



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

*Rivista quadrimestrale on line
sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*

2020, n. 3

EDITORIALE
SCIENTIFICA



DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, Professore Emerito, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, Professore Emerito, Università di Salerno
Guido Raimondi, già Presidente della Corte EDU - Presidente di Sezione della Corte di Cassazione
Silvana Sciarra, Professore Emerito, Università di Firenze - Giudice della Corte Costituzionale
Giuseppe Tesaro, Professore f.r. di Diritto dell'UE, Università di Napoli "Federico II" - Presidente Emerito della Corte Costituzionale
Antonio Tizzano, Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE
Ennio Triggiani, Professore Emerito, Università di Bari
Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona
Giandonato Caggiano, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges
Paola Mori, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro
Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina
Nicoletta Parisi, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Catania - Componente del Consiglio ANAC
Lucia Serena Rossi, Ordinario di Diritto dell'UE, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - Giudice della Corte di giustizia dell'UE



COMITATO DEI REFERES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Marco Benvenuti, Associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"
Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa
Rosario Espinosa Calabuig, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universitat de València
Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elspeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Ivan Ingravallo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Bari
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Professore a contratto, Università Cattolica - già Assistant Professor in European Law, University of Twente
Simone Marinai, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London
Claudia Morviducci, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Leonardo Pasquali, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Piero Pennetta, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Concetta Maria Pontecorvo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidade do Minho
Ángel Tinoco Pastrana, Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla
Chiara Enrica Tuo, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Caterina Fratea, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Anna Iermano, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Michele Messina, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Rossana Palladino (*Coordinatore*), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione abstracts a cura di

Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista scientifica on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"
www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli
CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



Indice-Sommario

2020, n. 3

Editoriale

La Convenzione europea dei diritti umani: l'effettività di un *unicum* a 70 anni dalla sua firma p. 1
Angela Di Stasi

Saggi e Articoli

Stato di diritto sovranazionale e Stato di diritto interno: *simul stabunt vel simul cadent* p. 10
Antonio Ruggeri

Applicazione di tracciamento *Immuni* tra normativa nazionale e diritto UE in materia di p. 49
protezione dei dati personali
Serena Crespi

Rapporti tra ordinamenti e cooperazione tra Corti nella definizione di un “livello comune di p. 74
tutela” dei diritti fondamentali. Riflessioni a seguito dell’ordinanza 182/2020 della Corte costituzionale
Rossana Palladino

Diritti fondamentali e criticità dell’Unione europea tra Unione economica e monetaria ed p. 100
“*European Social Union*”. A margine della sentenza del *Bundesverfassungsgericht* del 5 maggio 2020
Alfredo Rizzo

Fundamental Rights and Disruptive Technologies: a Right to Personal Identity under the p. 143
European Multi-level System of Protection?
Giovanni Zaccaroni

Commenti e Note

La protezione giuridica delle coppie omolesuali nell’ambito europeo: sviluppi e prospettive p. 167
Giulio Fedele

Meccanismi speciali di monitoraggio e tutela dei diritti umani nei settori della migrazione e p. 195
dell’asilo: gli organismi dell’Unione europea nel contesto del sistema dei rappresentanti
speciali delle Organizzazioni internazionali
Francesco Luigi Gatta



La Convenzione quadro sul valore del patrimonio culturale per la società e la sua interazione
nello spazio giuridico europeo. Spunti di riflessione p. 233
Elisabetta Mottese

Attuazione in Italia delle norme di contrasto alle frodi lesive degli interessi finanziari
dell'Unione e responsabilità da reato degli enti: qualche riflessione p. 252
Matteo Sommella



STATO DI DIRITTO SOVRANAZIONALE E STATO DI DIRITTO INTERNO:
SIMUL STABUNT VEL SIMUL CADENT

Antonio Ruggeri*

SOMMARIO: 1. Identità costituzionale dello Stato e identità dell'Unione: *ex pluribus una*. – 2. *Integrazione e separazione* allo stesso tempo tra l'ordinamento dell'Unione e gli ordinamenti statali, all'insegna del "metapincipio" della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali. – 3. Tradizioni costituzionali comuni e tradizioni dei singoli Stati, e la comparazione quale strumento necessario per la loro ricognizione e messa a fuoco. – 4. Ordinamento dell'Unione e ordinamenti statali rivisti alla luce dell'idea di Costituzione enunciata nell'art. 16 della Dichiarazione del 1789: convergenze nel riconoscimento dei diritti e divergenze in ordine all'articolazione dei poteri, in un contesto segnato (in ambito sovranazionale come pure in ambito interno) da una crisi profonda, forse irrimediabile, della legge e, in genere, degli strumenti di normazione espressivi di "diritto politico". – 5. I lineamenti del modello relativo al riconoscimento ed alla tutela dei nuovi diritti, e le torsioni alle quali esso è andato (e va) soggetto nell'esperienza, specie in ragione della crisi sempre più vistosa ed allarmante della rappresentanza politica. – 6. L'uso sregolato degli strumenti di normazione, fattosi particolarmente vistoso nel tempo dell'emergenza. – 7. Il sovraccarico di responsabilità gravante sui giudici comuni e sui massimi garanti del sistema e il paradosso che si ha ogni qual volta, per effetto della sovraesposizione dei garanti stessi, pur se dettata dal bisogno di far valere i diritti, viene a conti fatti a soffrirne la Costituzione. – 8. Le alterazioni del modello registratesi in ambito sovranazionale, la loro mutua ricarica con quelle che si hanno in ambito interno, il diverso grado d'integrazione interordinamentale di cui si ha riscontro, rispettivamente, al piano delle relazioni tra gli organi della direzione politica ed a quello delle esperienze della giurisdizione. – 9. Al tirar delle somme: le oscillanti vicende dello Stato di diritto che ora c'è, mostrandosi in grado di farsi valere, ed ora invece non c'è, trovandosi obbligato a sottostare, al pari della Costituzione, a gravi e perduranti sofferenze, e le risorse utilizzabili a suo presidio (in ispecie, il bisogno di rendere viepiù salda l'Unione europea e di agevolare le convergenze degli indirizzi dei giudici a garanzia dei diritti).

Testo rielaborato di una relazione predisposta per l'incontro di studio su *Lo 'stato' dello Stato di diritto*, a cura di A. Lo Giudice, Messina 16 novembre 2020.

* Professore Ordinario f.r. di Diritto Costituzionale nell'Università di Messina. E-mail: antonio.ruggeri4848@gmail.com.

1. Identità costituzionale dello Stato e identità dell'Unione: *ex pluribus una*

Lo Stato di diritto è annoverato all'art. 2 del Trattato di Lisbona tra i valori comuni agli Stati membri e, per ciò stesso, anche all'Unione in quanto tale¹. Non è poi casuale che nel catalogo contenuto nel disposto in parola il primo posto sia assegnato alla dignità della persona umana che tutti i valori in sé riassume e qualifica e tutti pervade con il suo formidabile potenziale espressivo². Nessuna gerarchia – è ormai acclarato³ –

¹ Sul significato della locuzione e sui modi di farla valere, v., almeno, U. VILLANI, *Sul controllo dello Stato di diritto nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2020, n. 1, p. 10 ss.; sull'art. 2 TUE, di recente v. J. WOUTERS, *Revisiting art. 2 TEU: a True Union of Values?*, in *European Papers*, 2020, n. 5, p. 255 ss.; quanto poi a *Le radici culturali dell'Europa*, v., con questo titolo, il saggio monografico di S. LARICCIA, Modena, 2020. Infine, per una recente messa a punto della condizione in cui versa lo Stato di diritto nell'Unione e negli Stati che vi appartengono, v. il *2020 Rule of Law Report The rule of law situation in the European Union*, presentato il 30 settembre 2020 dalla Commissione al Parlamento europeo, il Consiglio, il Comitato economico e sociale e il Comitato delle Regioni, nonché lo studio dell'*European Parliamentary Research Service su An EU mechanism on democracy, the rule of law and fundamental rights*, settembre 2020, e altri documenti ancora, tutti in www.astrid-online.it. Infine, con specifica attenzione alle *Conclusioni* adottate dal Consiglio europeo del luglio 2020, che hanno subordinato la concessione degli aiuti economici agli Stati per far fronte alla emergenza sanitaria al rispetto dei principi dello Stato di diritto, E. CASTORINA, *Stato di diritto e "condizionalità economica": quando il rispetto del principio di legalità deve valere anche per l'Unione europea (a margine delle Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020)*, in *federalismi.it*, 2020, n. 29, 21 ottobre 2020, p. 43 ss.

² La dignità ha costituito *ab antiquo* oggetto di accese controversie ad oggi non sopite: c'è chi la intende in senso soggettivo, a conti fatti risolvendola nell'autodeterminazione della persona, chi in senso oggettivo, variamente intendendola e qualificandola, chi in entrambi i modi reciprocamente integrati; e, ancora, chi la ritiene un valore "supercostituzionale", come tale non passibile di bilanciamento bensì esso stesso la "bilancia" sulla quale si dispongono i beni della vita di volta in volta in gioco al fine della loro mutua composizione [tesi, questa, patrocinata con vigore da anni da G. SILVESTRI, che l'ha, ancora di recente, riproposta nella intervista resa a R. CONTI su *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana, parte prima*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 19 giugno 2020] e chi, di contro, la vede soggetta essa pure a ponderazioni con gli altri valori evocati in campo dai casi [su tutto ciò, riferimenti e indicazioni nel mio *La dignità dell'uomo e il diritto di avere diritti (profili problematici e ricostruttivi)*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2018, n. 2, 3 giugno 2018, p. 392 ss.]. Oscillante, a sua volta, tra l'accezione soggettiva e quella oggettiva la giurisprudenza costituzionale: attratta maggiormente dal primo corno dell'alternativa, ad es., con riguardo alle esperienze di fine-vita (marcato il riferimento alla lesione della dignità, così come percepita dalla persona sofferente in *Cappato*, spec. nella discussa, e discutibile, ord. n. 207 del 2018), netta invece l'opzione per il secondo corno nella parimenti discussa decisione sulla prostituzione, la 141 del 2019 [in tema, tra i molti altri, C.P. GUARINI, *La prostituzione «volontaria e consapevole»: né libertà sessuale né attività economica privata "protetta" dall'art. 41 Cost. A prima lettura di Corte costituzionale n. 141/2019*, in *Osservatorio AIC* (www.osservatorioaic.it), 2019, n. 4, 6 agosto 2019, p. 175 ss.; R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 26 novembre 2019; G. RAZZANO, *Sulla sostenibilità della dignità come autodeterminazione*, in *BioLaw Journal* (www.biodiritto.org), *Special issue*, 2019, n. 2, p. 95 ss., e, della stessa, *Nessun diritto di assistenza al suicidio e priorità per le cure palliative, ma la Corte costituzionale crea una deroga all'inviolabilità della vita e chiama «terapia» l'aiuto al suicidio*, in *Diritti fondamentali* (www.dirittifondamentali.it), 2020, n. 1, 3 marzo 2020, spec. p. 652 ss.; F. PACELLA, *Dignità umana e libertà fondamentali nella prostituzione e nell'aiuto al suicidio*, in *Osservatorio AIC* (www.osservatorioaic.it), 2020, n. 3, 5 maggio 2020; C. DRIGO, *Lotta alla povertà e all'esclusione sociale: una questione di dignità? Il panorama europeo*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 14 maggio 2020; F. POLITI, *La prostituzione non è un diritto fondamentale ed è un'attività economica in contrasto con la dignità umana. La sent. n. 141 del 2019 e la "sostanza delle cose"*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2020, n. 2, 19 maggio 2020, p. 266 ss.; M. RAVERAIRA, *Il caso Cappato: nel contesto collaborativo e dialogico tra Corte costituzionale e*

si dà tra i valori fondamentali, proprio a motivo della loro natura testimoniata dall'aggettivo che ne dà la qualificazione, dal momento che, ove invece potesse aversene una ordinazione piramidale, verrebbe in radice contraddetto il loro porsi tutti a base della costruzione ordinamentale sugli stessi eretta. E, in realtà, come si è tentato altrove di mostrare, ogni principio fondamentale, quale prima e genuina espressione giuridica dei valori⁴, è, a un tempo, un *fine* in sé e per sé ed un *mezzo* per la realizzazione dei principi restanti; di più, ciascuno di essi entra a comporre la struttura degli altri che solo dal mutuo riferimento acquistano significato e ricevono sostegno, specie nel corso delle più travagliate esperienze di vita in cui sono messi a dura prova e fatti oggetto di minacce alle volte particolarmente subdole ed insidiose proprio perché poste in essere lungo canali sotterranei e in modi non immediatamente visibili.

È pur vero, tuttavia, che *vita* e *dignità* (o, meglio, il loro comporsi in unità inscindibile, quale *vita dignitosa*) sono i valori in rapporto ai quali quelli restanti hanno la loro specifica ragion d'essere, ponendosi rispetto ad esse in funzione servente. Non a caso, d'altronde, il primo posto nell'elenco contenuto nell'art. 2 TUE spetta proprio alla dignità, come pure con essa si apre, nella sua inusuale sistematica e partizione interna, la Carta di Nizza-Strasburgo.

Ogni valore dunque risulta, sì, dotato di una propria autonomia concettuale ed operativa ma, allo stesso tempo, prende luce dai valori restanti e a ciascuno di essi la restituisce, tutti assieme tenendosi proprio dalla dignità, nella quale hanno il *fine* ed il *confine* della loro azione. È così, ad esempio, per il valore della pace e della giustizia tra le nazioni, cui fa richiamo l'art. 11 della nostra Carta costituzionale, pensato dopo l'immane tragedia della seconda grande guerra quale *condicio sine qua non* della salvaguardia dei diritti inviolabili dell'uomo (e, sopra ogni altro, della sua dignità); e così è anche per il valore di autonomia, di cui è parola nell'art. 5, quale mezzo esso pure, in concorso con i valori restanti, per l'ottimale appagamento dei diritti stessi e, in

legislatore, quali i vincoli per il Parlamento?, in Liber amicorum per Pasquale Costanzo, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 27 maggio 2020. Sugli slittamenti semantici del termine "dignità", v., part., E. MALFATTI, *Intorno alla dignità della persona umana, nel "vocabolario" più recente della Corte costituzionale*, in R. ROMBOLI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima 'politica' e quella 'giurisdizionale'*, Torino, 2017, p. 485 ss. Con riferimento alla giurisprudenza eurounitaria, v., part., A. DI STASI, *Brevi considerazioni intorno all'uso giurisprudenziale della nozione di dignità umana da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in AA.VV., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea. Scritti offerti a Claudia Morviducci*, Bari, 2019, p. 861 ss. Segnalo, infine, in argomento, l'intervista resa da J. HABERMAS e K. GÜNTHER a *Die Zeit*, il 9 maggio 2020, e riprodotta da *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 30 maggio 2020, con una nota finale di V. MILITELLO, *Spunti da un dialogo d'oltralpe sui diritti fondamentali alla prova del fuoco*, e, nella stessa *Rivista*, l'intervista di R. Natoli a F. BUSNELLI e A. GENTILI, 2 luglio 2020; a F. DENOZZA e P. FEMIA, 3 luglio 2020, ed a M. DONINI, L. EUSEBI e D. PULITANÒ, 18 luglio 2020].

³ ... specie dopo il noto studio di C. SCHMITT, che ne ha messo a nudo la irresistibile vocazione alla tirannica affermazione dei valori (v., dunque, ancora una volta, *Die Tyrannei der Werte*³, Berlin 2011).

⁴ Muovo qui pure dall'assunto, altrove argomentato e nel quale peraltro una larga schiera di studiosi si riconosce, secondo cui i valori fondamentali appartengono al mondo del pregiuridico e sono veicolati e tradotti in termini giuridici significativi, nel modo più genuino ed immediato, dai principi fondamentali, per ricevere quindi, sulla base ed in svolgimento di questi, specificazione-attuazione da parte delle norme che ai principi stessi si saldano, ponendosi nei loro riguardi in funzione servente.

genere, di quant'altro è indispensabile per dar modo ad ogni essere umano di realizzare i propri progetti di vita e, con essi, la propria personalità. E via dicendo per ogni altro principio di base dell'ordine repubblicano.

Se ne ha che ciascun valore entra, per la sua parte, a comporre l'identità costituzionale dell'Unione e l'identità del singolo Stato e, appunto, di tutti assieme⁵; non è, peraltro, per mero accidente che il mancato riconoscimento (nel senso pregnante dell'effettivo vigore, e non della mera, astratta enunciazione) anche di uno solo dei valori menzionati nell'art. 2 non consentirebbe ad uno Stato di entrare a far parte dell'Unione e di restarvi, per quanto problematico e sofferto possa poi essere – e la *Brexit* ne dà eloquente testimonianza⁶ – uscirvi.

È però parimenti evidente che ogni Stato appartenente all'Unione (e quest'ultima *ut sic*) ha una propria identità costituzionale, anche in sensibile misura diversa da quella degli altri. D'altronde, è persino banale dover qui rammentare che uno stesso diritto può essere riconosciuto in termini anche sensibilmente diversi nel passaggio da un ordinamento all'altro e in modi parimenti diversi affermarsi poi nell'esperienza⁷.

Di qui la conferma che l'identità costituzionale sia dell'Unione che di ciascuno degli Stati che la compongono presenta tratti essenzialmente comuni o – diciamo pure – una base in cui gli ordinamenti poggiano o un “nucleo duro” in cui ciascuno di essi si riconosce e tratti comunque differenziati, essendo evidente che i valori in parola (e, tra

⁵ Sulla apertura e disponibilità delle identità in parola a darsi mutuo sostegno, concorrendo incessantemente l'una alla rigenerazione dell'altra, ragguagli di recente nel mio *Protocollo 16 e identità costituzionale*, in *Rivista di Diritti Comparati* (www.diritticomparati.it), 2020, n. 1, 7 gennaio 2020.

⁶ Riferimenti, tra i molti che ne hanno variamente discusso, nei contributi che sono in *Ist. fed.*, 2016, num. spec. dedicato a *Brexit: la fine dell'Europa o la fine del Regno Unito?*; C. NICOLOSI, *Brexit means... Brevi considerazioni sull'eventuale uscita del Regno Unito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2017, n. 2, 4 aprile 2017; P. MARIANI, *Lasciare l'Unione Europea. Riflessioni giuridiche sul recesso nei giorni di Brexit*, Milano, 2018; M.C. BARUFFI, M. ORTINO (a cura di), *Dai Trattati di Roma a Brexit e oltre*, Bari, 2018; A. TANCA, *Brexit: l'esito di una relazione problematica*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, n. 2, p. 341 ss.; F. SAVASTANO, *Uscire dall'Unione europea. Brexit e il diritto di recedere dai Trattati*, Torino, 2019; C. AMALFITANO, *Brexit ed elezioni del Parlamento europeo*, in *federalismi.it*, 2019, n. 9, 8 maggio 2019, e, nella stessa *Rivista*, O. CHessa, *La Suprema Corte del Regno Unito difende (e definisce) la sovranità (e il governo) parlamentare*, 2019, n. 19, 16 ottobre 2019 e F.F. PAGANO, *Le cronache della Brexit: il Parlamento, il Governo, il Monarca (e le Corti) nella fase di “transizione” dell'ordinamento costituzionale del Regno Unito*, 20/2019, 30 ottobre 2019; ancora nella stessa *Rivista*, gli interventi al Seminario *Brexit e il diritto di recedere dai Trattati*, svoltosi all'Università di Siena il 13 maggio 2019, in *Osservatorio Brexit*, 23 ottobre 2019; F. ROSA, *Brexit e la rivincita del Parlamento?*, in *Oss. AIC* (www.osservatorioaic.it), 2019, n. 6, 5 novembre 2019; G. MARTINICO, *Il diritto costituzionale come speranza. Secessione, democrazia e populismo alla luce della Reference Re Secession of Quebec*, Torino, 2019, spec. p. 141 ss.; G. CARVALE, *A volte ritornano ... L'European Union (Withdrawal Agreement) Act 2020 ed il nuovo rafforzamento dell'esecutivo britannico*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 2019, n. 3, p. 1 ss.; K. O'ROURKE, *A Short History of Brexit: From Bentry to Backstop*, London, 2019; v., inoltre, i contributi che sono in *federalismi.it*, 2020, n. 17, 1 giugno 2020 e, nella stessa *Rivista*, F. BATTAGLIA, *Il principio di leale cooperazione nel Trattato di Lisbona. Una riflessione sulle vicende legate al recesso del Regno Unito dall'Unione europea*, 2020, n. 19, 17 giugno 2020, p. 23 ss., e F. MARONGIU BUONAIUTI, F. VERGARA CAFFARELLI, *Brexit: a New Solution to the Irish Border Puzzle*, 2020, n. 20, 24 giugno 2020, p. 191 ss., nonché C. GRAZIANI, *La Brexit e la cooperazione in materia di intelligence: possibili scenari futuri*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 4 agosto 2020.

