



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2022 FASC. III

(ESTRATTO)

ANTONIO RUGGERI

**TEORIA DELLE FONTI *VERSUS* TEORIA DEI DIRITTI FONDAMENTALI?
(OSCILLAZIONI E APORIE DI UNA RICOSTRUZIONE
ORDINAMENTALE INTERNAMENTE SFILACCIATA)**

14 NOVEMBRE 2022

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Antonio Ruggeri

Teoria delle fonti *versus* teoria dei diritti fondamentali?

(Oscillazioni e aporie di una ricostruzione ordinamentale internamente sfilacciata)*

ABSTRACT: *The contribution highlights that the reconstructive results achieved by the theory of sources adopted by current doctrine and jurisprudence appear unrelated to those achieved by the theory of fundamental rights. This is confirmed by the solutions now established in terms of limits to the constitutional revision and relations between legal systems, as well as by the same methods of functioning of the criteria for ordering the sources: all solutions that do not seem to take into account the need to guarantee the optimal protection of fundamental rights.*


SOMMARIO: 1. La necessità di tornare a ripensare ai più salienti esiti della teoria delle fonti, riconsiderandoli alla luce della teoria dei diritti fondamentali, e la verifica di quest'assunto in relazione all'annosa questione dei limiti alla revisione costituzionale. – 2. Il dubbio significato del riferimento agli obblighi internazionali e comunitari, di cui all'art. 117, I c., Cost., le aporie esibite dalla ricostruzione dei rapporti interordinamentali operata dalla giurisprudenza costituzionale e le soluzioni astrattamente praticabili al fine di porvi rimedio. – 3. La osservazione di alcune dinamiche della normazione di diritto interno e la critica riconsiderazione dei criteri ordinatori delle fonti alla luce di una teoria delle norme assiologicamente ispirata. – 4. Fonti e norme in circolo (in ispecie, i ruoli giocati da legislatore e giudici sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali, secondo modello e secondo esperienza).

1. *La necessità di tornare a ripensare ai più salienti esiti della teoria delle fonti, riconsiderandoli alla luce della teoria dei diritti fondamentali, e la verifica di quest'assunto in relazione all'annosa questione dei limiti alla revisione costituzionale*

Per strano che possa sembrare, persistono ad oltre settant'anni dalla entrata in vigore della Carta repubblicana e sessantacinque dall'avvio delle esperienze di giustizia costituzionale talune oscillazioni nella ricostruzione corrente dell'ordine delle fonti che si presenta internamente sfilacciata e – ciò che maggiormente importa ai fini della riflessione che si va ora facendo – discosta dal modo d'intendere i diritti fondamentali e di assicurarne l'ottimale appagamento, alle condizioni oggettive di contesto.

La teoria delle fonti e la teoria dei diritti, insomma, seguitano ad essere fatte oggetto di continue rielaborazioni come se appartenessero a “mondi” separati, ovverosia come se coloro che ne danno la rappresentazione parlassero lingue diverse, senza riuscire a comunicare con profitto tra di loro. La cosa singolare è che persino quanti hanno coltivato (e coltivano) entrambi gli ambiti in parola, offrendo contributi di considerevole rilievo, sembrano non avvedersi del carattere slegato e persino contraddittorio degli esiti ricostruttivi raggiunti battendo il primo versante di ricerca rispetto a quelli conseguiti nel secondo.

È interessante notare che, al fondo di questo stato di cose, stanno insuperate incertezze riguardanti la teoria della Costituzione, il modo con cui essa fonda ed illumina le teorie restanti, orientandone dunque i più salienti svolgimenti.

*  Lo scritto riprende, con ulteriori integrazioni e svolgimenti argomentativi, talune indicazioni esposte in occasione di un ciclo di Seminari tenuti presso l'Università di Palermo dal 7 al 10 novembre 2022, in parte già anticipate nel corso di una lezione svolta nell'Università di Bari il 19 ottobre scorso. Rinnovo il mio grazie di cuore agli amici e colleghi G. Verde, P. Logroscino e N. Pignatelli per l'opportunità che a quattro anni dal mio pensionamento mi è stata data di tornare a fare didattica ed a confrontarmi con gli studenti, nei cui riguardi mi sono sempre sentito (e ancora oggi mi sento) particolarmente debitore per il calore umano dimostratomi e i non pochi spunti di riflessione offertimi, dei quali in particolare in questo scritto mi sono sforzato di tenere conto.

L'essenza della Costituzione, negli ordinamenti di tradizioni liberali, è data – come si sa – dal riconoscimento dei diritti fondamentali e da un certo modo complessivo di organizzare i pubblici poteri e di spartire la sovranità, sì da non pregiudicare (e, anzi, da assicurare *magis ut valeat*) la salvaguardia dei diritti stessi. È allora chiaro che l'ordine delle fonti va pensato alla luce di quest'autentico, irrinunciabile e particolarmente qualificante, preorientamento metodico-assiologico, in funzione cioè della massima tutela dei diritti in concreto raggiungibile.

Non sembra però che le cose nella pratica stiano davvero così.

Si consideri, ad es., il modo con cui la più accreditata dottrina intende i limiti alla revisione costituzionale, nonché il modo con cui quest'ultima è stata messa in atto in talune circostanze: un modo che disvela una duplice aporia di ordine metodico-teorico.

Per un verso, si rende infatti palese lo scollamento tra la ricostruzione al riguardo invalsa¹ e quella riguardante l'intero sistema delle fonti². La prima è, infatti, ambientata ad un piano assiologico-sostanziale, distinguendosi tra norma e norma della Costituzione e, a seconda che siano o no espressive di principi fondamentali, considerandosi ora sottratte ed ora disponibili ad innovazioni operate a mezzo delle procedure di cui all'art. 138. La seconda, di contro, pur esibendo al proprio interno talune tracce di sostanziale fattura, di cui si dirà a momenti, appare ancora oggi essenzialmente ispirata ad un orientamento metodico di stampo formale-astratto, assumendosi infatti che ciascuna fonte (o specie di fonte), per il procedimento col quale viene alla luce, detenga stabilmente un certo "posto" nel sistema, invariante pur nel variare dei contenuti contingentemente posseduti e dei modi del loro riportarsi ai valori fondamentali positivizzati.

Non ci si avvede tuttavia, così ragionando, che viene a conti fatti svuotata della sua essenza proprio la teoria dei limiti alla revisione, sol che si ammetta – come deve – che gli enunciati espressivi dei principi fondamentali dell'ordinamento si connotano per il linguaggio a maglie larghe (e persino larghissime) dagli stessi esibito³ e richiedono dunque, per loro natura, di essere specificati ed attuati da altri disposti normativi, in seno alla stessa Carta in primo luogo e, quindi, fuori di essa (con legge ed altri atti ancora). Ed è allora di tutta evidenza che, pur non toccandosi il testo costituzionale nella parte in cui specificamente si riferisce ai principi, ugualmente questi ultimi potrebbero essere messi sotto *stress* o, diciamo pure, fatti oggetto di attacchi subdolamente ad essi mossi da pratiche di normazione che si indirizzino avverso norme serventi i principi stessi, che di conseguenza risultino svuotati, in maggiore o minore misura, della loro *vis* prescrittiva e capacità di pervasione nei riguardi dell'intero ordinamento. Per questo verso, una fonte primaria contenente norme volte ad assicurare l'ottimale implementazione dei principi nell'esperienza potrebbe resistere persino ad innovazioni venute da leggi costituzionali: un esito incomprensibile alla luce dell'usuale inquadramento

¹ Oramai superata – a quanto pare, definitivamente – dalla comune dottrina e dalla giurisprudenza corrente la tesi, pur finemente argomentata (specie da P. Biscaretti di Ruffia) ma viziata da palese astrattismo, volta ad escludere la esistenza di limite alcuno alle innovazioni costituzionali, persino di quello espressamente previsto nell'art. 139 e, per la lettura più accreditata, nell'art. 2 [si è tornati a dibattere dei limiti in parola nel corso 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; v., inoltre, M. CALAMO SPECCHIA, *La Costituzione tra potere costituente e mutamenti costituzionali*, in *Rivista AIC*, 1/2020, 17 febbraio 2020, 266 ss., e M. CAVINO, *Ordinamento giuridico e sistema delle fonti*, in *Trattato di diritto costituzionale italiano*, diretto da M. Cavino e L. Imarisio, I, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, 154 ss.].

² Riprendo qui con ulteriori svolgimenti una indicazione già in altri luoghi fatta [part., nel mio *Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*, in *Diritti Comparati*, 3/2021, 16 settembre 2021, 60 ss., spec. 74 ss.].

³ Sul linguaggio costituzionale, v., almeno, G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 2/1989, 229 ss.; AA.VV., *La lingua dei giuristi*, a cura di P. Caretti e R. Romboli, Pisa University Plus, Pisa 2016; B. BARBISAN, *La più bella del mondo? Leggibilità e concretezza della Costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, 2/2022, 8 giugno 2022, 142 ss. e, nella stessa *Rivista*, J. VISCONTI, *La lingua della Costituzione tra lessico e testualità*, 3/2022, 29 agosto 2022, 110 ss., nonché, ora, i contributi al convegno dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su *Lingua linguaggi diritti*, Messina-Taormina 27-29 ottobre 2022, al sito web dell'[AIC](#).

d'ispirazione formale-astratta del sistema e delle dinamiche che lo attraversano e connotano ed invece in tutto apprezzabile in prospettiva assiologico-sostanziale.

Prestare attenzione unicamente agli enunciati espressamente innovati ed ai “luoghi” in cui essi si situano rischia, dunque, di condurre non di rado a ricostruzioni distorsive e fuorvianti.

Si aggiunga a ciò la gracilità teorica della opinione corrente che vorrebbe sottratti a revisione i soli principi fondamentali.

In primo luogo, va considerato che non è del tutto sicuro quali essi siano, sol che si pensi che il criterio dell'autoqualificazione va pur sempre incontro a limiti evidenti di rendimento. D'altro canto, una volta stabilito quali essi sono, la loro concreta conformazione non può che rimandare – a me pare – al modo o ai modi con cui ciascuno di essi vive nell'esperienza, affermandosi e permeando di sé l'intero ordinamento, del quale appunto si pone, per la sua parte, quale “fondamento” (nella ristretta e propria accezione del termine).

