



**CONSULTA ONLINE**

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2020 FASC. III

(ESTRATTO)

**ANTONIO RUGGERI**

**DISORDINE DEL SISTEMA DELLE FONTI, CRISI DELLA LEGGE E RUOLO  
DEL GIUDICE (TORNANDO A RICONSIDERARE TALUNE CORRENTI  
CATEGORIE TEORICHE ALLA LUCE DELLE PIÙ SALIENTI ESPERIENZE  
DELLA NORMAZIONE E DEI PIÙ RECENTI SVILUPPI ISTITUZIONALI)**

9 NOVEMBRE 2020

**IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO**

**Antonio Ruggeri**

**Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice (tornando a riconsiderare talune correnti categorie teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali) \* \*\***

**ABSTRACT: *The paper highlights the parable of the law in the evolution from the liberal to the contemporary state, focusing on the reasons that led to the affirmation of systematic frameworks of formal-abstract inspiration. Therefore in order to optimally safeguard fundamental rights it is necessary to move from a system of sources to a system of norms, in the name of the fundamental canon of maximum protection of the rights themselves, and, consequently, from a formal perspective to axiological-substantial perspective in the observation of the most salient experiences of legislation. Finally, the need to reinvigorate the role of both the legislator and the judges is highlighted, questioning the solutions to the purpose that are profitably practicable.***

SOMMARIO: 1. Il proliferare di tipi e sottotipi di fonti e i riflessi che se ne hanno per i diritti fondamentali e i rapporti istituzionali. – 2. La parabola della legge (dal massimo fulgore raggiunto in età liberale al declino del tempo presente) e l’affermazione di schemi d’inquadramento sistematico d’ispirazione formale-astratta, in specie nel modo d’intendere i canoni ordinatori della gerarchia e della competenza. – 3. La salvaguardia dei diritti costituzionali e il bisogno di trapassare dal *sistema delle fonti* ad un *sistema di norme* che si fa ed incessantemente rinnova secondo i casi ed alla luce delle mobili combinazioni dei valori dagli stessi evocati in campo: un mutamento di piano e di prospettiva della cui necessità parrebbe essere avvertita certa dottrina e giurisprudenza corrente in relazione a talune vicende della normazione, sia pure in un contesto teorico-ricostruttivo nel suo insieme pur sempre d’ispirazione formale-astratta. – 4. Il bisogno di un rinvigorismento del ruolo tanto del legislatore quanto dei giudici, tentando di porre rimedio ad alcune torsioni istituzionali di cui si ha diffuso riscontro nell’esperienza. – 5. Le soluzioni praticabili, a mezzo tanto di nuove *regolarità* quanto di nuove *regole*, costituzionali e non, al fine di ridare “qualità” alla produzione normativa come pure alla giurisdizione.

*1. Il proliferare di tipi e sottotipi di fonti e i riflessi che se ne hanno per i diritti fondamentali e i rapporti istituzionali*

Una triplice, preliminare avvertenza.

La prima concerne l’opzione qui fatta in ordine al terreno sul quale si tornerà a riflettere attorno ai termini che danno il titolo alle succinte notazioni che si faranno, che è quello della salvaguardia dei diritti fondamentali. La ragione che depone a favore di questa scelta è presto chiarita: evidente appare, infatti, essere la opportunità (e, direi, la necessità) di riguardare ad alcune delle più salienti vicende della normazione ed esperienze della pratica giuridica dalla prospettiva della teoria della Costituzione e degli elementi che la compongono, secondo la nota, ad oggi attualissima definizione offerta dall’art. 16 della Dichiarazione del 1789.

La seconda attiene alla consecuzione non casuale che si dà tra i termini stessi, che tuttavia richiede alcune non secondarie precisazioni.

La crisi della legge, infatti, è figlia del disordine delle fonti, così come un certo modo di atteggiarsi del ruolo del giudice discende da quella e da questo. È però pur vero che la crisi della

---

\* Contributo pubblicato ai sensi dell’art. 3, comma 13, del Regolamento della Rivista.

\*\* Il titolo dato allo scritto riproduce, nel suo primo frammento, quello di un Seminario organizzato da P. Logroscino e N. Pignatelli presso l’Università di Bari e svoltosi via web il 6 novembre 2020, alla cui data lo scritto stesso è aggiornato. L’ampiezza del campo materiale riguardato da questo studio avrebbe richiesto un apparato di note e di bibliografia assai corposo, qui tuttavia, per le peculiari finalità dello studio, costretto a restare circoscritto unicamente all’essenziale.

legge è, a un tempo (e circolarmente), anche causa del disordine in parola, concorre cioè per la sua parte ad aggravarlo ed a caricarlo di ulteriori significati e valenze, ma non è di certo né l'unica e, forse, neppure la prevalente delle cause che hanno reso – si può dire con un ossimoro – complessivamente asistemico il sistema suddetto, al punto di risultare assai problematico e, forse, oggettivamente forzoso il perdurante utilizzo del lemma in parola<sup>1</sup>; e lo stesso, *mutatis mutandis*, si ha per ciò che attiene al rapporto tra la condizione della legge e il ruolo del giudice. La crescente sottolineatura ed espansione di quest'ultimo, infatti, concorre, per la sua parte, a rendere ancora più marcata e vistosa la condizione svilita in cui ormai da tempo versa la legge.

La terza avvertenza riguarda il taglio che si ritiene opportuno dare allo studio ora avviato, che è di riservare parte del ristretto spazio di cui ora si dispone alla ricerca delle cause delle disfunzioni sempre più vistose che si riscontrano al piano dei rapporti istituzionali (e, di riflesso, a quello degli atti), più ancora che soffermarsi nella descrizione dello stato di cose qual è, peraltro già fatto oggetto di ripetute ed approfondite analisi, ed altra parte alla considerazione dei possibili, seppur con ogni probabilità non risolutivi, rimedi da mettere in atto. Rimedi appunto parziali, dal momento che – come si tenterà di mostrare – si danno condizioni oggettive di contesto che non consentono un “ritorno allo statuto”, all’assetto cioè a grandi linee definito nella Carta costituzionale, pure a gran voce da molti invocato.

Muovo in questa analisi da un dato inconfutabile, costituito dal proliferare di tipi e sottotipi di fonti, nonché dalla loro produzione a ritmi incalzanti e dal reciproco accavallamento in uno stesso campo materiale, quale causa del disordine del sistema e, per ciò stesso, di pregiudizio per il valore della certezza del diritto che, poi, al piano e dalla prospettiva dei diritti fondamentali e delle loro aspettative di tutela, si converte in un *vulnus* per la certezza dei diritti e, dunque, per la effettività della loro salvaguardia. Ogni medaglia ha, però, il suo rovescio; e il proliferare di alcuni tipi di fonte (in ispecie, delle Carte dei diritti) ha offerto opportunità di tutela ai diritti stessi un tempo inimmaginabili; prima ancora, ha portato alla “invenzione” di nuovi diritti<sup>2</sup> e, allo stesso tempo, sollecitato il legislatore a prendere atto della loro esistenza e ad apprestare garanzie adeguate alle peculiari proprietà e aspettative di ciascuno di essi.

Si dà ad ogni buon conto – è ormai acquisito – un rapporto di mutua condizionalità tra legislazione e giurisdizione, in ciascuna delle loro forme espressive. Le indicazioni dei giudici – come si dirà meglio più avanti – hanno alimentato (e seguitano senza sosta ad alimentare) una produzione normativa volta a darvi specificazione-attuazione; la seconda, però, non si alimenta mai parassitariamente dalle prime, operando selezioni, correzioni, integrazioni di vario segno e intensità che a loro volta obbligano a non secondari mutamenti di verso e senso complessivo degli indirizzi giurisprudenziali.

*2. La parabola della legge (dal massimo fulgore raggiunto in età liberale al declino del tempo presente) e l'affermazione di schemi d'inquadramento sistematico d'ispirazione formale-astratta, in ispecie nel modo d'intendere i canoni ordinatori della gerarchia e della competenza*

È legge antica quanto il mondo che dove v'è un vuoto di potere, lì v'è sempre un soggetto pronto ad occuparlo: come nella teoria dei vasi comunicanti, il liquido che fuoriesce da un contenitore è lo stesso che si riversa in un altro ad esso contiguo. Sta qui una delle ragioni della espansione del ruolo dei giudici a fronte della contrazione di quello del legislatore (dico così, dal momento che – come si mostrerà a momenti – altre cause concorrono con la prima alla produzione dell'effetto).

La crisi della legge si rende palese già ad un primo, estremamente succinto, raffronto tra la

---

<sup>1</sup> La questione è animatamente discussa da tempo: riferimenti in AA.VV., *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, a cura di M. Siclari, Editoriale Scientifica, Napoli 2012; AA.VV., *Disordine delle fonti e tutela dei diritti fondamentali*, in [Diritto & Questioni pubbliche](#), 1/2017, nonché nei contributi che sono nel fasc. 1/2019 di *Dir. cost.*, dedicato alle *Fonti del diritto*, a cura di R. Bin e O. Chessa.