⁷ Si pensi solo all'eguaglianza, da noi declinata anche in senso sostanziale a differenza di ciò che si ha presso molti altri ordinamenti.

essi, per ciò che è qui di specifico interesse, lo Stato di diritto) ricevono quindi specificazione concettuale e positiva ed affermazione nell'esperienza in modi comunque non coincidenti: ogni ordinamento, insomma, ha un suo modo d'intendere e far valere i valori stessi.

È in questa luce che può essere compiutamente apprezzato, nel suo pregnante significato, il principio di cui all'art. 4.2 TUE⁸: un principio fondamentale dell'Unione che, nel suo fare richiamo ai principi di struttura degli Stati-membri ai quali l'Unione è impegnata a prestare osservanza, rende testimonianza della tendenziale integrazione sovranazionale in corso o, per essere ancora più precisi, dell'obbligo gravante sull'Unione stessa di portarsi avanti lungo la via impervia dell'integrazione, realizzando e salvaguardando la propria identità costituzionale, nel pieno rispetto e perciò con la promozione (e non già con il costo) della identità di ciascuno Stato. Dal loro canto, anche gli Stati (e faccio ora specifico riguardo al nostro) possono vedere appieno affermata la loro identità unicamente nel loro aprirsi all'ordinamento eurounitario, dando accoglienza alle norme che da esso provengono e che sono adottate in funzione dell'ulteriore avanzata del processo d'integrazione sovranazionale. Un'accoglienza che,

⁸ Sulle non lievi questioni interpretative che la formula solleva, v., tra gli altri, G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017, e, dello stesso, *Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti inter-ordinamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, n. 2, p. 333 ss.; D. GALLO, *Controlimiti, identità nazionale e i rapporti di forza tra primato ed effetto diretto nella saga Taricco*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2017, n. 2, p. 249 ss.; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*, Napoli, 2018; R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS (eds.), *Oxford Principles of European Union Law, I, The European Union Legal Order*, Oxford, 2018, ed *ivi*, part., B. GUASTAFERRO, *Sincere Cooperation and Respect for National Identities*, p. 350 ss.; C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della "saga Taricco"*, Milano, 2018; G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, n. 3, p. 781 ss., e, dello stesso, *Conflitti interpretativi e concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo*, in *Diritto e società*, 2019, n. 4, p. 691 ss.; L.S. ROSSI, *2, 4, 6 TUE... l'interpretazione dell'"Identity Clause" alla luce dei valori fondamentali dell'UE*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: la long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 859 ss.; A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in *federalismi.it*, 2018, n. 20, 24 ottobre 2018, spec. par. 5 e 6; F.-X. MILLET, *Plaider l'identité constitutionnelle de l'État devant la Cour de justice*, in *Quaderni costituzionali*, 2018, n. 4, p. 831 ss.; v., inoltre, i contributi in tema di *Constitutional Adjudication in Europe between Unity and Pluralism*, a cura di P. FARAGUNA, C. FASONE, G. PICCIRILLI, in *Italian Journal of Public Law*, 2018, n. 2, p. 205 ss.; A. ALPINI, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, Napoli, 2018, spec. 82 ss. e 163 ss.; C. PANZERA, *Dal patto costituzionale del singolo Stato al patto costituzionale europeo: la questione della "doppia fedeltà". L'esperienza italiana*, in *Revista general de derecho constitucional*, 2019, n. 29; F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e Costituzione*, Milano, 2019, p. 338 ss., e, della stessa, *Unità nella diversità o diversità nella unità? I concetti di identità nazionale e identità costituzionale e il dialogo simulato tra Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2019, n. 2, 9 giugno 2019; T. DRINÓCZI, *Constitutional Identity in Europe: the Identity of the Constitution. A Regional Approach*, in *German Law Journal*, 2020, n. 21, p. 105 ss. e, con specifico riguardo al ruolo giocato dalle autonomie quali "elementi coesenziali delle identità costituzionali degli Stati e dell'Europa", M. TOMASI, *Autonomie regionali e identità costituzionale degli Stati membri nell'orizzonte europeo*, in *federalismi.it*, 2020, n. 5, 4 marzo 2020, p. 231 ss., spec. p. 286 ss. Infine, S. NINATTI, O. POLLICINO, *Identità costituzionale e (speciale) responsabilità delle Corti*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, n. 1, p. 191 ss.; L.S. ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, in *federalismi.it*, 2020, n. 19, 17 giugno 2020, p. 4 ss.

nondimeno, è soggetta – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – alla condizione che, per il suo tramite, risultino viepiù protetti i diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti; e, poiché l'essenza della Costituzione – come sappiamo dalla lezione impartitaci dall'art. 16 della Dichiarazione del 1789 – è data proprio dal riconoscimento dei diritti in parola, se ne ha che l'integrazione sovranazionale ha senso e merita perciò di essere ulteriormente incoraggiata e sostenuta nel non breve percorso volto alla sua compiuta maturazione a condizione che, proprio grazie ad essa, la Costituzione si realizzi al meglio di sé, alle condizioni oggettive di contesto, e possa dunque trasmettersi integra anche alle generazioni che verranno.

È questo, dunque, il senso genuino, immediatamente apprezzabile, del rimando che gli ordinamenti a vicenda si fanno a mezzo dei principi fondamentali allo scopo predisposti: principi-cerniera e motore allo stesso tempo del processo d'integrazione.

2. Integrazione e separazione allo stesso tempo tra l'ordinamento dell'Unione e gli ordinamenti statali, all'insegna del “metaprincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali

Queste prime notazioni, già altrove sviluppate e ora ulteriormente precisate, hanno peraltro un loro significato apprezzabile da una prospettiva di più ampio respiro, che consente di guardare agli ordinamenti stessi nella loro interezza e per il modo con cui essi entrano in reciproco rapporto. Testimoniano, in primo luogo, che tra gli ordinamenti stessi si dà *integrazione e separazione* allo stesso tempo, non già l'una a discapito dell'altra: per dir meglio, volendo riassumere lo stato attuale di svolgimento dei rapporti in parola, si dà una parziale e ad oggi complessivamente immatura integrazione, una *tendenziale unità*, sollecitata a maturare in forme verosimilmente sconosciute ad ogni esperienza costituzionale del passato, nella pluralità. In ogni caso, la pur parziale separazione, di cui si viene dicendo, non può mai tradursi nella contrapposizione: lo vieta perentoriamente, dal punto di vista dell'Unione, l'art. 4.2, sopra richiamato (ma, implicitamente, già lo stesso art. 2⁹) e lo vietano altresì, tornando ora a riguardare a questa vicenda anche dal punto di vista degli ordinamenti nazionali, le Costituzioni degli Stati membri (per ciò che qui specificamente interessa, della nostra) che hanno tra i loro principi fondamentali quello dell'apertura al diritto internazionale e sovranazionale.

Non importa, per l'aspetto ora considerato, che faccia da noi difetto, diversamente rispetto a ciò che si ha in altre Carte costituzionali, un disposto costituzionale che esplicitamente impegni lo Stato a dar modo al diritto eurounitario di farsi valere in

⁹ Sul rapporto che si intrattiene tra i principi espressi dai due enunciati, v., di recente, part. L.S. ROSSI, *Il valore giuridico dei valori. L'Articolo 2 TUE: relazioni con altre disposizioni del diritto primario dell'UE e rimedi giurisdizionali*, cit., p. 4 ss.

ambito interno¹⁰. Pur non essendo questa lacuna senza conseguenze, sta di fatto che essa è stata colmata – com'è noto – per mano della giurisprudenza cui si deve la formazione di una convenzione costituzionale ormai consolidatasi in una vera e propria consuetudine integrativa della Carta, addirittura in uno dei suoi principi fondamentali in cui si è inserita quella *Europaklausel* che, per ragioni storico-politiche, non si è potuta avere e che tarda ancora oggi a venire alla luce (probabilmente, perché ritenuta – a torto – superflua)¹¹.

Non importa neppure indugiare sulle ragioni che hanno indotto gli Stati a vedere compressa la propria sovranità a beneficio dell'Unione e ad acconsentire che essa seguiti ad esserlo sempre di più¹². Come già si accennava poc'anzi, alla base delle "limitazioni", di cui è parola nell'art. 11, v'è – ad esser franchi – una causa "egoistica", intendendo in tal modo gli Stati sfruttare le opportunità ad essi offerte dall'appartenenza ad organizzazioni internazionali costituite al servizio della pace e della giustizia in vista dell'ottimale appagamento al proprio interno dei valori costituzionalmente riconosciuti, a partire – come si diceva – dal valore che fa richiamo alla dignità della persona ed ai diritti fondamentali in genere. L'unico, vero "controlimite" alle limitazioni di sovranità, di cui è parola nell'art. 11 cost., che possa far da ostacolo all'ingresso in ambito nazionale di norme aventi origine esterna è, infatti, dato – come si è segnalato e s'intende ora ulteriormente rimarcare – dal valore che rimanda alla protezione dei diritti fondamentali, nei quali è l'essenza stessa della Costituzione. Possiamo insomma dire che quest'ultima fa ripiegare la sovranità dello Stato, rendendosi perciò disponibile essa stessa a soggiacere a limitazioni, al fine di potersi affermare al meglio di sé, di veder cioè custodita e fatta valere la propria essenza: i diritti fondamentali.

Ogni medaglia ha, però, doppio volto; ed è, dunque, sempre in nome del valore in parola che si può (e – si faccia caso – *si deve*) dare ingresso a norme di origine esterna

¹⁰ In tema, di recente, A. GUZZAROTTI, *Legalità senza legittimazione? Le "clausole europee" nelle Costituzioni degli Stati membri dell'U.E. e l'eccezione italiana*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 2019, n. 3, 12 novembre 2019.

¹¹ Come si è infatti in altri luoghi osservato, una cosa è affermare la disponibilità della sovranità a soggiacere a limitazioni in funzione della salvaguardia della pace e della giustizia tra le nazioni ed altra cosa è stabilire come, fino a che punto e con quali effetti le limitazioni stesse possono in concreto aversi. Si deve proprio a questa lacuna costituzionale di costruzione, seppur *ratione temporis* involontaria, il fatto che la giurisprudenza si sia trovata costretta a procedere a tentoni nel tentativo di dare un qualche assetto alle relazioni interordinamentali, facendone quindi oggetto di progressivi aggiustamenti, nondimeno ad oggi gravati da non poche né lievi aporie teoriche che hanno particolarmente pesato (e seguitano a pesare) sul lineare svolgimento delle relazioni stesse, specie nelle loro più recenti espressioni, alla luce delle indicazioni date da Corte cost. n. 269 del 2017 e succ., cui pure si farà cenno più avanti.

¹² Ha, di recente, fatto il punto sulle più salienti vicende relative al riparto della sovranità tra Unione e Stati A. DI STASI, *Parabola evolutiva della sovranità statale ed espansione delle competenze dell'Unione Europea: in particolare i limiti di applicabilità della Carta dei diritti fondamentali per gli Stati membri dell'UE*, in A. DI STASI, G. FAUCEGLIA, G. MARTINO, P. PENNETTA (a cura di), *Liber amicorum per Massimo Panebianco*, Napoli, 2020, p. 185 ss. V., inoltre, A. D'ATTORRE, *Sovranità costituzionale e costituzionalismo dei diritti dopo Maastricht*, in *Politica del diritto*, 2020, n. 3, p. 385 ss. e M. ESPOSITO, *Il disordine del sistema delle fonti tra alterazioni e surroghe (appunti sugli effetti della c.d. integrazione europea)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, n. 1, p. 405 ss. Da una prospettiva di più largo raggio, su *La sovranità oltre lo Stato* tratta ora il saggio monografico di E. CANNIZZARO (Bologna, 2020).

che si offrano per l'ottimale salvaguardia dei diritti stessi, in ragione delle complessive e peculiari esigenze dei casi.

I “controlimiti” – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – sono un'arma a doppio taglio o, diciamo pure, hanno, al pari di Giano bifronte, doppio volto: possono essere visti, così come li vede la comune opinione¹³, quali armi suscettibili in ogni tempo di essere azionate in funzione oppositiva nei riguardi di norme di produzione extrastatuale ma possono (e *devono*) anche restare spenti ed inoperosi, laddove le norme in parola a giudizio dell'operatore di turno si considerino in grado d'innalzare il livello della tutela dei diritti (e, in genere, dei beni della vita) in gioco rispetto a quello raggiunto o raggiungibile in ambito interno (persino dunque – è opportuno rimarcare – da parte delle norme costituzionali). C'è un unico, autentico “metavalore” o, diciamo meglio in termini giuridicamente significativi, un “metaprincipio” che governa il gioco senza fine dei valori (e dei principi), ed è appunto quello della ricerca, non di rado affannosa e sofferta, della massimizzazione della tutela stessa¹⁴.

Avverso la esistenza stessa di questo canone fondamentale sono state avanzate riserve e critiche anche penetranti e radicali, alcune delle quali facenti principalmente leva su due argomenti di specifico rilievo in relazione al tema che oggi ci occupa: che i diritti fondamentali sono sempre a somma zero, l'affermazione dell'uno avendosi inevitabilmente a discapito di un altro, e che il riscontro del modo con cui opererebbe il (supposto) “metaprincipio” in parola porterebbe fatalmente all'esito dello scioglimento del giudice dal vincolo della esclusiva soggezione alla legge.

Si tratta, per vero, di rilievi assai seri, meritevoli della massima considerazione, e tuttavia – a me pare – non insuperabili. All'uno può infatti opporsi che la ricerca della

¹³ Riferimenti, di recente, negli scritti dietro richiamati e, part., nella monografia di S. POLIMENI, dov'è una originale proposta teorico-ricostruttiva meritevole della massima considerazione.

¹⁴ Il canone fondamentale in parola ha costituito oggetto di speciale attenzione da un consistente schieramento di studiosi di vario orientamento [riferimenti nei miei *Forme e limiti del primato del diritto eurounitario, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale: profili teorico-ricostruttivi e implicazioni istituzionali*, Relazione al Convegno dell' AISDUE su *Costituzioni europee e primato del diritto dell'Unione europea*, Napoli 28-29 ottobre 2019, in www.aisdue.eu, sez. “Convegni annuali e interinali”, n. 13, 31 ottobre 2019, 219 ss., e lett. *ivi*, a 228 in nt. 13; *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, Relazione conclusiva della Giornata di studi in ricordo di Alessandro Pizzorusso dedicata a *Il diritto giurisprudenziale*, Pisa 16 dicembre 2019, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2019, n. 3, 18 dicembre 2019, 707 ss., spec. 714 in nt. 30, e *Protocollo 16 e identità costituzionale*, cit., spec. § 1. Altre indicazioni in A. RANDAZZO, *Il “metaprincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *Diritti fondamentali* (www.dirittifondamentali.it), 2020, n. 2, 10 giugno 2020, p. 689 ss., al quale faccio altresì rimando per anteriori riferimenti di lett. Cfr., da ultimo, I. ANRÒ, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in *federalismi.it*, 2020, n. 19, 17 giugno 2020, p. 109 ss.; F. DONATI, *Tutela dei diritti e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 2020, n. 14, p. 49 ss., spec. p. 67 s., laddove, pur non tacendosi i rischi legati alle applicazioni del “metaprincipio” in parola, si conviene in merito al rimedio che può avverso di essi utilmente fatto valere, costituito dal “dialogo” e dalla cooperazione tra le Corti; B. NASCIMBENE, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in *Eurojus* (www.rivista.eurojus.it), 2020, n. 3, p. 277. Infine, C. CARUSO, *Granital reloaded o di una «precisazione» nel solco della continuità*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziasieme.it), 19 ottobre 2020, e R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2020, n. 3, 2 novembre 2020, spec. p. 588 ss.].

sintesi ottimale tra i beni della vita in gioco va fatta *relativamente ai singoli casi*, vale a dire con esclusiva attenzione ai beni della vita in ciascuno di essi emergenti, nell'intento di fissare il più in alto possibile il punto di sintesi tra di essi, sì da pervenire ad una loro composizione tale da comportare la minore sofferenza per tutti.

Quanto al secondo rilievo, poi, è appena il caso qui di rammentare che il canone in parola è espressamente previsto dalla CEDU e dalla Carta dell'Unione (in entrambe, all'art. 53¹⁵): l'una resa esecutiva con legge e l'altra richiamata dal Trattato di Lisbona, a sua volta recepito in ambito interno. Non tenerne conto, dunque, equivarrebbe a trasgredire comandi giuridici ai quali il giudice non può sottrarsi.

C'è un solo modo, a mia opinione, per parare l'obiezione ora nuovamente fatta: controbattere che il disposto delle Carte suddette che fa parola del canone stesso sia contrario a Costituzione (e, nel caso della previsione contenuta nella Carta di Nizza-Strasburgo, ad un principio fondamentale, quello appunto della esclusiva soggezione del giudice alla legge che sarebbe irreparabilmente inciso dallo stesso¹⁶). Nessuno però – che io sappia – si è spinto a tanto; e sarebbe francamente impensabile il solo ammettere, in via di mera ipotesi, che la Costituzione non tolleri che ai diritti possa essere offerta una protezione ancora più efficace di quella conseguibile in ambito interno o – peggio – che la Costituzione racchiuda in sé l'idea che nessuna delle sue previsioni relative ai diritti stessi tema il confronto con analoghe previsioni delle altre Carte, nell'assunto (indimostrato ed indimostrabile) che quanto sta scritto nella nostra legge fondamentale sia perfetto in sé e per sé, insuperabile da altre Carte¹⁷.

¹⁵ Con riguardo al disposto in parola, è stato rilevato (da R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, n. 4, p. 757 ss., spec. p. 764 e nt. 15) essere “curioso” il richiamo da me molte volte fattovi, nell'assunto che esso faccia unicamente divieto di utilizzo della Carta dell'Unione al fine di *peggiore* la tutela dei diritti. A me sembra, tuttavia, del tutto ovvio che il fatto stesso della previsione di questa eventualità implichi quella opposta del sempre possibile innalzamento della tutela stessa. O, forse, si ritiene assiomaticamente che sia comunque insuperabile il trattamento riservato ad ogni diritto dalla nostra legge fondamentale? È poi chiaro che, mutati i termini a raffronto, la stessa cosa può dirsi con riguardo ai rapporti con la CEDU, in seno alla quale – come si sa – è stabilito il canone suddetto.

¹⁶ Quanto alla CEDU, invece, a stare all'indirizzo inaugurato dalla Consulta nel 2007, la contrarietà alla Costituzione si avrebbe anche nel caso che le norme della stessa rispetto alle quali la Convenzione dovesse mostrarsi incompatibile si considerino inespresse di principi fondamentali, giusta la qualifica di fonte “subcostituzionale” attribuita alla Convenzione stessa. Per un verso, però, considerato l'oggetto della disciplina di quest'ultima, che è dato dai diritti fondamentali, appare francamente assai remota – come si è fatto altrove notare – l'ipotesi che il contrasto non si risolva in una lesione di un principio fondamentale o, comunque, di una norma da esso “coperta”. Per un altro verso, poi, l'ipotesi della gerarchizzazione di documenti normativi che danno, tutti, in tesi, riconoscimento dei diritti fondamentali fa a pugni con la loro natura di documenti “tipicamente costituzionali”, per riprendere una qualifica che è in Corte cost. n. 269 del 2017, seppur con specifico riguardo alla Carta dell'Unione (ma, a mia opinione, valevole per ogni Carta dei diritti). La stessa giurisprudenza costituzionale, peraltro, ambientando le relazioni tra le Carte al piano della teoria della interpretazione, da tempo ammette – come si dirà a momenti – l'apporto che tutti i documenti in parola (Costituzione inclusa) reciprocamente si danno al fine della loro mutua rigenerazione semantica, senza dunque alcun ordine gerarchico preconstituito d'ispirazione formale-astratta.