Se ne ha che la determinazione dei principi in parola resta, a conti fatti, rimessa a *consuetudini culturali* di riconoscimento diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale e rese palesi da atti e comportamenti ad esse conseguenti sia dei suoi componenti che degli operatori istituzionali. Un indice esteriore particolarmente attendibile del loro retto disvelamento è dato dal principio di fedeltà alla Repubblica, nel suo fare tutt'uno con il dovere di osservanza della Costituzione, entrambi, nella loro più genuina e qualificante espressione, ponendosi quale adesione e servizio prestato ai principi in parola⁴.

Se, poi, si conviene a riguardo del fatto che non sono soggette ad innovazioni (o, meglio, come subito si dirà, a *talune* innovazioni) altresì le norme della Carta (e – come si diceva – altre norme ancora) giudicate idonee a dare la *prima, diretta e necessaria* specificazione-attuazione ai principi, si pone la micidiale questione riguardante la loro individuazione, tanto più che verrebbe subito da obiettare che, in buona sostanza, *tutti* (o quasi...) gli enunciati della Carta, per il solo fatto appunto di figurare in quest'ultima, sono stati evidentemente ritenuti necessari allo scopo. È vero, tuttavia, che l'*original intent*, per rilevante che sia, non appare essere risolutivo⁵ e che la Carta, col fatto stesso di prevedere le procedure di cui all'art. 138, ha ammesso tanto la eventualità di originarie lacune e carenze in genere⁶ quanto l'altra che esse possano sopravvenire per effetto di mutamenti del contesto, sì da richiedere di essere sollecitamente e congruamente colmate⁷. Certo si è, ad ogni buon conto, che

⁴ Sulla fedeltà alla Repubblica, dopo i noti contributi di G. Lombardi e L. Ventura, v., part., gli studi di A. MORELLI, tra i quali il noto saggio monografico *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013.

⁵ Punti di vista di vario segno al riguardo, ora, nel confronto ospitato dal sito *web* dell'[AIC](#) su *Originalismo e Costituzione*; adde M. LUCIANI, *Itinerari costituzionali della memoria*, in [Rivista AIC](#), 4/2022, 9 novembre 2022, 80 ss., spec. 115 ss.

⁶ Una eventualità questa – è appena il caso qui di esplicitare – che è pur sempre da mettere in conto, salvo a ritenere che, per il mero fatto di essere espressione immediata e genuina del potere costituente, la Costituzione sia perfetta in sé e per sé e, dunque, esente da menda alcuna, perlomeno in relazione al contesto storico-politico in cui è maturata la sua formazione. Malgrado l'idea risalente (e, per vero, ancora oggi accreditata) del potere costituente come onnipotente e illimitato, l'immagine mitica o sacrale della Costituzione da quella linearmente discendente si confuta da sé, sol che si ammetta – come devesi – che dal contesto suddetto hanno origine vincoli dalla varia natura e intensità condizionanti la stesura della Carta, di cui dunque portano traccia i suoi singoli enunciati (specie alcuni, a partire da quelli espressivi dei principi fondamentali) come pure la Carta stessa nella sua interezza. Le plurime, continue e non di rado defatiganti mediazioni intercorse tra le forze politiche rappresentate alla Costituente – proiezione immediata e diretta della loro diversa ispirazione ideologica – hanno, dunque, comportato il costo di lacune, in alcuni punti vistose, in aggiunta a vuoti costituzionali pienamente giustificati, in quanto coerenti con la natura dell'atto fondativo della Repubblica e, in special modo, con il riconoscimento del valore del pluralismo in esso riconosciuto, da cui trae alimento l'autodeterminazione delle formazioni sociali in ambiti materiali ad esse esclusivamente rimessi [ragguagli sul punto, ora, nel mio *Il “non normato” costituzionale e le sue specie*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 3/2022, 10 ottobre 2022, 37 ss.].

⁷ Si pone al riguardo la formidabile questione teorica relativa a ciò che, in sé e per sé, attiene alla materia costituzionale, sì da richiedere di essere fatto oggetto di una prima, essenziale disciplina con fonte parimenti costituzionale [in tema, se si vuole, può vedersi il mio *La “materia” costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in AA.VV., *I generi letterari della storiografia giuridica. La produzione didattica negli ultimi due secoli (manuali, trattati, corsi e prolusioni)*, a cura di A. Lovato,

il limite alla revisione parrebbe non appuntarsi esclusivamente sui primi dodici articoli ma portarsi anche oltre l'*hortus conclusus* dagli stessi segnato, senza che nondimeno sia chiaro quale ne sia il confine.

Per un altro verso, gli stessi enunciati iniziali della Carta – come si è tentato di argomentare altrove⁸ – non soltanto possono ma, di più, *devono* prestarsi a costituire oggetto di revisione, laddove ricorrano condizioni di contesto che di quest'ultima consiglino (e anzi impongano) la messa in atto, allo specifico fine di mantenere inalterata la *vis* prescrittiva degli enunciati stessi e la loro capacità di pervasione nei riguardi dell'intero ordinamento. D'altronde, la recente modifica degli artt. 9 e 41 ne rende una inequivoca, particolarmente attendibile testimonianza⁹.

Il vero è che la teoria dei limiti alla revisione, nella sua scheletrica formulazione, appare essa stessa afflitta da un pregiudizio di natura formale-astratta¹⁰ e richiede pertanto di essere riconsiderata alla luce di una visione complessiva della Costituzione come “sistema” di valori positivizzati in funzione della salvaguardia dei diritti fondamentali, corredati da regole essenziali di distribuzione del potere tra più centri istituzionali, al servizio dei diritti stessi¹¹. Se ne ha che dovrebbe ammettersi ogni innovazione normativa, quale che ne sia l'oggetto, interno ovvero esterno alla Carta, che appaia idonea ad assicurare la promozione dei valori stessi e il loro ottimale invero nell'esperienza, restando dunque precluse le sole modifiche *in peius*, che comportino un indebito sacrificio dei valori, con riflessi immediati – per ciò che è qui di specifico rilievo – per la salvaguardia dei diritti fondamentali¹².

Come si viene dicendo, il punto privilegiato di osservazione di ogni dinamica della normazione è (e resta), infatti, quello dei diritti fondamentali, dovendosi l'operatore ogni volta chiedersi cosa ne sia di questi ultimi, se ne abbiano cioè un beneficio ovvero un pregiudizio e tirarne dunque le debite conseguenze in relazione alla questione della revisione così come – si vedrà – ad ogni altra.

Giappichelli, Torino 2019, 299 ss., e già in [Rivista AIC](#), 4/2017, 12 dicembre 2017]. La questione parrebbe, per vero, non sussistere con riferimento ai diritti fondamentali, dal momento che il loro riconoscimento costituisce – com'è noto – l'autentico cuore pulsante delle Carte costituzionali di tradizioni liberali. Senonché – come si vedrà a suo tempo – è messa in discussione con riferimento alle forme di positivizzazione dei c.d. “nuovi” diritti, a riguardo dei quali, in realtà, il problema non è risolto ma solo spostato in avanti, dovendosi previamente stabilire quali siano gli indici esteriori maggiormente attendibili su cui puntare l'attenzione al momento della loro ricognizione, indici che, a mia opinione, sono dati da *consuetudini culturali* diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale in merito alla sussistenza di taluni bisogni elementari dell'uomo – chè tali sono, appunto, i diritti in parola – il cui appagamento è condizione di un'esistenza libera e dignitosa [a riguardo dei modi di riconoscimento dei nuovi diritti, v., almeno, i contributi di AA.VV., *Cos'è un diritto fondamentale?*, a cura di V. Baldini, Editoriale Scientifica, Napoli 2017].

⁸ ... nel mio [I principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva](#), in questa [Rivista](#), 2022/II, 473 ss.

⁹ Molto discussa – com'è noto – l'innovazione in parola, in relazione alla quale sono state manifestate talune perplessità e riserve, a parer mio tuttavia ingenerose.

¹⁰ ... per il fatto di considerare comunque sottratti ad innovazione i principi fondamentali dell'ordinamento, senza aver previamente verificato se la Costituzione e, perciò, i diritti possano piuttosto averne un guadagno.

¹¹ Ovviamente, la definizione in parola, che – come si vede – si rifà alla indicazione, mirabile per sintesi ed efficacia espressiva, di cui all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, vale per gli ordinamenti di tradizioni liberali, restando quindi impregiudicata la questione se il lemma “Costituzione” sia in modo appropriato utilizzabile per ordinamenti diversamente connotati (su di che, part., A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994). Una questione, questa, di cui nondimeno possiamo qui liberarci, risultando lo studio che si va ora facendo circoscritto ai soli contesti ordinamentali che si richiamano alle tradizioni suddette e, segnatamente, al nostro.

¹² Inibite, per un'accreditata dottrina (G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e i limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Giuffrè, Milano 1987, 1183 ss., spec. 1206) le sole innovazioni a finalità di “restaurazione”.

2. *Il dubbio significato del riferimento agli obblighi internazionali e comunitari, di cui all'art. 117, I c., Cost., le aporie esibite dalla ricostruzione dei rapporti interordinamentali operata dalla giurisprudenza costituzionale e le soluzioni astrattamente praticabili al fine di porvi rimedio*

È alla luce di questo criterio o – se vogliamo altrimenti dire – canone metodico fondamentale che possono pertanto essere riviste le dinamiche della normazione, tanto se relative al piano dei rapporti interordinamentali quanto se rilevanti al mero piano interno.

Mi limito qui solo a riprendere in esame, con la massima rapidità, unicamente alcuni profili a mia opinione meritevoli di particolare attenzione, rimandando ad ulteriori sviluppi di questo studio l'approfondimento dell'analisi.

Per il primo versante, si torni, in primo luogo, a riflettere sul senso complessivo della innovazione apportata al primo comma dell'art. 117, con il riferimento ivi fatto agli obblighi internazionali e comunitari ai quali le leggi di Stato e Regione sono tenute a prestare ossequio¹³, in applicazione dello schema usuale della interposizione normativa¹⁴.

Ebbene, il riferimento in parola sembrerebbe essere, per un verso, non necessario e, per un altro verso, viziato, rendendo pertanto per questo aspetto invalida la legge che vi fa luogo.