<sup>2</sup> Chiarirò sul finire di questa riflessione le ragioni che mi inducono a riportare tra virgolette il termine “invenzione”.

condizione in cui versava al tempo dell'ordinamento liberale e quella in cui è venuta a trovarsi, già a partire dai primi decenni del secolo scorso, man mano che si facevano sempre più fitti ed incisivi gli interventi dello Stato in campo economico-sociale, e, dunque, specie a far data dalla fine della prima e, più ancora, della seconda grande guerra, con l'avvento delle nuove Carte costituzionali e l'impegno da esse fatto a carico del legislatore, in primo luogo, e dei pubblici poteri in genere allo scopo della realizzazione del grandioso programma di trasformazione sociale nelle Carte stesse descritto all'insegna dei fini-valori in esse stabiliti. Un impegno che è, poi, ulteriormente cresciuto con l'avvio dell'esperienza della integrazione sovranazionale, per un verso, e, per un altro verso, con l'intensificarsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale, in misura particolarmente vistosa registratisi nel tempo a noi più vicino e via via sempre crescenti.

Durante la stagione liberale, la legge riusciva ad assicurare il governo sia del sistema delle fonti sia della società a motivo del fatto che, in linea con l'ideologia del tempo ispirata al principio del *laissez-faire*, era chiamata a porre discipline essenziali, circoscritte a pochi ambiti materiali e rapporti sociali, restando quindi devoluta all'autonomia dei singoli la realizzazione dei propri progetti di vita. Il sistema delle fonti – come si sa – risultava composto unicamente da pochi tipi, tant'è che ancora agli inizi degli anni Quaranta del secolo scorso si riteneva di poterne fare l'elenco, assai contenuto, nelle preleggi: un elenco, per vero, non esaustivo<sup>3</sup>, ma la verifica compiuta di quest'assunto richiederebbe un approfondimento a riguardo dei concetti di fonte e norma al quale, per evidenti ragioni, non può farsi luogo in questo studio<sup>4</sup>. E in un sistema comunque scarnificato la legge deteneva una indiscussa centralità di posto, attraendo a sé, come un sole immoto circondato da pianeti attorno allo stesso ruotanti, ogni fonte restante, comunque obbligata a porsi rispetto ad essa in funzione servente. Chiudeva il cerchio, per un verso, il carattere flessibile delle Carte costituzionali del tempo (tra le quali la nostra, seppure – com'è noto – messo in discussione con stringenti argomenti da un'autorevole dottrina<sup>5</sup>), e, per un altro e ancora più rilevante verso, il difetto nelle Carte stesse di un patrimonio di valori fondamentali, quale si sarebbe poi avuto solo con le Costituzioni del secondo dopoguerra, unitamente alla mancata diffusione di altri documenti normativi (le Carte internazionali dei diritti), essi pure “tipicamente costituzionali” – per riprendere una qualifica data da una discussa (e discutibile) pronuncia della nostra Corte, la [269 del 2017](#) – con ciò che ne consegue al piano dei rapporti che tra gli stessi si intrattengono.

In questo scenario, qui per grandi linee e con molta approssimazione rappresentato, è stata naturale l'affermazione nei Paesi di tradizioni di *civil law*, quale il nostro, di una teoria delle fonti d'ispirazione formale-astratta. Ogni fonte, infatti, ha (e deve avere) – si diceva e si suole ancora oggi dire – un proprio posto, fisso ed immutabile, stabilito in regime di costituzione flessibile dalla legge e ad essa, quale fonte delle fonti, dunque gerarchicamente subordinato, un posto dunque invariante pur col variare dei contenuti posseduti dagli atti che si avvicindano nella disciplina anche di una stessa materia. Il principio della separazione delle competenze tra le fonti, quale esclusivo canone ordinatore del sistema, per vero, era stato – come si sa – con fini argomenti delineato da un'autorevole dottrina<sup>6</sup> ma – come pure è assai noto – non ha trovato il modo per affermarsi, così come è rimasto recessivo pur dopo la sua ripresa, con originali svolgimenti, ad opera di un altro accreditato studioso all'inizio degli anni Settanta del secolo scorso<sup>7</sup>. Si è invece radicata, a seguito dell'avvento della rigidità della Costituzione, nella nostra cultura la più temperata descrizione della

---

<sup>3</sup> Riferimenti a riguardo dello stato delle fonti nell'ordinamento liberale e della evoluzione successivamente avutasi possono aversi da A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*<sup>2</sup>, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Disposizioni sulla legge in generale art. 1-9*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma 2011, spec. 274 ss.

<sup>4</sup> Indicazioni possono, volendo, aversi dal mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977.

<sup>5</sup> Il riferimento è, ovviamente, a A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Cedam, Padova 2002.

<sup>6</sup> Part. C. ESPOSITO, *La validità delle leggi* (1934), rist., Giuffrè, Milano 1964.

<sup>7</sup> Si fa qui richiamo – come si sa – al pensiero di F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I e II, Giuffrè, Milano 1970.

operatività del principio in parola, specie dopo la nota teorizzazione di V. Crisafulli<sup>8</sup>, che nondimeno non ha portato alla risoluta messa da canto del canone della gerarchia che seguita a detenere un posto centrale nella dottrina del nostro come pure di altri Paesi. E, poiché il principio della tipizzazione delle competenze, nella sua duplice veste della separazione tra fonti diverse e nell'articolazione interna ad uno stesso tipo di fonte (e, segnatamente, la legge)<sup>9</sup>, si ha nei limiti in cui ciò risulti stabilito, con riguardo alle fonti primarie, dalla Costituzione o da fonti comunque di rango costituzionale, se ne ha che esso risulta fatalmente attratto dal canone della gerarchia, risolvendosi a conti fatti in quest'ultimo<sup>10</sup>. Ogni qual volta, infatti, dovesse aversi l'invasione della sfera di competenze altrui, la fonte che se ne renda responsabile ha, puramente e semplicemente, violato la fonte sovraordinata cui si deve il riparto delle competenze stesse e, dunque, per ciò stesso, ha violato il principio gerarchico. Come è stato efficacemente rilevato da un'accreditata dottrina<sup>11</sup>, il canone della competenza si alimenta, dunque, parassitariamente da quello della gerarchia.

*3. La salvaguardia dei diritti costituzionali e il bisogno di trapassare dal sistema delle fonti ad un sistema di norme che si fa ed incessantemente rinnova secondo i casi ed alla luce delle mobili combinazioni dei valori dagli stessi evocati in campo: un mutamento di piano e di prospettiva della cui necessità parrebbe essere avvertita certa dottrina e giurisprudenza corrente in relazione a talune vicende della normazione, sia pure in un contesto teorico-ricostruttivo nel suo insieme pur sempre d'ispirazione formale-astratta*

Qui si ferma, ancora oggi che il mondo è complessivamente cambiato, anche la dottrina del tempo presente. Non fanno tuttavia in essa difetto gravi contraddizioni e vistose oscillazioni, alla cui descrizione mi sono in altri studi dedicato.

È un fatto indiscusso, nondimeno, che la proliferazione di tipi e sottotipi di fonti, da noi avutasi specie per impulso della Carta repubblicana, ha complicato in misura crescente il sistema delle fonti, specie per effetto del riconoscimento degli atti di autonomia (territoriale e non), concorrendo, per la sua parte, al disordine che ormai endemicamente lo affligge<sup>12</sup>. A fronte di un tale impetuoso sviluppo, la legge ha dimostrato limiti evidenti nel pur encomiabile sforzo prodotto al fine di assicurare l'appagamento dei bisogni viepiù crescenti e pressanti emergenti da un corpo sociale internamente plurale e connotato da forti tensioni e contraddizioni interne, come pure di tenere unito il sistema stesso, governandone le plurime dinamiche che in esso si svolgono.

D'altro canto, l'affollamento di tipi di strumenti di normazione sulla scena ha, per la sua parte, fattivamente concorso alla loro reciproca confusione, alle frequenti sovrapposizioni, con conseguente smarrimento dei connotati tipici di ciascuno di essi. Un fenomeno, questo, particolarmente vistoso ed inquietante, essendosi assistito (ed assistendosi) non soltanto – com'è da

---

<sup>8</sup> ... del quale v., part., l'ormai classico studio su *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 775 ss.

<sup>9</sup> Su questo doppio volto del principio in parola rimando nuovamente al mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, cit., 80 ss.

<sup>10</sup> ... al quale peraltro – come si è tentato di mostrare altrove (e, segnatamente, nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*<sup>5</sup>, Giappichelli, Torino 2009, 54 ss.) – possono ricondursi e nel quale si risolvono tutti i criteri ordinatori.

<sup>11</sup> R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Giuffrè, Milano 1993, 414.

<sup>12</sup> “L'assetto delle fonti del diritto e il 'sistema' normativo (che, in verità, hanno oggi ben poco di “sistematico”) appaiono pervasi da una forte connotazione irrazionalistica”: così, di recente, A. MORELLI, [Il giudice robot e il legislatore naïf. La problematica applicazione delle nuove tecnologie all'esercizio delle funzioni pubbliche](#), in [Liber amicorum per Pasquale Costanzo](#), in questa *Rivista*, 6 agosto 2020, 5, riassume ed efficacemente esprime un pensiero – come si sa – largamente diffuso (v., infatti, nuovamente gli scritti citt. in nt. 1).

tempo, con varietà di accenti ed argomenti, rilevato<sup>13</sup> – all’esautorazione della legge da parte degli atti di produzione governativa (decreti-legge e decreti legislativi e persino regolamenti con forza sostanzialmente primaria) ma anche ad un uso alquanto libero e – diciamo pure – disinvolto ed improvvisato (per non dire irresponsabile) degli atti stessi, non di rado portati a confondersi tra di loro o, come che sia, a discostarsi in rilevante misura dal modello delineato nella Carta<sup>14</sup>.

