



CONSULTA ONLINE

PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892



2019 FASC. III

(ESTRATTO)

ANTONIO RUGGERI

**DIRITTO GIURISPRUDENZIALE E DIRITTO POLITICO:
QUESTIONI APERTE E SOLUZIONI PRECARIE**

18 DICEMBRE 2019

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Antonio Ruggeri

Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*

ABSTRACT: *Judicial and political law: open questions and precarious solutions*

The paper investigates the relationship between jurisprudential and political law in general (the legislative one, in particular). It points out that one of the most effective resources to safeguard legal certainty is given by the accordance of the jurisprudential judgments to the previous ones. At the same time, another element of stabilization and renewal of the jurisprudential orientations is given by the s.c. "Dialogue" between the high Courts. Finally, the study highlights the implications towards the Constitution theory by the relationships between jurisprudential law and political law.

SOMMARIO: 1. La questione preliminare a riguardo di ciò che è “fonte” e “norma” e la sua soluzione facendo capo non già al criterio della loro efficacia generale bensì a quello della novità rispetto al diritto previgente. – 2. Le forme varie di articolazione e svolgimento del rapporto tra diritto giurisprudenziale e diritto politico (dalla contestazione del secondo ad opera del primo, alla loro immedesimazione, alla parziale convergenza ovvero reciproca divergenza). – 3. La fedeltà al precedente quale condizione della salvaguardia della *certezza del diritto*, la naturale ed indeclinabile vocazione di quest’ultima a convertirsi ed a risolversi in *certezza dei diritti costituzionali*, il valore relativo della nota distinzione tra *ratio decidendi* ed *obiter dictum*, in considerazione del rilievo assegnato al *decisum* nella sua “totalità”. – 4. Gli scostamenti, viepiù frequenti e marcati, per mano del giudice (in specie, di quello costituzionale) dai canoni che presiedono all’esercizio delle sue funzioni, la conseguente, esasperata “politicizzazione” dell’esercizio delle funzioni stesse, i casi di manipolazione del diritto politico da parte del diritto giurisprudenziale, nonché di manipolazione interna a quest’ultimo (che alle volte si risolve nel ripristino del vigore di un diritto politico dapprima alterato). – 5. La comparazione giuridica e l’interpretazione conforme: due tecniche argomentativo-decisorie multiuso, nel quadro della relazione complessa tra diritto giurisprudenziale e diritto politico. – 6. La struttura internamente articolata e composita dell’identità costituzionale sia dello Stato che dell’Unione europea, il mutuo sostegno che le giurisprudenze sono chiamate a darsi in ordine alla messa a punto dell’identità stessa, il conseguente rinvigorimento del diritto giurisprudenziale rispetto al diritto politico. – 7. La tipizzazione dei ruoli istituzionali, secondo modello, le torsioni registratesi nell’esperienza, il bisogno di tener ferma la esclusiva soggezione del giudice alla legge pur nella varia intensità dei vincoli da questa discendenti a carico di quello. – 8. Una succinta notazione finale, con riguardo alle implicazioni per la teoria della Costituzione conseguenti al modo di essere dei rapporti tra diritto giurisprudenziale e diritto politico.

1. La questione preliminare a riguardo di ciò che è “fonte” e “norma” e la sua soluzione facendo capo non già al criterio della loro efficacia generale bensì a quello della novità rispetto al diritto previgente

“La contrapposizione fra diritto politico e diritto giurisprudenziale è dimostrata soprattutto dal fatto che per il primo *auctoritas, non veritas, facit legem*, mentre per il secondo vige la regola opposta, ma la determinazione di un preciso confine che separi i due tipi di situazioni si presenta talora malagevole”.

Così A. Pizzorusso, con la sua consueta densità espressiva, scolpiva i termini essenziali della relazione tra le due forme o specie di produzione giuridica oggetto del nostro incontro di oggi, consegnandocene una chiara rappresentazione nella sua opera più matura in tema di fonti del diritto¹, alla cui stesura con vigile cura si era dedicato per anni ed alla quale particolarmente teneva².

* Contributo pubblicato ai sensi dell’art. 3, comma 13, del regolamento della Rivista, *Esso costituisce la relazione conclusiva della Giornata di studi in ricordo di Alessandro Pizzorusso dedicata a Il diritto giurisprudenziale, Pisa 16 dicembre 2019, alla cui data lo scritto è aggiornato.*

¹ *Fonti del diritto*², in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, Disposizioni sulla legge in generale art. 1-9*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma 2011, 37 e 61 in nt. 10, con richiamo di una indicazione di L. Ferrajoli.

² Desidero consegnare un personale ricordo. Negli anni in cui P. attendeva alla faticosissima scrittura della seconda edizione della sua poderosa opera uscita nel 1977 (praticamente, un libro completamente rifatto, nuovo), avvertiva forte

La questione preliminare allo studio dei rapporti tra i due “tipi” – se così vogliamo chiamarli – di diritto sopra indicati è, nondimeno, quella relativa alla esistenza stessa del secondo, se cioè sia appropriato discorrerne ovvero se il sintagma che ad esso si riferisce racchiuda in sé una insanabile contraddizione³, nell’assunto che non possa darsi – con specifico riferimento agli ordinamenti di *civil law*⁴ – un diritto di produzione giurisprudenziale, tanto più poi se la categoria dovesse considerarsi internamente composita e riferita, oltre che al diritto di fattura giudiziaria (o giurisprudenziale in senso stretto), altresì al diritto di origine dottrinale ed al diritto transnazionale⁵.

La questione – com’è chiaro – rimanda alla previa opzione di fondo circa ciò che è fonte del diritto e norma giuridica: una questione da far tremare davvero le vene e i polsi, che per ovvie ragioni non può essere qui neppure ripresa nei suoi termini metodico-teorici essenziali. Mi limito solo a rammentare che ogni criterio distintivo dei tratti sostanziali considerati già *ab antiquo* tipici delle norme giuridiche non ha resistito alla critica serrata mossa da più parti (e con svolgimenti argomentativi di vario segno), in particolare non hanno resistito alla critica gli attributi della generalità e dell’astrattezza⁶, che seguitano a riscuotere ancora diffusi consensi, pur trascinandosi sempre più stancamente e tralaticciamente, specie nelle riflessioni di più largo respiro, dedicate alla ricostruzione del c.d. sistema delle fonti⁷. Lo stesso attributo della novità, di labandiana memoria, pur dimostrandosi idoneo a sottrarsi alle critiche mosse agli attributi restanti, è risultato dotato di assai mediocre capacità discretiva, finendo con il restare attratto dai poli estremi di un’alternativa soffocante, considerandosi dunque ora presente, a conti fatti, in *ogni* atto giuridico (eccezion fatta, forse, di quelli meramente esecutivi)⁸ ed ora invece, per una sua particolarmente rigorosa e selettiva accezione, proprio delle *sole* norme costituzionali (e, addirittura, con ancora maggior rigore, dei soli

il bisogno di confrontarsi con i colleghi, specie con quelli più giovani con i quali aveva comunanza di interessi scientifici, e, tra questi, anche con me: nel corso delle mie frequenti visite a Pisa o in altri luoghi d’incontro, più volte mi aveva reso partecipe di come stesse ristrutturando il lavoro e dei suoi nodi teorici di maggior rilievo, disponendosi, con la sua consueta umiltà (pari alla sua statura di Maestro indiscusso, universalmente apprezzato), all’ascolto dei punti di vista dell’interlocutore assai meno attrezzato culturalmente di Lui.

³ Una ferma confutazione della inclusione della giurisprudenza tra le fonti del diritto è, ancora di recente, in M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell’interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 345 ss., e, dello stesso, *L’errore di diritto e l’interpretazione della norma giuridica*, in *Quest. giust.*, 3/2019, 16 ss., spec. 27 ss. Se n’è discusso specificamente nel corso della prima sessione dei nostri lavori, dedicata a *La giurisprudenza come fonte di diritto*, introdotti e coordinati da O. PFERSMANN.

⁴ È ovvio che negli ordinamenti di *common law* la questione non ha ragion d’essere, quanto meno con specifico riguardo al diritto di produzione giudiziaria.

⁵ Così, ancora, A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, 144. Riferimenti alle varie accezioni del termine “giurisprudenza”, di recente, in G. ALPA, *La giurisprudenza e le fonti del diritto*, in *Lo Stato*, 12/2019, 335 ss., che nondimeno conclude nel senso qui pure accolto, facendo specifico riferimento al diritto prodotto dai giudici.

⁶ Indicazioni e riferimenti, volendo, possono aversi dal mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977, spec. 26 ss. e 41 ss.

⁷ Lo stesso Maestro che oggi onoriamo soleva riconoscere un “posto” di particolare rilevanza nel sistema degli atti dei pubblici poteri alle decisioni della Corte costituzionale (e, segnatamente, a quelle ablativo), a motivo della efficacia *erga omnes* loro propria (v., nuovamente, *op. cit.*, 536 ss.).

⁸ La più limpida e ad oggi insuperata ricostruzione teorica che linearmente discende dalle premesse ora enunciate nel testo si deve – com’è noto – alla poderosa riflessione di H. Kelsen, con la riduzione del fenomeno giuridico al fenomeno normativo.

principi fondamentali, nei cui riguardi ogni altra norma della stessa legge fondamentale dell'ordinamento si pone in funzione specificativo-attuativa⁹ o, come che sia, in funzione servente)¹⁰.

Sta di fatto che se si sposta l'obiettivo dalla efficacia alla novità quale tratto più genuinamente espressivo della normatività di un atto, se ne ha che, per un verso, solo alcune decisioni del giudice costituzionale parrebbero esserne dotate¹¹, nel mentre, per un altro verso, anche pronunzie dei giudici comuni riguardanti una cerchia ristretta di persone e persino una soltanto potrebbero (e dovrebbero) considerarsi "normative", ove si dimostrino espressive di regole dapprima inesistenti¹², aggiunte ai testi di legge, magari in specificazione-attuazione di altre norme di principio di fattura parimenti giurisprudenziale ovvero, puramente e semplicemente, di norme della Costituzione¹³. L'una ipotesi,

⁹ Il rapporto di strumentalità di cui ora si discorre è visto – come si sa – da un'accreditata dottrina al piano dei rapporti tra la legislazione e la Costituzione, nella sua totalità espressiva di un "programma" bisognoso appunto di realizzazione ad opera della legge in primo luogo, quale suo strumento "ordinario" e "necessario" d'implementazione (il riferimento è – com'è chiaro – al magistero di F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, I e II, Giuffrè, Milano 1970).

Ho già avuto modo in più luoghi di prendere le distanze da questa ricostruzione, pur se sorretta da acuti argomenti, manifestando l'avviso che i rapporti in parola esibiscono una gamma assai estesa di "varianti" interne: a seconda degli enunciati e del contesto in cui si calano ed operano, infatti, l'idea del "programma" parrebbe invero ricevere talora conferma; sappiamo, però, che il "programma" stesso non è affatto definito in ogni sua parte dalla Carta e che, anzi, in relazione a taluni enunciati della stessa sia alquanto problematico ed arduo dimostrarne la esistenza. E, invero, i vincoli discendenti dalla Carta appaiono essere ora di segno positivo ed ora di segno negativo, gli uni e gli altri dotati di estensione ed intensità variabili.

Senza adesso riprendere la questione, ai nostri fini non specificamente interessante, può nondimeno dirsi che, assumendo i principi fondamentali nel loro fare "sistema" quali elementi costitutivi di un "programma", la loro prima specificazione-attuazione può (e deve) rinvenirsi nella stessa Carta; e tanto basta a sostegno della tesi nel testo succintamente rappresentata.

¹⁰ L'appunto critico ora enunciato nel testo a carico della novità era già nel mio studio monografico, sopra cit., ed è stato quindi ulteriormente precisato in altri scritti.

¹¹ Non a caso, un'autorevole dottrina riserva la qualifica in parola unicamente alle pronunzie manipolative [v., dunque, part., G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Cedam, Padova 1985, 755 ss.; ulteriori ragguagli sulla struttura delle pronunzie della Corte, specie di quella di alcune di esse che si presenta internamente composita, possono aversi da C. PANZERA, *Interpretare Manipolare Combinare. Una nuova prospettiva per lo studio delle decisioni della Corte costituzionale*, ESI, Napoli 2013, del quale v., ora, anche l'intervento, dal titolo *L'ordinanza "una e trina"*, al Seminario su *Dopo l'ord. 207/2018 della Corte costituzionale: una nuova tecnica di giudizio? Un seguito legislativo (e quale)?*, svoltosi presso la casa editrice Il Mulino il 27 maggio 2019, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 7 giugno 2019, dove si fa notare come la [ord. 207 del 2018](#) della Consulta racchiuda in sé ben tre specie di decisioni diverse].

Va, nondimeno, tenuto presente che, per un verso, le pronunzie ablativo "secche" comunque innovano al diritto preesistente, nel mentre le stesse decisioni di rigetto, pur se riconosciute con la dottrina e la giurisprudenza ormai invalse come produttive di effetti circoscritti al caso (*contra*, però, il mio *Storia di un "falso". L'efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1990, con le ulteriori precisazioni che sono nel mio *Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent'anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi - M. Cavino - J. Luther, Giappichelli, Torino 2011, 349 ss.), ugualmente non rimangono senza conseguenze per la pratica giuridica a venire, specie laddove dovessero dotarsi di moniti indirizzati al legislatore in vista di un rifacimento della disciplina in vigore, alle volte giudicato urgente e sollecitato a svolgersi all'insegna delle indicazioni di riforma date dalla stessa Corte. Tanto più, poi, alle decisioni in parola è da assegnare carattere comunque "innovativo", ove si ammetta (con la stessa giurisprudenza corrente) che la presentazione di altra questione avente ad oggetto la medesima disciplina già rigettata dalla Consulta può, a giudizio di quest'ultima, aversi unicamente se "nuova", vale a dire relativa a profili e sorretta da argomenti comunque diversi da quelli già valutati negativamente dal giudice costituzionale, restando ad ogni buon conto in ultima istanza riservato alla stessa Corte il riconoscimento del carattere in parola.

