

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti*

Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. La crisi della gerarchia delle fonti, apprezzabile alla luce di una teoria della Costituzione assiologicamente orientata e in considerazione del *rapporto di strumentalità necessaria* che lega alcune norme ai principi fondamentali e questi ai valori che stanno a base dell'ordine repubblicano. – 2. Le “schegge” rinvenibili nella giurisprudenza costituzionale di un inquadramento delle dinamiche della normazione in prospettiva assiologica, l'incidenza che se ne ha nel modo stesso di operare dei criteri ordinatori, la conversione della *gerarchia delle fonti secondo forma* in *gerarchia delle norme secondo valore*. – 3. Antinomie al piano dei rapporti interordinamentali e accentramento della relativa soluzione in capo alla Corte costituzionale, con specifico riguardo a casi carichi di valenza assiologica e pur in presenza di norme affette da invalidità “in senso forte”, come tale rilevabile dai giudici comuni. – 4. Rapporti tra diritto interno e diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario e crisi della gerarchia secondo forma già al momento (e per il modo) con cui si è data esecuzione ai trattati. – 5. Le conferme venute dalla giurisprudenza costituzionale della crisi della gerarchia delle fonti con riguardo alla tutela dei diritti fondamentali: in specie, lo scivolamento dal piano della *teoria delle fonti secondo forma* al piano della *teoria della interpretazione secondo valore* e i riflessi che se ne hanno per la dottrina dei “controlimiti”. – 6. La ricorrente, stancamente ripetuta, obiezione secondo cui nel passaggio dal *sistema delle fonti secondo forma* al *sistema delle norme secondo valore* si smarrirebbero la certezza del diritto e la tipicità dei ruoli degli operatori, la critica ad essa qui rinnovata e poggiante sul riferimento all'idea di Costituzione di tradizioni liberali che ha nella certezza (e cioè nella

*Il contributo non è stato sottoposto a referaggio, in conformità al Regolamento della Rivista, in quanto proveniente da un membro del comitato scientifico. Testo rielaborato di un Seminario svolto nell'Università di Granada il 10 aprile 2019, alla cui data lo scritto è aggiornato. Si fa presente che, per la peculiare destinazione dello scritto, si è reso necessario fare talora richiamo di concetti familiari alla comunità scientifica italiana, nondimeno fatti oggetto di rielaborazione per le peculiari esigenze ricostruttive di questo studio.

Antonio Ruggeri

*Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela
dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti*

effettività) della salvaguardia dei diritti costituzionali il suo cuore pulsante, le cause degli squilibri istituzionali e la ricerca dei loro possibili rimedi.

1. *La crisi della gerarchia delle fonti, apprezzabile alla luce di una teoria della Costituzione assiologicamente orientata e in considerazione del rapporto di strumentalità necessaria che lega alcune norme ai principi fondamentali e questi ai valori che stanno a base dell'ordine repubblicano*

Della crisi della gerarchia delle fonti e, in generale, del sistema dalle stesse composto si discorre – come si sa – da tempo e variamente¹, perlopiù facendosi riferimento alla invenzione a ritmi incessanti di sempre nuovi tipi di strumenti di normazione, nonché all'utilizzo confuso e disordinato degli strumenti esistenti, non di rado portati a sovrapporsi ed a confondersi a vicenda, con ciò stesso determinandosi uno *stress* insopportabile a carico della tipicità dei ruoli istituzionali degli organi produttori ed un costo considerevole, ad oggi non determinato in tutta la sua portata e forse fino in fondo non determinabile, per la comunità governata². D'altronde, la dottrina più sensibile ha ampiamente messo in correlazione il disordine in seno al sistema suddetto con quello che si ha al piano istituzionale³, un disordine che ha ormai raggiunto punte così esasperate e vistose da indurre al pessimismo circa la possibilità che si riesca, se non pure a tornare indietro, quanto meno ad arginare e contenere in una qualche misura questa tendenza che parrebbe invero essere inarrestabile.

Su tutto ciò lo studio che ora si avvia non intende fermare nuovamente l'attenzione, non foss'altro perché un'analisi (se non pure

¹ ... al punto di essersi messa in dubbio la stessa perdurante esistenza del sistema delle fonti, nella sua ristretta e propria accezione (v., ad es., M. Siclari (a cura di), *Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione*, Napoli, 2012). Qui, nondimeno, per ragioni di scorrevolezza espositiva si seguirà a fare uso del sintagma in parola, con le precisazioni che di qui in avanti si faranno.

² Notazioni di vario segno, da ultimo, nei contributi al fasc. 1/2019 di *Dir. cost.*, dedicato appunto alle *Fonti del diritto*, a cura di R. Bin e O. Chessa.

³ Non è chiaro, per vero, se siano più le torsioni riscontrabili al piano istituzionale a dare la spinta per l'affermazione di quelle in seno al sistema delle fonti o viceversa; nel circolo in cui tutte si immettono e reciprocamente si alimentano è difficile stabilire un ordine di priorità al riguardo.

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

compiuta, comunque) dotata di apprezzabile organicità richiederebbe uno spazio di cui ora non si dispone. Tra l'altro, la fioritura di nuovi tipi e sottotipi di fonti, ad opera sia dei pubblici poteri che dei soggetti portatori di autonomia (anche privata), è tale da obbligare ad un complessivo ripensamento dell'idea stessa di fonte del diritto e dei suoi connotati identificanti, ancora prima di passare all'analisi dei connotati propri delle singole specie di fonti; la qual cosa richiederebbe uno sforzo collettivo, posto in essere da cultori di più discipline giuridiche e non condizionato da alcun preorientamento metodico-teorico, portandosi dunque ben oltre le forze di cui il singolo operatore di ricerca dispone, quanto meno di sicuro di quelle assai poco consistenti che io sento di avere.

Mi limito, dunque, qui a svolgere una riflessione di ordine generale, meramente introduttiva ad uno studio più solidamente strutturato che potrà farsi in seguito, senza alcun riferimento alle vicende di singoli tipi di fonti, a come erano stati pensati e a cosa sono diventati, muovendo peraltro da quelle che possono considerarsi le acquisizioni teoriche maggiormente accreditate e diffuse, qui nondimeno fatte oggetto di personale rielaborazione. A tal fine, la prospettiva adottata è quella della teoria della Costituzione (o, meglio, di una *certa* teoria della Costituzione), intesa unicamente in una delle sue accezioni correnti, specificamente riguardante appunto le esperienze della normazione, e mettendo perciò da canto altre accezioni, quali quelle da noi affermatesi specie dopo gli studi di Santi Romano prima e Costantino Mortati poi.

La base di partenza dello studio che ora si avvia si situa all'incrocio tra l'accezione normativistica e quella assiologico-sostanziale di Costituzione, nella loro mutua integrazione e riduzione ad unità: si guarderà perciò al significato di Costituzione come insieme (o, meglio, sistema) di norme fondamentali di una comunità politicamente organizzata⁴ ed espressive di valori parimenti fondamentali nei quali la comunità stessa si riconosce e in nome dei quali in una certa

⁴ Non discorro di comunità statale, anche se a quest'ultima farò particolare riferimento, per la ragione, altrove argomentata, che considero valevole il termine di Costituzione anche per formazioni sociali diverse dallo Stato e, segnatamente, per ciò che qui è di specifico interesse, la Unione europea.

congiuntura storica è stata combattuta la battaglia vittoriosa per la edificazione del nuovo ordine costituzionale.

Una preliminare avvertenza.

Il *quid proprium* della Costituzione così intesa è dato – come si è appena rammentato – da un insieme di norme fondamentali. V'è però – secondo la comune opinione – un diverso modo di essere dell'attributo evocato dall'aggettivo qualificativo in relazione a norme parimenti diverse della Costituzione: all'interno di quest'ultima, infatti, ad un pugno di norme è selettivamente riconosciuta la proprietà di “fondamentali” *stricto sensu*, siccome considerate espressive dei principi di base dell'ordinamento, nei quali si rinviene l'essenza della Costituzione o – come pure suol dirsi⁵ – il suo “nucleo duro”, sì da resistere ad ogni innovazione per via legale e da poter esser pertanto superate unicamente in modo forzoso, a seguito dell'affermazione di un nuovo potere costituente.

Non riprenderò ora antiche e vessate questioni circa il supposto carattere “esaurito” del potere stesso⁶, che nondimeno a mia opinione proprio quando la guardia si abbassa può riemergere dalle sue ceneri e manifestarsi con inusitata virulenza, seppur in forme abilmente e subdolamente mascherate, né, ancora prima, dirò del modo con cui le norme espressive dei principi fondamentali possono essere riconosciute senza soverchie incertezze⁷ e, infine, nulla dirò neppure dei limiti alle

⁵ Riferimenti, per tutti, in S. Staiano (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino, 2006, nonché in V. Baldini (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale?*, Napoli, 2017 e nei contributi al convegno del Gruppo di Pisa di Catanzaro, 8-9 giugno 2018, su *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, in corso di stampa (alcuni dei contributi stessi possono, nondimeno, vedersi in www.gruppodipisa.it).

⁶ Riferimenti al riguardo in M. Luciani, *Il voto e la democrazia. La questione delle riforme elettorali in Italia*, Roma, 1991, p. 8 ss. e *passim*, e, dello stesso, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, p. 124 ss., spec. p. 136 ss.; U. Allegretti, *Il problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale*, in E. Rippepe – R. Romboli (a cura di), *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, Torino, 1995, p. 29 e M. Dogliani, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1/1995, p. 7 ss.

⁷ Ciò che, poi, rimanda naturalmente ai valori ai quali i principi stessi danno voce e nei cui riguardi si pongono in funzione servente, il fondamento della Costituzione rinvenendosi dunque fuori e prima di essa, nel fatto costituente e negli ideali che lo hanno animato e sorretto, portando all'affermazione del nuovo ordine positivo edificato sulle ceneri del vecchio.

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

loro innovazioni, a mia opinione ammissibili *in melius* ed a finalità inclusiva, restando dunque fedeli alla originaria intenzione del Costituente ed anzi portando alla sua ulteriore valorizzazione ed all'adeguamento imposto dai tempi⁸.