Ovviamente, tutto ciò non acquista rilievo unicamente al piano delle fonti ma ha la sua immediata proiezione a quello istituzionale, testimoniando una complessiva torsione dei ruoli da cui discendono alterazioni gravi sia della forma di governo e sia pure della stessa forma di Stato, al punto di dimostrarsi impellente non soltanto una riconsiderazione critica e disincantata dei loro tratti maggiormente salienti<sup>15</sup> ma più e prima ancora – a me pare – un complessivo ripensamento delle stesse categorie teoriche che le riguardano.

Ciò che, nondimeno, maggiormente importa ai fini dello studio che si va ora facendo è che anche fonti di primo grado, quali i decreti legislativi e, soprattutto, i decreti-legge, che hanno in considerevole misura concorso a scalzare la legge dal piedistallo in cui si trovava durante la stagione liberale hanno poi mostrato (e mostrano) limiti evidenti di rendimento in ordine al governo della società<sup>16</sup>, specie in situazioni di emergenza, sì da dovere in buona sostanza cedere il campo ad altri strumenti di normazione, in punto di astratto diritto, di rango inferiore ma, in realtà, sostanzialmente provvisti di forza primaria e persino superprimaria, avendo inciso (ed incidendo) su disposti costituzionali relativi ai diritti<sup>17</sup>; strumenti dei quali non si fa menzione alcuna nella Carta,

<sup>13</sup> Questa tendenza era stata prontamente colta e con chiarezza rappresentata già oltre sessant’anni addietro da un’avvertita dottrina in relazione al nostro e ad altri ordinamenti (E. CHELI, *L’ampliamento dei poteri normativi dell’esecutivo nei principali ordinamenti occidentali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960).

<sup>14</sup> Emblematiche, al riguardo, le esperienze dei decreti-legge innovativi di leggi di delega o di queste ultime carenti dei contenuti loro propri per dettato costituzionale.

<sup>15</sup> Fanno il punto, con vario orientamento, sulle più marcate tendenze della forma di governo, tra gli altri, A. SPADARO, *L’evoluzione della forma di governo italiana: dal parlamentarismo rigido e razionalizzato al parlamentarismo flessibile, con supplenza presidenziale*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 77 ss. [e, in forma più estesa, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 17 settembre 2018] e M.C. GRISOLIA, *Alcune riflessioni sugli attuali assetti della forma di governo*, in [Rivista AIC](#), 3/2019, 3 luglio 2019, 360 ss., nonché, nella stessa *Rivista*, G. DI COSIMO, *Sviluppi del governo parlamentare*, 2/2020, 9 aprile 2020, 50 ss.; Q. CAMERLENGO, *La forma di governo parlamentare nella transizione dal primo al secondo esecutivo Conte: verso un ritorno alla normalità costituzionale?*, in [Osservatorio Costituzionale](#), 5/2019, 10 settembre 2019, 13 ss. Sui condizionamenti esercitati sulla forma di governo da alcune sviluppi delle relazioni istituzionali in ambito sovranazionale, per tutti, v. N. LUPO, *La forma di governo italiana, quella europea, e il loro stretto intreccio nella Costituzione “composita”*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 3/2019, 5 dicembre 2019, 175 ss., e, dello stesso, *La forma di governo dell’Unione, dopo le elezioni europee del maggio 2019*, in [Liber amicorum per Pasquale Costanzo](#), in questa *Rivista*, 9 marzo 2020, nonché *L’intreccio delle forme di governo, tra Roma e Bruxelles: a proposito della crisi di governo di agosto 2019*, in [Federalismi.it](#), 28/2020, 12 ottobre 2020.

<sup>16</sup> Sulle più salienti esperienze della normazione governativa riferimenti ed indicazioni, di recente, in N. LUPO, *Considerazioni conclusive. Sulla (complessiva) crescita del ruolo normativo del Governo e sulle difficoltà della funzione legislativa*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2019; S. PANIZZA, *Materiali per uno studio del rapporto tra Parlamento e Governo a partire dalla produzione normativa e dalle modalità del suo aggiornamento*, in [Dirittifondamentali.it](#), 1/2020, 27 marzo 2020, 898 ss., e A. VERNATA, *Governo e Parlamento nella produzione normativa. Evoluzioni o consolidamento di una nuova costituzione materiale?*, in [Rivista AIC](#), 3/2020, 6 luglio 2020, 55 ss.

<sup>17</sup> La qual cosa ha, poi, alimentato un fitto dibattito in merito agli effetti prodotti sul sistema delle fonti dagli atti normativi in parola [tra gli altri, di recente, U. RONGA, *Il Governo nell’emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, e A. MAZZOLA, *Il sistema delle fonti e i provvedimenti adottati per contenere l’emergenza epidemiologica da COVID-19*, entrambi in [Nomos](#), 1/2020; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in [Rivista AIC](#), 2/2020, 11 giugno 2020, 531 ss., e, nella stessa *Rivista*, A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, 558 ss.; L. GIANNONE - M. ALBISINNI, *Salus rei publicae suprema lex esto*, in [Giustizia Insieme](#), 21 giugno 2020; i contributi riuniti in [Osservatorio sulle fonti](#), fasc. spec. 2020 su *Le fonti normative nella gestione dell’emergenza Covid-19*; D. TRABUCCO, *Il “virus” nel sistema delle fonti: Decreti-legge e DPCM al tempo del Covid-19. Tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale*, in [Nomos](#), 2/2020; F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni*, in *Dir. pubbl.*, 2/2020, 333 ss.; nella stessa *Rivista*, M. FRANCAVIGLIA, *Decretazione d’urgenza, poteri di ordinanza e riserve di legge. La produzione normativa nell’emergenza Covid-19 alla luce del principio di legalità sostanziale*, 361 ss.; C. SAGONE, *La libertà di circolazione e le limitazioni poste per motivi di sanità nell’ordinamento*

palesandosi in tal modo con carattere ancora più marcato il bisogno di una nuova “razionalizzazione” costituzionale dell’ordine delle fonti, secondo quanto si dirà meglio più avanti<sup>18</sup>.

Per altro verso, ad un complessivo sconvolgimento dell’antica quiete che nell’ordinamento liberale connotava le dinamiche della normazione ha poi portato l’integrazione sovranazionale, incoraggiata da una lettura fin troppo generosa e benevola dell’art. 11 patrocinata dalla giurisprudenza costituzionale e da una nutrita schiera di studiosi<sup>19</sup> e via via col tempo viepiù affermatasi seppure in modo complessivamente non lineare e, comunque, non poco sofferto, cui si è accompagnata la invenzione di nuovi tipi e sottotipi di fonti dotati in ambito interno persino di forza “paracostituzionale” o costituzionale *tout court*, unitamente alla fioritura di altre Carte materialmente costituzionali e perciò – piaccia o no – “concorrenti” con la Costituzione.

In un certo qual senso può dirsi che i diritti fondamentali sono, per la loro parte, “responsabili” di questo stato di cose. Le viepiù pressanti pretese di affermazione da essi rivendicate e solidamente poggianti sulle indicazioni, assiologicamente pregnanti, contenute nella Costituzione e nelle altre Carte ha, infatti, in buona sostanza determinato quest’esito, del quale nondimeno la cultura giuridica tarda a prendere piena consapevolezza. La causa prima del nuovo modo con cui si rende necessario tornare a riguardare, senza preconetto alcuno (teorico o ideologico), alle esperienze della normazione è data proprio dalla formidabile dotazione assiologica esibita da tutti tali documenti costituzionali.

Come si è tentato di mostrare altrove<sup>20</sup>, di un *sistema delle fonti*, nella sua risalente accezione, non è più infatti possibile seguire a discorrere, dovendosi piuttosto al suo posto trattare di un *sistema di norme* che si fa e senza sosta rinnova in ragione dei casi, dei beni della vita di volta in volta in gioco, delle parimenti mobili combinazioni dei valori dagli stessi evocati in campo e bisognosi di essere fatti oggetto di reciproco bilanciamento, in vista del conseguimento della loro sintesi di volta in volta ottimale, alla luce delle condizioni complessive di contesto.

D’altro canto, il bisogno di “deformalizzare” il sistema (*rectius*, il modo di ricostruirne le dinamiche interne) è avvertito dalla stessa dottrina e giurisprudenza corrente con specifico riguardo al modo d’intendere e far valere l’essenza stessa della Costituzione, il suo “nucleo duro”, come suole essere chiamato. Basti solo por mente alla selezione comunemente fatta in seno alla legge fondamentale della Repubblica delle sue norme espressive dei principi di struttura

---

regionale, in [Rivista AIC](#), 4/2020, 7 ottobre 2020, 95 ss.; E. LONGO - M. MALVICINI, *Il decisionismo governativo: uso e abuso dei poteri normativi del Governo durante la crisi da COVID-19*, in [Federalismi.it](#), 28/2020, 12 ottobre 2020, 212 ss.; M. D’AMICO, *I diritti fondamentali alla prova dell’emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, in [BioLaw Journal](#), 3/2020, 31 ss.; L. BUSCEMA, *La “democrazia imperfetta”. Alla ricerca di una disciplina (costituzionale) dell’emergenza sanitaria*, [Dirittifondamentali.it](#), 3/2020, 29 ottobre 2020, 246 ss. e, nella stessa Rivista, V. FANTI, *Al tempo dell’emergenza non si può ritornare all’autoritarismo di Oreste Ranalletti*, 264 ss.; infine, per un chiaro quadro di sintesi degli effetti suddetti, nonché degli altri prodotti sia a carico degli equilibri istituzionali sia per i diritti costituzionali, R. ROMBOLI, [L’incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano](#), in questa [Rivista](#), 2020/III, 513 ss.].