È l'una cosa quanto ai vincoli discendenti (ieri dalle Comunità ed oggi) dall'Unione, giusta la "copertura" offerta, per unanime riconoscimento, al diritto sovranazionale dall'art. 11, come pure per i vincoli discendenti dalle norme generalmente riconosciute della Comunità internazionale, "coperte" dal primo comma dell'art. 10, nonché dalle altre norme cui fa richiamo il secondo comma dello stesso art.¹⁵, nei cui riguardi dunque la legge che ha riscritto l'art. 117 si pone quale meramente *declaratoria*¹⁶. Se poi si conviene, anche in ragione della *sedes materiae* in cui il nuovo disposto è

¹³ Non indugio, invece, sull'inutile richiamo altresì fatto al rispetto della Costituzione, qui come altrove palesemente ridondante. Rilevo, poi, di passaggio che il riferimento all'ordinamento "comunitario" è da considerare ormai improprio per effetto dell'avvento dell'Unione europea. Se dunque non piace l'utilizzo del termine "eurounitario", da me coniato ormai molti anni addietro, si faccia ricorso ad altra qualificazione, quale quella da taluno preferita di "unionale", non pure però all'altra, ormai impropria, che figura a tutt'oggi iscritta nella Carta. La vicenda, nondimeno, conferma che le innovazioni costituzionali possono altresì aversi in modo inespesso, per fatti concludenti, a mezzo cioè di norme aventi origine esterna sostanzialmente incompatibili con norme della Carta, ovverosia per effetto di trasformazioni strutturali riguardanti ordinamenti diversi dal nostro (nel caso sopra accennato, quello dell'Unione).

Si faccia inoltre caso al fatto che le novità registrate *extra moenia* possono conseguire in ambito interno effetti di rilievo costituzionale per mano di leggi comuni, quali sono quelle di esecuzione dei trattati "comunitari", nondimeno provviste di "copertura" costituzionale (sulla questione, subito *infra*).

¹⁴ Su di che, di recente e per tutti, 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., e *Il caleidoscopio normativo. La categoria dell'interposizione nell'esperienza del Giudice delle leggi*, in *Quad. cost.*, 1/2021, 153 ss. Con specifico riguardo all'uso fatto della categoria della interposizione nelle sentenze gemelle del 2007, per tutti, v. N. PIGNATELLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la dilatazione della tecnica della «interposizione» (e del giudizio costituzionale)*, in *Quad. cost.*, 1/2008, 140 ss.

¹⁵ ... e, con riferimento ai rapporti con la Chiesa cattolica, l'art. 7. È pur vero che, a stare ad una tesi finemente argomentata, i rapporti Stato-Chiesa prenderebbero forma in seno ad un ordine giuridico a se stante ("internazional-concordatario") ma non è da revocare in dubbio che il sintagma "obblighi internazionali" lo comprenda. Discorso diverso va fatto per ciò che attiene ai rapporti con le confessioni religiose diverse dalla cattolica, dalla tesi tradizionale riconoscendosi in capo alle intese in cui essi si concretano la natura di accordi di diritto interno; non così, di contro, a stare alla opinione di un'accreditata dottrina (G. CASUSCELLI, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Giuffrè, Milano 1974) che ne assimila la natura ai Patti con la Chiesa. Ad ogni buon conto, la questione, fatta oggetto – come si sa – di una copiosa produzione di scritti ad essa specificamente dedicati [di recente e per tutti, A. CESARINI, *Ancora sul procedimento di stipulazione delle intese tra Stato e confessioni religiose diverse dalla cattolica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 33/2019, 1 ss.], non può essere qui nuovamente riconsiderata.

¹⁶ Diversamente, G. SCACCIA, *L'incompatibilità fra norma interna e norma comunitaria come ipotesi di incompetenza alla luce dell'art. 117, primo comma, della Costituzione*, in AA. VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 3321 ss., spec. 3333 ss., del quale v., inoltre, le precisazioni ora fatte ne *Il controllo della legittimità costituzionale del diritto dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, 29/2022, 2 novembre 2022, 135 ss.

ospitato, che la previsione in parola concerne le sole leggi comuni, se ne ha che è pur sempre dal solo art. 11 che può venire la “copertura” del diritto sovranazionale in rapporto con le fonti di rango costituzionale, nei limiti in cui – come si vedrà – essa può considerarsi valevole¹⁷.

Parrebbe poi essere l'altra cosa quanto agli obblighi internazionali discendenti da norme diverse da quelle espressamente richiamate da principi fondamentali dell'ordinamento, dal momento che l'assetto dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale trovasi fissato in questi ultimi (e, segnatamente, come si è rammentato, nei principi di cui agli artt. 10 e 11), da cui sembrerebbe dedursi che il vincolo della osservanza gravante sulle fonti interne resti circoscritto alle *sole* norme esterne provviste di esplicito riferimento nei principi stessi, con la conseguenza che la mancata protezione offerta alle norme pattizie in genere sia da considerare per ciò stesso esclusa¹⁸. D'altro canto, la lettera dell'art. 11 non lascia adito a dubbio alcuno in tal senso, restando circoscritte le limitazioni di sovranità, di cui si fa ivi parola, a beneficio delle sole organizzazioni internazionali istituite allo scopo di assicurare la pace e la giustizia tra le nazioni, non già della intera Comunità internazionale e, perciò, di ogni norma da essa prodotte, secondo quanto peraltro è avvalorato dai disposti sopra richiamati, espressivi – è bene ribadire – di principi fondamentali, che offrono “copertura” a talune specie di norme pattizie.

Per l'aspetto da ultimo considerato, la novità iscritta nell'art. 117, I c., non costituirebbe, dunque, una *integrazione* del dettato originario bensì una sua *violazione*¹⁹.

Stando così le cose, due sole vie sono, a mia opinione, astrattamente percorribili al fine di giustificare l'innovazione apportata all'art. 117, I c.

L'una porta ad affermare che si sarebbe formata col tempo una *consuetudine culturale* di riconoscimento della validità e, anzi, della necessità della innovazione in parola, una consuetudine convertitasi in una vera e propria norma di diritto non scritto, nel senso ormai invalso, quindi “razionalizzata” dalla legge di revisione del Titolo V e fatta propria dalla giurisprudenza che, non contestandola, ne ha determinato l'affermazione con la forza che è propria del diritto vivente. Il punto è, però, che forti dubbi sussistono a riguardo dell'ammissibilità di consuetudini *contra Constitutionem* (tanto più, poi, se riferite agli stessi principi fondamentali, secondo una tesi ad oggi largamente accreditata suscettibili di essere travolti unicamente per effetto dell'avvento di un nuovo potere costituente), tant'è che le c.d. “modifiche tacite”²⁰ sono usualmente viste quali indebite

Quanto, poi, al significato del riferimento agli obblighi internazionali discendenti da norme aventi carattere consuetudinario, si è ipotizzato che, per effetto della innovazione apportata all'art. 117, I c., esse sarebbero “declassate da fonti di rango costituzionale a fonti interposte” (M. CAVINO, *Ordinamento giuridico e sistema delle fonti*, cit., 404 s., e cit. *ivi* di A. Bonomi). Se, tuttavia, le cose stessero davvero così (ciò che, a mia opinione, non è), la revisione fatta nel 2001 sarebbe da considerare, per quest'aspetto, invalida per violazione dell'assetto definito nell'art. 10, I c.

¹⁷ Così è pure, ovviamente, quanto alla “copertura” offerta alle norme internazionali di cui all'art. 10, I e II c.

Un lungo ed articolato discorso dovrebbe poi farsi in merito ai rapporti con la Chiesa, riprendendo in esame le non poche, accese controversie cui ha dato luogo l'infelice formulazione del secondo comma dell'art. 7, di cui però ovviamente non è questa la sede. Mi limito solo a dire che il canone interpretativo *a contrario* parrebbe portare ad ammettere modifiche unilaterali dei Patti lateranensi a mezzo di atti di forma costituzionale; ma, come si sa, è una ricostruzione questa fatta oggetto di rilievi critici di vario segno.

¹⁸ Così, nel mio *Rapporti interordinamentali e modifiche tacite apportate dalla Corte costituzionale italiana ai disposti che li riguardano e, a un tempo, al quadro delle sue competenze*, in [Ordinamento internazionale e diritto umanitario](#), 5/2020, 15 dicembre 2020, 1031 ss., spec. 1038 ss. Fa eccezione alla regola enunciata nel testo il caso di norme pattizie meramente “razionalizzatrici” di norme generalmente riconosciute, le quali nondimeno non dismettono la loro natura né vedono degradata la loro forza normativa per effetto del recepimento avuto da fonti pattizie ma mantengono integri i caratteri loro propri. La “copertura”, insomma, è alle *norme ut sic*, indipendentemente dalle *fonti* che vi danno voce.

¹⁹ Che si fosse in presenza di una “bomba” pronta ad esplodere alla prima occasione era stato, peraltro, prontamente segnalato da un'accreditata dottrina (M. LUCIANI, *Camicia di forza federale*, in *La Stampa*, 3 marzo 2021; dello stesso, v., ora, *Itinerari costituzionali della memoria*, cit., 114 s.).

²⁰ ... a riguardo delle quali, tra gli altri e di recente, M.P. IADICICCO, *Dinamiche costituzionali. Spunti di riflessione sull'esperienza italiana*, in [Costituzionalismo.it](#), 3/2019, 20 gennaio 2020, e, della stessa, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, cit., 231

alterazioni di significato apportate nell'esperienza agli enunciati costituzionali, ben oltre dunque di ciò che può legittimamente aversi in forza della strutturale duttilità che ne connota la trama linguistica²¹. Né si può opporre che la supposta consuetudine culturale in parola sarebbe, in realtà, il frutto di una originale ricostruzione del sistema dei rapporti interordinamentali affermatasi per via d'interpretazione, dal momento che la pur formidabile attitudine del dettato costituzionale a porsi ad oggetto di ricognizioni semantiche aggiornate in ragione dei tempi va, ad ogni buon conto, incontro a limiti suoi propri segnati, appunto, dal linguaggio, cui si deve la delimitazione dell'area entro cui ricercare i significati astrattamente riferibili agli enunciati. E qui la sussistenza di una norma esclusiva desumibile dall'art. 10 non offre neppure uno spiraglio alla praticabilità della ipotesi ricostruttiva ora presa in esame.

L'altra soluzione si offre, poi, a giustificazione della innovazione in parola non già però nei termini generali in cui è formulata ma unicamente a beneficio dei documenti normativi confezionati in seno alla Comunità internazionale che possano vantare *per tabulas* "copertura" in principi fondamentali di rango costituzionale, avuto riguardo – per ciò che è qui di specifico interesse – alla salvaguardia dei diritti fondamentali²².