La premessa da cui muovo è, dunque, quella per cui si danno dei limiti alla revisione costituzionale e che si sa in cosa essi consistano. Va, inoltre, tenuto presente che, pur potendosi fregiare solo alcune norme del titolo privilegiato di espressioni immediate e dirette dei valori fondamentali, al medesimo trattamento di esse possono andare soggette altre norme che delle prime danno la *prima e necessaria* specificazione-attuazione, norme che dunque vivono di luce riflessa, godendo della “copertura” di quelle e, perciò, andando esse pure soggette unicamente a quelle eventuali innovazioni *in melius* ed a finalità inclusiva, di cui si è appena detto. In fondo, se ci si pensa, si ha qui applicazione dello schema della fonte interposta, usualmente considerato valevole in più ambiti materiali di esperienza: la differenza è che lo schema stesso è riferito – come si sa – a rapporti tra *fonti* diverse, alcune delle quali richiamate dalla Costituzione (e, in genere, da fonti sovraordinate) e qualificate come idonee a condizionare la validità di altre fonti ad esse strumentalmente connesse. Qui, invece, la “interposizione” si ha in primo luogo al piano della Costituzione, alcune norme della stessa, in quanto necessarie all'affermazione dei principi resistendo ad innovazioni che portino ad un impoverimento degli stessi o, addirittura, al loro smarrimento: norme che, dunque, si difendono aggrappandosi ai principi e ponendosi al loro servizio. Solo così, infatti, è argomentabile l'idea che la loro venuta meno o, comunque, la contrazione della loro *vis* prescrittiva ridondi in una intollerabile incisione o menomazione dei principi.

Questo schema è, a mia opinione, generalizzabile e perciò esportabile – se così vogliamo dire – anche oltre il quadro costituzionale. E, dunque, norme di leggi comuni o di altre fonti che si

⁸ Di tutto ciò si è, ancora non molto tempo addietro, discusso in occasione del Convegno del Gruppo di Pisa su *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, cit., ed *ivi v.*, volendo, il mio *Tre questioni in tema di revisione costituzionale*, in www.gruppodipisa.it, 2/2018, 20 giugno 2018, dal quale possono aversi maggiori ragguagli circa il punto di vista ora sinteticamente rappresentato nel testo.

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

dimostrino idonee a dare la *prima, diretta e necessaria* attuazione dei principi non possono sottostare a modifiche *come che siano fatte* (persino a mezzo di leggi di forma costituzionale o di altre fonti di rango costituzionale aventi origine esterna) suscettibili di riflettersi in un'offesa ai principi. Come si è tentato di mostrare altrove⁹, i limiti alla revisione costituzionale possono non di rado in concreto apprezzarsi passando da un grado all'altro della scala gerarchica. Il fatto, poi, che l'annullamento non colpisca norme di leggi di revisione costituzionale ma solo quelle di leggi comuni che vi danno diretto ed immediato svolgimento ha una sua pronta spiegazione nella naturale ritrosia del giudice costituzionale a non uscire allo scoperto contrapponendosi frontalmente all'autore degli atti di forma costituzionale, tanto più se dotati dell'avallo offertovi dall'eventuale referendum che li abbia ad oggetto: atti che, nondimeno, sono devitalizzati ora direttamente per via interpretativa ora, appunto, attraverso la caducazione di leggi comuni adottate al fine di darvi svolgimento¹⁰.

Sta di fatto che, ogni qual volta la caducazione stessa è motivata in relazione al *vulnus* subito da questo o quel principio dalle norme fatte oggetto di annullamento, per ciò stesso vengono ad essere protette altre norme, dalle prime innovate, dotate di "copertura" da parte dei principi e, allo stesso tempo, idonee a fare da scudo a questi ultimi.

Il giudice delle leggi soppesa sempre, come si sa, la "situazione normativa" – come a me piace chiamare l'oggetto del giudizio di costituzionalità¹¹ – quale potrebbe aversi per effetto dell'eventuale annullamento con quella che si avrebbe mantenendo in vigore la disciplina portata al sindacato della Corte; ed è un'operazione estremamente impegnativa e complessa che rimanda alla Costituzione come "sistema" di valori fondamentali positivizzati, rimanda cioè alla

⁹ ... nel mio scritto per ultimo cit.

¹⁰ È ormai da tempo acclarato che alcune tra le più rilevanti, ancorché non sempre vistose, modifiche tacite della Costituzione sono poste in essere presso la Consulta attraverso interpretazioni... *abrogatrici*: la gran parte della Carta – piaccia o no – vi sono andate soggette (una riflessione di sintesi al riguardo è nell'accurato studio di M.P. Iadicicco, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, relaz. al Convegno su *Alla prova della revisione. Settant'anni di rigidità costituzionale*, cit., in www.gruppodipisa.it; pure *ivi*, se si vuole, può vedersi il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, 2/2018, 20 giugno 2018).

¹¹ Riferimenti, da ultimo, in A. Ruggeri - A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, p. 101 ss.

Antonio Ruggeri

*Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela
dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti*

ricerca del punto di sintesi ottimale, in ragione delle complessive esigenze del caso, tra i beni della vita costituzionalmente protetti (e, dunque, tra le norme che vi danno appagamento).

V'è un solo modo – a me pare – per dare teorico e pratico senso alla Costituzione come “sistema”: dare – come si è venuti dicendo – il giusto risalto alle mutue implicazioni che si intrattengono tra i principi e le norme costituzionali restanti in primo luogo, tra quelli e queste assieme e le norme sottostanti secondariamente.

Come si vede, l'interposizione rileva, a conti fatti, al piano delle *norme*, non delle *fonti*, trattandosi di stabilire quali di esse assicurino un servizio ai principi di cui questi ultimi non possono comunque fare a meno, a pena di patirne un pregiudizio grave ed irreparabile.

Per l'aspetto ora considerato, il fenomeno della interposizione *secondo valore* – ché di questo, a conti fatti, si tratta – ha larghe ed astrattamente indefinite applicazioni. È ovvio, infatti, che il primo e teoricamente più rilevante nodo da sciogliere attiene al riconoscimento del *rapporto di strumentalità necessaria* intercorrente tra i principi e le norme che si pongono nei loro riguardi in funzione servente; ed è parimenti ovvio che nessun criterio di astratta fattura può giovare allo scopo di mettere in chiaro il rapporto stesso. La qual cosa sarebbe palesemente incompatibile con il carattere assiologicamente qualificato del rapporto medesimo. Spetta, dunque, all'operatore di turno assumersi la responsabilità della scelta, per faticosa e sofferta che possa essere, giovandosi nondimeno di suggestioni ed indicazioni che possono essere date dall'intera comunità degli interpreti, specie laddove si compongano e consolidino in “diritto vivente”.

2. Le “schegge” rinvenibili nella giurisprudenza costituzionale di un inquadramento delle dinamiche della normazione in prospettiva assiologica, l'incidenza che se ne ha nel modo stesso di operare dei criteri ordinatori, la conversione della gerarchia delle fonti secondo forma in gerarchia delle norme secondo valore

È doveroso riconoscere che la giurisprudenza costituzionale, per il cui tramite principalmente (ma non, appunto, esclusivamente) il

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

diritto costituzionale vigente si converte in vivente¹², contiene, pur se all'interno di un complessivo indirizzo d'ispirazione formale-astratta, tracce numerose e marcate di un inquadramento delle dinamiche della normazione da una prospettiva assiologicamente connotata. Si tratta – come si è altrove rilevato – di “schegge” sparse qua e là, non riportabili ad una matrice unitaria e bisognose di ben altro, lineare sviluppo, che nondimeno non meritano di essere sottovalutate o, peggio, fatte passare sotto silenzio, in quanto indicative di un disagio nel quale non di rado il giudice costituzionale confessa di trovarsi a fronte delle strette e palesi insufficienze dei criteri di stampo formale. E ciò, in considerazione del fatto che questi ultimi appiattiscono la condizione di atti pur eguali per nome e forma (in senso lato) e tuttavia sostanzialmente diversi per la capacità in misura differenziata dimostrata in concreto di piegarsi davanti ai più pressanti ed avvertiti bisogni emergenti dal corpo sociale, rendendo allo stesso tempo un adeguato servizio ai valori fondamentali dell'ordinamento nel loro fare “sistema”.

Il vero è che – come si è tentato in altri luoghi di mostrare – si tratta di fare una scelta di campo al piano della teoria della Costituzione; e, laddove quest'ultima dovesse essere intesa, nella sua essenza maggiormente espressiva e significativa, quale un fascio di valori fondamentali positivizzati, nei quali si specchiano ed ai quali danno voce nel modo più immediato e genuino i principi parimenti fondamentali dell'ordinamento, è giocoforza a partire da questa premessa non soltanto desumere la esistenza di limiti alla revisione

¹² Malgrado la stessa giurisprudenza costituzionale indulga talora alla tentazione di accreditarsi quale l'unico e vero interprete e garante dei principi fondamentali dell'ordinamento, non è da mettere in dubbio l'apporto corale offerto da tutta la comunità degli interpreti e degli operatori culturali alla ricognizione e messa a punto dei principi stessi, non di rado peraltro risentendo delle indicazioni che vengono *ab extra*, e segnatamente, al piano su cui maturano le esperienze relative alla tutela dei diritti fondamentali, dalle Corti europee, allo stesso tempo in cui il tribunale costituzionale, unitamente agli altri operatori di giustizia, offre alle Corti stesse indicazioni circa il modo più adeguato per far valere i diritti fondamentali, specie laddove la relativa tutela si realizzi per il tramite delle tradizioni costituzionali comuni agli ordinamenti nazionali: con un moto – come si vede – circolare di mutua alimentazione delle Carte e di mutua influenza delle Corti che ne sono istituzionalmente garanti.

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

costituzionale¹³ ma anche pervenire ad una risistemazione complessiva dell'ordinamento, a ciascuno dei gradi in cui si articola e svolge.