<sup>18</sup> L’emergenza sanitaria che ad oggi ci affligge e inquieta ne ha dato eloquente testimonianza, con l’accavallamento confuso di decreti del Presidente del Consiglio e di ordinanze di Presidenti delle Regioni e Sindaci, non di rado tra di loro discordanti, sì da determinare non poco disorientamento tra gli operatori stessi e in seno alla comunità. La vistosa emarginazione del Parlamento, di cui si è avuto palese riscontro nella congiuntura in atto, pone poi in modo imperioso la questione di una disciplina di rango costituzionale degli stati di emergenza della quale, diversamente dall’avviso di un’accreditata dottrina, si ha, a parer mio, urgente bisogno, in ispecie nel segno del rinverimento delle garanzie sugli atti monocratici suddetti, quale potrebbe aversi – come si è altrove argomentato – specie per mano del Capo dello Stato [su tutto ciò, ragguagli nel mio *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, in [Stato di diritto, emergenza, tecnologia](#) (a cura di G. De Minico e M. Villone, edizioni di [Consulta OnLine](#), 2020, 196 ss.).

<sup>19</sup> Crudi e penetranti rilievi critici al riguardo, ora, in M. ESPOSITO, *Il disordine del sistema delle fonti tra alterazioni e surroghe (appunti sugli effetti della c.d. integrazione europea)*, in *Giur. cost.*, 1/2020, 405 ss.

<sup>20</sup> Tra gli altri miei scritti in cui questo rilievo è argomentato, v. *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, in AA.VV., *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, cit., 63 ss., nonché al sito dell’[AIC](#).

dell'ordinamento<sup>21</sup>, considerati idonei a resistere ad ogni forma d'innovazione per via legale (attraverso cioè le procedure di cui all'art. 138 come pure a mezzo di norme aventi origine esterna all'ordinamento ed abilitate, al pari di quelle delle leggi di revisione, a modificare la Carta) o, per dir meglio, ad ogni innovazione che non sia *in melius*, volgendosi ad un'accresciuta valorizzazione dei valori fondamentali<sup>22</sup>.

La teoria dei limiti alla revisione costituzionale, che porta ad assegnare un regime complessivamente diverso ad alcune norme rispetto ad altre appartenenti al medesimo documento normativo, avvalorata *per tabulas* la tesi qui nuovamente patrocinata secondo cui non è già la forma *ut sic* bensì la sostanza, qualificata alla luce dei valori fondamentali, a determinare il “posto” di ciascuna *norma*, non appunto dell'*atto* che tutte le contiene, nel sistema. Ed è singolare, francamente stupefacente, che – come mi affanno a dire da tempo – quest'ultimo seguiti ad essere ricostruito nelle sue linee portanti a mezzo di categorie metodico-teoriche d'ispirazione formale- astratta quando poi l'essenza della Costituzione – i principi fondamentali – è percepita in prospettiva assiologico-sostanziale.

Questo schema torna, poi, a ripetersi anche con riguardo ad altre vicende della normazione.

Si pensi, ad es., al caso, prefigurato dalla stessa giurisprudenza, che una norma di diritto internazionale pattizio “razionalizzi” una norma generalmente riconosciuta della Comunità internazionale. Ciò che, ancora una volta, fa sì che uno stesso documento normativo esprima norme “graduate” e, ad ogni buon conto, diverse per natura ed estrazione, ciascuna delle quali retta da un regime suo proprio, nei termini in cui è comunemente riconosciuto<sup>23</sup>. O si pensi ancora ad una norma di una Carta dei diritti, quale la CEDU, sostanzialmente riprodotta in altra Carta, e segnatamente in quella dell'Unione<sup>24</sup>, con la conseguenza che gli operatori di diritto interno dovranno considerare la prima ugualmente dotata di quel rango costituzionale che è propria della seconda. E via dicendo.

Ancora nella giurisprudenza costituzionale (e dunque – si faccia caso – nella sede in cui massimamente trova forma ed espressione la conversione del diritto costituzionale vigente in diritto vivente) si rinvencono, poi, non poche tracce o – come le si è altrove chiamate – “schegge” di un orientamento d'ispirazione assiologico-sostanziale: a conferma delle non lievi contraddizioni e vistose oscillazioni che affliggono dottrina e giurisprudenza correnti quanto al modo complessivo d'intendere e far valere il sistema.

Pescando a caso tra le più rilevanti di esse, si consideri solo il ribaltamento dell'ordine in cui si dispongono, in via di principio, norme risultanti dalla CEDU (o – a me pare – da ogni altra Carta dei diritti e, generalizzando, da ogni fonte internazionale pattizia) e norme di legge comune. Come è stato messo in chiaro già a partire dalla prima delle sentenze “gemelle” del 2007, la regola che vuole asservite le seconde alle prime può, infatti, ribaltarsi su sé stessa laddove sia provato che in ambito interno è offerta ai diritti una protezione maggiormente intensa di quella che ad essi viene da

---

<sup>21</sup> Il riconoscimento di questi ultimi è assai meno evidente ed agevole di ciò che comunemente si pensa; non è per mero accidente, d'altronde, che la giurisprudenza, a seconda dei casi, qualifichi come espressive dei principi in parola norme dapprima non considerate tali. Uno stesso principio, poi, può caricarsi di valenze diverse, alle volte inesplorate, al punto che può dirsi essere, a conti fatti, i casi stessi i fattori che portano alla emersione dei principi di struttura dell'ordinamento ovvero alla scoperta di nuovi loro significati.

<sup>22</sup> Dei limiti alla revisione costituzionale si è, ancora non molto tempo addietro, discusso in occasione del Convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Catanzaro l'8 e il 9 giugno 2018 su *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; argomenti a sostegno di modifiche degli stessi principi fondamentali (ma solo *in melius*) possono, volendo, vedersi nel mio *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, ivi, 367 ss., nonché in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2/2018, 20 giugno 2018.

<sup>23</sup> ... con immediate proiezioni specie al piano delle garanzie processuali, per il diverso rilievo posseduto dalle norme stesse sia sul versante del parametro che su quello dell'oggetto nei giudizi di costituzionalità e negli altri giudizi (su ciò, per tutti, i contributi di AA.VV., *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, Atti del XXIV Convegno della SIDI, Roma 5-6 giugno 2019, a cura di G. Palmisano, Editoriale Scientifica, Napoli 2020).

<sup>24</sup> Sulle convergenze e, in più punti, coincidenze tra le Carte in parola, v., ora, R. CONTI, [CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti](#), in questa [Rivista](#), 2020/III, 578 ss.

altre norme ancorché prodotte – si faccia caso – da documenti “tipicamente costituzionali”<sup>25</sup>. La qual cosa, poi, linearmente conduce all’esito per cui nulla può escludere che una legge comune porti ancora più in alto il livello della tutela per i diritti rispetto a quello fissato nella stessa Costituzione. Un esito, per vero, suscettibile di ulteriori sviluppi teorico-ricostruttivi e gravido di conseguenze specie al piano delle garanzie processuali, il cui esame nondimeno richiede una sede di studio a ciò specificamente dedicata.

Si pensi ancora alla giurisprudenza in tema di limiti all’abrogazione referendaria, tra i quali quello della impossibilità di pregiudicare una “tutela minima” assicurata a beni costituzionalmente protetti (e, dunque, in primo luogo, ai diritti) dalla disciplina normativa presa di mira dai promotori. Un limite – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – ancora una volta generalizzabile, connotando l’intero andamento delle vicende della normazione (e, specificamente, appunto quelle che si hanno in applicazione del canone della *lex posterior*). Un limite, peraltro, razionalizzato sotto altro nome dall’art. 117, comma 2, lett. m) e, a mio modo di vedere, dotato di una duplice proiezione e valenza: per un verso, assumendo significato al piano del riparto delle competenze tra Stato e Regione e, per un altro ed ai fini dello studio che si va ora facendo ancora più rilevante verso, segnando dei punti di “non ritorno” per lo stesso legislatore statale, impossibilitato a far regredire le acquisizioni dapprima raggiunte a beneficio del patrimonio dei diritti<sup>26</sup>.

Naturalmente, è poi da mettere in conto che possano darsi emergenze di vario genere che obblighino i diritti a sottostare a gravi sacrifici: com’è chiaro, infatti, il modello delineato nella Carta regge per gli stati di quiete, non già per le situazioni di emergenza e di crisi, gravando nondimeno su chi in esse dichiara di rinvenire giustificazione del proprio operato l’onere di dimostrare la loro effettiva sussistenza, nonché la congruità tra i mezzi messi in campo e i fini bisognosi di essere raggiunti. Di qui, poi, la conseguenza per cui, in relazione a certe discipline normative, s’inverte l’onere della prova, assumendosene la invalidità, nella presunzione che l’emergenza sia l’eccezione rispetto alla regola, e gravando piuttosto su chi le difende l’onere della dimostrazione della loro validità e, dunque, sottostando le stesse ad uno scrutinio particolarmente severo in sede di giudizio di costituzionalità.

Sta di fatto che a tutt’oggi dottrina e giurisprudenza corrente sono gravate da pesanti ipoteche teoriche e remore evidenti che le trattengono dal mettere risolutamente da canto gli antichi schemi d’inquadramento sistematico di formale fattura per rimpiazzarli con altri d’ispirazione assiologico-sostanziale, linearmente discendenti da una teoria della Costituzione per valori e dalla “graduatoria” tra norma e norma della Carta operata dalla teoria dei limiti alle innovazioni costituzionali.