¹² D'altronde, quello della "creatività" degli atti dei giudici è un dato talmente ricorrente, seppur caricato di accezioni e valenze anche sensibilmente diverse, da rivelarsi persino banale segnalarlo per l'ennesima volta. Subito di seguito nel testo, come può vedersi, si fa specifico riferimento ai casi in cui sia del tutto assente la disciplina normativa apprestata dal diritto politico, supplita dunque per intero dal diritto giurisprudenziale. Un esempio assai eloquente (e discusso) è ora dato da [Corte cost. sent. n. 242 del 2019](#) che, riprendendo quanto già in buona sostanza anticipato dalla [ord. n. 207 del 2018](#), ha fatto luogo alla "invenzione" *ex nihilo* della disciplina normativa relativa al suicidio assistito.

¹³ Anche a far leva su elementi formali-procedimentali (e, segnatamente, sul riconoscimento operato dallo stesso ordinamento degli atti idonei a comporlo ed a rinnovarlo senza sosta: così ancora il mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, cit., spec. 31 ss. e 50 ss.; cfr, ora, F. BALAGUER CALLEJÓN, *La teoria*

ad es., ricorre in presenza di pronunzie additive di principio della Consulta ovvero di decisioni-pilota della Corte EDU; l'altra con riguardo ai casi di c.d. "applicazione" diretta della Costituzione, che, però, come si è fatto in altri luoghi notare, dovrebbe più propriamente qualificarsi, per le ragioni qui pure rammentate, come "attuazione" diretta, specie laddove il principio dal quale il giudice estragga la regola buona per il caso esibisca una trama strutturale a maglie particolarmente larghe o larghissime¹⁴.

2. *Le forme varie di articolazione e svolgimento del rapporto tra diritto giurisprudenziale e diritto politico (dalla contestazione del secondo ad opera del primo, alla loro immedesimazione, alla parziale convergenza ovvero reciproca divergenza)*

Ora, circoscrivendo qui l'attenzione al solo diritto giurisprudenziale di fattura giudiziaria¹⁵ e muovendo da una larga accezione della "normatività", riferita ad ogni intervento innovativo nei riguardi del diritto politico, se ne ha che non sempre tra le due specie di produzione giuridica in parola si ha riscontro della contrapposizione rilevata dal Maestro alla cui memoria il nostro incontro è dedicato.

Il rapporto le due forme o specie di produzione giuridica suddette si presenta, infatti, alquanto complesso, spiegandosi di conseguenza a tutto campo il ventaglio dei modi con cui la loro relazione prende di volta in volta forma. Ad uno dei due poli c'è infatti la contrapposizione o, diciamo pure, la contestazione del diritto politico da parte del diritto giurisprudenziale¹⁶: una eventualità, questa, di cui può aversi riscontro a tutti i gradi della produzione giuridica¹⁷ e con riferimento ad ogni fonte, nessuna essendone immune.

delle fonti del diritto nello Stato costituzionale, in *paper*, § 6), è doveroso ammettere che anche altri atti, ai primi strettamente connessi al punto di comporre un'unica "catena" produttiva, finiscono con il portare essi pure lo stigma della normatività.

¹⁴ Di contro, la tesi secondo cui i giudici farebbero sempre, e soltanto, "applicazione" di diritto è con vigore riaffermata da M. LUCIANI, in più scritti, tra i quali, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 3 luglio 2012, spec. al § 4, ma *passim* e, dello stesso, pure *ivi*, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, 4/2014, 10 ottobre 2014, nonché *Ermeneutica costituzionale e "massima attuazione della Costituzione"*, in AA.VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, a cura di P. Perlingieri e S. Giova, ESI, Napoli 2018, 37 ss., spec. 43 ss. e, da ultimo, la introduzione ai lavori della seconda sessione della nostra Giornata dedicata a *Diritto giurisprudenziale versus diritto politico*; ma v., con riguardo all'attività "creativa" del giudice, i pertinenti rilievi che sono in R. ROMBOLI, *L'attività creativa di diritto da parte del giudice dopo l'entrata in vigore della Costituzione*, in AA.VV., *Controllare i giudici? (Cosa, chi, come, perché)*, a cura di G. Campanelli, Giappichelli, Torino 2009, 25 ss.; T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Specificità e problemi dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014; v., inoltre, G.P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 313 ss. Più di recente, sulla centralità del ruolo dei giudici quali "fabbricanti di regole" v. F. PATRONI GRIFFI, *Il ruolo delle Corti nella costruzione dell'ordinamento europeo (From judge-made law to judge-made Europa)*, Editoriale, in *Federalismi.it*, 15/2019, 31 luglio 2019, spec. 5, da cui è tratto il riferimento testuale].

¹⁵ Non tratto infatti, in questa sede, del diritto dottrinale, il cui apporto alla formazione ed al rinnovo del diritto giudiziario resta nondimeno impalpabile, così come per vero lo è anche quello dato dal secondo al primo (a giudizio di A. PIZZORUSSO, il diritto dottrinale è espressione di *soft law*, "anche se si tratta spesso di uno strumento capace di influenzare talora più di ogni altro la produzione normativa": *Fonti del diritto*², cit., 735 ss. e 737, per la cit. testuale).

¹⁶ È ovvio che possono darsi anche casi di norme di legge (e di diritto politico in genere) adottate in deliberata contestazione di orientamenti giurisprudenziali dapprima manifestati, ma è una evenienza ai nostri fini non interessante, salvo il caso di frode al giudicato posta in essere con legge. La qual cosa ha uno speciale rilievo laddove vittima dell'intervento legislativo sia il giudicato costituzionale: un illecito, questo, com'è noto, più volte rilevato dallo stesso giudice costituzionale. Si vedrà, nondimeno, più avanti che possono darsi casi al ricorrere dei quali la stessa norma di "copertura" del giudicato in parola, di cui all'art. 137, ult. c., cost., verosimilmente espressiva di un principio fondamentale dell'ordinamento, potrebbe rendersi partecipe di operazioni di bilanciamento con altri principi.

¹⁷ È per ciò che il diritto giurisprudenziale è *fonte senza grado* o, meglio, è fonte che può disporsi ad ogni grado della scala gerarchica, in ragione dell'oggetto dallo stesso di volta in volta riguardato.

Si pensi, ad es., ai casi di modifiche tacite della Costituzione poste in essere per via giurisprudenziale¹⁸. Il punto è però che solo nel tempo lungo è possibile discernere le modifiche *stabili*, frutto di autentiche *consuetudini giurisprudenziali* diffuse e radicate nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale, dalle singole o sporadiche violazioni, magari accertate da altri giudici chiamati a controllare variamente l'operato di coloro che se ne rendano responsabili¹⁹.

Al polo opposto, ci sono i casi in cui il diritto giurisprudenziale dà voce al diritto politico: è cioè lo stesso diritto vigente nel suo farsi diritto vivente. Anche qui, l'apprezzamento della fedeltà dell'uno rispetto all'altro si rivela essere assai problematico ed incerto. Una questione, questa, che specificamente si pone in relazione alle pronunzie dei giudici di ultima istanza, a conti fatti controllori di se stessi²⁰, nel senso che, tornando a presentarsi uno stesso caso nel tempo (piace a me dire, la medesima “situazione normativa”)²¹, possono variamente aggiustare e persino radicalmente modificare un verdetto anteriore, rendendo così testimonianza *per tabulas* della infedeltà di una precedente interpretazione ed applicazione del diritto politico.

Fintantoché però non si assiste al ripudio operato alla luce del sole di giudizi anteriori, possiamo presumere – salva, appunto, la prova del contrario – che, per un fisiologico svolgimento del modello, *il diritto giurisprudenziale sia lo stesso diritto politico*, nel suo passaggio dalla condizione astratta della vigenza a quella concreta del “vivere” nell'esperienza²².

¹⁸ Se ne è, ancora non molto tempo addietro, discusso in occasione del convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Catanzaro l'8 e il 9 giugno 2018, su *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019 (*ivi*, con specifica attenzione al tema delle modifiche in parola, v., part., l'accurato studio di M.P. IADICICCO, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, 231 ss., e, se si vuole, anche il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, 415 ss.). Molto importanti gli studi di S. BARTOLE, del quale v., ora, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in *Rivista AIC*, 1/2019, 23 marzo 2019, 335 ss. De *La prassi nel diritto costituzionale: una questione di metodo* si è discusso nel corso di un incontro di studi svoltosi a Ferrara il 26 novembre scorso in occasione della consegna degli *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini - A. Cossiri - G. Di Cosimo - A. Guazzarotti - C. Mainardis, Giappichelli, Torino 2019.

¹⁹ Per il diritto giurisprudenziale, dunque, la differenza tra la *modifica* e la *violazione* si può cogliere solo *ex post*, alla luce del criterio della effettività.

²⁰ Fanno eccezione i casi in cui le decisioni dei giudici in parola siano fatte oggetto di un conflitto tra poteri davanti alla Corte costituzionale ovvero siano causa di un ricorso davanti all'una ovvero all'altra Corte europea. Una questione assai complicata, questa, laddove sul banco degli imputati finisca lo stesso giudice costituzionale, avverso le cui decisioni non si dà – com'è noto – alcuna impugnazione. Come si è poc'anzi accennato, si è in altri luoghi affacciata l'ipotesi che lo stesso art. 137, ult. c., cost., che pone il divieto in parola, ancorché espressivo di un principio fondamentale ovvero “coperto” da un principio in parola (o, magari, dall'intera tavola dei principi nel loro fare “sistema”), possa soggiacere ad operazioni di bilanciamento conseguenti al sopravvenire di una pronunzia della Corte europea che dovesse riscontrare la violazione dei canoni del giusto processo ad opera della Consulta. Ed è bensì vero che quest'ultima, magari dietro sollecitazione di un giudice comune, potrebbe pur sempre opporre all'ingresso della pronunzia suddetta l'arma dei “controlimiti”; e, tuttavia, è parimenti vero che la stessa Consulta, nuovamente interpellata, potrebbe sentirsi indotta a rivedere, almeno in parte, la propria originaria posizione, traendo profitto dal “dialogo” con la Corte europea, esattamente così come questa o la Corte di giustizia hanno mostrato di saper fare in alcune circostanze (ad es., lo ha fatto – come si sa – la Corte dell'Unione in *Taricco*).

²¹ Sulla “situazione normativa” quale oggetto dei giudizi di costituzionalità, v., da ultimo, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁶, Giappichelli, Torino 2019, 101 ss.

²² Parrebbe, nondimeno, aversi riscontro di un'aporia logica di fondo costituita dal fatto che da uno stesso enunciato normativo sono contemporaneamente estratti plurimi (e, se del caso, radicalmente divergenti) significati nelle varie sedi in cui si amministra la giustizia, sicché parrebbe che – al più concedere – uno solo possa considerarsi “giusto” e tutti gli altri fatalmente errati [si sofferma ora sul punto C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 2/2019, 549 ss., spec. 556 ss., confrontandosi con gli svolgimenti argomentativi prospettati da M. LUCIANI, nella sua voce su *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Ann.*, IX (2016), 401 ss., del quale v., peraltro, ora, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, cit.]. Né soccorre la circostanza per cui la *reductio ad unum* è assicurata dal ruolo di nomofilachia esercitato dal giudice della legittimità ovvero dalla formazione – ammesso che veramente si abbia... – di un “diritto vivente” attorno ad uno dei significati attribuiti ad un enunciato dato, dal momento che si tratterebbe comunque di ricostruzioni semantiche pur sempre superabili da giudici che non si riconoscano né nelle pronunzie della Cassazione né negli orientamenti consolidati in giurisprudenza. È un fatto, però, che il titolo conferito a ciascun giudice di amministrare giustizia fa comunque presumere, salva appunto la prova del contrario, che

Non si dimentichi, peraltro, che lo stesso accertamento della esistenza del diritto vigente si ha, in primo luogo, per mezzo del diritto giurisprudenziale; il primo può solo circoscrivere in parte il margine di manovra del secondo e di... *se stesso*, ad es. stabilendo che l'abrogazione e le modifiche del diritto preesistente possano aver luogo unicamente in modo esplicito. In disparte, però, le riserve di ordine teorico legittimamente prospettabili avverso questo tipo di esperienza ed i limiti di rendimento ai quali quest'ultima va incontro, resta il fatto che le innovazioni apportate al diritto previgente dall'atto contenente la clausola di sola abrogazione espressa soggiacciono all'accertamento del diritto giurisprudenziale.

A mezzo tra i due poli sopra indicati della contestazione "secca" ovvero della immedesimazione, si dà poi una gamma di combinazioni di vario segno, la cui distinzione peraltro non è agevole né netta. In realtà, al di fuori del caso in cui il diritto giurisprudenziale metta da canto quello politico e l'altro in cui quest'ultimo sia del tutto assente, risultando supplito da quello, il più delle volte se ne ha il congiunto riscontro ed operare, con "dosaggi" variabili in ragione dei casi; e ciò, malgrado il diritto giurisprudenziale, al fine di non autodelegittimarsi, non dichiara mai di innovare al diritto politico ovvero di operarne più o meno consistenti adattamenti ai casi stessi.

3. La fedeltà al precedente quale condizione della salvaguardia della certezza del diritto, la naturale ed indeclinabile vocazione di quest'ultima a convertirsi ed a risolversi in certezza dei diritti costituzionali, il valore relativo della nota distinzione tra ratio decidendi ed obiter dictum, in considerazione del rilievo assegnato al decisum nella sua "totalità"

Alcuni dei temi che danno il titolo alle sessioni di lavoro della nostra Giornata evocano indici attendibili a riguardo del rapporto in cui l'un diritto si pone rispetto all'altro, delle divergenze come pure delle convergenze.

