



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2024 FASCICOLO I

Antonio Ruggeri

Separazione dei poteri e dinamiche della normazione

18 marzo 2024

IDEATORE E DIRETTORE: PASQUALE COSTANZO

CONDIRETTRICE: LARA TRUCCO



Antonio Ruggeri

Separazione dei poteri e dinamiche della normazione*

SOMMARIO: 1. La tipizzazione dei ruoli istituzionali e la centralità del Parlamento quali connotati caratterizzanti la struttura della Repubblica e i rischi che fa correre per la tenuta del sistema la riforma volta ad introdurre l'elezione diretta del *Premier*. – 2. Le più salienti novità registratesi nella struttura dell'ordinamento con l'avvento della Carta repubblicana e l'improponibilità di antichi schemi messi a punto in relazione alla separazione dei poteri, alla luce delle trasformazioni sopravvenute nelle dinamiche della normazione. – 3. L'apertura della Costituzione verso altri documenti materialmente costituzionali (in specie, le Carte dei diritti) e dell'intero ordinamento verso la Comunità internazionale ed organizzazioni sovranazionali, resa evidente al piano delle dinamiche della normazione, laddove nondimeno si registrano talune torsioni che ridondano a carico della separazione dei poteri, vuoi per lo squilibrio che viene a determinarsi tra il ruolo del Parlamento e quello del Governo e vuoi per la compressione patita dall'autonomia regionale in ordine all'adempimento degli obblighi discendenti *ab extra*. – 4. Oscillazioni ed aporie di ricostruzione dell'ordine delle fonti nella giurisprudenza costituzionale, in specie gli slittamenti da una prospettiva d'inquadramento sistematico d'ispirazione formale-astratta ad una assiologico-sostanziale (l'esempio, altamente istruttivo, della giurisprudenza sulla condizione della CEDU). – 5. Le vicende della normazione riguardate dal punto di vista della separazione dei poteri: in specie, il rilievo critico, stancamente ripetuto, secondo cui con il passaggio da una *teoria delle fonti d'ispirazione formale-astratta* ad una *teoria delle norme d'ispirazione assiologico-sostanziale* si avrebbe un pregiudizio grave, forse irreparabile, per la certezza del diritto e le obiezioni che possono ad esso opporsi, alla luce del canone fondamentale della ottimizzazione della tutela dei beni della vita costituzionalmente protetti. – 6. La conferma della necessità di passare da un *sistema delle fonti di formale fattura* ad un *sistema di norme assiologicamente connotato*: l'esemplare testimonianza che ne danno la teoria dei limiti alla revisione costituzionale e la teoria dei "controlimiti" all'ingresso in ambito interno di norme sovranazionali. – 7. Vicende della normazione alla luce del "metapprincipio" della massimizzazione della tutela (cenni al rilievo in ambito interno delle norme generalmente riconosciute della Comunità internazionale ed alla successione di norme nel tempo). – 8. La razionalizzazione dei "nuovi" diritti fondamentali: il

*  *Relazione al Convegno su La separazione dei poteri nello stato contemporaneo. In ricordo di Giovanni Grottanelli de' Santi, Siena 14 marzo 2024. Sono molto grato agli amici e colleghi A. Pisaneschi, E. Bindi e M. Perini per avermi offerto l'opportunità di dare il mio piccolo contributo ad un incontro di studi che rende onore alla memoria di uno studioso raffinato e dalle non comuni qualità umane. Mi piace qui ricordarlo per il vincolo di amicizia che lo legava al mio indimenticabile Maestro, T. Martines, e per aver fatto parte, con L. Paladin e G. Zagrebelsky, della commissione che mi ha confermato nella cattedra. G. Grottanelli de' Santi era un autentico galantuomo d'altri tempi, la cui memoria mi è particolarmente cara.*



modello, i suoi vistosi scostamenti nell'esperienza e i riflessi che se ne hanno a carico della separazione dei poteri. – 9. Casi particolarmente vistosi d'innaturale conversione del massimo garante della legalità costituzionale in un decisore politico (con particolare riferimento al sindacato, in sede di giudizio sulle leggi, su norme non risultanti da atti di produzione giuridica, al superamento del limite delle "rime obbligate" in occasione del rifacimento dei testi di legge, ad usi abnormi della tecnica della interpretazione conforme, alla abolizione delle "zone franche" di cui si aveva un tempo riscontro). – 10. Luci ed ombre nella giurisprudenza costituzionale, in relazione al giudizio sugli atti del Governo aventi forza di legge. – 11. Cenni ai rapporti tra le leggi di Stato e Regione, ancora una volta rivisti alla luce del canone fondamentale della massimizzazione della tutela.

ABSTRACT: *The paper argues for the necessity of reevaluating the principle of the separation of powers in light of both the advanced process of supranational integration and the significant experiences of standardization. These experiences support the notion that the traditional theoretical frameworks of the principle are no longer applicable. There is confirmation of the current state of ambiguity surrounding institutional roles, particularly due to the apparent and increasing trend of oversight bodies evolving into political decision-making entities, and the equally evident marginalization from the decision-making process of the body that embodies the chosen form of government by the Constituent Assembly.*

1. *La tipizzazione dei ruoli istituzionali e la centralità del Parlamento quali connotati caratterizzanti la struttura della Repubblica e i rischi che fa correre per la tenuta del sistema la riforma volta ad introdurre l'elezione diretta del Premier*

La nota maggiormente saliente ed espressiva del modello costituzionale di organizzazione prescelto all'indomani della fondazione della Repubblica è data da una spartizione della sovranità tra più centri istituzionali che a vario titolo e con forme e gradi parimenti diversi la esercitano, componendo un delicato e complesso meccanismo segnato da un equilibrio che richiede di essere preservato e trasmesso integro nel tempo, da esso dipendendo la salvaguardia dei diritti fondamentali, come pure l'adempimento dei doveri inderogabili, enunciati nella parte sostantiva della Carta e, ancora di più, la salvaguardia dei principi fondamentali dell'ordinamento¹. Per questo verso, può dirsi che la legge fondamentale della

¹ Sull'equilibrio in parola segnalo qui solo la densa riflessione di G. GROTANELLI DE' SANTI, *L'equilibrio tra i poteri: modelli costituzionali e loro trasformazioni*, in AA.VV., *L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali*, a cura di L. Luatti, Giappichelli, Torino 1994, 34 ss. Il chiaro A., già nelle sue *Note introduttive di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino 1988, 66, coglieva nel "bilanciamento reciproco" dei poteri e nel "nesso



Repubblica, nata dalla resistenza in chiusura del periodo forse maggiormente buio e sofferto della storia del nostro Paese, ha fedelmente riprodotto, dandone una versione originale ed adeguata al contesto in cui è maturata la sua formazione, l'idea di Costituzione mirabilmente scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, facendo proprio e rappresentando in modo peculiare ed efficace il principio della separazione dei poteri, inteso e fatto valere, secondo la sua genuina accezione, in funzione servente nei riguardi dei diritti fondamentali: l'autentico cuore pulsante di ogni Costituzione d'ispirazione liberale².

Al di là delle peculiari forme di cui il principio in parola si è rivestito nel corso del tempo, il tratto che ne dà la cifra maggiormente qualificante ed espressiva è dato dalla tipizzazione dei ruoli istituzionali: in primo luogo, preservandosi la *summa divisio* tra organi di direzione politica ed organi di garanzia (in lata accezione³) e, secondariamente, in seno a ciascuno dei "tipi" suddetti, tra le specie in cui il *munus* ad esso assegnato si articola e svolge. Tipici, infatti, sono i ruoli giocati da ogni organo di direzione politica come pure da ogni organo di garanzia; e non a caso, dal momento che l'ottimale esercizio delle pubbliche funzioni richiede il mantenimento dell'equilibrio complessivo nei rapporti tra le sedi di apparato in cui ciascuna di esse si appunta ed ha svolgimento.

Fuor di dubbio è, poi, la centralità di ruolo del Parlamento, non rilevante al solo piano delle dinamiche della forma di governo (che, non per mero accidente, prende il nome dall'organo in

con la libertà (o meglio 'con le migliori opportunità per la libertà') ... il nucleo essenziale che ci chiarisce l'attualità" della separazione dei poteri.

Ad una seria, disincantata riflessione induce, poi, l'affermazione, presente nell'*op. ult. cit.*, 71 (con richiamo ad un pensiero di Marshall), secondo cui "nessun fino ad oggi è riuscito a chiarire se l'atto col quale un ramo dell'organizzazione statale controlla (*checking*) un altro ramo costituisce una partecipazione alla funzione di quest'ultimo (e quindi una violazione della teoria della separazione) oppure attua la separazione stessa (appunto in quanto realizza la separazione e il bilanciamento)". La conclusione del Maestro senese è di limpida chiarezza: in forza del "nesso tra separazione e libertà individuale la seconda tesi è senz'altro da preferire".

² Il principio in parola – com'è stato egregiamente mostrato (G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, I, Giuffrè, Milano 1979) – si rinviene con peculiarità di tratti espressivi anche in epoche storiche risalenti; tuttavia, è solo con l'avvento delle Carte costituzionali di fine settecento e della prima metà dell'ottocento e, ancora di più, di quelle venute alla luce nel secondo dopoguerra che il connubio tra la Costituzione e i diritti fondamentali è divenuto inscindibile [riferimenti in merito al dibattito alla Costituente sulla separazione dei poteri possono aversi da G. D'AMICO - D. TEGA, *La Costituzione italiana e la separazione dei poteri: le scelte dell'Assemblea Costituente tra modelli storici e contesto politico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2023, 89 ss.; sulle prospettive che, ancora per il futuro, si hanno in ordine alla sua affermazione, v., poi, C. PINELLI, *Separation of powers. Past, present and future*, in *Diritti Comparati*, 1/2023, 310 ss., e ancora G. SILVESTRI, *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in *Enc. dir., I tematici*, V, *Potere e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2023, 1122 ss. Mirabile per concisione e chiarezza espositiva la descrizione della separazione dei poteri quale accolta dalla nostra legge fondamentale che è nell'*op. ult. cit.* di G. GROTTANELLI DE' SANTI, 73 ss.].

³ ... sì da poter accomunare, ad es. con riguardo al nostro ordinamento, il Presidente della Repubblica, i giudici, gli organi in genere aventi funzioni di controllo nei riguardi dei decisori politici.



cui s'incarna la rappresentanza politica)⁴ ma, ancora di più, a quello della stessa forma di Stato, nell'assunto che il modo migliore per dar voce al valore democratico sia proprio quello di fare dell'organo in parola il perno attorno al quale ruotano sia le dinamiche suddette che quelle riguardanti i rapporti tra l'apparato governante in genere e la comunità governata. D'altro canto, la diversa opzione, pure presa in considerazione ma subito scartata dalla Costituente, di far luogo all'impianto della forma di governo presidenziale, ad imitazione pur con gli opportuni adattamenti del modello statunitense, avrebbe comportato la rinuncia a fare del Capo dello Stato uno dei massimi garanti del sistema; e il ricordo scottante della possibile degenerazione di siffatto modello istituzionale, con conseguente involuzione ordinamentale complessiva, sconsigliava risolutamente dal correre questo rischio. È stata, a mio modo di vedere, una scelta saggia, ispirata, che merita di essere tenuta nella dovuta considerazione anche oggi che si prospetta l'adozione di una originale soluzione istituzionale imperniata sulla elezione diretta del *Premier*, per quanto resti per vero appannato e confuso il volto dell'organo, a motivo della contraddizione esistente tra l'ingranaggio elettorale suddetto e il complesso dei poteri spettanti all'organo stesso che – perlomeno *secundum verba* – parrebbe restare immutato⁵. Sta di fatto che la figura del Capo dello Stato ne esce fortemente ridimensionata,

⁴ Sulle più salienti movenze della nostra forma di governo, riferimenti ed indicazioni si sono di recente avuti dai contributi al Convegno su *Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana*, Brescia 27-28 ottobre 2023, alcuni dei quali possono già vedersi in [Rivista AIC](#); con specifica attenzione al rapporto tra gli sviluppi della forma di governo e le dinamiche interne al sistema delle fonti, v., inoltre, utilmente, A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo. La produzione normativa della Repubblica tra modello costituzionale, trasformazioni e riforme (1948-2023)*, Il Mulino, Bologna 2023. Infine, volendo, anche i miei *Vicende salienti della forma di governo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e della tutela dei diritti fondamentali*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2023, 14 luglio 2023, 631 ss.; [Ha una forma la forma di governo?](#) in questa [Rivista](#), 2023/III, 771 ss., e, nella stessa [Rivista](#), [La Costituzione sotto stress e la piramide rovesciata, ovvero sia le più vistose torsioni a carico della separazione dei poteri e del sistema degli atti espressivi di pubbliche funzioni \(note minime su una spinosa questione\)](#), 2023/III, 871 ss.

⁵ Questo rilievo, unitamente agli altri cui si fa ora cenno nel testo, può vedersi nei miei [La riforma Meloni e le sue stranezze, al bivio tra evoluzione istituzionale ed involuzione autoritaria](#), in questa [Rivista](#), 2023/III, 1009 ss., e *Il premierato secondo il disegno Meloni: una riforma che non ha né capo né coda e che fa correre non lievi rischi*, in [Diritto pubblico europeo](#), *Rassegna on-line*, 2/2023, *forum Elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri*, 4 dicembre 2023, LXI ss. Nella copiosa lett. venuta alla luce a commento del disegno Meloni, v., almeno, i contributi al *forum* ora richiamato, nonché F. FURLAN, [Il premierato elettivo è la strada giusta? La lezione di vent'anni di elezione diretta dei Presidenti di regione](#), in questa [Rivista](#), 2023/III, 1020 ss.; G. SILVESTRI, *Sui ddl 935 - 830 (Modifiche costituzionali. Introduzione elezione diretta Presidente del Consiglio)*, Audizione informale svolta nell'ambito dell'esame del disegno di legge A.S. 935 e A.S. 830 - Modifiche costituzionali introduzione elezione diretta Presidente del Consiglio, Senato - Commissione 1^a (Affari costituzionali) - 29 novembre 2023, in [Astrid](#); C. DE FIORES - M. DELLA MORTE, *Le insidie del premierato*, in [il Mulino](#), 11 dicembre 2023; A. LUCARELLI, *Premierato e riforme costituzionali: il mito della governabilità*, in [Rivista AIC](#), 4/2023, 18 dicembre 2023, spec. 313 ss., e ancora gli scritti di C. BASSU, *L'elezione diretta del Capo del Governo è sufficiente per valorizzare il principio democratico e garantire la stabilità?* M. CAVINO, *L'introduzione dell'elezione diretta del Presidente del Consiglio dei Ministri*; B. PEZZINI, *L'introduzione del premierato nel sistema costituzionale italiano*, e N. ZANON, *Su quanto possa o debba*



priva proprio di alcuni dei suoi poteri maggiormente qualificanti ed espressivi, specie per ciò che concerne la gestione delle crisi di governo e la nomina del Presidente del Consiglio. Si commette, in tal modo, a mia opinione, un errore grave di presunzione, che potrebbe costarci assai caro, vale a dire che la nostra democrazia possa seguitare a svolgersi fisiologicamente anche con un Presidente della Repubblica dimezzato e che, dunque, resti ben salda ed incrollabile nel nostro Paese, senza andare incontro a quel rischio della degenerazione