Non a caso, d’altronde, la massima espressione di quelle “schegge” di cui poc’anzi si diceva è data dall’accoglimento del principio della massimizzazione della tutela<sup>27</sup>, specificamente fatto

---

<sup>25</sup> Qualifica [da Corte cost. n. 269 del 2017](#), dietro già richiamata, esplicitamente riferita alla Carta di Nizza-Strasburgo ma – com’è chiaro – valevole per ogni Carta in cui sia dato il riconoscimento (in senso proprio) di diritti fondamentali. Nelle sentenze “gemelle” del 2007 la Corte discorre al riguardo di un “bilanciamento” che si renderebbe necessario tra quanto disposto dall’art. 117, I c., ed altre norme della Costituzione in cui è il riconoscimento di beni della vita bisognosi di prioritaria protezione per le peculiari esigenze di un caso; come si è però tentato di mostrare altrove, in realtà, in una congiuntura siffatta, la “copertura” di cui all’art. 117 non si attiva, per la elementare ragione che è la stessa CEDU a ritagliare per sé un ruolo meramente sussidiario, dichiarando espressamente di voler valere in ambito interno unicamente in quanto possa portare ad un’accresciuta tutela dei diritti in campo.

<sup>26</sup> Indicazioni a riguardo dei “livelli essenziali delle prestazioni” relative ai diritti, ora, in D. MONE, *Autonomia, eguaglianza, livelli essenziali*, relaz. al Convegno del Gruppo di Pisa su *Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni*, Trento 18-19 settembre 2020, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#).

<sup>27</sup> Ne contesta in radice la esistenza un’accreditata dottrina [part. R. BIN, in più scritti, 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.; *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; *Intervista su Giudice e giudici nell’Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in [Giustizia Insieme](#), 10 aprile 2019] con argomenti ai quali mi sono sforzato di replicare in altri studi [tra i quali, i miei *Intervista*, sopra cit.; *Tecniche decisorie dei giudici e “forza normativa” della Carta di Nizza-Strasburgo*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 8 aprile 2020]. V., inoltre, A. RANDAZZO, *Il “metaprincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti*, [Dirittifondamentali.it](#), 2/2020, 10 giugno 2020, 689 ss.; I. ANRÒ, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in [Federalismi.it](#),

valere – come si è veduto – dalla giurisprudenza sulla CEDU e però, a mia opinione, suscettibile di generalizzata applicazione; un principio che, stranamente, è comunemente considerato idoneo ad innestarsi armonicamente su un impianto nel suo insieme connotato dagli schemi suddetti, tra i quali quello della fonte interposta<sup>28</sup>. Si tratta, però, di un innesto, a mio avviso, mal riuscito o, diciamo pure, di una nota stonata, al piano metodico ancora prima che a quello teorico-ricostruttivo, una nota eccentrica rispetto all'intero impianto argomentativo in cui s'immette.

La stessa qualifica data della CEDU quale fonte “subcostituzionale”, a differenza della Carta di Nizza-Strasburgo invece provvista di rango costituzionale, avvalorata il vizio complessivo da cui è affetta la costruzione giurisprudenziale, che ne mina le fondamenta rendendole gravemente esposte ed instabili, specie ove si convenga a riguardo del carattere “tipicamente costituzionale” parimenti posseduto da tali documenti che, di tutta evidenza, fa pugni con la loro supposta ordinazione gerarchica<sup>29</sup>; oltre tutto, non si capisce come possa mai predicarsi, a un tempo, la pari natura di documenti materialmente costituzionali delle Carte in parola e, però, il “predominio assiologico” della Costituzione<sup>30</sup>. La stessa giurisprudenza, peraltro, si avvolge su se stessa e contraddice vistosamente nel momento in cui, smentendo la supposta ordinazione gerarchica delle Carte, riconosce che esse s'integrano reciprocamente nella interpretazione, ciascuna dunque concorrendo alla incessante rigenerazione semantica delle altre ([sent. n. 388 del 1999](#)).

È poi sufficiente anche una superficiale lettura di quanto è in entrambe le Carte testualmente esposto, in particolare della previsione contenuta nella Carta di Nizza-Strasburgo di voler essere intesa e fatta valere alla luce di ciò che stabilisce la CEDU, salvo appunto il caso di poter offrire una tutela maggiormente avanzata, ad avvalorare *per tabulas* la tesi qui nuovamente patrocinata in ordine alla necessità di trapassare dal *sistema delle fonti* al *sistema delle norme*. Per essere più precisi, al primo può unicamente assegnarsi un rilievo – come dire? – indiziario o presuntivo, assumendosi che, in via di principio, una fonte usualmente considerata subordinata ad altra fonte sia invalida laddove esprima norme confliggenti con quelle poste dalla seconda. E così pure, ad es., per ciò che concerne la operatività del canone della *lex posterior*, è da presumere la validità delle innovazioni apportate da fonte posteriore a fonte anteriore del medesimo grado (salva la nota eccezione costituita dalla *lex specialis*<sup>31</sup>). In entrambi i casi, tuttavia, come si è venuti dicendo, si tratta di presunzione che ammette la prova del contrario, alla luce del “metaprincipio” o “metacriterio” ordinatore della massimizzazione della tutela dei beni costituzionalmente protetti, ovverosia dell'affermazione *magis ut valeat* della Costituzione quale sistema di valori fondamentali positivizzati. Nulla, infatti, può escludere in partenza che la norma prodotta da fonte in astratto gerarchicamente inferiore risulti dotata di “copertura” da parte di un principio fondamentale, della quale sia invece sprovvista la norma di fonte sovraordinata (così pure, *mutatis mutandis*, in merito alle vicende del canone della *lex posterior*), mentre è chiaro che, laddove entrambe le norme in campo dovessero godere di una “copertura” siffatta, il conflitto si sposterebbe di piano, coinvolgendo i principi in parola e richiedendo pertanto di essere risolto a mezzo della tecnica

---

19/2020, 17 giugno 2020, 109 ss.; F. DONATI, *Tutela dei diritti e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 14/2020, 49 ss., spec. 67 s.; B. NASCIBENE, *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*, 3/2020, 277. Infine, C. CARUSO, *Granital reloaded o di una «precisazione» nel solco della continuità*, in *Giustizia Insieme*, 19 ottobre 2020, e R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, cit., spec. 588 ss.

<sup>28</sup> Ne illustra ora con chiarezza il modo di operare A. FUSCO, *Il mito di Procruste. Il problema dell'interposizione delle norme generative di obblighi internazionali nei giudizi di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 23 ottobre 2020, 250 ss.

<sup>29</sup> Tutte, comunque, asservite alla osservanza della Costituzione: la Carta dell'Unione ai soli principi fondamentali, la CEDU (e ogni altra Carta), invece, astrattamente obbligata a piegarsi davanti ad ogni norma della Costituzione stessa. Non si è, peraltro, mai ben capito (perlomeno, non è riuscito a me di capire) su cosa poggi questo differenziato regime.

<sup>30</sup> Così, con specifico riguardo alla CEDU, in [Corte cost. nn. 49 del 2015](#) e [25 del 2019](#).

<sup>31</sup> ... essa pure, peraltro, provvista di gracile fondamento teorico, secondo quanto si è tentato di mostrare nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*<sup>5</sup>, cit., 60 s.

usuale del bilanciamento secondo ragionevolezza<sup>32</sup>. Un bilanciamento teleologicamente orientato ed apprezzabile unicamente in prospettiva assiologicamente ispirata, dovendosi puntare all'obiettivo di far pagare alla Costituzione come "sistema" il minor costo possibile in ragione del caso e delle sue complessive esigenze o – il che è praticamente lo stesso – di portare alla massima affermazione possibile della legge fondamentale dell'ordinamento.

Ora, è chiaro che un riscontro siffatto non può, di tutta evidenza, aver luogo se non trapassando lo schermo opaco delle fonti in campo e puntando diritto sulle loro norme, prestando cioè attenzione al modo con cui nel singolo caso esse si pongono l'una davanti all'altra, vale a dire ambientando le vicende della normazione al piano della *teoria della interpretazione*, non già a quello della *teoria delle fonti*, quanto meno di una teoria d'ispirazione formale-astratta. Ed è proprio all'un piano che si coglie ed apprezza il ruolo giocato in seno alla trama istituzionale dal giudice, la sua crescita viepiù rilevante e vistosa, le forme attraverso le quali si rende manifesta, gli effetti che se ne hanno per l'intero sistema e per i diritti costituzionali.

#### *4. Il bisogno di un rinvigorismento del ruolo tanto del legislatore quanto dei giudici, tentando di porre rimedio ad alcune torsioni istituzionali di cui si ha diffuso riscontro nell'esperienza*

Il vero è che la rigidità del disporre in astratto che è propria delle leggi e degli altri atti di normazione si dimostra inadeguata alla varietà dei casi ed alle continuamente cangianti combinazioni degli interessi in gioco e dei valori dagli stessi evocati in campo, nella non di rado affannosa e non poco sofferta ricerca di sintesi quanto più è possibile equilibrate e rispondenti perciò a ragionevolezza.

Sarebbe tuttavia un errore grave, foriero di guasti irreparabili per la tenuta stessa del sistema, desumerne la necessità di mettere da canto la legge e gli altri atti produttivi di norme per far quindi posto alle sentenze ed alle altre espressioni della pratica giurisdizionale. Non si dimentichi che in uno Stato di diritto, quale il nostro, il principio della esclusiva soggezione dei giudici alla legge rimane di cruciale rilievo per la tenuta dello Stato stesso e la sua trasmissione integra nel tempo, a beneficio anche delle generazioni che verranno. Si dà, infatti, una tipicità di ruoli irrinunciabile degli operatori del diritto, secondo la magistrale indicazione data dal principio della separazione dei poteri che – come sappiamo – connota e qualifica, per la sua parte, l'idea di Costituzione consegnataci dai rivoluzionari francesi con la Dichiarazione dei diritti del 1789. Certo, è una tipicità che deve essa pure adattarsi ai tempi, dimostrandosi adeguata a far fronte a nuovi bisogni venuti alla luce dal corpo sociale, viepiù accresciuti e pressanti, specie in congiunture di crisi o di emergenza, quale quella sanitaria in atto.