Tutti i criteri ordinatori infatti – come si è tentato di mostrare in altri luoghi – ne sono coinvolti, a partire da quello cronologico e da quello gerarchico. La stessa giurisprudenza – come si diceva – mostra talora di esserne avvertita, pur non traendone le dovute e generali conseguenze di ordine ricostruttivo. Ad es., lo è in materia di limiti all'abrogazione popolare, giudicata preclusa laddove la domanda referendaria dovesse investire norme idonee a dare una “tutela minima” a beni costituzionalmente protetti¹⁴: affermazione, questa, che, in disparte la generale questione relativa a come riconoscere o, per dir così, “pesare” o “graduare” siffatta tutela, una volta che sia considerata valevole per siffatta specie di esperienza normativa, non può – a me pare – che valere altresì per ogni altra in cui si faccia questione di una possibile incisione a danno dei beni stessi, idonea persino a risolversi nel loro stesso smarrimento. Se ne ha che il limite in parola non soltanto dovrebbe azionarsi per il caso che la tutela stessa sia pregiudicata da parte di legge comune che faccia luogo alla rimozione “secca” di legge anteriore che abbia offerto la tutela in parola ma anche laddove all'una fonte segua altra fonte, persino se sovraordinata, con essa in conflitto, volta ad abbassare in modo insopportabile il livello della tutela stessa.

Come si vede, non soltanto il criterio ordinatore della *lex posterior* ma lo stesso criterio della *gerarchia secondo forma* può trovarsi a dover recedere davanti alla *gerarchia secondo valore*, a presidio dei principi (e, di riflesso, dei valori) fondamentali dell'ordinamento. E non mancano, peraltro, indicazioni in giurisprudenza, malgrado alcune non rimosse oscillazioni che ne caratterizzano il non lineare svolgimento, nel segno

¹³ ... ancorché intesi non già nel senso della preclusione nei riguardi di qualsivoglia innovazione apportata ai principi stessi bensì – come si accennava poc'anzi – unicamente di quelle volte ad impoverirne o, addirittura, farne smarrire la *vis* prescrittiva.

¹⁴ Formula che può – a me pare – considerarsi almeno in parte equivalente a quella di cui all'art. 117, co. 2, lett. *m*), Cost., laddove si fa riferimento a leggi statali che fissano i “livelli essenziali” delle prestazioni relative ai diritti civili e sociali ai quali le leggi regionali (e – come subito si dirà – le stesse leggi dello Stato) sono chiamate a prestare rispetto; va, nondimeno, avvertito che la “tutela minima” con ogni probabilità va oltre l'ambito in cui si situano le norme che fanno riferimento alle prestazioni suddette.

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

del superamento altresì del canone ordinatore della separazione delle competenze (un canone che, tuttavia, è pur sempre riportabile a quello della gerarchia¹⁵), specificamente laddove ciò sia richiesto dal bisogno di dare appagamento a diritti che altrimenti ne risulterebbero sacrificati¹⁶. Un *trend*, questo, del quale, peraltro, come si dirà tra non molto, si ha riscontro altresì al piano dei rapporti interordinamentali, laddove nuovamente norme interne lesive di norme internazionali (e, per ciò stesso, risultanti incompatibili col disposto dell'art. 117, co. 1, Cost. che di queste ultime norme prescrive la osservanza) sono state fatte salve in ragione della migliore tutela che esse offrivano ai diritti rispetto a quella venuta da documenti normativi aventi origine esterna¹⁷.

La messa da canto dei canoni di formale fattura si apprezza, peraltro, non solo al piano sostanziale ma anche a quello processuale, sia pure ancora una volta rilevando nel quadro di una ricostruzione complessivamente volta a tenere ferme le sistemazioni usuali. Ad es., con riguardo al riconoscimento del “valore di legge” (nell’accezione processuale ormai invalsa, che la vede riferita alla qualità posseduta da taluni atti di restare soggetti unicamente al sindacato della Corte costituzionale), se, per un verso, la giurisprudenza è ferma nel negare siffatta qualità ai regolamenti, pur laddove dotati di forza sostanzialmente primaria (quali i regolamenti c.d. “delegati”)¹⁸, per un

¹⁵ Ogni volta, infatti, che sia recata offesa al canone in parola la fonte che se ne renda responsabile viene, in realtà, ad urtare contro la norma superiore che fonda il riparto delle competenze e, dunque, è, per ciò stesso, violato il canone della gerarchia (così, nel mio *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino, 2009, p. 61 ss.).

¹⁶ Emblematica di questa tendenza è Corte cost. n. 10 del 2010, con la quale è stata fatta salva una disciplina di fonte statale relativa alla materia (riservata alla competenza delle Regioni) dei servizi sociali, che aveva introdotto la c.d. *social card*, al fine di venire incontro a persone in stato di particolare bisogno economico.

¹⁷ V., spec., Corte cost. n. 317 del 2009, della quale si dirà meglio più avanti.

¹⁸ E fin qui – come si vede – è tenuta rigorosamente ferma la sistemazione tradizionale d’ispirazione formale-astratta, seppur a suo tempo contestata da un’autorevole dottrina (part., C. Mortati, *Atti con forza di legge e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1964) con penetranti argomenti che tuttavia non hanno fatto breccia nella giurisprudenza. Allo stesso modo, invincibile si è ad oggi dimostrata la forza della tradizione con riferimento alla condizione processuale dei regolamenti delle Camere, essendosene escluso il “valore di legge”, malgrado sia di comune acquisizione la sussistenza di un rapporto di separazione delle competenze nel quale

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

altro verso si è allargato l'oggetto del sindacato stesso, esteso altresì – in disprezzo di una chiara indicazione testuale dell'art. 134 Cost. – a norme non risultanti da *atti* bensì da *fatti* di normazione (e, segnatamente, alle norme interne di adattamento automatico di norme generalmente riconosciute della Comunità internazionale: sent. n. 238 del 2014). Ed è interessante notare, al fine della ricostruzione qui tentata, come siffatto allargamento, oggettivamente forzato, sia giustificato in riferimento all'obiettivo di non lasciare sguarniti di tutela valori fondamentali dell'ordinamento, anzi proprio il valore – si è altrove detto¹⁹ – “supercostituzionale” della dignità della persona umana, cui si è inteso dare un qualche (seppur tardivo) ristoro non consentendo l'ingresso in ambito interno della norma internazionale non scritta che stabilisce l'immunità dalla giurisdizione civile dello Stato estero.

3. Antinomie al piano dei rapporti interordinamentali e accentramento della relativa soluzione in capo alla Corte costituzionale, con specifico riguardo a casi carichi di valenza assiologica e pur in presenza di norme affette da invalidità “in senso forte”, come tale rilevabile dai giudici comuni

L'esempio appena fatto testimonia in modo palese la crisi della gerarchia delle fonti in una delle sue applicazioni al piano delle relazioni interordinamentali. Persino norme di rango “paracostituzionale” o costituzionale *tout court*, quali sono appunto quelle generalmente riconosciute della Comunità internazionale, possono infatti trovarsi a dover recedere davanti ad altre norme di diritto interno laddove queste ultime si pongano in funzione servente nei riguardi dei principi fondamentali dell'ordinamento e le prime, di contro, si dimostrino essere con essi incompatibili. Altra questione, poi, alla quale qui può riservarsi solo un cenno, è se si possa, o no, fare una sorta di graduatoria delle forme di contrasto, distinguendo dunque tra una “invalidità in senso forte” – com'è stata qualificata da un'accreditata dottrina –, quale

essi stanno rispetto alla legge, disponendo di un ambito materiale riservato per Costituzione alla loro disciplina.

¹⁹ In questi termini ne discorrono A. Ruggeri - A. Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 343 ss.

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

causa di nullità-inesistenza, ed una “in senso debole”, quale causa di annullamento o – come altra dottrina preferisce dire – tra i casi di “anticostituzionalità” e quelli di mera “incostituzionalità”²⁰. Sta di fatto che la stessa giurisprudenza, nella decisione del 2014 sopra richiamata, sembra essersi disposta nell’ordine di idee favorevole all’accoglimento di siffatta distinzione, pur non desumendo da questa condivisibile premessa la sua lineare (e, a mia opinione, obbligatoria) conseguenza, sì da riconoscere in capo ai giudici comuni ed agli operatori in genere il potere-dovere di far luogo all’accertamento dei casi di radicale inesistenza, facendo dunque immediata disapplicazione della norma che ne sia affetta.

Il vero è che la Consulta tende ad attrarre a sé ogni forma di antinomia riguardante fonti (o norme) di grado primario (o, addirittura, superprimario) e coinvolgente i valori fondamentali dell’ordinamento, secondo quanto emblematicamente testimoniato da una importante decisione, la n. 269 del 2017, ora portata ad ulteriori ed imprevedibili sviluppi dalla sent. n. 20 del 2019. Una decisione, quest’ultima, di cruciale rilievo, in essa ponendosi le basi per l’affermazione di un principio dotato di grande capacità diffusiva e penetrazione sin negli angoli più reconditi dell’ordinamento, quello per cui le antinomie *assiologicamente pregnanti*, riguardanti cioè norme espressive in grado eminente dei valori fondamentali devono comunque essere portate alla cognizione della Corte. All’indomani della venuta alla luce della prima delle pronunzie suddette, si pensava che la cognizione stessa dovesse restare circoscritta ai soli casi in cui fossero violate norme della Carta dell’Unione, ancorché suscettibili di essere portate ad immediata applicazione e sempre che sostanzialmente coincidenti con norme della Costituzione. Già però in sede di primo commento della decisione stessa, si era affacciata²¹ l’ipotesi che, in considerazione del nesso di

²⁰ La prima qualifica si deve a R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Torino, 1992, p. 207 ss.; la seconda ad A. Spadaro, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, 1990, p. 262 ss.

²¹ ... nel mio *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto eurounitario assiologicamente pregnanti, attratte nell’orbita del sindacato accentratore di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell’Unione self-executing (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in questa *Rivista*, 3/2017, p. 234 ss., spec. al § 4; v., poi, A.-O. Cozzi, *Diretta applicabilità e sindacato accentratore di costituzionalità relativo alla*

strumentalità necessaria che intercorre tra le norme-parametro ed altre norme ad esse funzionalmente connesse, siccome volte a darvi immediata e diretta specificazione-attuazione, nei successivi sviluppi della giurisprudenza la cognizione della Corte potesse essere estesa al di là dell'ambito specificamente riguardato dalla 269, mettendosi così da canto in casi sempre più numerosi il collaudato *criterio strutturale* che obbliga a fare applicazione diretta delle norme dell'Unione *self executing*, per far quindi posto ad un *criterio funzionale* (o, meglio, *assiologico-sostanziale*), avente quale suo punto fermo la "qualità" delle norme *secondo valore*.

