione – come si è fatto altrove notare –, in realtà, esalta se stessa rimarcando ulteriormente il carattere fondante dei valori cui essa dà voce, per il modo con cui è loro dato rilievo dai principi di cui agli artt. 2 e 3, nel loro fare “sistema” con quelli di cui agli artt. 10 e 11²⁹.

una «precisazione» nel solco della continuità, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 19 ottobre 2020; R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2020, 2 novembre 2020, spec. 588 ss.; A. RANDAZZO, *Il “metaprincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 2/2020, 10 giugno 2020, 689 ss.; B. NASCIBENE - I. ANRÒ, *Primato del diritto dell’Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 31 marzo 2022; AA.VV., *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea nel sistema integrato di tutela*, a cura di C. Amalfitano, M. D’Amico e S. Leone, Giappichelli, Torino 2022; AA.VV., *I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee*, a cura di G. Lattanzi - G. Grasso - S. Lembo - M. Condinanzi - C. Amalfitano, Quad. 11 della Scuola Superiore della Magistratura, Roma 2022; F. MEDICO, *Il doppio custode. Un modello per la giustizia costituzionale europea*, Bologna University Press, Bologna 2023, nonché, con specifica attenzione alla materia penale, S. BISSARO, *Corte costituzionale e “materia penale”. I confini mobili delle garanzie penalistiche, tra Costituzione e Carte internazionali*, FrancoAngeli, Milano 2022, e P. MAGGIO, *Giudicato penale e diritti fondamentali in area CEDU*, Giappichelli, Torino 2023, spec. 25 ss.

²⁹ La tesi della “parzialità” della Costituzione è stata, di recente, fatta oggetto di rilievi critici da parte di un’accreditata dottrina [A. MORRONE, *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2024, 10 settembre 2024, spec. 257], a cui opinione l’integrazione delle tutele assicurate dalla Carte dei diritti e dalla Costituzione dipende pur sempre da una “norma costituzionale di riconoscimento”. Cosa che, per vero, non ho mai negato e non nego, dal momento che – come qui pure si è venuti dicendo – è la stessa Costituzione a richiedere l’ingresso in ambito interno di norme di altre Carte idonee a concorrere all’ottimale appagamento dei diritti fondamentali. Che, poi, il carattere “intercostituzionale” della Costituzione – per riprendere qui nuovamente un’etichetta da me altrove proposta – elimini “il lato politico” riducendo “l’esperienza costituzionale all’eterea migliore tutela dei diritti” – come si legge in nt. 198 dello scritto appena richiamato – è cosa

Fuori centro sono, a mia opinione, alcuni appunti critici mossi alla tesi qui nuovamente, succintamente rappresentata, principalmente facendosi per un verso notare che la prospettiva assiologico-sostanziale dalla quale sono fatte oggetto di esame le dinamiche della normazione porterebbe diritto ad un pregiudizio grave ed irreparabile per il valore della certezza del diritto e, per un altro verso, che ad ogni buon conto i diritti sono tutti a somma zero, sicché la priorità accordata ad uno di essi fatalmente ridonderebbe in un sacrificio per altri³⁰.

La prima critica – come si vede – è tranciante e rimanda, ancora una volta, alla cruciale questione di metodo riguardante il modo giusto con cui le dinamiche della normazione vanno osservate e fatte oggetto di sistemazione. Il suo accoglimento porterebbe, però, diritto a riproporre stancamente l'antica idea di una composizione delle fonti in sistema in base a criteri di formale fattura che – come si è veduto – determina una frattura insanabile tra i valori fondamentali, considerati incapaci di governare le dinamiche in parola, e le disposizioni sulla normazione contenute nella Carta costituzionale, impedito di attingere dai primi le indicazioni necessarie per l'ottimale esercizio della produzione giuridica, per un esercizio cioè orientato ad assicurare il più adeguato servizio, alle condizioni oggettive di contesto, ai valori stessi e, per ciò pure, ai bisogni maggiormente avvertiti in seno al corpo sociale.

Né vale opporre che tra i valori fondanti la Repubblica vi è anche quello della certezza del diritto che – com'è stato, ancora di recente, opportunamente rammentato da Corte cost. n. 146 del 2024 – è “parte viva e integrante del patrimonio costituzionale europeo”. E ciò, per almeno cinque ordini di ragioni.

In primo luogo, va avvertito che occorre guardarsi dal farsi abbacinare da un'idea mitica e, a conti fatti, ingenua di certezza del diritto, ove si consideri che la pratica

estranea al mio pensiero, avendo, per un verso, ripetutamente insistito sulla doppia “anima”, politica e giurisdizionale, della Corte, idonea quindi a riflettersi sull'attività da essa svolta, connotandola appunto come politica e giurisdizionale a un tempo, e, per un altro verso, sul bisogno di preservare fino in fondo la tipicità dei ruoli istituzionali e fugare il rischio di improprie “supplenze”, l'attuazione costituzionale essendo specificamente rimessa agli organi della direzione politica (a partire, ovviamente, dalle assemblee legislative).