¹⁷ Per vero, in passato (nella stessa pronunzia in cui è esplicitato il canone fondamentale della mutua interpretazione delle Carte in sede interpretativa, la n. 388 del 1999), si era orgogliosamente rivendicata la *primauté* della Costituzione, giudicata idonea in ogni caso ad apprestare ai diritti una tutela non minore di quella ad essi offerta da ogni altra Carta. In seguito, però, la Corte ha temperato l'asprezza e ingenuità di

D'altro canto, ad ulteriore conferma di quanto si viene ora dicendo sta il fatto che il giudice costituzionale non ha mai, in nessuna delle molte occasioni che pure gli sono state date, eccetto *motu proprio* che le leggi che hanno dato esecuzione alla CEDU ed alla Carta di Nizza-Strasburgo (per il tramite del Trattato di Lisbona), nella parte in cui fanno richiamo al “metaprincipio” suddetto, sarebbero *contra Constitutionem*; ciò che avrebbe dovuto invece fare prima di assumere le norme delle Carte in parola quale parametro di giudizio, in linea con lo schema della fonte interposta ribadito nelle famose sentenze-gemelle del 2007 sulla CEDU¹⁸.

La questione della ottimale salvaguardia dei diritti alla luce del raffronto tra le Carte che ne danno il riconoscimento può, ad ogni buon conto, essere rivista sotto una luce diversa, diciamo pure non conflittuale, qualora l'operatore di turno riesca a centrare l'obiettivo che la stessa giurisprudenza costituzionale riconosce doversi con determinazione perseguire: quello di mettere in atto una soluzione ispirata non già alla “logica”, a mia opinione comunque perdente e complessivamente inappagante, dell'*aut-aut*, vale a dire della scelta esclusivizzante tra la norma avente origine esterna e la norma interna, bensì l'altra che tutte le compone in unità armonica e significativa, a mezzo della integrazione delle Carte nella interpretazione. Una integrazione che, nondimeno, non esclude che, a seconda dei casi, ora questa ed ora quella Carta giochi un ruolo *culturalmente trainante*, che però – si badi – è cosa assai diversa rispetto alla (supposta ma inesistente) *gerarchizzazione positiva* delle Carte stesse, portando dunque alla rigenerazione semantica degli altri documenti aventi la medesima natura, all'insegna appunto di quel canone fondamentale della miglior tutela che – come qui pure si è venuti dicendo – si pone quale un'autentica, indisponibile direttiva metodica d'azione degli operatori e, in genere, degli interpreti.

3. Tradizioni costituzionali comuni e tradizioni dei singoli Stati, e la comparazione quale strumento necessario per la loro ricognizione e messa a fuoco

Si è veduto che i valori comuni agli Stati ed all'Unione (e, tra questi, dunque anche quello dello Stato di diritto, qui di specifico interesse) si fanno reciproco richiamo e sono naturalmente sollecitati a darsi alimento e sostegno a vicenda dai principi fondamentali che presso ciascun ordinamento prescrivono l'apertura nei riguardi

quest'affermazione, ammettendo che persino una fonte “subcostituzionale”, quale la CEDU, possa dimostrarsi in grado di dare una tutela più “ampia” (part., sentt. nn. 49 del 2015 e 25 del 2019); ciononostante, si è ugualmente rimarcato il “predominio assiologico” della nostra legge fondamentale sulle Carte restanti. Ribadisco al riguardo ciò che ho più volte detto, vale a dire che mi sfugge come possano le due affermazioni stare assieme.

¹⁸ Se ne può vedere ora la illustrazione in A. FUSCO, *Il mito di Procruste. Il problema dell'interposizione delle norme generative di obblighi internazionali nei giudizi di legittimità costituzionale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2020, n. 4, 23 ottobre 2020, p. 250 ss.

dell'altro (o degli altri¹⁹) in vista dell'ottimale appagamento dei diritti e dell'affermazione dell'identità costituzionale.

Il bisogno vitale manifestato da ciascun ordinamento di tenersi costantemente e fermamente dall'altro è in modo esplicito testimoniato in ambito sovranazionale e se ne capisce la ragione; essendo venuto dopo gli ordinamenti statali e per effetto di un atto di volontà "costituente" di ciascuno di essi²⁰, l'ordinamento sovranazionale aveva (ed ha) solo un modo per dare evidenza e concretezza all'obiettivo della propria progressiva "costituzionalizzazione": quello di fare propria l'essenza stessa delle Costituzioni nazionali, il riconoscimento dei diritti, conferendovi un originale rilievo nella dimensione sovranazionale.

Si spiega in questa luce il richiamo alle "tradizioni costituzionali comuni" e lo stesso riferimento, di cui all'art. 4.2, alle tradizioni proprie di ciascuno Stato-membro²¹. Lo Stato di diritto, quale valore comune ad Unione e Stati, entra così, per la sua parte, a comporre la cerniera che tiene uniti gli ordinamenti, senza allo stesso tempo soffocare l'identità propria di ciascuno di essi, dandole modo di svolgersi e riaffermarsi alle condizioni oggettive di contesto ed anzi di vedersi ulteriormente valorizzata e promossa per effetto di una più avanzata salvaguardia offerta ai diritti nella dimensione sovranazionale.

In fondo, se ci si pensa, qualcosa di simile si ha pure in seno all'ordinamento statale, pur con la ovvia avvertenza che quest'ultimo è un ordinamento *pleno iure* integrato, diversamente dall'Unione che è un ordinamento in via d'integrazione, senza che peraltro possa – perlomeno al presente – dirsi se mai il processo in parola perverrà a compiuta maturazione né quali potranno esserne i connotati identificanti complessivi²².

¹⁹ ... e, segnatamente, da parte dello Stato nei riguardi della Comunità internazionale, specificamente appunto nelle sue norme che danno il riconoscimento dei diritti.

²⁰ ... in particolare di quelli fondatori delle Comunità, ma anche gli ordinamenti che con il tempo vi hanno aderito hanno manifestato una volontà in tal senso e indotto gli stessi Stati preesistenti a rinnovarla in occasione di ogni ingresso dapprima in seno alle Comunità stesse e, poi, all'Unione.

²¹ Lo slittamento dalle prime alle seconde e viceversa è, peraltro, frequente proprio a motivo del nucleo duro assiologicamente pregnante che le connota e accomuna, secondo quanto ha, ancora non molto tempo addietro, testimoniato il noto caso *Taricco*, che ha visto la Consulta dapprima (ord. n. 24 del 2017) far leva sulle tradizioni comuni, delle quali è parte integrante il principio di legalità in materia penale sacrificato da una pronuncia della Corte di giustizia, e di poi (sent. n. 115 del 2018), invece, a seguito del mutato orientamento da quest'ultima manifestato dietro vigorosa sollecitazione dello stesso giudice costituzionale che aveva prospettato l'attivazione dei "controlimiti", far leva sulla identità costituzionale di cui lo stesso principio di legalità è emblematica espressione. Uno slittamento, nella circostanza, da più d'un commentatore giudicato inopportuno, specie a fronte della disponibilità manifestata dalla Corte dell'Unione a venire incontro alle aspettative diffusamente avvertite dagli operatori di diritto interno e delle quali si è fatta interprete e garante la Consulta, tanto più, poi, che il riferimento alle tradizioni comuni agli Stati (e, per ciò stesso, all'Unione) porta naturalmente a far emergere gli elementi d'integrazione tra gli ordinamenti, a differenza di quello all'identità costituzionale del singolo Stato che proietta in primo piano gli elementi di separazione.

²² Come si è fatto in altri luoghi notare, tratto peculiare del processo costituente europeo in corso è che, diversamente dai processi affermatasi in ambito statale, potrebbe restare permanentemente *in fieri*, senza riuscire a pervenire alla meta della propria compiuta maturazione ovvero, all'opposto, fallire, portando al dissolvimento dell'Unione ed alla conseguente restaurazione della piena sovranità in capo agli Stati (del processo costituente europeo ha di recente trattato, fermando specificamente l'attenzione sul pensiero

Anche in ambito interno, infatti, l'unità-indivisibilità della Repubblica si costruisce ed incessantemente rinnova – come suol dirsi – *dal basso* (art. 114, rivisto alla luce dell'art. 5), ed è un'unità che si fa *con la promozione* – la massima consentita dalle condizioni oggettive di contesto – dell'autonomia (e, perciò, dell'identità costituzionale di ciascun ente territoriale), non già *con il costo* insopportabile di questa, o, meglio, si fa sollecitando ogni ente a dotarsi di una propria caratterizzazione complessiva e ad esprimere in modi originali (ma, appunto, pur sempre entro la cornice dell'unità), la propria autonomia²³. Quest'ultima, insomma, non è quella (e solo quella) che risulta dalle disposizioni della Carta e di altre fonti che ne descrivono i lineamenti e i possibili svolgimenti; è anche quella che si articola ed esprime in forme differenziate per ciascun ente che ne è dotato, facendosi pertanto valere nell'esperienza al servizio della comunità. Perciò, l'autonomia va declinata al plurale, proprio perché questo è il suo marchio identificante, il suo DNA. La sua "misura", poi, quale effettivamente è, varia in ragione dell'utilizzo che ciascun ente fa delle risorse di cui dispone a beneficio della collettività stanziata sul territorio. In particolare, a tutte le Regioni di diritto comune (e salva l'opportunità riconosciuta a ciascuna di esse di potersi differenziare dalle restanti avvalendosi dello strumento pattizio di "specializzazione" della propria autonomia, di cui all'art. 116, III c., cost.²⁴) sono dati i medesimi "talenti" – per riprendere la nota immagine evangelica – ma non tutte li portano a frutto ovvero lo fanno nella identica misura.

critico di A. Pace al riguardo, M. ESPOSITO, *"La dichiarazione di Laeken e il processo costituente europeo" diciotto anni dopo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, n. 6, p. 3407 ss.).

²³ Maggiori ragguagli sul punto di cruciale rilievo possono, volendo, aversi dal mio *Il valore di "unità-autonomia" quale fondamento e limite dei giudizi in via d'azione e della "specializzazione" dell'autonomia regionale (prime notazioni)*, Intervento al Convegno del Gruppo di Pisa su *Il regionalismo italiano alla prova delle differenziazioni*, Trento 18-19 settembre 2020, in *Rivista Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 2020, n. 3, 28 settembre 2020, p. 100 ss.

²⁴ Assai animato – come si sa – è il dibattito sul c.d. regionalismo differenziato, ora invocato a gran voce ed ora invece deplorato in nome della salvaguardia della unità-indivisibilità della Repubblica, attorno alla cui tenuta si affacciano forti e diffusi timori [indicazioni di vario segno, di recente, oltre che dal Convegno del Gruppo di Pisa da ultimo richiamato, possono aversi dal Seminario dallo stesso Gruppo organizzato in memoria di P. Carrozza, su *Autonomie territoriali e forme di differenziazione. Ordinamenti a confronto*, svoltosi via web il 12 giugno 2020, Quad. n. 2 della *Rivista Gruppo di Pisa*, a cura di A. LO CALZO, G. SERGES, C. SICCARDI, in www.gruppodipisa.it; altri riferimenti, ora, in S. MANGIAMELI, *Il riparto delle competenze tra vicende storiche e prospettive di collaborazione*, in *Diritti regionali* (www.dirittiregionali.it), 2020, n. 3, 23 ottobre 2020, p. 256 ss., e A. D'ATENA, *A proposito della "clausola di asimmetria" (art. 116, u.c., Cost.)*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2020, n. 4, 26 ottobre 2020, p. 313 ss.]. In realtà, ove quella di cui all'art. 116, III c., fosse davvero una norma "sbagliata" in partenza, così come paventato da alcuni suoi agguerriti oppositori, la soluzione lineare sarebbe non già quella di lasciarla lì dov'è, seppur inattuata, a mo' di mina sotterrata sul campo costituzionale sempre pronta ad esplodere senza riparo, bensì l'altra di rimuoverla con le procedure dell'art. 138. Di contro, se la norma stessa dovesse essere giudicata in linea con la densa indicazione di cui all'art. 5, volta alla promozione dell'autonomia (e, a mia opinione, così è, ed anzi lo scenario in essa prefigurato appare fin troppo timido e contenuto in tal senso, a fronte di quello di una avanzata "specialità diffusa"), vi si dovrebbe dare sollecito e congruo seguito. Si tratta, però, appunto, previamente di stabilire quali risorse e garanzie mettere in campo al fine di salvaguardare al meglio e congiuntamente, nel presente contesto istituzionale, l'unità e l'autonomia, vale a dire di promuovere viepiù quest'ultima rendendo ancora più salda la prima, specie per il modo con cui entrambe fanno "sistema" con i valori fondamentali di libertà ed eguaglianza ed i valori restanti.

Similmente – per seguitare in quest'accostamento, nondimeno bisognoso di essere fatto *cum grano salis* – anche l'Unione si fa e incessantemente rinnova *dal basso*, promuovendo e valorizzando l'identità costituzionale di ciascuno Stato-membro e, dunque, attingendo dalle loro "tradizioni costituzionali" quanto di più e di meglio esse sono in grado di offrire per l'ottimale appagamento dei diritti e, in genere, degli interessi demandati alla cura dell'Unione stessa.

In questo quadro, qui sommariamente delineato nei suoi tratti maggiormente espressivi, la comparazione giuridica si conferma essere uno strumento indispensabile non soltanto al fine della emersione delle tradizioni comuni ma anche – qui è il punto di cruciale rilievo bisognoso di essere rimarcato – al fine della messa a fuoco delle stesse tradizioni proprie di ciascun ordinamento: *presenta, dunque, carattere riflessivo*, attraverso la conoscenza dell'identità altrui consente di pervenire alla ottimale messa a fuoco della propria. Lo Stato non può infatti conoscere appieno e portare a frutto la propria identità costituzionale se non facendo riferimento anche all'Unione, cui è obbligato a volgere lo sguardo dall'art. 11 e, prima ancora (per ciò che attiene alla salvaguardia dei diritti), dagli artt. 2 e 3, per la parte in cui, tendendo alla loro ottimale affermazione, fanno proprio il canone fondamentale della massimizzazione della tutela. E, poiché l'Unione si richiama alle tradizioni comuni agli ordinamenti nazionali, ecco che la comparazione si dimostra essere strumento necessario per il compiuto apprezzamento dell'identità costituzionale di ciascuno Stato, oltre che termometro della integrazione sovranazionale *in progress*.

4. Ordinamento dell'Unione e ordinamenti statali rivisti alla luce dell'idea di Costituzione enunciata nell'art. 16 della Dichiarazione del 1789: convergenze nel riconoscimento dei diritti e divergenze in ordine all'articolazione dei poteri, in un contesto segnato (in ambito sovranazionale come pure in ambito interno) da una crisi profonda, forse irrimediabile, della legge e, in genere, degli strumenti di normazione espressivi di "diritto politico"

È dunque per il tramite della comparazione che vengono ad emersione tanto i tratti di somiglianza degli ordinamenti quanto quelli peculiari di ciascuno di essi²⁵.

Al piano delle discipline costituzionali di ordine sostantivo, le differenze tra le Costituzioni nazionali e le altre Carte dei diritti (tra le quali, per ciò che qui specificamente importa, la CEDU e la Carta di Nizza-Strasburgo), pur essendo, specie in relazione ad alcuni diritti, di un certo rilievo, non ostano a quella mutua integrazione dei documenti in parola nei fatti interpretativi, di cui qui pure si è venuti dicendo. Agevola il raggiungimento di quest'obiettivo la natura stessa dell'oggetto della disciplina in parola e il modo con cui essa si pone (perlopiù a mezzo di enunciati a

²⁵ Ne rende ora eloquente testimonianza, con specifico riguardo ai rapporti tra CEDU e Carta dell'Unione, R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, cit.

maglie larghe o larghissime, essenzialmente *per principia*). Gli enunciati aventi natura sostantiva (e, segnatamente, appunto quelli relativi ai diritti) esibiscono, infatti, una duttilità strutturale di cui non dispongono – perlomeno, di norma – gli enunciati relativi alla organizzazione²⁶, pur nei limiti in cui l’una e l’altra parte in cui si articola il dettato costituzionale possono essere tenute reciprocamente distinte²⁷.

Il punto è di particolare interesse ai fini del discorso che si va ora facendo. Già ad un primo, sommario raffronto tra l’ordinamento statale e quello eurounitario, se ne ha che i due elementi di cui si compone la Costituzione, secondo la lapidaria definizione datane dal già richiamato art. 16 della Dichiarazione del 1789, prendono forme in considerevole misura convergenti, quanto al riconoscimento dei diritti²⁸, mentre numerose e consistenti sono le divergenze in ordine all’articolazione dei pubblici poteri²⁹.

Si pone qui il pressante ed inquietante interrogativo se il principio della separazione dei poteri abbia ancora oggi un senso e quale esso possa essere, quale cioè sia la “misura” in cui si fa concretamente apprezzare e quali i tratti, anche sensibilmente originali, dallo stesso esibiti, negli ordinamenti degli Stati appartenenti all’Unione e – per ciò che qui più da presso ci tocca – nel nostro³⁰. È infatti di tutta evidenza che, ove dovesse constatarsi che esso versa in una condizione di palese e grave sofferenza³¹, per ciò stesso ne soffrirebbe lo Stato di diritto.

²⁶ Alcuni di essi, poi, quali quelli che danno il numero dei componenti di un organo o fissano la durata della loro carica, sono talmente stringenti da lasciare spazi di manovra assai ridotti, talora per vero interstiziali, agli operatori in sede interpretativa.

²⁷ Su ciò, v., part., M. LUCIANI, *La “Costituzione dei diritti” e la “Costituzione dei poteri”. Noterelle brevi su un modello interpretativo ricorrente*, in *Scritti in onore di V. Crisafulli*, II, Padova, 1985, p. 497 ss. e G. SILVESTRI, *I principi e le istituzioni: i rapporti tra prima e seconda parte della Costituzione italiana*, in a cura di A. GIORGIS, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Torino, 2016, p. 291 ss.

²⁸ ... delle quali, peraltro, rendono eloquente testimonianza i crescenti, ormai quotidiani, richiami che la giurisprudenza interna fa a quella delle Corti europee, come pure queste fanno a quella, oltre che ovviamente a se stesse. I conflitti, anche assai aspri, come si sa, non sono mancati (e di certo non mancheranno): *Taricco*, cui si è poc’anzi fatto cenno, ne è una delle più significative espressioni; restano, nondimeno, marginali rispetto ai casi di convergenza appunto, se non pure di vera e propria identità di vedute. Ad ogni buon conto, anche i primi sono pur sempre una delle manifestazioni di un “dialogo” intergiurisdizionale che si va facendo sempre più fitto e foriero di non pochi benefici per i diritti.

²⁹ Sugli sviluppi storico-teorici della nozione di Costituzione e sulle forme di Stato, di recente, v. l’accurato studio di A.I. ARENA, *La costituzione come idea e come realtà storica (Appunti di Dottrina dello Stato)*, in *Diritti fondamentali* (www.dirittifondamentali.it), 2019, n. 2, 11 dicembre 2019; altre indicazioni in A. RAUTI, *La decisione sulla cittadinanza tra rappresentanza politica e fini costituzionali*, Napoli, 2020, p. 29 ss.

³⁰ Sui suoi più salienti sviluppi e sulle prospettive (per vero, non rosee) che sembrano prefigurarsi per l’immediato futuro, tra gli altri, v., almeno, A. SPADARO, *Le evoluzioni contemporanee dello Stato di diritto*, in *Lo Stato*, 2017, n. 8, p. 139 ss.; V. BALDINI, *Lo Stato costituzionale di diritto e il ruolo del giudice, oggi*, in *Diritti fondamentali* (www.dirittifondamentali.it), 2018, n. 1, 7 maggio 2018, del quale, pure *ivi*, v. *Lo Stato costituzionale di diritto all’epoca del coronavirus*, 1/2020, 10 marzo 2020, 683 ss. Inoltre, T.E. FROSINI, *Il Costituzionalismo nella Società tecnologica*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 25 maggio 2020, nonché, in prospettiva comparata, T. GROPPI, *Menopaggio. La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Bologna, 2020.

³¹ ... così come si ha in alcuni Paesi membri appartenenti all’Unione, in ispecie per il grave *vulnus* inferto all’autonomia ed indipendenza dei giudici, pur non avendo ad oggi portato all’esito prefigurato dall’art. 7 TUE [riferimenti in A. FESTA, *L’Unione europea e l’erosione dello Stato di diritto in Polonia*, in questa

Ora, è un dato di tutta evidenza quello per cui l'organizzazione dell'Unione esibisce connotati peculiari, marcatamente diversi nella loro conformazione complessiva da quelli propri degli Stati³²; eppure, siffatte differenze si assumono essere non incidenti al fine della salvaguardia dello Stato di diritto, anzi si considerano conducenti, sia pure attraverso diversi percorsi istituzionali e in forme parimenti differenziate, alla meta della salvaguardia stessa.