Non meraviglia, dunque, che la Consulta sia passata (con la seconda delle sentenze sopra richiamate²²) all'esame del merito di una questione di costituzionalità, che avrebbe dovuto invece essere dichiarata inammissibile dal momento che in essa si denunciava la violazione di norme eurounitarie il cui carattere autoapplicativo era stato in precedenza acclarato dalla Corte di giustizia²³.

Come si vede, la manovra di "riaccentramento" del sindacato – com'è stata da molti efficacemente chiamata –, avviata dalla 269, va espandendosi sempre di più, senza che peraltro risulti chiaro fino a che punto essa potrà spingersi, con sacrificio di uno dei principi che stanno a base del processo d'integrazione sovranazionale, anzi proprio della

violazione della Carta europea dei diritti fondamentali, in www.forumcostituzionale.it, 1 febbraio 2018, spec. p. 14 ss.

²² ... e, su di essa, le note di O. Pollicino - F. Resta, *Trasparenza amministrativa e riservatezza, verso nuovi equilibri: la sentenza della Corte costituzionale*, in www.agendadigitale.eu, 24 febbraio 2019; O. Pollicino - G. Repetto, *Not to be Pushed Aside: the Italian Constitutional Court and the European Court of Justice*, in www.verfassungsblog.de, 27 febbraio 2019; G. Bronzini, *La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?*, in www.questionegiustizia.it, 4 marzo 2019; R.G. Conti, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no?*, in www.giustiziainsieme.it, 5 marzo 2019; I.A. Nicotra, *Privacy vs trasparenza, il Parlamento tace e il punto di equilibrio lo trova la Corte*, in www.federalismi.it, 7/2019, 3 aprile 2019, e, se si vuole, la mia dal titolo *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)*, in [Consulta OnLine](http://Consulta.OnLine), 1/2019, 25 febbraio 2019, p. 113 ss.

²³ ... segnatamente, da Corte giust. del 20 maggio 2003, in cause riunite C-465/00, C-138/01 e C-139/01, *Österreichischer Rundfunk e altri*.

Grundnorm che giustifica e fonda l'Unione, quella della immediata applicazione del diritto eurounitario in ambito interno.

A questo riguardo, una novità si è tuttavia da ultimo registrata, anche se non si è ad oggi in grado di prevederne gli effetti. Troviamo infatti nella sent. n. 63 del 2019 un esplicito riconoscimento della facoltà del giudice di avvalersi in ogni tempo dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte dell'Unione²⁴, pur laddove si faccia questione della compatibilità di una norma di diritto interno tanto con la Costituzione quanto con la Carta dell'Unione o altra norma sovranazionale. Per vero, a mio modo di vedere²⁵, siffatto riconoscimento poteva già implicitamente desumersi sia dalla sent. n. 20 del 2019 che dalla stessa sent. n. 269, malgrado all'indomani della venuta alla luce di quest'ultima la dottrina quasi unanime si fosse dichiarata dell'avviso che, in presenza di questioni siffatte, dovesse ormai essere sempre assicurata la precedenza alla pregiudizialità costituzionale rispetto a quella eurounitaria²⁶. È però solo nella 63 che troviamo con chiarezza ammessa la facoltà in parola.

²⁴ Un fermo orientamento favorevole al riconoscimento in parola è già da molti anni manifestato – com'è noto – dalla giurisprudenza eurounitaria, ribadito – si faccia caso – anche dopo la venuta alla luce della 269, cit. [tra le altre, v. Corte giust., Prima Sez., 20 dicembre 2017, *Global Starnet*; Grande Sez., 24 ottobre 2018, *XC, YB e ZA c. Austria*, e 22 gennaio 2019, *Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi*; altri riferimenti in C. Amalfitano, *Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, in S. Quattrocchio (a cura di), *Il "dialogo tra le corti" parla anche di processo penale Implicazioni e ricadute della vicenda "Taricco" sui rapporti tra ordinamenti e tra istituti della giustizia penale*, Alessandria 15 novembre 2018, in *Legisl. pen.* (www.la legislazione penale.eu), 4 febbraio 2019, ult. par.].

²⁵ Ho ribadito più volte il pensiero subito di seguito rappresentato nel testo: ad es., in *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress e a geometria variabile*, in *Consulta OnLine*, 3/2018, 24 ottobre 2018, p. 548 ss., spec. p. 561.

²⁶ G. Scaccia, *L'inversione della "doppia pregiudiziale" nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017: presupposti teorici e problemi applicativi*, in www.forumcostituzionale.it, 25 gennaio 2018, e, dello stesso, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 6/2017, p. 2948 ss.; nella stessa *Rivista* (e sia pure con riferimento a talune ipotesi puntualmente descritte), G. Repetto, *Concorso di questioni pregiudiziali (costituzionale ed europea), tutela dei diritti fondamentali e sindacato di costituzionalità*, p. 2955 ss.; più di recente, v. R. Romboli, *Dalla "diffusione" all'"accentramento": una*

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

Ebbene, nel caso che il giudice reputi di doversi dapprima rivolgere alla Corte dell'Unione, se non altro al fine di avere i chiarimenti di cui dovesse avere bisogno circa il reale significato del parametro sovranazionale di cui è sospettata la violazione, potrebbe determinarsi, all'esito della risposta ricevuta dalla Corte stessa, per la immediata disapplicazione della norma interna. È ragionevole pensare che a quest'ultima debba accompagnarsi l'applicazione della norma sovranazionale (ovviamente, nel presupposto del suo carattere *self executing*); la qual cosa potrebbe portare ad escludere l'entrata in campo del giudice costituzionale pure nei casi raffigurati nelle sentt. 269 e 20, citt., a meno che – naturalmente – la norma eurounitaria non sia ritenuta lesiva dei “controlimiti” (ipotesi, nondimeno, da considerare remota, tanto più laddove la norma in parola risulti dalla Carta dell'Unione).

Non abbiamo, per vero, certezza che la Consulta acconsenta a che d'ora innanzi si realizzi lo scenario dell'applicazione immediata della Carta di Nizza-Strasburgo, dal momento che le decisioni da ultimo richiamate parrebbero *in ogni caso* preludere al sindacato accentratore di costituzionalità su questioni cariche di valenza assiologica; ed è chiaro che, ove il giudice dovesse ugualmente considerarsi obbligato a rivolgersi alla Corte costituzionale, si verrebbe a determinare nel caso sopra preso in esame – come si è in altri luoghi rilevato – un vero e

significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale, in *Foro it.*, I, 2018, p. 2226 ss.; altri riferimenti in G. Comazzetto, *Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017*, in www.federalismi.it, 24/2018, 19 dicembre 2018; D. Gallo, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in www.rivistaaic.it, 1/2019, 4 marzo 2019, spec. p. 229 ss.; A. Alpini, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, Napoli, 2018, p. 101 ss. e p. 122 ss., e spec. C. Amalfitano, *Rapporti di forza tra Corti, sconfinamento di competenze e complessivo indebolimento del sistema UE?*, cit., p. 20 ss., e, ora, 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 corso di stampa in *Rev. gen. der. cost.*, 29/2019, § 8. Sul punto, da ultimo, G. Marra - M. Viola, *Doppia pregiudizialità, diritti fondamentali e potere di disapplicazione del giudice comune*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2019, p. 163 ss., nonché in www.penalecontemporaneo.it, 19 marzo 2019, e, nella stessa *Rivista*, M. Scoletta, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, 2 aprile 2019.

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

proprio “cortocircuito”, dovendo il giudice allo stesso tempo fare subito applicazione della norma eurounitaria e sollevare una questione di legittimità costituzionale davanti al giudice delle leggi.

Se, invece, la lettura giusta della 63 dovesse considerarsi (ma potremo saperlo solo dai successivi sviluppi della giurisprudenza costituzionale) quella per cui toccherebbe al giudice scegliere la via da imboccare, ed allora la manovra di “riaccentramento” sopra segnalata potrebbe risultare fortemente temperata dalla 63, rimettendosi al giudice stesso la messa a punto degli equilibri al piano dei rapporti tra le Corti. Dubito fortemente, però, che le sorti del meccanismo dell’applicazione diretta possano considerarsi demandate all’esclusiva valutazione discrezionale dell’operatore di turno, laddove lo stesso abbia il dubbio (e tanto più se, poi, abbia la certezza) che una norma sovranazionale *self executing, da qualunque fonte prodotta*, risulti violata da una norma interna. Detto altrimenti: non credo che la Consulta possa avallare (o, più ancora, incoraggiare) il comportamento del giudice che opti per il ricorso al sindacato accentrato nel caso che lo stesso giudice reputi (e dichiari nello stesso atto introduttivo del giudizio di costituzionalità) che si dia la congiunta violazione di norma della Costituzione e di norma eurounitaria e che ricorrano le condizioni per la *possibile* applicazione diretta di quest’ultima²⁷, un’applicazione che diventa quindi *doverosa* all’esito di una pronunzia della Corte dell’Unione che lasci intendere la sussistenza di una violazione a danno della norma stessa.

Il vero è che il giudice delle leggi si augura di essere comunque investito delle questioni in parola, tanto meglio poi, dal suo punto di vista, in via prioritaria rispetto all’eventuale prospettazione di una domanda pregiudiziale alla Corte dell’Unione. Verificandosi quest’ultima evenienza potrebbe poi prefigurarsi una duplice chiamata in campo del giudice costituzionale, segnatamente nel caso che si sia espresso una prima volta nel senso del rigetto della questione, cui faccia quindi seguito l’interpello della Corte di giustizia conclusosi con il riscontro dell’antinomia sospettata dal giudice comune. Quest’ultimo

²⁷ Ho anticipato questo mio pensiero in *I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l’oscillazione del pendolo*, in [Consulta OnLine](#), 1/2019, 25 marzo 2019, p. 169 ss.