Nel tempo presente, secondo il modello qui nuovamente patrocinato, si richiede non già l'avvento di uno "Stato giurisdizionale" – come pure con una certa improprietà di linguaggio è usualmente chiamato – in vece di quello "legislativo"; di contro, la stessa Costituzione sollecita l'affermazione di un impianto istituzionale solido e proteso all'inveramento dei valori fondamentali dell'ordinamento, nel quale dunque sia, sì, rinvigorito il ruolo dei giudici e degli operatori del diritto in genere (a partire da quelli componenti la pubblica amministrazione) ma, ancora prima, lo sia quello del legislatore (e, di riflesso, degli atti dallo stesso prodotti, in ciascuna delle loro articolazioni ed espressioni, in ispecie dunque delle leggi costituzionali e comuni). Un esito, questo, che, a conti fatti, dipende dalle leggi stesse e, risalendo, dal sistema politico ad esse sottostante. La qual cosa richiede un profondo svecchiamento, un'autentica palingenesi, per struttura e funzione, degli strumenti in parola, i migliori a tutt'oggi tra quelli inventati nel corso del tempo e perciò con profitto utilizzabili al servizio dei più avvertiti e diffusi bisogni sociali. Uno svecchiamento che, per un verso, ha da tradursi nella fattura (per quanto possibile, con la più larga partecipazione di esperti e formazioni sociali) di leggi agili ed essenziali per disposti normativi e che, per un altro verso – ciò

---

<sup>32</sup> Le dinamiche delle "coperture" di valore possono, se si vuole, vedersi descritte nel mio scritto per ultimo cit., 34 ss. e 54 ss.

che ancora di più importa –, si dimostrino per ferma vocazione in grado di disporsi al servizio dei fini-valori costituzionali, in vista della loro ottimale realizzazione pur alle condizioni oggettivamente difficili e, per taluni aspetti, persino proibitive del tempo presente<sup>33</sup>.

Non è già a mezzo di leggi eccessivamente numerose e, talvolta, innaturalmente minute e dettagliate – ciò che, di tutta evidenza, potrebbe aversi ad opera di atti di normazione di secondo e persino terzo grado – che si pone rimedio alla crisi ormai endemica che affligge la massima espressione della rappresentanza politica, qui nuovamente rivista – secondo l’aureo insegnamento di una ispirata dottrina – nella sua forma eminente che è data dalla rappresentatività degli eletti, dalla loro attitudine cioè a farsi carico dei bisogni maggiormente avvertiti in seno alla comunità governata e di tradurli in atti attrezzati per darvi appagamento. Piuttosto, la “qualità” dello strumento legislativo può essere, in una non secondaria misura, recuperata, da un canto, grazie ad un uso adeguato delle tecniche di *drafting* e, d’altro canto, aprendo la produzione normativa alle formazioni sociali e risolutamente orientandola verso la tavola dei valori fondamentali, sì da aversene – come si diceva – fin dove possibile l’ottimale realizzazione<sup>34</sup>.

In questo quadro qui molto sommariamente delineato, i giudici in genere sono chiamati ad un ruolo di primo piano<sup>35</sup>, non di rado destinatari di “deleghe” da parte del legislatore e sollecitati pertanto alla ricerca di quella massimizzazione della tutela dei diritti e degli interessi in genere costituzionalmente protetti che – come si è veduto – si conferma essere l’autentica *Grundnorm* del sistema, anche nel suo porsi in relazione ad altri sistemi, quale quello fondato sulla CEDU o quello eurounitario. Si tocca così con mano come sia proprio nelle sedi in cui si amministra giustizia, costituzionale e comune, che prendono forma talune espressioni della pratica giuridica in svolgimento dei principi e delle scarse indicazioni, secondo modello, offerte dalle leggi, che ne sono in tal modo “attuati”, non già – come pure è stato teorizzato – puramente e semplicemente “applicati”<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Hanno, tra gli altri, caldeggiato questo modello R.G. CONTI, *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la l. 219/2017*, Aracne, Roma 2019; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 170 s.; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss., spec. 431; L. CHIEFFI, *Il diritto all’autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, 90 ss.; infine, volendo, anche il mio *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2/2019, 15 luglio 2019, 35 ss., spec. 49 ss.

<sup>34</sup> È in quest’ultima accezione che ho discorso della “qualità” in parola sin dal mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, cit., 240 ss., e che torno qui a dirne, secondo quanto si vedrà meglio a momenti.

<sup>35</sup> Ne ha messo in evidenza, con dovizia di argomenti, il rilievo R. CONTI, che vi ha dedicato numerosi ed approfonditi studi, tra i quali, da ultimo, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, cit.

<sup>36</sup> Con specifico riferimento all’operato dei giudici, un’accreditata dottrina si è dichiarata dell’avviso che essi farebbero sempre (e solo) “applicazione” delle leggi [v., part., M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 4/2014, 10 ottobre 2014, nonché *Ermeneutica costituzionale e “massima attuazione della Costituzione”*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, ESI, Napoli 2018, 37 ss., spec. 43 ss. Non così – come si viene dicendo – per la tesi qui nuovamente patrocinata, alla quale ha fatto di recente richiamo A. AMATO, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell’UE: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Giur. cost.*, 1/2020, spec. 464 ss.].

Sulla vessata e risalente questione della creatività della giurisprudenza, v., poi, ancora M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell’interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 345 ss.; *Dal chaos all’ordine e ritorno*, in *Liber amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell’età della globalizzazione*, I, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, spec. 260 ss., e *L’errore di diritto e l’interpretazione della norma giuridica*, in *Quest. giust.*, 3/2019, 16 ss., spec. 27 ss.; cfr., inoltre, variamente, G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss.; R.G. RODIO, *Alcune riflessioni su anomalie, lacune e limiti dell’interpretazione giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 1/2019, 16 gennaio 2019, 1 ss.; C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 2/2019, 549 ss., spec. 556 ss.; F.

Plurime e viepiù raffinate ed incisive le tecniche decisorie al riguardo poste in essere dai giudici, delle quali non è di qui dare l'analitica e puntuale rappresentazione. Un dato, nondimeno, sopra ogni altro merita di essere nuovamente evidenziato; ed è la vistosa esposizione cui gli operatori di giustizia vanno incontro, correndo il rischio (e facendolo, di riflesso, correre allo Stato costituzionale di diritto) di varcare i confini che delimitano, sia pure in modo sommario, l'area entro la quale possono (e devono), secondo modello, esercitare il *munus* loro conferito. Un rischio che è invero incombente in specie sui giudici costituzionali (qualifica qui, ancora una volta, intesa in senso materiale e, perciò, riferita altresì alle Corti europee quali garanti di Carte dei diritti, pur nella loro complessivamente peculiare connotazione) ma al quale non restano immuni gli stessi giudici comuni, specie laddove, ora a motivo della oscurità del linguaggio delle leggi e ora della loro mancanza, siano incoraggiati ad avvalersi di tecniche decisorie bisognose di essere azionate con estrema delicatezza, sensibilità, accortezza.

Si pensi solo, al riguardo, ai casi di c.d. “applicazione” diretta della Costituzione (*rectius*, alla luce della precisazione sopra fatta, “attuazione”) o d'interpretazione costituzionalmente orientata, laddove, per un verso, prende forma un ruolo di “supplenza” dei giudici nei confronti del legislatore che, seppur non sollecitato (e, forse, talora neppure voluto<sup>37</sup>), ugualmente si ha e sarebbe del tutto fuori posto negarne la esistenza, mentre, per un altro verso, si assiste a manipolazioni della sostanza normativa racchiusa nei testi di legge, seppur non di rado abilmente mascherate a mezzo di un uso raffinato delle tecniche interpretative, e talora persino del dettato costituzionale<sup>38</sup>, riscritto a forza al fine di raggiungere, in un modo o nell'altro, l'obiettivo della riconciliazione dei termini positivi in campo<sup>39</sup>.

Non regge l'obiezione che tutto ciò pur sempre si ha – quanto meno, il più delle volte – per una nobile causa, al fine cioè di dare fin dove possibile appagamento a diritti e interessi in genere costituzionalmente protetti che ne resterebbero altrimenti privi. E, invero, nel momento stesso in cui il principio della separazione dei poteri dovesse trovarsi sotto *stress* o, diciamo pure, essere in buona sostanza sacrificato, gli stessi diritti ne sarebbero pregiudicati e travolti, per la elementare ragione che la Costituzione, nell'accezione accolta dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti, sopra già richiamato, può procedere spedita lungo la via che si è da se stessa tracciata, unicamente se entrambe le gambe sulle quali poggia l'assistono e sorreggono: una Costituzione zoppa o, peggio, amputata di una delle gambe stesse non può correre e neppure a conti fatti reggersi alla lunga in piedi.