³⁰ Sull'annosa questione, di recente, v. C. CARUSO, *L'interpretazione conforme alla Cedu e i «diritti a somma zero»*, cit., 457 ss.

giuridica, in buona sostanza in ogni sua espressione, va quotidianamente incontro ad incertezze, anche dunque ad accogliere in premessa criteri di formale fattura. Ne dà riprova la circostanza per cui soggettiva è, per suo consustanziale connotato e limite, l'interpretazione, incerto è, di conseguenza, il riconoscimento dell'abrogazione tacita, con riguardo alle vicende del canone della *lex posterior*, e della incompatibilità tra fonti ordinate gerarchicamente, e via dicendo.

In secondo luogo, serie riserve solleva la comune opinione secondo cui la forma dà certezza, sol che si pensi alla mediocre capacità prescrittiva delle disposizioni che più di ogni altra dovrebbero dare certezza, quelle sulla normazione (che – non si dimentichi – precedono ed orientano i processi di produzione giuridica), non a caso ripetutamente aggirate ad ogni piano di esperienza giuridica, determinandosi così un grave pregiudizio per la salvaguardia della connotazione dei “tipi” di atti cui le disposizioni stesse si riferiscono, secondo quanto è, a tacer d'altro, avvalorato dalla invenzione a getto continuo di “varianti” procedimentali in seno al *genus-legge*³¹ o la “fuga dal regolamento”, cui in misura crescente è dato assistere nel tempo presente³².

In terzo luogo, va comunque tenuto presente che la certezza non può pretendere di affermarsi tirannicamente sugli altri valori, senza peraltro trascurare la circostanza, cui anzi è da assegnare centrale rilievo, secondo cui l'unica certezza del diritto in senso oggettivo che ha senso e pregio – come si è fatto altrove notare – è quella che si dimostra in grado, nel vivo dell'esperienza, di convertirsi, secondo la propria naturale ed indisponibile vocazione, in *certezza dei diritti costituzionali*, vale a dire nella effettività della loro tutela; e questa la si ha unicamente a mezzo di un

³¹ Torna qui a riproporsi l'annosa e spinosa questione relativa alla forma di cui hanno da rivestirsi le statuizioni sulla produzione giuridica, segnatamente quelle relative a fonti di primo grado, di fatto perlopiù contenute in atti subcostituzionali (e, segnatamente, nella stessa legge), con alcune marginali eccezioni, quale quella di cui all'art. 116, III c., Cost., laddove a mia opinione sarebbe opportuno avvalersi al riguardo delle procedure di cui all'art. 138, ricongiungendo così *optimo iure* forma e materia costituzionale; di tutto ciò, però, in altri luoghi, a partire dal mio *Norme e tecniche costituzionali sulla produzione giuridica (teoria generale, dogmatica, prospettive di riforma)*, in *Pol. dir.*, 1987, 175 ss.

³² Con specifico riguardo al punto ora toccato, riferimenti possono aversi da A. ARCURI, *La forma delle fonti. La problematica del potere normativo nello Stato membro dell'Unione europea*, cit., spec. 183 ss. L'intera opera, nondimeno, mette in luce con pertinenti rilievi quanto grande sia ormai la distanza che separa l'esperienza dal modello.

congruo “bilanciamento” tra i beni della vita evocati in campo dal caso, ovverosia a mezzo della ricerca della sintesi ottimale tra i valori sì da dar modo alla Costituzione di farsi valere al massimo di sé in ragione delle condizioni complessive del caso.

In quarto luogo, è da chiedersi (ma l’interrogativo è, a mia opinione, retorico) se abbia senso tenere *in ogni caso* fermo il criterio formale di sistemazione delle fonti, in nome appunto della certezza del diritto, pur laddove a giudizio dell’operatore (magari ad un giudizio diffuso, espressivo di un autentico “diritto vivente”) la fonte *quoad formam* di rango inferiore si dimostri idonea ad offrire ai diritti in gioco (e, per ciò stesso, alla coppia assiologica fondamentale dell’ordinamento) un più sostanzioso appagamento di quello che invece si avrebbe in applicazione del criterio suddetto. Detto altrimenti: è tollerabile un *vulnus* ai principi fondamentali in nome della certezza del diritto, ovverosia per effetto della sua tirannica affermazione? La risposta data dalla giurisprudenza costituzionale sul rilievo interno della CEDU, cui si farà subito appresso richiamo, è chiara e netta: occorre accordare la precedenza alla norma idonea ad assicurare la maggior tutela ai diritti in campo, pur laddove irrispettosa della Convenzione (e, di riflesso, dell’art. 117 che vi dà “copertura”); e, se questo vale al piano dei rapporti tra Convenzione e legge, non si vede perché mai non dovrebbe avere generale valenza, fino appunto a coinvolgere la stessa Costituzione. Sono gli artt. 2 e 3 della Carta, che puntando costantemente alla loro massima affermazione possibile, lo impongono senza eccezione di sorta.