essere “forte” un Presidente del Consiglio eletto direttamente, tutti in [Osservatorio costituzionale](#), 1/2024, 2 gennaio 2024; P. BECCHI - G. PALMA, *Analisi critica del ddl di revisione costituzionale che introduce l’elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri. Qualche proposta correttiva*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 4/2023, 5 gennaio 2024, 222 ss., nonché A. MORELLI - L. VENTURA, *Premierato e Costituzione materiale, tra sublimazione e soppressione*, in [laCostituzione.info](#), 3 gennaio 2024, e, pure *ivi*, C. BUZZACCHI, *L’ospite*, e F. FERRARI, *Premierato: il nodo è il Parlamento*, entrambi 8 gennaio 2024, e ancora R. BIN, *Premierato? Una risposta sbagliata a un problema mal posto*, 11 gennaio 2024, e M. LADU, *Sugli obiettivi della riforma costituzionale proposta: imprimatur diretto e egemonia del Governo*, 18 gennaio 2024; N. ROSSI, *Premierato elettivo e organi di garanzia. Toccare la Costituzione con “mano tremante”*, in [Questione Giustizia](#), 8 gennaio 2024; S. CECCANTI, *Un premierato equilibrato? Si può, anzi si deve*, in [il Mulino](#), 8 gennaio 2024; J. WOELK, *Sul ddl di revisione costituzionale n. 935 recante “Introduzione dell’elezione diretta del Presidente del Consiglio dei ministri”*, Audizione informale svolta nell’ambito dell’esame del disegno di legge A.S. 935 e A.S. 830 - Modifiche costituzionali introduzione elezione diretta Presidente del Consiglio, Senato - Commissione 1^a (Affari costituzionali) - 9 gennaio 2024, in [Astrid](#); pure *ivi*, M. VOLPI, *Sui ddl costituzionali 935 e 830*. Una interessante proposta di riforma è stata, inoltre, affacciata da A. SPADARO, *Riforma costituzionale (premierato elettivo) o riforma elettorale (maggioritario con designazione del Premier)?* in uno scritto apparso in questa [Rivista](#), 2023/III, 1063 ss., ma risalente al giugno dello stesso anno. V., poi, E. CHELI, *Costituzione e politica. Appunti per una nuova stagione di riforme costituzionali*, Il Mulino, Bologna 2023, sul quale i contributi di più autori che sono in [Nomos](#), 3/2023; M. VOLPI, *Quale forma di governo per l’Italia*, Mucchi, Modena 2023; AA.Vv., *Riforme istituzionali e forme di governo*, a cura di G. Pitruzzella - A. Poggi. - F. Fabbrizzi - V. Tondi della Mura - F. Vari, Giappichelli, Torino 2023; ASTRID, *Costituzione, quale riforma? La proposta del Governo e la possibile alternativa*, Passigli, Firenze 2024; R. TARCHI, *Il “premierato elettivo”: una proposta di revisione costituzionale confusa e pericolosa per la democrazia italiana*, Editoriale, in [Osservatorio sulle fonti](#), 3/2023, 5 ss.; M. AINIS, *Capocrazia. Se il presidenzialismo ci manderà all’inferno*, La nave di Teseo, Milano 2024; G. FERRAIUOLO, *La revisione della forma di governo tra noto e ignoto*, in [Diritto pubblico europeo](#), *Rassegna online*, 1/2024, 2 gennaio 2024, 265 ss.; F. BLANDO, *Politica riformatrice, forme di governo, sistemi elettorali*, in questa [Rivista](#), 2024/I, 204 ss.; M. BELLETTI, *Il simul simul “temperato”, ovvero, la via italiana per la razionalizzazione della forma di governo parlamentare. Analogie e differenze tra i disegni di legge n. 830 e n. 935 A.S.*, 11 ss., in [Osservatorio costituzionale](#), 1/2024, 6 febbraio 2024; pure *ivi*, M.A. CABIDDU, *Il minimalismo massimo con salto di regime. Note a margine del c.d. premierato*, 28 ss., e A. STERPA, *La proposta governativa di riforma costituzionale: il “semi-premierato”*, 75 ss.; S.E. PIZZORNO, *Il disegno di legge costituzionale ad iniziativa governativa volto a introdurre il premierato. Considerazioni*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 1/2024, 22 febbraio 2024, 5 ss., e, nella stessa *Rivista*, T.E. FROSINI, *Le ragioni del premierato*, 61 ss.; C. FUSARO, *Premierato a legittimazione diretta e scioglimento delle Camere*, in [federalismi.it](#), 5/2024, 4 marzo 2024, *paper*; E. AURELI, *Premio di maggioranza e vincolo di mandato governativo: rilievi critici ad una prima lettura del ddl. Costituzionale Meloni*, in [Osservatorio costituzionale](#), 2/2024, 5 marzo 2024, 1 ss. Infine, il dossier su *Proposte di modifiche costituzionali per l’introduzione della elezione diretta del Presidente del Consiglio*, ed. provv., curato dal Servizio studi del Senato, novembre 2023, n. 215, e, volendo, il mio *Riforme costituzionali: quali e perché?* in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2023, 24 aprile 2023, 107 ss.



ordinamentale cui si faceva poc'anzi cenno⁶. Di contro, la lezione consegnataci dalla storia e dalla osservazione comparata di alcune rilevanti vicende mostra esempi eclatanti di rivolgimenti ordinamentali (anche – sia chiaro – *in melius*⁷) persino in contesti connotati da regimi politici che, fino al giorno prima di sciogliersi come neve al sole, sembravano appunto fortemente radicati nel terreno sociale ed istituzionale del Paese. Occorre, dunque, non abbassare mai la guardia e restare costantemente e scrupolosamente vigili affinché tristi esperienze del nostro passato non abbiano a ripetersi.

2. Le più salienti novità registratesi nella struttura dell'ordinamento con l'avvento della Carta repubblicana e l'improponibilità di antichi schemi messi a punto in relazione alla separazione dei poteri, alla luce delle trasformazioni sopravvenute nelle dinamiche della normazione

L'angolo visuale delle fonti (o, meglio, come si vedrà, delle *norme*) e della loro composizione in sistema appare particolarmente illuminante a riguardo della trasformazione del modo di essere e di operare del principio della separazione dei poteri: un principio – si diceva – dalle antiche ascendenze e tuttavia sempre nuovo, che, per un verso, è cambiato (e cambia) anche per effetto dei mutamenti che si sono registrati e si registrano nel sistema positivo ma che, allo stesso tempo, concorre per la sua parte, in misura rilevante, al rinnovamento dello stesso. D'altro canto, è ormai provata la sussistenza di un rapporto di mutua, circolare alimentazione tra l'ordine positivo e l'assetto istituzionale, ciascuno di essi vedendo *quodammodo* riflessa la

⁶ Della involuzione autoritaria si discorre, con varietà di toni e svolgimenti argomentativi, in AA.Vv., *Crisi dello Stato costituzionale e involuzione dei processi democratici*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, nonché nella copiosa lett. formata a riguardo della degenerazione delle democrazie liberali in "democrazie" – come si suole, con termine non impeccabile ma efficace, chiamarle – e, in genere, negli scritti nei quali si fa il punto sulla condizione dello stato di diritto, specie in alcuni paesi europei [ex plurimis, AA.Vv., *Rule of law vs. Majoritarian Democracy*, a cura di G. Amato - B. Barbisan - C. Pinelli, Hart, Oxford 2021; AA.Vv., *Rule of law, culture e territori*, a cura di V. Carlino e G. Milani, Consulta OnLine, Genova, 2023; AA.Vv., *The Rule of Law in the EU: Crisis and Solutions*, a cura di A. Södersten - E. Hercocock, Swedish Institute for European Policy Studies, Report No. 1 (2023); M. BELOV, *Rule of Law in Europe in Times of Constitutional Polycrisis, Constitutional Polytransition and Democratic Discontent*, in *Diritto pubblico europeo*, 3/2023, 875 ss., e, pure *ivi*, V. PERJU, *Rule of Law Riddles*, 895 ss. Rammento, poi, al riguardo la risoluzione del Parlamento europeo del 18 gennaio 2024 relativa alla situazione in Ungheria ed al congelamento dei fondi UE (2024/2512)(RSP). V., inoltre, R. CALVANO, *Legalità UE e stato di diritto, una questione per tempi difficili*, in *Rivista AIC*, 4/2022, 7 dicembre 2022, 166 ss. Infine, R. BIN, *L'Unione europea rispetta i principi del rule of law?* in questa *Rivista*, 2024/1, 150 ss., e C. PINELLI, *Stato di diritto e indipendenza della magistratura nell'Unione europea*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2024, 26 febbraio 2024, 1 ss.].

⁷ Si pensi, ad es., agli effetti determinati dalla perestroika gorbaciovana ed al processo da essa messo in moto di profonda ristrutturazione ordinamentale. È pur vero che il regime putiniano dimostra quanto sia arduo far luogo ad un'autentica, apprezzabile democratizzazione della Russia.



propria immagine nell'altro, come nel gioco degli specchi che, disposti l'uno di fronte all'altro, si riproducono all'infinito. Non è agevole, poi, stabilire se sia maggiore la spinta che viene dall'uno all'incessante riconformazione dell'altro o viceversa; ciò che rileva è, appunto, l'attitudine di ciascuno di essi a variamente incidere sulle movenze dell'altro e tutti assieme a scandire il moto incessante della Costituzione, il suo essere nel suo divenire⁸.

Si dà, ad ogni buon conto, un punto fermo dal quale la succinta riflessione che ora si svolge può tenersi; ed è l'improponibilità di antichi e collaudati schemi relativi alla separazione dei poteri a fronte della profonda trasformazione registratasi sia nelle strutture portanti dell'ordinamento che nell'idea stessa di Costituzione. La qual cosa – come si tenterà di mostrare – non equivale a dire che il principio in parola sia ormai da considerare obsoleto e non più idoneo a lasciare un segno sulle più salienti esperienze dello Stato costituzionale, per quanto per vero sia innegabile la crisi che lo affligge e che ha tra i suoi indici maggiormente indicativi lo stato di sofferenza in cui versa la tipizzazione dei ruoli dei garanti e degli organi di direzione politica.

Sta di fatto che – come si diceva – la struttura dell'ordinamento appare ormai essere, tanto secondo modello quanto secondo esperienza, profondamente diversa rispetto al modo con cui si è presentata nel corso della stagione liberale. Basti solo pensare a tre dati che rendono d'immediata evidenza la complessiva trasformazione ordinamentale registratasi nel passaggio dalla Carta statutaria a quella repubblicana: a) la conversione del modello di Stato chiuso in modo autoreferenziale in se stesso in uno aperto alla Comunità internazionale ed al diritto sovranazionale; b) il risalto dato al valore del pluralismo istituzionale in ciascuna delle sue forme espressive ed in tutte assieme; c) l'abbandono del modello di Stato accentrato, sostituito da uno decentrato e fondato sul riconoscimento delle autonomie locali. Si tratta, a ben vedere, di articolazioni e manifestazioni peculiari della sovranità, nel suo appuntarsi, in forme parimenti peculiari e con tipicità di effetti, in capo a plurimi centri istituzionali, abilitati – per ciò che è qui di specifico interesse – alla produzione giuridica anche di rilievo generale.

La complicazione interna all'ordine delle fonti è espressione emblematica di questo stato di cose. Si tratta, a ben vedere, di un unico, seppur internamente composito, fenomeno o – se si preferisce altrimenti dire – di due angoli visuali, quello delle istituzioni e l'altro delle fonti, da cui la medesima cosa può essere osservata e rappresentata nelle sue più salienti movenze.

In questo quadro, qui sommariamente illustrato unicamente nelle sue linee maggiormente marcate, centralità di posto avrebbe dovuto secondo modello spettare – come si diceva – al

⁸ Del moto della Costituzione ha, non molto tempo addietro, trattato M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in [Rivista AIC](#), 1/2013, 1° marzo 2013; di "evoluzione" preferisce discorrere A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, 343 ss., senza che nondimeno alla diversità di linguaggio corrispondano concetti nella sostanza parimenti diversi.



Parlamento nel sistema degli organi ed alla legge nel sistema degli atti quali fattori di unificazione-integrazione dell'ordinamento. Basti solo pensare, per un verso, all'azione di filtro esercitata in sede di formazione ed esecuzione degli atti aventi origine esterna ed idonei a variamente vincolare la sovranità dello Stato e, per un altro verso, al ruolo giocato a salvaguardia dell'unità-indivisibilità della Repubblica nel momento stesso in cui viene promossa e valorizzata l'autonomia dei soggetti del pluralismo e, in ispecie, degli enti regionali e locali, l'una e l'altro rinvenendo pur sempre nella sede parlamentare e nell'atto-fonte che ne dà la cifra maggiormente qualificante la loro emblematica espressione e conferma. Non è, poi, senza significato la circostanza per cui il Governo è stato dotato dalla Carta del potere di adottare atti aventi forza di legge, dei quali per ragioni che non possono qui essere approfondite non si può comunque fare a meno. Atti che si dispongono al piano primario della scala gerarchica proprio perché pur sempre soggetti al controllo, ora preventivo ed ora successivo, del Parlamento. La deroga, dalla Carta autorizzata, al principio della esclusiva spettanza alle Camere della funzione legislativa (art. 70) è, però, allo stesso tempo, una conferma dello stesso, dal momento che la presenza della legge si rende pur sempre necessaria, ora dando modo alla produzione normativa del Governo di potersi spiegare grazie al conferimento della delega ricevuta dalla legge stessa ed ora al fine della stabilizzazione degli effetti discendenti dall'atto governativo adottato in casi straordinari di necessità e di urgenza.

Si vedrà, poi, più avanti che siffatta centralità di posto dell'atto parlamentare non ha avuto modo di potersi affermare, quanto meno in forme e modi rispettosi del modello. E, invero, nei fatti, da un canto, si è assistito ad uno squilibrio viepiù marcato al piano dei rapporti tra Parlamento e Governo, connotato da un ruolo recessivo del primo a fronte di quello preponderante del secondo; da un altro canto, poi, la legge statale è andata incontro a sensibili alterazioni della sua originaria funzione, particolarmente vistose, oltre che sul terreno dei rapporti che essa intrattiene con gli atti del Governo, su quello dei rapporti con le leggi regionali e gli altri atti posti in essere dai soggetti di autonomia, cui pure si farà cenno più avanti. Se n'è avuto un complessivo degrado di siffatta condizione costituzionalmente garantita (in modo emblematico e riassuntivo nell'art. 5 della Carta), al punto di potersi considerare, specie in taluni ambiti materiali, pressocché dissolta.

Insomma, plurime e varie vicende hanno portato l'esperienza ad allontanarsi sempre di più dal modello, intraprendendo vie tutte sue di sviluppo, comunque dal primo discoste ed irriconoscibili alla luce del figurino costituzionale, pur nel carattere oggettivamente appannato ed opaco di alcuni suoi enunciati, aperti a forme varie e continuamente cangianti d'inveramento, secondo quanto peraltro si avrà modo di precisare meglio in seguito.



3. *L'apertura della Costituzione verso altri documenti materialmente costituzionali (in specie, le Carte dei diritti) e dell'intero ordinamento verso la Comunità internazionale ed organizzazioni sovranazionali, resa evidente al piano delle dinamiche della normazione, laddove nondimeno si registrano talune torsioni che ridondano a carico della separazione dei poteri, vuoi per lo squilibrio che viene a determinarsi tra il ruolo del Parlamento e quello del Governo e vuoi per la compressione patita dall'autonomia regionale in ordine all'adempimento degli obblighi discendenti ab extra*

Il dato che merita qui, in primo luogo, di essere messo in rilievo è la diversa conformazione del campo materiale su cui la separazione dei poteri prende forma ed ha svolgimento: secondo tradizione, delimitato entro il recinto dello Stato, nell'antichità costituito dai confini della *polis* e così pure delle varie organizzazioni politiche in cui la comunità si è storicamente riunita; con la Carta repubblicana (e similmente, negli altri Paesi, con le Costituzioni venute alla luce dopo l'immane tragedia della seconda grande guerra), si è quindi registrato un autentico salto di qualità segnato dalla coraggiosa e vigorosa apertura nei riguardi della Comunità internazionale e di organizzazioni sovranazionali, tra le quali – per ciò che è qui di specifico interesse – le Comunità europee prima ed ora l'Unione europea.