La fedeltà al precedente per ciò che attiene ai giudizi di merito (e, perciò, in buona sostanza, alle interpretazioni del diritto vigente), unitamente alla osservanza dei canoni che stanno a base dei giudizi, fa presumere – sempre, salva la prova del contrario – la convergenza e vera e propria immedesimazione delle due specie di produzione giuridica. Di contro, gli scostamenti dai precedenti e, più ancora, dai canoni che reggono lo svolgimento dei processi sono, non poche volte, un indice eloquente di una sostanziale riscrittura del diritto politico.

Sul significato e il valore dei precedenti, in realtà, occorre intendersi. Si dà infatti una varietà di casi che richiedono di essere tenuti comunque distinti²³.

in ogni espressione di diritto giurisprudenziale si rispecchi fedelmente il diritto politico quale fonte di "contenitori" – gli enunciati – potenzialmente in grado di offrire un numero indeterminato di prodotti normativi, un numero nondimeno finito una volta che si ammetta – come devesi ammettere – la capacità propria degli enunciati stessi di delimitare pur sempre l'area materiale dei significati astrattamente possibili. Ciò che, al tirar delle somme, equivale a dire che la norma, ogni norma, è pur sempre la risultante dell'apporto congiunto posto in essere da colui cui si deve la confezione degli enunciati e di colui che da essi estrae il significato buono per il caso. Una combinazione, dunque, che varia continuamente nell'esperienza così come vario è il linguaggio dei testi normativi e diversi gli operatori di volta in volta chiamati a piegarsi sugli stessi ed a "svelarne" il significato. La norma, insomma, non è – come invece comunemente si pensa – il prodotto esclusivo e men che mai del tutto libero dell'interprete ma il frutto della convergenza degli sforzi prodotti da quest'ultimo e, prima ancora, dall'autore del testo oggetto d'interpretazione: volendo fare riferimento al tema che oggi ci occupa, *la norma è sempre la risultante dell'incrocio del diritto politico e del diritto giurisprudenziale* (quanto meno, così dovrebbe essere secondo modello; poi, è chiaro che l'esperienza può presentare alcune sue sostanziali, ancorché non sempre immediatamente visibili, torsioni, in ispecie laddove il secondo diritto soffochi ed appiattisca il primo).

Va, dunque, riconsiderata, alla luce delle precisazioni ora sinteticamente svolte, la nota distinzione tra *disposizione* e *norma*, nondimeno bisognosa di ulteriori approfondimenti teorici in altro luogo.

²³ In tema, di recente, G.P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, cit., spec. 375 ss., nonché i contributi alla quarta sessione dei nostri lavori su *Diritto giurisprudenziale e uso del precedente interno*, introdotti e coordinati da V. VARANO, part. quelli di G. CANALE, *L'uso del precedente nella giurisprudenza costituzionale*, e V. FREDIANELLI, *L'uso del precedente interno da parte della Corte suprema statunitense: la vicenda del prospective overruling*.

In primo luogo, va rammentato che il valore dei precedenti è vario negli stessi ordinamenti di *common law*²⁴, nel mentre anche nei paesi di *civil law* alla giurisprudenza non viene assegnato uguale rilievo, pur rimarcandosi la tendenza ad un ruolo di sempre maggiore spessore²⁵. Ai fini della riflessione che si va ora facendo, un particolare significato acquista il valore del precedente a seconda che si guardi al medesimo giudice che si trovi chiamato a pronunciarsi una seconda volta sulla medesima questione, nella sua connotazione oggettiva complessiva, ovvero a giudici diversi sollecitati a tenere conto del modo con cui una data controversia, su cui debbano pronunciarsi, sia già stata risolta da altri operatori di giustizia, specie laddove sia già stata portata al vaglio del giudice della nomofilachia (e, più ancora, alle sezioni unite dello stesso).

Centrale rilievo è ai miei occhi da assegnare alla nozione di “situazione normativa”, della quale si è fatto poc’anzi cenno con riferimento ai giudizi di costituzionalità. È chiaro che il vincolo del precedente emerge con prepotente evidenza proprio con riferimento alle pronunzie del giudice costituzionale, nelle quali si è soliti intravedere i punti di chiusura dell’ordinamento, specie con riguardo alle controversie maggiormente gravide di implicazioni in quanto direttamente o indirettamente coinvolgenti la Costituzione.

Tengo qui pure fermo l’assunto per cui la certezza del diritto (in ispecie, nella sua declinazione costituzionale) ha da porsi quale riferimento obbligato, costante, dell’operato dei giudici, più ancora appunto dei giudici costituzionali²⁶. La certezza, poi, tende naturalmente a tradursi nella prevedibilità del giudizio; ed anche in tal modo viene, a conti fatti, a realizzarsi una sorta di efficacia generale dei verdetti degli stessi giudici comuni, seppur vevoli per il singolo caso, o, meglio, prende forma la tendenza dei verdetti stessi alla loro universalizzazione, nella quale poi riposa una delle garanzie primarie, indisponibili, del principio di eguaglianza.

Sia chiaro. La certezza del diritto non è un valore assoluto, per la elementare ragione che nessun valore lo è, tutti comunque soggiacendo alla ferrea “logica” della loro mutua ponderazione in ragione delle complessive esigenze dei casi²⁷. L’unico valore assoluto – com’è stato da tempo fatto notare –

²⁴ V., ancora una volta, il chiaro quadro ricostruttivo che è in A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, 705 ss. e 714 ss., per un sintetico raffronto tra il modello nord-americano e quello inglese.

²⁵ Assai indicativi al riguardo gli esempi addotti da M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell’interpretazione e certezza del diritto*, cit., 345 ss., spec. 349 ss.

²⁶ Riprendo ora, con ulteriori svolgimenti, alcune notazioni di recente svolte nel mio *Teoria generale del diritto e teoria costituzionale (note sparse a partire da un libro recente)*, in Dirittifondamentali.it, 1/2019, 1 giugno 2019, dove si ribadisce che la certezza costituisce un punto di riferimento costante della riflessione filosofica e teorico-generale, oltre che di quella specificamente riguardante gli ambiti materiali delle singole discipline giuridiche [riferimenti, di recente, in prospettiva giusfilosofica, in G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, in AA.VV., *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, a cura di A. Apostoli e M. Gorlani, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, 9 ss.; in prospettiva civilistica, v., poi, C. CAMARDI, *Certezza e incertezza del diritto nel diritto privato contemporaneo*, Giappichelli, Torino 2017, e, nell’ambito di una ricostruzione di ampio respiro, U. BRECCIA, *Discorsi sul diritto. Appunti per un corso di “teoria generale del diritto”*, Pacini Giuridica, Pisa 2019, spec. 146 ss. Tra i costituzionalisti, un acceso confronto di punti di vista radicalmente divergenti si è di recente avuto tra R. BIN e me, nel corso di una intervista su *Giudice e giudici nell’Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in [Giustizia Insieme](http://GiustiziaInsieme.it), 10 aprile 2019; v., inoltre, ora, M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell’interpretazione e certezza del diritto*, cit., e C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, in *Dir. pubbl.*, 2/2019, 549 ss. È, poi, appena il caso qui di rammentare che ha molto insistito sulla certezza del diritto la giurisprudenza costituzionale, nell’indirizzo inaugurato dalla 269 del 2017, e la dottrina ad essa dichiaratasi favorevole: di recente, tra gli altri, F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in Federalismi.it, 18/2019, 2 ottobre 2019].

²⁷ Fa eccezione a questo canone fondamentale – come si è altrove rilevato – il principio “superconstituzionale” della dignità della persona umana, che nondimeno un’accreditata dottrina ritiene esso pure suscettibile di bilanciamento [nel primo senso, v., soprattutto, A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss., alle cui indicazioni si sono quindi richiamati, tra gli altri, C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Mezzetti, Giappichelli, Torino 2011, 239 ss.; G.M. FLICK, *Elogio della dignità*, Libreria Editrice Vaticana, Roma 2015; C. SALAZAR, *I principi in materia di libertà*, in AA.VV., *Principi costituzionali*, a cura di L. Ventura e A. Morelli, Giuffrè, Milano 2015, 205 ss.; L. PEDULLÀ, *La dignità della persona nel prisma delle giurisdizioni*, in *Ann. dir. cost.*, Bonomia University Press, Bologna 2017, spec. 157 ss.; nel secondo, M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, III, *Dei diritti e dell’eguaglianza*, Jovene, Napoli 2009, 1060 ss., del quale v. inoltre, *I controlimiti e l’eterogenesi dei fini*

è proprio quello della soggezione a bilanciamento dei valori fondamentali, specie per il modo con cui prendono forma giuridica attraverso i principi fondamentali che ne danno la prima e più genuina rappresentazione positiva (e, a cascata, attraverso le norme che ai principi stessi danno specificazione-attuazione). Ed è poi pur vero che, proprio in sede di operazioni di bilanciamento, la stessa *certezza del diritto in senso oggettivo* è sollecitata a convertirsi ed a risolversi in *certezza dei diritti costituzionali*²⁸, vale a dire nella effettività della loro tutela²⁹, la massima possibile alle condizioni oggettive di contesto³⁰.

(a proposito della sent. Corte cost. n. 238 del 2014), in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Giappichelli, Torino 2016, 1270 ss., e G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in *Pol. dir.*, 1/2011, 45 ss., spec. 69 ss. In tema, v., ora, A. APOSTOLI, *La dignità sociale come orizzonte della uguaglianza nell'ordinamento costituzionale*, in [Costituzionalismo.it](http://www.constituzionalismo.it), 3/2019, 4 dicembre 2019, e, con specifico riguardo agli usi incerti ed oscillanti della dignità registratisi nella giurisprudenza costituzionale, R. BIN, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](http://www.forumdiquaderni.it), 26 novembre 2019. Con particolare attenzione alla condizione dei disabili, C. LEVORATO, *Aspetti giuridici della dignità umana nell'orizzonte della disabilità*, in questa *Rivista, Studi*, 2019/III, 662 ss. In tema, v., infine, in prospettiva comparata, G. POGGESCHI, *La dignità dell'uomo: l'ultima Thule o l'isola che non c'è?*, in *Scritti per Roberto Bin*, cit., 744 ss.].

²⁸ V., ancora una volta in prospettiva giusfilosofica, G. PINO, *In difesa del costituzionalismo dei diritti*, in *Lo Stato*, 10/2018, 59 ss., nonché il confronto avutosi tra lo stesso G. PINO e B. PASTORE nell'intervista su *La retorica dei diritti fondamentali?*, resa a R.G. Conti, in [Giustizia Insieme](http://www.giustiziainsieme.it), 10 luglio 2019.

²⁹ Sta qui la ragione del possibile superamento del giudicato, istituto – come si sa – per risalente tradizione storico-positiva pensato in funzione della salvaguardia della certezza del diritto, laddove quest'esito sia sollecitato dal sopravvenire di pronunzia della Corte europea che abbia acclarato la violazione dei diritti della persona nel processo [indicazioni, per tutti, in A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, spec. il cap. III della parte II, e, con specifico riguardo ai profili processualciviltistici, E. D'ALESSANDRO, *L'attuazione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo accertanti violazioni convenzionali perpetrate da un giudicato civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2/2018, 711 ss. e, ora, F. NOCETO, *Intorno alla sentenza CEDU in tema di violazione dei diritti umani e (ir)revocabilità del giudicato civile*, in *Pol. dir.*, 2/2019, 337 ss.].

³⁰ Sul “metaprincipio” della ricerca della massimizzazione della tutela dei diritti ha, specie negli anni a noi più vicini, particolarmente insistito una nutrita dottrina: *ex plurimis*, v. A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, cit., spec. 222 ss., ma *passim*; G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in [Diritto Penale Contemporaneo](http://www.dirittopenale.it), 29 ottobre 2018; R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in questa *Rivista, Studi*, 2018/III, 626 ss.; T. MAZZARESE, *La giustizia del diritto secondo il costituzionalismo (internazionale e una domanda apparentemente disorientante)*, in *Lo Stato*, 11/2018, 78 ss.; V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Frosinone 2019; S. GAMBINO, *I diritti fondamentali fra Unione europea e Costituzioni nazionali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. maggio 2019, 269 ss. Riserve sulla sua operatività sono manifestate da M. NISTICÒ, *Limiti e prospettive del circuito di tutela su più livelli dei diritti fondamentali*, in [Costituzionalismo.it](http://www.constituzionalismo.it), 1/2018, 272 ss., e I. MASSA PINTO, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, relaz. al Seminario del Gruppo di Pisa su *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, cit., vers. provv. Risolutamente contrario, poi, al suo riconoscimento si è dichiarato R. BIN, in più scritti (di recente, in *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1/2019, 11 ss., spec. 21 ss., nonché nell'intervista sul tema *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna?*, cit., e, infine, in *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *paper*, spec. al § 4, laddove – in nt. 15 – giudica “curioso” il richiamo da me spesso fatto all'art. 53 della Carta dell'Unione, assumendo che lo stesso fa unicamente divieto di utilizzare la Carta stessa al fine di *peggiore* la tutela dei diritti. A me pare, tuttavia, chiaro che non possa affatto escludersi, se non per un ingiustificato preorientamento, che il fatto stesso della posizione del divieto in parola implichi la possibilità dell'innalzamento della tutela stessa, così come d'altronde può aversi da parte della CEDU, secondo quanto è stato peraltro espressamente ammesso, ancora non molto tempo addietro, da [Corte cost. n. 20 del 2019](http://www.corteconst.it)).