La questione di fondo riguarda il posto spettante, da un canto, alla legge in ambito interno e, da un altro canto, in ambito eurounitario, ad atti di regolazione primaria diversi dalla legge stessa ma a questa *quodammodo* assimilabili. Non a caso – si rammenti –, al tempo della sfortunata gestazione della c.d. Costituzione europea si era avanzata la proposta di introdurre il tipo-legge anche in seno all'Unione, proposta poi abbandonata ma non nella sostanza, ove si convenga che regolamenti e direttive, pur nella varietà delle forme in cui si presentano e della struttura nomologica di cui si dotano³³, sono pur sempre accostabili alle leggi e ad altri atti di normazione di diritto interno. Non si trascuri, tuttavia, la circostanza per cui, ove la proposta stessa fosse passata, se ne sarebbe potuta avere una spinta non da poco per l'ulteriore avanzamento del processo d'integrazione sovranazionale, per effetto della suggestione esercitata dal nome attribuito alle nuove fonti dell'Unione.

Un punto conviene al riguardo mettere in particolare evidenza; ed è dato dalla crisi che, dove in maggiore e dove in minore misura, affligge, in primo luogo, la legge, largamente esautorata nella sua funzione di strumento primario di regolazione giuridica dagli atti del Governo (e da altri atti ancora)³⁴ e, secondariamente, tutti tali strumenti di

Rivista, 2020, n. 1, p. 145 ss., e, ora, in E. CASTORINA, *Stato di diritto e "condizionalità economica": quando il rispetto del principio di legalità deve valere anche per l'Unione europea (a margine delle Conclusioni del Consiglio europeo del 21 luglio 2020)*, cit.; adde, A. FUSCO, *I "terzi poteri" dell'Unione vigilano sull'indipendenza del giudice, principio cardine del costituzionalismo europeo. Alcune considerazioni sulle vicende del giudice polacco (a margine di CGUE, Grande Sezione, sentt. 24 giugno 2019, 19 novembre 2019 e 26 marzo 2020)*, in *Oss. AIC* (www.osservatorioaic.it), 2020, n. 3, 2 giugno 2020, p. 650 ss., della quale v., *amplius*, per un quadro teorico-ricostruttivo relativo all'indipendenza dei giudici, in specie di quelli costituzionali e sovranazionali, *L'indipendenza dei custodi*, Napoli, 2019].

³² Basti solo por mente a quella figura istituzionale, sconosciuta all'esperienza statale, che è la Commissione, istituita allo specifico fine di promuovere l'avanzata del processo d'integrazione e presidiarne le tappe man mano raggiunte, o al parimenti peculiare modo di atteggiarsi delle relazioni tra Parlamento e Consiglio, quali sedi rappresentative, rispettivamente, dei popoli e degli Stati, ed a quant'altro insomma compone e connota l'organizzazione dell'Unione [su tutto ciò, per un quadro di sintesi i cui lineamenti sono riguardati dalla prospettiva del diritto costituzionale, v. P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*⁵, Torino, 2019; v., inoltre, ora, N. LUPO, *La forma di governo dell'Unione, dopo le elezioni europee del maggio 2019*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 9 marzo 2020, e, dello stesso, *L'intreccio delle forme di governo, tra Roma e Bruxelles: a proposito della crisi di governo di agosto 2019*, in *federalismi.it*, 2020, n. 28, 12 ottobre 2020].

³³ ... una struttura, peraltro, connotata da fluidità e mobilità degli elementi che la compongono, non di rado avendosi regolamenti di nome che, però, nella sostanza sono delle direttive, e viceversa.

³⁴ In tema si è col tempo avuta un'autentica alluvione di scritti dei quali non occorre qui fare richiamo [riferimenti ed indicazioni, di recente, in N. LUPO, *Considerazioni conclusive. Sulla (complessiva) crescita del ruolo normativo del Governo e sulle difficoltà della funzione legislativa*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2019, n. 2; S. PANIZZA, *Materiali per uno studio del rapporto tra Parlamento e Governo a partire dalla produzione normativa e dalle modalità del suo aggiornamento*,

normazione (e, in genere, quelli espressivi del c.d. “diritto politico”), a fronte di un diritto di matrice giurisprudenziale ovunque affermatosi in forme vistose, non di rado abnormi³⁵.

Il fenomeno è particolarmente appariscente proprio sul terreno su cui maturano le esperienze relative ai diritti fondamentali. Un fattivo concorso a quest’esito ha dato il proliferare delle Carte dei diritti, vale a dire la circostanza per cui la Costituzione ha perso il monopolio del loro riconoscimento, un tempo stabilmente detenuto e considerato immediatamente qualificante la natura e funzione primaria della Costituzione stessa, oggi condiviso con altre Carte, tra le quali – come si diceva – particolarmente la CEDU e la Carta dei diritti dell’Unione. Allo stesso tempo, si è assistito ad una considerevole espansione della c.d. “materia” costituzionale³⁶, per un verso segnata dalla “invenzione” di nuovi diritti, specie di quelli maggiormente sensibili allo sviluppo scientifico e tecnologico, e, per un altro verso, quanto alla parte organizzativa, dalla complicazione del quadro istituzionale, in seno al quale si sono iscritte figure soggettive un tempo sconosciute (per tutte, le autorità indipendenti³⁷).

Andando ancora più a fondo nella osservazione di questa vicenda, tuttora in corso e dai tratti complessivi non poco opachi e confusi, ci si avvede che è cambiata la struttura stessa della Costituzione, per effetto di quella apertura ad altri documenti “tipicamente costituzionali” cui si faceva poc’anzi cenno. I materiali normativi e – come si dirà a momenti – soprattutto giurisprudenziali aventi origine esterna, specie quelli riguardanti i diritti, s’immettono dunque nel “contenitore” costituzionale, lo riplasmano e rigenerano senza sosta, caricandolo di sempre nuovi o rinnovati significati: è questo il senso profondo dell’essere dotata la Costituzione – si è detto in altri luoghi³⁸ – di carattere “intercostituzionale”. È vero anche l’inverso; e le stesse Carte di origine esterna presentano uguale carattere e duttilità strutturale, soggiacendo esse pure alla loro incessante riconformazione semantica per effetto dell’incidenza esercitata dai materiali

in *Diritti fondamentali* (www.dirittifondamentali.it), 2020, n. 1, 27 marzo 2020, p. 898 ss., e A. VERNATA, *Governo e Parlamento nella produzione normativa. Evoluzioni o consolidamento di una nuova costituzione materiale?*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2020, n. 3, 6 luglio 2020, p. 55 ss.].

³⁵ Se n’è, ancora di recente, discusso in occasione della Giornata di studi in ricordo di Alessandro Pizzorusso dedicata a *Il diritto giurisprudenziale*, cit.

³⁶ Della dilatazione della “materia” in parola e, in generale, delle più salienti esperienze che l’hanno riguardata ho discusso nel mio *La “materia” costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull’una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in A. LOVATO (a cura di), *I generi letterari della storiografia giuridica. La produzione didattica negli ultimi due secoli (manuali, trattati, corsi e prolusioni)*, Torino, 2019, p. 299 ss., nonché in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2017, n. 4, 12 dicembre 2017. V., inoltre, A. RAUTI, *La decisione sulla cittadinanza tra rappresentanza politica e fini costituzionali*, cit., p. 65 ss.

³⁷ ... a riguardo delle quali, con specifica attenzione ai loro poteri di normazione, di recente v. F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2020.

³⁸ Ho cominciato a discorrerne nel mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, n. 2, p. 544 ss., riprendendo quindi ed ulteriormente precisando più volte il concetto ora nuovamente evocato nel testo.

di origine interna, secondo quanto conferma *per tabulas* il ruolo delle tradizioni costituzionali comuni, cui si è poc'anzi fatto cenno.

5. I lineamenti del modello relativo al riconoscimento ed alla tutela dei nuovi diritti, e le torsioni alle quali esso è andato (e va) soggetto nell'esperienza, specie in ragione della crisi sempre più vistosa ed allarmante della rappresentanza politica

La fioritura delle Carte dei diritti, nondimeno, non soltanto non sgrava ma viepiù mette a nudo i ritardi e le complessive carenze della normazione costituzionale, avendosene pertanto una spinta vigorosa alle leggi di forma costituzionale perché facciano luogo ad una oculata ma incisiva opera d'integrazione e di aggiornamento del dettato originario della Carta costituzionale attraverso una misurata e, allo stesso tempo, coraggiosa ricognizione dei nuovi diritti, anche per effetto delle sollecitazioni culturali che vengono dalle altre Carte *temporis ratione* più avanzate della nostra legge fondamentale. Una ricognizione che, peraltro, non si esaurisce in una mera "razionalizzazione", essendo ormai da tempo provato che la scrittura costituzionale, per il mero fatto di esserci, nel momento stesso in cui consolida taluni orientamenti (specie giurisprudenziali) ed esperienze che l'hanno preceduta e determinata, alimenta il loro incessante svecchiamento, con un moto – come si vede – senza fine di mutua ricarica tra diritto scritto ed esperienza stessa.

Da tempo vado patrocinando un modello teorico-positivo che veda devoluto alle leggi approvate con la procedura di cui all'art. 138 il riconoscimento primo dei nuovi diritti fondamentali, il loro autentico disvelamento³⁹, portando alla luce e dando forma giuridica a quelle che si sono in altri luoghi chiamate *consuetudini culturali di riconoscimento* dei diritti stessi racchiuse negli strati più profondi della "materia" costituzionale e, per ciò stesso, del corpo sociale⁴⁰.

Al di là delle pur non trascurabili esigenze di ordine teorico che depongono a sostegno di questa soluzione, volta a ricongiungere forma e materia costituzionale si da dar modo a questa di rispecchiarsi – per quanto possibile – fedelmente in quella, plurime ragioni di ordine pratico avvalorano la tesi nella quale mi riconosco e che qui pure sinteticamente rappresento.

Si consideri solo la circostanza per cui il riconoscimento dei nuovi diritti a mezzo di leggi comuni presenta il grave inconveniente – un autentico vizio (non occulto...) della cosa – di trovarsi esposto a frequenti rifacimenti non soltanto a seguito di cambi, anche repentini, di maggioranza ma persino ad opera delle stesse forze politiche cui il

³⁹ Se ne ha che le Carte dei diritti richiederebbero di essere immesse in ambito interno con legge costituzionale, se non altro perché una volta rese efficaci le loro previsioni partecipano ad armi pari con quelle della Costituzione ad operazioni di bilanciamento secondo i casi.

⁴⁰ Raggiugli sul punto possono, se si vuole, aversi dal mio *Cosa sono i diritti fondamentali e da chi e come se ne può avere il riconoscimento e la tutela*, in V. BALDINI (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale?*, Napoli, 2017, p. 337 ss., nonché in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2016, n. 2, 30 giugno 2016, p. 263 ss.

riconoscimento stesso si deve; in ogni caso, le discipline introdotte con legge comune presentano carattere (direi, naturalmente) divisivo, non ponendosi – perlomeno di norma – quali il frutto di una larga convergenza, idonea a portarsi oltre la “logica” degli schieramenti politici precostituiti, secondo quanto è (o, meglio, *dovrebbe* essere⁴¹) proprio appunto degli atti di forma costituzionale⁴². E, invero, questi ultimi, per il mero fatto dell’aggravamento procedurale stabilito per la loro venuta alla luce, offrono migliori garanzie a riguardo della fedeltà della disciplina positiva rispetto a ciò che è più diffusamente ed intensamente avvertito in seno al corpo sociale, vale a dire a riguardo della idoneità della stessa a dar voce a quelle *consuetudini culturali* di riconoscimento dei nuovi diritti che – come si è qui pure precisato – sono la fonte da cui si alimenta e da cui costantemente si tiene il riconoscimento stesso.

Per il modello nel quale mi riconosco, alla prima disciplina di forma costituzionale ed avente carattere prevalentemente definitorio dovrebbe, poi, succedere un’ulteriore disciplina posta con legge comune e volta a dare la *prima, diretta e necessaria* specificazione-attuazione della prima: una disciplina essa pure dotata di una struttura nomologica duttile ed essenziale, *per principia*⁴³, demandandosi quindi ai pratici (e, segnatamente, ai giudici) il compito di far luogo alla produzione delle regole congrue rispetto alle peculiari, complessive esigenze dei casi. I giudici sono, dunque, naturalmente sollecitati ad un’attività che è essa stessa di produzione giuridica, di “attuazione” e non di mera “applicazione”⁴⁴ dei principi stabiliti dalle leggi.

⁴¹ Sappiamo che così non è sempre stato (ad es., la riscrittura del Titolo V fatta nel 2001 è passata con una manciata di voti di scarto, mentre la stessa riforma costituzionale tentata dal Governo Renzi e bocciata dalla consultazione popolare del dicembre 2016 ha segnato una profonda spaccatura sia nelle Camere che nel Paese). E, tuttavia, se pure ciò dovesse ammettersi con riguardo alle innovazioni riguardanti la parte organizzativa della Carta, difficilmente potrebbe acconsentirsi in ordine alla introduzione di nuovi diritti fondamentali nei quali (se non tutti) la gran parte degli operatori e la pubblica opinione dovrebbero riconoscersi. La circostanza poi per cui indici rivelatori degli stessi sono dati – come si viene dicendo – da *consuetudini culturali* diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale è la migliore garanzia – a me pare – avverso il rischio che il riconoscimento dei diritti stessi sia opera di un solo schieramento in campo, imposto ai restanti e suscettibile di andare soggetto a frequenti riscritture.

⁴² Sapremmo immaginare che su questioni di cruciale rilievo, quali quelle relative alle esperienze d’inizio e fine vita, possa assistersi a repentini mutamenti di disciplina positiva? La circostanza che ciò non si è ad oggi verificato non tranquillizza di certo per l’avvenire (peraltro, con specifico riguardo alla legge 40 del 2004, la sua riscrittura si è – come si sa – sostanzialmente avuta ugualmente, per mano della giurisprudenza). Non è, ad ogni buon conto, su un calcolo azzeccato che può fondarsi la ricostruzione di un modello teorico, bisognoso di essere dotato di ben altre e più solide basi.

⁴³ Su ciò conviene una schiera di studiosi che si fa ogni giorno che passa sempre più numerosa [tra gli altri, A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, spec. p. 170 s.; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2018, n. 4, 30 dicembre 2018, p. 407 ss., spec. p. 431; L. CHIEFFI, *Il diritto all’autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino, 2019, p. 90 ss.; R.G. CONTI, in molti scritti, tra i quali, di recente, *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la l. 219/2017*, Roma, 2019; volendo, v. anche il mio *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in questa *Rivista*, 2019, n. 2, 15 luglio 2019, p. 35 ss., spec. p. 49 ss.].

⁴⁴ ... come invece ritenuto da un’accreditata dottrina [part., M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisprudizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2012, n. 3, 3 luglio 2012, spec. al par. 4, ma *passim* e, dello stesso, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela*

Il modello qui sommariamente richiamato tarda tuttavia ad affermarsi; e si trova anzi costretto a subire continue e sempre più vistose torsioni nell'esperienza che, per vero, si alimentano da una molteplicità di radici tra di loro in modo fitto intrecciate, tra le quali sopra ogni altra – com'è da tempo rilevato in molti studi – è la crisi della rappresentanza politica.

Su ciò non è qui possibile soffermarsi neppure di passaggio, anche per non ripetere cose assai note⁴⁵. Mi limito solo a rammentare che la scarsa rappresentatività dei

giurisprudenziale, 2014, n. 4, 10 ottobre 2014, nonché *Ermeneutica costituzionale e "massima attuazione della Costituzione"*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA (a cura di), *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Napoli, 2018, p. 37 ss., spec. p. 43 ss.]. Si è di recente richiamato alla precisazione teorica di cui al testo A. AMATO, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'UE: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2020, n. 1, spec. p. 464 ss. Sulla vessata e risalente questione della creatività della giurisprudenza, ancora di M. LUCIANI, v., poi, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 2019, n. 12, p. 345 ss.; *Dal chaos all'ordine e ritorno*, in *Liber amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, I, Napoli, 2019, spec. p. 260 ss., e *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, in *Questione giustizia*, 2019, n. 3, p. 16 ss., spec. p. 27 ss.; inoltre, tra gli altri, v. T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Napoli, 2014; R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l'entrata in vigore della Costituzione*, in G. CAMPANELLI (a cura di), *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, Torino, 2009, p. 25 ss.; G.P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Diritto pubblico*, 2018, n. 2, p. 313 ss.; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2018, n. 4, 30 dicembre 2018, 407 ss.; R.G. RODIO, *Alcune riflessioni su anomalie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2019, n. 1, 16 gennaio 2019, 1 ss.; C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 2/2019, 549 ss., spec. 556 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Il ruolo delle Corti nella costruzione dell'ordinamento europeo (From judge-made law to judge-made Europa)*, Editoriale, in *federalismi.it*, 2019, n. 15, 31 luglio 2019, e, in prospettiva giusfilosofica, almeno, L. FERRAJOLI, in più scritti, tra i quali, ora, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena 2018. Sul ruolo del giudice quale produttore di certezze del diritto in concreto, v., poi, di recente, G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, in AA.VV., *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, a cura di A. Apostoli e M. Gorlani, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 9 ss. Infine, C.V. GIABARDO, *Per la chiarezza di idee in tema di creazione giudiziale di diritto e ruolo della giurisprudenza nel tempo presente (Riflessioni al confine tra filosofia del diritto, diritto comparato e diritto processuale civile)*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 4 settembre 2020.

⁴⁵ Tra i molti che ne hanno variamente discusso, v., almeno, P. BILANCIA (a cura di), *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino, 2018; A. MORELLI, *Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica*, in *Diritto costituzionale*, 2018, n. 1, p. 95 ss., e, dello stesso, *amplius*, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Napoli, 2018; P. PINNA, *Il popolo rappresentato*, Torino, 2018; F. GIRELLI, *Il mandato parlamentare e lo spazio della sua "libertà". Per una lettura combinata degli artt. 67 e 68 della Costituzione*, Napoli, 2018; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, cit., p. 407 ss., spec. p. 423 ss., e, dello stesso, *Pluralismo e Limite (al potere e per l'altro): declinazioni della Costituzione come modo di guardare al mondo*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2019, n. 3, 24 settembre 2019, p. 481 ss.; G. MARTINICO, *Fra mimetismo e parassitismo. Brevi considerazioni a proposito del complesso rapporto fra populismo e costituzionalismo*, in *Questione giustizia*, 2019, n. 1, p. 71 ss., e, dello stesso, *Il diritto costituzionale come speranza. Secessione, democrazia e populismo alla luce della Reference Re Secession of Quebec*, cit., spec. p. 113 ss.; G. MOSCHELLA, *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2019, n. 2, 20 maggio 2019, p. 249 ss. e, dello stesso, *L'incerta prospettiva della democrazia rappresentativa tra crisi della sovranità dello Stato e tendenze populistiche*, in *federalismi.it*, 2019, n. 12, 19 giugno 2019; F. VECCHIO, *Lo Stato costituzionale in pericolo: crisi della rappresentanza*

rappresentanti⁴⁶ fa da specchio – com'è stato rilevato da un'accreditata dottrina⁴⁷ – alla ancora più profonda e grave crisi dei rappresentati in cui emblematicamente si riassume ed esprime lo sfilacciamento diffuso e crescente del tessuto sociale testimoniato da molti indici rivelatori, tra i quali una microcorruzione ed evasione fiscale diffuse, lo smarrimento di un *minimum* di etica pubblica repubblicana effettivamente condivisa e, al piano politico, una inquietante *escalation* del populismo e del nazionalismo esasperato.

e istituzioni giudiziarie sotto attacco, in M. BLANCATO, G. DON DI ROSA (a cura di), *La sovranità in Europa*, Quad. di Notabilis, giugno 2019, p. 33 ss.; T. FENUCCI, *Riflessioni sul populismo*, in *federalismi.it*, 2019, n. 14, 17 luglio 2019; C. FUSARO, *L'ascesa del populismo in Europa. Italia, la terra promessa*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 26 agosto 2019; F. BILANCIA, *Democrazia, interessi economici e Costituzione*, in F. BASSANINI, F. CERNIGLIA, F. PIZZOLATO, A. QUADRIO CURZIO, L. VANDELLI (a cura di), *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, Bologna, 2019, p. 35 ss.; C.A. CIARALLI, *Riflessioni sulle nuove forme di rappresentanza e partecipazione al tempo della crisi dei partiti politici*, in *Politica del diritto*, 2019, n. 3, p. 365 ss. In prospettiva comparata, sulla crescente “disaffezione ... verso gli istituti di democrazia rappresentativa e partecipativa”, v. L. MEZZETTI, *Corrosione e declino della democrazia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, num. spec. 2019, p. 421 ss. e p. 444 per il riferimento testuale; nella stessa *Rivista*, S. SICARDI, *La rappresentanza politica ai tempi dell'avatar. Scenari tormentati e future incognite*, p. 721 ss.; v., inoltre, i contributi che sono nel fasc. 3/2019 di *Dir. cost.*, dedicato a *I partiti politici*, a cura di S. CURRERI, nonché G. GRASSO, *Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle*, in *Rivista di Diritti Comparati* (www.diritticomparati.it), 3/2019, 14 dicembre 2019, p. 57 ss.; R. MONTALDO, *Le dinamiche della rappresentanza tra nuove tecnologie, populismo e riforme costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, n. 4, p. 789 ss.; M. PANEBIANCO, *Aggiornamenti in tema di democrazia rappresentativa*, in *Diritti fondamentali* (www.dirittifondamentali.it), 2020, n. 1, 8 gennaio 2020, p. 42 ss. Della “cattiva politica” tratta ora G. GEMMA, *Antipartitismo e qualità della politica*, in C. BERGONZINI, A. COSSIRI, G. DI COSIMO, A. GUAZZAROTTI, C. MAINARDIS (a cura di), *Scritti per Roberto Bin*, Torino, 2019, p. 297 ss. V., inoltre, i contributi alla tavola rotonda su *Rappresentanza politica e mandato imperativo*, svoltasi presso l'Università di Napoli “Federico II” il 14 ottobre 2019, di G. FERRINA CERONI, *Restituire lo scettro agli elettori: la sovranità popolare tra realtà e dover essere*; B. GUASTAFERRO, *Rappresentanza politica e mandato imperativo: riflessioni sull'elemento territoriale*, e D. MONE, *Crisi della rappresentanza politica e della democrazia parlamentare: il recall non sembra la soluzione*, tutti in *Osservatorio AIC* (www.osservatorioaic.it), 2020, n. 1, 7 gennaio 2020, rispettivamente, p. 122 ss., p. 165 ss. e p. 178 ss., nonché, pure *ivi*, F. LANCHESTER, *Crisi della rappresentanza in campo politico e divieto di mandato imperativo*, 4 febbraio 2020, p. 106 ss., e M. BELLETTI, *La crisi della rappresentanza alla base della crisi del divieto di vincolo di mandato*, p. 142 ss. Infine, I. PELLIZZONE, *Organizzazione e funzioni dei partiti: quale democrazia interna?*, in *Rivista Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), n. 1, 2020, 11 febbraio 2020, p. 198 ss.; G. DELLEDONNE, G. MARTINICO, M. MONTI, F. PACINI (a cura), *Italian Populism and Constitutional Law. Strategies, Conflicts and Dilemmas*, London, 2020, e I. VAN DER GEEST, H. JANSEN, B. VAN KLINK (eds.), *Vox populi. Populism as a Rhetorical and Democratic Challenge*, Cheltenham – Northampton, 2020.