Le vicende dello Stato vanno di pari passo rispetto a quelle della Costituzione; e così come quello non è più una sfera chiusa in se stessa bensì una aperta verso l'alto (e verso l'altro), così anche questa è parimenti aperta o, se si vuole, finita e parziale, bisognosa cioè di attingere *ab extra* (e, segnatamente, da altri documenti materialmente costituzionali, in specie le Carte dei diritti⁹) quanto di più e di meglio hanno da offrirle al fine del suo incessante rinnovamento, in vista dell'ottimale servizio da rendere ai diritti fondamentali, l'autentico cuore pulsante della Costituzione, in linea con la mirabile indicazione risultante dall'art. 16 della Dichiarazione dei

⁹ Ma non si trascuri il ruolo giocato altresì da altre Carte costituzionali al fine dell'incessante rigenerazione semantica della legge fondamentale della Repubblica. Molte volte non se ne ha piena avvertenza, dal momento che l'alimentazione che ciascun documento costituzionale dà ad altri e da questi riceve si ha al piano culturale; e, tuttavia, essa non rimane senza significato, al punto di connotarsi – si è detto in altri luoghi – sia la Costituzione che le altre Carte come documenti "intercostituzionali" (ma v. i rilievi che ad un siffatto modo di vedere le cose muovono F. MEDICO, *Il doppio custode. Un modello per la giustizia costituzionale europea*, Bologna University Press, Bologna 2023, e A. MORRONE, *Corte costituzionale: fattore condizionante o elemento strutturale?* relaz. al conv. AIC su *Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana*, cit., spec. § 15 del *paper* consegnato in occasione dello svolgimento del convegno).

Si pensi solo al ruolo di "collante" al riguardo giocato dalle c.d. tradizioni costituzionali comuni, attinte dai serbatoi costituzionali degli Stati membri dell'Unione, che, una volta originalmente rielaborate ed adattate alle peculiari esigenze del processo d'integrazione sovranazionale, tornano quindi a spiegare effetti in ambito interno, a mezzo degli atti normativi dell'Unione che ad esse variamente si rifanno e, soprattutto, delle pronunzie della Corte di giustizia. Di qui, ovviamente, il cruciale rilievo della comparazione nelle pratiche sia di produzione giuridica che d'interpretazione. Il punto meriterebbe, per vero, taluni approfondimenti di ordine teorico-ricostruttivo, dei quali nondimeno, per evidenti ragioni, non può essere questa la sede.



diritti del 1789. Non mi stancherò mai di rimarcare che siffatta apertura è di cruciale rilievo proprio al fine di dar modo alla Costituzione di potersi rigenerare senza sosta, restare insomma sempre viva e adeguata a far fronte alle crescenti aspettative della comunità governata in ordine all'appagamento dei suoi più diffusi ed avvertiti bisogni. Disponendosi a dare ingresso, seppur non incondizionatamente¹⁰, ad indicazioni e suggestioni provenienti *ab extra*, la Costituzione riconosce, sì, la propria finitezza e, però, allo stesso tempo si arricchisce incessantemente, attingendo quanto di più e di meglio è dato rinvenire in seno ad altri serbatoi costituzionali al fine dell'ottimale appagamento dei bisogni suddetti, allo stesso tempo concorrendo per la sua parte (e paritariamente) all'incessante rinnovo semantico di altri documenti parimenti costituzionali.

È in questo scenario che s'inscrive e matura una teoria aggiornata della separazione dei poteri che va, pertanto, ambientata su un terreno più vasto di quello segnato dai confini dello Stato, colta cioè nella sua essenza qualificante nella dimensione dei rapporti interordinamentali: un modo di porre la questione, questo, che, con i dovuti adattamenti, vale anche per il piano dei rapporti intraordinamentali, cui si è già fatto cenno e si dirà ancora meglio a breve. E, invero, non v'è più un'articolazione del potere in seno al solo apparato dello Stato bensì plurime e reciprocamente collegate articolazioni le cui più salienti movenze si mettono a punto ed apprezzano non già nel chiuso delle dinamiche della forma di governo bensì entro la cornice più ampia dei rapporti in cui si concreta e svolge quella che ancora oggi si è soliti etichettare come la "forma di Stato", che però – anche alla luce di quanto si viene ora dicendo – sarebbe bene chiamare come "forma ordinamentale" complessiva, sì da valere anche oltre le esperienze dello Stato, nella sua ristretta e propria accezione.

È sufficiente, per il momento (e con riserva di ulteriori precisazioni che si faranno a breve), tenere conto di un dato sovente peraltro trascurato anche dalle più raffinate ed approfondite analisi; ed è quello per cui, portandosi avanti il processo d'integrazione sovranazionale e crescendo, di conseguenza, i vincoli discendenti dall'appartenenza del nostro Stato all'Unione europea¹¹, vengono sollecitate ad accentuarsi – pur se ingiustificatamente – talune torsioni, in primo luogo, al piano dei rapporti tra gli organi della direzione politica, gravando sempre di più sul Governo l'onere di far fronte all'adempimento degli obblighi connessi all'appartenenza stessa. Quand'anche, poi, il Parlamento sembri ugualmente esercitare un ruolo a prima vista non secondario al riguardo, in realtà gli atti normativi dallo stesso forgiati risultano, a conti fatti, in larga e talora esclusiva parte preconfezionati dal Governo, venendosi pertanto a

¹⁰ Come si vedrà, infatti, a momenti, l'apertura a norme aventi origine esterna è pur sempre filtrata alla luce del canone fondamentale della ottimizzazione della tutela dei beni della vita costituzionalmente protetti, in ispecie appunto dei diritti fondamentali.

¹¹ ... espressione immediata e diretta di quella vistosa spartizione della sovranità tra Stato ed Unione, sulla base delle indicazioni date dai Trattati (e, di fatto, anche oltre di esse), di cui si sono in altri luoghi rappresentati i tratti maggiormente qualificanti (v., dunque, volendo, P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*⁶, Giappichelli, Torino 2022).



determinare un cumulo di funzioni in capo a quest'ultimo problematicamente conciliabile con quella tipizzazione dei ruoli istituzionali che – come si vedrà meglio anche in seguito – è coesistente al mantenimento dell'idea di Stato costituzionale.

Si pensi solo, per fare il primo esempio che viene in mente, a ciò che si ha in occasione della formazione delle leggi di delega in genere e, in specie, della legge di delega europea, predisposta dal Governo che quindi vi dà attuazione a mezzo degli atti delegati. A stare alla tesi, come si sa risalente, che assegna alle deleghe una funzione di controllo preventivo nei riguardi dell'operato del Governo, è chiaro che, in buona sostanza, controllore e controllato finiscono con il coincidere, in palese dispregio dell'aurea regola secondo cui nel medesimo "ciclo funzionale" – per riprendere una nota formula di un'accreditata dottrina¹² – le funzioni in parola non possono presentarsi reciprocamente confuse.

In secondo luogo, il carico viepiù pesante di adempimenti richiesti dall'Unione incide in sensibile misura altresì sul riparto delle competenze in senso verticale, ritorcendosi gravemente in un pregiudizio sostanziale per l'autonomia costituzionalmente garantita delle Regioni (e degli enti territoriali minori) che ne risulta ulteriormente, fortemente contratta nel suo potenziale espressivo; e non è senza significato al riguardo la circostanza per cui non di rado discipline legislative poste in essere dallo Stato in funzione servente nei riguardi di quelle dell'Unione hanno ricevuto (e seguitano a ricevere) generoso avallo da parte degli organi di garanzia (sopra tutti, la Corte costituzionale), risultando pertanto ulteriormente rafforzato un *trend* di marcata compressione dell'autonomia regionale.

In realtà, come si è fatto in altri luoghi notare, l'adempimento degli obblighi discendenti *ab extra* avrebbe potuto (e dovuto) pienamente conciliarsi con il riparto interno delle competenze, offrendosi ad ogni buon conto alle autonomie l'opportunità di partecipare, già (e soprattutto) in fase ascendente e con un apporto sostanziale¹³, alla messa a punto della linea

¹² Il riferimento è, ovviamente, a G. SILVESTRI, *La separazione dei poteri*, II, Giuffrè, Milano 1984, spec. 245 ss. [e, su di lui, part. G. GRASSO, *Crisi economico-finanziaria, globalizzazione, teoria dei cicli funzionali (in margine a «La separazione dei poteri» di Gaetano Silvestri*, in *Rivista AIC*, 2/2015, 1° maggio 2015, 1 ss.]. Di G. SILVESTRI, v., inoltre, le precisazioni che sono ora in *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, cit.

¹³ Per vero, si rileva al riguardo una strutturale carenza del dettato costituzionale che, pur a seguito del rifacimento del Titolo V, non dà alle autonomie territoriali (e, segnatamente, a quelle regionali) il rilievo che loro spetterebbe in forza della indicazione di cui all'art. 5 della Carta che ne vuole promossa e valorizzata la condizione complessiva, proprio sul versante delle sedi e degli strumenti di partecipazione alla formazione della volontà dello Stato, recuperandosi pertanto in fase ascendente ciò che poi non di rado si perde in fase discendente, al momento cioè dell'attuazione della volontà stessa e della sua ottimale implementazione nell'esperienza. Duole, purtroppo, constatare che nei discorsi che pure ad oggi si vanno facendo in merito alle riforme istituzionali di cui il Paese ha bisogno sia completamente assente l'idea di dar voce al c.d. "regionalismo cooperativo" nella Carta costituzionale allo scopo opportunamente aggiornata, in specie "razionalizzando" il sistema delle Conferenze, fatto oggetto di riconsiderazione nei suoi connotati di fondo (in tema, per tutti, R. CARIDÀ, *Leale collaborazione e sistema delle Conferenze*, Wolters Kluwer - Cedam, Milano - Padova 2018, e L. CASTELLI, *Il sistema delle Conferenze. Terza Camera o sede di ratifica?* Il Mulino, Bologna 2023).



politica che i rappresentanti della Repubblica, nella sua articolata composizione, sottopongono quindi al vaglio dei *partners* europei. Il punto è però che le procedure al riguardo stabilite, la cui illustrazione non può qui di tutta evidenza aversi¹⁴, si sono dimostrate (e seguitano a dimostrarsi) inadeguate rispetto al fine, dandosi a conti fatti fiato a quella irresistibile vocazione all'accentramento che, pur tra alterne vicende, si riscontra in capo agli apparati centrali dello Stato, in ispecie appunto in sede governativa, e che è peraltro agevolata dalle plurime ed ingravescenti emergenze che affliggono il tempo presente¹⁵.

4. Oscillazioni ed aporie di ricostruzione dell'ordine delle fonti nella giurisprudenza costituzionale, in ispecie gli slittamenti da una prospettiva d'inquadramento sistematico d'ispirazione formale-astratta ad una assiologico-sostanziale (l'esempio, altamente istruttivo, della giurisprudenza sulla condizione della CEDU)

Come si vede e si tenterà ora di mostrare ancora meglio, dalla prospettiva delle fonti si rende immediatamente palese la tendenza degli ordinamenti a variamente collegarsi e, per quanto possibile, ad integrarsi a vicenda in misura crescente.

Il punto di vista della giurisprudenza costituzionale, cui si farà d'ora innanzi specifico riferimento, appare essere particolarmente istruttivo al riguardo, in esso rispecchiandosi nelle sue maggiori espressioni il diritto costituzionale vivente, per il modo cioè con cui le indicazioni della Carta si fanno esperienza¹⁶.

Ora, va subito avvertito che la giurisprudenza non appare scevra di oscillazioni ed esibisce ancora oggi talune gravi aporie per ciò che attiene alla ricostruzione dell'ordine delle fonti che hanno quindi la loro immediata proiezione sul versante dei rapporti istituzionali. Se ne ha riscontro tanto al piano delle relazioni interordinamentali quanto a quello delle relazioni intraordinamentali, a conferma dunque che si tratta di una questione di metodo, più (e prima ancora) che di teoria, dotata di generale valenza.

¹⁴ ... per la quale, volendo, v. il quadro di sintesi che è in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*⁶, cit., ult. cap.

¹⁵ In tema si è avuta una messe copiosa di scritti, specie a seguito della pandemia da covid-19: tra gli altri, AA.Vv., *Costituzione e pandemia. Seminari dell'a.a. 2021/2022*, a cura di G. Azzariti, Editoriale Scientifica, Napoli 2022; AA.Vv., *Modello costituzionale e trasformazione del sistema delle fonti nelle crisi economica e pandemica. Emergenza e persistenza*, a cura di A. Cardone, A. Simoncini e G. Tarli Barbieri, Editoriale Scientifica, Napoli 2023; AA.Vv., *Il governo delle nuove emergenze. La Protezione civile in tempo di Covid*, a cura di G. Cerrina Feroni e M. Morisi, Il Mulino, Bologna 2023; AA.Vv., *L'Europa e l'emergenza pandemica*, a cura di G. Cordini, ESI, Napoli 2023; S. LIETO, *Emergenza e compatibilità costituzionale tra limitazione dei diritti, concentrazione dei poteri e sicurezza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2023, e V. PIERGIGLI, *Diritto costituzionale dell'emergenza*, Giappichelli, Torino 2023.

¹⁶ Non sii trascuri, nondimeno, il ruolo nient'affatto secondario giocato dalla giurisprudenza comune e, in genere, dalle voci culturali che si rendono manifeste in seno al corpo sociale e che, peraltro, lasciano il segno altresì sugli orientamenti che vengono a formazione nelle aule in cui si amministra giustizia.



E infatti.

Per un verso, si fa luogo ad un inquadramento dei rapporti tra le fonti d'ispirazione formale- astratta, assumendosi che ogni fonte abbia un proprio "posto" nel sistema che stabilmente detenga, graficamente rappresentato ricorrendo all'immagine della scala gerarchica, pur con gli adattamenti richiesti dal criterio della separazione delle competenze, del quale si fa specifico utilizzo in relazione alle fonti di autonomia¹⁷, cui è opportuno affiancare quello che si è proposto di chiamare il principio di articolazione delle competenze in seno ad un medesimo "tipo" di fonte (e, segnatamente, alla legge¹⁸). Siffatta sistemazione ha, poi, la sua immediata proiezione al piano processuale, determinandosi di conseguenza la sede istituzionale alla cui cognizione va sottoposta la risoluzione delle antinomie tra gli atti di normazione. Si pensi solo, a quest'ultimo riguardo, al modo con cui è stata messa a punto la nozione di "valore di legge"¹⁹, quale attitudine propria solo di alcuni atti ad essere sindacati nella loro validità presso la Consulta, restandone quindi esclusi i regolamenti, quale che sia la loro effettiva *vis* normativa²⁰: un sindacato, quello posto in essere dal giudice costituzionale, che dunque linearmente ed esclusivamente discende da connotati di formale fattura posseduti dagli atti sui quali si esercita, le leggi e le altre fonti che vi sono sottoposte risultando dotate del "valore" suddetto quali che siano i contenuti di cui in concreto si dotino.

¹⁷ Va qui, ancora una volta, preso atto del debito, per vero non ancora interamente saldato, che la nostra dottrina ha nei riguardi delle magistrali ricostruzioni teoriche di C. ESPOSITO, *La validità delle leggi* (1934), rist. inalt., Giuffrè, Milano 1964; V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 775 ss.; F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I, *Teoria della Costituzione e parametro del giudizio costituzionale*, e II, *Teoria dell'atto legislativo e oggetto del giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano 1970, e L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Il Mulino, Bologna 1996. Peculiare è, poi, la proposta teorica affacciata da R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in *Il diritto costituzionale come regola e limite del potere. Scritti in onore di L. Carlassare*, I, *Le fonti del diritto*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, Napoli 2009, 35 ss. V., inoltre, utilmente, R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano 1993, e, dello stesso, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano 2010, nonché G. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, 2011, 19 ss. Infine, un chiaro quadro di sintesi può vedersi in F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Wolters Kluwer - Cedam, Milano - Padova 2023.

¹⁸ Del principio in parola si tratta nel mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977, spec. 80 ss.

¹⁹ ... a riguardo della quale v., ora, la interessante proposta teorico-ricostruttiva affacciata da L. BUFFONI, *Valore di legge*, Giappichelli, Torino 2023.

²⁰ Non è riuscita, infatti, a farsi largo e ad affermarsi la coraggiosa proposta teorica di C. MORTATI, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano 1964, favorevole al riconoscimento del valore di legge altresì ad alcune specie di regolamenti, verosimilmente per il condizionamento esercitato da una tradizione di marcata connotazione formalistica e nel timore che potesse aversene un pregiudizio irreparabile per la certezza del diritto e l'uniforme applicazione di schemi di sostanziale fattura (ma, su quest'ultimo punto, rilievi *infra*).



