

Rivista N°: 4/2018
DATA PUBBLICAZIONE: 30/12/2018

AUTORE: Giuseppe Laneve*

LEGISLATORE E GIUDICI NEL CONTESTO DELLE TRASFORMAZIONI COSTITUZIONALI DELLA GLOBALIZZAZIONE: ALCUNE RIFLESSIONI

Sommario: Premessa. – 1. Un contesto di continue trasformazioni costituzionali. – 2. Il riposizionamento dei giudici al cospetto del legislatore e il ruolo cruciale delle norme-principio. – 3. La crisi della rappresentanza come doppia crisi: del rappresentante e del rappresentato. – 4. Alcune (ulteriori) ragioni dell'avanzata della giurisdizione. – 5. Uno sguardo al ruolo delle Corti costituzionali, quali istituzioni "di confine": a) tra politica e giurisdizione; b) tra ordine interno e ordine esterno. – Conclusioni.

Premessa

Il conflitto tra *legis-latio* e *iuris-dictio*, dopo aver popolato per secoli le acque degli ordinamenti nazionali, ha raggiunto il mare aperto dell'ordinamento europeo. Mare, quest'ultimo, caratterizzato da correnti molto forti, il cui moto produce una spinta continua al suo ingresso senza filtri nelle singole acque territoriali, pervadendole, ma che, tuttavia, in ipotesi eccezionali, può impattare contro barriere difficili da perforare. Come recentemente scritto da Augusto Barbera, i rapporti tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali si fondano sull'esistenza di due canali paralleli: da una parte la Corte di giustizia e i giudici comuni chiamati a interpretare ed applicare il diritto europeo, e quindi a disapplicare le norme nazionali contrastanti; dall'altra le Corti costituzionali chiamate, dalla sentenza Simmenthal in poi (1978), a ritrarsi rispetto all'applicazione del diritto europeo (ma inevitabilmente invogliate ad erigere barriere – i controlimiti – in nome dell'identità costituzionale nazionale)¹.

* Associato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi di Macerata.

¹ A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 150.

Proprio la minaccia dell'attivazione dei controlimiti, e dunque dell'innalzamento per la prima volta di quella barriera², portata avanti con decisione dalla Corte costituzionale italiana con la ben nota ord. n. 24 del 2017, si è poggiata sul rapporto tra legislazione e giurisdizione che, infatti, come prontamente sottolineato dalla dottrina più autorevole³, è il nodo centrale sotteso alla vicenda Taricco II. Qui, infatti, è stata posta in termini molto chiari, con riferimento alla specifica materia penale, la questione relativa alla modalità di esercizio dei poteri in materia di punibilità⁴: si tratta di un ambito nel quale il giudice può muoversi con ampi margini di manovra (come lascia intendere la Corte di Giustizia nella Taricco I⁵)? ovvero questi può intervenire sempre e solo *a posteriori*, vale a dire dopo che sia stato indirizzato, con