Si tratta, in breve, di chiedersi se il *novum* iscritto nel primo comma dell'art. 117 porti, o no, ad una valorizzazione della Costituzione come "sistema" e – ciò che maggiormente importa – ad un guadagno per i diritti.

Confesso di non sentirmi sicuro sul primo punto, non escludendo in partenza che possano darsi trattati e accordi internazionali in genere sottoscritti dal nostro Paese e resi esecutivi con legge comune che non comportino un complessivo arricchimento della disciplina costituzionale²³. Non esito, di contro, a rispondere affermativamente al quesito sopra posto con riferimento a documenti *materialmente* (o – come piace alla Consulta qualificarli²⁴ – *tipicamente*) costituzionali, quali sono le

ss.; pure *ivi*, può vedersi, se si vuole, il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, 415 ss., nonché in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2/2018, 20 giugno 2018. Inoltre, S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in [Rivista AIC](#), 1/2019, 23 marzo 2019, 335 ss.; i contributi che sono in AA.VV., *Mutamenti costituzionali*, a cura di A. Mangia - R. Bin, in *Dir. cost.*, 1/2020; Y.M. CITINO, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, e, della stessa, *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 2/2021, 21 maggio 2021, 40 ss. Con specifica attenzione al procedimento legislativo, v., poi, M. MANETTI, *Le modifiche tacite al disegno costituzionale del procedimento legislativo*, in *Quad. cost.*, 3/2021, 531 ss.

²¹ Si faccia caso alla circostanza per cui le modifiche in parola, perlopiù frutto di forzose letture messe in atto dagli operatori di diritto interno (dagli organi della direzione politica come pure dagli stessi organi di garanzia), sono cosa diversa dalle "modifiche tacite" (che, per evitare confusione, meglio si farebbe a chiamare "revisioni tacite") apportate alla Carta da norme aventi origine esterna oggettivamente incompatibili col dettato costituzionale. La Costituzione della Repubblica italiana, insomma, al pari delle Costituzioni di altri Paesi, non è quella usualmente riportata nei codici, in cui si tiene conto unicamente delle innovazioni in modo espresso effettuate con le procedure dell'art. 138, ma è l'altra risultante altresì dalle innovazioni venute da norme generalmente riconosciute della Comunità internazionale e da norme (ieri "comunitarie" ed oggi) eurounitarie. Il punto è che, mentre le revisioni nominate hanno indici testuali sicuri cui fare riferimento, quelle tacite restano demandate in ordine al loro riconoscimento interamente ed esclusivamente agli interpreti e sono, dunque, d'insicura ricognizione. È poi ovvio che anche le prime si consegnano pur sempre agli interpreti e si dispongono pertanto a varie determinazioni di senso; quanto meno, però, ne è certa l'esistenza, testimoniata da dati testuali.

²² V., al riguardo, cosa ne dicono N. CANZIAN ed E. LAMARQUE, *Due pesi e due misure. I trattati internazionali sui diritti umani e gli altri obblighi internazionali secondo i giudici italiani*, in [Rivista AIC](#), 3/2020, 3 agosto 2020, 373 ss.

²³ ... per quanto – com'è chiaro – in presenza di un regresso delle garanzie costituzionali della persona ad opera di trattati e accordi internazionali in genere si dia pur sempre il rimedio del sindacato di costituzionalità avverso le leggi che li recepiscono.

²⁴ L'etichetta, in realtà, è stata apposta da [Corte cost. n. 269 del 2017](#) alla sola Carta dei diritti dell'Unione ma – come più volte mi è venuto di dire – non si vede perché mai non dovrebbe pari pari valere per altre Carte, tra le quali la CEDU, tanto più che è alla luce di quest'ultima che – com'è noto – la prima richiede di essere intesa e fatta valere, salva la clausola di maggiore tutela, di cui si dirà a momenti.

Carte dei diritti in genere (e, tra esse, la CEDU e la Carta di Nizza-Strasburgo in ispecie²⁵), che a motivo della loro natura e del formidabile potenziale assiologico di cui sono provvisti possono vantare la “copertura” in plurimi principi fondamentali. Oltre tutto, molti degli enunciati delle Carte stesse esprimono norme sostanzialmente coincidenti o, come che sia, fortemente analoghe a quelle risultanti dalla Costituzione; e non si dimentichi che la Consulta ha da tempo ammesso che tra tutte tali Carte (Costituzione compresa) si intrattiene un costante e fecondo processo di mutua alimentazione semantica²⁶.

Se ne ha, dunque, che la violazione delle Carte suddette si converte e risolve – il più delle volte – in violazione della Costituzione²⁷, non potendosi nondimeno escludere né la eventualità che le Carte di origine esterna offrano una tutela ora più ed ora meno avanzata di quella risultante dalla Costituzione né il caso che possano colmare originarie lacune di quest’ultima, laddove diano tutela a “nuovi” diritti di cui non si faccia menzione nella legge fondamentale della Repubblica, diritti che – a dirla tutta – solo forzando oltre misura le potenzialità espressive degli enunciati possono riportarsi al dettato costituzionale²⁸. Il che, poi, passando dal piano astratto del diritto vigente a quello concreto del diritto vivente, equivale a chiedersi se, in relazione ad un caso della vita, risulti ancora più adeguata la soluzione apprestata dalla giurisprudenza avente origine esterna (convenzionale o internazionale in genere ovvero sovranazionale che sia) rispetto a quella risultante dalla giurisprudenza nazionale (comune o costituzionale)²⁹.

Si tratta, dunque, di stabilire quale sia il modo migliore di assicurare ai valori di libertà ed eguaglianza, costitutivi – piace a me dire – della *coppia assiologica fondamentale* dell’ordinamento³⁰, l’ottimale invero nell’esperienza. E la risposta – com’è chiaro – solo nei singoli casi e da parte dei singoli operatori di giustizia può esser data, alla luce del “metapprincipio” della massimizzazione della tutela³¹. Ed è dalla risposta stessa che, pertanto, dipende l’utilizzo dell’arma dei “controlimiti”,

²⁵ Non si sottostimi tuttavia il rilievo di altre Carte, quale ad es. quella sociale europea, ancora fino a non molto tempo addietro considerata una sorta di “cenerentola della sorella maggiore Cedu”, secondo la felice etichetta datale da un’avvertita dottrina (A. SPADARO, *Sull’aporia logica di diritti riconosciuti sul piano internazionale, ma negati sul piano costituzionale. Nota sulla discutibile freddezza della Corte costituzionale verso due Carte internazionali: la CSE e la CEAL*, in AA.VV., *La Carta Sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, spec. 20), e, di poi, giustamente rivalutata (in aggiunta al vol. ora cit., v., almeno, L. PANELLA, *La Carta sociale europea come parametro interposto nei giudizi di legittimità costituzionale ex art. 117, co. 1 Cost. Revirement della Corte costituzionale o ambigui progressi in materia di parità tra fonti internazionali?* in *Ordinamento internazionale e diritto umanitario*, 1/2020, 26 ss., e, ora, G. PALMISANO, *L’Europa dei diritti sociali. Significato, valore e prospettive della Carta sociale europea*, Il Mulino, Bologna 2022).

²⁶ “Si integrano reciprocamente nella interpretazione”, si dice in [Corte cost. n. 388 del 1999](#); più di recente, v., inoltre, le [sent. nn. 84 del 2021](#), [54, 145](#) e [198 del 2022](#).

²⁷ ... di modo che, per quest’aspetto, ancora una volta, il precetto del primo comma dell’art. 117 appare essere ridondante, a fronte della “copertura” che in modo diretto ed immediato discende dai principi fondamentali di libertà ed eguaglianza, nel loro fare “sistema” con i principi restanti.

²⁸ L’idea, nondimeno, che la Costituzione dica tutto su tutto e che lo dica sempre nel migliore dei modi, oltre a riproporre quel modello mitico o sacrale di legge fondamentale dell’ordinamento, cui si è poc’anzi accennato, pecca evidentemente di un *nazionalismo costituzionale* che, lungi dal giovare alla Carta, si ritorce contro quest’ultima, non foss’altro perché non spiana la via all’aggiornamento del testo alla luce del sole, allo stesso tempo sovraccaricando di poteri e di responsabilità gli interpreti (e, segnatamente, i giudici) e accentuando in tal modo uno squilibrio istituzionale da tempo vistoso. Del modo con cui può (e, a mia opinione, deve) aversi la disciplina dei diritti fondamentali, specie dei “nuovi”, si dirà, ad ogni buon conto, sul finire di questo studio.

²⁹ Una irrisolta aporia di costruzione è dato, nondimeno, riscontrare nella giurisprudenza costituzionale per il fatto di assegnare diverso rilievo alla giurisprudenza, rispettivamente, convenzionale ed eurounitaria, l’una vincolando gli operatori di diritto interno unicamente se “consolidata” ovvero risultante da sentenze-pilota ([sent. n. 49 del 2015](#)), diversamente dall’altra concretantesi in decisioni cui – come si sa – è riconosciuta forza normativa di rango costituzionale. Dove si situi il fondamento positivo di siffatto sperequato trattamento non è dato sapere.

³⁰ Sulle mutue, inscindibili implicazioni di cui si ha riscontro in seno alla coppia in parola, v., part., G. SILVESTRI, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009.

³¹ Il canone fondamentale della miglior tutela ha animato – come si sa – un fitto e ad oggi ininterrotto confronto tra gli studiosi, alcuni dei quali non hanno taciuto riserve e critiche anche penetranti avverso la sua stessa configurazione

giustificato unicamente avverso l'ingresso in ambito interno di norme di origine esterna che comportino un pregiudizio o, come che sia, una minor tutela per i diritti di quella che è invece ad essi apprestata dalla disciplina formatasi nell'ambito stesso³². Ciò che, ad ogni buon conto, solo importa è che le Carte aventi origine esterna si pongono pur sempre quali risorse in ogni tempo spendibili a beneficio della persona umana, dei suoi diritti fondamentali appunto.

Ora, è chiaro che, dovendosi stabilire dove si situi la miglior tutela per il caso e le sue complessive esigenze, per ciò solo viene a determinarsi l'abbandono della *sistemazione delle fonti secondo forma*, per intero soppiantata da una *sistemazione delle norme secondo valore*.

Ebbene, è questo il *punctum crucis* della questione ora nuovamente trattata, in relazione al quale si colgono quelle oscillazioni ed irrisolte aporie di costruzione di cui si diceva al momento dell'avvio della riflessione che si va ora facendo.