Per un altro verso, però, la quiete di questo schema risulta turbata dal rilievo assegnato a criteri di natura sostanziale (o, per dir meglio, assiologico-sostanziale)²¹, criteri da cui a conti fatti dipende la finale messa a punto e collocazione nel sistema dei *singoli* atti, assistendosi pertanto allo slittamento della ricostruzione dal piano delle *fonti* a quello delle *norme* o – il che è praticamente lo stesso – all’abbandono dei criteri che fanno leva sulle fonti (e sulle forme) ed alla loro sostituzione con criteri che guardano alle norme, e segnatamente alla loro attitudine ad apprestare l’ottimale tutela ai beni della vita evocati in campo dal caso, in specie ai diritti fondamentali.

Va qui, ancora una volta, messo in chiaro che è solo per il tramite dell’adozione di criteri d’ispirazione assiologico-sostanziale che si può avere il riporto del sistema (non già delle *fonti* bensì) delle *norme* all’essenza della Costituzione, i diritti fondamentali, la *teoria delle fonti* (o, meglio, appunto, delle *norme*) risolvendosi ed interamente dissolvendosi nella *teoria della Costituzione*²².

Si danno numerose tracce, sparse qua e là, dei segni lasciati da siffatta ispirazione in relazione ad alcune specie di fonti ed ai modi della loro composizione in sistema.

Si consideri, ad es., per ciò che attiene al piano delle relazioni interordinamentali, alla condizione ritenuta propria della CEDU (e, a quanto pare, di ogni altra Carta dei diritti²³).

Ebbene, si tocca qui con mano come l’iniziale sistemazione in applicazione di un criterio di formale fattura, che assegna alla Convenzione natura – si dice²⁴ – “subcostituzionale” che la porta a disporsi in un grado intermedio tra quello detenuto dagli atti costituzionali e l’altro proprio della legge e degli altri atti di grado primario, possa venire quindi abbandonata per far posto ad una sistemazione di carattere assiologico-sostanziale, dovendosi di volta in volta stabilire se ai diritti in campo sia offerta maggior tutela dalla Convenzione stessa ovvero da legge (o altro atto) con essa incompatibile. Dal punto di vista della Consulta, la presunzione gioca a favore della prima, nulla nondimeno escludendo che possa quindi assistersi al ribaltamento su se stessa di siffatta sistemazione, non già la Convenzione prevalendo sulla

²¹ Della necessità di far luogo a siffatti criteri mi sono dichiarato sin dal mio primo scritto di respiro monografico, sopra cit., 240 ss., sforzandomi di precisare meglio l’indicazione metodico-teorica ivi enunciata in più scritti venuti successivamente alla luce.

²² Riprendo qui concetti che mi sono sforzato di argomentare in altri luoghi di riflessione scientifica, tra i quali *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?* al sito [web](#) dell’AIC, nonché 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, 63 ss.; cfr. al mio punto di vista quello pure *ivi* manifestato da F. MODUGNO nello scritto dal medesimo titolo del mio.

²³ ... al di fuori di quella dell’Unione europea, dotata al pari di ogni fonte di diritto europolitano di un regime *quodammodo* assimilabile a quello proprio degli atti di forma costituzionale.

²⁴ Il riferimento – com’è chiaro – è al nuovo corso giurisprudenziale inaugurato dalle famose sentenze “gemelle” del 2007.



legge bensì questa su quella, in applicazione appunto della *Grundnorm* o – se si preferisce altrimenti dire – del *Grundwert* della massimizzazione della tutela²⁵.

Ed è interessante notare che la Corte qui non si fa più cura – a mia opinione, giustamente – di restare ancorata a criteri di formale fattura, comunemente giudicati idonei a preservare nel

²⁵ Il canone in parola è stato fatto oggetto di divergenti apprezzamenti e talvolta di riserve e critiche assai aspre, perlopiù facendosi ricorso al rilievo che i diritti sono sempre a somma zero, l'affermazione dell'uno comportando di necessità un sacrificio per un altro (o per altri). Non si tiene, però, conto della circostanza per cui la Corte delle leggi e gli operatori di giustizia in genere sono deontologicamente obbligati a ricercare la soluzione ottimale o – se si preferisce altrimenti dire – quella che in minor misura penalizza l'insieme dei beni della vita evocati in campo dal caso, fermo restando che in casi diversi la composizione degli interessi meritevoli di tutela può portare ad esiti parimenti diversi.

Ad ogni buon conto, al di là di ciò che può dirsi al piano teorico-ricostruttivo, laddove ogni punto di vista dottrinale si confronta paritariamente con gli altri, tutti comunque richiedendo rispetto, non può tacersi che i riferimenti al canone fondamentale in discorso ricorrono – come si sa – con molta frequenza nella giurisprudenza (*ex plurimis*, [Corte cost. sentt. nn. 46 del 2021](#), [54](#) e [145 del 2022](#)) ed è pertanto inconfutabile che il canone medesimo appartenga ormai allo strumentario di cui il diritto vivente si avvale e del quale non saprebbe comunque fare a meno [fra i critici maggiormente severi, è R. BIN, che vi ha ripetutamente insistito: v., spec., *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.; 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 - Padova 2020, 1 ss.; *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4/2019, 757 ss., spec. 764 e nt. 15, e, nella stessa *Rivista*, *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, 4/2020, spec. 866 ss.; in avverso, v., però, i miei [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](#), 1/2020, 8 aprile 2020, 521 ss. V., inoltre, variamente, 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; 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.; 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.; A. RANDAZZO, *Il "metaprinzipio" della massimizzazione della tutela dei diritti*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2020, 10 giugno 2020, 689 ss.; B. NASCIBENE - I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione. Un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, in [Giustizia Insieme](#), 31 marzo 2022; AA.VV. *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, a cura di C. Amalfitano, M. D'Amico e S. Leone, Giappichelli, Torino 2022; AA.VV., *I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee*, a cura di G. Lattanzi - G. Grasso - S. Lembo - M. Condinanzi - C. Amalfitano, Quad. 11 della Scuola Superiore della Magistratura, Roma 2022, nonché, con specifica attenzione alla materia penale, P. MAGGIO, *Giudicato penale e diritti fondamentali in area CEDU*, Giappichelli, Torino 2023, spec. 25 ss.; a *Il principio della massima espansione della tutela dei diritti fondamentali: Corte di cassazione CEDU e CGUE* è stata dedicata una sessione del convegno dedicato a *I cento anni della Corte di cassazione "unica"*, Roma, 28 novembre 2023].



modo migliore il valore della certezza del diritto²⁶; trapassa, piuttosto, al canone fondamentale suddetto, di pura natura assiologico-sostanziale, dando così conferma *per tabulas* del fatto che i criteri ordinatori delle norme si situano (o, come che sia, hanno la loro fonte ispiratrice) nei principi fondamentali dell'ordinamento, nel loro fare "sistema", in ispecie nei principi di cui agli artt. 2 e 3 della Carta che danno voce ai valori transepocali, seppur – ahimè – non autenticamente universali, di libertà ed eguaglianza e, in ultima istanza, dignità della persona umana.

È giusto – si diceva – che sia così, sol che si ammetta – come devesi – che l'unica certezza del diritto che davvero conti nelle più salienti esperienze di vita è quella che risulta idonea a risolversi in *certezza dei diritti*, vale a dire nella effettività della loro tutela.

Stando così le cose e portando fino alle loro ultime e lineari conseguenze le premesse da cui muove la sistemazione delle norme secondo valore, è giocoforza fare applicazione del canone della massima tutela anche al piano dei rapporti tra Costituzione e CEDU, ammettendo pertanto che possano darsi casi in cui la seconda risulti maggiormente attrezzata ed avanzata della prima e farsi valere al posto di questa²⁷. È pur vero, nondimeno, che la Corte rifugge fin dove possibile dal far ricorso alla "logica" esclusivizzante, dell'*aut aut*, che obbliga cioè a scegliere l'una Carta ed a mettere da canto l'altra, optando piuttosto, pur se talora con qualche forzatura, per la loro mutua integrazione nei fatti interpretativi, in linea peraltro con un'indicazione metodica risalente²⁸.

Come si vede, nel passaggio dalla *teoria delle fonti* alla *teoria delle norme*, può assistersi persino al ribaltamento degli schemi messi a punto in applicazione della prima.

5. Le vicende della normazione riguardate dal punto di vista della separazione dei poteri: in ispecie, il rilievo critico, stancamente ripetuto, secondo cui con il passaggio da una teoria delle fonti d'ispirazione formale-astratta ad una teoria delle norme d'ispirazione assiologico-sostanziale si avrebbe un pregiudizio grave, forse irreparabile, per la certezza del diritto e le obiezioni che possono ad esso opporsi, alla luce del canone fondamentale della ottimizzazione della tutela dei beni della vita costituzionalmente protetti

²⁶ Marcatamente sottolineato il rilievo del valore in parola, di recente, da M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Certezza del diritto e separazione dei poteri nella riflessione costituzionalistica*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2023, spec. 41 ss.

²⁷ Questa evenienza è espressamente presa in considerazione, ad es., in [Corte cost. sentt. nn. 140 e 213 del 2021](#).

²⁸ Già in [Corte cost. sent. n. 388 del 1999](#) si rinviene la ispirata affermazione secondo cui la Costituzione e le Carte internazionali dei diritti "si integrano reciprocamente nella interpretazione". Di questa indicazione si è, di recente, fatto utilizzo, tra le altre, in [Corte cost. sentt. nn. 49 e 84 del 2021](#), [54](#), [145](#) e [198 del 2022](#).



Ora, riguardata questa vicenda dal punto di vista dei riflessi che essa è in grado di avere nei riguardi del principio della separazione dei poteri, parrebbe che quest'ultimo si trovi esposto a maggiori rischi di quelli ai quali può andare incontro laddove dovesse farsi esclusivo utilizzo a finalità sistematica di criteri d'ispirazione formale-astratta che si ritiene portino ad automatiche o meccaniche applicazioni, nel segno della uniformità pur nel variare dei casi. E ciò, per il fatto che su ogni criterio di natura sostanziale grava l'ipoteca della soggettività delle valutazioni, specie laddove le stesse si abbiano su un terreno scivoloso e gravido d'insidie, qual è appunto quello in cui si fa valere il principio della massimizzazione della tutela. Di qui, dunque, il rischio di usi non appropriati del *munus* della giurisdizione per il cui tramite il principio in parola ha modo d'inverarsi in occasione della risoluzione di talune spinose questioni che si pongono nell'esperienza, usi ora per difetto ed ora per eccesso, dai quali ultimi in ispecie si determina l'innaturale conversione dei garanti in decisori politici.

Il rilievo è serio, molto serio, e merita perciò la massima considerazione; e, tuttavia, due notazioni devono subito essere al riguardo fatte.

La prima è che la pratica giuridica, pur laddove si faccia utilizzo di criteri di formale fattura, è ugualmente intrisa di applicazioni soggettive non poche volte foriere di errori e, diciamo pure, di guasti non lievi, con pregiudizi talora irrimediabili a carico dei diritti. Per restare sul terreno su cui maturano le vicende della normazione, si pensi solo ai casi in cui si tratti di stabilire se si sia avuta abrogazione tacita di una norma da parte di un'altra norma; in generale, si ponga mente alle pratiche della interpretazione, pur sempre imbevute di un tasso ora maggiore ed ora minore di soggettività e, perciò, esposte ad errori di vario segno. Errori rimediabili, nelle pratiche di giustizia, per effetto del sistema dei gravami, ma pur sempre fino ad un certo punto, nulla escludendo che essi si commettano proprio nelle sedi di ultima ovvero unica istanza, qual è quella in cui si amministra la giustizia costituzionale. La seconda è che le applicazioni del canone della massimizzazione della tutela dispongono pur sempre di risorse idonee ad assicurarne la stabilità ed uniformità, in ispecie laddove si consolidino in diritto vivente. Il "dialogo" tra le Corti si presta specificamente a questo scopo, dal momento che, pur assistendosi talora a divergenze anche marcate di orientamento tra gli operatori di giustizia, col tempo ne vengono però maggiormente agevolate le convergenze e persino la sostanziale identità di vedute, tanto più laddove le pratiche interpretative riguardino le Carte dei diritti (e, tra queste, la stessa Costituzione), sollecitate – come si faceva poc'anzi notare – ad integrarsi reciprocamente nei fatti interpretativi. Ciò che, ad ogni buon conto, importa è che la giurisdizione ha nel suo DNA costitutivo e qualificante la vocazione a convertirsi nella pratica giuridica e per le sue esigenze in *giustizia*, nel senso tondo e pieno del termine; e può farlo solo ricercando, nello scrupoloso rispetto delle norme che presiedono al suo esercizio²⁹, ogni

²⁹ Un autentico nervo scoperto e talora dolente, questo, su cui giova fermare l'attenzione e su cui per taluni aspetti, con specifico riguardo ai giudizi che prendono forma presso la Consulta, si tornerà più avanti.



soluzione possibile che dia modo ai diritti di farsi valere al massimo del loro potenziale espressivo.

6. *La conferma della necessità di passare da un sistema delle fonti di formale fattura ad un sistema di norme assiologicamente connotato: l'esemplare testimonianza che ne danno la teoria dei limiti alla revisione costituzionale e la teoria dei "controlimiti" all'ingresso in ambito interno di norme sovranazionali*

Ora, il canone della ricerca della ottimale tutela dei diritti (e, per ciò stesso, dell'affermazione *magis ut valeat* della Costituzione) – è questo il punto di cruciale rilievo che merita qui di essere in modo fermo fissato – possiede generale valenza, segnando a fondo le vicende della normazione in genere come pure quelle della giurisdizione e di ogni altra pratica di diritto. Di qui, dunque, la conferma della necessità di trapassare dal *sistema delle fonti* ricostruito in prospettiva formale-astratta ad un *sistema di norme* che si fa ed incessantemente rinnova per il modo con cui le norme stesse si dispongono a dare appagamento – il massimo possibile alle condizioni oggettive di contesto – ai bisogni evocati in campo dai casi, riguardati alla luce dei valori costituzionalmente positivizzati.

La inservibilità degli schemi d'inquadramento sistematico di formale fattura è testimoniata *per tabulas* dalla teoria dei limiti alla revisione costituzionale, laddove viene contestata in radice l'idea secondo cui la forza delle fonti discende dalla forma di cui le stesse sono dotate. Dal medesimo documento normativo, infatti, si ritiene comunemente che si desumano norme provviste di forza graduata nel loro porsi in rapporto con gli atti dalla stessa Carta abilitati alla innovazione costituzionale. Mi preme al riguardo fare qui, ancora una volta, notare la stranezza o, diciamo pure, la vera e propria contraddizione che si coglie nella giurisprudenza corrente (e nei suoi benevoli *laudatores*) costituita dal fatto che l'inquadramento delle dinamiche che si svolgono al piano apicale delle esperienze di normazione è operato muovendo da una prospettiva assiologico-sostanziale pura, qual è appunto quella che porta a distinguere norma da norma costituzionale, assumendo che risultino provviste di una forza graduata, laddove poi l'intero ordinamento è usualmente rivisto in prospettiva formale-astratta, nell'assunto – come si è venuti dicendo, a mia opinione errato – che ogni fonte abbia un proprio "posto" nel sistema, immutabile *usque ad aeternitatem* ed invariante perciò rispetto ai contenuti contingentemente posseduti.

Viene così a determinarsi un autentico salto metodico, un mutamento di prospettiva appunto, che non lascia indenne poi l'assetto teorico-ricostruttivo.

Di contro, portando fino ai loro ultimi e conseguenti svolgimenti le premesse metodiche fissate, anche la teoria dei limiti alla revisione costituzionale richiede di essere rimessa a punto in applicazione della *Grundnorm* della ottimizzazione della tutela. La conclusione è allora piana



in sede teorica, pur se – si conviene – non poco incerta in ordine alle sue verifiche nell’esperienza. Ogni innovazione è, infatti, possibile (e persino doverosa³⁰) laddove porti all’esito di un’accresciuta affermazione della Costituzione come “sistema”, al potenziamento cioè del suo patrimonio assiologico e, dunque, con riguardo alle singole esperienze processuali, all’ottimale appagamento dei beni della vita evocati in campo dai casi.