² A. ANZON, *La Corte costituzionale è ferma sui controlimiti, ma rovescia sulla Corte europea di giustizia l'onere di farne applicazione, bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli stati membri*, in *Giur. cost.*, 1/2017, 524, mette in evidenza come l'ord. n. 24 rappresenti il primo caso in cui la Corte italiana "affronta apertamente un problema di contrasto del diritto europeo – come interpretato dalla Corte di giustizia – con i 'controlimiti' posti dalla Costituzione italiana". La dottrina si è ampiamente soffermata su tale importante pronuncia: cfr. M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Giur. cost.*, 1/2017, 535 ss.; A. CELOTTO, *Un rinvio pregiudiziale verso il dialogo o per il monologo?*, *ivi*, 183 ss.; M. ESPOSITO, *Il potere deliberativo della Corte costituzionale sulle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, *ivi*, 186 ss.; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronuncia che espone, ma ancora non oppone, i controlimiti (a margine della di Corte cost., n. 24 del 2017)*, in *Consulta online*, 1/2017; M. BASSINI – O. POLLICINO, *The Taricco Decision: A Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution*, in *verfassungsblog.de*, 28.1.2017; P. FARAGUNA, *The Italian Constitutional Court in re Taricco: "Gauweiler in the Roman Campagna"*, *ivi*, 31.1.2017; *Id.*, *Diritto Ue e principio di legalità penale: il "caso Taricco" torna alla Corte di giustizia*, in *Studium iuris*, 5/2017, 532 ss.; A. LONGO, *luxta propria principia. La Corte costituzionale tra autocomprensione identitaria, dialogo polemico tra corti e un nuovo tipo di decisione monitoria, a partire dall'ordinanza n. 24 del 2017*, in *Rivista Aic*, 3/2017; G. PICCIRILLI, *L'unica possibilità per evitare il ricorso immediato ai controlimiti: un rinvio pregiudiziale che assomiglia a una diffida*, in *Consulta online*, 1/2017; F. BAIO, *Il principio di legalità in materia penale quale controlimite all'ordinamento eurounitario: una decisione interlocutoria (ma non troppo!) della Corte costituzionale sul caso Taricco*, *ivi*; G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della "supremacy". In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso "Taricco"*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2017, 229 ss.; R. MASTROIANNI, *La Corte costituzionale si rivolge alla Corte di giustizia in tema di "controlimiti" costituzionali: è un vero dialogo?*, in *federalismi.it*, 7/2017; C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in *eurojus.it*, 29.1.2017; V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco". Note minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017*, in *Boll. trib. d'inform.*, 5/2017, 333 ss.; R.E. KOSTORIS, *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei "controlimiti" e scontro tra paradigmi*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*, 3/2017; F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco*, *ivi*; G. RICCARDI, *"Patti chiari, amicizia lunga". La Corte costituzionale tenta il "dialogo" nel caso Taricco, esibendo l'arma dei controlimiti*, *ivi*; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di giustizia*, *ivi*.

³ M. LUCIANI, *Intelligenti pauca*, cit., 543. L'A. richiama anche le sottolineature sul punto fatte dalla dottrina penalistica, cfr. R.E. KOSTORIS, *ult. cit.*, in part. 207 ss.

⁴ La questione, come noto, si è incentrata soprattutto attorno alla prescrizione, riconosciuta dalla Corte costituzionale italiana istituto di natura sostanziale e non processuale, come avviene in altri ordinamenti. Vedi Corte cost., ord. n. 24 del 2017, pp. 4, 5 e 8.

⁵ Sulla sentenza della Grande Sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea, 8 settembre 2015, causa C-105/14, si veda, tra i tanti, almeno M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista Aic*, 2/2016; R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirme fuori*, in *Dirittopenalecontemporaneo*, 4.7.2016; V. MANES, *La "svolta" Taricco e la potenziale "sovversione di sistema": le ragioni dei controlimiti*, *ivi*, 6.5.2016; F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni e sulla reale posta in gioco*, *ivi*, 9.5.2016; C. SOTIS, *Il limite quale controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, *ivi*, 14.10.2016; E. LUPO, *La primauté del diritto UE e l'ordinamento penale nazionale (Riflessioni sulla sentenza Taricco)*, *ivi*, 29.2.2016; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte di Giustizia può erigere il giudice a legislatore*, *ivi*, 10.12.2015; G. REPETTO, *La Cassazione sul caso Taricco, tra disapplicazione con effetti retroattivi in malam partem e mancata applicazione dei controlimiti*, in *Rivista Aic*, 2/2016.

adeguata determinatezza, dal legislatore, in ossequio a quel supremo principio di legalità tipico degli ordinamenti di *civil law* (come afferma senza esitazioni la Corte italiana nell'ordinanza n. 24 del 2017)⁶?