Non è di qui illustrare i non pochi casi in cui si è assistito alla dominanza, alle volte schiacciante, dell'“anima” politica su quella giurisdizionale del tribunale costituzionale<sup>40</sup> né è dato indugiare sui

---

PATRONI GRIFFI, *Il ruolo delle Corti nella costruzione dell'ordinamento europeo (From judge-made law to judge-made Europa)*, Editoriale, [Federalismi.it](http://Federalismi.it), 15/2019, 31 luglio 2019, e, in prospettiva giusfilosofica, almeno, L. FERRAJOLI, in più scritti, tra i quali, ora, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena 2018. Sul ruolo del giudice quale produttore di certezze del diritto in concreto, v., poi, di recente, G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, in AA.VV., *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, a cura di A. Apostoli e M. Gorlani, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, 9 ss. Infine, C.V. GIABARDO, *Per la chiarezza di idee in tema di creazione giudiziale di diritto e ruolo della giurisprudenza nel tempo presente (Riflessioni al confine tra filosofia del diritto, diritto comparato e diritto processuale civile)*, in [Giustizia Insieme](http://GiustiziaInsieme.it), 4 settembre 2020.

<sup>37</sup> La stessa Consulta ha tenuto a precisare, per bocca del suo Presidente *pro tempore*, G. Zagrebelsky, di trovarsi obbligata dall'inerzia del legislatore a far luogo ad una “supplenza” dello stesso “non richiesta e non gradita” (nella circostanza, ci si riferiva specificamente alla mancanza di una disciplina legislativa di attuazione del Titolo V, così come riscritto nel 2001; quanto si viene ora dicendo sembra tuttavia valere in relazione a plurimi ambiti materiali, ben oltre dunque di quello al quale si è indirizzato il rilievo suddetto).

<sup>38</sup> Le pronunzie del giudice costituzionale maggiormente innovative sono infatti proprio quelle con cui gli enunciati della Carta sono sostanzialmente riscritti per via interpretativa; ciò che acquista uno speciale rilievo sol che si pensi che le pronunzie stesse sfuggono – come si sa – a qualsiasi “impugnazione”.

<sup>39</sup> Talvolta l'interpretazione conforme prende dunque forma non già orientando la lettura degli enunciati legislativi verso quelli costituzionali ma viceversa. Quando ciò si realizza, nondimeno, non è sempre di agevole riconoscimento.

<sup>40</sup> ... della quale ha, con varietà di accenti ma sostanziale comunanza d'idee, discorso (e discorre) una consistente schiera di studiosi [*ex plurimis*, C. DRIGO, *Giustizia costituzionale e political question doctrine. Paradigma statunitense e spunti comparatistici*, Bononia University Press, Bologna 2012; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica*

parimenti non sporadici casi in cui si è assistito a gravi torsioni del ruolo dei giudici comuni, per quanto – com'è chiaro – gli uni siano maggiormente visibili rispetto ai secondi che, a motivo del numero elevatissimo delle pronunzie emesse dagli operatori di giustizia, rimangono talora sommersi, dimostrandosi assai arduo riuscire ad intercettarli.

È ad ogni buon conto chiaro che non di rado taluni guasti di cui si ha riscontro presso le sedi in cui si amministra giustizia, costituzionale e comune, si devono proprio alle acclamate e gravi carenze evidenziate dalle sedi della produzione giuridica, a partire da quelle in cui prendono forma gli atti primari di normazione. Non si dà, tuttavia, alcun automatismo in tal senso; e, comunque, gli autori delle torsioni in parola non possono di certo invocare quale alibi a “copertura” delle stesse la circostanza per cui si trovano obbligati a rimediare alle carenze suddette. Nulla, infatti, giustifica una innaturale commistione e confusione di ruoli che – piaccia o no – richiedono pur sempre di essere tenuti distinti.

Una testimonianza emblematica (in senso negativo) in tal senso si è non molto tempo addietro avuta con *Cappato*, laddove lo stesso giudice costituzionale ha confessato di porre in essere una scelta politico-normativa la cui adozione in un primo tempo è stata giudicata essere in via esclusiva riservata al legislatore, mentre in seguito ha esso stesso fatto luogo a quell'apprezzamento discrezionale che avrebbe dovuto restargli estraneo<sup>41</sup>.

5. *Le soluzioni praticabili, a mezzo tanto di nuove regolarità quanto di nuove regole, costituzionali e non, al fine di ridare “qualità” alla produzione normativa come pure alla giurisdizione*

Nel quadro qui sommariamente descritto è, dunque, da chiedersi se si diano, o no, le condizioni oggettive di contesto per un, seppur parziale, recupero del modello di rapporti istituzionali delineato nella Carta e quali possano essere le vie da battere in vista del raggiungimento della meta. Quali, in breve, le soluzioni che possono essere messe in atto per ridare “qualità” sia alla produzione normativa sia alla giurisdizione?

Sul termine “qualità” occorre intendersi, prestandosi ad essere caricato di plurimi ed anche non

---

*del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017; AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2017; G. BISOGNI, *La 'politicità' del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giusteorico contemporaneo*, Giappichelli, Torino 2017; M. RAVERAIRA, *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, in *Lo Stato*, 11/2018, 123 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 251 ss. (sul cui pensiero, criticamente, v. R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, cit., 757 ss., ed E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 777 ss.); R. DI MARIA, [Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti \(fondamentali\) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli “animali fantastici”. The final cut](#), in questa *Rivista*, 2020/I, 7 gennaio 2020, 1 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss. In prospettiva comparata, tra gli altri, AA.VV., *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, a cura di L. Mezzetti - E. Ferioli, Bonomo, Bologna 2018, e, ora, i contributi al *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. Homenaje al Prof. Roberto Romboli*, organizzato dal Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIIJUS), 8-10 ottobre 2020].

<sup>41</sup> La vicenda, che si era ipotizzato potesse restare isolata, è tornata ora a riaffacciarsi in un altro caso, di cui alla ord. n. 132 del 2020, la cui definizione – come in *Cappato* – è stata rimandata di un anno (al giugno 2021). Il sostanziale abbandono del limite della discrezionalità del legislatore è segnalato con varietà di accenti da molti autori (di recente, D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, 101 ss., che ha discusso al riguardo del passaggio dalle “rime obbligate” ai “versi sciolti”), nel mentre un autorevole studioso e giudice costituzionale ha discusso di un “progressivo commiato dal teorema delle ‘rime obbligate’” (F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 14/2020, 101 ss., spec. 115). In tema, v., infine, D. MARTIRE, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio Costituzionale*, 6/2020, 3 novembre 2020.

poco reciprocamente distanti significati<sup>42</sup>. Qui – come si è venuti dicendo – esso rileva non solo al piano tecnico-giuridico, risolvendosi a conti fatti in una appropriata confezione degli atti, nell’uso adeguato degli strumenti di cui ciascun operatore dispone, nella chiarezza degli enunciati, e via dicendo. Certo, tutto ciò ha primario rilievo e, dunque, anche questo versante richiede di essere battuto a modo. Basti solo por mente al fatto per cui enunciati legislativi provvisti di un linguaggio incerto o, diciamo pure, oscuro feriscono, a un tempo, la certezza del diritto in senso oggettivo e – per ciò che è qui di specifico interesse – la certezza dei diritti costituzionali, con riflessi d’immediata evidenza anche a carico dell’attività dei giudici e dei pratici del diritto in genere.

L’accezione della “qualità”, però, che sta ora maggiormente a cuore mettere in primo piano è quella che si coglie ed apprezza al piano e da una prospettiva assiologicamente connotati, risolvendosi in un servizio per i valori fondamentali dell’ordinamento e, per ciò stesso, delle persone (specie le più deboli e vulnerabili) che dalle sedi istituzionali tutte – ferma la tipicità dei ruoli – si attendono un congruo appagamento dei loro più avvertiti bisogni.

Per ciò che attiene all’esercizio della giurisdizione, nelle varietà delle sue articolazioni ed espressioni, molto può fare ciascun operatore anche a beneficio degli altri, oltre che di... *se stesso*.

Basti solo pensare a quell’autentica risorsa preziosa che è data dal c.d. “dialogo” tra le Corti, di quelle costituzionali (nell’accezione materiale sopra indicata) *inter se*, delle altre in cui si amministra la giustizia comune e di tutte assieme, nel loro disporsi in un mutuo dare-avere in seno ad un circolo che da se medesimo incessantemente si alimenta e rinnova. Il “dialogo” in parola, per vero, ha doppio volto, traducendosi non di rado in conflitti, anche aspri, tra gli operatori di giustizia (*Taricco docet*); alla lunga, però, come si è avuto modo di far notare altrove, per il fatto stesso di dover tenere conto l’una Corte dell’orientamento dell’altra o delle altre, appare essere maggiormente netto e marcato lo sforzo proteso alla ricerca di convergenze, di sintesi delle posizioni in campo complessivamente mediane ed appaganti.

Il “dialogo” poi – per ciò che è ora di maggior interesse – ha portato (e senza sosta porta) sia alla stabilizzazione degli orientamenti giurisprudenziali e sia pure al loro reciproco rinnovamento; l’una e l’altro, nondimeno, bisognosi di prendere forma attraverso lo scrupoloso ossequio prestato dalla giurisdizione ai canoni che ne governano l’esercizio<sup>43</sup>: la più efficace risorsa di cui si dispone al fine di vederne preservata la natura e, con essa, la tipizzazione del ruolo rispetto a quello proprio del legislatore<sup>44</sup>.

Il “dialogo” poi – per ciò che è qui di specifico interesse – ha concorso fattivamente alla “invenzione” (nel senso proprio della loro scoperta in seno al corpo sociale ed emersione<sup>45</sup>) a getto

---

<sup>42</sup> Ne ha, ancora di recente, trattato A. MORELLI, [Il giudice robot e il legislatore naïf. La problematica applicazione delle nuove tecnologie all’esercizio delle funzioni pubbliche](#), cit., 6 s.