Altamente istruttiva, al riguardo, la vicenda dell’aggiornamento operato dell’art. 9 (e 41) della Carta, con il riferimento ora fatto alla salvaguardia dell’ambiente e dell’ecosistema, oltre che alla protezione degli animali. Al di là dei divergenti punti di vista manifestati in merito all’innovazione in parola, può ritenersi ormai provato che si sia trattato di una dilatazione dell’area materiale originariamente descritta dall’enunciato costituzionale e, allo stesso tempo, della sua specificazione concettuale in linea di continuità evolutiva rispetto alle originarie indicazioni costituzionali. Non, dunque, una revisione nel segno della rottura bensì una a finalità espansiva³¹.

L’obiezione talora fatta che ogni aggiunta ad un principio può comportare sacrifici ulteriori per i principi restanti, di cui si abbia quindi riscontro in occasione delle operazioni di bilanciamento poste in essere nelle aule in cui si amministra giustizia (in specie presso la Consulta), può essere, a mio modo di vedere, superata con il rilievo che è proprio grazie a siffatte addizioni nel segno della continuità che si dispone di risorse ulteriori da mettere a frutto nell’esperienza e per le più avvertite esigenze che in essa si manifestano. Il patrimonio assiologico, insomma, si arricchisce e quanto in esso si rinviene può (e deve) essere speso a beneficio dei beni della vita costituzionalmente protetti (dei diritti fondamentali, appunto), sempre che ovviamente se ne faccia buon uso, azionando secondo ragionevolezza gli strumenti messi a disposizione dall’ordinamento.

Le considerazioni appena fatte, a motivo del carattere *allgemeigültig* del canone della massimizzazione della tutela, possono a mia opinione valere altresì per le annose e vessate questioni che si pongono in ordine al primato del diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario sul diritto interno ed ai “controlimiti” eventualmente opponibili all’ingresso del primo³².

³⁰ Si è in altri luoghi argomentata la tesi secondo cui, al ricorrere di talune circostanze, s’impone la modifica della Costituzione, per quanto avverso gli obblighi di *facere* rimasti inadempiti non vi sia, a conti fatti, rimedio che tenga. La qual cosa, nondimeno, non toglie che possa dirsi provata la doverosità del comportamento, in ultima istanza rimessa, in ordine al suo effettivo riscontro, alla convinta e fattiva adesione alla fedeltà alla Repubblica, secondo quanto si tenderà di mostrare ancora meglio più avanti (sul principio in parola, dopo i noti studi di G. Lombardi e L. Ventura, v., part., quelli di A. MORELLI, in specie il suo *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013).

³¹ Degli aggiornamenti dei principi fondamentali miranti al conseguimento del fine in parola si discorre nel mio [I principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale tra interpretazioni storicamente orientate e revisioni a finalità espansiva](#), in questa [Rivista](#), 2022/II, 473 ss.

³² Riferimenti con riguardo alla prima, nella ormai copiosa lett., possono aversi da F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell’europizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012, e L.S. ROSSI, *Il principio del primato come “regola di coesione”*



Ancora una volta, infatti, non è corretto discorrere della soggezione delle norme sovranazionali ai principi fondamentali dell'ordinamento senza aver previamente verificato in concreto se l'eventuale incompatibilità delle une rispetto a questo o quel principio non possa comunque tradursi in un ottimale servizio prestato ai principi stessi visti nel loro insieme, nel loro fare cioè "sistema". È sempre e solo – come si vede – una questione di bilanciamento, dovendosi soppesare il costo che si ha per effetto di un'antinomia normativa comunque circoscritta con i benefici che possono discendere dall'ingresso della norma sovranazionale, per l'appagamento che ne può conseguire ai diritti in ragione del fatto che quest'ultima può dimostrarsi servente la tavola dei principi fondamentali complessivamente considerata in una misura ancora accresciuta rispetto a quella che si dava prima dell'ingresso stesso.

Si tenga, poi, conto di un dato sul quale peraltro si tornerà a breve, che riguarda le sedi istituzionali in cui le antinomie in parola si trovino ad essere risolte e, per ciò pure, le tecniche decisorie messe in atto al fine della loro risoluzione.

Non intendo ora riprendere la vessata questione della doppia pregiudizialità, cui dunque non riservo qui neppure un cenno, anche al fine di non tornare ad esporre concetti ancora di recente altrove rappresentati³³. Mi limito solo a rilevare che altro è ciò che si ha laddove, in presenza di norme sovranazionali *self-executing*, si faccia subito luogo alla disapplicazione diretta di norme nazionali con le prime incompatibili ed altra cosa che si chiami in campo il tribunale costituzionale perché – ricorrendone le condizioni – proceda all'annullamento delle prime, salvo ovviamente il caso di esposizione dei "controlimiti". Ciò che, a rigore, fa a pugno con la regola secondo cui, in presenza di norme eurounitarie autoapplicative, vanno pur sempre messe senza indugio da canto le norme di diritto interno con esse incompatibili, *quale che sia la fonte da cui le prime sono desunte*³⁴. È interessante comunque notare che l'entrata

dell'ordinamento dell'Unione europea, in [Quaderni AISDUE](#), fasc. spec. 1/2024, 1° marzo 2024; ad essa strettamente legata è, poi, come si sa, la seconda questione, sulla quale 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 L. PASQUALI, *Corti costituzionali, applicazione del diritto internazionale e controlimiti*, in *La Comunità internaz.*, 4/2022, 605 ss.

³³ V., dunque, volendo, il mio [Ancora in tema di tecniche di risoluzione delle antinomie tra norme interne e norme sovranazionali self-executing \(a prima lettura di Corte cost. n. 15 del 2024\)](#), in questa *Rivista*, 2024/I, 301 ss., laddove non ho taciuto la mia preferenza per l'esito favorevole al cumulo dei rimedi di risoluzione delle antinomie tra norme sovranazionali e norme interne, tuttavia a mia opinione praticabile solo in prospettiva *de iure condendo*.

³⁴ E, invero, non sta scritto da nessuna parte nei trattati che si debba al riguardo fare eccezione per le norme della Carta di Nizza-Strasburgo o di fonte sovranazionale ad essa *quodammodo* connessa, come invece si vorrebbe da parte della Consulta dopo la [sent. n. 269 del 2017](#) e pur con i temperamenti ad essa apportati dalla successiva giurisprudenza.



sulla scena dei controlimiti sta a testimoniare che le antinomie possono trasmettersi da un grado all'altro della scala gerarchica, laddove si abbia appunto riscontro di "coperture" di valore offerte dai principi fondamentali dell'ordinamento a beneficio di norme di primo grado (e persino a queste subordinate).

Ancora una volta la *Grundnorm* della ottimale affermazione della Costituzione come "sistema" di valori fondamentali positivizzati porta al ribaltamento di uno schema d'inquadramento sistematico d'ispirazione formale-astratta. È così, infatti, che norme usualmente considerate di rango "paracostituzionale" o costituzionale *tout court*, quali sono appunto quelle eurounitarie, possono trovarsi a dover recedere davanti a norme interne di primo grado, grazie appunto allo scudo protettivo formidabile di cui queste ultime si reputino essere, in relazione ad una data vicenda processuale, dotate.

Si dirà che anche le norme dell'Unione sono, a loro volta, provviste di "copertura", secondo dottrina e giurisprudenza correnti ad opera dell'art. 11, con la conseguenza che l'antinomia tra le norme direttamente coinvolte dal conflitto ridonda e si converte in un'antinomia tra il principio fondamentale di cui all'art. ora cit. ed altri principi ancora che, in tesi, si assumano dare "copertura" alla norma nazionale.

In realtà, l'art. 11 esaurisce la sua funzione nel dar modo, in via di principio, alla norma sovranazionale di spiegare effetti in ambito interno. L'antinomia al massimo grado di positività giuridica si ha unicamente se (ed in quanto) entrambe le norme reciprocamente incompatibili possano vantare protezione da parte di principi fondamentali di natura sostantiva, non già esclusivamente da norme strumentali, sulla produzione giuridica, quale per effetto di una consuetudine culturale ormai consolidata si ritiene essere la norma di cui all'art. 11.

Si torna così al punto di partenza, la partita tra le norme in reciproco conflitto risolvendosi unicamente in forza del canone della miglior tutela.

Per fare ancora un riferimento, in chiusura sul punto, alla questione sopra accennata, è chiaro che non è la stessa cosa che il canone in parola sia fatto valere da questa o quella sede istituzionale ed a mezzo di questa o quella tecnica decisoria. Ciò ha, però, riguardo solo alla portata degli effetti prodotti dalla tecnica stessa, alla tempestività della sua messa in atto e, insomma, a quant'altro ha rilievo al piano processuale, ma non rileva al piano metodico-teorico o – se si preferisce altrimenti dire – al piano della prospettiva da cui far luogo alla osservazione delle dinamiche della normazione, se cioè debba aversi facendosi utilizzo di schemi di formale fattura ovvero – come qui pure si viene dicendo – di schemi d'ispirazione assiologico-sostanziale.

7. Vicende della normazione alla luce del "metaprinzipio" della massimizzazione della tutela (cenni al rilievo in ambito interno delle norme generalmente riconosciute della Comunità internazionale ed alla successione di norme nel tempo)



Dopo le cose dette, non occorre indugiare a lungo in svolgimenti argomentativi a dimostrazione della operatività dello schema metodico-teorico appena illustrato.

Mi limito, dunque, solo a brevi cenni in relazione ad un paio di questioni un tempo – come si sa – animatamente discusse e delle quali, per vero, ancora oggi alcuni profili meriterebbero ulteriore approfondimento.

Si pensi, ad es., ai rapporti tra norme internazionali generalmente riconosciute e norme interne. Ancora una volta, non può né predicarsi la soggezione sempre e comunque delle prime ai principi fondamentali dell'ordinamento né la loro prevalenza per sistema nei riguardi delle norme di rango primario e delle stesse norme costituzionali anteriori ed inespresse di principi. In astratto, insomma, come sempre, nulla può dirsi; è solo in concreto (ed alla luce del canone fondamentale della miglior tutela) che si può (e deve) definire la partita³⁵.

Così è pure per ciò che attiene ai limiti all'abrogazione tra norme astrattamente pariordinate e persino tra norme astrattamente gerarchizzate, laddove quella venuta successivamente alla luce si dimostri idonea a prendere subito il posto della norma anteriore.

La giurisprudenza costituzionale ha – come si sa – stabilito la sussistenza di limiti all'abrogazione con specifico riguardo al referendum, segnatamente laddove lo stesso dovesse prendere di mira norme che danno una “tutela minima” a beni costituzionalmente protetti. Come si è però tentato di mostrare in altri luoghi, non si vede come non riconoscere la generale valenza del limite in parola che, se c'è – come c'è –, non lo si deve allo strumento utilizzato per produrre l'effetto abrogativo (nella specie, una pronuncia popolare) bensì, appunto, al fatto in sé di trovarsi in presenza di una minaccia a beni della vita bisognosi comunque di protezione. Ed è allora chiaro che, laddove la minaccia stessa, dovesse venire da una legge (si badi: persino di rango costituzionale), lo scudo protettivo eretto dai principi fondamentali a protezione della norma attaccata si azionerebbe ugualmente.

Similmente, *mutatis mutandis*, con riferimento alle norme che stabiliscono i “livelli essenziali” delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali, di cui all'art. 117, comma 2., lett. m)³⁶, parimenti bisognose di essere messe al riparo da qualsiasi insidia sia loro recata e da qualunque fonte provenga (una volta di più, anche se di rango costituzionale).

E, ancora, si considerino i casi in cui il limite alla produzione dell'effetto abrogativo si giustifichi in nome della tutela dell'affidamento³⁷: a conferma del fatto che una disciplina

³⁵ Quanto si è, insomma, venuti dicendo a riguardo del rilievo in ambito interno delle norme dell'Unione può, per l'aspetto ora considerato, pari pari valere altresì per le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute.

³⁶ ... il cui rilievo – come qui pure si viene dicendo – non si esaurisce al solo piano del riparto delle competenze tra leggi statali e leggi regionali ma possiede generale valenza, specie per ciò che concerne l'avvicendamento delle norme statali nel tempo.

³⁷ Tra le altre, di recente, [sentt. nn. 188 del 2022](#) e [216 del 2023](#) e, in dottrina, F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018.



legislativa anteriore, sempre che provvista di “copertura” da parte di valori fondamentali dell’ordinamento, una qualche capacità di vincolo è pur sempre in grado di esprimerla a carico di quelle sopravvenienti³⁸. L’aspettativa nutrita dalla comunità governata si dispone, infatti, sotto l’ombrello protettivo della *coppia assiologica fondamentale* – come a me piace chiamarla –, di cui agli artt. 2 e 3 della Carta; ed è allora chiaro che, stando così le cose, ancora una volta neppure con legge costituzionale se ne potrebbe avere l’incisione, la “copertura” in parola obbligando alla messa da canto di ogni sistemazione degli atti in base a criteri di formale fattura e richiedendo piuttosto di essere colta ed apprezzata nella sua essenza qualificante in prospettiva assiologicamente ispirata.

E così via dicendo. Non occorre indugiare ora in ulteriori esemplificazioni, una volta che risulti chiaro (perlomeno, si spera...) lo schema metodico-teorico utilizzabile per la osservazione delle più salienti vicende della normazione e per la finale sistemazione delle norme evocate in campo dai casi.

Giova piuttosto soffermarsi, ancora per un momento, sul fine verso il quale l’operatore di turno è sollecitato a volgere lo sguardo e sul mezzo appropriato a raggiungerlo.

Se, dunque, obiettivo primario – come si è venuti dicendo – è l’ottimale affermazione della Costituzione come “sistema” di valori fondamentali positivizzati, non possono esservi dubbi a riguardo del fatto che occorre risolutamente puntare sull’appagamento dei diritti fondamentali, nei quali – come si rammentava – è il cuore pulsante di ogni Costituzione di tradizioni liberali.

8. La razionalizzazione dei “nuovi” diritti fondamentali: il modello, i suoi vistosi scostamenti nell’esperienza e i riflessi che se ne hanno a carico della separazione dei poteri

Avuto, poi, specifico riguardo ai c.d. “nuovi” diritti³⁹, si è tentato di mostrare in altri luoghi che il loro riconoscimento, nella sua ristretta e propria accezione, siccome cioè riferito alla *inventio* dei diritti stessi e, dunque, all’attività posta in essere al fine della loro emersione dagli strati più profondi del corpo sociale nei quali matura la loro gestazione, dovrebbe aversi a mezzo di norme di forma costituzionale, in occasione della cui formazione possano riscuotersi i più larghi consensi in seno alle assemblee in cui ha sede la rappresentanza politica. D’altro canto, se si conviene a riguardo del fatto che l’indice maggiormente attendibile della

³⁸ Si riportano a questa “logica” anche i casi di limiti alla retroattività delle leggi, in vista pur sempre dell’ottimale appagamento di beni della vita costituzionalmente protetti (v., ad es., [sent. n. 145 del 2022](#); in dottrina, di recente, C. DI MARTINO, *Le leggi retroattive*, Editoriale Scientifica, Napoli 2023).

³⁹ Le virgolette si devono al fatto che ogni diritto fondamentale è veramente tale se ed in quanto si dimostri godere della “copertura” della coppia assiologica fondamentale suddetta, ponendosi dunque quale filiazione immediata e diretta dei principi fondamentali di libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità della persona umana).



sussistenza di un “nuovo” diritto – come si è tentato di mostrare altrove – è dato dalla formazione di *consuetudini culturali* che lo riconoscano⁴⁰, è solo nella maggioranza larga (e, meglio ancora, larghissima) di cui si abbia riscontro in seno alle assemblee che danno voce alla volontà popolare che le consuetudini in parola possono rispecchiarsi nel migliore dei modi⁴¹. Se ne ha che stabilire quali siano i più diffusi ed avvertiti bisogni elementari della persona, i diritti fondamentali appunto, è compito specifico e qualificante di tali sedi istituzionali e delle forme suddette, e non di altre. Ai pratici del diritto, poi, tocca far luogo alle combinazioni delle norme e, dunque, ai bilanciamenti tra i diritti dalle stesse previsti, in ragione dei casi; e si è veduto essere operazione particolarmente impegnativa e non di rado sofferta.