In quinto ed ultimo luogo, è da considerare che la certezza del diritto può giovare del c.d. “dialogo” tra le Corti che è, sì, fatto anche di scontri assai duri ma che al fondo si connota per lo sforzo da tutte le Corti prodotto di far convergere i propri orientamenti, nella ricerca di soluzioni da tutte giudicate complessivamente soddisfacenti³³. Si aggiunga poi che, con specifico riguardo al riconoscimento di

³³ Ha, ancora da ultimo insistito con opportuni argomenti sulla utilità dello strumento in parola per la costruzione di uno “spazio costituzionale europeo” G. PITRUZZELLA, *La costruzione dello spazio costituzionale europeo nel “dialogo” tra Corte di giustizia e Corti costituzionali*, relaz. al V Incontro quadrilaterale tra i Tribunali costituzionali di Spagna e Portogallo, la Corte

“nuovi” diritti, prezioso appare essere il riferimento fatto dalle Corti a quelle *consuetudini culturali* cui si è già fatto cenno, che appaiono essere diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale in ordine ai più avvertiti bisogni, dal comune sentire giudicati espressivi di diritti fondamentali che attendono, appunto, di essere dotati di giuridica protezione. Ed è chiaro che, nel momento in cui le consuetudini culturali in parola si convertono in pratiche giuridiche a loro volta largamente e – verrebbe da dire – *consuetudinariamente* riconosciute, siccome costitutive di un diritto vivente assiologicamente qualificato, la certezza del diritto e dei diritti può dirsi al meglio realizzata.

La seconda critica, poi, che ha riguardo alla somma zero dei diritti, sembra provare troppo, dal momento che, a conti fatti, finisce con il prendere di mira l’idea stessa di “bilanciamento” tra beni della vita costituzionalmente protetti in ragione dei casi. È ovvio che, ogni qual volta si fa luogo ad una sintesi assiologicamente adeguata alle complessive esigenze della singola vicenda processuale, ciascuno dei beni in campo si trova a dover andare incontro a sacrifici imposti dal bisogno di dare un qualche appagamento ad altri beni in gioco parimenti meritevoli di tutela. È però questo un costo inevitabile che deve essere pagato al fine di poter fissare il più in alto possibile il punto di sintesi tra i valori in campo, vale a dire per dar modo alla Costituzione di affermarsi al meglio di sé, come “sistema” appunto di valori fondamentali positivizzati. Ciò che solo conta è che la composizione delle norme (e, specularmente, dei valori) in sistema abbia effetto unicamente *per quel caso*, non pure in via generale, ciò che determinerebbe una inammissibile ordinazione gerarchica dei (e tra i) principi.

La conclusione appena raggiunta acquista, poi, uno speciale significato al duplice piano dei rapporti interordinamentali, per un verso, e, per un altro verso (e in via generale), a quello della conformazione in via generale del sistema.

All’uno, si ha ulteriore conferma della esclusione di qualsivoglia aprioristica sistemazione gerarchica delle Carte, dal momento che – come si è veduto –

costituzionale italiana e il Consiglio costituzionale di Francia, sul tema “Corti costituzionali, attori del costituzionalismo europeo”, Madrid 26-28 settembre 2024, in www.cortecostituzionale.it.

L'eventuale precedenza accordata all'una in relazione ad un caso non esclude esiti diversi per casi parimenti diversi. E non è privo d'interesse rimarcare come la precedenza stessa sia il più delle volte meramente *culturale*, traducendosi nella maggiore incidenza esercitata in sede d'interpretazione dalle suggestioni ed indicazioni venute dall'una Carta rispetto ad altre, in quanto giudicata maggiormente avanzata di queste e, perciò, conducente ad apprestare la miglior tutela ai beni in gioco. E ciò, senza nondimeno perdere di vista il fatto che l'esito ideale verso il quale occorre risolutamente puntare si ha laddove – come si è detto in un'ispirata pronunzia della Consulta (sent. n. 388 del 1999)³⁴ – le Carte riescano, per bocca delle loro Corti, ad integrarsi reciprocamente nell'interpretazione. Quando pure dovesse poi assistersi alla messa da canto dell'una Carta per far posto ad un'altra o ad altre, ciò – si faccia caso – non equivarrebbe di certo ad una sorta di “annullamento” della Carta recessiva, ove si ammetta – come devesi – che tutte le Carte offrono pur sempre tutela ai diritti: significherebbe, dunque, solo che quella apprestata dall'una è meno avanzata, per un caso dato, di quella offerta dall'altra e che, pertanto, è a quest'ultima che l'operatore è obbligato a far riferimento, fermo restando che in un altro caso può aversi un esito diverso³⁵. Anche per il profilo ora in esame, si ha – come si vede – riprova dell'astrattezza della teoria dei “controlimiti”, nelle sue applicazioni alle Carte dei diritti, in tesi tutte serventi la coppia assiologica fondamentale, seppur in graduata misura in ragione dei casi. Sarebbe, dunque, cosa priva di senso caducare l'una Carta (per il tramite della legge di esecuzione, “*nella parte in cui...*”) sol perché nel corso di una vicenda processuale appaia meno idonea di un'altra a dare appagamento ai diritti, quando poi, in una diversa vicenda, la stessa potrebbe tornare nuovamente utile alla causa dei diritti stessi.