<sup>43</sup> Una questione, questa, che si presenta particolarmente spinosa con riferimento ai giudici avverso le cui pronunzie non si dà alcuna impugnazione (e, segnatamente, alla Corte costituzionale, dal momento che le decisioni dei giudici comuni non più impugnabili per via ordinaria possono poi pur sempre porsi ad oggetto di ricorso per conflitto di attribuzioni davanti alla Consulta).

<sup>44</sup> Ho ripetutamente invitato a fermare l’attenzione sul punto, di cruciale rilievo quanto alle esperienze della giurisdizione costituzionale, proprio in considerazione del fatto che le decisioni della Corte sono sottratte – come si è rammentato poc’anzi – a qualunque impugnazione. *Cappato* ha, di recente, reso eloquente testimonianza della confusione dei ruoli istituzionali, avvalorata dal superamento, nella pronunzia di fine partita, del limite della discrezionalità del legislatore invece fatto valere nella prima decisione.

<sup>45</sup> Da una prospettiva di più largo raggio, si è fatto notare da un’autorevole dottrina (P. GROSSI, *L’invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2017) essere compito delle leggi in genere e, in ispecie, della Costituzione raccogliere quanto è racchiuso negli strati più profondi del corpo sociale, portarlo alla luce e darvi forma e regolazione. Dal mio canto, vado da tempo argomentando la tesi secondo cui per diritti fondamentali s’intendono i bisogni maggiormente diffusi ed avvertiti in seno al corpo stesso e il cui mancato appagamento non consentirebbe all’esistenza umana di qualificarsi come libera e dignitosa. È per ciò che, a mio parere, i nuovi diritti richiedono di essere positivizzati (“riconosciuti”, in senso proprio) a mezzo di leggi costituzionali che li estraggano dagli strati più profondi del corpo sociale, secondo quanto si preciserà meglio a momenti, non già demandati ad una disciplina data a prima battuta con legge comune. Le carenze denunciate da quest’ultima obbligano, poi, come si viene dicendo, ad un anomalo ruolo “sussidiario” dei giudici, in disprezzo della naturale precedenza per Costituzione accordata alla legge, in ciascuna delle sue articolazioni (quale legge costituzionale in primo luogo, ordinaria secondariamente).

continuo di nuovi diritti per mano dei giudici, nei quali si specchia e risolve, per la sua parte, la rigenerazione semantica di cui beneficiano la Costituzione e le altre Carte, portate in tal modo ad espandersi ed a valorizzarsi sempre di più proprio grazie al soccorso che a vicenda si danno nel loro farsi diritto vivente.

Se ne ha, poi, una immediata ricaduta in ordine all'esercizio della legislazione che però – si faccia caso – ha una duplice proiezione. Per un verso, infatti, una coraggiosa ed incisiva giurisprudenza, frutto di orientamenti convergenti delle Corti, sollecita talvolta il legislatore a prenderne consapevolezza ed a “razionalizzarla”, sia pure non di rado con adattamenti anche di sostanza. Per un altro verso, però, può, per la sua parte, concorrere a “deresponsabilizzare” il legislatore, una volta che la disciplina normativa già si abbia ad opera dei giudici, rendendosi perciò disponibile per le esigenze della pratica giuridica.

Il nodo non sciolto della questione ora nuovamente discussa rimane, però, quello della crisi della legge, nella quale si traduce ed emblematicamente esprime quella crisi della rappresentanza politica su cui – come si sa – sono stati sparsi (e seguitano a spargersi) fiumi d'inchiostro. A poco o a nulla, infatti, valgono i rimedi che possono essere messi in atto al piano della giurisdizione<sup>46</sup>, se poi restano non colmate le strutturali, vistose carenze delle quali *ab antiquo* e via via in misura crescente si ha riscontro in seno alla rappresentanza politica ed al sistema da cui essa si alimenta.

Si pensi, ad es., ad un eventuale aggiornamento, a mezzo delle procedure di cui all'art. 138, del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali o dell'ulteriore rinvigorimento delle garanzie previste per i diritti già riconosciuti. La qual cosa è già stata caldeggiata altrove al fine di evitare che soluzioni normative del massimo rilievo risultino nella disponibilità della maggioranza politica di turno che possa a piacimento disporne, magari facendo e disfacendo in un breve arco temporale quanto la stessa ha dapprima disposto. Non si trascuri, poi, che i nuovi diritti partecipano ad operazioni di “bilanciamento” sia *inter se* che con i vecchi ed è pertanto di cruciale rilievo che la disciplina concernente i primi, per ciò che attiene al loro iniziale riconoscimento (alla “invenzione”, nell'accezione sopra chiarita), si presenti, verosimilmente, quale il frutto delle più larghe convergenze politiche e, dunque, dell'incontro necessario di maggioranza ed opposizioni, quale solo lo strumento della legge costituzionale può verosimilmente assicurare<sup>47</sup>.

Ebbene, qui pure, così come poi al piano della regolazione con legge comune, si tocca con mano quanto sia fitto il nodo della rappresentanza politica, cui si faceva poc'anzi cenno, con effetti anzi di ancora maggiore gravità per quanto attiene alle dinamiche della produzione normativa di forma costituzionale, dal momento che quest'ultima laddove non dovesse essere fatta a modo sarebbe foriera di guasti incalcolabili, a motivo del condizionamento che è in grado di esercitare su quella comune e sulle pratiche giuridiche in genere. Di conseguenza, gli operatori istituzionali (a partire, appunto, dai giudici) si troverebbero quindi obbligati a far luogo a delle vere e proprie acrobazie interpretative nell'intento di ricucire un tessuto normativo a brandelli, tanto più temerarie e rischiose quanto maggiore dovesse essere la estensione del campo materiale attraversato dalla normazione costituzionale<sup>48</sup>.

Il vero è che, al fine di uscire da una condizione d'*impasse* che parrebbe dimostrarsi insuperabile, non resta che tentare di operare simultaneamente su più piani, sorretti e alimentati dalla speranza che il circolo vizioso nel quale in atto si dispongono alcune delle più salienti espressioni della pratica politico-normativa e giurisdizionale si converta in virtuoso, avviandosi

---

<sup>46</sup> ... a partire da quelli concernenti il reclutamento, l'organo di garanzia dell'autonomia ed indipendenza dei giudici e, ancora risalendo, quanto di buono potrebbe esser fatto già nei corsi universitari d'insegnamento delle discipline giuridiche.

<sup>47</sup> È pur vero che – come si sa – si sono avute revisioni costituzionali, realizzate ovvero tentate, a colpi di maggioranza. Non è però chi non veda come altro sia una innovazione, pur di primario rilievo, apportata ai meccanismi dell'organizzazione ed altra cosa una riguardante la parte sostantiva della Carta, cui non a caso è data la precedenza nella sistematica costituzionale, riconoscendosene il carattere d'immediato e diretto svolgimento dei principi fondamentali.

<sup>48</sup> Altamente istruttiva al riguardo la vicenda del Titolo V, praticamente riscritto di sana pianta – come si è fatto più volte notare – per mano della Consulta.

dunque processi di mutua e salutare ricarica in ambito politico ed in ambito istituzionale. Occorre, cioè, immaginare sia nuove *regolarità* degli operatori politici e sia pure nuove *regole* di diritto, costituzionali e non, che possano darsi mutuo sostegno, concorrendo tutte alla rigenerazione dell'istituto-cardine della vita istituzionale, la rappresentanza politica.

Così, per un verso, è necessario un profondo rinnovamento delle dinamiche interne ai partiti ed ai movimenti politici in genere, di cui si abbia riscontro non soltanto al piano della definizione dei programmi ma anche a quello della scelta delle persone investite di responsabilità di direzione politica e, ovviamente, a quello della messa a punto delle candidature per le elezioni a tutti i livelli istituzionali, da quelli locali fino a quello nazionale e sovranazionale<sup>49</sup>.

Per un altro verso, occorre produrre uno sforzo di progettazione normativa orientato verso la Carta costituzionale e i suoi valori che porti alla messa a punto di una disciplina elettorale congrua rispetto allo scopo, idonea cioè a dare il proprio apporto alla selezione di persone culturalmente attrezzate per far fronte agli impegni connessi al *munus* di cui saranno investite. Similmente, poi, per le altre normative cui bisognerà ugualmente mettere mano, a partire da quelle costituzionali e di legge comune, nonché dei regolamenti camerali, in seno ai quali si dovrà pensare a procedure meno farraginose di quelle in atto previste per la formazione delle leggi e, in genere, per lo svolgimento della dialettica parlamentare, e via dicendo.

Insomma (e per chiudere), la crisi della legge s'inscrive al cuore di un quadro politico ed istituzionale internamente composito ed articolato e può, dunque, essere fronteggiata, con le risorse in atto disponibili ed inventandone di nuove, solo ponendo congiuntamente mano ad un complessivo processo riformatore ispirato dai (e fermamente orientato verso i) valori costituzionali, nell'intento di assicurarne – fin dove possibile – l'inveramento in un'esperienza in atto dagli stessi non poco discosta e gravata da contraddizioni non rimosse ed ipoteche culturali pesanti, le une e le altre purtroppo assai dure da rimuovere.

---

<sup>49</sup> Non si trascuri il rilievo della scelta di coloro che dovranno trovare posto in seno al Parlamento europeo, specie da quando quest'ultimo è stato chiamato a concorrere fattivamente con il Consiglio e con gli altri organi dell'Unione allo svolgimento di attività di direzione politica e di produzione normativa.