Si dà, insomma, una naturale spartizione dei compiti – ed è proprio in ciò che prende forma la separazione dei poteri sul terreno della salvaguardia dei diritti – tra legislatore e giudici, ed anzi, ulteriormente specificando, tra legislatore costituzionale, cui compete far luogo alla *inventio* dei diritti, e legislatore comune che, intervenendo in seconda battuta, è chiamato a dare la opportuna specificazione-attuazione della disciplina *per principia* data con fonte costituzionale. Ed è solo dopo che quest’ultima sia venuta alla luce che dovrebbero entrare in campo i pratici del diritto, in ispecie appunto i giudici, ciascuno per la propria parte (e restando nel recinto delle competenze assegnategli) dovendo assicurare protezione ai diritti che siano stati fatti oggetto di lesioni, da parte dei pubblici poteri come pure dei privati⁴².

Approfondendo ancora di più lo studio, ci si avvede che la coppia principi-regole, pur nella incertezza che la contraddistingue, specie nella zona – per dir così – di confine, in cui i primi degradano nelle seconde, si riproduce assai di frequente nell’esperienza giuridica, in linea peraltro con talune sommarie indicazioni al riguardo date dal modello costituzionale. La si rinviene anche in seno alla legislazione comune (ad es., al piano dei rapporti tra leggi di delega e decreti legislativi o a quelli tra leggi statali e leggi regionali di potestà ripartita, su cui ci si intratterrà più avanti); e la si rinviene altresì in talune pratiche giurisprudenziali, quali quelle che si hanno in occasione della venuta alla luce di pronunzie additive di principio⁴³ che si indirizzano, in prima battuta, al legislatore, sollecitato a dare attuazione alle indicazioni somministrategli dal giudice costituzionale e che, però, nel frattempo investono anche i giudici

⁴⁰ V., ancora di recente, il mio *La “fondamentalità” dei diritti fondamentali*, in [Diritti Comparati](#), 3/2023, 17 novembre 2023, 135 ss.

⁴¹ Se pure, dunque, non possa escludersi l’eventualità di innovazioni costituzionali imposte dalla maggioranza di turno alle opposizioni, il suo riscontro con riguardo alla razionalizzazione dei nuovi diritti sarebbe contraddittorio, incongruo rispetto alle consuetudini culturali in parola, in tesi esistenti.

⁴² Nei fatti, come ha fatto acutamente notare R. ROMBOLI, [Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri](#), in questa [Rivista](#), 2023/III, 812 ss., spec. 829 ss., con specifico riguardo ai rapporti tra Corte costituzionale e legislatore, si è assistito ad un autentico ribaltamento dei ruoli, passando da “un parlamento che agisce e la Corte che reagisce ad una Corte che agisce ed un parlamento che reagisce”.

⁴³ ... alle quali possono, per l’aspetto ora in rilievo, accostarsi le decisioni-pilota della Corte EDU.



(non solo l'autorità remittente ma anche gli altri operatori di giustizia), essi pure sollecitati a dar vita ad un'attività che è, *in nuce*, essa stessa normativa, pur se sprovvista di efficacia generale⁴⁴, proprio perché non meramente *applicativa* bensì appunto *attuativa* delle indicazioni suddette⁴⁵. Come si vede, dello sforzo volto alla tipizzazione dei ruoli si ha traccia nel modello costituzionale ed anche in talune esperienze, sul versante battuto dai decisori politici come pure su quello su cui esercitano il loro *munus* i garanti. Per questo verso, dunque, il principio della separazione dei poteri ha modo di lasciare un segno della propria presenza. Il punto è, però, che i connotati maggiormente salienti del modello faticano ad affermarsi ed a farsi fino in fondo valere proprio in relazione alle vicende che si situano al cuore della materia costituzionale, riguardando i diritti fondamentali, i modi del loro riconoscimento e della loro tutela.

E, invero, nei fatti, le cose non vanno così come vorrebbe il modello, qui nuovamente, sinteticamente rappresentato. A motivo delle strutturali carenze che affliggono le sedi della rappresentanza, da tempo e con varietà di toni denunciate in dottrina⁴⁶, i pratici (e, segnatamente, i giudici) si sono trovati a dover dar vita ad una innaturale attività di "supplenza" – come suole essere chiamata – nei riguardi del legislatore (costituzionale e persino comune). E così, ancora prima di far luogo alla combinazione delle norme al fine di dare l'ottimale ristoro ai diritti a seconda dei casi, i giudici hanno di fatto dovuto adempiere ad un'attività di *inventio* e di vera e propria disciplina dei diritti.

⁴⁴ Un'antica dottrina – come si sa – reputava essere caratteri tipici delle norme giuridiche quelli della loro generalità ed astrattezza; già, però, in tempi risalenti era stata rilevata la gracilità teorica delle basi fondative di siffatta ricostruzione, tant'è che i caratteri suddetti erano stati sostituiti da quello della novità, esso pure nondimeno scivoloso ed incerto (su tutto ciò, riferimenti, volendo, nel mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, cit., 26 ss. e 41 ss.).

⁴⁵ Rinviene ad oggi nell'applicazione delle leggi il *quid proprium* della giurisdizione 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, 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.; v., infine, le precisazioni teoriche ora sono in *Ogni cosa al suo posto*, cit., 147 ss.

⁴⁶ Riferimenti ed indicazioni, tra gli altri, in G. MOSCHELLA, [Crisi della rappresentanza politica e deriva populista](#), in questa *Rivista*, 2019/II, 249 ss.; F. SALMONI, *Crisi della rappresentanza e democrazia: l'antiparlamentarismo e i corsi e ricorsi dei populismi*, in *Rivista AIC*, 4/2020, 14 dicembre 2020, 517 ss.; P. LOGROSCINO, [Complessità del governare, qualità dei politici e ruolo dei partiti. Note in tempo di pandemia](#), in questa *Rivista*, 2021/II, 406 ss.; M.G. RODOMONTE, *Il Parlamento oggi: dalla centralità alla marginalizzazione?* in *Nomos*, 3/2021, 1 ss.; I. CIOLLI, *La rappresentanza politica. Recenti trasformazioni di una categoria ineludibile*, in *Lo Stato*, 18/2022, 129 ss.; 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.; v., inoltre, i contributi alla Giornata di studi in onore di F. Lanchester, svoltasi il 15 giugno 2022, su *Trasformazioni della rappresentanza tra crisi di regime, integrazione europea e globalizzazione*, in *Nomos*, 2/2022, nonché quelli al convegno AIC su *Le dinamiche della forma di governo nell'Italia repubblicana*, cit.



È qui il *punctum crucis* della questione ora discussa. In non poche circostanze, infatti, viene a determinarsi una confusione tra i poteri nel medesimo “ciclo funzionale” – per riprendere una nota indicazione teorica già richiamata –, dal momento che lo stesso operatore di giustizia dapprima fa luogo al riconoscimento di un nuovo diritto, di poi ne prefigura il regime e, quindi, procede al suo bilanciamento con altri diritti, vecchi o nuovi che siano: pone in un primo tempo i principi, poi le regole che ne danno la specificazione-attuazione, infine giudica e stabilisce il finale assetto dei bisogni primari della persona umana.

L'osservazione delle tecniche decisorie poste in essere dalla giurisprudenza avvalora sempre più di frequente questa tendenza, i garanti non di rado facendosi decisori politici, tanto quando prendono il posto di questi ultimi quanto allorché offrono un generoso avallo ad atti dagli stessi adottati e devianti dall'alveo costituzionale: in un caso e nell'altro, infliggendosi, in spregio del principio della separazione dei poteri, gravi *vulnera* alla Costituzione.

Né vale opporre che ciò che solo conta è il raggiungimento del fine – l'ottimale appagamento dei diritti –, quale che sia poi il mezzo allo scopo adoperato, pur dunque laddove dovesse aversi il sacrificio della separazione in parola. La definizione di Costituzione data nell'art. 16, dietro cit., nella sua lapidaria e mirabile concisione, è di una cristallina chiarezza e non lascia scampo a manovre tendenti ad aggirarla o, come che sia, a svuotarla di significato, la Costituzione stessa non potendosi affermare laddove risulti monca di una delle due gambe su cui si regge e cammina lo Stato che da essa prende il nome. È, insomma, di tutta evidenza che per pervenire alla meta occorre utilizzare il mezzo giusto, quello appunto della separazione dei poteri, non già fare a pezzi il veicolo che – solo – consenta di pervenire alla prima⁴⁷.

9. Casi particolarmente vistosi d'innaturale conversione del massimo garante della legalità costituzionale in un decisore politico (con particolare riferimento al sindacato, in sede di giudizio sulle leggi, su norme non risultanti da atti di produzione giuridica, al superamento del limite delle “rime obbligate” in occasione del rifacimento dei testi di legge, ad usi abnormi della tecnica della interpretazione conforme, alla abolizione delle “zone franche” di cui si aveva un tempo riscontro)

Di contro, l'esperienza ci consegna, specie nel tempo a noi più vicino, non pochi esempi di scostamento non soltanto – come si è veduto – della legislazione ma anche della giurisdizione dalle regole stabilite per il suo esercizio; e la cosa, grave in sé, lo è particolarmente in relazione alle pronunzie dei giudici non soggette ad impugnazione, quali quelle emesse dalla Consulta.

⁴⁷ Da una prospettiva di ordine generale, è stato opportunamente rilevato da un'accreditata dottrina (A. PUGIOTTO, *Dalla “porta stretta” alla “fuga” dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 169) che “i fini non giustificano mai i mezzi, perché sono sempre i mezzi a prefigurare i fini”.



Non si discute qui del fatto che la sottrazione a gravame in parola debba aversi, non potendosi fare a meno di una sede in cui si fissino dei punti fermi, non controvertibili, dai quali la comunità tutta (e non solo gli operatori istituzionali) possano attingere “verità” costituzionali alle quali fare riferimento nel corso delle pratiche in genere aventi giuridico rilievo. Ed allora è chiaro che proprio dai giudici deputati a somministrarle ci si attende una scrupolosa osservanza dei canoni sul processo⁴⁸, risultando altrimenti gravemente sacrificato lo stesso riconoscimento della giurisdizione, in una delle sue più qualificanti espressioni (forse, anzi, proprio in quella più qualificante di tutte, pur nella sua peculiare connotazione⁴⁹).

È doveroso ribadire ancora una volta, prima di far luogo ad alcuni esempi che, a mia opinione in modo lampante, danno testimonianza di quanto si viene ora dicendo, che l’indebita, innaturale conversione della giurisdizione in decisione politica, incidendo sulla separazione dei poteri, si traduce in un autentico *boomerang* per i diritti e, per ciò stesso, per la Costituzione.

Si pensi, ad es., al caso di cui a [Corte cost. sent. n. 238 del 2014](#) con cui, in dispregio della chiara indicazione data dall’art. 134 della Carta in ordine all’oggetto del giudizio di costituzionalità, si è ammesso che la cognizione della Corte potesse appuntarsi non solo su atti ma anche su fatti di produzione giuridica (nella specie, come si sa, su una disciplina di diritto internazionale ricadente nell’area materiale di cui all’art. 10, comma 1, Cost.).

La vicenda è assai nota e non occorre qui nuovamente rammentarla⁵⁰. L’obiettivo dichiarato del giudice costituzionale era quello di dare un qualche ristoro a persona che aveva molto patito per effetto dei crimini di guerra commessi dai nazisti. È però di tutta evidenza che è stato (ed è) improprio portare alla cognizione della Consulta, in sede di giudizio sulle leggi e atti a queste equiparati, una questione avente ad oggetto norme di diritto non scritto. Si era qui, insomma, in presenza di una radicale incompetenza del giudice costituzionale ad essere investito del caso, resa palese dalla parte motiva della pronuncia che, per le ragioni ora

⁴⁸ Raguagli a riguardo dei modi con cui la Corte delle leggi fa uso (e non uso...) dei canoni in parola, con specifica attenzione al giudizio in via incidentale, possono, volendo, aversi dal mio *La Corte costituzionale e il processo incidentale, tra regole e regolarità*, in *Quad. cost.*, 2/2022, 325 ss.

⁴⁹ ... risultante – come suol dirsi – dalla doppia “anima”, politica e giurisdizionale, usualmente considerata propria dell’organo [riferimenti, per tutti, in 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, e, più di recente, R. ROMBOLI, [Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri](#), cit., 812 ss.]. Qui, però, come si passa subito a dire, è la seconda componente che in talune circostanze, a conti fatti, si snatura e disperde (sulla tendenza espansiva della politicità dei giudizi di costituzionalità, v., inoltre, L. RULLO, *La politica a Corte. L’espansione della Corte costituzionale nell’arena politica*, Editoriale Scientifica, Napoli 2022).

⁵⁰ Più di recente, poi, con [sent. n. 159 del 2023](#), la Corte è tornata a pronunciarsi in merito a disciplina generalmente riconosciuta della Comunità internazionale, evitando nondimeno il conflitto internormativo attraverso il ritaglio del raggio d’azione della norma consuetudinaria.



succintamente esposte, è dunque da considerare essa pure radicalmente mancante⁵¹. Solo che, non dandosi – come si diceva – in circostanze siffatte alcun rimedio processuale che possa ristabilire l'ordine costituzionale violato, non rimane che sperare in un mutamento di giurisprudenza – come, peraltro, non poche volte si è avuto – o in pratiche diffuse di resistenza al verdetto della Consulta al fine di devitalizzarlo⁵².

Un altro esempio particolarmente indicativo di pratiche giurisprudenziali non confacenti al ruolo spettante al tribunale costituzionale ed incidenti sulle dinamiche della normazione è dato dall'inopinato abbandono del limite alle manipolazioni dei testi di legge costituito dal rispetto delle c.d. “rime obbligate” di crisafulliana memoria, rime ormai convertitesì in “possibili” o – come pure si è detto – nei “versi sciolti”⁵³. La Corte, per vero, riconosce di non poter far luogo *ad libitum* all'incisione della sfera rimessa agli apprezzamenti discrezionali (o, meglio, politico-discrezionali) del legislatore, dovendosi pur sempre rinvenire nel tessuto normativo preesistente una disciplina “adeguata” alla quale far riferimento⁵⁴: un'etichetta,

⁵¹ Sul cruciale rilievo della motivazione delle pronunzie della Corte v., spec., AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, e A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996.

⁵² Quale sia la reale consistenza del fenomeno cui ora si allude non è dato sapere; si conoscono, tuttavia, casi di sostanziale aggiramento dei verdetti della Corte, ad es. quello seguito alla [sent. n. 10 del 2015](#) (sulla c.d. *Robin tax*).

⁵³ Questa seconda etichetta si deve, come si sa, a D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, spec. 101 ss., e *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in [Sistema Penale](#), 2/2021, 3 febbraio 2021, 5 ss.; la precedente può vedersi, tra gli altri, in S. LEONE, *La Corte costituzionale censura la pena accessoria fissa per il reato di bancarotta fraudolenta. Una decisione a «rime possibili»*, in *Quad. cost.*, 1/2019, 183 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 264 ss., e *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in [federalismi.it](#), 12/2021, 5 maggio 2021, spec. 197 ss.; F. ABRUSCIA, *Assetti istituzionali e deroghe processuali*, in [Rivista AIC](#), 4/2020, 23 ottobre 2020, 282 ss., spec. 293; I. GOIA, [Una giustificabile “invasione” di campo](#), in questa [Rivista](#), 2021/III, 1001 ss.; A. SPADARO, *Involuzione – o evoluzione? – del rapporto fra Corte costituzionale e legislatore (notazioni ricostruttive)*, in [Rivista AIC](#), 2/2023, 12 aprile 2023, 103 ss.; R. PINARDI, *Una pronuncia a rime “possibili”, ma anche “parziali”. Nota alla sent. n. 40 del 2023 della Corte costituzionale*, in [Osservatorio costituzionale](#), 5/2023, 5 settembre 2023, 1 ss. Sul tema si sono soffermati molti degli interventi riuniti in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Verso una nuova “stagione” nei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?* a cura di E. Malfatti, V. Messerini, R. Romboli, E. Rossi e A. Sperti, Pisa University Press, Pisa 2023; inoltre, R. ROMBOLI, [Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri](#), cit., 815 ss.; M. MASSA, *Minimalismo giudiziario. L'opzione per la moderazione nella giurisprudenza costituzionale*, FrancoAngeli, Milano 2023; A. GIUBILEI, *Discrezionalità legislativa e garanzia della Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2023, spec. 297 ss.; P. CARNEVALE, *Tre variazioni sul tema dei rapporti Corte costituzionale-legislatore rappresentativo*, in [Nomos](#), 3/2023, 1 ss.