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

potrebbe allora chiamare in campo una seconda volta la Corte costituzionale reputando l'interpretazione prospettata dalla Corte dell'Unione in rotta di collisione con i "controlimiti"²⁸.

Sta di fatto che, abilitandosi il giudice comune a prospettare le sue domande in via pregiudiziale in ogni tempo, l'eventualità del conflitto tra Corte costituzionale e Corte dell'Unione è pur sempre da mettere in conto; minori rischi, nondimeno, si corrono – come si è venuti dicendo – a dare la precedenza alla pregiudizialità eurounitaria da cui potrebbe conseguire l'immediata chiusura della partita attraverso il meccanismo dell'applicazione diretta di norma eurounitaria *self executing*; solo che quest'esito – come si è venuti dicendo – è temuto dal giudice costituzionale, non volendo questi essere estromesso da una partita giocata unicamente dai giudici comuni e dalla Corte di giustizia.

Come che stiano al riguardo le cose, la manovra di "riaccentramento", di cui si è venuti dicendo, resta, ad ogni buon conto, ad oggi circoscritta al versante del parametro, mentre su quello dell'oggetto la Consulta è ferma nell'utilizzo di criteri di qualificazione quasi esclusivamente formali, con la pur non secondaria eccezione risultante dalla 238 del 2014, dietro richiamata; tant'è che non estende il proprio sindacato ad atti espressivi di norme comunque dotate di rilevante carica assiologica, neppure – come si è veduto – laddove, com'è per i regolamenti del Governo in deroga alla legge, si dispongano al livello sostanzialmente primario.

Nuovamente, così come si è veduto per ciò che attiene alle antinomie tra norme generalmente riconosciute della Comunità internazionale e principi fondamentali di diritto interno, anche con riguardo alle antinomie col diritto eurounitario la Corte non si pone neppure la domanda se le norme di volta in volta in rilievo possano

²⁸ Per vero, avverso questa eventualità potrebbe opporsi l'argomento secondo cui dalle pronunzie di rigetto della Consulta discende un effetto preclusivo per il giudice *a quo*, impedito a ripresentare nello stesso grado di giudizio la medesima questione già decisa, argomento forse però superabile nella considerazione che il sopravvenire della risposta data dalla Corte dell'Unione porti ad un mutamento di quadro o – piace a me dire – di "situazione normativa", essendosi registrata una novità in uno dei termini della questione (e, segnatamente, nel parametro), una novità peraltro di straordinario rilievo, dalla stessa alimentandosi il sospetto della possibile lesione dei principi fondamentali dell'ordinamento.

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

essere affette da vizio d'invalidità "in senso forte", sì da giustificarsi la loro messa da canto ad opera dei giudici comuni e degli operatori in genere. Un esito, questo, che con specifico riguardo a casi, quali quelli fatti oggetto delle sentt. nn. 269 del 2017 e 20 del 2019, potrebbe servire al meglio la causa della integrazione sovranazionale, assicurandosi la immediata applicazione delle norme della Carta dell'Unione e di altre a questa strumentalmente connesse, senza dunque attendere la mediazione assicurata dal giudice costituzionale, con i ritardi e i limiti propri del sindacato accentratore di costituzionalità (specie con riferimento ai casi in cui possano consolidarsi effetti praticamente irreversibili, che possono essere messi nel nulla unicamente ricorrendo allo schema teorico della nullità, non già a quello dell'annullamento, ai sensi dell'art. 136 Cost.)²⁹.

È vero che – come ha rilevato la 269 – il sindacato accentratore offre maggiori garanzie di salvaguardia della certezza del diritto (specie nella sua massima espressione quale certezza del diritto costituzionale) di quante possa darne il meccanismo dell'applicazione diretta da parte dei giudici, tanto più ove si consideri il carattere non vincolante del precedente giudiziario. Riguardata, però, la questione *dal punto di vista dei diritti*³⁰ e del modo ottimale di darvi appagamento, è solo a mezzo del meccanismo suddetto che è possibile evitare gli inconvenienti discendenti dal sindacato accentratore sopra rammentati, a meno che non si ricorra allo schema della nullità-inesistenza di certe norme di rango primario che recano offesa ai diritti stessi, sì da dar modo ai giudici comuni di sradicarne *ab initio* gli effetti: un'opportunità, questa, che però stranamente non è stata loro riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale sopra richiamata, e francamente non se ne capisce la ragione³¹.

²⁹ Ho, ancora di recente, rappresentato questa preoccupazione nel mio *La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)*, cit., p. 119.

³⁰ Un punto di vista che – non si dimentichi – dovrebbe *sempre* essere adottato in ogni questione di rilievo costituzionale, per la elementare ragione che la Costituzione ha il suo cuore pulsante nel riconoscimento dei diritti, secondo la illuminante ed efficacissima formula dell'art. 16 della Dichiarazione del 1789.

³¹ ... se non appunto facendo appello alla "logica" del (supposto) riequilibrio istituzionale e, dunque, in buona sostanza, all'esigenza della Corte costituzionale di far valere fino in fondo la centralità del proprio ruolo: un argomento, questo, che tuttavia

Antonio Ruggeri

*Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela
dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti*

4. *Rapporti tra diritto interno e diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario e crisi della gerarchia secondo forma già al momento (e per il modo) con cui si è data esecuzione ai trattati*

Il vero è che la esistenza del diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario, per il modo con cui è venuto alla luce e si afferma nei territori degli Stati membri, fa a pugni con l'idea tradizionale della gerarchia secondo forma ed impone, dunque, al fine di osservarne le relazioni col diritto interno e darvi adeguata sistemazione, una radicale conversione di prospettiva, di metodo ancora prima che di teoria.

La radice stessa della crisi della gerarchia delle fonti secondo forma può, infatti, vedersi al momento dell'avvio della esperienza comunitaria, con la esecuzione data ai relativi trattati con legge comune, resasi necessaria per ragioni storico-politiche a tutti note, da cui si è alimentata una convenzione costituzionale quindi convertitasi in una vera e propria consuetudine *contra Constitutionem*, derogatoria persino nei riguardi dei principi fondamentali dell'ordinamento. La giurisprudenza (e, sulla sua scia, la dottrina corrente) si è trovata costretta a far luogo ad un'autentica acrobazia teorica al fine di giustificare questa vicenda, altrimenti inspiegabile; e l'ha fatto – come si sa – col richiamo all'art. 11, obbligato a soggiacere – quanto meno – ad una integrazione, se non pure ad una vera e propria deroga. Come si è tentato infatti di far notare altrove, il disposto in parola si limita a prevedere la disponibilità della Repubblica a sottoporre la propria sovranità a limitazioni a beneficio di organizzazioni internazionali costituite allo scopo di salvaguardare la pace e la giustizia tra le nazioni, senza nondimeno nulla dire a riguardo del modo o dei modi con cui le limitazioni stesse possono concretarsi. Senza la previsione in parola, infatti, il primo (non a caso...) dei principi fondamentali nominati nella Carta non avrebbe potuto in alcun caso o modo soggiacere a contrazione del proprio formidabile potenziale espressivo. E, poiché nulla si dice circa siffatto modo, è evidente – a me pare – che solo con legge dotata di forma costituzionale ciò avrebbe potuto aver luogo, così

non resiste a fronte del bisogno manifestato dai diritti di avere pronto e congruo appagamento.

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

come d'altronde – è noto – si è avuto in altri ordinamenti, nei quali si è aggiornato il dettato costituzionale inserendovi in modo esplicito una *Europaklausel*. Ma tant'è... Ormai le cose stanno come stanno e non ha pratico senso chiedersi cosa avrebbe dovuto o un domani dovrebbe farsi al fine di assicurare il ritorno alla normalità costituzionale³². Sta di fatto che è, a dir poco, singolare che ad una fonte pur sempre di primo grado, ancorché provvista di “copertura” costituzionale, qual è la legge di esecuzione dei trattati “comunitari”, sia stato (e sia) riconosciuto il titolo di “inventare” fonti concorrenziali rispetto a se stessa, anzi non soltanto fonti del suo stesso grado ma persino di grado superiore, in quanto dotate dell'attitudine a derogare persino a discipline costituzionali, fatti nondimeno salvi – si dice³³ – i principi fondamentali dell'ordinamento.

5. Le conferme venute dalla giurisprudenza costituzionale della crisi della gerarchia delle fonti con riguardo alla tutela dei diritti fondamentali: in specie, lo scivolamento dal piano della teoria delle fonti secondo forma al piano della teoria della interpretazione secondo valore e i riflessi che se ne hanno per la dottrina dei “controlimiti”

La migliore conferma della necessità di spostare l'obiettivo dalle fonti alle norme al fine di pervenire ad un'adeguata ricostruzione del sistema, anche (e specificamente) nelle sue proiezioni al piano delle relazioni interordinamentali la si ha, ad ogni buon conto, al piano su cui maturano le esperienze relative alla salvaguardia dei diritti fondamentali, laddove – come qui pure si viene dicendo – si coglie ed apprezza l'essenza di una teoria della Costituzione assiologicamente orientata.

³² Si aggiunga poi che, anche in considerazione di ciò che i trattati “comunitari” dispongono, bene si sarebbe fatto e si farebbe a darvi esecuzione con legge approvata con le procedure di cui all'art. 138 dalle quali si hanno garanzie circa l'incontro di maggioranza ed opposizioni che, ovviamente, le procedure relative alla formazione delle leggi comuni non sono in grado di apprestare.

³³ Rinoverò tuttavia a breve il mio fermo convincimento circa la necessità di precisare se e quando i “controlimiti” possano essere opposti all'ingresso delle norme sovranazionali in ambito interno, come pure ad altre norme aventi origine esterna.

Quattro le testimonianze maggiormente attendibili al riguardo rintracciabili nella giurisprudenza costituzionale.