La giurisprudenza costituzionale risente – come si diceva –, nel complesso, del condizionamento di antichi schemi concettuali d'ispirazione formale-astratta e ritiene che possano stare a base persino della ricostruzione dei rapporti tra le Carte dei diritti e la legge fondamentale della Repubblica, tant'è che quelle si reputano a vario titolo comunque soggette alla osservanza di questa (come si sa, la Carta dell'Unione limitatamente ai soli principi fondamentali di diritto interno, la CEDU invece, a motivo della sua natura ambiguamente qualificata come “subcostituzionale”, ad ogni norma della Costituzione).

Al di là delle riserve altrove espresse avverso siffatto modo di vedere le cose³³, ciò che qui merita maggiore considerazione è che la sistemazione piramidale in parola, a conti fatti, non serve a nulla,

teorica, prima ancora che nei riguardi di alcuni suoi utilizzi in relazione a casi particolarmente controversi [penetranti rilievi alla categoria in parola sono in R. BIN, *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 *Giustizia Insieme*, 10 aprile 2019 e in AA.VV., *Il mestiere del giudice*, a cura di R.G. Conti, Wolters Kluwer - Cedam, Milano 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.; ma v., volendo, quanto se ne dice in alcuni miei studi, tra i quali, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in questa *Rivista*, 2019/III, 707 ss., spec. 714 in nt. 30, e *Tecniche decisorie dei giudici e “forza normativa” della Carta di Nizza-Strasburgo*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 8 aprile 2020. V., inoltre, 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.it*, 3/2020, 277; A. RANDAZZO, *Il “metaprinzipio” della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *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*, 19/2020, 17 giugno 2020, 109 ss.; F. DONATI, *Tutela dei diritti e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 14/2020, 49 ss.; I. DEL VECCHIO, *La massimizzazione dei diritti fondamentali e la struttura dell'argomentazione giuridica nel costituzionalismo pluralista*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; C. CARUSO, *Granital reloaded o di una «precisazione» nel solco della continuità*, in *Giustizia Insieme*, 19 ottobre 2020; R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in questa *Rivista*, 2020/III, spec. 588 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 *Giustizia Insieme*, 31 marzo 2022. Notazioni di vario segno, infine, in 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, spec. nel contributo di G. SCACCIA, *Sindacato accentratore di costituzionalità e diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 146 ss., e in 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].

³² Sul significato dei “controlimiti” e le loro possibili valenze, 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.it*, 1/2021, 13 gennaio 2021, 85 ss. e, da ultimo, G. SCACCIA, *Il controllo della legittimità costituzionale del diritto dell'Unione europea*, cit., 135 ss.

³³ ... specie per il fatto che si distingue la condizione dell'una dall'altra Carta malgrado la loro comune natura tipicamente costituzionale.

per esplicito riconoscimento della stessa Corte che, ragionando a riguardo del rilievo assunto dalla CEDU nelle pratiche giuridiche di diritto interno, ha ammesso³⁴ che deve ogni volta verificarsi dove si situi la miglior tutela per i diritti evocati in campo dal caso; ed è, dunque, alla fonte che si dimostri in grado di offrirla che deve darsi la precedenza sulle altre.

La piramide, insomma, può (e deve) ribaltarsi su se stessa, ove lo richiedano le circostanze e i contenuti delle discipline in campo; ed una fonte giudicata, in via di principio, sovraordinata alle leggi comuni di Stato e Regione, a motivo della sua natura “subcostituzionale”, può trovarsi obbligata a far posto a queste ultime, laddove giudicate idonee ad innalzare il livello della tutela dei diritti. Il che, poi, equivale nei fatti a dire che risolutivi sono gli esiti raggiunti al piano della *teoria della interpretazione*, specificamente apprezzabili in prospettiva assiologicamente orientata, non già quelli conseguiti al piano della *teoria delle fonti* o, per dir meglio, di una *certa* teoria delle fonti, d’ispirazione formale-astratta, che sollecita ad appuntare l’attenzione sulle sole *fonti*, non già – come a me pare si debba – sulle *norme* dalle stesse prodotte, per il modo con cui si riportano ai valori e, dunque, per ciò che qui importa, per come si offrono al servizio dei diritti fondamentali.

È bensì vero che l’operatività riconosciuta dalla Consulta alla *Grundnorm* della miglior tutela parrebbe restare circoscritta – perlomeno *secundum verba* – unicamente alle antinomie tra leggi nazionali e CEDU; come si è però in altri luoghi osservato, una volta fatta l’opzione di fondo, di metodo ancora prima che di teoria, volta a dare centrale rilievo al canone fondamentale in parola, non si vede come lo stesso possa non valere a tutto campo, coinvolgendo pertanto la stessa Costituzione. E ciò, malgrado debba prodursi ogni sforzo al fine di risolvere (*rectius*, prevenire) le antinomie tra le Carte a mezzo della loro mutua integrazione nei fatti interpretativi, secondo quanto – come si è già rammentato – il giudice costituzionale caldeggia da tempo³⁵.

3. *La osservazione di alcune dinamiche della normazione di diritto interno e la critica riconsiderazione dei criteri ordinatori delle fonti alla luce di una teoria delle norme assiologicamente ispirata*

La stessa giurisprudenza costituzionale, dunque, come si è veduto, pur restando ancorata a schemi teorico-ricostruttivi di formale fattura, posti a base dell’impianto delle relazioni interordinamentali, finisce poi con il dare rilievo a schemi apprezzabili in prospettiva assiologico-sostanziale: i soli, a conti fatti, in grado di stabilire quale disciplina normativa debba valere per le complessive esigenze di ciascun caso.

Ebbene, in un non dissimile ordine di idee prendono forma alcune tra le più significative ricostruzioni operate con riguardo alle dinamiche della normazione di diritto interno, al punto che – come si tenterà ora di mostrare – ne vengono coinvolti (o, diciamo pure, travolti) gli stessi criteri ordinatori del sistema delle fonti. E ciò, per la elementare ragione, su cui si è in altre sedi ripetutamente insistito, che l’adozione di una prospettiva metodica d’ispirazione assiologico-sostanziale obbliga fatalmente a trapassare lo schermo deformante della *fonte* per puntare diritto sulle *norme* dalla stessa prodotte, verificando – come si è veduto e si preciserà subito ancora meglio – quale sistemazione debba ad esse darsi in vista della ottimale risoluzione dei casi, alla luce dei valori.

A recedere, infatti, non è solo il canone ordinatore della gerarchia secondo forma – come si è avuta conferma dall’analisi dei rapporti tra CEDU e leggi nazionali³⁶ – ma anche quello cronologico o l’altro ancora della separazione delle competenze.

³⁴ ... sin dalla inaugurazione del nuovo indirizzo giurisprudenziale avutosi, come si sa, con le sentenze gemelle del 2007.

³⁵ V., part., la già cit. [sent. n. 388 del 1999](#).

³⁶ ... la fonte interposta, di natura “subcostituzionale”, commutandosi talora, in forza del canone della massimizzazione della tutela, in una vera e propria fonte “sublegislativa”.

Si pensi, ad es.³⁷, per il primo aspetto, alle vicende delle iniziative referendarie, avuto specifico riguardo al limite all'abrogazione popolare segnato dal rispetto di norme di legge idonee ad apprestare una "tutela minima" a beni costituzionalmente protetti (e, dunque, in primo luogo ai diritti fondamentali). È chiaro, infatti, che se la *ratio* immanente del limite in parola, la cui messa a punto – come si sa – si deve alla mano della giurisprudenza, è di mettere al riparo i beni stessi da incisioni o, come che sia, da un eventuale regresso nella tutela ad opera del legislatore popolare³⁸, nessun dubbio può aversi a riguardo del fatto che lo stesso valga (e *debba* valere) per il caso che il *vulnus* sia ad essi recato da leggi o altri atti ancora di normazione.

È chiaro che il "livello" della tutela – se così può dirsi – va nondimeno misurato alla luce del contesto in cui le vicende della normazione s'inscrivono e svolgono. Così è pure, ad es., per ciò che attiene alla determinazione dei "livelli essenziali" delle prestazioni, di cui è parola nell'art. 117, II c., lett. m)³⁹. Possono darsi, infatti, congiunture particolarmente travagliate, quali sono quelle ricorrenti negli stati di emergenza, al verificarsi delle quali è giocoforza far luogo ad uno spostamento della soglia della "essenzialità", pur sempre nondimeno fino ad un certo punto, oltre il quale l'esistenza umana cessa di essere – come invece sempre dev'essere – "libera e dignitosa".

Ebbene, la "tutela minima", specificamente rilevante nel corso delle esperienze referendarie, e la salvaguardia dei "livelli essenziali" relativi ai diritti civili e sociali insegnano molte cose, per ciò che è qui di specifico interesse tre.

In primo luogo, si ha conferma del fatto che talvolta le discipline anteriori – *ferme le condizioni oggettive di contesto* – sono "migliori", in prospettiva assiologicamente orientata, di quelle sopravvenute e che, pertanto, devono essere preservate a beneficio dei diritti della persona.

In secondo luogo, va tenuto presente che il contesto stesso non è dato da elementi meramente materiali sovrastanti le capacità di controllo degli operatori, qual è ad es. un terremoto che, allo stato attuale delle conoscenze scientifiche⁴⁰, può cogliere tutti di sorpresa. Di contro, alcuni elementi del contesto vengono a formazione e risultano profondamente segnati nella loro stessa struttura per effetto di discipline legislative mancate o, come che sia, carenti o, ancora, per decisioni adottate anche in luoghi molto distanti dai confini nazionali che, nondimeno, si riflettono in rilevante misura anche all'interno di questi ultimi. Si pensi, ad es., all'immane tragedia della guerra in Ucraina o al disastro ambientale in cui ormai versa l'intero pianeta e, in genere, a fatti di rilevanza mondiale. Quando, dunque, si dice che dietro tutto ciò vi è la mano dell'uomo si vuol semplicemente significare che alla base vi è la mancata adozione di discipline normative e di misure in genere atte a debellare o comunque ad arginare alcuni fenomeni negativi per la collettività. È chiaro poi che, in un mondo al proprio interno sempre più interconnesso, crescono per numero e rilevanza i fenomeni bisognosi di essere fronteggiati attraverso azioni concertate in seno alla Comunità internazionale o ad organizzazioni sovranazionali, tra le quali – per ciò che più da vicino ci tocca – l'Unione europea. La

³⁷ L'esempio trovasi già nel mio *Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*, cit., 79 ss.