⁵⁴ *Ex plurimis*, sentt. [nn. 95 del 2022](#) e [73 del 2023](#).



questa, per vero, concettualmente incerta, come tale suscettibile di oscillanti utilizzi⁵⁵. Sta di fatto, tuttavia, che qui il carattere politico della soluzione prescelta dal giudice costituzionale è dichiarato dalla stessa Corte⁵⁶. Certo, il legislatore dispone pur sempre del potere di innovare ulteriormente alla disciplina dapprima rifatta dalla Consulta, mantenendosi nondimeno rispettoso del giudicato costituzionale⁵⁷. Questa evenienza, ad ogni buon conto, è la riprova *per tabulas* della fungibilità dei ruoli e, per ciò stesso, dell'uso abnorme fattosi della funzione giurisdizionale, pur nella peculiare espressione, dietro già rilevata, che è propria della giurisdizione costituzionale.

Sia chiaro. Pronunzie abnormi, imbevute di un tasso eccessivamente elevato, insopportabile, di "politicità" si sono sempre avute, anche quando il limite delle rime obbligate era giudicato insuperabile. Se n'è avuto (e se ne ha) non poche volte riscontro sul terreno delle pratiche interpretative, tanto sul versante dell'oggetto quanto – ciò che è ancora più grave – su quello del parametro. Ancora una volta, la verifica dell'uso corretto dei canoni relativi all'interpretazione rimanda all'analisi della parte motiva delle decisioni; ed è chiaro che quanto si sta ora dicendo a riguardo delle pronunzie della Corte vale per qualunque sede (istituzionale e non) in cui prendono forme le pratiche in parola.

Non è chi non veda, ad ogni buon conto, la differenza che passa tra le esperienze che maturano sul piano della interpretazione in un contesto nel quale l'operatore di giustizia ammetta di essere a sé estraneo ogni apprezzamento "politico" e le esperienze cui si faceva poc'anzi cenno, nel corso delle quali la Corte apertamente dichiara di far luogo ad una soluzione politicamente connotata, senza farsi cura del divieto al riguardo stabilito dall'art. 28 della legge n. 87 del '53⁵⁸.

⁵⁵ In breve torno di tempo, la Corte ora ritiene di doversi arrestare "e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore" (sentt. nn. 32 e 33 del 2021) ed ora, di contro, di potersi (e doversi) spingere in avanti, ponendo mano al rifacimento della normativa portata alla sua cognizione (sent. n. 63 del 2021).

⁵⁶ La qual cosa si rende particolarmente evidente – checché se ne dica da parte di alcuni benevoli annotatori delle pronunzie della Corte – nei casi in cui si è fatto (e si fa) utilizzo della tecnica decisoria c.d. della doppia pronunzia, inaugurata – come si sa – in *Cappato*, trattenendosi la prima volta la Corte stessa dal far luogo alla manipolazione giudicata necessaria del testo di legge, rimessa al legislatore proprio per il carattere politico-discrezionale della soluzione normativa allo scopo richiesta, e messa però in atto la seconda volta (salvo nuovo rinvio...), a fronte della perdurante, colpevole inerzia del legislatore. Ciò che non si capisce (perlomeno, non riesce a me di capire) è perché mai, una volta che il rifacimento normativo sia considerato consentito al giudice costituzionale, non vi si sia fatto subito luogo, tanto più che il legislatore dispone pur sempre del potere di tornare a disciplinare materie sulle quali si sia assistito alla riscrittura dei testi di legge. Il vero è che qui appare essere di palmare evidenza la conversione del giudizio di validità in uno di opportunità sui testi suddetti, al punto che è la Corte a stabilire il momento giusto in cui esso deve aver luogo.

⁵⁷ La violazione di quest'ultimo è, ad es., segnalata di recente in Corte cost. n. 199 del 2022.

⁵⁸ ... che, dunque, specie alla luce delle più recenti esperienze, si conferma essere il canone sul processo maggiormente disatteso rispetto ad ogni altro.



La verità è che i ruoli istituzionali sono ormai considerati fungibili, in nome appunto del principio machiavellico del fine che giustifica il mezzo. Solo che, una volta che siffatto metodo di far valere il *munus* giurisdizionale sia ormai divenuto pratica corrente, la Corte non può più dolersi – a me pare – se anche i giudici comuni fanno (e faranno) luogo ad usi eccessivi dei loro *munera*, ad es. non investendo la Corte di questioni che pure meriterebbero di essere portate alla sua cognizione ponendo in essere pratiche debordanti dai confini segnati al canone della interpretazione conforme ed ai canoni d’interpretazione in genere⁵⁹. Va, nondimeno, riconosciuto che ad oggi nella giurisprudenza costituzionale si rinvencono non pochi casi in cui si lamenta (non già l’eccesso ma) il difetto d’interpretazione conforme. La fisarmonica, insomma, può espandersi ovvero contrarsi; ed è pur sempre della Corte la mano che l’aziona, facendo a meno dello spartito un tempo tenuto presente.

L’ultimo esempio che mi sta a cuore di richiamare, esso pure peraltro tratto da esperienze assai note la cui illustrazione non richiede qui uno spazio particolarmente esteso, concerne i casi in cui la Corte ha riconosciuto la propria competenza a conoscere di talune questioni “politiche”, allo scopo di ridurre sensibilmente, fino ad azzerare del tutto, le c.d. “zone franche”, dapprima invece sottratte al raggio d’azione del sindacato di costituzionalità. L’esempio di maggior rilievo è di sicuro quello delle leggi elettorali, fatte oggetto di giudizio pur laddove faceva vistosamente difetto la rilevanza della questione, ma non si dimentichino neppure i casi di conflitto interorganico avente ad oggetto atti legislativi, giudicati, sì, “in via di principio” inammissibili e, tuttavia, ugualmente ammessi laddove sussista il rischio della produzione di effetti irreversibili, a danno dei diritti fondamentali ovvero dell’ordine costituzionale delle competenze⁶⁰. Esperienze, tutte queste, dalle quali – come si vede – si ha, ancora una volta, riprova del carattere onnipervasivo del “metaprinzipio” in cui la Corte si riconosce, secondo cui è *il fine a creare la competenza* ed a spianare la via al suo esercizio, pur laddove ciò non risulti consentito dai canoni sul processo.

S’inscrive, peraltro, in questo quadro l’abnorme dilatazione dell’area in cui si situano le figure soggettive abilitate a sollevare conflitto tra poteri, tra le quali anche il parlamentare *uti singulus*, sempre che – dice la Corte – si dia un *vulnus* “grave e manifesto” delle sue attribuzioni⁶¹. Condizioni francamente singolari, queste poste a carico di una figura soggettiva

⁵⁹ Come si vede, la manovra di “riaccentramento” – come si suole chiamarla –, messa in atto ormai da alcuni anni a questa parte (ad es., per ciò che attiene ai casi di doppia pregiudizialità, pur con i temperamenti venuti dalla giurisprudenza successiva alla 269 del 2017), rischia di andare incontro ad una “controtendenza” o, come che sia, di essere frenata proprio per effetto di eccessivi utilizzi della tecnica della interpretazione conforme. Di contro, la conversione delle rime “obbligate” in “possibili” potrebbe dare nuova linfa al “riaccentramento” stesso.

⁶⁰ *Ex plurimis*, v., dopo [Corte cost. n. 406 del 1989](#), almeno nn. [16](#) e [17 del 2013](#) e [9 del 2021](#).

⁶¹ V., part., la notissima [sent. n. 17 del 2019](#). Altri riferimenti in A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁷, Giappichelli, Torino 2022, 348 s., e lett. *ivi*; adde A. LAURO, *Il conflitto di attribuzioni a tutela del singolo parlamentare. Prospettive e problematiche di una via incerta*, Cacucci, Bari 2022, e L. CIAURRO, *I conflitti di attribuzione sollevati dai singoli parlamentari*, Editoriale Scientifica, Napoli 2023.



abilitata al ricorso, quasi che sia possibile far dipendere la presentazione di quest'ultimo non già appunto da una qualità del ricorrente – come, invece, sempre dovrebbe essere – bensì dalla entità del *vulnus* dallo stesso patito e, per ciò pure, dalla Costituzione.

Quel che, al tirar delle somme, mi parrebbe comunque ormai provato è un complessivo *trend* espansivo dei giudici che ha pur sempre la sua causa efficiente in quella crisi della rappresentanza politica cui si faceva poc'anzi cenno.

10. *Luci ed ombre nella giurisprudenza costituzionale, in relazione al giudizio sugli atti del Governo aventi forza di legge*

Nella giurisprudenza costituzionale, ad ogni buon conto, non vi sono solo le ombre ma anche le luci; e la prospettiva della separazione dei poteri, messa in rapporto con alcune delle più salienti esperienze della normazione, consente di mettere in evidenza accanto alle prime anche le seconde.

Si pensi, ad es., ai casi in cui non risulti preservata la tipicità dei ruoli dei decisori politici nei loro reciproci rapporti. Considerevole, per vero, appare lo sforzo prodotto dalla Consulta al fine di porre un qualche argine alla pratica ormai incontenibile dei decreti-legge che in modo alluvionale (e – si faccia caso – quale che sia il colore della casacca indossata dal Governo di turno) si riversa sul Parlamento, con grave torsione della forma di governo, e – ciò che è ancora peggio – sulla comunità governata (e qui la torsione è a carico della forma di Stato). Certo, a dirla tutta, le Camere sono complici di siffatto modo di normare, anzi forse responsabili ancora più del Governo, per il fatto di non riuscire a far fronte alla domanda viepiù imponente di regolazione che sorge dal corpo sociale, obbligando pertanto il Governo ad assumere un innaturale ruolo di “supplenza”, in deroga alla previsione costituzionale che ne circoscrive l'esercizio ai soli casi straordinari di necessità e di urgenza. È, però, anche vero che il procedimento legislativo, che pure – laddove si è voluto – è stato azionato con estrema celerità e che ad ogni buon conto disvela talune criticità non oltre modo tollerabili⁶², richiede comunque tempi non comparabili con quelli che consentono al Governo d'intervenire con lo

⁶² Si pensi, ad es., al modo con cui viene messa a punto la manovra finanziaria ed al ruolo che nel corso di questa convulsa e confusa vicenda giocano il Governo e i parlamentari [puntuali rilievi, di recente, in G. CHIARA, *Diritto del bilancio e Costituzione*, Torre, Catania 2023, spec. 283 ss.; L. GIANNITI, *Le “deformazioni” della sessione di bilancio. L'esperienza della XVIII legislatura: quali prospettive per la XIX?* in *Osservatorio costituzionale*, 2/2023, 7 marzo 2023, 37 ss.; inoltre, gli interventi al forum su *I più recenti sviluppi costituzionali del ciclo di bilancio*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 1/2023, 30 aprile 2023, 297 ss., e R. DICKMANN, *Sessione e legge di bilancio. Criticità e prospettive di riforma*, Editoriale, in *federalismi.it*, 31/2023, 27 dicembre 2023, IV ss.].



strumento suddetto⁶³. Questa è, ad ogni buon conto, una spiegazione valida solo per una parte marginale della produzione d'urgenza, nel mentre la gran parte della stessa ha la sua causa efficiente – come si diceva – in quell'annosa ed inquietante crisi della rappresentanza politica, cui qui pure si è ripetutamente accennato.

Tutti i limiti rilevati a carico del decreto-legge, come pure della legge di conversione, in specificazione delle scarse indicazioni al riguardo contenute nella legge 400 dell'88⁶⁴, rendono testimonianza di questo sforzo: da quello secondo cui è preclusa l'adozione dell'atto governativo in difetto dei presupposti fattuali che la giustificano⁶⁵, come pure la reiterazione

⁶³ La qual cosa, poi, induce ad una non preconcepita riflessione circa ciò che può farsi allo scopo di rendere ancora più spedito l'iter di formazione delle leggi, senza nondimeno sacrificare oltre misura il confronto parlamentare. Forse, si potrebbe pensare anche alla "invenzione" di leggi monocamerali ovvero, ritenendosi siffatta evenienza non praticabile (se non, ovviamente, previa riscrittura dell'art. 70), a leggi che, una volta approvate da un ramo del Parlamento, siano portate all'altro unicamente per il voto finale. Altro è, poi, che si pensi al passaggio ad un sistema monocamerale; d'altronde – come si sa – si discorre da tempo di un monocameralismo di fatto [per tutti, i contributi che sono nel fasc. 3/2022 di [Costituzionalismo.it](http://www.constituzionalismo.it) su *Monocameralismo: Parlamento e rappresentanza*. Di un bicameralismo "alternato" preferisce dire G. TARLI BARBIERI, *L'irrisolta problematicità del bicameralismo italiano tra intenti riformistici e lacune normative*, in [federalismi.it](http://www.federalismi.it), num. spec. 3/2019, 15 aprile 2019, 59. V., inoltre, E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Giappichelli, Torino 2017, spec. 199 ss.; M.G. RODOMONTE, *Il Parlamento oggi: dalla centralità alla marginalizzazione?* cit., spec. 9 ss., L. SPADACINI, *Decreto-legge e alterazione del quadro costituzionale. Distorsioni del bicameralismo, degenerazione del sistema delle fonti e inefficacia dei controlli*, Cacucci, Bari 2022]. **Di tutto ciò, ad ogni buon conto, in altri luoghi.**

⁶⁴ Tengo, poi, qui a ribadire, sia pure di passaggio, dopo averne detto altrove, che la legge in parola, al pari di ogni altra contenente norme sulla produzione giuridica di grado primario, vincola il legislatore unicamente laddove previamente si dimostri che i suoi precetti esplicitino indicazioni di rango costituzionale o, come che sia, di fonte dotata di "copertura" costituzionale. La competenza, insomma, c'è unicamente laddove sussista una norma in grado di fondarla; e la legge non può stabilirla in relazione a... *se stessa*.

⁶⁵ Per giurisprudenza costante (tra le altre, sentt. nn. 8 e 149 del 2020), la legge di conversione non può sanare il vizio da mancanza dei presupposti del decreto; è pur vero, nondimeno, che il sindacato di validità può al riguardo aversi, a giudizio della Corte, unicamente nei casi in cui la mancanza stessa sia "evidente". Tesi, questa, che, a tacer d'altro, appare problematicamente conciliabile con il requisito della "non manifesta infondatezza" prescritto per la presentazione di questioni di costituzionalità alla Corte, oltre che discriminatorio dei casi al cui ricorrere la presentazione stessa può aversi. Oltre tutto, la "evidente mancanza" dei presupposti in parola parrebbe evocare uno scenario d'*invalidità in senso forte* – come l'ha qualificata un'accreditata dottrina (R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*², Giappichelli, Torino 1992, 207 ss.) –, vale a dire di radicale nullità-inesistenza, il cui riscontro può considerarsi demandato al giudice comune (e, in genere, ad ogni operatore o soggetto destinatario di comandi normativi siffatti), senza che si renda dunque necessario il ricorso alla Consulta.