⁴⁶ ... della quale si hanno continue ed inequivocabili riprove, tra le quali la recente emersione del movimento c.d. delle “sardine”, del quale è nondimeno tutta da verificare la eventuale proiezione ed evoluzione nel tempo (in tema, *ex plurimis*, v. M. BASSINI, *Rise of Populism and the Five Star Movement model: An Italian Case Study*, in *Italian Journal of Public Law*, 2019, n. 1, p. 302 ss., ed E. DE BLASIO, F. GIORGINO, M.F. MAZZÙ, G. ORSINA, *Sardine. Fenomenologia di un movimento di piazza*, Roma, 2020).

⁴⁷ V., part., M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. ZANON, F. BIONDI (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, 2001, p. 109 ss., e G. BRUNELLI, *Partiti politici e dimensione costituzionale della libertà associativa*, in F. BIONDI, G. BRUNELLI, M. REVELLI, *I partiti politici nella organizzazione costituzionale*, Napoli, 2016, p. 21 ss.

Sta di fatto che l'acclarata inadeguatezza delle sedi politico-istituzionali preposte alla regolazione giuridica ridonda naturalmente in un sovraccarico di responsabilità per i giudici e i garanti in genere, sui quali si riversa una domanda sociale sempre più imponente e pressante che non trova sbocco ed appagamento presso quelle sedi. È pur vero tuttavia che, anche a prescindere dalle carenze denunciate dagli operatori politico-istituzionali, l'affollamento dei diritti e dei beni della vita in genere evocati in campo dai casi, che premono per ricevere una tutela complessivamente appagante, comporta delicate e mirate operazioni di bilanciamento che non possono aversi tramite il mero disporre in astratto, tipico delle leggi e degli atti di normazione in genere, ma richiedono il fattivo concorso dei pratici del diritto (e, segnatamente, appunto dei giudici) al fine di potersi adeguare alla incontenibile varietà dei casi.

Ci si avvede così che la tipizzazione dei ruoli istituzionali, evocata dalla formula sopra richiamata di cui all'art. 16 della Dichiarazione del 1789, non può ormai più aversi nelle forme di un tempo ma richiede di necessità l'esercizio di nuovi ruoli sia del legislatore che dei giudici, specificamente apprezzabile proprio sul terreno sul quale maturano le esperienze dei diritti in genere e, con particolare evidenza – come si viene dicendo –, di quelli scientificamente sensibili.

6. L'uso sregolato degli strumenti di normazione, fattosi particolarmente vistoso nel tempo dell'emergenza

Sta di fatto che le torsioni del modello, cui si è sopra fatto cenno e delle quali ora si darà una più puntuale rappresentazione⁴⁸, si ricaricano a vicenda in una spirale perversa che parrebbe essere senza fine. Così, lo squilibrio sempre più vistoso riscontrabile al piano dei rapporti tra gli organi della direzione politica si riflette in modo perverso nello squilibrio al piano dei rapporti tra gli organi stessi e i giudici comuni per un verso, i massimi garanti del sistema (Capo dello Stato e Corte costituzionale) per un altro⁴⁹.

Spia eloquente delle deviazioni dal solco costituzionale tracciato per un fisiologico svolgimento delle relazioni tra i decisori politico-istituzionali è l'uso ormai pressoché totalmente sregolato e – a dirla tutta – improvvisato che da tempo si è fatto e si fa degli strumenti di normazione (a partire, appunto, da quelli di rango primario), del quale

⁴⁸ La tendenziale confusione dei ruoli istituzionali era già rilevata in una mia precedente riflessione sullo Stato di diritto, riguardato dallo specifico angolo visuale della dinamica istituzionale e dell'incidenza da questa esercitata su quello [v., dunque, volendo, il mio *Stato di diritto e dinamica istituzionale (Spunti per una riflessione)*, in *Politica del diritto*, 1990, n. 3, p. 371 ss., spec. p. 389 ss.]. Nei trent'anni nel frattempo trascorsi lo stato delle cose si è visibilmente aggravato, al punto da far temere che debba considerarsi ormai irreversibile.

⁴⁹ Non è, dunque, per mero accidente che una nutrita schiera di studiosi di vario orientamento da tempo e con vigore denunci la sovraesposizione politica sia del Presidente della Repubblica che della Corte costituzionale, di cui si hanno numerose e tangibili testimonianze.

rende irrefutabile testimonianza il disordine ormai endemico che si riscontra in seno al c.d. sistema delle fonti, che invero ormai più nulla ha di... *sistematico*⁵⁰.

Il fenomeno è – come si sa – di risalente riscontro ma ha avuto (ed ha) una vistosa, esasperata proiezione e rappresentazione nel tempo dell'emergenza sanitaria che ha obbligato ad un uso abnorme degli strumenti di normazione, in primo luogo dei decreti-legge e, sulla base di alcune loro sommarie e palesemente insufficienti previsioni, dei decreti del Presidente del Consiglio e di Ministri (e, a seguire, delle ordinanze dei Presidenti delle Regioni e dei Sindaci)⁵¹: atti tutti problematicamente compatibili con le

⁵⁰ Su ciò convergono studiosi di varia estrazione e sensibilità culturale: *ex plurimis*, v. i contributi in M. SICLARI (a cura di), *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, Napoli, 2012; AA.VV., *Disordine delle fonti e tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2017, n. 1; R. BIN, O. CHESSA (a cura di), *Fonti del diritto*, in *Diritto costituzionale*, 2019, n. 1. Infine, A. MORELLI, *Il giudice robot e il legislatore naïf. La problematica applicazione delle nuove tecnologie all'esercizio delle funzioni pubbliche*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 6 agosto 2020, spec. p. 5 ss.

⁵¹ Con varietà di accenti, le storture da noi riscontratesi a seguito e per effetto della esplosione della pandemia da coronavirus sono state rilevate da un'accreditata dottrina [G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, in www.unicost.eu, 4 aprile 2020; M. LUCIANI, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 11 aprile 2020, nonché in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2020, n. 2, 10 aprile 2020, p. 109 ss.; M.A. DE PASQUALE, *La gestione normativa della crisi. Dalle deficienze sanitarie alla caotica gestione multilivello della crisi (sperimentale): «Necessitas non habet legem, sed ipsa sibi facit legem»*, in *Diritti regionali* (www.dirittiregionali.it), *Forum su La gestione dell'emergenza sanitaria tra Stato, Regioni ed enti locali*, 18 aprile 2020, p. 607 ss.; C. PINELLI, *Il precario assetto delle fonti impiegate nell'emergenza sanitaria e gli squilibrati rapporti fra Stato e Regioni*, in *Rivista di Diritti comparati* (www.diritticomparati.it), 2020, n. 2, 24 aprile 2020, p. 45 ss.; F. CLEMENTI, *Il lascito della gestione normativa dell'emergenza: tre riforme ormai ineludibili*, in *Osservatorio AIC* (www.osservatorioaic.it), 2020, n. 3, 7 aprile 2020, e, nella stessa *Rivista*, M. BELLETTI, *La "confusione" nel sistema delle fonti ai tempi della gestione dell'emergenza da Covid-19 mette a dura prova gerarchia e legalità*, 28 aprile 2020, e M. CALAMO SPECCHIA, *Principio di legalità e stato di necessità al tempo del "COVID-19"*, 28 aprile 2020; i contributi al webinar dell'Osservatorio sulle fonti (www.osservatoriosullefonti.it) *su Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, 30 aprile 2020; A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, Modena, 2020; A.R. RIZZA, *Il decreto legge anomalo nel sistema delle fonti*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2020, n. 2, 11 maggio 2020, p. 293 ss.; M. TRESCA, *Le fonti dell'emergenza. L'immunità dell'ordinamento al Covid-19*, in *Osservatorio AIC* (www.osservatorioaic.it), 2020, n. 3, 5 maggio 2020; R. CAVALLO PERIN, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 15 maggio 2020; U. RONGA, *Il Governo nell'emergenza (permanente). Sistema delle fonti e modello legislativo a partire dal caso Covid-19*, e A. MAZZOLA, *Il sistema delle fonti e i provvedimenti adottati per contenere l'emergenza epidemiologica da COVID-19*, entrambi in *Nomos* (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 2020, n. 1; M. BIGNAMI, *Le fonti del diritto tra legalità e legittimità nell'emergenza sanitaria*, in *Questione giustizia* (www.questionegiustizia.it), 2020, n. 2, p. 11 ss.; N. PIGNATELLI, *La specialità delle ordinanze dei Sindaci nell'emergenza sanitaria nazionale: un potere "inesauribile"*, in *Diritti regionali* (www.dirittiregionali.it), 2020, n. 2, 10 giugno 2020, p. 68 ss.; S. STAIANO, *Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2020, n. 2, 11 giugno 2020, p. 531 ss., e, nella stessa *Rivista*, A. LUCARELLI, *Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria*, p. 558 ss.; L. GIANNONE, M. ALBISINNI, *Salus rei publicae suprema lex esto*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 21 giugno 2020; F. FURLAN, *Il potere di ordinanza dei Presidenti di Regione ai tempi di Covid19*, in *federalismi.it*, 2020, n. 26, 23 settembre 2020, p. 67 ss., spec. p. 88 ss.; AA.VV., *Le fonti normative nella gestione dell'emergenza Covid-19*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), fasc. spec. 2020; D. TRABUCCO, *Il "virus" nel sistema delle fonti: Decreti-legge e DPCM al tempo del Covid-19. Tra principio di legalità formale e principio di legalità sostanziale*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 2020, n. 2; F. MUSELLA, *I poteri di emergenza nella Repubblica dei Presidenti*, in *Diritti regionali* (www.dirittiregionali.it), 2020, n. 2, 30 giugno 2020, p. 108 ss.; F. BILANCIA, *Le conseguenze giuridico-*

riserve di legge stabilite nella Carta⁵² e dai contenuti fortemente compressivi di diritti, quale quello di libertà religiosa⁵³, che neppure con legge potrebbero risultare compressi, perlomeno nelle forme e con l'intensità alla quale sono andati soggetti. Ed atti che, per

istituzionali della pandemia sul rapporto Stato/Regioni, in *Diritto pubblico*, 2020, n. 2, p. 333 ss.; nella stessa *Rivista*, M. FRANCAVIGLIA, *Decretazione d'urgenza, poteri di ordinanza e riserve di legge. La produzione normativa nell'emergenza Covid-19 alla luce del principio di legalità sostanziale*, p. 361 ss.; R. ROMBOLI, *L'incidenza della pandemia da Coronavirus nel sistema costituzionale italiano*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2020, n. 3, 5 ottobre 2020, p. 513 ss.; C. SAGONE, *La libertà di circolazione e le limitazioni poste per motivi di sanità nell'ordinamento regionale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2020, n. 4, 7 ottobre 2020, p. 95 ss.; E. LONGO, M. MALVICINI, *Il decisionismo governativo: uso e abuso dei poteri normativi del Governo durante la crisi da COVID-19*, in *federalismi.it*, 2020, n. 28, 12 ottobre 2020, p. 212 ss.; M. D'AMICO, *I diritti fondamentali alla prova dell'emergenza sanitaria da Coronavirus: profili costituzionali*, in *BioLaw Journal* (www.biodiritto.org), 2020, n. 3, p. 31 ss.; L. BUSCEMA, *La "democrazia imperfetta". Alla ricerca di una disciplina (costituzionale) dell'emergenza sanitaria*, in *Diritti fondamentali* (www.dirittifondamentali.it), 2020, n. 3, 29 ottobre 2020, p. 246 ss., e, pure *ivi*, V. FANTI, *Al tempo dell'emergenza non si può ritornare all'autoritarismo di Oreste Ranalletti*, p. 264 ss. V., inoltre, se si vuole, anche il mio *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2020, n. 1, 6 aprile 2020, p. 203 ss.].

⁵² Di diverso avviso, tra gli altri, E.C. RAFFIOTTA, *Sulla legittimità dei provvedimenti del Governo a contrasto dell'emergenza virale da coronavirus*, in *BioLaw Journal* (www.biodiritto.org), *Special issue*, 2020, n. 1, p. 95 ss.

⁵³ Quanto a quest'ultimo, v., part., A. LICASTRO, *Il lockdown della libertà di culto pubblico al tempo della pandemia*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2020, n. 1, 14 aprile 2020, p. 222 ss., e, pure *ivi*, dello stesso, *La Messe est servie. Un segnale forte dal Consiglio di Stato francese in materia di tutela della libertà religiosa*, 2020, n. 2, 3 giugno 2020, p. 312 ss., nonché N. COLAIANNI, *La libertà di culto al tempo del coronavirus*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoeChiese.it), 2020, n. 7, 16 marzo 2020, p. 25 ss., e, nella stessa *Rivista*, V. PACILLO, *La libertà di culto al tempo del coronavirus: una risposta alle critiche*, 2020, n. 8, 20 aprile 2020, p. 85 ss., e G. MACRÌ, *La libertà religiosa alla prova del Covid-19. Asimmetrie giuridiche nello "stato di emergenza" e nuove opportunità pratiche di socialità*, 2020, n. 9, 4 maggio 2020; A. TIRA, *Libertà di culto ed emergenza sanitaria: il protocollo del 7 maggio 2020 concordato tra Ministero dell'interno e Conferenza Episcopale Italiana*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 16 maggio 2020; G.M. CAPORALE, L. TRAPASSI, *La libertà di esercizio del culto cattolico in Italia in epoca di COVID-19. Una questione di diritto internazionale*, in *federalismi.it* (www.federalismi.it), *Osservatorio emergenza Covid-19*, 20 maggio 2020; M. MICHETTI, *La libertà religiosa e di culto nella spirale dell'emergenza sanitaria Covid-19*, in *Diritti fondamentali* (www.dirittifondamentali.it), 2020, n. 2, 23 maggio 2020, p. 557 ss.; P. CONSORTI, *La libertà religiosa travolta dall'emergenza*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2020, n. 2, 25 maggio 2020, p. 369 ss.; G.A. RUSCITI, *Libertà religiosa e governo del territorio: le linee guida della Consulta nella sentenza 254/2019*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2020, n. 2, 26 maggio 2020, p. 303 ss.; C. BURKE, *Fighting Covid-19 with Religious Discrimination*, in *Verfassungsblog* (www.verfassungsblog.de), 29 maggio 2020; T. DI IORIO, *La quarantena dell'anima del civis-fidelis. L'esercizio del culto nell'emergenza sanitaria da Covid-19 in Italia*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoeChiese.it), 2020, n. 11, 1 giugno 2020, p. 36 ss.; A. TIRA, *Normativa emergenziale ed esercizio pubblico del culto. Dai protocolli con le confessioni diverse dalla cattolica alla legge 22 maggio 2020, n. 35*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 8 giugno 2020; M.L. LO GIACCO, *I "Protocolli per la ripresa delle celebrazioni delle confessioni diverse dalla cattolica": una nuova stagione nella politica ecclesiastica italiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* (www.statoeChiese.it), 2020, n. 12, 15 giugno 2020, p. 107 ss.; A. MADERA, *Some preliminary remarks on the impact of COVID-19 on the exercise of religious freedom in the United States and Italy*, in *Stato e Chiese* (www.statoeChiese.it), 2020, n. 16, 21 settembre 2020, p. 70 ss.; M. MASSA, *I limiti al culto pubblico durante la pandemia*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, n. 3, p. 602 ss.; N. COLAIANNI, *Il sistema delle fonti costituzionali del diritto ecclesiastico al tempo dell'emergenza (e oltre?)*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2020, n. 4, 15 ottobre 2020, p. 208 ss. Utili indicazioni possono infine aversi dai contributi al webinar su *Law, Religion, and Coronavirus in the United States: a Six-Month Assessment*, in www.canopyforum.org, 2 ottobre 2020.

loro natura, si portano al di fuori dei controlli cui sono sottoposti gli stessi atti di rango primario del Governo (in ispecie, appunto, i decreti-legge), in primo luogo a quello del Presidente della Repubblica e, quindi, a quello delle Camere in sede di conversione della disciplina provvisoriamente adottata dal Governo⁵⁴. Non si trascurino, poi, i riflessi che possono aversi al piano degli equilibri interni al Governo, per la sovraesposizione politica del Presidente del Consiglio e la grave menomazione e vera e propria sofferenza in cui viene a versare il principio o metodo della “collegialità” nell’adozione degli atti governativi d’indirizzo politico, largamente messo da canto in occasione della definizione delle misure volte a far fronte alla emergenza⁵⁵.

Forse, in occasione dell’emergenza sanitaria, non poteva farsi diversamente per arginare in qualche modo la dilagante diffusione del virus⁵⁶. Tutto ciò, nondimeno, al tirar delle somme, ripropone in modo imperioso l’annosa questione relativa alla regolazione delle emergenze in genere nella Carta, colmando dunque una lacuna, pure – com’è noto – volutamente lasciata scoperta dal Costituente nella consapevolezza dei rischi non lievi ai quali risulterebbe esposto l’ordinamento democratico, rischi nondimeno forse ancora maggiori di quelli che il silenzio costituzionale fa correre, spianando la via ad improvvisati e non sempre adeguatamente vigilati comportamenti dei decisori politici di turno⁵⁷.

Non vale, a mio modo di vedere, opporre che quanto avviene in situazioni di emergenza, quale quella soffocante dovuta alla pandemia da coronavirus, non è

⁵⁴ ... tant’è che, in prospettiva *de iure condendo*, si è affacciata (nel mio scritto da ultimo richiamato, 212 s.) l’idea di coinvolgere il Capo dello Stato nel procedimento volto all’adozione degli atti del Governo (e, segnatamente, dei decreti del Presidente del Consiglio), sì da evitare che i loro autori siano lasciati soli con se stessi nell’assunzione di decisioni gravide di valenza politica ed idonee a determinare forti compressioni dei diritti e della stessa Costituzione che ne dà il riconoscimento, obbligata a sottostare ad uno stato prolungato e grave di *stress*.