Fatico, inoltre, a comprendere (ed anzi, ad esser franco, non comprendo affatto) perché mai la tesi da me patrocinata sia da considerare “eversiva”, portando – a giudizio di B. – fatalmente all'esito di liberare i giudici dal laccio della esclusiva soggezione alla legge (in tema, da ultimo, la densa riflessione di V. ZAGREBELSKY, *Nozione e portata dell'indipendenza dell'Ordine giudiziario e dei giudici Ruolo del Consiglio superiore della magistratura*, in [Osservatorio costituzionale AIC](http://www.osservatoriocostituzionale.it), 6/2019, 3 dicembre 2019, 82 ss.). Non è, forse, vero, di contro, che è proprio la legge che ha reso esecutive in ambito interno le Carte stesse ad imporre agli operatori di portarle ad effetto a beneficio dei diritti, anche dunque nel disposto che è a fondamento della ricerca della miglior tutela? E, prima ancora, questa ricerca non è forse imposta dalla stessa Costituzione (spec. agli artt. 2 e 3) che altro non vuole che i diritti stessi siano appagati al meglio, alle condizioni oggettive di contesto, sfruttando a pieno *tutti* i materiali positivi disponibili?

Ferma questa naturale vocazione della certezza a disporsi al servizio dei diritti e, per ciò stesso, della Costituzione che nel riconoscimento dei diritti stessi ha il proprio cuore pulsante³¹, resta il fatto che i giudici sono tutti chiamati dal *munus* sugli stessi gravante a prestazioni al servizio della certezza stessa; e, per far ciò, sono tenuti a mostrarsi costantemente rispettosi di quello che ho altrove definito il canone fondamentale della “doppia coerenza”, *sincronica* (quale linearità degli svolgimenti e delle relative conclusioni rispetto alle premesse poste in seno ad una stessa decisione data) e *diacronica* (quale idoneità delle singole pronunzie aventi ad oggetto il medesimo caso in senso oggettivo a comporre degli “indirizzi” in senso proprio, connotati da uniformità di orientamenti)³².

Per l’aspetto ora considerato ed ambientando la questione qui fatta oggetto di un succinto esame al piano culturale, prima (e più ancora) che a quello positivo, a me pare che scemi di significato la distinzione pure usualmente operata tra *ratio decidendi* ed *obiter dictum*, assumendo che il vincolo del precedente discenderebbe specificamente dalla prima e non dal secondo o, quanto meno, sarebbe maggiore in quella piuttosto che in questo³³.

In realtà, bisogna, una volta di più, verificare caso per caso come stanno davvero le cose. Disponiamo di *obiter* che hanno fatto la storia della giurisprudenza: ad es., di recente, quello contenuto in [Corte cost. sent. n. 269 del 2017](#) che ha inaugurato – come si sa – un nuovo indirizzo volto al “riaccentramento” – come ormai si è soliti dire – nella soluzione di questioni di “costituzionalità-eurounitarietà” specificamente riguardanti i diritti fondamentali, pur laddove si sia in presenza di antinomie tra norme interne e norme eurounitarie *self executing*³⁴. Ed è bensì vero che la pronunzia suddetta è stata fatta oggetto di non secondari aggiustamenti da parte dello stesso giudice costituzionale (specie con alcune note pronunzie del 2019), che hanno evidentemente risentito di talune critiche non velate ad essa mosse tanto da alcuni studiosi³⁵ quanto dalla Corte di giustizia e,

Una difesa del “metaprincipio” in parola può, di già, vedersi nell’intervista da me resa a R.G. Conti sul tema *Giudice e giudici nell’Italia postmoderna?*, cit., in [Giustizia Insieme](#), 10 aprile 2019, nonché nel mio *Teoria generale del diritto e teoria costituzionale (note sparse a partire da un libro recente)*, cit., spec. al § 4. Cfr., ancora in [Giustizia Insieme](#), 8-9-10 maggio 2019, i punti di vista rappresentati da L. TRUCCO, G. MARTINICO e V. SCIARABBA, nell’intervista curata da R.G. Conti su *La Carta UE in condominio fra Corte costituzionale e giudici comuni. Conflitto armato, coabitazione forzata o armonico menage?*. Infine, v. le precisazioni che sono in A. MORELLI, [Il principio personalista nell’era dei populismi](#), in questa [Rivista, Studi, 2019/II](#), spec. 364 ss., e, dello stesso, ora, *I diritti come ombrelli. Le implicazioni di una metafora*, in *Scritti per Roberto Bin*, cit., 729 s.; pure *ivi*, C. CARUSO, *L’interpretazione conforme alla Cedu e i “diritti a somma zero”*, 457 ss.; E. MALFATTI, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, relaz. al Seminario del Gruppo di Pisa su *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, cit.

³¹ ... secondo la mirabile definizione datane nell’art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

³² Così, con specifico riguardo alle decisioni della Consulta, nel mio *Note introduttive allo studio della motivazione delle decisioni della Corte costituzionale (ordini tematici e profili problematici)*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, 1 ss., spec. 23 s.

Allo studio della motivazione delle pronunzie della Consulta si è, da noi, con profitto dedicato, part., A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996. Si è, però, fatto di recente notare che “la coerenza, in quanto assunta come valore in sé, può sconfinare nell’ostinazione se si traduce in imperativo morale impermeabile al ripensamento” (P. CARNEVALE, [Incappare in... Cappato. Considerazioni di tecnica decisoria sull’ordinanza n. 207 del 2018 della Corte costituzionale](#), in questa [Rivista, Studi 2019/II](#), 369). Si può tuttavia replicare che il “ripensamento” in parola, laddove dovesse aversi malgrado sia rimasto nel frattempo immutato il quadro fattuale e normativo di partenza (la “situazione normativa”), verrebbe fatalmente considerato quale pura espressione di autoritarismo giudiziario, indebitamente discriminatorio nei riguardi di soggetti che versino nella medesima condizione.

³³ Così ancora A. PIZZORUSSO, *op. cit.*, 729. In tema, acuti rilievi sono in C. SALAZAR, *Ratio decidendi e obiter dicta nella più recente giurisprudenza costituzionale (1986-1992): due formule “antiche” (forse troppo) per un processo “nuovo” (ma non troppo)?*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 305 ss. e A. SAITTA, *op. ult. cit.*, 175 ss.

³⁴ Se n’è di recente animatamente discusso nel corso del Seminario su *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, cit. Adde, poi, ora, lo scambio dei punti di vista intercorso tra R. ROMBOLI, [Caro Antonio ti scrivo \(così mi distraigo un po’\)](#). [In dialogo con il Ruggeripensiero sul tema della “doppia pregiudizialità”](#), in questa [Rivista, 2019/III](#), 644 ss. e me, [Caro Roberto, provo a risponderti sulla “doppia pregiudizialità” \(così mi distraigo un po’ anch’io...\)](#), pure *ivi*, 678 ss.

³⁵ Hanno, tra i molti altri, fatto il punto sullo stato della discussione, di recente, R.G. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s’ha da fare o no?*, in [Giustizia Insieme](#), 4 marzo 2019; F. SALMONI, *Controlimiti, diritti con lo stesso nomen e ruolo accentrato della Consulta L’integrazione del parametro con le fonti*

soprattutto, da alcuni esponenti della magistratura³⁶, i quali ultimi in particolare hanno rilevato in alcune loro decisioni il carattere non vincolante del *decisum* proprio con il rilievo che, trattandosi di un *obiter*, non faceva precedente.

Di quest'avviso, tuttavia, non si è dichiarata la Consulta che – come si diceva –, pur facendo luogo a talune, significative messe a punto della indicazione data con la pronunzia suddetta, ha mostrato in buona sostanza di considerarla un riferimento imprescindibile per la futura giurisprudenza. Di qui, la conferma del ruolo “forte” dalla Consulta assegnato ai propri precedenti *visti nella loro “totalità”*; un ruolo che, nondimeno, è poi nei fatti sottoposto a verifica secondo i casi, tant'è che, come subito

europee di diritto derivato e il sindacato sulla “conformità” alla Costituzione e la mera “compatibilità” con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, in [Federalismi.it](#), 8/2019, 17 aprile 2019, e, della stessa, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e Costituzione*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano 2019, 388 ss.; G. VITALE, *I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale*, in [Federalismi.it](#), 10/2019, 22 maggio 2019; pure *ivi*, S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta ‘opportuna’ della Corte costituzionale*, e, dello stesso, ora, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in [Osservatorio costituzionale AIC](#), 4/2019, 2 luglio 2019; O. POLLICINO - G. REPETTO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 20 del 2019. A ciascuno il suo: ancora sui rapporti tra Carte e tra Corti*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 434 ss.; G. REPETTO, *Di assestamenti e poste in palio. Ancora sul concorso di rimedi giurisdizionali in materia di diritti fondamentali tra Costituzione e diritto dell'UE*, in *Giur. cost.*, 1/2019, 255 ss., e, dello stesso, *Il significato europeo della più recente giurisprudenza della Corte costituzionale sulla “doppia pregiudizialità” in materia di diritti fondamentali*, in [Rivista AIC](#), 4/2019, 25 ottobre 2019; N. LUPO, *Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema “a rete” di tutela dei diritti in Europa*, in [Federalismi.it](#), 13/2019, 10 giugno 2019; M. GALIMBERTI, *La quiete dopo la tempesta? I diritti fondamentali alla prova della doppia pregiudizialità nella recente giurisprudenza costituzionale*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2019, 1 luglio 2019; 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](#), 3/2019, 10 luglio 2019, 404 ss., spec. 428 ss.; A.M. NICO, *La costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia al banco di prova dei controlimiti*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2019, 16 luglio 2019; L. CAVALLARO, *Le carte e le corti. Note minime su alcune recenti pronunce della Corte di giustizia e della Corte costituzionale in materia di efficacia della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2/2019, spec. § 3; C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 2/2019, e, nella stessa *Rivista*, M. MASSA, *Dopo la «precisazione». Sviluppi di Corte cost. n. 269/2017*; G. TESAURO - P. DE PASQUALE, *Rapporti tra Corti e retroattività della lex mitior*, in [AISDUE](#), 1/2019, 6 maggio 2019, 27 ss., e, pure *ivi*, C. MORI, *La Corte costituzionale e la Carta dei diritti fondamentali dell'UE: dalla sentenza 269/2017 all'ordinanza 117/2019. Un rapporto in mutazione?*, 3 settembre 2019, 55 ss., spec. 70 ss.; D. TEGA, *Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso*, in *Quad. cost.*, 3/2019, 615 ss.; S. LEONE, *Il regime della doppia pregiudizialità alla luce della sentenza n. 20 del 2019 della Corte costituzionale*, in [Rivista AIC](#), 3/2019, 23 settembre 2019, 642 ss.; F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, cit.; V. SCIARABBA, [La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Corte costituzionale](#), in questa *Rivista*, [Studi 2019/III](#), 538 ss., spec. 551 ss. Particolare rilievo è, poi, da assegnare alla ricostruzione della vicenda avviata da [Corte cost. sent. n. 269 del 2017](#) che è in F. VIGANÒ, *La tutela dei diritti fondamentali della persona tra corti europee e giudici nazionali*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 487 ss. Infine, v. i contributi al Seminario del Gruppo di Pisa su *Il sindacato “accentrato” di costituzionalità*, cit.; C. PADULA, *Il ruolo della Corte costituzionale fra entropia e discrezionalità. Riflessioni sulla sent. n. 269/2017 e sui casi relativi alle elezioni politiche*, in *Scritti per Roberto Bin*, cit., 545 ss.; gli scritti di R. ROMBOLI e il mio, *citt. in nt. prec.*

³⁶ Pressoché coeva alla 269 è Corte giust., Prima Sez., 20 dicembre 2017, *Global Starnet*; v., inoltre, Grande Sez., 24 ottobre 2018, *XC, YB e ZA c. Austria*, e 22 gennaio 2019, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*. Quanto alla giurisprudenza interna, v., spec., Corte Cass., sez. lav., 10 gennaio 2019, *Canestri c. ICCREA Banca*, ric. 2553-2014, pp. 47-48; della stessa Cass., sez. lav., v., già, nn. 12108 e 13678 del 2018. È pur vero però – come segnala R. ROMBOLI, *ult. cit.*, 652 – che si danno altresì pronunzie dei giudici comuni favorevoli all'indirizzamento inaugurato dalla 269. Sta di fatto, tuttavia, che fanno complessivamente difetto proprio quei casi di congiunta denuncia di violazione della Carta dell'Unione (e/o fonte ad essa “connessa”) e della Costituzione che sono stati prefigurati dalla decisione suddetta; la qual cosa, a parer mio, alimenta il sospetto che possa farsi non di rado ricorso a tecniche interpretative forzate pur di non far luogo alla prospettazione di questioni di “costituzionalità-eurounitarietà”. Questa eventualità, ad ogni buon conto, potrebbe essere, se non del tutto scongiurata, in rilevante misura arginata grazie al riconoscimento in modo esplicito fatto da [Corte cost. sentt. n. 20 e 63 del 2019](#) al giudice della facoltà di esercitare nell'ordine temporale ritenuto opportuno le due pregiudizialità, per quanto il riconoscimento stesso si esponga al piano teorico ad alcuni rilievi critici, specie laddove il giudice dovesse nell'atto introduttivo del giudizio di costituzionalità prendere atto che la norma eurounitaria sospetta di essere violata presenti carattere *self executing*.

si dirà, laddove il giudice delle leggi reputi di doversi allontanare da precedenti orientamenti e non riuscendo altrimenti a raggiungere lo scopo, si trova obbligato ad immolare sull'altare del fine il mezzo processuale di volta in volta in rilievo.