³⁴ Tra le pronunzie successive che si richiamano a questa indicazione, v., part., le nn. 84 del 2021, 54, 67, 149 e 198 del 2022.

³⁵ Giova, poi, rilevare di passaggio che la conclusione appena raggiunta ha una immediata proiezione al piano delle tecniche d'interpretazione, segnatamente di quella c.d. conforme. Dovendo, infatti, l'operatore far luogo ad una lettura degli enunciati legislativi orientata sia verso la Costituzione che verso altri documenti normativi aventi origine esterna (in ispecie, per ciò che è qui di diretto interesse, le Carte dei diritti), non potrà non tenere conto degli esiti raggiunti alla luce del canone della miglior tutela nelle sue applicazioni alle Carte stesse.

6. Il ruolo giocato dalle Carte dei diritti al piano della conformazione in via generale del sistema, la cruciale questione se ancora al presente vi sia il bisogno di una teoria delle fonti e, di conseguenza, se si dia un “sistema delle fonti”

Ancora più rilevante è poi il ruolo giocato dalle Carte al piano della conformazione del sistema.

Un tempo la Costituzione si poneva in sovrana solitudine quale unico punto di unificazione-integrazione dell’ordinamento, autentica *fons fontium*, fondante ma non fondata, in quanto espressione immediata e diretta del potere costituente. Oggi, però, non è più così, dal momento che il tratto più genuino e qualificante l’essenza costituzionale, il riconoscimento dei diritti fondamentali, è condiviso dalla Costituzione stessa con altre Carte. Ed è, perciò, dall’esito, come si è veduto continuamente cangiante, della combinazione che, in relazione a ciascun caso, viene a determinarsi tra le Carte stesse alla luce del “metapprincipio” del massimo *standard* della tutela che si compone e senza sosta scompone e poi nuovamente ricompone l’ordine delle fonti (*rectius*, delle norme), al piano dei rapporti di diritto interno come pure a quello dei rapporti interordinamentali.

Se le cose stanno così come sono qui viste, occorre chiedersi se nel presente contesto istituzionale e normativo ci sia ancora bisogno di una teoria delle fonti e, di conseguenza, di un sistema delle fonti.

Si tratta al riguardo di fare una buona volta chiarezza.

Se per sistema delle fonti s’intende, con la comune opinione, un sistema ricostruito una volta per tutte in applicazione di criteri di formale fattura, la risposta che, alla luce dell’analisi fin qui svolta, viene da dare è che esso può giovare solo come punto di partenza del processo ricostruttivo che ogni volta si rinnova ai fini e per le esigenze dell’applicazione. E ciò, per il fatto che il ricorso a determinate forme in sede di produzione giuridica fa presumere (ma è, appunto, come si passa subito a dire, una presunzione che ammette la prova del contrario) che alle forme stesse corrisponda una certa “qualità” – come mi è parso giusto chiamarla nel mio primo

e ormai risalente studio di respiro monografico in tema di fonti³⁶ – della sostanza normativa che si riveste delle forme stesse. È chiaro – per fare subito l'esempio forse maggiormente istruttivo al riguardo – che l'utilizzo delle procedure aggravate indicate nell'art. 138 in vece di quelle ordinarie lascia intendere che la legge approvata per il tramite delle prime sia qualitativamente più pregevole – se così posso ora tornare a dire, ripescando un termine che figura in quello studio – della legge venuta alla luce senza aggravamento ed è per ciò che, in caso d'incompatibilità, la prima deve *di norma* prevalere sulla seconda, salvo che non si dimostri che non possa esserle accordata la precedenza in quanto appunto non rispettosa dei principi³⁷. E così ancora le norme iscritte in fonti di primo grado si presume che siano qualitativamente migliori delle norme prodotte da fonte di secondo o, addirittura, terzo grado, e via dicendo.

La qualità di cui ora si discorre, nondimeno, si misura alla luce del modo con cui gli atti che, per la forma posseduta, dichiarano di possederla in una certa misura si riportano *effettivamente* ai valori fondamentali positivizzati visti nel loro fare "sistema", con la conseguenza che la mancata osservanza del contenuto di una fonte da parte di un'altra alla prima *astrattamente* subordinata fa presumere che ridondi in un *vulnus* recato ai principi che offrono "copertura" all'atto di maggior "qualità".

Torna in rilievo – come si vede – lo schema della "interposizione" che ha per base portante i valori iscritti nella Carta.

Si parte, insomma, dal *sistema delle fonti* e, di necessità, si perviene poi al *sistema delle norme*, ad un sistema che si fa ed incessantemente rinnova per il modo con cui i beni della vita meritevoli di tutela sono fatti oggetto di regolazione e, a un tempo, per il modo con cui quest'ultima si riporta ai valori.

³⁶ *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977, spec. 240 ss.

³⁷ Emblematicamente istruttive al riguardo le vicende della normazione nel tempo in applicazione del canone della *lex posterior*: nulla, infatti, come si viene dicendo, può escludere che una fonte astrattamente sovraordinata rispetto ad un'altra (ad es., una legge costituzionale rispetto ad una ordinaria) non possa ugualmente abrogare la seconda ovvero determinarne la invalidità sopravvenuta, laddove le norme dell'atto inferiore si dimostrino essere dotate di "copertura" di valore invalicabile dall'atto sovraordinato.