⁵⁵ Faccio utilizzo delle virgolette nel riferimento al principio in parola volendo restare fedele alla tesi, ormai molti anni addietro prospettata (nel mio *Il Consiglio dei ministri nella Costituzione italiana*, Milano, 1981), che considera improprio il ricorso a siffatto schema di qualificazione del funzionamento del Consiglio dei ministri; anche tuttavia a stare alla ricostruzione allora proposta, che vede nel Consiglio dei ministri un organo dalla natura essenzialmente “bipolare” e complessa, ponendosi gli atti da esso adottati quale il frutto dell’incontro necessario della volontà del Presidente del Consiglio e di quella della compagine ministeriale, ugualmente il ruolo da quest’ultima giocato nelle situazioni di emergenza risulta fortemente alterato e sacrificato.

⁵⁶ ... per quanto, variando il quadro dell’emergenza da luogo a luogo del territorio nazionale, sarebbe stato consigliabile, siccome maggiormente conforme al canone della ragionevolezza, l’adozione di discipline seppur parzialmente differenziate in ambito locale tanto nel senso dell’inasprimento quanto in quello dell’alleggerimento delle misure varate dal Governo (e, segnatamente, appunto dal Presidente del Consiglio dei ministri).

⁵⁷ La lacuna in parola non si darebbe a giudizio della dottrina che si è dichiarata dell’idea che già a mezzo dei decreti-legge sarebbe possibile far fronte a qualsivoglia stato di necessità e di urgenza [così, tra gli altri, G. SILVESTRI, *Covid-19 e Costituzione*, cit.; A. CELOTTO, *Necessitas non habet legem?*, cit., ed E. GROSSO, *Legalità ed effettività negli spazi e nei tempi del diritto costituzionale dell’emergenza. È proprio vero che “nulla potrà più essere come prima”?*, Editoriale, in *federalismi.it*, 2020, n. 16, 27 maggio 2020, ma v. quanto se ne dice al riguardo nei miei *Il coronavirus, la sofferta tenuta dell’assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti*, cit., p. 212 s.; *La forma di governo nel tempo dell’emergenza*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2020, n. 2, 2 maggio 2020, p. 255 ss. e *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, Intervento all’incontro di studi dall’omonimo titolo, a cura di G. DE MINICO, M. VILLONE, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), luglio 2020, spec. 200 ss.].

suscettibile di generalizzazione, dovendo essere contestualizzato e, perciò, giudicato non riproponibile per gli stati di quiete istituzionale e sociale. L'emergenza, infatti, esaspera una condizione di disordine, di *asistematicità* (per non dire *antisistematicità*) del sistema, che – come si è venuti dicendo – appare ormai endemica, esattamente come le malattie cronicizzate i cui effetti possono essere tenuti (fin dove si riesce...) sotto controllo ma non possono ormai più essere radicalmente rimossi. Effetti che, in larga misura, si devono ad usi promiscui, incontrollati degli strumenti di normazione, giudicati idonei ad essere messi in campo in palese disprezzo delle metanorme che a ciascuno di essi si riferiscono.

La fungibilità degli atti è, invece, in una certa misura considerata fisiologica in ambito sovranazionale, secondo quanto si è dietro segnalato richiamando l'esperienza dei regolamenti-direttiva e delle direttive-regolamento. La qual cosa ha poi riflessi immediati sul versante dei rapporti tra Unione e Stati, espandendosi ovvero contraendosi a fisarmonica, a seconda della struttura nomologica dei singoli atti, gli interventi dell'una nella sfera di competenze degli altri. Il riparto delle competenze stesse, quale stabilito nel Trattato, si presenta, dunque, fluido e mobile, dipendendo da opzioni politiche varie, in ragione degli interessi in gioco e dell'apprezzamento che di volta in volta se ne ha da parte degli organi preposti alla produzione giuridica. La *sovranità condivisa* tra Unione e Stati, della quale si è in altri luoghi discusso⁵⁸, risulta così essa pure mobile, docilmente assecondata nelle sue concrete movenze dalla mediocre capacità prescrittiva del riparto suddetto, con conseguente affermazione del ruolo della politica a discapito del diritto del Trattato.

Se ne ha quindi una vistosa relativizzazione dei ruoli tra fonti di primo e fonti di secondo grado in seno all'Unione. Ad ogni buon conto, la differenza di grado posseduta dalle fonti in ambito sovranazionale scema di rilievo e, a conti fatti, si appiattisce al momento del loro ingresso in ambito interno, tutte essendo comunque provviste della "copertura" di cui all'art. 11⁵⁹.

⁵⁸ Raggiugli nel mio *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*⁵, cit., cap. I, spec. 21 s.; si richiama ora a questa indicazione teorica A. DI STASI, *Parabola evolutiva della sovranità statale ed espansione delle competenze dell'Unione Europea: in particolare i limiti di applicabilità della Carta dei diritti fondamentali per gli Stati membri dell'UE*, cit.

⁵⁹ *Contra* O. CHESSA, *Alcune osservazioni critiche al «pluralismo costituzionale» di Antonio Ruggeri*, in *Forum di Quaderni costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 11 ottobre 2019, a cui opinione unicamente alle norme del Trattato dovrebbe essere riconosciuta forza "paracostituzionale" (o costituzionale *tout court*), risultando invece le norme di diritto derivato obbligate a prestare osservanza ad ogni norma costituzionale. Se però, in tesi, si conviene a riguardo del fatto che la pace e la giustizia tra le nazioni sono salvaguardate non soltanto dalle indicazioni del Trattato ma anche, in svolgimento di queste, dalle norme di diritto derivato e – di più – che alcune di esse possono *ratione materiae* vantare altresì "copertura" da parte di altri principi fondamentali (a partire da quelli di cui agli artt. 2 e 3), risulta, a mia opinione, assai arduo negare alle norme stesse la "copertura" che è propria delle norme del Trattato. V'è di più. E, invero, potrebbe darsi il caso che alcune di esse possano avere ugualmente ingresso in ambito interno, malgrado risultino incompatibili con questo o quel principio fondamentale e però portino ad un innalzamento della tutela dei diritti fondamentali (e, in genere, dei beni della vita costituzionalmente protetti) considerati nel loro fare "sistema", laddove di siffatta attitudine potrebbero risultare (ed effettivamente risultano) sprovviste non poche norme del Trattato.

7. Il sovraccarico di responsabilità gravante sui giudici comuni e sui massimi garanti del sistema e il paradosso che si ha ogni qual volta, per effetto della sovraesposizione dei garanti stessi, pur se dettata dal bisogno di far valere i diritti, viene a conti fatti a soffrirne la Costituzione

È dunque alla luce della rilevata confusione dei ruoli degli organi (e degli atti) che si spiega l'innaturale "supplenza" – come si è ormai soliti chiamarla – alla quale i giudici comuni per un verso, i massimi garanti del sistema per un altro, si sono trovati ed ormai pressoché quotidianamente si trovano obbligati a far luogo in vece degli organi della direzione politica al fine di porre un qualche rimedio alle loro acclamate, perduranti, gravi carenze⁶⁰.

Particolarmente disagiata e non di rado sofferta è l'opera, pur nella diversità dei ruoli, congiuntamente svolta tanto dal giudice costituzionale quanto dai giudici comuni nell'intento di ricucire un tessuto normativo a brandelli consegnato dal legislatore o anche al fine di correggere e mitigare – fin dove possibile – taluni eccessi di normazione pure talvolta riscontrabili⁶¹, al posto di quelle discipline duttili ed essenziali che – come si è veduto – appaiono essere congeniali alle complessive esigenze manifestate dai diritti. I giudici si trovano così assai spesso obbligati ad ardite operazioni di aggiustamento e talora di vero e proprio rifacimento, per via d'interpretazione, della sostanza normativa delle leggi ovvero a sollecitare la Consulta a far luogo ad una manipolazione non di rado forzata delle stesse.

Taluni, non infrequenti eccessi registratisi nella pratica giuridica, specie in occasione della messa in atto della tecnica dell'interpretazione conforme, in vece dell'apertura di un giudizio di costituzionalità da parte della Consulta, sono per la loro parte altamente indicativi di un complessivo squilibrio di cui si ha riscontro, a un tempo, sul fronte dei rapporti tra giudici e legislatore e su quello dei rapporti tra giudici e giudici⁶².

D'altro canto, il principio del primato è – come si sa – considerato (e giustamente) in ambito eurounitario quale il cuore pulsante della costituzione materiale dell'Unione e il motore del processo d'integrazione sovranazionale: spegnerlo equivarrebbe a negare la ragion d'essere della organizzazione in parola, ad un autentico suicidio istituzionale insomma.

⁶⁰ Il ruolo dei garanti risulta, poi, essere sensibilmente compresso (e, comunque, variamente condizionato) in situazioni di emergenza, pur potendosi ugualmente spiegare e far valere ma, a conti fatti, non con l'ampiezza di ventaglio che usualmente si ha negli stati di quiete. Si pensi, ad es., alla fin troppo benevola "copertura" offerta dal Presidente della Repubblica prima e poi (e soprattutto) dalla Corte costituzionale al discutibile operato posto in essere dal Governo in occasione del varo della manovra finanziaria, quale quello di cui si è avuto riscontro nel dicembre 2018, laddove si è assistito ad una vistosa compressione delle competenze e del ruolo riconosciuti dalla Corte costituzionale ai singoli parlamentari ed alle assemblee elettive nel loro complesso.

⁶¹ La legge 40 del 2004, cui si è già fatto cenno, costituisce una testimonianza emblematica (in negativo...) degli eccessi in discorso, sì da obbligare la giurisprudenza a far luogo a delle vere e proprie acrobazie argomentative nel tentativo di salvare il salvabile, dopo aver posto in essere una corposa opera di bonifica all'interno del suo articolato (v., part., Corte cost. n. 221 del 2019 ed *ivi* riferimenti della giurisprudenza pregressa).

⁶² La tecnica in parola ha – come si sa – alimentato un fitto ed animato dibattito, tuttora in corso, dei cui termini essenziali qui però nulla può dirsi e per i quali si fa pertanto rimando, soprattutto, agli studi di G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2016, n. 2, p. 293 ss.; M. LUCIANI,

Eccessi si sono, a mio modo di vedere, avuti anche sul terreno della c.d. “applicazione” diretta della Costituzione (che, però, ancora meglio si farebbe a chiamare “attuazione” diretta), con riguardo alle circostanze in cui faccia difetto una disciplina legislativa seppur essenziale, nei termini sopra indicati, e il giudice si trovi dunque a disporre del solo materiale costituzionale dal quale estrarre la regola buona per il caso.

Sia chiaro. La pratica in parola presenta innegabili risvolti positivi, al piano teorico come pure a quello pratico; il rischio, però, che qui, forse più ancora che altrove⁶³, il giudice si faccia decisore politico è per vero incombente, e non è poi affatto detto che, consapevole di ciò, il legislatore si senta sollecitato ad attivarsi al fine di evitare che siffatta anomala forma di “sussidiarietà” abbia a protrarsi troppo a lungo nel tempo⁶⁴.

Interpretazione conforme a Costituzione, in *Enc. dir., Ann.*, IX (2016), p. 391 ss.; G. BRONZINI, R. COSIO (a cura di), *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, Milano, 2017; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Napoli 2017, p. 99 ss.; Giov. D'AMICO, *Principi costituzionali e clausole generali: problemi (e limiti) nella loro applicazione nel diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in ID. (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017, p. 49 ss., spec. p. 66 ss.; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Milano, 2017, p. 37 ss.; C. CARUSO, *Il “posto” della interpretazione conforme alla Cedu*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2018, n. 4, p. 1985 ss., e, dello stesso, *L'interpretazione conforme alla Cedu e i “diritti a somma zero”*, in *Scritti per Roberto Bin*, cit., p. 457 ss.; V. MARCENÒ, *Quando il giudice deve (o doveva?) fare da sé: interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, in *Diritto e società*, 2018, n. 4, p. 633 ss.; M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve “fare da sé”*, in *Questione giustizia* (www.questionegiustizia.it), 22 ottobre 2018, e, dello stesso, *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, relaz. al Seminario su *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, Pisa 25 ottobre 2019, in *Rivista Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3/2019, nonché in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2019, n. 3, 31 ottobre 2019, p. 589 ss.; A.I. ARENA, *Note minime su interpretazione e giudizio accentrato di costituzionalità*, in *Rivista Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 2019, n. 3, p. 163 ss.; G. PARODI, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, num. spec. maggio 2019, p. 555 ss.; V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, p. 49 ss.; V. BALDINI, *Costituzione e razionalizzazione della politica. Aspetti problematici di un distico dilemmatico in “moto perpetuo”*, in *Diritti fondamentali* (www.dirittifondamentali.it), 2020, n. 1, 28 gennaio 2020, spec. p. 292 ss.; F. POLITI, *L'interpretazione costituzionalmente conforme fra giudice delle leggi e giudice di legittimità. Alcune riflessioni alla luce recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *Lo Stato*, 2019, n. 13, p. 155 ss. Ha, ancora di recente, con opportune notazioni rilevato nell'interpretazione conforme il “punto di sutura” dei rapporti interordinamentali V. PICCONE, *Diritto internazionale e diritto interno: rimedi interpretativi. Una riflessione sull'attuale panorama dei rapporti interordinamentali alla luce della doppia pregiudizialità per come la stessa si è dipanata nel corso dell'ultimo anno*, in *Questione giustizia* (www.questionegiustizia.it), 27 dicembre 2019. Infine, F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 2020, n. 14, p. 101 ss., e R. ROMBOLI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, cap. II degli *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, Torino, 2020, parr. 3 e 8.

⁶³ ... a motivo della mancanza di una disciplina legislativa che faccia da ponte tra lo scarno dettato costituzionale e le vicende processuali nel corso delle quali debba farsene utilizzo.

⁶⁴ Altamente istruttiva al riguardo la vicenda *Englaro*: è durato – come si sa – un lungo lasso di tempo il ritardo del legislatore nel porre mano alla disciplina delle esperienze di fine-vita, avutasi solo nel 2017, peraltro – a giudizio della Consulta – in modo lacunoso, secondo quanto ha testimoniato l'altra (e pure essa animatamente discussa) vicenda *Cappato*, nel corso della quale era stato sollecitato (ord. n. 207 del 2018) un intervento integrativo della legge 219, per il quale era stata fissata la scadenza del 24 settembre 2019, trascorsa inutilmente la quale la Consulta ha provveduto (con la sent. n. 242 del 2019) a colmare la lacuna a suo dire esistente incidendo sull'art. 580 c.p., fatto oggetto della questione di costituzionalità in

È singolare poi la circostanza per cui l'attitudine anche di Carte diverse dalla Costituzione ad essere portate ad applicazione diretta tardi ad ottenere uguale riconoscimento da parte della giurisprudenza costituzionale⁶⁵, specificamente nei casi di mancanza di discipline interne di rango legislativo, ove si consideri che a rigore la legge qui... c'è, ed è appunto quella di esecuzione delle Carte in parola (nel caso della Carta di Nizza-Strasburgo, del Trattato di Lisbona, che – come si è dietro rammentato – l'ha richiamata)⁶⁶.

modo così anomalo risolta. Un rinvio a distanza di un anno della trattazione della questione, anche in considerazione dell'esame in corso presso le Camere di una nuova disciplina della materia, si è poi avuto – seppur enunciato solo nel dispositivo – con la ord. n. 132 del 2020, in materia di responsabilità penale per diffamazione a mezzo stampa, che nondimeno nella parte motiva appare più cauta rispetto al risoluto orientamento per la incostituzionalità della disciplina impugnata manifestato in *Cappato*.

⁶⁵ Quanto, poi, alla giurisprudenza europea ha, di recente, fatto il punto sullo stadio di avanzamento dalla stessa raggiunto sul punto, di cruciale rilievo, E. NAVARRETTA, nella intervista su *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i civilisti*, a cura di R. Conti, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 8 gennaio 2020. V., inoltre, utilmente, dello stesso R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, cit.

⁶⁶ Un discorso a sé andrebbe fatto con riferimento ai casi in cui può (e, a mio avviso, deve) farsi applicazione diretta delle Carte in parola, pur dandosi una disciplina legislativa con esse incompatibile.

La questione – come si sa – si pone in special modo per la CEDU e, dopo l'indirizzo inaugurato da Corte cost. n. 269 del 2017, anche per la Carta dell'Unione. Se n'è a lungo discusso (ed ancora oggi se ne discute). Qui mi limito solo a rinnovare il mio convincimento che, per effetto dell'indirizzo giurisprudenziale suddetto, possano, ancora una volta, aversi inconvenienti assai gravi di ordine istituzionale e – ciò che maggiormente importa – un complessivo pregiudizio per i diritti, oltre che – ed è il più negativo effetto a lungo termine – un calo vistoso dei rinvii pregiudiziali (e, con essi, una forte menomazione per la Carta dell'Unione) conseguente alla vigorosa manovra di "riaccentramento" del sindacato di "costituzionalità-eurounitarietà" [maggiori ragguagli sul punto possono, se si vuole, aversi dal mio *La Consulta e il tiro alla fune con gli altri giudici*, in *Rivista Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 29 ottobre 2019, ma v. i rilievi di recente mossimi da R. ROMBOLI, *Caro Antonio ti scrivo (così mi distraigo un po') in dialogo con il Ruggeri pensiero sul tema della "doppia pregiudizialità"*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2019, n. 3, 25 novembre 2019, p. 644 ss., che nondimeno non si sofferma sul punto ora specificamente trattato, relativo cioè al pregiudizio conseguente al prevedibile calo dei rinvii pregiudiziali, e la mia replica, dal titolo *Caro Roberto, provo a risponderti sulla "doppia pregiudizialità" (così mi distraigo un po' anch'io...)*, 9 dicembre 2019, p. 678 ss. Ulteriori notazioni critiche all'indirizzo patrocinato dalla Consulta, in aggiunta agli scritti richiamati nei lavori ora cit., in R. MASTROIANNI, *Sui rapporti tra Carte e Corti: nuovi sviluppi nella ricerca di un sistema rapido ed efficace di tutela dei diritti fondamentali*, in *European Papers* (www.europeanpapers.eu), 19 giugno 2020, p. 1 ss., e G. MONACO, *La Corte costituzionale ridisegna il proprio ruolo nella tutela dei diritti fondamentali, tra Carta di Nizza, CEDU e Carta sociale europea*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2020, n. 3, 15 luglio 2020, p. 146 ss. Un animato dibattito su *Il sistema "accentrato" di costituzionalità* si è avuto in occasione del Seminario svoltosi a Pisa il 25 ottobre 2019, a cura di G. CAMPANELLI, G. FAMIGLIETTI, R. ROMBOLI, Napoli, 2020; in tema, molto importante, seppur con orientamento sensibilmente discosto dal mio, è ora D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, spec. p. 184 ss. e, con specifica attenzione alla svolta segnata dalla 269, p. 231 ss.; inoltre, M. LOSANA, *Tutela dei diritti fondamentali e (in)stabilità delle regole processuali*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, n. 2, p. 305 ss.; C. CARUSO, *Granital reloaded o di una «precisazione» nel solco della continuità*, cit.; S. MANACORDA, *'Doppia pregiudizialità' e Carta dei diritti fondamentali: il sistema penale al cospetto del diritto dell'Unione europea nell'era del disincanto*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, n. 2, p. 573 ss.; C. PADULA, *Le "spinte centripete" nel giudizio incidentale di costituzionalità*, in *Questione giustizia* (www.questionegiustizia.it), 23 ottobre 2020; A. FUSCO, *«Complicare è facile, semplificare è difficile»: la fuorviante ricerca di un "Bignami" nei rapporti tra giudice comune, giudice costituzionale e giudice dell'U.E.*, in C. PADULA (a cura di), *Una nuova stagione creativa della Corte costituzionale*, in corso di stampa, e, da ultimo, i contributi all'incontro di studio svoltosi presso l'Università "La Sapienza" di Roma il 13 novembre 2020 su *Un*

Ebbene, in circostanze siffatte, la Costituzione e lo Stato che da essa prende il nome possono comunque averne a soffrire, per la elementare ragione, già in altri luoghi evidenziata⁶⁷, che si ha un'alterazione interna alla struttura stessa della legge fondamentale della Repubblica: in nome dei diritti viene infatti meno, in radice, quella tipizzazione dei ruoli istituzionali, sia pure nei termini relativi in cui può al presente aversi, di cui si diceva poc'anzi, la quale poi fatalmente riversa – per una singolare eterogenesi del fine – i propri negativi effetti sugli stessi diritti⁶⁸.