Delle prime tre si è già fatta parola; e si hanno ad opera di Corte cost. nn. 238 del 2014 da un canto, 269 del 2017 e 20 del 2019 dall'altro: nell'un caso, in nome della salvaguardia della dignità della persona si è fatto luogo – come si è veduto – alla messa da canto di categorie teoriche consolidate tanto al piano sostanziale quanto a quello processuale, mentre negli altri si è tenuta separata dapprima la sola Carta dell'Unione e di poi ogni fonte carica di valenza assiologica rispetto ad ogni altra fonte di diritto eurounitario, sacrificandosi, allo scopo di assicurarne la osservanza in quello che la Consulta giudica essere il modo migliore, il principio dell'applicazione diretta da parte dei giudici.

La quarta è data dal principio della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali che ha avuto, al piano delle relazioni interordinamentali, la sua emblematica rappresentazione in Corte cost. n. 317 del 2009, con specifico riguardo ai rapporti tra diritto interno e CEDU; un principio, tuttavia, dotato, come si dirà a momenti, di generale valenza³⁴.

³⁴ Su di esso una nutrita schiera di studiosi ha, opportunamente, prestatò (e seguita senza sosta a prestare) attenzione (tra gli altri, A. Randazzo, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2017, spec. p. 222 ss., ma *passim*; G. Silvestri, *L'individuazione dei diritti della persona*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 ottobre 2018; R. Romboli, *La influenza della Cedu e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Consulta OnLine*, 3/2018, 24 dicembre 2018, p. 626 ss.; S. Curreri, *Lezioni sui diritti fondamentali*, Milano, 2018, spec. p. 60 ss.; D. Trabucco, *Tutela multilivello dei diritti e sistema delle fonti nei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano. Verso un ritorno ai criteri formali- astratti a garanzia della superiorità della Costituzione*, in www.osservatoriosullefonti.it, 3/2018, 31 dicembre 2018, spec. p. 10 ss.; T. Mazzaresse, *La giustizia del diritto secondo il costituzionalismo (inter)nazionale e una domanda apparentemente disorientante*, in *Lo Stato*, 11/2018, p. 78 ss. Sulla vocazione espansiva dei diritti, v., inoltre, G. D'Amico, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in F. Cortese - C. Caruso - S. Rossi (a cura di), *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea Costituente*, Milano, 2018, p. 97 ss., spec. p. 114 ss.; pure *ivi*, v., però, criticamente, R. Bin, *70 anni dopo. Attualità e mitologie della Costituente. Discutendo le relazioni di Morelli, Faraguna, D'Amico e Saitto*, p. 170 ss., del quale v. anche *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, spec. p. 63 ss., ma *passim*, e, ora, anche *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1/2019, p. 11 ss., spec. p. 21 ss., nonché l'intervista sul tema *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in www.giustiziainsieme.it, 10 aprile

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

Ancora una volta, la Consulta ribalta la gerarchia secondo forma che avrebbe sollecitato ad assicurare comunque la prevalenza della fonte convenzionale “subcostituzionale” sulle leggi nazionali (e le fonti ad esse equiparate); e lo fa, appunto, a condizione che risulti acclarata la maggiore idoneità delle seconde ad assicurare una più intensa tutela ai diritti rispetto a quella ad essi offerta dalla CEDU. In una congiuntura siffatta – dice la Corte – dovrà farsi luogo ad un “bilanciamento” tra il principio della prevalenza del diritto internazionale sulle norme di legge, di cui all’art. 117, co. 1, con la norma costituzionale sostantiva nei cui riguardi quella legislativa si pone in funzione servente. Ancora una volta, parrebbe dunque che una norma costituzionale sulla normazione sia obbligata a recedere all’impatto con norma sostantiva. In realtà, come si è fatto in altri luoghi notare, non è qui appropriato discorrere di un “bilanciamento” in senso proprio tra le norme in parola, per la elementare ragione che la prima non entra in campo poiché è la stessa Convenzione a dichiarare (art. 53) di volersi affermare unicamente alla condizione di poter innalzare il livello della tutela del diritto in gioco rispetto a quella raggiungibile in base alla sola disciplina nazionale.

Ancora di recente, poi, la giurisprudenza costituzionale non ha mancato di rilevare come la Convenzione, per il modo con cui si fa a Strasburgo “diritto vivente”, possa offrire una tutela ancora più ampia di quella riscontrabile in ambito interno; allo stesso tempo, tuttavia, si ribadisce il “predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU”³⁵. Come si vede, perdurano vistose oscillazioni di ordine sistematico nell’orientamento della Corte, che non resiste all’“attrazione fatale” esercitata dal riferimento alla natura delle *fonti* ed alla loro provenienza, indulgendo però anche alle suggestioni che possono venire dalle *norme*, per il modo con cui si volgono a dare appagamento ai diritti.

Sta di fatto che – come si è venuti dicendo – le dinamiche della normazione, così come ricostruibili al *piano della teoria delle fonti*, scivolano naturalmente e si fanno compiutamente apprezzare al *piano della teoria della interpretazione*, una teoria appunto assiologicamente orientata. Se ne ha, d’altronde, conferma anche sul terreno su cui

2019; una difesa del principio del massimo *standard* di tutela può, se si vuole, vedersi *ivi*, nell’intervista a me fatta).

³⁵ Sent. n. 25 del 2019, punto 13 del *cons. in dir.*

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

maturano le relazioni tra la CEDU e la Carta dell'Unione: la prima, infatti, illumina coi suoi contenuti la seconda, che perciò richiede di essere intesa e fatta valere alla luce di quella, a meno che la Carta stessa non si dimostri in grado di offrire una tutela maggiormente avanzata di quella risultante dalla Convenzione. È la teoria della interpretazione, non la teoria delle fonti (quanto meno una d'ispirazione formale-astratta), che, in fin dei conti, consente di dare l'assetto più adeguato alle relazioni tra norme, risolvendo le eventuali antinomie tra di esse esistenti e inducendo a scegliere la più congrua alle complessive esigenze del caso³⁶.

³⁶ Da questa tesi, nella quale da tempo mi riconosco, ha, ancora da ultimo, preso le distanze R. Bin, *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, cit., spec. p. 21 ss., con argomenti ai quali mi sono sforzato di replicare nella intervista fattami da R.G. Conti, dietro già richiamata. Tengo qui, in particolare, a ribadire che il principio o criterio della massimizzazione della tutela non intende affatto portare – come, invece, B. paventa – all'effetto di svincolare il giudice dalla soggezione alla legge e, dunque, alla sostituzione del bilanciamento frutto di arbitrio del giudice al bilanciamento tra gli interessi meritevoli di tutela operato dalla legge stessa. E ciò, per plurime ragioni.

In primo luogo, rammento che il principio in parola è esplicitamente fatto proprio da alcune Carte dei diritti (e, segnatamente, dalla CEDU e dalla Carta di Nizza-Strasburgo, all'art. 53, cit.), recepite in ambito interno con legge e – ciò che più conta – è insito negli enunciati della nostra Carta costituzionale che fanno riferimento ai diritti costituzionali, a partire da quelli di cui agli artt. 2 e 3, più e prima ancora che negli enunciati, di cui agli artt. 10 e 11, che danno l'apertura del nostro ordinamento alla Comunità internazionale e ad organizzazioni sovranazionali, tra le quali l'Unione. *L'osservanza del principio del massimo standard discende, dunque, da un preciso, stringente vincolo positivo, al quale il giudice – gli piaccia o no – non può comunque sottrarsi.*

In secondo luogo, per ciò che specificamente attiene agli equilibri di ordine istituzionale, da tempo vado ripetendo nelle sedi più varie che il mantenimento della tipicità dei ruoli va a tutti i costi preservato e trasmesso anche alle generazioni che verranno, se abbiamo a cuore di preservare e trasmettere l'idea di Costituzione ereditata dai rivoluzionari francesi e mirabilmente scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789. La tipicità, però, non esclude ed anzi implica la leale cooperazione degli operatori, nello sforzo da tutti prodotto per l'ottimale appagamento dei diritti e, in genere, degli interessi meritevoli di tutela, alle condizioni oggettive di contesto. La qual cosa, poi, come si preciserà meglio a momenti, richiede, sì, il previo intervento del legislatore ma a mezzo di discipline duttili ed essenziali, in grado di adeguarsi alla varietà dei casi, nonché il fattivo e non preconconcetto “dialogo”

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

Non è di qui interrogarsi su quale sia il criterio che consenta di stabilire dove si situi la miglior tutela ed a chi spetti farvi luogo. Dispongo al riguardo di una sola certezza: che immaginare le Carte dei diritti disposte a mo' di eserciti, pronti a darsi battaglia senza risparmio di colpi, sarebbe comunque perdente, esattamente come lo sono, al tirar delle somme, le battaglie (o, peggio, le guerre) che lasciano sul terreno solo morti e feriti. Di contro, la soluzione ottimale, che va fin dove possibile perseguita con ferma determinazione, è quella della mutua integrazione delle Carte nei fatti interpretativi, secondo quanto peraltro risulta da una ispirata pronunzia del nostro giudice costituzionale, la n. 388 del 1999, alla quale faccio spesso richiamo nelle mie riflessioni in tema di rapporti tra le Carte (e le Corti). Non escludo, per un aprioristico orientamento, che quest'esito possa dimostrarsi talora non raggiungibile, se non col costo di palesi e vistose forzature dei testi, malgrado la strutturale duttilità ed apertura semantica dei loro enunciati. Non ho dubbi comunque che verso di esso si debba risolutamente puntare, producendo ogni sforzo possibile e sollecitando i canoni che presiedono all'interpretazione al massimo del loro rendimento possibile. La soluzione ottimale è, dunque, quella che vede tutte le Carte simultaneamente affermarsi, alimentandosi e rigenerandosi senza sosta a vicenda³⁷.

Come si vede, la *Grundnorm* della massimizzazione della tutela, prima (o invece) di portare ad una scelta tra questa o quella Carta alla luce della "logica" dell'*aut-aut*, è fattore di preorientamento interpretativo nel tentativo di portare quanto più in alto possibile la tutela dei diritti in gioco. Ed è perciò che la battaglia – se vogliamo riprendere l'immagine poc'anzi richiamata – le Carte possono (e devono) farla al piano *culturale*, prima (o invece) che a quello *positivo*, ciascuna di esse esponendo nel mercato dei diritti la propria mercanzia migliore e tentando di persuadere i potenziali clienti all'acquisto.

dei giudici (europei e nazionali, costituzionali e comuni), in vista del raggiungimento – perlomeno fin dove possibile – della meta.