L'esito della vicenda, con la risposta accomodante e conciliativa del Giudice europeo alla "sfida" rilanciata dalla Corte costituzionale (sentenza Grande Sezione, 5 dicembre 2017, M.A.S)⁷, che di fatto ha messo in sicurezza il principio di legalità così come suggerito dal Giudice costituzionale nazionale⁸, e la recente pronuncia n. 115 del 2018 di quest'ultima che, pur non priva di alcuni profili problematici⁹, peraltro forse ancora fisiologici nella complessa tessitura della trama eurounitaria, in qualche modo ha chiuso il cerchio, ci consegna una problematizzazione del tema "diritto legislativo" *versus* "diritto giurisprudenziale" più volte filtrata nel vortice relazionale tra Corti, che pare destinata a suscitare interrogativi e riflessioni dal respiro ampio¹⁰.

⁶ Secondo la Corte costituzionale, il vincolo della riserva assoluta di legge in materia penale richiede che le scelte relative alla punibilità, categoria nella quale rientra l'istituto della prescrizione, vengano assunte esclusivamente dal legislatore mediante norme sufficientemente determinate. Cfr. sul punto G. LATTANZI, *Il dialogo tra Corti nei casi Melloni e Taricco*, in *Cass. pen.*, 6/2017, 24. Alcuni hanno sottolineato come in tale pronuncia la Corte abbia per la prima volta in maniera espressa individuato il principio di legalità come uno dei principi supremi idonei a fungere da controlimiti, così A. LONGO, *op. cit.*, 3.

⁷ In tema, R. BIN, *Taricco tango. Quale sarà il prossimo passo?*, in *forumcostituzionale.it*, 2.2.2018; F. VIGANÒ, *Legalità 'nazionale' e legalità 'europea' in materia penale: i difficili equilibri della Corte di giustizia nella sentenza M.A.S. ("Taricco II")*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2017, 1281 ss.; V. MARCENÒ, *La sentenza Taricco-bis. Conseguenze di una sovranità non decisa*, in *Quad. cost.* 1/2018.

⁸ L'interpretazione dell'art. 325 TFUE che viene prospettata dal nuovo intervento del Giudice europeo è nel senso che "esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell'ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di IVA, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel diritto sostanziale nazionale, che ostino all'infrazione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione o che prevedano, per i casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato" (par. 62).

⁹ Evidenziati soprattutto da C. AMALFITANO - O. POLLICINO, *Jusqu'ici tout va bien... ma non sino alla fine della storia. Luci, ombre ed atterraggio della sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale che chiude (?) la saga Taricco*, in *Diritti Comparati*, 5 giugno 2018 e S. POLIMENI, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l' "evoluzione" dei controlimiti attraverso il "dialogo" tra corti, dopo la sentenza n. 115 del 2018*, in *Osserv. cost.*, 2/2018, in part. 19 ss. Sulla pronuncia, cfr. anche P. FARAGUNA, Roma locuta, *Taricco finita*, in *Diritti comparati*, 5 giugno 2018; M. DONINI, *Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018. La determinatezza ante applicationem e il vincolo costituzionale alla prescrizione sostanziale come controlimiti alla regola Taricco*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*, 11.07.2018; C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo "certo"*, *ivi*, 6/2018, 227 ss.

¹⁰ In tema si vedano le acute riflessioni di S. NICCOLAI, *La globalizzazione come ampliamento del ruolo della giurisdizione: un falso mito?*, in AA.VV., *Costituzionalismo e globalizzazione – Atti del XXVII Convegno annuale dell'Associazione dei Costituzionalisti*, Salerno, 22-24 novembre 2012, Jovene, Napoli 2014, 103 ss., la quale ricorda come il problema dello squilibrio tra legislazione e giurisdizione investe insieme legislazione e giurisdizione "perché rimanda alle concezioni del diritto, dell'esperienza giuridica, che, in un certo tempo, e proprio attraverso il tipo di rapporto che tra legislazione e giurisdizione si instaura, risultano in essere. Dunque, quello squilibrio è sintomo delle concezioni della politica e del potere che, in un dato tempo e luogo, si affermano. Non si tratta di confusione *tout court* tra legislazione e giurisdizione ma di una certa idea di convivenza che si afferma".