8. Le alterazioni del modello registratesi in ambito sovranazionale, la loro mutua ricarica con quelle che si hanno in ambito interno, il diverso grado d'integrazione interordinamentale di cui si ha riscontro, rispettivamente, al piano delle relazioni tra gli organi della direzione politica ed a quello delle esperienze della giurisdizione

Il fenomeno delle torsioni dei ruoli (degli organi come pure, di conseguenza, degli atti dagli stessi prodotti) è ancora più vistoso in ambito sovranazionale, rendendosi – come di consueto – ancora una volta particolarmente apprezzabile a riguardare alle vicende istituzionali dalla prospettiva del riconoscimento e della salvaguardia dei diritti. Come si tenterà, poi, di mostrare, se ne ha un effetto perverso di mutua ricarica tra le dinamiche istituzionali che si hanno in sede sovranazionale e quelle che prendono corpo nell'ordine interno.

riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni].

⁶⁷ Raggiugli possono, volendo, aversi dai miei *Il futuro dei diritti fondamentali, sei paradossi emergenti in occasione della loro tutela e la ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2019, n. 1, 1 febbraio 2019, p. 34 ss., spec. p. 43 s., e, nella stessa *Rivista, Rischi d'involuzione autoritaria e integrazione sovranazionale come garanzia della democrazia*, 2019, n. 3, 8 novembre 2019, p. 628 ss., spec. p. 638 ss.

⁶⁸ Un diverso orientamento è ora manifestato sul punto da A. MORELLI, *La voce del silenzio. La decisione della Corte sull'aiuto al suicidio e il «perdurare dell'inerzia legislativa»*, in *Diritti fondamentali* (www.dirittifondamentali.it), 2020, n. 1, 11 marzo 2020, p. 746 ss., a cui avviso la tipizzazione dei ruoli istituzionali, che dà voce al principio della separazione dei poteri nella peculiare espressione data dalla Carta, potrebbe andare soggetta a “bilanciamento” con la dignità della persona umana (e, perciò, con i diritti fondamentali la cui salvaguardia è condizione di salvaguardia di quella). A mia opinione, di contro, come qui pure si è venuti dicendo, la tipizzazione stessa è preconditione indefettibile per un lineare e retto “bilanciamento” tra i beni della vita di volta in volta evocati in campo dai casi: come dire, insomma, che la Corte non può “bilanciare” (o, ad esser franchi, dismettere) la propria natura di giudice, sia pure del tutto peculiare, con la natura di un decisore politico, finendo a conti fatti con il convertirsi in quest'ultimo, come ad es. ha di recente fatto in *Cappato*, dietro già richiamato, dando vita in vece del legislatore ad una disciplina delle esperienze di fine-vita “a rime” non più “obbligate” bensì “libere” [di “versi sciolti” discorre, ora, D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, cit., spec. 101 ss.; di un “progressivo commiato dal teorema delle ‘rime obbligate’” ha, poi, trattato un autorevole studioso e giudice costituzionale, F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 2020, n. 14, p. 101 ss., spec. p. 115. Sul superamento del limite della discrezionalità del legislatore, da ultimo, D. MARTIRE, *Giurisprudenza costituzionale e rime obbligate: il fine giustifica i mezzi? Note a margine della sentenza n. 113 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC* (www.osservatorioaic.it), 2020, n. 6, 3 novembre 2020].

Sappiamo che le Comunità europee, al momento della loro fondazione, non hanno avuto – come si sa – per fine specifico quello del riconoscimento e della tutela dei diritti fondamentali. Le Comunità non esibivano (e non dovevano esibire) i tratti propri degli Stati né avere – almeno al tempo – una loro Costituzione, nella sua ristretta e propria accezione, fedele al modello magistralmente descritto nel più volte richiamato art. 16 della Dichiarazione del 1789. Sarebbe tuttavia un'autentica ingiuria alla storia negare che il processo politico-istituzionale che ha portato alla nascita delle Comunità stesse (a partire, appunto, dalla CECA) abbia avuto la più vigorosa spinta propulsiva proprio nel bisogno, al tempo fortemente avvertito, di predisporre le condizioni perché non avesse più a ripetersi il dramma collettivo della seconda grande guerra, preservando – come dice l'art. 11 della nostra Carta – la pace e la giustizia tra le nazioni, senza le quali i diritti inviolabili della persona e la dignità che tutti in sé li riassume e comprende non avrebbero potuto avere concrete speranze di farsi valere.

Nel momento, dunque, in cui le Comunità sono man mano cresciute fino a portare all'avvento, al loro posto, dell'Unione, il riconoscimento di una dimensione autenticamente e genuinamente sovranazionale dei diritti fondamentali ha costituito il naturale e lineare svolgimento di una vicenda istituzionale dalle risalenti radici, ancora oggi per vero immatura e bisognosa di essere costantemente incoraggiata a portarsi avanti nel suo sofferto cammino⁶⁹.

Ora, questo riconoscimento in ambito sovranazionale si è avuto non già per mano del legislatore, così come si è invece avuto almeno in parte in ambito interno, bensì grazie alla coraggiosa intraprendenza dei giudici: della Corte di giustizia, in primo luogo, ma anche dei giudici nazionali che non hanno mancato (e non mancano) di farle avere il necessario e costante sostegno, specie grazie ad un uso insistito ed incisivo dello strumento del rinvio pregiudiziale. È vero che gli operatori politico-istituzionali hanno poi fatto la loro parte: la Carta di Nizza-Strasburgo ne costituisce la più eloquente e significativa testimonianza (ancora prima, lo stesso può dirsi con riguardo alla CEDU). La Carta, nondimeno, ha inteso dar voce ad acquisizioni anteriori avutesi per via giurisprudenziale e, ad ogni buon conto, alla giurisprudenza stessa si consegna per la sua salvaguardia e l'ottimale implementazione.

⁶⁹ Ha, non molto tempo addietro, ripercorso questa vicenda F. DONATI, *La tutela dei diritti tra ordinamento interno e ordinamento dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2019, n. 2, p. 261 ss.; v., inoltre, V. CASAMASSIMA, *I diritti fondamentali europei tra processi di positivizzazione normativa e ruolo dei giudici (e della politica). Riflessioni intorno ad alcuni recenti sviluppi in materia di rapporti tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e giudici comuni*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2019, n. 3, 10 luglio 2019, p. 404 ss.; V. SCIARABBA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Corte costituzionale*, in *ConsultaOnLine* (www.giurcost.org), 2019, n. 3, 4 ottobre 2019, p. 538 ss.; S. MANGIAMELI, *La garanzia dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo e le funzioni nazionali*, in *Diritti fondamentali* (www.dirittifondamentali.it), 2020, n. 1, 10 febbraio 2020, p. 386 ss.; R. NANIA, *Sui diritti fondamentali nella vicenda evolutiva del costituzionalismo*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 2020, n. 1; A. APOSTOLI, *La giustiziabilità dei diritti*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2020, n. 4, 8 ottobre 2020, p. 117 ss.; A. AMATO, *Giudice comune europeo e applicazione diretta della Carta dei diritti fondamentali dell'UE: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, cit., p. 445 ss.

Il vero, poi, è che tra la scrittura costituzionale e le pratiche (specie giurisprudenziali), non di rado assai varie, che ad essa si saldano s'intrattiene un rapporto di mutuo condizionamento e di stretta, inscindibile implicazione: l'una ha, infatti, pur sempre un innegabile rilievo, già per il fatto di delimitare l'area entro la quale può aver luogo la ricerca dei significati astrattamente possibili degli enunciati; le altre, però, sono la carne di cui lo scheletro costituzionale si riempie e riveste, sono ad ogni buon conto il modo con cui il diritto vigente si converte in vivente.

Non è agevole stabilire, in questo mutuo *dare-avere* che senza sosta si intrattiene tra diritto scritto e diritto giurisprudenziale, quanta parte si debba all'uno ovvero all'altro dei due termini della relazione. Una cosa, nondimeno, non va persa di vista; ed è che, mentre in ambito statale gli operatori politico-istituzionali dispongono dello strumento della legge (seppur, come si è veduto, non di rado impropriamente usato) per far valere il loro punto di vista, in ambito internazionale e sovranazionale, una volta adottata una Carta dei diritti, di lì in avanti il terreno è pressoché per intero occupato dai giudici: la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha settant'anni di vita e la Carta dei diritti dell'Unione è già sulla buona strada per raggiungere quest'ambito traguardo, nel mentre la giurisprudenza ha prodotto (e senza sosta produce) uno sforzo poderoso per caricarle di sempre nuovi significati, per ciò stesso rinnovando anche se stessa e tenendosi costantemente adeguata ai nuovi bisogni nel frattempo emergenti dal corpo sociale.

V'è poi un ulteriore dato meritevole di essere tenuto presente in questo sintetico raffronto tra la condizione degli operatori politico-istituzionali e quella degli operatori di giustizia.

L'organizzazione dei pubblici poteri, quale si ha rispettivamente in ambito di Unione e in ambito statale – si è accennato poc'anzi – è sensibilmente diversa: non avrebbe potuto (e non potrebbe) essere altrimenti, considerati i peculiari compiti affidati alla prima e il suo essere una istituzione (nell'accezione romaniana del termine) ancora *in progress*, in vista di quella piena integrazione, pur se in forme inusuali e ad oggi imprevedibili, che costituisce il suo primario ed irrinunciabile obiettivo e la sua cifra identificante e maggiormente espressiva.

Ebbene, le dinamiche istituzionali cui danno vita gli organi della direzione politica presso gli ordinamenti qui posti a raffronto vengono alla luce, a prima vista, separatamente ma, in realtà, come subito si dirà, risentono fortemente le une delle suggestioni esercitate dalle altre. È, poi, pur vero che il personale politico da cui attinge l'Unione viene dagli Stati ma le "logiche" che presiedono alla messa in atto ed allo svolgimento dei processi politico-decisionali sono comunque diverse da quelle di cui si ha riscontro in ambito interno, non foss'altro che a motivo della eterogenea composizione degli organi dell'Unione stessa che obbliga alla ricerca di sintesi il più delle volte di problematico e, comunque, sofferto conseguimento.

È sicuro, ad ogni buon conto, il mutuo condizionamento che viene a determinarsi tra le dinamiche politico-istituzionali di diritto interno e quelle affermatesi in ambito sovranazionale. La stessa forma di governo sia dell'uno che dell'altro ordinamento non può ormai più essere vista e descritta a modo senza tener conto di siffatti flussi che

ininterrottamente si realizzano in verso tanto ascendente che discendente. Il moto è tuttavia particolarmente nel secondo verso, al punto di portare ad una vera e propria trasformazione strutturale – a me pare – della forma di governo dello Stato.

Se ne ha una tangibile conferma dalla profonda trasformazione – un'autentica mutazione genetica – avutasi nella relazione fiduciaria. A prima vista, parrebbe che il Governo debba seguitare a godere esclusivamente della fiducia delle Camere (in buona sostanza, delle forze politiche in esse rappresentate che compongono la maggioranza); in realtà, non è più così: ad essa, infatti, si affianca (e, forse, persino la sovrasta) la fiducia dei mercati internazionali e dei *partners* europei, secondo quanto emblematicamente testimoniato nel momento in cui la morsa della crisi economica si è fatta soffocante, tant'è che molti Governi dell'eurozona, tra i quali – come si sa – il nostro, si sono trovati costretti a gettare la spugna⁷⁰.

L'avanzata del processo d'integrazione sovranazionale, insomma, si è portata talmente avanti che le più salienti vicende istituzionali di diritto interno non possono ormai più essere viste nel chiuso dell'ordinamento in cui hanno svolgimento ma richiedono – come qui pure si viene dicendo – di essere riguardate anche (e soprattutto) dalla prospettiva delle relazioni interordinamentali.

Questa tesi rinviene, peraltro, per l'aspetto teorico giustificazione nel bisogno di orientare l'interpretazione degli enunciati costituzionali, di quelli aventi natura organizzatoria come pure di quelli sostantivi, verso i principi fondamentali, a partire dal principio democratico, con il quale si apre il libro costituzionale, nel suo fare "sistema" con il principio di apertura al diritto internazionale e sovranazionale, di cui agli artt. 10 e 11, e, in genere, con i principi restanti.

Ora, l'apertura dell'uno verso l'altro ordinamento si presenta ancora più marcata sul versante delle esperienze giurisdizionali rispetto a ciò che si ha su quello in cui prendono forma le dinamiche della direzione politica. La qual cosa, poi, andando al cuore della questione ora discussa, ha la radice prima da cui si alimenta nel carattere (sia pur parzialmente) integrato della Costituzione in rapporto con le altre Carte dei diritti, vale a dire in quel carattere – come si diceva – "intercostituzionale" della legge fondamentale della Repubblica, dietro messo in particolare evidenza.

Il "dialogo" intergiurisprudenziale in corso (e da se medesimo portato ad intensificarsi sempre di più ed a coprire pressoché ogni ambito materiale di esperienza) costituisce un indice esteriore vistoso e particolarmente attendibile di questa complessiva vicenda che – come si vede – proprio sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali ha le sue più genuine e significative espressioni.

L'azione dei giudici ci mostra l'impossibilità di riproporre stancamente schemi ispirati ad una rigida separazione degli ordinamenti. È vero che alcuni giudici sono

⁷⁰ Ho ripercorso questa vicenda, da noi conclusasi con l'insediamento del Governo Monti, nel mio *Art. 94 della Costituzione vivente: "Il Governo deve avere la fiducia dei mercati"* (nota minima a commento della nascita del Governo Monti), in *federalismi.it* (www.federalismi.it), 2011, n. 23, 30 novembre 2011; altri riferimenti in G. COMAZZETTO, *Costituzione, economia, finanza. Appunti sul diritto costituzionale della crisi*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2019, n. 4, 31 ottobre 2019, p. 16 s., in nt. 10.

istituzionalmente garanti di questa o quella Carta: così, la Corte di Strasburgo in relazione alla CEDU e la Corte di giustizia quanto alla Carta di Nizza-Strasburgo. Tutti però, a partire proprio dalle Corti europee, non possono ormai più fare a meno di farsi mutuo, costante richiamo, gli uni avendo bisogno di tenersi e rigenerarsi senza sosta attingendo alle indicazioni venute dagli altri. Ed è bene non perdere di vista – per ciò che più da presso ci tocca – che i giudici nazionali sono chiamati, allo stesso titolo, non soltanto ad assicurare il rispetto delle norme di origine interna ma anche di farsi garanti delle Carte suddette e di ogni norma di origine esterna come che sia rilevante in ambito nazionale. Possono persino, per una discussa giurisprudenza costituzionale, far luogo a selezioni in seno alla giurisprudenza europea, dovendosi attenere unicamente agli indirizzi di questa che possano considerarsi “consolidati”⁷¹, alla luce di alcuni parametri dalla stessa Consulta individuati in modo per vero largamente approssimativo e comunque – per ciò che più importa – dalle incerte applicazioni.

L’integrazione tra gli ordinamenti, che al piano politico-istituzionale non è – come si sa – ancora pervenuta a compiuta maturazione, si rivela dunque assai avanzata al piano delle esperienze della giurisdizione fino a connotarsi come autenticamente piena nel momento in cui i giudici dovessero riuscire a centrare l’obiettivo, dietro indicato come ideale, della mutua integrazione delle Carte nei fatti interpretativi, facendo pertanto congiunto utilizzo delle stesse per le peculiari esigenze dei casi, senza dover ricorrere – ipotesi, nondimeno, non scartabile *a priori* – alla soluzione ispirata alla logica dell’*aut-aut* rivelatrice di una insanabile antinomia delle Carte stesse.

Come si vede, nelle pratiche giurisprudenziali gli ordinamenti ora si avvicinano, fino a congiungersi e reciprocamente integrarsi, ora invece si allontanano, intraprendendo percorsi reciprocamente divergenti, per il caso che nel loro farsi diritto vivente dovessero risultare incompatibili: un esito, quest’ultimo, che, grazie all’infiltrarsi del “dialogo” tra le Corti, per fortuna si presenta remoto.

9. Al tirar delle somme: le oscillanti vicende dello Stato di diritto che ora c’è, mostrandosi in grado di farsi valere, ed ora invece non c’è, trovandosi obbligato a sottostare, al pari della Costituzione, a gravi e perduranti sofferenze, e le risorse utilizzabili a suo presidio (in ispecie, il bisogno di rendere viepiù salda l’Unione europea e di agevolare le convergenze degli indirizzi dei giudici a garanzia dei diritti)

Si ha così modo di constatare che la complessiva vicenda dello Stato di diritto, qual è venuta svolgendosi in un contesto internamente assai articolato e composito, esibisce continue e vistose oscillazioni che ne hanno accompagnato il non lineare, comunque sofferto, cammino.

⁷¹ Il riferimento è, ovviamente, a Corte cost. n. 49 del 2015, con i temperamenti introdotti dalla sent. n. 43 del 2018 (pronunzie, entrambe, fatte oggetto di numerosi e vari commenti).

Riguardata questa vicenda dal particolare, illuminante angolo visuale dei diritti, qui prescelto a motivo della rappresentazione immediata e genuina che da esso si ha della essenza della Costituzione e dello Stato costituzionale, e considerato che i diritti stessi hanno avuto (ed hanno) riconoscimento e tutela specie per mano dei giudici, lineare ed obbligata è la conclusione per cui il perdurante vigore dello Stato di diritto è confermato nel momento in cui le previsioni della Costituzione unitamente a quelle degli altri documenti “tipicamente costituzionali” *sono servite* dagli operatori istituzionali e portate a frutto a beneficio dei diritti. Esso viene, di contro, a trovarsi in uno stato di palese e grave sofferenza laddove gli operatori stessi *si servano* della Costituzione e delle altre Carte, ignorandole puramente e semplicemente ovvero ponendo in essere significative manipolazioni della loro sostanza normativa, seppur abilmente mascherate a mezzo di un uso esasperato (e, nei fatti, forzoso) delle tecniche interpretative⁷².

Nessuno può, dunque, dire *in astratto* se nella presente temperie storico-politica lo Stato di diritto si riafferma ovvero se è costretto a ripiegare ed a recedere per effetto di una innaturale torsione dei ruoli istituzionali. Ogni riscontro è di necessità rimandato ai singoli casi, anche se – come si è veduto – il *trend* complessivo delle vicende istituzionali non induce di certo all’ottimismo; e, non di rado, è assai disagiata far luogo a siffatta verifica, prendendo essa forma su un terreno assai scivoloso e reso infido da un contesto segnato da forti tensioni, non rimosse contraddizioni, opacità di tratti complessivi.

Disponiamo, nondimeno, di alcuni indici relativamente sicuri idonei ad illuminare almeno sui casi di maggiore *stress* cui lo Stato di diritto è sottoposto. Uno di essi – sempre con riferimento alle esperienze della giurisdizione, qui, come si è veduto, assunte a terreno elettivo di esame – è dato dallo scostamento dei giudici dai canoni normativi stabiliti per l’esercizio delle loro funzioni. Ciò che, poi, appare particolarmente grave laddove si abbia da parte dei giudici di ultima istanza e, più ancora, da parte del giudice di unica istanza e di “chiusura” del sistema, la Corte costituzionale⁷³. Non è casuale, d’altronde, che proprio nelle più recenti vicende della

⁷² Tra le più rilevanti “modifiche tacite” della Costituzione – come sono usualmente chiamate – vi sono proprio quelle che si hanno per mano dei giudici, che non hanno lasciato indenne alcun punto della Carta, spingendosi fin nei più reconditi angoli del campo materiale da essa ricoperto: manipolazioni, dunque, degli enunciati che tali restano pur se animate dalle migliori intenzioni, siccome volte a colmare strutturali carenze degli stessi o a correggere alcune distorte formulazioni. Particolarmente istruttiva, per tutte, la vicenda del Titolo V, tanto nel suo originario dettato quanto nella versione rifatta nel 2001; anche però i disposti relativi ai diritti sono stati fatti oggetto – come si sa – di non poche, forzate dilatazioni nell’intento di farvi rientrare anche ciò che, per amore di verità, in essi non avrebbe potuto trovare posto.