³⁸ Sul significato del limite in parola, v., ora, F. MEDICO, *La Corte costituzionale disattiva il «plusvalore democratico» del referendum. Riflessioni a partire dall'ultima tornata referendaria*, in *Quad. cost.*, 3/2022, spec. 528 ss. Nella stessa *Rivista*, ha di recente fatto il punto sulle vicende dell'istituto referendario e l'incidenza avutasene sulla forma di governo A. D'ANDREA, *L'impatto dell'abrogazione referendaria sulla forma di governo italiana. Un'analisi retrospettiva*, 459 ss.; v., inoltre, il documentato, ampio studio di A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum. Una storia costituzionale e politica (1946-2022)*, Il Mulino, Bologna 2022.

³⁹ Può farsi questione, ma in luoghi diversi da questo, circa la possibilità di ricondurre i "livelli" delle prestazioni in parola alla tutela assicurata a taluni beni costituzionalmente protetti dalle leggi messe al riparo dalla traiettoria referendaria. Come che stiano al riguardo le cose, come si viene dicendo, trattasi pur sempre di limiti al libero dispiegarsi del canone della *lex posterior* conseguenti a "coperture" apprezzabili unicamente in prospettiva assiologicamente orientata (v., infatti, quanto se ne dice subito di seguito nel testo).

⁴⁰ L'inciso vuol rendere qui di passaggio testimonianza dello straordinario rilievo posseduto dallo sviluppo scientifico e tecnologico nelle pratiche giuridiche. Alla questione, come si sa ampiamente discussa, non può tuttavia qui riservarsi alcun cenno per approfondimenti di cui è altra, evidentemente, la sede.

sovranità dello Stato, insomma, palesa limiti evidenti di rendimento, dei quali tuttavia coloro che, da noi come altrove, hanno responsabilità di governo faticano ad avvedersi, a motivo della miopia o vera e propria cecità politico-istituzionale da cui sono afflitti.

A riguardo di quanto si viene ora dicendo, è singolare e, se posso esprimermi con franchezza, persino malinconico dover constatare che non di rado gli organi di garanzia (e, dunque, principalmente i giudici) rinvencono un alibi o, comunque, un'attenuante per le carenze esibite dai testi di legge nei fattori di contesto, cui si è appena accennato, trascurando però di considerare che questi ultimi si devono in cospicua misura proprio a responsabilità dello stesso legislatore⁴¹. E così quest'ultimo riesce a farsi assolvere per colpe che, al tirar delle somme, allo stesso sono almeno in una parte cospicua imputabili.

In terzo luogo, si ha conferma che il riferimento ai “livelli essenziali” possiede una duplice valenza: l'una, la più appariscente, rileva al piano dei rapporti tra le leggi di Stato e Regione, ponendosi a base del riparto mobile delle competenze di cui esse sono espressione⁴²; l'altra, a mia opinione ancora più significativa e gravida di implicazioni, si rende manifesta, come si è veduto, al piano dei rapporti che la legge intrattiene con... *se stessa*, risultando limitata nella sua forza normativa alla luce di un parametro che è, a un tempo, fattuale ed assiologico, rimandando al “fatto” (al contesto, appunto) ed alle combinazioni di valore dallo stesso sollecitate a formarsi ed a rinnovarsi di continuo, assecondando il moto inarrestabile degli interessi facenti capo agli enti in campo.

Il vero riparto delle competenze – è ormai acclarato – poggia, infatti, non già sulle “materie” *ut sic* bensì sugli interessi o beni della vita che ad esse fanno capo, dunque anche (e in primo luogo) sui diritti fondamentali.

I limiti orizzontali e verticali ai quali vanno soggette le leggi regionali (e, per la loro parte, *ex adverso*, le stesse leggi statali), peraltro, dimostrano che il più delle volte non si è in presenza di sfere di competenza chiuse e reciprocamente impermeabili bensì di ambiti materiali entro i quali prende forma un concorso di discipline, vario a seconda degli ambiti stessi e dei fattori di contesto dietro accennati, comunque ispirato – come suol dirsi – a “leale cooperazione”. Nessun ente, infatti, può ormai fare a meno dell'altro e tutti sono chiamati a produrre il massimo sforzo, secondo le capacità di cui sono dotati, al servizio dei più avvertiti bisogni in seno alle collettività stanziare nei territori di cui si compone la Repubblica. È chiaro che controversie interpretative possono pur sempre aversi tra gli enti in parola, *controversie di interessi* come si è veduto. Ma l'*animus* che dovrebbe ispirarne l'azione e darne il retto orientamento non ha – secondo modello – natura conflittuale bensì, appunto,

⁴¹ Come far valere efficacemente quest'ultima, al di là dei rimedi esperibili in sede di giudizi di costituzionalità, rimane nondimeno una questione ad oggi irrisolta [ragguagli sul punto di cruciale rilievo, in R. CONTI, *Il rilievo della CEDU nel “diritto vivente”*: in particolare il segno lasciato dalla giurisprudenza “convenzionale” nella giurisprudenza dei giudici comuni, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 87 ss.; C. MASCIOTTA, *Costituzione e CEDU nell'evoluzione giurisprudenziale della sfera familiare*, Firenze University Press, Firenze 2019, spec. 156 ss., e, più di recente, G. SERRA, *Cenni in tema di responsabilità del legislatore per adozione di legge incostituzionale. Note a margine dell'ordinanza T.A.R. per le Marche, n. 7 del 2022*, in federalismi.it, 12/2022, 20 aprile 2022, 273 ss., e, nella stessa *Rivista*, M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *Ulteriori spunti sulla posizione della giurisprudenza in materia della responsabilità dello stato-legislatore*, 24/2022, 21 settembre 2022, 131 ss. Infine, se si vuole, possono vedersi anche i miei *In tema di interpretazione e di interpreti nello Stato costituzionale (a proposito di un libro recente)*, in “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti, XIX, *Studi dell'anno 2015*, Giappichelli, Torino 2016, 530 s., e nt. 41, e *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in Freedom, Security & Justice: European Legal Studies, 2/2019, 15 luglio 2019, 51, in nt. 33].

⁴² Mobile è, in genere, ogni riparto relativo alle materie-“non materie” – come sono usualmente chiamate, sulla scia di una nota indicazione dottrinale [v., part., A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. cost.*, 1/2003, 15 ss., spec. 21 ss.; v., inoltre, di recente, M. BELLETTI, *Dinamiche evolutive delle materie trasversali, tra tentativi di stabilizzazione e prospettive di involuzione*, in federalismi.it, 20/2022, 1° agosto 2022, 17 ss., e, nella stessa *Rivista*, G. FERRAIUOLO, *Materie trasversali e leale collaborazione*, 25/2022, 5 ottobre 2022, 25 ss.] – ma, com'è chiaro, la “non-materia” dei livelli essenziali, proprio per il fatto di riguardare i diritti fondamentali, gioca un ruolo di primo piano anche per ciò che attiene l'assetto delle “non-materie” restanti.

cooperativo. Gli enunciati iscritti nel Titolo V, tra i quali – per ciò che è ora si specifico rilievo – quelli di cui all’art. 117, richiedono infatti di essere costantemente rilette alla luce della indicazione, assiologicamente pregnante, data dall’art. 5; e quest’ultimo – come si è tentato di argomentare altrove⁴³ – non ci consegna l’immagine di due valori (l’unità-indivisibilità della Repubblica e l’autonomia) schierati a mo’ di eserciti pronti a farsi una guerra senza risparmio di colpi e senza fine. Di contro, unico è (e non può non essere) il valore, espresso da un principio fondamentale internamente articolato e composito: quello di unità *attraverso* la promozione, la massima possibile alle condizioni di contesto, dell’autonomia o, se si preferisce altrimenti dire, quello di autonomia *nella* cornice della unità. Quanto meno così dovrebbe essere secondo modello; un modello che tuttavia appare essere obiettivamente confuso ed opaco, a motivo della strutturale duttilità esibita dagli enunciati della Carta che racchiudono in sé, mescolate assieme in modo inscindibile, indicazioni volte a promuovere l’autonomia e indicazioni che possono prestarsi allo scopo di frenarne lo sviluppo ed ingabbiarne le più salienti e genuine manifestazioni: le une e le altre, pertanto, soggette ad interpretazioni di vario segno e ad oscillazioni continue e vistose nel corso di un’esperienza che, al tirar delle somme, appare essere marcata, tanto nelle sue espressioni politico-normative quanto in quelle giurisprudenziali, nel verso di una complessiva contrazione (e, talora, di un vero e proprio svilimento) dell’autonomia. Ed è allora da chiedersi se si diano, specie nella presente congiuntura gravata da plurime e soffocanti emergenze, le condizioni per il suo pur parziale e – fin dove possibile – soddisfacente recupero⁴⁴. Sta di fatto che può dirsi ormai provato che i pubblici interessi, quale che sia il livello istituzionale al quale se ne ha la emersione, possono essere curati in una misura complessivamente appagante, così come i diritti fondamentali possono crescere e fiorire rigogliosamente, alla sola condizione che prenda corpo un fattivo concorso, orientato verso i valori costituzionali nel loro fare “sistema”, offerto da *tutti* gli enti in campo, unitamente ad altri ancora⁴⁵.

4. *Fonti e norme in circolo (in ispecie, i ruoli giocati da legislatore e giudici sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali, secondo modello e secondo esperienza)*

La complessità dei casi della vita, con l’affollamento degli interessi bisognosi di appagamento che il più delle volte li caratterizza, obbliga dunque a continue, parimenti complesse e sovente sofferte

⁴³ V., part., i miei *Il valore di “unità-autonomia” quale fondamento e limite dei giudizi in via d’azione e della “specializzazione” dell’autonomia regionale (prime notazioni)*, in AA.VV., *Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni*, a cura di M. Cosulich, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, 429 ss., nonché in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 3/2020, 28 settembre 2020, 100 ss., e *Autonomia e unità-indivisibilità della Repubblica: il modello costituzionale alla prova dell’emergenza*, in [Dirittifondamentali.it](#), 3/2020, 18 ottobre 2020, 132 ss. Cfr., tra gli studi di maggior respiro teorico di recente apparsi, part. quelli di C. CARUSO, tra i quali, nella forma più organica, *La garanzia dell’unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, Bononia University Press, Bologna 2020; inoltre, R. BIN, *Il filo rosso della dialettica tra unità e autonomia: ieri, oggi, domani*, in *Scritti in onore di P. Ciarlo*, III, a cura di S. Aru - M. Betzu - S. Cecchini - R. Cherchi - L. Chieffi - G. Coinu - A. D’Aloia - A. Deffenu - G. Demuro - G. Ferraiuolo - F. Pastore - I. Ruggiu - S. Staiano, Editoriale Scientifica, Napoli 2022, 1419 ss.