Se ne ha che ogni norma è, per sua indeclinabile vocazione, portata ad assoggettarsi ad un sindacato di ragionevolezza assiologicamente qualificata, nel suo duplice e congiunto orientamento verso il “fatto”, nei cui riguardi la norma stessa è tenuta a mostrarsi adeguata, e verso i valori nel loro fare “sistema”³⁸. E, poiché in un ordinamento di tradizioni liberali quale il nostro i valori stessi sono al servizio dell’uomo e dei suoi più avvertiti bisogni, ne discende che è dal punto di vista dei diritti e delle loro pretese di appagamento che si “misura” la qualità delle norme e, perciò, si determina il “posto” giusto da ciascuna di esse detenuto nel singolo caso. Per l’aspetto ora in rilievo, davvero illuminante – come si accennava poc’anzi – è l’indicazione data dalla giurisprudenza del 2007 sulla CEDU, laddove si mette in rilievo come, in caso di antinomia tra norma convenzionale e norma di legge interna, la regola della prevalenza della prima sulla seconda in forza della “copertura” assicurata dall’art. 117, I c., possa essere ribaltata su se stessa per il caso che si dimostri che è la fonte interna ad offrire ai diritti in gioco una tutela maggiormente adeguata alle loro pretese di appagamento.

Ecco, dunque, a cosa praticamente serve il sistema delle fonti: ad accordare, in prima battuta, la precedenza ad una fonte rispetto ad un’altra, salva appunto la possibilità di dimostrare che l’ordine giusto sia diverso e, se del caso, esattamente rovesciato a quello risultante in prospettiva formale-astratta.

Non ho difficoltà a convenire a riguardo del fatto che la prospettiva assiologico-sostanziale obbliga l’operatore che ritenga di non poter dar seguito alle indicazioni consegnategli dal “sistema delle fonti” di dover far luogo ad un’argomentazione stringente a sostegno dell’abbandono di quelle indicazioni in sede di composizione delle norme in sistema.

³⁸ Sul sindacato secondo ragionevolezza, con specifico riguardo alle indicazioni date dalla giurisprudenza costituzionale in relazione ai giudizi sulle leggi, riferimenti possono, se si vuole, aversi da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁷, cit., 143 ss. e 154 ss.; in termini generali, di recente, v. R. BIN, *Ragionevolezza, eguaglianza e analogia*, in *Lo Stato*, 20/2023, 323 ss.

È, dunque, evidente che le forme hanno da fare fino in fondo la loro parte ed è appena il caso di rimarcare che devono farla come si deve³⁹. Così, ad es., è opportuno che si osservi scrupolosamente il principio della corrispondenza tra forma e materia costituzionale facendo ricorso alle procedure dell'art. 138 non soltanto laddove si punti a modificare il dettato costituzionale vigente ma anche, puramente e semplicemente per integrarlo, tanto più poi laddove – come si è veduto – si tratti di recepire documenti normativi provenienti *ab extra* (dalla Comunità internazionale o da organizzazioni sovranazionali, in specie dall'Unione europea), quali le Carte dei diritti, in tesi assiologicamente pregevoli, come tali idonei a situarsi al cuore della materia costituzionale, a motivo del fatto che danno appunto riconoscimento ai diritti fondamentali.

7. I riflessi di ordine istituzionale della soluzione qui patrocinata (con specifico riguardo all'equilibrio, di cui non può comunque farsi a meno, tra diritto politico e diritto giurisprudenziale)

La questione ha, poi, la sua immediata, evidente proiezione al piano istituzionale. Il ricorso a strumenti di produzione giuridica adeguati alla sostanza normativa al loro interno racchiusa (e specificamente apprezzabile in prospettiva assiologicamente orientata) equivale a ripristinare un equilibrio ad oggi fortemente alterato tra legislatore (in senso lato) e giudici, fermo restando che – come si è veduto – questi ultimi non hanno da ridursi di certo a mera *bouche de la loi*, essendo piuttosto chiamati ad operazioni di particolare delicatezza e rilievo in ordine alla composizione delle norme in sistema.

Vi è, insomma, una tipicità e complementarità di ruoli di cui non può comunque farsi a meno, risultando altrimenti gravemente pregiudicato quel principio della separazione dei poteri che – secondo l'icastica formula scolpita nell'art. 16 della

³⁹ ... fermo restando che esse vanno incontro ad un limite intrinseco insuperabile, dal momento che le disposizioni, pure quelle fatte nel modo migliore, hanno poi da convertirsi in norme bisognose di essere reciprocamente composte in sistema; e questo, in ultima istanza, può aversi ad opera dei pratici (e, segnatamente, dei giudici).

Dichiarazione dei diritti del 1789 – costituisce, unitamente al riconoscimento dei diritti fondamentali, elemento essenziale e qualificante dell'idea di Costituzione⁴⁰.