La (ri)affermazione della priorità del legislatore sul giudice¹¹, nella prospettiva anche di un vero diritto penale europeo “certo”¹², non pare di poco momento, infatti, vieppiù in un contesto, ancora europeo, alla continua ricerca di forme di assestamento e stabilizzazione che chiamano in causa direttamente anche le macro categorie del *civil* e del *common law*¹³, queste ultime invero già soggette a significativi e intensi processi di ibridazione e convergenza, come ci insegnano gli studi di diritto comparato¹⁴. Sul fronte Cedu, la ugualmente recente

¹¹ Conclamata nel passaggio di cui al punto 11 del Considerato in Diritto della Corte cost., sent. n. 115 del 2018, per cui le scelte di diritto penale sostanziale devono incarnarsi “in testi legislativi offerti alla conoscenza dei consociati. Rispetto a tale origine del diritto scritto di produzione legislativa, l’ausilio interpretativo del giudice non è che un *posterius* incaricato di scrutare nelle eventuali zone d’ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell’arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo”. Cfr. sul punto M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione, ad vocem*, in *Enc. dir., Annali IX*, Giuffrè, Milano 2016, 423 secondo il quale “nel caso del rapporto fra legislatore e giudice le condizioni di possibilità della scelta interpretativa del secondo non sono nel suo dominio, non sono oggetto di una sua scelta, perché costituiscono il dato entro il quale la facoltà deve esercitarsi. Ovviamente, non sono offerte solo dal dato testuale, dall’enunciato legislativo, ma non è dubbio che questo ne faccia decisamente (e prioritariamente) parte e – soprattutto – che la sua peculiarità sia il provenire da un emittente legittimato proprio alla definizione delle altrui condizioni di possibilità”.

¹² C. CUPELLI, *ult. cit.*, conclude affermando che “la ferma opposizione della Corte costituzionale a un diritto penale sovranazionale di matrice giurisprudenziale, incerto e imprevedibile, non corrisponda a un’aprioristica chiusura a un diritto penale europeo, potendosi scorgere tra le righe della sentenza n. 115 del 2018 il nuovo inizio di un percorso di consacrazione a livello comunitario delle garanzie democratiche tipiche della materia penale, a partire dall’esigenza di una base legislativa, anche europea, ‘determinata’ e prevedibile”. P. FARAGUNA, *ult. cit.*, parla di “slancio costruttivo” della Corte nella sentenza n. 115 del 2018, allorché “indirizza il diritto penale europeo verso una certa matrice continentale a base legislativa, intervenendo in un momento cruciale di sviluppo del diritto penale europeo”. Va peraltro ricordato come, il 5 luglio 2017, dunque a cavallo tra il rinvio operato dalla Corte con l’ord. n. 24 e la pronuncia della Corte di giustizia, il legislatore europeo sia intervenuto con la Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell’Unione mediante il diritto penale, entrata in vigore il 17 agosto 2017 e da recepirsi entro il 6 luglio 2019.