4. *Gli scostamenti, viepiù frequenti e marcati, per mano del giudice (in ispecie, di quello costituzionale) dai canoni che presiedono all'esercizio delle sue funzioni, la conseguente, esasperata "politicizzazione" dell'esercizio delle funzioni stesse, i casi di manipolazione del diritto politico da parte del diritto giurisprudenziale, nonché di manipolazione interna a quest'ultimo (che alle volte si risolve nel ripristino del vigore di un diritto politico dapprima alterato)*

Vengono in tal modo a prendere forma quegli scostamenti dai canoni processuali, di cui si faceva poc'anzi parola³⁷: la testimonianza davvero più eloquente della tendenza a far emergere con prepotenza l'"anima" politica su quella giurisdizionale della Corte³⁸ e, allo stesso tempo – per ciò che specificamente importa –, a dar modo al diritto giurisprudenziale di affermarsi a discapito del diritto politico, fino al punto di soffocarlo e svuotarlo di pratico senso, pur laddove – si faccia caso – gli atti che ne sono espressione siano mandati assolti dal sindacato di costituzionalità³⁹.

³⁷ Tra gli studiosi che hanno più volte e con dovizia di argomenti denunciato i rischi legati a questa esperienza che ricorre con crescente frequenza, v., part., R. ROMBOLI, *Il diritto 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, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, 2995 ss.; *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quad. cost.*, 3/2015, 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"*, a cura dello stesso Romboli, Giappichelli, Torino 2017, 10 ss. Con specifico riguardo all'uso alquanto disinvolto fattosi della rilevanza (specie ad opera della giurisprudenza in materia elettorale), v., tra gli altri, G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017; A. VUOLO, *La legge elettorale. Decisione politica, controlli, produzione giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, spec. 127 ss.; G. D'AMICO, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 67 ss.; S. LIETO, *Giudizio costituzionale incidentale. Adattamenti, contaminazioni, trasformazioni*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 131 ss. e 151 ss., nonché, ora, A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Rivista AIC*, 4/2019, 26 novembre 2019, 161 ss., e, con notazioni di ordine generale, G. REPETTO, *La giustizia resa dalla giustizia costituzionale*, Intervento al Convegno su *Sofferenze e insofferenze della giustizia costituzionale*, Torino 17-18 ottobre 2019, in *paper*. Infine, i contributi alla terza sessione dei nostri lavori su *Il diritto processuale giurisprudenziale*, introdotti e coordinati da P. COSTANZO, che si è, tra l'altro, soffermato con opportuni rilievi sui non pochi casi d'integrazione dei canoni, costituzionali e legislativi, ad opera dei giudici (in ispecie di quelli costituzionali), concludendo nel senso che la manipolazione del processo da parte della Consulta si deve al bisogno da quest'ultima avvertito di "darsi nuovo smalto" (v., poi, gli interventi di G. BATTAGLIA, *Il diritto giurisprudenziale quale fattore di "permeabilità" dei processi materialmente costituzionali delle libertà: la partecipazione al contraddittorio costituzionale e convenzionale di soggetti diversi dalle parti nel dialogo tra le Corti*, e L. MADAU, *Il diritto processuale costituzionale giurisprudenziale. Recenti tendenze*).

³⁸ Questo trend è rilevato, con non celata preoccupazione, da una nutrita schiera di studiosi (tra gli altri, C. DRIGO, *Giustizia costituzionale e political question doctrine. Paradigma statunitense e spunti comparatistici*, Bononia University Press, Bologna 2012; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017; AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte*, cit.; G. BISOGNI, *La "politicità" del giudizio sulle leggi. Tra le origini costituenti e il dibattito giusteorico contemporaneo*, Giappichelli, Torino 2017; M. RAVERAIRA, *Il giudizio sulle leggi: la Corte costituzionale sempre più in bilico tra giurisdizione e politica*, in *Lo Stato*, 11/2018, 123 ss.; A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 251 ss. (e, su quest'ultimo, lo scritto di R. BIN, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, cit.). Infine, in prospettiva comparata, per tutti, AA.VV., *Giustizia e Costituzione agli albori del XXI secolo*, a cura di L. Mezzetti - E. Ferioli, Bonomo, Bologna 2018).

Sul *mix* di giurisdizione e politica che connota la struttura stessa e il quotidiano operare della Corte, v., di recente, A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, cit., 154 ss.

³⁹ Quest'esito è, peraltro, agevolato dal fatto che tra i parametri costituzionali dei quali è denunciata la violazione non ricorre abitualmente il principio della separazione dei poteri (quanto meno, non si ha nei giudizi sulle leggi).

Ancora una volta, dell'esperienza ora in esame si ha riscontro tanto nei casi in cui al superamento dei canoni processuali consegue l'annullamento (con o senza manipolazioni) dell'atto sottoposto a giudizio quanto in quelli in cui esso sia invece mandato assolto, vuoi per la ragione che la situazione di fatto (in ispecie una emergenza da fronteggiare) obbliga a quest'esito e vuoi ancora (e non di rado) perché alla mancata caducazione dell'atto si accompagna la sua sostanziale riscrittura per via d'interpretazione.

Non mi stancherò di ripetere un concetto che mi sta molto a cuore mettere in chiaro, e cioè che le manipolazioni maggiormente incisive e rilevanti sono non poche volte proprio quelle che non portano alla invalidazione dell'atto, in quanto per ragioni varie non invalidabile⁴⁰, prendendo forma attraverso il suo sostanziale rifacimento per via d'interpretazione. Un'esperienza, questa, all'apparenza di formale deferenza da parte del diritto giurisprudenziale nei riguardi del diritto politico, nella sostanza invece di subdolo svuotamento dello stesso, piegato alle complessive esigenze del caso.

È interessante notare che talora la manipolazione dell'atto ovvero della sua sostanza normativa è frutto di una "catena" di pronunzie giurisprudenziali concorrenti a quest'esito, specie laddove ad una prima pronunzia di principio di un giudice facciano seguito altre in funzione – come si diceva – "attuativa" della stessa, con le quali cioè prenda forma la produzione delle regole adeguate ai singoli casi⁴¹; altre volte, invece, si assiste a manipolazioni interne al diritto giurisprudenziale, che potrebbero anche portare al surrettizio ripristino di un diritto politico dapprima sostanzialmente rifatto. La qual cosa, poi, è di particolare rilievo laddove investa lo stesso dettato costituzionale.

Due soli esempi, al riguardo, tra i molti che potrebbero essere adottati a testimonianza di queste vicende.

Si pensi, dunque, alla manipolazione patita per mano del giudice remittente da [Corte cost. sent. n. 170 del 2014](#), in relazione alla condizione del coniuge transessuale. La parte motiva della decisione suddetta stabiliva infatti in modo inequivocabile la impossibilità del mantenimento dello *status* coniugale, pur ammonendo il legislatore a far luogo ad un sollecito intervento volto a dare appagamento alle aspettative degli ormai *ex* coniugi, a motivo del "pregresso vissuto" dalla coppia. Di contro, il giudice remittente dava "seguito" alla decisione stessa con una doppia e contemporanea manipolazione che portava all'effetto della "invenzione" di un istituto che non aveva (e non ha) possibilità di affermarsi, il *matrimonio a tempo*⁴²: a danno della previsione legislativa relativa all'immediata cessazione del vincolo matrimoniale conseguente alla trascrizione dell'avvenuto mutamento del sesso ed a danno della decisione della Consulta.

Il secondo esempio è dato dalla discussa vicenda della *Robin tax*, fatta oggetto di una singolare pronunzia della Consulta, la 10 del 2015, forse proprio quella maggiormente emblematica, unitamente alle decisioni in materia elettorale ed a quelle adottate in *Cappato*, di quello scostamento del giudice costituzionale dai canoni processuali cui si è fatto sopra cenno. Ebbene, com'è stato da molti fatto notare, qui il diritto giurisprudenziale venuto a formazione presso la Consulta ha addirittura portato

⁴⁰ ... ad es., in presenza del limite, pure concettualmente evanescente e come tale suscettibile di assai varie applicazioni, del rispetto della discrezionalità del legislatore (messo tuttavia, ancora da ultimo, risolutamente da canto da [Corte cost. sent. n. 242 del 2019](#) su *Cappato*) ovvero, come si diceva, perché il contesto in cui la questione s'inscrive non lo consente [sul limite in parola, riferimenti possono ora aversi A. GIUBILEI, *I confini mobili della funzione di garanzia costituzionale: l'incidenza del fattore temporale sulla scelta della tecnica decisoria nelle più recenti pronunce del giudice delle leggi*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 3/2019, 25 novembre 2019, 91 ss., e A. SPADARO, *I limiti "strutturali" del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, cit., spec. 154 ss.; il superamento del limite stesso nella pronunzia su *Cappato* è criticamente rilevato nella mia nota dal titolo *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia Insieme*, 27 novembre 2019; giudica "audace" l'aggiunta normativa operata dalla 242 anche una sensibile dottrina che, nondimeno, ad essa guarda con favore: P. VERONESI, *"Ogni promessa è debito": la sentenza costituzionale sul "caso Cappato"*, in *Giustizia Insieme*, 11 dicembre 2019, § 4 ss.].

⁴¹ In circostanze siffatte all'effetto dei singoli atti costitutivi della "catena" si aggiunge, sovrastandoli, l'effetto unitario della "catena" stessa che tutti in sé li riassume e comprende, dandovi pratico senso.

⁴² ... un tempo, peraltro, incerto sia nell'*an* che nel *quando*, dipendendo esclusivamente dal legislatore la disciplina della condizione della coppia in parola; ciò che – come si sa – si è avuto solo nel 2016.

al risoluto ed inopinato accantonamento del meccanismo di base della incidentalità, essendo stata sollecitata l'autorità remittente a fare ugualmente applicazione nel giudizio principale della norma di legge pur dichiarata costituzionalmente illegittima; ciò che, però, ha determinato la ferma reazione dell'autorità stessa, rifiutatasi di dar seguito a siffatta indicazione-*monstre*. Il vigore del canone vilipeso dalla Corte è stato così ripristinato dal giudice remittente⁴³.

Queste note vicende, qui richiamate unicamente per quanto è di specifico interesse ai fini dello studio che si va ora facendo, insegnano molte cose. Rendono conferma della insofferenza sempre più di frequente dimostrata dalla Corte nei riguardi delle regole che presiedono all'esercizio delle sue funzioni e, allo stesso tempo, della sfiducia circa la possibilità che le regole stesse siano rese dal legislatore maggiormente flessibili ed adattate ad un contesto in cui, per l'una o per l'altra ragione, non è opportuno che se ne abbia la rigorosa osservanza. Rendono altresì conferma che il mancato intervento del legislatore spiana la via a dinamiche interne al mondo della giurisdizione aperte ad ogni possibile esito, nel segno della reciproca cooperazione e del rispetto della tipicità dei ruoli come pure però in quello della divergenza degli orientamenti e persino dell'aperto conflitto. Rendono soprattutto conferma della vitalità di un diritto giurisprudenziale a fronte di un diritto politico che si presenta sempre più spento, indolente, rassegnato davanti alla intraprendenza del primo. Il punto è però che, proprio per ciò, il diritto giurisprudenziale sempre di più si allontana, alle volte frontalmente contrastandolo, dal modello per esso delineato nella Carta, andando quindi soggetto ad un'autentica *mutazione genetica* nel segno della sua complessiva, corposa "politicizzazione"⁴⁴.

È infatti evidente che, specie laddove si assiste alla messa da canto dei canoni che danno il volto del giudice e ne marcano i lineamenti, viene per ciò solo meno il principio della esclusiva soggezione del giudice alla legge, nel suo fare tutt'uno con il principio della separazione dei poteri; ed è chiaro che al fine di poter essere centrato l'obiettivo avuto di mira occorre dar fondo a tutte le risorse argomentative di cui l'operatore dispone, facendosene un uso ora più ed ora meno raffinato e persuasivo. Le innovazioni maggiormente incisive – come si è veduto – sono, infatti, proprio quelle che determinano sostanziali manipolazioni dei parametri costituzionali, seppur abilmente mascherate da un utilizzo sapiente dell'argomentazione giuridica.

5. La comparazione giuridica e l'interpretazione conforme: due tecniche argomentativo-decisorie multiuso, nel quadro della relazione complessa tra diritto giurisprudenziale e diritto politico

In questo quadro, il ricorso, viepiù frequente, alla comparazione giuridica⁴⁵ è, per la sua parte, rivelatore dell'intento del giudice di colmare strutturali carenze dei testi di legge e persino – come si è veduto – della stessa Costituzione attingendo appunto ad esperienze altrove affermatesi.

Sia chiaro. Non sempre le cose stanno così come sono qui, con eccessiva semplificazione, rappresentate.

La comparazione, insomma, non è sempre un indice eloquente della emersione dell'"anima" politica a discapito di quella giurisdizionale del giudice in genere e costituzionale in specie: al pari

⁴³ Sulla vicenda (e, in generale, sulle "disobbedienze" dei giudici nei riguardi dei verdetti della Consulta), v., di recente, G. BERGONZINI, *Corte costituzionale e giudici disobbedienti: patologia, fisiologia ed effettività del sistema di giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 3 giugno 2019, 383 ss., e, ora, F. SPAGNOLI, *Manipolazione degli effetti temporali delle sentenze e creatività giurisprudenziale: la sentenza n. 10/2015 della Corte costituzionale e i suoi "modelli" stranieri*, intervento ai lavori della quinta sessione della nostra Giornata, dedicata a *Diritto giurisprudenziale e comparazione giuridica*, introdotti e coordinati da V. BARSOTTI.

⁴⁴ Condivido, dunque, il severo appunto critico mosso da M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, cit., specificamente laddove (365) rileva che "il legislatore pavido e neghittoso non deve fare il giudice temerario e onnipotente"; non condivido, invece, come si è venuti dicendo, che si escluda *sempre ed in ogni caso* la giurisprudenza dal novero delle fonti del diritto.

⁴⁵ ... fatta oggetto di studio nel corso della quinta sessione della nostra Giornata su *Diritto giurisprudenziale e comparazione giuridica*.

di ogni tecnica decisoria, è infatti un'arma multiuso; si tratta, dunque, di vedere di volta in volta quale utilizzo se ne fa ed a quale fine esso è piegato⁴⁶.