⁷³ Le pronunzie dei giudici comuni, pur laddove abbiano prodotto la cosa giudicata, possono infatti pur sempre soggiacere – come si sa – al sindacato della Consulta; di contro, avverso le decisioni di quest’ultima non è data alcuna impugnazione, sempre che il disposto, di cui all’art. 137, ult. c., comunemente ritenuto espressivo di un principio fondamentale proprio a motivo della sua natura di precetto di “chiusura”, si consideri sottratto a qualsivoglia operazione di bilanciamento con altri principi parimenti fondamentali [riserve sul punto sono però in alcuni miei scritti, tra i quali *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo “a fisarmonica” dei giudici, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale*, in *Diritti fondamentali* (www.dirittifondamentali.it), 2018, n. 2, 18 novembre 2018, spec. ult. par. Un fermo invito alla osservanza dei canoni relativi all’esercizio della giurisdizione costituzionale è, tra gli altri, venuto da R. ROMBOLI, che ne ha trattato a più riprese: tra gli altri suoi scritti, v. *Il diritto*

giurisdizione costituzionale lo scostamento in parola risulti viepiù ricorrente e marcato⁷⁴ e, con esso, vigorosamente proiettata in primo piano l'“anima” politica della Corte rispetto a quella giurisdizionale⁷⁵, obbligata sempre più di frequente a recedere fino a farsi talora per intero da parte⁷⁶.

Importa poco e non consola per nulla (ed, anzi, inquieta ulteriormente), poi, il fatto che tutto ciò si abbia allo scopo di fronteggiare – fin dove possibile – emergenze plurime ed ingravescenti⁷⁷, per arginare le quali i giudici in genere e la Corte costituzionale in ispecie si sentono in dovere di spendersi fin dove possono (e, però, anche di più...), specie – come si è veduto – per “supplire” a perduranti ritardi e complessive carenze dei decisori politici. Quando infatti si ha riscontro di questo *trend*,

processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Napoli, 2011, p. 2995 ss.; *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quaderni costituzionali*, 2015, n. 3, p. 607 ss., e *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima “politica” e quella “giurisdizionale”. Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, cit., 10 ss. V., inoltre, R. PINARDI, *La Corte e il suo processo: alcune preoccupate riflessioni su un tema di rinnovato interesse*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, n. 3, p. 1897 ss.; M. LOSANA, *Tutela dei diritti fondamentali e (in)stabilità delle regole processuali*, cit., 305 ss.; S. LIETO, *Processo e partecipazione nel controllo di costituzionalità*, Napoli, 2020, e, se si vuole, il mio *Il processo costituzionale nel pensiero di P. Carrozza e nei più recenti e salienti sviluppi dell'esperienza*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2020, n. 3, 14 settembre 2020, p. 491 ss.].

⁷⁴ Riferimenti, di recente, nell'ampio studio di R. PINARDI, da ultimo cit., nonché, se si vuole, nel mio scritto da ultimo richiamato.

⁷⁵ È tornato, ancora di recente, ad intrattenersi sul delicato equilibrio che, per sistema, deve intrattenersi tra le due “anime” in parola A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2019, n. 4, 26 novembre 2019, p. 154 ss.

⁷⁶ Il dato è rilevato con non celata preoccupazione da molti studiosi [oltre che nel mio scritto da ultimo cit., tra gli altri, v. C. DRIGO, *Giustizia costituzionale e political question doctrine. Paradigma statunitense e spunti comparatistici*, Bologna, 2012; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, cit.; AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, cit.; G. BISOGNI, *La ‘politicità’ del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giusteorico contemporaneo*, Torino, 2017; M. RAVERAIRA, *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, in *Lo Stato*, 2018, n. 11, p. 123 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, n. 2, p. 251 ss. (nei riguardi del cui pensiero, criticamente, v. R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, cit., p. 757 ss., ed E. CHELI, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, n. 4, p. 777 ss.); R. DI MARIA, *Brevi considerazioni sul rapporto fra tutela sostanziale dei diritti (fondamentali) e rispetto delle forme processuali: la Corte costituzionale e gli “animali fantastici”*. The final cut, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2020, n. 1, 7 gennaio 2020, p. 1 ss.; F. ABRUSCIA, *Aspetti istituzionali e deroghe processuali*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), 2020, n. 4, 23 ottobre 2020, p. 282 ss. In prospettiva comparata, utili indicazioni possono aversi da L. MEZZETTI, E. FERIOLI (a cura di), *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, Bologna, 2018, nonché dai contributi al *VI Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. Homenaje al Prof. Roberto Romboli*, organizzato dal Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIIJUS), 8-10 ottobre 2020].

⁷⁷ ... un quadro riassuntivo delle quali e delle misure adottate anche in ambito sovranazionale per farvi fronte può vedersi in G. COCCO, *Itinerari di un'Europa incompiuta: dalle crisi alla rinascita*, in *Politica del diritto*, 2020, n. 3, p. 313 ss.

si tocca con mano la gravità del male da cui è affetto lo Stato di diritto e si accentua il timore che non si riesca, se non a debellarlo, quanto meno a contenerlo in dimensioni accettabili.

C'è da chiedersi, in conclusione, se possano darsi rimedi efficaci, idonei a consentire un fisiologico svolgimento delle vicende istituzionali, in seno ad uno stesso ordinamento come pure al piano delle relazioni interordinamentali.

È bene dire subito chiaro e tondo, a fugare ogni eventuale illusione, che la ricetta giusta non c'è, perlomeno non riesce a me di vederla; e gli sviluppi istituzionali, riguardati nel loro complesso, ne danno purtroppo conferma. Nessuna certezza, dunque, per l'avvenire, specie alla luce delle maggiori tendenze esibite dal tempo presente. E, tuttavia, vi sono dei punti fermi dai quali tenersi, due in particolare.

Per un verso, al piano delle vicende ordinamentali, non ho dubbi circa il bisogno davvero vitale di restare in seno all'Unione europea e, anzi, di operare al fine di renderla sempre più salda, assecondando con ogni mezzo l'ulteriore avanzata del processo d'integrazione sovranazionale.

Sia chiaro. L'Unione, così com'è, richiede profondi aggiustamenti nella sua stessa struttura, prima ancora che nel funzionamento; sarebbe, tuttavia, un grave, imperdonabile errore, muovendo dall'assunto che la costruzione europea presenti delle crepe, anziché tentare di porvi rimedio, fare di tutto per abbatterla, coltivando l'ingenuo ed insano disegno di poter vedere riesumati sulle sue ceneri gli Stati nazionali di un tempo. Proprio nella presente congiuntura in cui sempre più impetuoso soffia il vento di un nazionalismo e di un populismo esasperati, la salvaguardia della democrazia e degli altri valori sanciti nelle Carte costituzionali venute alla luce dopo la tragedia della seconda grande guerra e posti a base dell'Unione resta, in larga misura, demandata proprio a quest'ultima, oltre che ovviamente alla Comunità internazionale ed alle organizzazioni in essa operanti a presidio della pace e della giustizia tra le nazioni⁷⁸.

Per un altro verso (e tornando per l'ultima volta a prestare attenzione al versante battuto dai giudici), a fronte dello stato ormai comatoso in cui versa la rappresentanza politica, anche per effetto del bassissimo livello di cultura istituzionale e di senso dello Stato esibito da coloro che la incarnano e vi danno voce, occorre mettere in campo tutte le risorse di cui si dispone al fine di dare un qualche ordine all'operato dei giudici, di *tutti* i giudici, comuni e costituzionali, nazionali e non, orientandone lo svolgimento al servizio dello Stato di diritto e degli altri valori con i quali questo fa "sistema".

A questo scopo, molto può fare l'utilizzo intenso degli strumenti di raccordo in atto disponibili, quale il rinvio pregiudiziale (sul fronte dei rapporti con la Corte dell'Unione) e la consultazione prevista dal prot. 16 allegato alla CEDU⁷⁹, oltre a forme

⁷⁸ Dell'appartenenza all'Unione quale garanzia della democrazia si tratta nel mio *Rischi d'involutione autoritaria e integrazione sovranazionale come garanzia della democrazia*, cit., 628 ss.

⁷⁹ Malgrado le riserve e critiche di vario segno manifeste da più parti [tra gli altri, G. CERRINA FERONI, *Il disegno di legge relativo alla ratifica dei Protocolli 15 e 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *federalismi.it*, 2019, n. 5, 6 marzo 2019; M. LUCIANI, *Note critiche sui disegni di legge per l'autorizzazione alla ratifica dei Protocolli n. 15 e n. 16 della CEDU*, in *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 27 novembre 2019; F. VARI, *Sulla*

(eventuale) ratifica dei Protocolli n. 15 e 16 alla CEDU, in *Diritti fondamentali* (www.dirittifondamentali.it), 13 novembre 2019; pure *ivi*, M. ESPOSITO, *I d.d.l. di ratifica del Protocollo 16 della CEDU: un altro caso di revisione costituzionale per legge ordinaria?*, 2019, n. 2, 30 dicembre 2019; G. ZAMPETTI, *Ordinamento costituzionale e Protocollo n. 16 alla CEDU: un quadro problematico*, in *federalismi.it*, Focus Human Rights, 2020, n. 3, 5 febbraio 2020, p. 157 ss.; M.C. CARTA, *Le incognite della nuova competenza consultiva della Corte EDU ispirata al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE*, in *Ordine internazionale e diritti umani* (www.rivistaoaidu.net), 2020, n. 3, 8 luglio 2020, p. 559 ss.], considero sommamente opportuno (e, direi, persino necessario) rendere anche da noi con urgenza operativo il prot. 16, per le ragioni rappresentate nel mio *Protocollo 16 e identità costituzionale*, cit.: una soluzione, peraltro, patrocinata con incisivi argomenti, oltre che da una nutrita schiera di studiosi [tra i quali, molti degli intervistati da R. Conti sul tema *CEDU e cultura giuridica italiana*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it); in particolare, v. l'intervista a M. CASTELLANETA, A. DI STASI e A. TANCREDI, su *La CEDU e l'Accademia europeista-internazionalista*, 23 gennaio 2020, e quella a P. BIAVATI, G. COSTANTINO ed E. D'ALESSANDRO su *La CEDU e i processualciviltisti*, 6 febbraio 2020; altri riferimenti in I. ANRÒ, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU in vigore dal 1° agosto 2018: un nuovo strumento per il dialogo tra Corti?*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2019, p. 189 ss.], soprattutto dagli operatori [per tutti, lo stesso R. CONTI, *Chi ha paura del protocollo 16 – e perché?*, in *Sistema penale* (www.sistemapenale.it), 27 dicembre 2019; cfr., poi, E. SPATAFORA, *Il disegno di legge di ratifica ed esecuzione del Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Diritti fondamentali* (www.dirittifondamentali.it), 2020, n. 1, 5 febbraio 2020, p. 369 ss. Delle implicazioni di ordine istituzionale connesse allo strumento di cooperazione in parola tratta anche C. MASCIOTTA, *Il Protocollo n. 16 alla CEDU alla prova dell'applicazione concreta e le possibili ripercussioni sull'ordinamento italiano*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2020, n. 1, p. 183 ss.; in prospettiva comparata, v., poi, L. PIERDOMINICI, *Genesi e circolazione di uno strumento dialogico: il rinvio pregiudiziale nel diritto comparato sovranazionale*, in *federalismi.it*, 2020, n. 20, 24 giugno 2020, p. 226 ss.]. D'altronde, l'utilità dello strumento è confermata anche dai benefici che possono aversene in ordine alla osservanza della Costituzione, come dimostra, ad es., il fatto che, alla luce delle indicazioni venute dal parere reso dalla Corte europea, può discendere la presentazione di questioni di costituzionalità, quale quella in materia di gestazione per conto di terzi commentata, tra gli altri, da A.M. LECIS, *Una nuova frontiera del dialogo tra giurisdizioni: la Cassazione rimette alla Corte costituzionale una q.l.c. fondata sul parere consultivo della Corte EDU in materia di GPA*, in *Rivista di Diritti Comparati* (www.diritticomparati.it), 21 maggio 2020; G. LUCCIOLI, *Il parere preventivo della Corte edu e il diritto vivente italiano in materia di maternità surrogata: un conflitto inesistente o un conflitto mal risolto dalla Corte di Cassazione*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 22 maggio 2020, e G. ARMONE, *La gestazione per altri: nuovo appuntamento davanti alla Corte costituzionale*, in *Questione giustizia* (www.questionegiustizia.it), 22 maggio 2020. Si registra, dunque, con somma preoccupazione la svolta negativa avutasi nel settembre di quest'anno presso le Commissioni riunite II e III della Camera, alla ripresa dell'esame del disegno di legge volto alla ricezione dei prot. 15 e 16 che ha determinato la espunzione dall'articolato del riferimento al secondo. Com'è stato efficacemente rilevato, "si celebrava così, in forma solenne, l'estremo saluto al Protocollo n. 16" [*Editoriale a Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 12 ottobre 2020; amaramente critico anche l'*Editoriale* di L. PANELLA, dal titolo *La mancata ratifica italiana del Protocollo n. 16 annesso alla CEDU*, in *Ordine internazionale e diritti umani* (www.rivistaoaidu.net), 2020, n. 4, 15 ottobre 2020, p. 747 s.; sulla vicenda, se si vuole, v. anche il mio *Protocollo 16: funere mersit acerbo?*, in *Giustizia insieme* (www.giustiziainsieme.it), 22 ottobre 2020, e, nella stessa *Rivista*, C. PINELLI, *Il rinvio dell'autorizzazione alla ratifica del Protocollo n. 16 CEDU e le conseguenze inattese del sovranismo simbolico sull'interesse nazionale*, 3 novembre 2020. Infine, gli interventi all'incontro di studi svoltosi, per iniziativa delle Università di Messina e Roma "La Sapienza", via *web* il 5 novembre 2020 su *Chi ha paura del protocollo 16 CEDU?*]. Piuttosto, è da vedere se convenga introdurre ulteriori strumenti in aggiunta a quelli in atto disponibili ovvero fare oggetto questi ultimi di vari aggiustamenti al fine di renderli maggiormente incisivi. Così, sul versante dei rapporti tra Stato e Unione europea, si è ad es. presa in esame da tempo l'ipotesi di prevedere una sorta di rinvio pregiudiziale "discendente", per quanto non sia chiaro quale sia il giudice nazionale che debba essere interpellato dalla Corte dell'Unione e ferma, comunque, restando una riserva di fondo circa l'opportunità di siffatta innovazione che, pur giovando a prevenire in molti casi l'insorgenza di conflitti idonei a sfociare nella opposizione dei "controlimiti" da parte degli operatori nazionali, potrebbe ostacolare l'affermazione della *primauté* del diritto eurounitario. Nessun dubbio, invece, a parer mio e di molti altri, circa la necessità di incoraggiare una sollecita adesione dell'Unione alla CEDU.

varie di collaborazione frutto di autodeterminazione delle stesse Corti⁸⁰. Le convergenze d'indirizzo pur faticosamente raggiunte dalle Corti non costituiscono, di certo, una garanzia avverso le deviazioni istituzionali di cui le stesse dovessero rendersi protagoniste. E però la circostanza per cui proprio sulle questioni di cruciale rilievo, la cui soluzione sia diffusamente avvertita nel corpo sociale come impellente, si registri una larga consonanza di orientamenti è già di per sé una garanzia, specie avverso il rischio che un solo giudice, per illuminato e saggio che sia, possa somministrare in sovrana solitudine le sue “verità” di diritto costituzionale.

La certezza del diritto – è persino banale dover qui rammentare – è un bene prezioso per la vita di relazione e vitale per la sopravvivenza dello Stato di diritto, per quanto giovi guardarsi dal rischio della sua mitizzazione, al quale non di rado si è andati incontro, nella consapevolezza che la stessa può soggiacere ad operazioni di bilanciamento con altri valori parimenti fondamentali⁸¹. Una certezza del diritto che però dovesse innaturalmente rivoltarsi contro la certezza (e cioè la effettività) dei diritti – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – sarebbe la negazione di se stessa⁸².

Giovenale ha posto, nella sua VI Satira, un inquietante interrogativo al quale ad oggi non si è riusciti a dare un'appagante risposta su chi mai possa controllare i controllori. È perciò, in conclusione, che vedo nel carattere “intercostituzionale” della Costituzione e delle altre Carte dei diritti e nel “gioco” senza fine delle Corti istituite a loro presidio la più efficace garanzia avverso il rischio che un solo operatore istituzionale, posto in cima ad una ideale piramide, possa – come si è altrove osservato – snaturarsi in un mostruoso potere costituente permanente ed enunciare, senza essere contraddetto da alcuno, le sue “verità” a riguardo del diritto e dei diritti costituzionali. Di contro, è solo dallo sforzo congiunto di tutti gli operatori in campo ed attingendo a consuetudini culturali diffuse che i diritti stessi possono viepiù affermarsi e radicarsi nel corpo sociale, assicurandosi

⁸⁰ Encomiabile l'iniziativa assunta dalla Cassazione, seguita dalle altre Corti, di cui riferisce R.G. CONTI, *Il Protocollo di dialogo fra Alte corti italiane, Csm e Corte Edu a confronto con il Protocollo n. 16 annesso alla Cedu. Due prospettive forse inscindibili*, in *Questione giustizia* (www.questionegiustizia.it), 30 gennaio 2019, con le ulteriori precisazioni che sono nel suo *Chi ha paura del protocollo 16 – e perché?*, cit.

⁸¹ Sulla varietà dei modi d'intenderla e di farla valere riferimenti, di recente, possono aversi da C. CAMARDI, *Certezza e incertezza del diritto nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017; C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, cit., p. 549 ss.; M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, cit., p. 345 ss. In prospettiva teorico-generale, v., poi, U. BRECCIA, *Discorsi sul diritto. Appunti per un corso di “teoria generale del diritto”*, Pisa, 2019, spec. p. 146 ss.; tra i filosofi del diritto, v., almeno, G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, in . APOSTOLI, M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Napoli, 2018, p. 9 ss. Infine, se si vuole, v. anche il mio *La garanzia dei diritti costituzionali tra certezze e incertezze del diritto*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2020, n. 1, 26 marzo 2020, p. 161 ss.

⁸² Non è, d'altronde, per caso che il giudicato, quale espressione emblematica di certezza del diritto, possa andare incontro a revisione, tanto nella materia penale quanto in quella civile ed amministrativa, specie ove dovesse sopravvenire una pronuncia della Corte europea che abbia accertato la violazione dei canoni del giusto processo, secondo quanto riconosciuto da Corte cost. nn. 113 del 2011 e 123 del 2017. È pur vero, nondimeno, che – come ha tenuto a precisare la stessa Corte EDU (Grande Camera, sent. 11 luglio 2017, *Moreira Ferreira c. Portogallo*, n. 2, ric. n. 19867/12) – non necessariamente deve farsi luogo alla revisione suddetta, restando riservata allo Stato la scelta del modo più adeguato a dare esecuzione alle pronunzie della Corte stessa (v., inoltre, Corte cost. n. 93 del 2018).

allo stesso tempo l'integra trasmissione nel tempo, a beneficio anche delle generazioni che verranno, del patrimonio assiologicamente qualificante lo Stato di diritto.

ABSTRACT: Lo scritto rileva che l'identità costituzionale dell'Unione europea e degli Stati risulta, nella sua essenza, da valori fondamentali comuni che tuttavia si affermano in modi peculiari presso ciascun ordinamento. Si fa quindi luogo ad un rapido confronto dei connotati di fondo degli ordinamenti stessi, alla luce della nozione di Costituzione espressa dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, rilevando le più significative convergenze e divergenze tra di essi di cui si ha riscontro. Si insiste, in particolare, sull'uso sregolato degli strumenti di normazione e sul sovraccarico di responsabilità di cui sono gravati i giudici. Infine, si mettono in evidenza i condizionamenti di natura istituzionale esercitati dall'Unione a carico degli Stati e si fa luogo ad una sintetica valutazione circa il modo di essere dello Stato di diritto nella presente congiuntura storico-politica e circa i rimedi che possono essere messi in atto a sua salvaguardia.

KEYWORDS: Stato di diritto – Unione europea – Stati membri – reciproca influenza – misure di tutela.

SUPRANATIONAL AND DOMESTIC RULE OF LAW: *SIMUL STABUNT VEL SIMUL CADENT*

ABSTRACT: This study points out that the constitutional identity of the European Union and the Member States is essentially constituted by the common fundamental values, which, however, materialize in specific ways in each jurisdiction. A brief comparison of the major characteristics of domestic countries is carried out in light of the notion of Constitution given by Article 16 of the 1789 Declaration of the Rights of Man and the Citizen, which reveals the most significant convergences and divergences among the European Union and of the national States. The paper, in particular, emphasizes the excessive use of legislative tools and the overload of responsibility suffered by judges and courts. Finally, this contribution examines the institutional incidence of the EU on domestic States, while briefly assessing the features of the rule of law in the current historic and political context and the remedies that can be used to safeguard it.

KEYWORDS: Rule of law – European Union – Member States – mutual influence – safeguarding measures.