Come che sia di ciò, sta di fatto che l'accertamento della sussistenza dei presupposti fattuali in parola rinviene la sua *ratio* giustificativa, ancora una volta, nel bisogno di preservare gli equilibri istituzionali tanto al piano dei rapporti che gli organi della direzione politica intrattengono *inter se* quanto a quello dei rapporti con la Consulta, preoccupata di preservare la propria immagine di garante e non di decisore politico. Certo si è, ad ogni buon conto, che il riscontro del mantenimento del limite ovvero del suo superamento, svolgendosi su un terreno obiettivamente scivoloso, presenta margini di apprezzamento discrezionale particolarmente estesi.



ad libitum dell'atto stesso⁶⁶, all'altro che fa divieto a quest'ultimo, come pure alla fonte parlamentare di conversione, di dotarsi di contenuti disomogenei⁶⁷, ad altri ancora.

Come si sa, l'obiettivo non è solo quello di preservare un certo equilibrio al piano dei rapporti tra Parlamento e Governo, in realtà tuttavia venuto ormai largamente meno⁶⁸, e far salva la titolarità della funzione legislativa in capo alla sede della rappresentanza politica ma anche l'altro di dar modo alla comunità governata di avere chiara conoscenza della disciplina alla quale è chiamata a prestare osservanza, all'insegna del valore fondamentale della certezza del diritto (e – vorrei qui pure aggiungere – della certezza dei diritti e dei doveri che fanno capo a ciascun consociato ed all'intera comunità organizzata).

Come si vede, il criterio della omogeneità, pur nel carattere non sempre agevole del suo riconoscimento, è, a un tempo, conducente sia alla salvaguardia degli equilibri istituzionali⁶⁹, gravando su entrambi gli organi della direzione politica l'obbligo di prestarvi rispetto, che alla tutela di un'aspettativa di conoscenza della comunità governata cui è da assegnare cruciale rilievo per un fisiologico svolgimento delle dinamiche caratterizzanti la forma di Stato.

Se sul versante delle esperienze della disciplina d'urgenza la giurisprudenza ha avuto modo in più occasioni di farsi apprezzare, di contro sul terreno delle deleghe legislative è dato riscontrare – come già si avvertiva ad altro riguardo poc'anzi – una tendenza favorevole ad offrire un benevolo avallo a pratiche di normazione non a pieno rispettose del modello costituzionale. È pur vero che quest'ultimo risulta obiettivamente appannato (per non dire, in qualche suo punto, oscuro), ciascuno dei contenuti tipici della fonte parlamentare risultando – quale più quale meno – concettualmente incerto. Ciò che, nondimeno, non autorizza (o, meglio non *dovrebbe* autorizzare) di certo le Camere a far luogo a disposizioni eccessivamente minute e dettagliate – come pure non di rado si hanno – che chiedono unicamente di essere riprodotte nell'atto del Governo, disposizioni a mia opinione affette da vizio non già d'incompetenza bensì d'irragionevolezza, così come, all'opposto, a dar vita a disposti evanescenti e persino del tutto assenti⁷⁰. Né, d'altro canto, autorizza il Governo a darne

⁶⁶ Importante, al riguardo, la svolta segnata dalla nota sent. n. 360 del 1996.

⁶⁷ ... pur con il temperamento costituito dal fatto che la pluralità ed eterogeneità dei disposti di cui il decreto si doti rinvenga giustificazione nella comune *ratio* di far fronte ad una medesima situazione straordinaria. L'invalidità, dunque, discende – come si è tenuto ripetutamente a precisare in giurisprudenza – unicamente da disposizioni “totalmente estranee” o, addirittura, “intruse” (ad es., sent. n. 113 del 2023). In questo quadro, la emendabilità del decreto in sede di conversione può aversi solo in misura limitata, a mezzo di statuizioni comunque omogenee rispetto a quelle iscritte nel decreto stesso (tra le altre, sent. n. 245 del 2022).

⁶⁸ Riferimenti in A. CARDONE, *Sistema delle fonti e forma di governo*, cit., nonché negli altri scritti dietro richiamati con riguardo ai più salienti sviluppi della forma di governo.

⁶⁹ Merita, al riguardo, di essere segnalata la sent. n. 215 del 2023, in cui è fatto richiamo di una lettera del Presidente della Repubblica nella quale si esprime preoccupazione per gli equilibri di cui si fa parola nel testo.

⁷⁰ Si rammenti, ad es., il caso di cui a [Corte cost. sent. n. 280 del 2004](#) con cui è stata fatta salva la delega contenuta nella legge La Loggia e volta alla ricognizione dei principi fondamentali delle leggi statali relativi a materie di potestà concorrente, giudicata valida a condizione che la ricognizione stessa avesse luogo



interpretazioni di comodo, secondo occasionali convenienze, portando talora a restringere la portata del vincolo discendente dai “principi e criteri direttivi” somministratigli dalla legge ovvero a renderlo ancora più lasso di quanto pure, per sua naturale vocazione, non sia insito nella struttura a maglie larghe (e persino larghissime) degli enunciati legislativi⁷¹.

Il vero è che si ha l'impressione che l'*animus* con cui il giudice costituzionale si accinge a sindacare gli atti parlamentari di delega sia di tendenziale favore e talvolta persino di sostanziale “copertura” nei loro riguardi, più ancora di quanto ordinariamente non si abbia nei giudizi sulle leggi in genere. In una certa misura, ciò è forse agevolato dalla duttilità strutturale ed ampiezza semantica della formula costituzionale; non a caso, d'altronde, anche in relazione ad un'altra formula dai connotati simili, relativa ai “principi fondamentali” delle leggi statali su materie di potestà concorrente, è dato riscontrare un analogo trattamento, con la pur non secondaria differenza costituita dal fatto che, nel caso delle deleghe, titolare della funzione legislativa è (e resta) pur sempre il Parlamento⁷², laddove in relazione alle materie suddette la funzione trovasi spartita tra le leggi di Stato e Regione. Sta di fatto che è di assai raro riscontro la invalidazione di leggi di delega per carenza di norme necessarie, tant'è che – come si diceva poc'anzi – si è persino ammessa la eventualità di deleghe in tutto prive dei principi e criteri suddetti.

11. Cenni ai rapporti tra le leggi di Stato e Regione, ancora una volta rivisti alla luce del canone fondamentale della massimizzazione della tutela

Quanto, poi, alle esperienze di normazione maturate al piano dei rapporti tra Stato e Regioni, senza che se ne possa ovviamente qui fare oggetto di analitico esame che da solo richiederebbe uno studio assai esteso ad esse specificamente dedicato, seguita ancora oggi a rilevarsi – come si è già avuto modo di accennare e si tenterà di dire ora ancora meglio – un *trend* giurisprudenziale complessivamente volto a prestare maggiore attenzione alle istanze di

prescindendo dalle indicazioni contenute nell'atto di delega. La varietà dei modi con cui può concretarsi la cooperazione tra Parlamento e Governo in occasione del ricorso agli strumenti di normazione in parola è stata, peraltro, più volte rilevata dalla stessa giurisprudenza (v., ancora di recente, [Corte cost. sent. n. 22 del 2024](#)).

⁷¹ Questi ultimi, insomma, sono tenuti a procedere col giusto passo, tenendosi alla larga tanto dal troppo quanto dal troppo poco; solo che darne l'apprezzamento è cosa obiettivamente assai scivolosa ed incerta, al pari del terreno su cui le esperienze di normazione in parola maturano ed hanno svolgimento.

⁷² ... che, tuttavia, è abilitato ad accendere il motore della produzione governativa unicamente dotandosi dei contenuti per Costituzione necessari. Ancora una conferma – come già si accennava poc'anzi – della tipicità dei ruoli, non disponibile *ad libitum* e, comunque, bisognosa di affermarsi nelle forme ed alle condizioni risultanti dal disegno costituzionale.



cui si fa portatore l'uno piuttosto che a quelle che fanno capo alle altre⁷³. Ed ancora una volta il carattere aperto e, diciamo pure, concettualmente evanescente dell'enunciato costituzionale obiettivamente agevola, se non pure incoraggia, quest'esito.

Il vero è che, per un verso, la Costituzione non può fare a meno di dotarsi di espressioni connotate da una strutturale ambiguità, proprio al fine di poter durare a lungo nel tempo ed adattarsi a contesti con esso mutevoli⁷⁴; per un altro verso, però, l'eccessiva apertura si traduce in un avallo prestato a chi detiene il potere e se ne avvale per ragioni legate a congiunturali e non di rado inconfessabili convenienze. La Costituzione – come si sa – è nata per porre limiti al potere⁷⁵ e tale ragione seguita ancora oggi a giustificarne e qualificarne l'esistenza. Trovare il passo giusto tra la elasticità strutturale e la non eccessiva vaghezza concettuale è, forse, davvero l'autentica quadratura del cerchio. La questione, poi, si sposta al piano in cui operano gli attori istituzionali, per ciò che qui maggiormente importa gli organi di garanzia della legalità costituzionale, primo su tutti il giudice delle leggi.

Il punto è, però, che non sempre quest'ultimo riesce ad incarnare e ad esprimere quel ruolo arbitrale, autenticamente mediano, tra i contendenti in campo che sempre dovrebbe secondo modello esercitare. D'altro canto, gli enunciati costituzionali non s'intendono e fanno valere *in vitro* bensì *in vivo*, alla luce appunto delle più salienti e pressanti esigenze di volta in volta manifestate dai casi e considerate alla luce delle condizioni complessive di contesto in cui se ne ha l'apprezzamento.

S'inscrive in questo quadro, ad es., la tendenza alla omologazione dei limiti alla legislazione regionale, senza che sia assegnato alcun rilievo al fatto che alcune sue espressioni si hanno su materie di potestà piena o esclusiva (quanto alle Regioni speciali) o ancora residuale (per le

⁷³ Mi mantengo qui – come si vede – nell'ordine di idee in cui si riconosce la dottrina corrente, secondo cui allo Stato farebbero capo le istanze di unità-indivisibilità dell'ordinamento ed alle Regioni quelle di autonomia. In realtà, come si è tentato di mostrare in altri luoghi, le une non possono essere tenute artificialmente separate dalle altre, se è vero – com'è vero – che l'autonomia ha un senso solo nella cornice dell'unità e che questa ha parimenti senso solo per effetto della promozione e valorizzazione di quella. Ciascuno degli enti in campo, dunque, è obbligato, per la propria parte e nel rispetto delle competenze che gli sono devolute, a spendersi in vista della ottimale salvaguardia dell'unico ed unitario valore fondamentale che è quello dell'*unità-autonomia* o, se più piace dire, dell'*autonomia-unità* [maggiori ragguagli, volendo, nel mio *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., e già in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2020, 28 settembre 2020, 100 ss.].

⁷⁴ Sulla dimensione temporale dell'esperienza costituzionale mi piace qui richiamare uno studio del mio indimenticabile Maestro: v., dunque, T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, III, Giuffrè, Milano 1978, 783 ss., nonché in Id., *Opere*, I, *Teoria generale*, Giuffrè, Milano 2000, 477 ss.

⁷⁵ Su siffatta indeclinabile vocazione delle Costituzioni d'ispirazione liberale, v., part., A. SPADARO, in più scritti, tra i quali il suo corposo *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994.



Regioni ordinarie) ed altre invece su materie di potestà concorrente. È stato (e seguita ad essere) così con riferimento ai “principi fondamentali”, cui si è sopra fatto cenno, ed alle “norme fondamentali delle riforme economico-sociali”, laddove pressanti interessi spingevano (e spingono) con vigore in tal senso. La qual cosa, poi, rende conferma del fatto che i parametri delle discipline legislative non sono mai dati esclusivamente da materiali normativi bensì anche (e, forse, soprattutto) da materiali fattuali, o diciamo meglio che le norme possiedono una struttura bivalente, per il fatto che “mista” è la struttura delle disposizioni da cui sono tratte, normativa e fattuale ad un tempo.

I fatti, d'altronde, non sono mai neutri, come pure a prima impressione parrebbe, idonei cioè ad essere colti ed intesi nella loro obiettiva essenza e consistenza; sono, di contro, filtrati dai valori alla cui luce sono intesi gli interessi in gioco, in funzione del cui appagamento – il massimo possibile alle condizioni di contesto – vengono a formazione le norme.

Torna – come si vede – in campo, con centralità di posto, quel canone fondamentale della massimizzazione della tutela attorno al quale ruota e dal quale si tiene la riflessione che si avvia a concludersi. È sempre (e solo) in vista dell'ottimale ristoro sollecitato dai diritti e in genere dagli interessi costituzionalmente protetti che si mettono a punto le relazioni tra le fonti, se ne intendono le norme, si combinano le stesse in ragione dei casi, se ne ha insomma la finale sistemazione. Una sistemazione che, nondimeno, è pronta ad essere rimessa in gioco in presenza di un mutato quadro normativo e fattuale (anzi, possiamo ormai dire: normativo-fattuale) o – come a me pare più giusto dire – di una diversa “situazione normativa”, quale oggetto del sindacato di costituzionalità⁷⁶.

Fatti, norme e valori compongono, a mia opinione, una triade inscindibile nelle sue parti, ciascuna componente facendo naturalmente rimando alle altre al fine di essere intesa e fatta valere in tutto il suo potenziale espressivo.

Se ne ha che, per un verso, la spartizione del potere tra centro e periferia non è mai fissa, prestabilita una volta per tutte, bensì mobile e variabile, così come in moto – si faceva notare all'inizio di questa riflessione – è peraltro la Costituzione nella sua interezza; per un altro verso, tanto i decisori politici in prima battuta (e, in ispecie, con riguardo alle vicende cui si è da ultimo fatto cenno, i legislatori, statale e regionale) quanto il massimo garante della legalità

⁷⁶ La tesi trovasi argomentata per la prima volta nel mio *Le attività “conseguenziali” nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*, Giuffrè, Milano 1988, 55 ss., ed è stata quindi più volte precisata [spec. da A. SPADARO, *La “norma” o piuttosto la “situazione normativa” quale oggetto del giudizio costituzionale? Una manipolativa di rigetto “dottrinale” che dice e non dice (in margine alla sent. cost. n. 84/1996)*, in *Giur. cost.*, 1996, 778 ss., nonché da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁷, cit., 105 ss.; ma v. anche i rilievi che vi muove L. OLIVIERI, *Il valore del fatto nel significato della legge. Note critiche sul giudizio di costituzionalità della “situazione normativa” e/o della portata normativa di una legge*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*, a cura di E. Malfatti - R. Romboli - E. Rossi, Giappichelli, Torino 2002, 607 ss. Infine, su *La Corte costituzionale come giudice dell'esperienza giuridica*, v., con questo titolo, lo studio di A. MORRONE che è in *Quad. cost.*, 1/2021, 115 ss.].



costituzionale (ed i garanti in genere) dispongono di margini di manovra comunque considerevoli, pur se segnati dalle contingenze e dai più pressanti bisogni da esse emergenti, verso i quali non possono comunque dimostrarsi insensibili.

Il rischio al quale, ancora una volta, si va incontro è allora quello della innaturale conversione dei garanti in decisori politici, ponendosi pertanto sotto *stress*, fino a sacrificarsi del tutto, il principio della separazione dei poteri e, con esso, la Costituzione nella sua essenza.

Purtroppo, non sono stati ad oggi messi a punto – che io sappia – rimedi efficaci, idonei a parare sul nascere il verificarsi di questa sciagurata evenienza né è dato sapere se mai si avranno. Il vero è che taluni canoni normativi, in ispecie costituzionali, quale quello che impone la scrupolosa osservanza della tipicità dei ruoli istituzionali, pur possedendo carattere prescrittivo, non risultano provvisti di un adeguato apparato sanzionatorio che li protegga e – ciò che maggiormente importa – ne prevenga le violazioni. Che la tipicità dei ruoli sia oggetto di una previsione siffatta è fuor di dubbio, venendo altrimenti pregiudicata ed a conti fatti smarrita l'idea stessa di Costituzione quale limite al potere (anche a quello dello stesso massimo garante del sistema) in funzione servente nei riguardi della tavola dei valori fondamentali cui la stessa Costituzione dà voce. Non rimane allora, a conti fatti, che affidarsi al senso dello Stato, all'*idem sentire de re pubblica*, nei cui riguardi tutti, istituzioni e componenti la comunità organizzata, sono chiamati – nella peculiare connotazione dei ruoli e delle responsabilità – a mostrarsi fedeli: interpreti, esecutori e garanti a un tempo.