³⁷ Di questa loro strutturale vocazione si è, peraltro, avuto, ancora di recente, testimonianza da Corte cost. nn. 24, 25 e 26 del 2019 (sulle prime due decisioni, per un primo commento, v. S. Finocchiaro, *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte EDU*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 marzo 2019).

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

Questa conclusione – come si è venuti dicendo – è generalizzabile proprio perché è figlia di una prospettiva metodica, ancora prima che teorica, d'inquadramento sistematico d'ispirazione assiologico-sostanziale, è figlia cioè di una teoria della Costituzione che ha nei diritti fondamentali, nel loro riconoscimento e nella loro salvaguardia, la massima consentita alle condizioni oggettive di contesto, il punto fermo dal quale si tiene e in forza del quale si afferma e incessantemente rinnova.

Di qui, poi, la conferma della impossibilità di seguitare a ripetere stancamente – come si è soliti fare in dottrina e giurisprudenza corrente³⁸ – il *leit motiv* che vede nei principi fondamentali dell'ordinamento i “controlimiti” all'ingresso delle norme sovranazionali in ambito interno. Non è vero, infatti, che ogni qual volta una norma, quale che ne sia la provenienza o la forma³⁹, dovesse dimostrarsi incompatibile con questo o quel principio fondamentale di diritto interno per ciò stesso andrebbe incontro alla sua caducazione ad opera del giudice costituzionale. Come si è tentato di argomentare altrove, si tratta infatti di far valere anche al piano delle relazioni interordinamentali la “logica” dei bilanciamenti secondo valore pressoché quotidianamente praticata in relazione ai conflitti tra norme di diritto interno; e, dunque, è da vedere se il costo pagato dalla Costituzione come “sistema” (e, segnatamente, dall'insieme dei valori fondamentali positivizzati) per effetto della lesione subita da parte di una norma avente origine esterna sia compensato dal miglior servizio

³⁸ Il tema è – come si sa – fatto oggetto di numerosi contributi scientifici che, seppur diversi per impostazione e svolgimenti, convergono tuttavia nella conclusione ora richiamata nel testo (riferimenti nell'approfondito studio di S. Polimeni, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Napoli, 2018, nonché in L. Federici, *Recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale tra teoria dei controlimiti e norme internazionali*, in www.osservatorioaic.it, 3/2018, 26 settembre 2018, p. 89 ss.; D. Paris, *Limiting the ‘Counter-limits’. National Constitutional Courts and the Scope of the Primacy of EU Law*, in *Constitutional Adjudication in Europe between Unity and Pluralism*, a cura di P. Faraguna - C. Fasone - G. Piccirilli, in *It. Journ. Publ. Law*, 2/2018, p. 205 ss., e, infine, A. Alpini, *Diritto italo-europeo e principi identificativi*, cit.).

³⁹ Quanto si viene dicendo presenta infatti carattere generale e vale altresì per i casi di norme interne che dovessero disporre in contrasto con questo o quel principio, venendo tuttavia talora assolte in sede di sindacato di costituzionalità, all'esito di una operazione di ponderazione assiologicamente orientata.

Antonio Ruggeri

*Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela
dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti*

recato ai valori stessi grazie all'ingresso della norma stessa nell'ordine interno, o viceversa. I "controlimiti", insomma, richiedono di esser fatti valere – come dire? – *a scomparsa*, per il modo con cui la norma di volta in volta in rilievo si pone in rapporto alla Costituzione come "sistema".

6. La ricorrente, stancamente ripetuta, obiezione secondo cui nel passaggio dal sistema delle fonti secondo forma al sistema delle norme secondo valore si smarrirebbero la certezza del diritto e la tipicità dei ruoli degli operatori, la critica ad essa qui rinnovata e poggiante sul riferimento all'idea di Costituzione di tradizioni liberali che ha nella certezza (e cioè nella effettività) della salvaguardia dei diritti costituzionali il suo cuore pulsante, le cause degli squilibri istituzionali e la ricerca dei loro possibili rimedi

È evidente che in un siffatto contesto teorico-ricostruttivo si va incontro a rischi di non poco momento, insiti nel fatto stesso delle operazioni di bilanciamento assiologicamente connotate. Non coglie, tuttavia, nel segno l'obiezione corrente (e che sempre più stancamente si ripete) secondo cui nel passaggio dal *sistema delle fonti secondo forma* ad un *sistema di norme secondo valore*, per un verso, verrebbe messa sotto *stress* fino a smarrirsi del tutto la certezza del diritto e, per un altro verso, in misura crescente ne soffre l'equilibrio tra le istituzioni, a motivo della eccessiva sottolineatura del ruolo dei giudici e a detrimento di quello del legislatore.

Il primo rilievo non tiene infatti conto del dato elementare e di comune esperienza secondo cui i bilanciamenti fanno parte dell'agire quotidiano degli operatori in genere (anche i prodotti normativi del legislatore, d'altronde, come si sa, racchiudono in sé ed esprimono il frutto di "bilanciamenti", siano o no fatti a modo, secondo ragionevolezza) e dunque – piaccia o no – non può farsene comunque a meno. Per altro verso, come si è fatto in altri luoghi notare, l'unica *certezza del diritto* (in senso oggettivo) che abbia senso e pregio è quella che si dimostri in grado di tradursi, nel vivo dell'esperienza, in *certezza dei diritti costituzionali*, vale a dire nella effettività della loro salvaguardia, la più adeguata possibile alla luce delle condizioni complessive di contesto.

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

Il secondo rilievo, poi, per vero, è assai serio e induce ad una disincantata riflessione. Va, nondimeno, osservato che ben altre sono le cause e le radici da cui incessantemente si alimenta lo squilibrio tra le istituzioni, tanto nei rapporti tra gli organi della direzione politica e gli organi di garanzia in genere (a partire, ovviamente, da quelli di natura costituzionale) quanto in seno agli stessi organi della medesima specie (così, nei rapporti tra Parlamento e Governo o in quelli tra Corte costituzionale e giudici comuni, dei quali qui pure si sono segnalate alcune preoccupanti manifestazioni).

Due le cause principali di questo stato di cose.

Per un verso, v'è la crisi della rappresentanza politica (*rectius*, della rappresentatività⁴⁰), crisi grave, forse endemica nelle democrazie di tradizioni liberali, resa ancora più vistosa dall'acclarata inadeguatezza del personale politico in rapporto alla marea montante dei problemi che affliggono la società, dalla strutturale incapacità, cioè, di progettazione di un ordinato sviluppo della società stessa da parte del personale in parola e, di riflesso, delle sedi istituzionali in cui esso s'incarna ed opera⁴¹.

⁴⁰ ... che, in realtà, com'è stato rilevato da un'accreditata dottrina, è, più ancora che dei rappresentanti, dei rappresentati, vale a dire della comunità governata (M. Luciani, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in N. Zanon - F. Biondi (a cura di), *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano, 2001, p. 109 ss., e, dello stesso, *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee*, in *Teoria pol.*, 2015, p. 113 ss., spec. p. 128. Tra i molti che si sono rifatti a questa indicazione teorica, v., ora, G. Laneve, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in www.rivistaaic.it, 4/2018, 30 dicembre 2018, spec. p. 423 ss.).

⁴¹ Tra i molti che ne hanno variamente discusso, v., di recente, almeno A. Morelli (a cura di), *La democrazia rappresentativa: declino di un modello?*, Milano, 2015; i contributi al Seminario su *Crisi della rappresentanza e nuove dinamiche della regolazione. Le prospettive della democrazia pluralista in Europa*, Catania, 3-4 aprile 2017, in www.osservatoriosullefonti.it, 3/2017; F. Scuto, *La democrazia interna dei partiti: profili costituzionali di una transizione*, Torino, 2017; A. Morelli, *Sovranità popolare e rappresentanza politica tra dicotomia e dialettica*, in *Dir. cost.*, 1/2018, p. 95 ss., e, dello stesso, ora, *amplius*, *Rappresentanza politica e libertà del mandato parlamentare*, Napoli, 2018; con riguardo alla dimensione sovranazionale, v., almeno, A. Cossiri, *Partiti e rappresentanza nella dimensione interna e sopranazionale. I fattori normativi*, Milano, 2018.

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

Per un altro verso, v'è un limite intrinseco, invalicabile, al quale vanno soggetti gli atti di normazione (a partire dall'atto-fonte per eccellenza, la legge), legato al loro "disporre" con caratteri di generalità ed astrattezza⁴²; ciò che fa sì che nessun atto, per pregevole che ne sia la fattura, può conformarsi alla irresistibile varietà del reale, appagando a modo, pienamente ogni esigenza che in esso dovesse manifestarsi.

Il vero è che – come si accennava poc'anzi e deve ora precisarsi meglio – si dà una naturale tipicità dei ruoli istituzionali che va preservata e trasmessa anche alle future esperienze dello Stato costituzionale, se si ha a cuore di salvaguardarne la essenza, quale appunto mirabilmente sintetizzata nella formula dell'art. 16 della Dichiarazione del 1789, dietro già richiamata. Tutti gli organi sono infatti chiamati in modi diversi e con responsabilità parimenti diverse a dare il loro concorso alla risoluzione dei problemi della società e, per ciò che ora più da presso importa, a dare appagamento ai diritti: possono (e devono) farlo, rendendo testimonianza del dovere di fedeltà su tutti gravante⁴³. Il primo passo compete farlo, per diffuso riconoscimento, al legislatore, il quale nondimeno, specie con riguardo a questioni di biodiritto, deve guardarsi sia dalla tentazione di far luogo a discipline eccessivamente minute e dettagliate (tanto più se infarcite di divieti, come da noi si è fatto con la legge 40 del 2004, in materia di procreazione medicalmente assistita) sia dal rischio opposto di varare discipline eccessivamente reticenti, vaghe, comunque insufficienti (la qual cosa, a tacer d'altro, graverebbe i pratici, e segnatamente i giudici, di un onere insopportabile, obbligati a mettere in atto una "supplenza" – com'è usualmente chiamata – che gli stessi giudici hanno fatto capire

⁴² Non riprendo qui la vessata questione circa i connotati propri delle norme giuridiche (e degli atti che le producono); mi limito solo a rilevare che, senza sovraccaricare di significato i connotati suddetti, da tempo – come si sa – fatti oggetto di critiche plurime e penetranti, sta di fatto che il "disporre" precede sempre, per sua natura, i casi ai quali pretende di applicarsi e, per ciò stesso, presenta pregi e difetti inconfutabili, ampiamente rilevati, dei quali invece non si ha riscontro negli atti dei giudici, confezionati su misura al pari degli abiti sartoriali in relazione alle peculiari esigenze dei casi.