⁴⁴ Non è di qui soffermarsi specificamente su siffatta cruciale questione che richiederebbe approfondimenti di analisi di cui è, evidentemente, altra la sede. Mi limito ora solo a fare richiamo del convincimento che ho al riguardo da tempo maturato secondo cui non si tratta tanto di promettere ulteriori (e, magari, appariscenti) devoluzioni di materie e funzioni dal centro alla periferia, come ad es. s’è fatto nel 2001 in sede di rifacimento del Titolo V, quanto di portare la periferia nel centro, di *farla centro*, attraverso la opportuna, radicale ristrutturazione degli organi statali di apparato in seno ai quali si assumono decisioni idonee quindi ad esprimere vincoli anche fortemente incisivi nei riguardi della sfera di competenze facenti capo all’autonomia stessa. Una ricetta, questa, che nondimeno deve fare i conti con le acclerate, annose carenze della rappresentanza politica (al centro come in periferia) e, in genere, del personale chiamato a responsabilità di governo. Ciò che, poi, a sua volta rimanda al modo con cui esso è selezionato dai e nei partiti (ma, di tutto ciò, chiaramente altrove).

⁴⁵ ... tra i quali quelli di minore autonomia territoriale (sul contributo offerto dalle Regioni e dagli altri enti all’affermazione dei diritti fondamentali, v., almeno, AA.VV., *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. Morelli e L. Trucco, Giappichelli, Torino 2014).

operazioni di bilanciamento che i pratici (e, tra essi, principalmente i giudici) sono chiamati a mettere in atto. Non v'è, in buona sostanza, antinomia normativa – al piano delle relazioni interordinamentali come pure a quello interno – la cui risoluzione non passi attraverso operazioni siffatte. La qual cosa, nondimeno, non equivale a dire – tengo qui a precisare, a scanso di ogni possibile equivoco circa il senso complessivo del mio pensiero – che le *fonti* sono ormai ferrivecchi inservibili (e, anzi, dannosi) e che ciò che solo conta sono le *norme*, per il modo con cui l'operatore di turno le combina in ragione del caso portato alla sua attenzione. E ciò, non foss'altro che per il fatto che le norme risultano pur sempre da fonti, senza delle quali non potrebbero comunque venire alla luce.

In realtà, le fonti come le norme hanno bisogno di darsi mutuo sostegno e alimento, concorrendo variamente alla qualificazione dell'esperienza ed all'orientamento delle dinamiche sociali in genere.

Non v'è soltanto la precedenza naturale e cronologica delle fonti rispetto alle norme; rileva altresì il fatto che le prime, con il linguaggio di cui sono dotate, delimitano pur sempre in maggiore o minore misura l'area entro la quale vanno ricercati i significati degli enunciati di cui le fonti stesse si compongono. L'invenzione delle norme, insomma, non è mai per intero libera, risentendo comunque dei vincoli discendenti dal linguaggio degli enunciati, per lassi che invero siano in relazione a taluni di essi⁴⁶: un dato, questo, di cui – come si sa – si ha particolare riscontro proprio in seno alla Carta costituzionale e ad altri documenti che ne condividono, in buona sostanza, la natura, quali – come si è veduto – le Carte dei diritti in genere. Il linguaggio, dunque, non è né *tutto* né *niente* ma *qualcosa*, vario da un enunciato all'altro. Ciò che, poi, avvalora un esito ricostruttivo messo altrove in evidenza, secondo cui la *forza normativa sostanzialmente intesa*, quale *intensità prescrittiva*, può variare (ed effettivamente varia) anche in seno ad uno stesso documento, oltre che ovviamente nel passaggio dall'una all'altra fonte pure della medesima specie. Il che, poi, equivale a dire che il linguaggio, qual è in struttura e funzione, può portare (ed effettivamente porta) ad una marcata scissione tra forma e forza, fonte e norma.

V'è di più. È vero che, in via di principio, le fonti precedono e *quodammodo* fondano le norme ma è pure vero che, *per l'aspetto culturale*, a volte si ha l'inverso, nel senso che dapprima i pratici del diritto (e, in specie, i giudici) danno vita alle norme, pur se a volte col costo della forzatura dei materiali disponibili⁴⁷, e di poi, a rimorchio, sopravviene talora l'intervento del legislatore che,

⁴⁶ Si pensi, ad es., alle clausole generali e ad enunciati in genere connotati da accentuata apertura e duttilità strutturale, sì da ritagliare spazi particolarmente consistenti a beneficio degli operatori ed interpreti in genere (sulle prime v. l'interessante confronto tra cultori di diverse discipline che è in AA.VV., *Il ruolo delle clausole generali in una prospettiva multidisciplinare*, a cura di R. Sacchi, Giuffrè - Francis Lefebvre, Milano 2021).

⁴⁷ Si considerino, al riguardo, alcuni eccessi di cui si ha riscontro in sede d'interpretazione conforme, non di rado agevolati dalla circostanza per cui non si tratta di assicurare solo un retto orientamento dei testi interpretati verso la Costituzione ma anche verso altri documenti normativi, siano o no a questa analoghi (spec. altre Carte dei diritti). Non si trascurino, peraltro, i casi in cui si assiste alla inversione dell'orientamento interpretativo, adattandosi i contenuti del parametro a quelli delle leggi e degli atti in genere oggetto di sindacato [sulle plurime forme in cui si presenta l'interpretazione, in ragione della varietà dei casi e delle loro complessive esigenze, tra gli altri, v. G. SORRENTI, [La \(parziale\) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale](#), in questa [Rivista](#), 2016/2, 293 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Ann.*, IX (2016), 391 ss.; AA.VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, Giuffrè, Milano 2017, spec. i contributi di cui alla parte II; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 99 ss.; Giov. D'AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in AA.VV., *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura dello stesso Giov. D'Amico, Giuffrè, Milano 2017, 49 ss., spec. 66 ss.; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè - Francis Lefebvre, Milano 2017, 37 ss.; V. MARCENÒ, *Quando il giudice deve (o doveva?) fare da sé: interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, in *Dir. soc.*, 4/2018, 633 ss.; M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve "fare da sé"*, in [Questione Giustizia](#), 22 ottobre 2018, e, dello stesso, *L'interpretazione conforme torna a casa?*, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), 3/2019, 30 ottobre 2019, 37 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2020, spec. 266 ss. e 376 ss.; V. BALDINI, *Costituzione e razionalizzazione della politica. Aspetti problematici di un distico dilemmatico in "moto perpetuo"*, in

risvegliandosi dal suo annoso letargo, si dispone a tradurre, sia pure con significativi adattamenti, le indicazioni venute dalla pratica giuridica in testi di leggi e di altri atti ancora.

Tra legislatore e giudici si intrattiene, insomma, un rapporto circolare di mutuo alimento: un rapporto che, secondo modello, dovrebbe essere virtuoso e che, tuttavia, non di rado, per responsabilità ora dell'uno ed ora degli altri si converte in vizioso. L'esperienza, infatti, appare essere in considerevole misura discosta dal modello stesso; e proprio la complessiva vicenda dei diritti fondamentali ne rende eloquente testimonianza.

Per la ricostruzione del modello nella quale da tempo mi riconosco⁴⁸, la positivizzazione dei "nuovi" diritti fondamentali dovrebbe aversi, in prima battuta, per mano del legislatore costituzionale, chiamato a darvi il *riconoscimento* (nella ristretta e propria accezione del termine), seguito quindi dal legislatore comune, cui sarebbe fatto obbligo di apprestare la prima ed essenziale disciplina di specificazione-attuazione del dettato costituzionale, a mezzo di disposti nondimeno connotati essi pure da una trama linguistica strutturalmente aperta e duttile. I pratici (e, segnatamente, i giudici) dovrebbero dunque entrare in campo in ultima battuta, restando ad essi devoluto il compito di *attuare* (e non meramente *applicare*) i principi posti dalla legge dando vita alle regole di volta in volta adeguate alle peculiari esigenze dei casi⁴⁹. Ed è proprio per la varietà incontenibile di questi ultimi

Dirittifondamentali.it, 1/2020, 28 gennaio 2020, spec. 292 ss.; F. POLITI, *L'interpretazione costituzionalmente conforme fra giudice delle leggi e giudice di legittimità. Alcune riflessioni alla luce recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Lo Stato*, 13/2019, 155 ss.; G. PARODI, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. 2019, 555 ss.; A.I. ARENA, *Note minime su interpretazione e giudizio accentrato di costituzionalità*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2019, 5 dicembre 2019, 163 ss.; F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 14/2020, 101 ss.; R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e "di diffusione"*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2/2020, 26 maggio 2020, 4 ss., e, dello stesso, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 2020, 72 ss.; G. PITRUZZELLA, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nella interpretazione della legge*, in *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, in federalismi.it, 3/2021, 27 gennaio 2021, 161 ss.; nella stessa *Rivista*, v., inoltre, l'Editoriale di G. DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio del sistema*, spec. § 2, e S. STAIANO, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, 102 ss., che discorre di una "trasfigurazione" del canone interpretativo in parola. Con specifico riguardo alla materia penale, V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Giappichelli, Torino 2019, 49 ss. Con riguardo alla interpretazione conforme a CEDU, v., almeno, C. CARUSO, *Il "posto" della interpretazione conforme alla Cedu*, in *Giur. cost.*, 4/2018, 1985 ss., e, dello stesso, *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, Giappichelli, Torino 2019, 457 ss. Quanto, poi, all'indirizzo della giurisprudenza euorunitaria, per una recente messa a punto, v. V. PICCONE, *Primato e pregiudizialità: il ruolo dell'interpretazione conforme*, in AA.VV., *Il rinvio pregiudiziale*, a cura di F. Ferraro e C. Iannone, Giappichelli, Torino 2020, 325 ss. In giurisprudenza costituzionale, di recente, v. [sentt. nn. 192](http://sentt.nm) e [219 del 2022](http://sentt.nm)].