Molti segni purtroppo fanno intendere quanto sia oggi marcata e diffusa per l'intera materia costituzionale la confusione dei poteri accompagnata dalla tendenza alla concentrazione del potere in capo a sedi istituzionali ristrette, in ispecie al Governo (e, ancora più specificamente, al Presidente del Consiglio), peraltro viepiù incoraggiata ed alimentata dalle continue ed ingravescenti emergenze⁴¹.

⁴⁰ Non a caso, a me pare, l'attenzione è tornata nel tempo a noi più vicino ad appuntarsi, con non celata preoccupazione, sul principio in parola, fatto oggetto di notazioni di vario segno [ex plurimis, v. i contributi all'incontro di studi di Siena del 14 marzo 2024 su *La separazione dei poteri nello stato contemporaneo. In ricordo di Giovanni Grottanelli de' Santi*, ed a quello di Messina del 27-28 giugno 2024 su *Separazione dei poteri, indirizzo politico e garanzie costituzionali*; possono già vedersi le relazioni illustrate a quest'ultimo di M. RUOTOLO, *La verticalizzazione del potere. La separazione dei poteri alla prova dell'integrazione europea e di una recente proposta di riforma costituzionale*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 1/2024, 7 giugno 2024, 168 ss., e la mia dal titolo *Il mix di normazione e controllo presente in alcune pratiche istituzionali: dal modello alle torsioni dell'esperienza*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2024, 1° luglio 2024, 822 ss. V., inoltre, G. SILVESTRI, che è tornato di recente a trattarne, dopo i suoi noti studi monografici del 1979 e del 1984, nella voce *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in *Enc. dir., I tematici*, V (2023), *Potere e Costituzione*, diretto da M. Cartabia e M. Ruotolo, 1122 ss., e ancora G. SCACCIA, *L'etica della funzione giudiziaria. Fra teoria dell'interpretazione e separazione dei poteri*, in *Quad. cost.*, 2/2023, 459 ss.; M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e giustizia digitale*, Mimesis, Milano 2023; R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2023, 12 settembre 2023, 815 ss.; M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2023; C. PINELLI, *L'influenza del principio di separazione dei poteri nelle democrazie contemporanee*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2024, 8 maggio 2024, 126 ss.; F. MERUSI, *Separazione dei poteri e organizzazione amministrativa. Mutazioni nell'ordinamento italiano*, in *Lo Stato*, 22/2024, 37 ss.; E. DE GREGORIO, *I nuovi orizzonti dei rapporti fra Corte Costituzionale e Parlamento*, in *Giust. ins.* (www.giustiziainsieme.it), 15 ottobre 2024; M. MANETTI, *Giurisprudenza costituzionale e convenzioni sulla separazione dei poteri*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2024, 27 novembre 2024, 70 ss.; v., poi, volendo, anche il mio *La Costituzione sotto stress e la piramide rovesciata, ovvero le più vistose torsioni a carico della separazione dei poteri e del sistema degli atti espressivi di pubbliche funzioni (note minime su una spinosa questione)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2023, 2 ottobre 2023, 871 ss. Specifica attenzione ai dibattiti alla Costituente sul principio in parola è in G. D'AMICO - D. TEGA, *La Costituzione italiana e la separazione dei poteri: le scelte dell'Assemblea Costituente tra modelli storici e contesto politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2023, 89 ss.].

⁴¹ Indicativo al riguardo appare l'uso dei poteri di normazione da parte del Presidente del Consiglio, particolarmente vistoso in occasione della recente pandemia da covid-19. Non a caso, l'attenzione di una nutrita schiera di studiosi di è prontamente appuntata sui DPCM cui sono stati dedicati anche studi di respiro monografico [ex plurimis, L. CASTELLI, *Una fonte anomala. Contributo allo studio dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, e, dello stesso, *Tra «disporre» e «provvedere»*. *I dpcm pandemici al test di normatività*, in

La riforma Meloni volta ad introdurre il c.d. premierato elettivo, cui non posso ora riservare neppure un cenno, a riguardo della quale ancora non molto tempo addietro ho avuto modo di esprimere preoccupate notazioni circa i suoi possibili sviluppi nell'esperienza, s'inscrive perfettamente in questo quadro e rischia peraltro, a motivo di alcune sue vistose contraddizioni interne⁴², di accentuare

Oss. fonti (www.osservatoriosullefonti.it), 2/2022, 37 ss., e M. RUBECHI, *I decreti del Presidente. Studio su d.P.C.m., atti normativi del governo e dinamiche decisionali*, Giappichelli, Torino 2022. Altre indicazioni in M.A. GLIATTA, *L'uso dei dPCM nella più recente prassi dei governi di coalizione*, in Oss. fonti (www.osservatoriosullefonti.it), 3/2021, 1191 ss.; C.A. CIARALLI, *Protagonismo governativo ed alterazione del sistema delle fonti del diritto: nuovi equilibri in tempo d'emergenza?*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 1/2022, 4 aprile 2022, 52 ss., e A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazioni e riforme (1948-2023)*, Il Mulino, Bologna 2023, 193 ss. Infine, M. SALERNO, *I DPCM di natura normativa tra pluralità di procedimenti e di fonti*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 1/2024, 22 aprile 2024, 161 ss., e E. DALY, *IL Presidente del Consiglio dei Ministri e la verticalizzazione del potere nella forma di governo parlamentare*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 3/2024, 11 dicembre 2024, spec. 20 ss.].