Una delle sue più interessanti (a finalità teorico-ricostruttiva) espressioni è quella che si ha quando si fa ricorso alla comparazione in sede d'interpretazione conforme, tanto se indirizzata verso fonti aventi origine esterna (internazionali ed eurounitarie) quanto se orientata verso la Costituzione (o fonti interne interposte)⁴⁷. All'interpretazione teleologicamente orientata si fa, infatti, non di rado ricorso al fine di colmare strutturali carenze del diritto politico; e l'ispirazione da modelli adottati presso altri ordinamenti può rivelarsi al riguardo preziosa. Non poche volte, poi, l'una specie d'interpretazione orientata viene in soccorso dell'altra ovvero racchiude già in sé, pur non esibendoli alla luce del sole, i frutti della comparazione.

Si pensi ad es. alle c.d. tradizioni costituzionali comuni che si pongono – com'è noto – quale il prodotto di una originale selezione ed elaborazione ad opera della Corte di giustizia dei materiali attinti dagli ordinamenti nazionali⁴⁸; per ciò solo, per un verso, evocano in campo la comparazione e,

⁴⁶ Non si dimentichi, peraltro, che in alcuni ordinamenti, quale quello sudafricano, del metodo comparativo si fa espressa menzione in Costituzione (riferimenti nella introduzione di V. BARSOTTI, cit.).

⁴⁷ La tecnica in parola ha attratto – come si sa – l'attenzione di molti studiosi che ad essa si sono dedicati anche con contributi di respiro monografico [solo per una prima indicazione, tra gli scritti di recente apparsi, v., almeno, G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in questa *Rivista, Studi 2016/II*, 293 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 391 ss.; AA.VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, Giuffrè, Milano 2017, spec. i contributi di cui alla parte II; G. REPETTO, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, cit., 99 ss.; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell'evoluzione del processo costituzionale*, cit., 37 ss.; M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve "fare da sé"*, in *Questione Giustizia*, 22 ottobre 2018, e, dello stesso, ora, *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, relaz al Seminario del Gruppo di Pisa su *Il sistema "accentrato" di costituzionalità*, cit., e, pure ivi, l'intervento di A.I. ARENA, *Interpretazione e giudizio accentrato di costituzionalità. Una ricostruzione (Appunti minimi)*, entrambi in *Rivista del Gruppo di Pisa*; G. PARODI, *L'interpretazione conforme a Costituzione. Profili di comparazione*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. 2019, 555 ss. Con specifico riguardo all'interpretazione orientata a CEDU, v., poi, P. ROSSI, *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?*, in *Osservatorio sulle fonti*, 1/2018; C. CARUSO, *Il "posto" della interpretazione conforme alla Cedu*, in *Giur. cost.*, 4/2018, 1985 ss., e, dello stesso, ora, *L'interpretazione conforme alla Cedu e i "diritti a somma zero"*, 457 ss.; R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu* cit., 624 ss.; L. CASSETTI, *La "manipolazione" dell'efficacia delle sentenze della Corte EDU: misure riparatorie generali e sentenze pilota per andare oltre la "giustizia del caso singolo"*, in AA.VV., *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, a cura di R. Romboli e mia, Giappichelli - Tirant lo Blanch, Torino - Valencia 2019, 83 ss., spec. 99 ss.; V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, cit., spec. al cap. IV, e, dello stesso, *L'"interpretazione conforme" tra Costituzione e CEDU: cenni ricostruttivi e spunti di riflessione*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 14 maggio 2019. Infine, quanto all'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, v., almeno, G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012; AA.VV., *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Jovene, Napoli 2015; V. PICCONE, in più scritti, tra i quali, *A prima lettura della sentenza della Corte di Cassazione n. 4223 del 21 febbraio 2018. L'interpretazione conforme come strumento di "sutura" post Corte costituzionale n. 269/2017*, in *Diritti Comparati*, 16 marzo 2018, 298 ss.].

⁴⁸ Riferimenti in O. POLLICINO, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il moto "ascendente", ovvero l'incidenza delle "tradizioni costituzionali comuni" nella tutela apprestata ai diritti dalla Corte dell'Unione*, in AA.VV., *Crisi dello Stato nazionale, dialogo intergiurisdizionale, tutela dei diritti fondamentali*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2015, 93 ss., e *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in AA.VV., *La Carta dei diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'Andrea - G. Moschella - A. Ruggeri - A. Saitta, Giappichelli, Torino 2016, 91 ss.; L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Un'analisi delle strategie argomentative e delle tecniche decisorie a Lussemburgo*, Giappichelli, Torino 2013; N. LAZZERINI, *sub art. 52*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Mastroianni - O. Pollicino - S. Allegrezza - F. Pappalardo - O. Razzolini, Giuffrè, Milano 2017, 1073 ss.; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 3/2017, 16 luglio 2017, 4 ss., nonché i contributi di S. CASSESE, M. GRAZIADEI - R. DE CARIA, M.E. COMBA e O. PORCHIA che sono in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4/2017; G. COMAZZETTO, *Luci e ombre del dialogo tra Corti: la "saga Taricco" tra revirements e questioni irrisolte*, in questa *Rivista, Studi 2018/II*,

per un altro verso, mettono in reciproco collegamento l'interpretazione conforme al diritto eurounitario e quella conforme a Costituzione.

Quel che è certo è che l'avanzata del processo d'integrazione sovranazionale e l'infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale, unitamente ad alcuni fattori di contesto (tra i quali particolare rilievo è da assegnare alla recrudescenza di plurime e concorrenti emergenze, da quella terroristica a quella economica, ambientale, migratoria, ecc.), concorrono ad un duplice esito: il ravvicinamento sempre più marcato (e rilevato con varietà di toni in una nutrita letteratura) tra *civil* e *common law*, al quale un non secondario concorso è appunto venuto (e viene) dall'uso viepiù intenso della comparazione, e la diffusione ed emersione, alle volte in forme fin troppo vistose e persino esasperate, del diritto giurisprudenziale a discapito del diritto politico.

Si tratta – com'è chiaro – di due cose tra di loro strettamente collegate e, a conti fatti, inscindibili, che per la loro parte testimoniano la tendenza del diritto eurounitario e dello stesso diritto internazionale alla loro “costituzionalizzazione” e del diritto costituzionale (e, in generale, interno) alla “internazionalizzazione” ed “europeizzazione”.

In questo quadro, qui molto approssimativamente abbozzato, la comparazione si propone con centralità di posto. La crisi dello Stato nazionale si rispecchia anche nella crisi della interpretazione “chiusa” all'interno di un ordinamento dato e nel bisogno, perciò, del ricorso a metodi di lettura degli enunciati – in specie di quelli materialmente costituzionali, contenuti nelle Carte dei diritti, tra le quali principalmente la CEDU e la Carta di Nizza-Strasburgo⁴⁹ – “aperti” e reciprocamente integrati.

Più volte ho fatto richiamo, nelle mie riflessioni dedicate ai rapporti interordinamentali, di una ispirata indicazione contenuta in [Corte cost. sent. n. 388 del 1999](#), nella quale è fatto obbligo ai giudici

347 ss.; G. DI FEDERICO, *La “saga Taricco”: il funzionalismo alla prova dei controlimiti (e viceversa)*, in [Federalismi.it](#), 11/2018, 23 maggio 2018; P. DE PASQUALE, *Rapporti tra le fonti di diritto dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec., maggio 2019, 200 ss.; S. NINATTI, *Dalle tradizioni costituzionali comuni all'identità costituzionale il passo è breve? Riflessioni introduttive*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 11 novembre 2019, 31/2018, 102 ss.; M. FICHERA - O. POLLICINO, *The Dialectics Between Constitutional Identity and Common Constitutional Traditions: Which Language for Cooperative Constitutionalism in Europe?*, in *German Law Journal*, 20(8), 2 dicembre 2019, 1097 ss.

⁴⁹ Ampiamente rilevata in dottrina la proprietà in parola delle Carte diverse dalla Costituzione, come pure (e specularmente) il carattere materialmente costituzionale delle Corti che ne sono garanti, ma non fanno difetto le voci di dissenso rispetto a quest'orientamento, anche ad opera di accreditati studiosi [v., dunque, nel primo senso, tra gli altri, O. POLLICINO, in più scritti, tra i quali *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010; O. POLLICINO - V. SCIARABBA, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti - V. Piccone, Aracne, Roma 2010, 125 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; altri riferimenti in A. GUAZZAROTTI, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss., del quale v., inoltre, pure *ivi*, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'Unione sempre più stretta*, 1/2016, 381 ss.; AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, a cura di C. Padula, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; G. REPETTO, *Tra procedura e legittimazione politica. Il (fragile) momento costituzionale della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *La Corte di Strasburgo*, a cura di F. Buffa e M.G. Civinini, in [Questione Giustizia](#), spec., aprile 2019. Fanno, da ultimo, il punto sulla questione A. BERNARDI, *La sovranità penale tra Stato e Consiglio d'Europa*, Jovene, Napoli 2019, e E. MALFATTI, *La CEDU come parametro, tra Corte costituzionale e giudici comuni*, relaz. al Seminario del Gruppo di Pisa su *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, Pisa 25 ottobre 2019, in [Rivista del Gruppo di Pisa](#), che discorre di un'“anima” costituzionale della Corte EDU. Quanto, poi, specificamente alla Corte dell'Unione, risolutamente contrari al suo accostamento alla Corte costituzionale si sono, tra gli altri, dichiarati M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in [Osservatorio sulle fonti](#), 1/2017, 21 aprile 2017, spec. l'ult. par., e G. MARRA - M. VIOLA, *La doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali. Riflessioni in merito all'ordinanza della Corte costituzionale del 10 maggio 2019, n. 117*, in *Dir. pen. cont.*, 8-9/2019, spec. 154 ss., nonché in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 12 luglio 2019].

ed agli operatori in genere di intendere e far valere la Costituzione e le altre Carte dei diritti *integrando reciprocamente nella interpretazione*⁵⁰.

In questa cornice metodico-teorica, non ha alcun senso, a mio modo di vedere, seguitare stancamente a proporre schemi che ci consegnano immagini piramidali dei rapporti tra gli ordinamenti e, dunque, tra le loro fonti, a partire da quelle di vertice. Non ha infatti senso – a me pare – prefigurare una subordinazione gerarchica della Carta dell’Unione alla Costituzione, sia pure limitata ai soli principi fondamentali di questa, e, più ancora, della CEDU (e, a quanto pare, di ogni altra Carta internazionale⁵¹) all’intera Costituzione, assumendo che essa abbia rango “subcostituzionale”. La qual cosa fa a pugno, per un verso, con la natura “tipicamente costituzionale” riconosciuta espressamente a beneficio della Carta dell’Unione dalla già richiamata [sent. n. 269 del 2017](#), una natura che, per la materia trattata e per il modo della sua trattazione, è chiaramente da considerare comune altresì alla CEDU e ad ogni altra Carta⁵².

Se, poi, si tiene fermo il mutuo integrarsi nei fatti interpretativi di tutti tali documenti materialmente costituzionali, se ne ha l’impossibilità di tenere distinte le interpretazioni dei testi di legge ad essi orientate. L’interpretazione conforme, insomma, come vado da tempo dicendo, o è *circolarmente conforme* oppure semplicemente non è.

6. La struttura internamente articolata e composita dell’identità costituzionale sia dello Stato che dell’Unione europea, il mutuo sostegno che le giurisprudenze sono chiamate a darsi in ordine alla messa a punto dell’identità stessa, il conseguente rinvigorimento del diritto giurisprudenziale rispetto al diritto politico

Si tocca qui uno dei nervi scoperti della riflessione teorica di maggior significato al piano delle relazioni interordinamentali, specificamente laddove ne sia riguardata la stessa identità costituzionale sia dello Stato che degli ordinamenti con i quali questi entra in rapporto, a partire dall’Unione.

Non posso qui nuovamente riprendere un punto che ho altrove toccato. Mi limito solo a richiamare l’esito teorico-ricostruttivo raggiunto da precedenti indagini⁵³; ed è che, per effetto del principio fondamentale di apertura dell’ordinamento statale al diritto internazionale ed al diritto sovranazionale, come pure di questi a quello, nella struttura dei principi costitutivi dell’identità di ciascun ordinamento s’immettono materiali normativi e giurisprudenziali provenienti *ab extra*.

⁵⁰ Ancora oggi, tuttavia, questo programma e metodo d’azione tarda a concretarsi (o, per dir meglio, se ne hanno riduttive e persino asfittiche realizzazioni). Quand’anche, infatti, siano portate alla cognizione della Corte questioni “complesse”, nelle quali cioè si denuncia la congiunta violazione di norme della Costituzione e di altre Carte, marcata è la tendenza del giudice delle leggi a proiettare in primo piano le prime e, il più delle volte, dunque a risolverle sulla base dei soli parametri interni, facendo quindi luogo alla tecnica dell’assorbimento dei vizi per ciò che concerne la lesione dei restanti. Della qual cosa si è, ancora di recente, avuto riscontro nella [sent. n. 242 del 2019](#) con cui è stato chiuso il caso *Cappato* [ho deplorato questo modo di (*non*) utilizzo delle Carte nel mio *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, cit.].

⁵¹ Non si vede, infatti, la ragione di un eventuale trattamento discriminatorio riservato a tali Carte (segnatamente a beneficio della Convenzione ed a discapito delle altre), oltre che per la ragione subito indicata nel testo a riguardo della medesima natura e struttura posseduta da tutti tali documenti normativi, per il fatto che essi comunque si dispongono sotto la “copertura” dell’art. 117, I c., e, più ancora, a mio modo di vedere, degli artt. 2 e 3, nel loro fare “sistema” con i restanti enunciati espressivi di principi fondamentali a garanzia dei diritti.