¹³ Non a caso, vi è chi, esprimendo una neanche troppo velata critica nei confronti di questa “ri-affermazione”, ha ritenuto che “una tutela nazionale dei controlimiti rispetto all’art. 101.2 Cost. potrebbe portare, se condotta alle sue estreme conseguenze, a colpire al cuore la stessa logica di integrazione che regge i rapporti tra diritto interno e diritto dell’Unione e da cui discende lo stesso principio di primazia del diritto eurounitario. Invocare il principio di sottoposizione del giudice alla legge significa dunque, in questa prospettiva, evocare uno scontro tra paradigmi, evidenziando la mai del tutto composta frattura che si avverte nel sistema del diritto contemporaneo, tra la cultura di *civil law* a cui si ispirano i Paesi dell’Europa continentale, compreso il nostro, e la cultura di *common law* da cui trae invece per larga parte alimento il diritto europeo. O, se si preferisce considerare il problema in una prospettiva diversa, tra i canoni positivistici moderni di matrice illuministica che caratterizzano la legalità normativa statuale e le categorie giuridiche postmoderne della legalità giudiziale europea”, R.E. KOSTORIS, *ult. cit.*, 207-8. Sul particolare significato del diritto giudiziario in Europa, cfr. A. STONE SWEET, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford University Press, Oxford 2004; M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Il Mulino 2010, in part. 122 ss. Per una critica della riconducibilità del diritto europeo, soprattutto *cotè* Corte di Strasburgo, al *common law*, cfr. J.D. HEYDON, *Are Bill of Rights Necessary in Common Law System?*, in *130 Law Quarterly Review*, 3, 2014, 392 ss.

¹⁴ G. CANIVET, *The Interrelationships Between Common Law and Civil Law*, in *63 Louisiana Law Review*, 2004, 937 ss.; J-L. BAUDOIN, *Mixed Jurisdiction. A Model for XXIst Century?*, *ivi*, 983 ss.; V.V. PALMER, *Mixed Legal Systems ...and the Myth of Pure Laws*, in *67 Louisiana Law Review*, 2007, 1205 ss. Interessante è la prospettiva asiatica, su cui in part. P. J. YAP, *Constitutional Dialogue in Common Law Asia*, Oxford University Press, 2015, e la recensione di W-C. CHANG in *15 Intern. Jour. of Const. Law*, 1/2017, 264 ss. Cfr., *ex multis*, L.

sentenza n. 43 del 2018, nel disporre la restituzione degli atti al giudice *a quo* per un riesame della rilevanza della questione, a seguito di un *revirement* della Grande Camera di Strasburgo che ha determinato un “*novum*”, un “mutamento di significato” della normativa interposta, per usare le parole del Giudice costituzionale, ha offerto una ulteriore valorizzazione del diritto giurisprudenziale al cospetto del diritto politico¹⁵.

Scopo del presente lavoro non è un commento alla c.d. saga Taricco, quanto quello di prendere spunto dal “*core business*” in essa affrontato per svolgere alcune considerazioni sul rapporto tra potere legislativo e potere giudiziario che vadano a indagare, in particolare, le ragioni per le quali, nel nostro come in altri ordinamenti tradizionalmente riconducibili al *civil law*, il secondo pare conquistare sempre più terreno *sul primo*. Considerazioni che, in conclusione, scivoleranno, quasi naturalmente, sul piano relativo al ruolo delle Corti costituzionali - organi *ab origine* tra il *politico* e il *giurisdizionale* - nella prospettiva sovranazionale, tornando così al caso Taricco che si conferma, pertanto, denso di significati sotto molteplici punti di vista.

1. Un contesto di continue trasformazioni costituzionali

Il conflitto tra potere politico e potere giurisdizionale, tra *voluntas* e *ratio*, in fondo tra potere democratico e potere aristocratico, già tema classico del costituzionalismo antico e moderno¹⁶, conosce negli ultimi tempi, come lo stesso sbocco europeo dimostra, declinazioni