⁴² ... rilevate con dovizia di argomenti da una nutrita schiera di commentatori [riferimenti in A. MORELLI - A. RUGGERI, *La Costituzione, le sue trasformazioni, la sua scienza*, cit., 161 ss., in nt. 160; adde: i contributi a *Un decalogo di temi e quesiti sul progetto governativo di riforma costituzionale* che sono in *Quad. cost.*, 3/2024, 539 ss. e, pure *ivi*, A. MORRONE, *Oltre il parlamentarismo. Un premierato conflittuale*, 695 ss., e E. BALBONI, *Rifrazioni pre-moderne sull'investitura demo-popolare*, 701 ss., nonché A. MASTROPAOLO - L. REVELLI, *Le parole sono importanti: osservazioni sul testo della proposta di riforma costituzionale per l'introduzione del premierato in Italia*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 2/2024, 7 ottobre 2024, 71 ss., e, nella stessa *Rivista*, AA.VV., *I rischi della riforma costituzionale per il c.d. premierato nelle parole (del 1996) di Giuseppe Guarino*, a cura di L. Mariani, 14 ss.; G. DELLEDONNE, *A modification or an upheaval of the parliamentary form of government? An analysis of the Meloni Government's constitutional bill*, in *Riv. dir. comp.* (www.diritticomparati.it), 2/2024; D. CASANOVA, *La proposta di riforma costituzionale del Governo Meloni e la composizione del Parlamento*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 2/2024, e, nella stessa *Rivista*, AA.VV., *Il dibattito costituzionale: le audizioni sul premierato*, a cura di G. De Minico e A. Zei. In tema, possono inoltre vedersi i contributi di M. Gorlani, P.L. Petrillo, A. Sterpa, N. Viceconte, V. Pupo, L. Dell'Atti-P. Melchiorre, A. Fricano, che sono in *Italian Papers on Federalism*, 3/2024; A. POGGI, *Le "virtù" del premierato. Sistema politico e forma di governo italiana*, Giappichelli, Torino 2024, spec. 107 ss.; P. MAGARÒ, *Suggerimenti comparate (e anomalie) nel disegno di legge costituzionale sull'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2024, 4 novembre 2024, 1267 ss.; F. SEVERA, *Un sistema a due vertici? Prospettive della riforma sul premierato?*, in *La Costituzione.info* (www.laCostituzione.info), 4 novembre 2024; M. NARDINI, *La proposta di riforma dell'articolo 92 della Costituzione e gli effetti conformativi sulla legge elettorale*, in *Forum di Quad. cost.* www.forumcostituzionale.it), 4/2024, 26 novembre 2024, 81 ss.; L. DELL'ATTI, *Governabilità e principio rappresentativo. Dalla recente giurisprudenza sulla decretazione d'urgenza al dibattito sul cd. premierato elettivo*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 29/2024, 4 dicembre 2024, 23 ss.; T.E. FROSINI, *Il trono dei Cesari. La sfida costituzionale del premierato*, Mucchi, Modena 2024. Infine, i contributi al convegno su *Globalizzazione, crisi della rappresentanza e riorganizzazione del potere: problemi e prospettive*, Università "Kore" di Enna, 5 e 6 dicembre 2024 di G. MOSCHELLA, *Elezione diretta del Premier e trasformazione costituzionale. I possibili scenari*; I.A. NICOTRA, *Forma di governo e legge elettorale, due*

ulteriormente questo *trend*, con esiti imprevedibili, per un verso, al piano delle relazioni che connotano la forma di governo e, più ancora, di quelle riguardanti la forma di Stato e, per un altro verso (e di riflesso), al piano delle dinamiche della normazione, le cui future movenze nessuno ovviamente è in grado di prevedere e tutti, però, possiamo (e dobbiamo) temere.

La concentrazione del potere in parola, nondimeno, come si è tentato di mostrare altrove, non para ugualmente il rischio del sostanziale vuoto di potere, vale a dire di perduranti, gravi carenze del legislatore in ordine all'esercizio del ruolo suo proprio, specie appunto per ciò che concerne l'appagamento dei più avvertiti bisogni manifestati dal corpo sociale.

Quel che è poi certo è che lo squilibrio viepiù marcato, di cui ormai da tempo si ha riscontro, tra il diritto politico e il diritto giurisprudenziale – per riprendere termini cari ad un'accreditata dottrina⁴³ – obbligherà i giudici a doversi fare carico anche del compito che, in prima battuta, dovrebbe toccare al legislatore di adempiere⁴⁴.

variabili dipendenti, e L. TRUCCO, *La stagione delle riforme della forma di governo e della legge elettorale*, in *paper*, e, se si vuole, anche i miei *Il premierato elettivo e la decostituzionalizzazione della Costituzione (note minime su una spinosa questione)*, in *Consulta OnLine* www.giurcost.org, 3/2024, 17 ottobre 2024, 1157 ss., e, nella stessa *Rivista*, *Teoria della Costituzione e riorganizzazione del potere, tra regole istituzionali e regolarità della politica*, 3/2024, 9 dicembre 2024, 1366 ss., spec. 1379 ss.].