⁵² È sufficiente, dunque, addurre già solo questo dato, del quale prende atto la stessa giurisprudenza costituzionale, a sostegno della tesi della natura “plurale” dei documenti costituzionali (e, per ciò stesso, della loro parità), nella quale da tempo mi riconosco e che è però fatta di sovente oggetto di critica da parte di più di un autore, anche assai attento e scrupoloso (come, da ultimo, O. CHESSA, *Alcune osservazioni critiche al «pluralismo costituzionale» di Antonio Ruggeri*, in [Forum di Quaderni Costituzionali](#), 11 ottobre 2019).

⁵³ ... tra le quali quelle che sono nei miei *Rapporti interordinamentali e conflitti tra identità costituzionali (traendo spunto dal caso Taricco)*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 2 ottobre 2017, e *In tema di controlimiti, identità costituzionale, dialogo tra le Corti (traendo spunto da un libro recente)*, in *Lo Stato*, 10/2018, 549 ss.

Ora, poiché i documenti maggiormente espressivi dell'identità in parola sono le Carte dei diritti e queste – come si è rammentato – richiedono di alimentarsi in modo incessante semanticamente a vicenda, se ne ha che alla messa a punto dei principi suddetti danno il loro concorso tutte le Corti che delle Carte stesse sono istituzionalmente garanti e, in genere, quanti concorrono alla formazione ed all'incessante rinnovamento del patrimonio culturale di ciascun ordinamento.

Si pensi solo a ciò che dispone l'art. 4.2 TUE: un disposto fatto oggetto – come si sa – di plurimi punti di vista, anche sensibilmente divergenti⁵⁴. Sta di fatto che, laddove la Corte di giustizia dovesse essere chiamata a pronunciarsi sul rispetto del disposto in parola da parte di un atto dell'Unione, non potrebbe che prestare attenzione a come il principio evocato in campo dal caso è inteso e fatto valere nell'ordinamento di appartenenza, specie (ma – si badi – non solo) ad opera del giudice costituzionale, il più accreditato interprete dei principi di struttura dell'ordinamento interno, principi tra i quali v'è anche quello dell'apertura al diritto avente origine esterna. Allo stesso tempo, però, il principio di cui all'art. 4.2 fa “sistema” con i principi eurounitari restanti, alla cui composizione concorrono altresì le tradizioni costituzionali comuni. Insomma, si dà un flusso ininterrotto di mutuo dare-avere tra gli ordinamenti, del quale il maggior riscontro si ha proprio al piano apicale degli ordinamenti stessi, quello in cui si situano ed operano i loro principi di base. La qual cosa conferma *per tabulas* il carattere aperto e dinamico della identità costituzionale di ciascun ordinamento (di quello statale come pure di quello dell'Unione) che è nel suo incessante rinnovarsi e rigenerarsi, anche alla luce degli apporti venuti *ab extra*.

Il punto è di cruciale rilievo; e dimostra che, al di là degli effetti imputabili alle pronunzie di questa o quella Corte e dei vincoli che possono aversene a carico di altre Corti, v'è un “sommerso” praticamente inesplorabile (o, comunque, assai difficile da portare, sia pure in parte, alla luce), costituito da forme varie d'incidenza culturale che si hanno lungo i canali che collegano l'uno agli altri ordinamenti.

I rapporti tra le Corti – come sappiamo – possono essere di mutuo sostegno ed alimento come pure di scontro, alle volte anche assai aspro. Quel che, nondimeno, è certo è che, per il solo fatto di esservi e di comporre una rete sempre più estesa e fatta a maglie molto fitte, se ne ha il costante rinvigorismento del diritto giurisprudenziale rispetto al diritto politico.

⁵⁴ Variamente, tra gli altri, F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, Torino 2012; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 1/2012, 263 ss. e, della stessa, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino 2013; V. CAPUOZZO, *Il rinvio pregiudiziale nel binomio omogeneità europea e identità nazionali: recenti tendenze nella giurisprudenza e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. soc.*, 1/2016, 85 ss.; G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, e, dello stesso, ora, *Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti interordinamentali*, in *Quad. cost.*, 2/2019, 333 ss.; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; AA.VV., *Primato del diritto dell'Unione europea e controlimiti alla prova della “saga Taricco”*, a cura di C. Amalfitano, Giuffrè, Milano 2018; G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 3/2018, 781 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*, Giappichelli, Torino 2018, 859 ss.; A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall'integrazione europea*, in Federalismi.it, 20/2018, 24 ottobre 2018, spec. §§ 5 e 6; F.-X. MILLET, *Plaidier l'identité constitutionnelle de l'État devant la Cour de justice*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 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 *It. Journ. Publ. Law*, 2/2018, 205 ss.; A. ALPINI, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, ESI, 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*, Relaz. al Convegno del “Gruppo di Torino” su *La Constitución como pacto*, Valencia, 23 marzo 2019, in *Rev. gen. der. cost.*, 29/2019; F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e Costituzione*, cit., 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](http://RivistaAIC), 2/2019, 9 giugno 2019.

Le cause della perdita di peso di quest'ultimo – come qui pure si è fatto notare, sia pure solo per alcuni aspetti – sono molteplici e non possono essere ora nuovamente indagate. Al fondo, con specifico riferimento alla forma di diritto politico per antonomasia, quello legislativo, si hanno talune acclamate e vistose carenze della rappresentanza politica⁵⁵ e intollerabili ritardi nel venire incontro ad aspettative largamente ed intensamente avvertite in seno alla comunità governata, specie con riguardo ai nuovi diritti, molti dei quali lasciati sguarniti di tutela ovvero dotati di una tutela palesemente inappagante.

Tocca, dunque, ai giudici far luogo a quel ruolo di “supplenza” su cui sono stati versati fiumi d'inchiostro⁵⁶ che, tra gli altri effetti negativi, comporta quello di far luogo ad un *vulnus* grave, seppur alle volte non sempre immediatamente visibile, al principio della separazione dei poteri e, *per ciò stesso*, ai diritti fondamentali la cui salvaguardia necessita il mantenimento del principio stesso.

7. La tipizzazione dei ruoli istituzionali, secondo modello, le torsioni registratesi nell'esperienza, il bisogno di tener ferma la esclusiva soggezione del giudice alla legge pur nella varia intensità dei vincoli da questa discendenti a carico di quello

⁵⁵ Se ne discorre – come si sa – da tempo e con varietà di prospettive e di orientamenti [tra i molti altri e di recente, v. AA.VV., *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, a cura di P. Bilancia, Giappichelli, Torino 2018; A. MORELLI, *Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica*, in *Dir. cost.*, 1/2018, 95 ss., e, dello stesso, *amplius*, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; P. PINNA, *Il popolo rappresentato*, Giappichelli, Torino 2018; F. GIRELLI, *Il mandato parlamentare e lo spazio della sua “libertà”*. *Per una lettura combinata degli artt. 67 e 68 della Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *Rivista AIC*, 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss., spec. 423 ss., e, dello stesso, *Pluralismo e Limite (al potere e per l'altro): declinazioni della Costituzione come modo di guardare al mondo*, in questa *Rivista*, *Studi 2019/III*, 481 ss.; G. MARTINICO, *Fra mimetismo e parassitismo. Brevi considerazioni a proposito del complesso rapporto fra populismo e costituzionalismo*, in *Quest. giust.*, 1/2019, 71 ss., e, dello stesso, ora, *Il diritto costituzionale come speranza. Secessione, democrazia e populismo alla luce della Reference Re Secession of Quebec*, Giappichelli, Torino 2019, spec. 113 ss.; G. MOSCHELLA, *Crisi della rappresentanza politica e deriva populista*, in questa *Rivista*, *Studi 2019/II*, 249 ss. e, dello stesso, *L'incerta prospettiva della democrazia rappresentativa tra crisi della sovranità dello Stato e tendenze populistiche*, in *Federalismi.it*, 12/2019, 19 giugno 2019; F. VECCHIO, *Lo Stato costituzionale in pericolo: crisi della rappresentanza e istituzioni giudiziarie sotto attacco*, in AA.VV., *La sovranità in Europa*, a cura di M. Blancato e G. don Di Rosa, Quad. di Notabilis, giugno 2019, 33 ss.; T. FENUCCI, *Riflessioni sul populismo*, in *Federalismi.it*, 14/2019, 17 luglio 2019; C. FUSARO, *L'ascesa del populismo in Europa. Italia, la terra promessa*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 agosto 2019; F. BILANCIA, *Democrazia, interessi economici e Costituzione*, in AA.VV., *Il mostro effimero. Democrazia, economia e corpi intermedi*, a cura di F. Bassanini - F. Cerniglia - F. Pizzolato - A. Quadrio Curzio - L. Vandelli, Il Mulino, Bologna 2019; A.G. LANZAFAME, *La vis espansiva della rappresentanza. Forme di governo, vocazione presidenziale, resistenze costituzionali*, Giappichelli, Torino 2019; M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale fra lex e ius*, Mucchi, Modena 2019; M. BARBERIS, *Brexit, Trump e governo giallo-verde*, in *Lo Stato*, 12/2019, 11 ss.; L. MEZZETTI, *Corrosione e declino della democrazia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, num. spec. 2019, 421 ss. e, nella stessa *Rivista*, S. SICARDI, *La rappresentanza politica ai tempi dell'avatar. Scenari tormentati e future incognite*, 721 ss.; C.A. CIARALLI, *Riflessioni sulle nuove forme di rappresentanza e partecipazione al tempo della crisi dei partiti politici*, in *Pol. dir.*, 3/2019, 365 ss.; utili indicazioni possono ora aversi dal fasc. 3/2019 di *Dir. cost.*, dedicato a *I partiti politici*, a cura di S. Curreri, nonché da G. GRASSO, *Il controllo giurisdizionale della democrazia nei partiti: le più recenti tendenze nella lente del MoVimento 5 Stelle*, in *Diritti Comparati*, 3/2019, 14 dicembre 2019, 1 ss. Sulla “cattiva politica” v., infine, G. GEMMA, *Antipartitismo e qualità della politica*, in *Scritti per Roberto Bin*, cit., 297 ss.].

⁵⁶ Tra gli altri, A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari 2015; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, cit., 407 ss.; R.G. RODIO, *Alcune riflessioni su anomalie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 1/2019, 16 gennaio 2019, 1 ss.; M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, cit.; F. VECCHIO, *Lo Stato costituzionale in pericolo: crisi della rappresentanza e istituzioni giudiziarie sotto attacco*, cit.; C. PINELLI, *Certezza del diritto e compiti dei giuristi*, cit., 549 ss., spec. 556 ss. In prospettiva giusfilosofica, di recente, v., nuovamente, B. PASTORE e G. PINO, intervista su *La retorica dei diritti fondamentali?*, cit.

Viene così a determinarsi un autentico ossimoro⁵⁷, su cui si è in altri luoghi invitato a fermare l'attenzione⁵⁸; ed è che, pur laddove la supplezza in parola abbia origine nel bisogno di venire incontro alle attese di tutela dei diritti, per il solo fatto di esservi vengono meno le condizioni strutturali per l'ottimale appagamento dei diritti stessi e, a un tempo, per il mantenimento dell'idea di Costituzione quale maturata nel corso della esaltante stagione liberale⁵⁹.

Di contro, per un fisiologico svolgimento delle dinamiche istituzionali nelle loro più salienti espressioni, dovrebbe assistersi alla costante e fattiva cooperazione tra il diritto giurisprudenziale e il diritto politico, della quale dovrebbe aversi riscontro proprio in occasione della tutela da apprestare ai diritti (in ispecie, come si diceva, ai nuovi).

Il modello, altrove nelle sue linee portanti rappresentato, vede infatti la naturale precedenza del diritto politico (in ispecie di quello legislativo) rispetto al diritto giurisprudenziale: all'uno spettando di definire la disciplina di base volta a dare appagamento ai diritti (a mezzo, dunque, di enunciati essenzialmente *per principia*)⁶⁰; all'altro, poi, di produrre le regole congrue rispetto alle peculiari esigenze dei casi, in svolgimento delle indicazioni offerte dal legislatore⁶¹. Non è un caso, d'altronde, che laddove il legislatore si sia discostato da questo canone metodico d'azione, ora venendo meno del tutto al compito al quale è chiamato ora, di contro, eccedendo nella regolazione apprestata per alcuni diritti⁶², si sia sempre assistito al ruolo di "supplezza" suddetto: ora posto in essere alla luce

⁵⁷ A *I paradossi nel diritto* è ora dedicata la riflessione di A. CERRI (Mucchi, Modena 2019).

⁵⁸ Maggiori ragguagli nei 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 questa *Rivista, Studi 2019/I*, 34 ss., spec. 43 s., ed ivi *2019/III, Rischi d'involuzione autoritaria e integrazione sovranazionale come garanzia della democrazia*, 628 ss., spec. 638 ss.

⁵⁹ Sugli sviluppi storico-teorici del concetto, v., ora, l'attento studio di A.I. ARENA, *La costituzione come idea e come realtà storica (Appunti di Dottrina dello Stato)*, in [Dirittifondamentali.it](#), 2/2019, 11 dicembre 2019.