PEGORARO – A. RINELLA, *Sistemi costituzionali comparati*, Giappichelli, Torino 2017, in part. 47 ss.; V. VARANO – V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law e common law*, Giappichelli, Torino 2014; U. MATTEI, *Civil Law e Common Law. Verso una convergenza?*, in F. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della Modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino 2008, 191 ss.; P.G. MONATERI – A. SOMMA, *Il modello di civil law*, Giappichelli, Torino 2016; E. CUKANI – M. DI COSOLA – M. NICOLINI – G. POGGESCHI, *Rischi e potenzialità del dialogo costituzionale globale. Per una costruzione di un “itinerario” geo-giuridico mediante la comparazione nel diritto pubblico*, Esi, Napoli 2015; E. A. IMPARATO, “Common Law” v. “Civil Law”. *Tra formanti, canoni ermeneutici e giurisprudenza quali contaminazioni?*, in *federalismi.it*, 4/2016. Utili sempre le riflessioni sul tema di A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto. Artt. 1-9*, II ed., in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Disposizioni sulla legge in generale*, Zanichelli, Roma-Bologna, 2011, 536 ss. e 705 ss. Recentemente, cfr. S. BARTOLE, *Comparative Constitutional Law – an Indispensable Tool for the Creation of Transnational Law*, in *European Constitutional Law Review*, 13, 2017, 601 ss. Sul ruolo della comparazione nella “costruzione” del giudice amministrativo europeo, cfr. A. PAJNO, *Il giudice amministrativo italiano come giudice europeo*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2018, 585 ss.

¹⁵ Così R. ROMBOLI, *Vincolatività della interpretazione della CEDU da parte della Corte EDU e restituzione degli atti al giudice “a quo” in una pronuncia che mostra la difficile tenuta della priorità costituzionale indicata nella sentenza n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, 2/2018, 868. Sulla decisione n. 43 del 2018, cfr. anche E. BINDI, *Divieto di bis in idem e doppio binario sanzionatorio nel dialogo tra giudici nazionali e sovranazionali*, in *federalismi.it*, 17/2018; A. GALLUCCIO, *Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*, 3/2018, 234 ss.

¹⁶ Impossibile richiamare tutta la letteratura in merito. Ci si limita ai tradizionali studi di C. H. McILLWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, ed. it. a cura di N. Matteucci, Il Mulino, Bologna, 1990; N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Utet, Torino, 1988; M. FIORAVANTI, *Stato e*

nuove, difficilmente ascrivibili ad un'unica causa, essendo invero la risultante di dinamiche, non solo giuridiche, molto complesse.

Non sorprende, pertanto, il continuo interesse che suscita in dottrina¹⁷ anche perché attorno ad esso si sviluppa sempre “un intreccio di questioni tra loro connesse”¹⁸.

Trattasi di conflitto che ruota intorno a quella zona nevralgica del diritto costituzionale, che si colloca all'incrocio tra forma di governo e forma di Stato¹⁹. Ragion per cui non ci si può accontentare di letture parziali, occorrendo invero che ogni sua singola sfaccettatura, così come il loro insieme, siano adeguatamente inseriti all'interno del contesto proprio di riferimento²⁰.

Un'operazione che si rivela viepiù necessaria se solo si apprezza come quel contesto sia attraversato da processi di cambiamento talmente radicali da mettere ormai seriamente in discussione diverse categorie fondative dello Stato costituzionale²¹: in particolare e

costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali, Giappichelli, Torino 1993; M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1994.