⁴³ Si dà un nesso inscindibile tra la salvaguardia dei diritti e l'adempimento del dovere di fedeltà, il secondo ponendosi in funzione servente dei primi, pur non risolvendosi esclusivamente in siffatta sua manifestazione (acuti rilievi al riguardo in A. Morelli, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013).

essere “non richiesta e non gradita”⁴⁴). Insomma, trovare il giusto passo, in conformità al canone della ragionevolezza, tra il “troppo” e il “troppo poco” non è affatto cosa facile, tanto più se si considera che il punto di equidistanza dai corni estremi di questa alternativa soffocante si fissa variamente a seconda degli ambiti materiali, degli oggetti che in essi insistono e persino, per uno stesso oggetto, nel tempo.

Poiché, però, i contesti in cui le discipline positive s’inscrivono mutano di continuo, anche per l’emersione di emergenze e crisi varie viepiù difficili da arginare (se non pure da rimuovere del tutto)⁴⁵, con essi parimenti mutando i casi della vita bisognosi di regolazione positiva, se ne ha che quest’ultima deve connotarsi per un’apprezzabile duttilità strutturale e, perciò, dotarsi di previsioni essenzialmente *per principia*, facendo quindi rimando per i suoi adeguati svolgimenti in ragione dei casi a “deleghe” per operazioni di bilanciamento in concreto che, in ultima istanza, competono ai giudici, europei e nazionali, costituzionali e non⁴⁶. E, poiché i problemi da risolvere si

⁴⁴ Così, in particolare, secondo la efficace, nota espressione del Presidente della Corte costituzionale, G. Zagrebelsky, in occasione della Conferenza stampa del 2004, con specifico riferimento alla mancata adozione di una legislazione attuativa del nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione ma con considerazione – come si viene dicendo – dotata di generale valenza.

⁴⁵ Si pensi solo alla emergenza ambientale, a quella terroristica, a quella economica, a quella delle migrazioni di massa, e via dicendo.

⁴⁶ Di questo bisogno è avvertita una dottrina che si fa ogni giorno che passa sempre più numerosa, pur nelle sue articolazioni interne, la varietà dei toni e delle proposte teorico-ricostruttive [v., tra gli altri, P. Veronesi, *La legge sulla procreazione assistita alla prova dei giudici e della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 3/2004, p. 524, del quale v., ora, le precisazioni che sono in Rights on the move: come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni), in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 2/2018, p. 77 ss.; S. Agosta, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali di inizio-vita*, Milano, 2012, spec. p. 38 ss., ma *passim*; A. Patroni Griffi, *Il bilanciamento nella fecondazione assistita tra decisioni politiche e controllo di ragionevolezza*, in www.rivistaaic.it, 3/2015, 24 luglio 2015, spec. al § 5 e, dello stesso, *amplius*, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016; C. Casonato, in molti scritti, tra i quali *La fecondazione eterologa e la ragionevolezza della Corte*, in www.confrontocostituzionali.eu, 17 giugno 2014; R. Conti, *Diagnosi preimpianto, fine vita, sperimentazione su embrioni criocongelati. Prove di dialogo incrociato fra Corti*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 3/2015, p. 168; nella stessa *Rivista*, A. D’Aloia, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, 1/2016, p. 105 ss.; M. Piccinni, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano*

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

portano ormai, nella gran parte, ben oltre i confini dei singoli ordinamenti statali⁴⁷, richiedendo sforzi formidabili prodotti da plurimi operatori istituzionali dislocati a più livelli, ecco che si richiede una feconda collaborazione non soltanto tra legislatore (in lata accezione) e giudici in seno allo Stato o ad altro ordinamento non statale ma anche tra operatori di ordinamenti diversi. Per ciò che qui specificamente importa, sono proprio le Corti europee e quelle nazionali ad essere sollecitate a produrre uno sforzo collettivo che si rende particolarmente apprezzabile ogni qual volta vengano ad impiantarsi e svolgersi quelle che ho altrove chiamato delle “catene” di atti giurisdizionali, distinti sì per natura e regime complessivi ma convergenti e miranti verso la meta comune di dare concretezza, effettività a quel “metapprincipio” della massimizzazione della tutela che si è veduto essere l’autentica *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali e della mobile ricomposizione (non delle *fonti* ma) delle *norme* in “sistema”. Le “catene” in parola nascono perlopiù da un atto d’impulso in ambito sovranazionale (ad opera della Corte dell’Unione o della Corte di Strasburgo) e si snodano quindi in ambito interno a mezzo di pronunzie

Rodotà, 1/2018, spec. p. 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 [Consulta OnLine](#), 1/2018, 4 aprile 2018, spec. p. 235 ss. e, dello stesso, ora, *Bioetica e biodiritto. Nuove frontiere*, in [www.giustiziainsieme.it](#), 28 gennaio 2019, e *Scelte di vita o di morte. Il giudice garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la l. 219/2017*, Roma, 2019; A. Iannuzzi, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018, spec. p. 170 s., e, se si vuole, anche il mio *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in S. Agosta - G. D’Amico - L. D’Andrea (a cura di), *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un’esperienza, problemi e prospettive*, Napoli, 2017, p. 257 ss., nonché in [www.federalismi.it](#), 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4. Da ultimo, G. Laneve, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, cit., p. 407 ss., spec. p. 431; L. Chieffi, *Il diritto all’autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Torino, 2019, p. 90 ss., e A. Licastro, *Trattamenti sanitari, diritto all’autodeterminazione ed etiche di fine vita dopo l’ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, relaz. al Convegno su *Valetudo et religio: intersezioni fra diritto alla salute e fenomeno religioso*, Roma, Università “La Sapienza” 4 aprile 2019, in *paper*, § 7].

⁴⁷ Non a caso, d’altronde, sono fiorite, a partire dal secondo dopoguerra, le organizzazioni internazionali o sovranazionali, tra le quali appunto le Comunità europee ed oggi l’Unione.

Antonio Ruggeri

Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti

del tribunale costituzionale, chiudendosi infine nelle aule in cui si amministra la giustizia comune. Ebbene, quando esse vengono alla luce a modo e nel rispetto da parte di ciascuna Corte del ruolo spettante all'altra o alle altre, prende corpo – come si è fatto altrove notare – un effetto unitario (della “catena”, appunto) che sovrasta e *quodammodo* assorbe gli effetti prodotti dai singoli atti, volgendosi ad offrire ai diritti un appagamento che gli effetti stessi *uti singuli*, per limiti strutturali loro propri, non sarebbero in grado di dare.

È così – se ci si pensa – che prende armonica forma quella integrazione delle Carte nei fatti interpretativi, di cui si è dietro discorso, quel mutuo sostegno cioè che esse sono chiamate a darsi e che possono effettivamente darsi unicamente alla condizione che nessuna Corte coltivi l'insano proposito di proporsi quale vertice solitario di una costruzione piramidale che veda le Corti restanti in posizione comunque ancillare e subalterna. Se di questo *trend*, che – come si è veduto – ha non sporadiche realizzazioni, si dovesse seguitare ad avere riscontro (specie nella prospettiva di un'ulteriore avanzata del processo d'integrazione sovranazionale), sarebbe la fine sia per la Costituzione e lo Stato costituzionale e sia pure, di conseguenza, per i diritti. Occorre, di contro, prendere finalmente consapevolezza del fatto che, specie nel presente contesto gravato da fitte nubi e non poche incognite circa la stessa sopravvivenza del modello di società organizzata che abbiamo fin qui conosciuto, nessuna Carta costituzionale è in grado di dire tutto su tutto e di dirlo sempre nel modo migliore, specificamente in relazione ai diritti ed alle forme viepiù varie ed impegnative di tutela dagli stessi reclamate; e, perciò, neppure le Corti che delle prime sono istituzionalmente garanti possono rivendicare ciascuna per sé una *primauté* contestata in radice dalla stessa pluralità delle Carte e dei contesti in cui esse si calano ed operano. Il primato, piuttosto, come si è veduto, va ricercato al *piano culturale*, non pure a quello *positivo* e, meno che mai, in un ordine di stampo formale-astratto; va costruito giorno dopo giorno, con non poca fatica e alle volte vera e propria sofferenza, chiamando comunque a raccolta tutti gli operatori affinché si spendano, nei modi richiesti dalle circostanze, al servizio dell'uomo, dei suoi diritti, della sua dignità.

Antonio Ruggeri

*Rapporti interordinamentali, riconoscimento e tutela
dei diritti fondamentali, crisi della gerarchia delle fonti*

ABSTRACT: The paper outlines how a value based constitutional theory is able to undermine a hierarchical approach to the sources of law theory. This crisis is clearly emerging from the case law of the Italian Constitutional Court, with particular regard to the protection of fundamental rights. The paper goes on by critically analyzing the always more univocal trend of the constitutional case law to centralize the evaluation related to the compatibility between domestic and external norms, outlining the possible negative implications for the protection of the rights at stake. Finally, the paper ends with a series of counter-objections to the objections related to the proposal which suggests to focus not on “the form” but on “the value” as far as the construction of a sources of law theory is concerned.

KEYWORDS: Relationship between interconnected legal orders, protection of fundamental rights, crisis of the hierarchical approach to the sources of law theory, Legal theory, Courts adjudication

Antonio Ruggeri – Professore ordinario di diritto costituzionale,
Università degli Studi di Messina