⁶⁰ Si riconosce in questa indicazione metodico-teorica una crescente dottrina [*ex plurimis*, v. P. VERONESI, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, 524, e, dello stesso, *Rights on the move: come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)*, in *Biodiritto*, 2/2018, 77 ss.; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 38 ss., ma *passim*; A. PATRONI GRIFFI, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in *Rivista AIC*, 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5 e, dello stesso, *amplius*, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016; C. CASONATO, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in *Confronti Costituzionali* 17 giugno 214, ora in ora in *Biodiritto*, 5 luglio 2019; R. CONTI, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *Biodiritto*, 3/2015, 168; nella stessa *Rivista*, A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, 1/2016, 105 ss.; M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, 1/2018, spec. 12 ss.; R.G. CONTI, [La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?](#), in questa *Rivista, Studi 2018/I*, spec. 235 ss. e, dello stesso, ora, *Bioetica e biodiritto. Nuove frontiere*, in *Giustizia Insieme*, 28 gennaio 2019, e *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e "congedo dalla vita" dopo la l. 219/2017*, Aracne, Roma 2019; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 170 s.; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, cit., 407 ss., spec. 431; L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, 90 ss.; A. LICASTRO, *Trattamenti sanitari, diritto all'autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in [Stato, Chiese e pluralismo confessionale](#), 14/2019, 4 aprile 2019, spec. al § 7; infine, volendo, anche il mio *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in Freedom, Security & Justice: European Legal Studies in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in [Freedom, Security & Justice: European Legal Studies](#), 2/2019, 15 luglio 2019, 35 ss., spec. 49 ss.].

⁶¹ A mia opinione, poi, il riconoscimento dei nuovi diritti richiederebbe di esser fatto, in prima battuta, con le forme proprie degli atti costituzionali, in svolgimento delle cui previsioni e restando dentro la cornice segnata da queste la legge comune dovrebbe poi far luogo alla ulteriore disciplina, essa pure nondimeno, conformemente alla natura dell'oggetto cui si indirizza, contenuta e perciò dotata di una struttura duttile ed essenziale, idonea ad adattarsi alle peculiari esigenze dei casi.

⁶² ... come, ad es., s'è fatto con la legge n. 40 del 2004, in materia di procreazione medicalmente assistita, infarcita di divieti e fatta pertanto oggetto di ripetuti e pesanti interventi della Consulta volti a renderla in qualche modo compatibile con la Carta costituzionale [efficacissimo, al riguardo, il lapidario titolo dato da A. D'ALOIA in un suo succinto ma denso commento di qualche anno addietro a questa vicenda: *L'(ex) 40*, in *Quad. cost.*, 4/2015, 997 ss.].

del sole (a mezzo di pronunzie manipolative dei testi adottate dal giudice costituzionale) ed ora invece esercitato con mezzi impropri e lungo canali sotterranei (a mezzo di quelle manipolazioni della sostanza normativa per via d'interpretazione, cui pure si è fatto cenno).

Come si vede, una *piena* tipizzazione dei ruoli istituzionali (segnatamente, di giudici e legislatore) non è più possibile in un contesto segnato da una folla di interessi costituzionalmente meritevoli che premono per avere una tutela mirata, in ragione delle complessive esigenze dei casi: una tutela che solo può aversi – come qui pure si è venuti dicendo – attraverso la “delega” fatta dal legislatore ai giudici per operazioni di bilanciamento in concreto adeguate ai casi stessi.

Qui è, però, il punto: il compito di normazione devoluto ai giudici è (e deve restare), per sua indeclinabile vocazione, ancillare rispetto ai fini fissati dal legislatore, mantenendosi ad ogni buon conto entro la cornice con mano ferma disegnata negli atti da quest'ultimo prodotti⁶³. Diritti abbandonati a se stessi, allo sbando, privi di qualsivoglia pur minima indicazione data con legge, fatalmente si consegnano all'occasionalismo giudiziario e, per ciò stesso, a soluzioni impartite dagli operatori di giustizia espressive di quelle scelte politiche di fondo che invece sono da considerare di esclusiva spettanza della legge stessa⁶⁴.

Né è di consolazione l'argomento per cui le regole “inventate” dai giudici in assenza di legge sono pur sempre estratte dai principi contenuti nella Carta costituzionale, integrata – come si diceva – con le altre Carte nella interpretazione. L'estrazione delle regole dai principi costituzionali non è mai – checché ne dica talora la stessa giurisprudenza – “a rime obbligate”⁶⁵; e, d'altro canto, ove così, in via di mera ipotesi, fosse, dovrebbe concludersi nel senso della inutilità della stessa attività di normazione apprestata dal legislatore, della mediazione cioè da quest'ultimo ordinariamente assicurata tra Costituzione e giurisdizione.

⁶³ Come si vede, il modello nel quale mi riconosco ormai da anni non è certo quello che porta all'affidamento della tutela dei diritti ai soli giudici ma l'altro che vuole ribadita la *primauté* del legislatore, la quale poi non soltanto non soffre alcuna *deminutio capitis* per il caso che si circoscriva alla sola disciplina *per principia* dei diritti stessi ma, all'inverso, ne risulta viepiù rinvigorita ed adeguata alla natura stessa dei diritti ed ai loro complessivi bisogni, per il cui appagamento il “dialogo” intergiurisprudenziale resta, ad ogni buon conto, una risorsa imperdibile (cfr. sul punto di cruciale rilievo il diverso orientamento manifestato da M. LUCIANI in molti luoghi, tra i quali di recente *Dal chaos all'ordine e ritorno*, in *Liber amicorum Angelo Davì. La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, I, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, spec. 260 ss., e *L'errore di diritto e l'interpretazione della norma giuridica*, cit., spec. 31 ss.). A conferma di quanto i diritti siano cresciuti per numero e resi ancora più saldi grazie al “dialogo” in parola, specie con le Corti europee, è sufficiente anche solo sfogliare alcuni dei corposi commentari alla CEDU ed alla Carta di Nizza-Strasburgo, tra i quali AA.VV., *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, a cura della stessa A. Di Stasi, Cedam, Padova 2016, e AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit. Utili indicazioni, più di recente, anche da AA.VV., *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, cit. Infine, l'intervento di I. MIGLIAVACCA, *L'influenza delle decisioni delle corti internazionali nell'attività del legislatore: decisioni delle Corti Europea e Interamericana dei Diritti dell'Uomo a confronto*, svolto nel corso dei lavori della seconda sessione della nostra Giornata.

⁶⁴ Dei “diritti senza legge” ha variamente discusso una consistente schiera di studiosi: tra gli altri, v. A. MORELLI, *I diritti senza legge*, e G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, entrambi in *Scritti in onore di G. Silvestri*, II, Giappichelli, Torino 2016, risp., 1452 ss. e 1486 ss.; i contributi ospitati nel fasc. 2/2016 di *Dir. pubbl.*; P. BONINI, *Brevi considerazioni sul rapporto tra la legislazione per omissione e decisione giurisdizionale*, in Federalismi.it, 14/2017, 5 luglio 2017; G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge... in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in Costituzionalismo.it, 1/2018, 12 febbraio 2018.

⁶⁵ ... per riprendere la felice etichetta coniata da V. Crisafulli; il punto è però che le metafore, seppur efficaci a finalità persuasiva, manifestano strutturali carenze di ordine teorico-ricostruttivo denunciate dalla più avvertita dottrina [in tema, v. O. POLLICINO, *Tutela dei diritti fondamentali nell'era digitale e contesto valoriale: una indagine transatlantica*, in Medialaws, 2/2018, 25 giugno 2018, e, ora, A. MORELLI - O. POLLICINO, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in Rivista AIC, 1/2018, 19 marzo 2018, e, degli stessi, *Metaphors and Judicial Frame in Cyberspace*, in *American Journal of Comparative Law*, forthcoming, 2020. Fanno tutti leva su alcune note metafore i contributi che sono negli *Scritti per Roberto Bin*, cit.]. Ad ogni buon conto, come si è dietro segnalato, le “rime obbligate” parrebbero, specie dopo *Cappato*, non godere di buona salute; e, a dirla tutta, la malattia che le affligge fa temere il peggio...

Il vincolo della esclusiva soggezione del giudice alla legge non lascia scampo: richiede di necessità che vi sia l'opera prima, politica per eccellenza, posta in essere dal legislatore in svolgimento dei principi fissati nella Carta. La soggezione stessa, poi, com'è chiaro, può esprimersi (ed effettivamente si esprime) in forme "graduate", a seconda della conformazione strutturale degli enunciati, il cui linguaggio è dotato di diversa intensità prescrittiva, nonché a seconda dei campi materiali, degli interessi in gioco, del contesto complessivo in cui gli enunciati stessi s'inscrivono ed operano, portando a varie combinazioni del diritto politico e di quello giurisprudenziale.

8. *Una succinta notazione finale, con riguardo alle implicazioni per la teoria della Costituzione conseguenti al modo di essere dei rapporti tra diritto giurisprudenziale e diritto politico*

Come si è veduto, abbiamo iniziato a discorrere dei rapporti tra diritto giurisprudenziale e diritto politico e siamo arrivati a conclusioni che, al tirar delle somme, evocano in campo l'idea di Costituzione e il modo più adeguato di farla valere, con specifico riguardo alle esperienze di tutela dei diritti fondamentali, in un contesto connotato da scostamenti marcati dal modello qui sinteticamente rappresentato che si registrano in misura sempre più vistosa e preoccupante. E, invero, ragionare del diritto giurisprudenziale e del diritto politico equivale a ripensare, a un tempo, i rapporti che nella presente congiuntura vengono a costituirsi tra gli ordinamenti e, in ciascuno di essi, tra gli organi della direzione politica (segnatamente, nel momento in cui si dispongono a svolgere attività di produzione giuridica) e gli organi di garanzia, gli equilibri viepiù precari che tra di essi si intrattengono, le trasformazioni alle quali vanno soggetti, specie nella presente congiuntura segnata da plurime ed ingravescenti emergenze e da vincoli formidabili provenienti *ab extra* a carico di tutti tali organi in conseguenza del trasferimento di quote consistenti della sovranità dallo Stato alla Comunità internazionale e ad organizzazioni sovranazionali (tra le quali, principalmente, l'Unione europea).

Come nei cerchi concentrici, partendo dal cerchio più ristretto, via via l'analisi è obbligata ad estendersi ad un'area materiale sempre più vasta fino a dover riguardare l'intero assetto delle relazioni interordinamentali e gli effetti ad esso conseguenti in ambito interno⁶⁶.

La teoria della Costituzione – come si diceva – non solo non si sottrae al raggio di questa analisi, qui solo abbozzata per grandi linee e bisognosa di ben altri svolgimenti, approfondimenti, verifiche, ma, per un verso, ne è direttamente coinvolta e, per un altro verso (e circolarmente), può, per la sua parte, proiettare un fascio di luce sul campo esplorato orientando lo studio nei suoi prossimi svolgimenti.

Il vero è che è mutata l'idea stessa di Costituzione – se ne abbia, o no, la consapevolezza – e, di conseguenza, è sollecitata la teoria che l'assume ad oggetto ad un profondo, critico ripensamento.

Il terreno sul quale con immediata evidenza si coglie ed apprezza questa vicenda teorica, nelle sue più salienti ed interessanti espressioni, è quello su cui maturano le esperienze di riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, a motivo del fatto che – come si rammentava poc'anzi – i diritti sono l'essenza stessa della Costituzione, ciò che maggiormente ne dà la identità e la qualificazione. Questa essenza, un tempo considerata tipica ed esclusiva della legge fondamentale dell'ordinamento, è oggi condivisa con altre Carte, in ciò rispecchiandosi quella *sovranità condivisa* (tanto al piano dei poteri quanto, e soprattutto, a quello dei diritti) che è il tratto più genuinamente espressivo delle relazioni interordinamentali.

In questo quadro, qui sommariamente delineato, riproporre antichi schemi ispirati alla "logica" della *separazione* delle competenze, delle fonti e, in ultima istanza, degli ordinamenti è cosa totalmente priva di senso. Di contro, la "logica" vincente, imposta da un contesto ormai

⁶⁶ Ho avuto modo di recente d'intrattenermi sui condizionamenti che vengono dai rapporti interordinamentali a carico di quelli interistituzionali, e viceversa, nel mio *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, cit.

profondamente mutato rispetto al passato, è quella della *integrazione*, che richiede costante e fattiva cooperazione tra gli organi, all'interno di un ordinamento dato come pure al piano delle relazioni interordinamentali, e che ha la radice più salda dalla quale si tiene in quella integrazione stessa dei documenti materialmente costituzionali su cui qui pure si è particolarmente insistito.

Il diritto giurisprudenziale e il diritto politico sono, dunque, davanti ad un bivio: se si separano o – peggio – si dispongono l'uno contro l'altro, non hanno più futuro; se, invece, come le gambe di un unico corpo, si muovono assieme ed armonicamente nella stessa direzione, possono pervenire alla meta, dando così sollievo ai diritti (e, in genere, agli interessi meritevoli di tutela), pur nei limiti consentiti da una congiuntura per essi complessivamente non benigna.

Sappiamo che alle volte quest'esito, invero, si raggiunge, molte altre volte però (e l'analisi condotta ne ha dato conferma) il modello qui delineato subisce torsioni ricorrenti e vistose, assistendosi dunque a squilibri nei rapporti tra le due specie di produzione giuridica in parola forieri di guasti assai gravi a carico dei diritti e degli interessi suddetti.

Ogni volta che di ciò si ha riscontro, a conti fatti, ne soffre la Costituzione; il punto è, allora, stabilire fino a quando quest'ultima potrà resistere ai colpi infertile dagli operatori nel corso di vicende che sempre più di frequente si ripetono, sia pure con caratteri peculiari a seconda dei casi.

A questa spinosa domanda, confesso di non saper rispondere; allo stesso tempo, non posso tacere di nutrire non poca apprensione per le sorti a venire della Costituzione e dello Stato che da essa prende il nome. Posso solo formulare, in chiusura, l'auspicio che la consapevolezza della gravità della situazione possa essere alimentata e sorretta da collettivo senso di responsabilità, in linea con il valore fondante della fedeltà alla Repubblica, considerandosi sollecitati (e, anzi, obbligati) gli operatori tutti, per un verso, a mantenersi entro l'alveo per ciascuno di essi tracciato nella Carta e, per un altro verso (ed allo stesso tempo), a cooperare fattivamente per il bene comune.