¹⁷ Solo per limitarsi ai più recenti, A. RUGGERI, *Crisi della rappresentanza politica e “Stato giurisdizionale” (nota minima su un'annosa e irrisolta questione)*, in *federalismi.it*, n. 23/2018; N. ZANON, *Tra giurisdizione e legislazione. Leggendo «La libertà e la legge» di Bruno Leoni*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 253 ss.; ID., *Pluralismo dei valori e unità del diritto: una riflessione*, *ivi*, 4/2015, 919 ss.; A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana, ad vocem*, in *Enc. dir.*, *Annali VIII*, Giuffrè, Milano 2015; G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge...in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2018, 59 ss.; S. BARTOLE, *Ragionando su giudici e legislatori*, in *Dir. Pubbl.* 1/2018, 3 ss., peraltro ultimo contributo di un *Dibattito* su “*Giudici e legislatori*”, ospitato con numerosi interventi dapprima *ivi*, 2/2016, 483 ss., poi con i contributi di P. GROSSI, *ivi*, 3/2016 e G. CANZIO e G. ALPA, *ivi*, 1/2017; A. RUGGERI, *L'indirizzo politico tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale*, in *Consulta online*, III/2017, 490 ss.; G. SCACCIA, “*Constitutional Values and Judge-Made Law*”, in *The Italian Law Journal*, 1/2017, 177 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, cit.; ID., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 6/2012, 3823 ss.; M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 7 ss.; O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Franco Angeli, Milano 2014; R. BIN, *Diritti, giudici e poteri*, in *Quad. cost.*, 4/2013, 1049 ss. Si veda anche il dibattito su *Quest. Giust.*, 4/2016; G. MOSCHELLA, *Ruolo dei giudici e ruolo del legislatore a tutela dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, II, Giappichelli, Torino 2016, 1490 ss. Si veda anche, recentissimamente, l'analitica e puntuale ricostruzione del pensiero di Gianbattista Vico in ordine alla *juris-ditio* e alla *juris-dictio* di L. BUFFONI, *Vico tra juris-ditio e juris-dictio (tra legislazione e giurisdizione)*, in *Rivista Aic*, 4/2018.

¹⁸ Così recent. R. PARDOLESI – G. PINO, *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, 114.

¹⁹ Sul punto, vedi le considerazioni di M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, cit., 434, per il quale smarrire i confini tra *legis-latio* e *iuris-dictio* comporta conseguenze gravissime tanto sul piano della separazione dei poteri (forma di governo) quanto su quello della disponibilità dei diritti e dei doveri (forma di Stato). In tema, sempre, J. WALDRON, *The Dignity of Legislation* (1999), tr. it. a cura di A. Pintore, *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Giuffrè, Milano 2001.

²⁰ P. COSTA, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli 2006, invita a non ignorare quanto il contesto che cambia incida su concetti che conservano la stessa denominazione, “come se il mutare dei contesti fosse solo una veste indifferente, la copertura superficiale di una dialettica sempre eguale a se stessa; come se insomma la storia celasse una sorta di eterno ritorno dell'identico”, 9.

²¹ Da ultimo, cfr. A. RUGGERI, *Crisi della rappresentanza politica*, cit. 4 ss.; A. MORRONE, *Globalizzazione e trasformazioni costituzionali*, in AA.VV., *Scritti on onore di Gaetano Silvestri*, cit., 1471 ss. Vedi anche A. SPADARO, *Le evoluzioni contemporanee dello Stato di diritto*, in *Lo Stato*, 8/2017, 139 ss. Per un'approfondita analisi delle categorie in discussione, cfr. tutti i contributi ora in AA.VV., *Di alcune grandi categorie del diritto costituziona-*

in ordine sparso, il nuovo rapporto tra politica ed economia, lo stato di emergenza generato dalla crisi finanziaria e dal terrorismo internazionale, il progresso della scienza e della tecnologia²², il ruolo giocato dalla rete, l'imponenza dei flussi migratori²³. Processi, per di più, che, in una complessa e duplice relazione di causa ed effetto, si innestano con forza dirompente sul sistema della *rappresentanza politica*, la cui crisi trova ragioni anche in altri luoghi e in tempi più lontani, svelandone tutte le attuali fragilità²⁴.

La globalizzazione, con le sue plurime forme di manifestazione²⁵, tutte però accomunate dall'annullamento dei confini, ha messo in crisi un *topos* del diritto pubblico moderno, la sovranità statale²⁶ e, pur non determinando di per sé un superamento degli stati nazionali²⁷, ha prodotto profonde trasformazioni costituzionali²⁸.