⁴⁸ ... e che ho avuto modo, ancora di recente, di rappresentare nel mio *I diritti fondamentali, tra riconoscimento normativo ed effettività della tutela*, in *Nuove Autonomie*, 2/2022, 23 settembre 2022.

⁴⁹ Mostra adesione a questa indicazione metodico-teorica 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.

Come si vede, resta dunque confermata la illuminata intuizione kelseniana di un processo di produzione giuridica che si fa per gradi discendenti di generalità-astrattezza, grazie al fattivo e costruttivo apporto di tutti gli operatori. Scontato appare, dunque, essere il fatto della "creatività" del giudice: termine pure caricato di valenze plurime, anche significativamente diverse e graduate (specie per qualità), sulle quali nondimeno non è consentito qui intrattenersi [in tema, *ex plurimis*, R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l'entrata in vigore della Costituzione*, in AA.VV., *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, a cura di G. Campanelli, Giappichelli, Torino 2009, 25 ss.; T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; G.P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 313 ss.; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss.; M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 345 ss., e, dello stesso, *Dal chaos all'ordine e ritorno*, in *Liber amicorum Angelo*

che è opportuno non irrigidire in precetti normativi eccessivamente dettagliati e soffocanti la disciplina attuativa del quadro costituzionale, sì da darle modo di rispondere adeguatamente alle sollecitazioni continuamente cangianti venute dall'esperienza.

Come si vede, il modello qui nuovamente e con la massima rapidità rappresentato vede un *ruolo forte del legislatore*, nelle sue due articolazioni suddette, ed un *ruolo parimenti forte dei giudici*, di tutti i giudici (nazionali e non, comuni e costituzionali), chiamati ad una sana e – come suol dirsi – “leale” cooperazione in vista dell’ottimale appagamento dei diritti. Ciò che conferma che la Costituzione e lo Stato che da essa prende il nome camminano ancora oggi e dovranno seguitare a camminare anche domani sulle due gambe indicate nell’art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

Di contro, strutturali carenze sono state (e, in misura crescente, seguitano ad essere) esibite dalle sedi istituzionali in cui prende forma la rappresentanza politica, con effetti d’immediata evidenza e particolare gravità per ciò che attiene alla produzione giuridica⁵⁰. Leggi costituzionali che diano il riconoscimento dei “nuovi” diritti non ne sono state fatte, nel mentre le stesse leggi comuni esibiscono lacune vistose (specie in ambito di biodiritto⁵¹), restando pertanto in buona sostanza demandato ai

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 [Questione Giustizia](#), 3/2019, 16 ss., spec. 27 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, *Certeza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 2/2019, 549 ss., spec. 556 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Il ruolo delle Corti nella costruzione dell'ordinamento europeo (From judge-made law to judge-made Europa)*, Editoriale, in [federalismi.it](#), 15/2019, 31 luglio 2019; G. ALPA, *Tecniche di codificazione e creatività del giudice. Note sul disegno di legge per la riforma del codice civile*, in [Questione Giustizia](#), 1/2020; 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](#), 4 settembre 2020, e, nella stessa [Rivista](#), l'intervista di M. Brancaccio a V. MANES e L. PISTORELLI, dal titolo *Il giudice interprete o legislatore?*, 13 gennaio 2021; R. BIN, *Il giudice tra Costituzione e biodiritto*, in *Scritti in onore di A. Ruggeri*, I, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, 441 ss., e, in prospettiva giusfilosofica, almeno, L. FERRAJOLI, in più scritti, tra i quali, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena 2018; infine, E. DICIOTTI, *Le attività creative dei giudici*, Mucchi, Modena 2022, nonché, volendo, il mio [Disordine del sistema delle fonti, crisi della legge e ruolo del giudice \(tornando a riconsiderare talune correnti categorie teoriche alla luce delle più salienti esperienze della normazione e dei più recenti sviluppi istituzionali\)](#), in questa [Rivista](#), 2020/III, 606 ss.].

Sta di fatto però (e il punto è particolarmente spinoso e di cruciale rilievo) che – come si viene dicendo – il modello qui sommariamente delineato si è trovato obbligato a soggiacere a vistose e gravi torsioni, in primo luogo e per un verso, a causa di annose mancanze da parte del legislatore e, secondariamente e per un altro verso, per taluni eccessi manifestati nelle sedi in cui si amministra giustizia.

⁵⁰ Questione antica, questa, che tuttavia torna di continuo a presentarsi in forme viepiù originali ed aggravate [tra i molti altri e di recente, P. LOGROSCINO, [Complessità del governare, qualità dei politici e ruolo dei partiti. Note in tempo di pandemia](#), in questa [Rivista](#), 2021/II, 406 ss., e, nella stessa [Rivista](#), se si vuole, il mio [Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica](#), 2021/I, 124 ss. Infine, I. CIOLLI, *La rappresentanza politica. Recenti trasformazioni di una categoria ineludibile*, in *Lo Stato*, 18/2022, 129 ss.].

⁵¹ Non a caso, la legge 40 del 2004 è stata – com'è noto – fatta a pezzi dalla giurisprudenza costituzionale, che ha prodotto uno sforzo encomiabile, seppur con talune non celate forzature, nell'intento di ricucire almeno in parte un tessuto legislativo a brandelli. Tarda, poi, a tutt'oggi una disciplina organica delle esperienze di fine-vita; ciò che ha obbligato (e obbliga) i protagonisti di queste vicende, unitamente alla giurisprudenza ed agli studiosi, a procedere a tentoni in vista del conseguimento di esiti seppur in parte apprezzabili e venire così incontro ad aspettative intensamente nutrite in seno al corpo sociale (riferimenti, nella ormai incontenibile lett., quanto alle esperienze di procreazione medicalmente assistita, in S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita*, Editoriale Scientifica, Napoli 2015; A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Giuffrè, Milano 2017; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali d'inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e, dello stesso, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Aracne, Roma 2020; L. CHIEFFI, *La procreazione assistita nel paradigma costituzionale*, Giappichelli, Torino 2018; A. VESTO, *La maternità tra regole, divieti e plurigenitorialità. Fecondazione assistita, maternità surrogata, parto anonimo*, Giappichelli, Torino 2018; V. TIGANO, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del*

giudici l'onere gravosissimo di “supplire”⁵² – come suole dirsi – ai mancati o difettosi interventi del legislatore. Un onere francamente insopportabile, poi, nella presente congiuntura afflitta da plurime, soffocanti ed ingravescenti emergenze (da quella bellica a quella ambientale, alla sanitaria, alla economica, e via dicendo) che peraltro si ricaricano in modo perverso a vicenda. Quale, poi, ne sia il costo, sotto più profili, a carico dei diritti in genere, vecchi e nuovi, è cosa di tutta evidenza, più volte e da varî punti di vista rappresentata, sulla quale pertanto non occorre qui ulteriormente intrattenersi.

Sta di fatto che il modello costituzionale si è trovato obbligato a piegarsi davanti ad un'esperienza dallo stesso sensibilmente discosta, che ne ha distorto in modo marcato la stessa struttura portante, rendendola complessivamente irriconoscibile rispetto alla pur sommaria descrizione fattane nella Carta.

In questo quadro, sono dunque i giudici a doversi fare carico della incessante, mobile composizione delle norme in sistema, nell'affannosa e non di rado sofferta ricerca di soluzioni in qualche modo appaganti e fin dove possibile rispondenti alle complessive esigenze dei casi.

Non soltanto la *tutela* ma, prima ancora, lo stesso *riconoscimento* primo dei diritti è in mano ai giudici, chiamati a dar voce al canone della massima salvaguardia possibile consentita dalle difficili (e persino proibitive) condizioni dei tempi.

Al di là di taluni eccessi di sicuro registratisi nell'esperienza⁵³, di cruciale rilievo è stato (ed è) il ruolo giocato dai giudici, da *tutti* i giudici (nazionali e non, costituzionali e comuni), al servizio dei diritti fondamentali e, in ultima istanza, della dignità della persona umana. Il che, poi, è la finale conferma che la teoria delle fonti ha da convertirsi – secondo la propria naturale vocazione – in teoria delle norme, bisognosa comunque di avere orientamento e alimento dalla teoria dei diritti fondamentali ed ispirazione metodica da una teoria della Costituzione quale “sistema” dei valori che danno l'identità della Repubblica e ne illuminano il sovente non lineare, comunque sofferto, cammino.

minore e libertà civili nella PMA, Giappichelli, Torino 2019; F. ANGELINI, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2020. In merito poi alle vicende di fine-vita, v., almeno, S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Giuffrè, Milano 2012, e, dello stesso, *Disposizioni di trattamento e dignità del paziente*, Aracne, Roma 2020; G. RAZZANO, *Dignità del morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Giappichelli, Torino 2014; R.G. CONTI, *Scelte di vita o di morte. Il giudice garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la l. 219/2017*, Aracne, Roma 2019; S. CANESTRARI, *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, Bononia University Press, Bologna 2021).

⁵² Questione annosa e particolarmente vessata, sul cui capo – come si sa – si è riversata una pioggia imponente di scritti [riferimenti e indicazioni in G. REPETTO, *Appunti per uno studio sui rapporti tra garanzie costituzionali e indirizzo politico nell'esperienza repubblicana*, in *Dir. pubbl.*, 3/2018, 725 ss., e, più di recente, in D. SCOPELLITI, *Il canale giurisdizionale per il riconoscimento dei diritti: tra crisi della rappresentanza e supplenza nei confronti della politica*, in Dirittifondamentali.it, 2/2022, 11 maggio 2022, 28 ss. Adde M. PARADISO, *Ius e lex tra scientia iuris e iuris-prudentia nel diritto odierno*, in *Riv. internaz. dir. com.*, 28/2018, 263 ss., spec. 271, laddove si legge che “la giurisprudenza è divenuta arbitro assoluto, e arbitro autoreferenziale, di tutto il sistema giuridico e, a ben vedere, anche politico”].

⁵³ ... testimoniati, peraltro, dalla invenzione di tecniche decisorie ardite e dai loro concreti e parimenti discutibili utilizzi, specie ad opera del giudice delle leggi (ragguagli a riguardo dei modi con cui quest'ultimo fa uso dei canoni che presiedono all'esercizio delle sue funzioni, con specifica attenzione ai giudizi in via incidentale, possono, se si vuole, aversi dal mio *La Corte costituzionale e il processo incidentale, tra regole e regolarità*, in *Quad. cost.*, 2/2022, 325 ss.).