Due, in particolare, come si rileva nel mio scritto da ultimo cit., le più gravi contraddizioni: per un verso, l'incomprensibile doppia fiducia di cui necessita il Presidente del Consiglio, da parte del corpo elettorale prima e delle Camere poi; per un altro verso, la parimenti incomprensibile mancata riscrittura dell'art. 95 della Carta, in ordine ai poteri spettanti al Presidente stesso nei riguardi dei Ministri, in palese scollamento rispetto al ruolo allo stesso spettante in forza della elezione diretta.

⁴³ Ne ha ripetutamente trattato – come si sa – soprattutto A. Pizzorusso, sul cui pensiero possono, tra gli altri, vedersi i contributi di AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il diritto giurisprudenziale*, a cura di V. Messerini - R. Romboli - E. Rossi - A. Sperti - R. Tarchi, University Press, Pisa 2020.

⁴⁴ Si spiega in questa luce la definizione, di recente proposta da un'accreditata dottrina [S. STAIANO, *Nel margine del caos. Trasformazione e conservazione dell'ordinamento costituzionale*, in *Ordinamento costituzionale e dinamiche della complessità*, in *AIC* (www.associazionedeicostituzionalisti.it), *La lettera*, 11/2024], del nostro Stato come "giurisdizionale policentrico", in seno al quale dunque la sede naturale della rappresentanza non si porrà più quale il perno del sistema, con evidente pregiudizio – come qui pure si è tentato di mostrare – per il valore democratico, nel suo fare "sistema" con i valori restanti. V., inoltre, i rilievi che sono in A. RAUTI, *La (sostenibile?) leggerezza dell'essere. Dialogo con il legislatore e "debolezza" nel giudizio di costituzionalità*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3/2024, 22 novembre 2024, 95 ss.

Così, il *ricoscimento* primo dei c.d. nuovi diritti fondamentali⁴⁵, nella sua ristretta e propria accezione, quale si ha con il portare gli stessi ad emersione dal profondo del corpo sociale, dando finalmente loro veste giuridica a mezzo di una prima, essenziale disciplina, dovrebbe essere non già, come invece si ha, affare pressoché esclusivo dei giudici bensì, in prima battuta, del legislatore, in ispecie del legislatore costituzionale, dal (presumibile) incontro tra maggioranza ed opposizioni in sede parlamentare avendosi conferma della rispondenza della disciplina normativa a quelle *consuetudini culturali* diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale di cui si è fatta poc' anzi parola. Anche per quest' aspetto, come si viene dicendo, si conferma dunque il bisogno di ridare nuova linfa alle forme, il cui rilievo, nei limiti suoi propri, non può perciò esser taciuto. Tocca, ad ogni buon conto, poi al giudice far luogo al proficuo utilizzo dei materiali normativi disponibili in ambito interno, combinandoli in modo tale da offrire l'ottimale tutela ai beni della vita evocati in campo dal caso.

Diritto politico e diritto giurisprudenziale, insomma, non possono (o, meglio, non *potrebbero*), secondo modello, fare l'uno a meno dell'altro, tutti piuttosto cooperando (e *dovendo* cooperare) per l'ottimale affermazione della Costituzione come sistema di valori fondamentali positivizzati, al servizio dell'uomo, dei suoi diritti, della sua dignità.

La pluralità delle Carte è una risorsa preziosa alla quale la pratica giuridica, di produzione normativa prima e giurisdizionale poi, può (e deve) attingere al momento in cui si offre a beneficio dei diritti. Il "metaprinzipio" della massimizzazione della tutela è la bussola che indica la strada da percorrere in vista del raggiungimento della meta; e il veicolo in grado di percorrerla speditamente è dato dal "dialogo" tra le Corti che, messo in atto come si conviene, porta

⁴⁵ ... e che, poi, tali sono solo fino ad un certo punto o, se si preferisce altrimenti dire, da un certo angolo visuale, sol che si pensi che possono ugualmente riportarsi alla previsione di ordine generale di cui all'art. 2, nel suo fare tutt'uno con quelle di cui all'art. 3, nonché con le restanti espressive di principi fondamentali; la qual cosa, nondimeno, richiede – come si è veduto – che attorno ai diritti in parola si siano formate *consuetudini culturali* diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale in ordine alla loro natura, di diritti fondamentali appunto.

naturalmente le Carte a volgersi l'una verso le altre e tutte assieme – laddove possibile – ad immedesimarsi nei fatti interpretativi.

È così, dunque, che il *sistema delle fonti* si traduce e converte, secondo la sua genuina ed indeclinabile vocazione, in *sistema di norme* che si fa ed incessantemente rinnova, in conformità delle complessive esigenze dei casi e in rispondenza ai valori, al servizio dell'uomo e dei suoi più avvertiti bisogni.

dirittifondamentali.it