Tra gli interrogativi più impellenti dell'oggi, vi è quello volto alla ricerca del soggetto meglio capace di assumere, in termini di efficienza e responsabilità, non sottraendosi tuttavia alle conquiste del costituzionalismo²⁹, l'onere della decisione pubblica, attesa la evidente erosione del primato del legislatore.

le. Sovranità Rappresentanza Territorio, Atti del XXXI Convegno annuale Trento, 11-12 novembre 2016, Jovene, Napoli 2017. Vedi anche G. AZZARITI, *Democrazia e costituzione nei grandi spazi della contemporaneità*, in F. Brancaccio – C. Giorgi (a cura di), *Ai confini del diritto. Poteri, istituzioni e soggettività*, DeriveApprodi, Roma 2017, 130 ss.

²² In tema cfr. P. COSTANZO, *Il fattore tecnologico e le trasformazioni del costituzionalismo*, in AA.VV., *Costituzionalismo e globalizzazione*, cit., 43 ss.

²³ Per una connessione tra supplenza da parte della giurisdizione nei confronti del politico e situazioni di crisi, in particolare quella economica, cfr. A. RUGGERI, *Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Consulta online*, III/2015, 773. In tema cfr. anche G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

²⁴ Tra i più recenti, S. STAIANO, *Rappresentanza (relazione introduttiva)*, in AA.VV., *Di alcune grandi categorie*, cit., 267 ss.; T.E. FROSINI, *La lotta per il costituzionalismo*, in *Perc. cost.*, 1/2017, 3 ss.; C. BASSU, *Le nuove frontiere della rappresentanza politica*, *ivi*, 13 ss. Sul punto si tornerà più avanti, vedi paragrafo 3 e dalla nota 82 a seguire.

²⁵ T.E. FROSINI, *Rappresentanza e legislazione nell'era della globalizzazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2017, 5, ci ricorda che più di un'unica globalizzazione, dovrebbe parlarsi di "globalizzazioni diverse" che si esprimono sotto forma di "islamizzazione" e "orientalizzazione".

²⁶ D'altronde, lo stesso concetto di *governance*, quale scenario di poteri policentrici, con il coinvolgimento a geometria variabile di istituzioni pubbliche e private, è frutto della frantumazione della sovranità come sommo potere. In tema, cfr. M.R. FERRARESE, *Governance*, in *Parolechiave*, 2/2016, 3 ss., in part. 8. È stato correttamente fatto notare come la crisi della sovranità sia tuttavia da riconoscersi in uno solo dei suoi due volti, ovvero quello statale, restando invero intatta la sovranità popolare "intesa quale un principio generale, il quale determina le forme di partecipazione giuridica, sociale e politica dei cittadini al consolidamento di uno Stato di democrazia liberale, e che rende effettiva la partecipazione attraverso fattispecie costituzionali, che diano al popolo la possibilità di esprimersi sia in forma individuale che collettiva", così T.E. FROSINI – E.C. RAFFIOTTA, *Carte costituzionali e economia*, in G. Lemme (a cura di), *Diritto ed economia del mercato*, Wolters Kluwer, Milano 2018, 119. In tema, cfr. S. SASSI, *Crisi della sovranità e diritto transnazionale*, in *Perc. cost.*, 1/2017, 247 ss.; E.C. IP, *Globalization and the Future of the Law of the Sovereign State*, in 8 *Int. J. Const. Law*, 3/2010, 636 ss.

²⁷ Sul punto, si vedano le note posizioni, espresse in diverse sedi, da Sabino Cassese, da ultimo in S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Mondadori, Milano 2017, 80. Sulla stessa linea G. DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2003, 1 ss.

²⁸ A. MORRONE, *Globalizzazione*, cit., *passim*.

²⁹ L'incipit di L. D'ANDREA, *Brevi riflessioni su governance globale e costituzionalismo interlivello*, in *Consulta online*, 6 ottobre 2014, pone la seguente domanda: "Davvero formidabile è la sfida che si staglia davanti ai sistemi costituzionali contemporanei (e perciò, anche davanti alla scienza costituzionalistica): come declinare nel contesto globalizzato entro il quale siamo immersi le istanze (e direi la stessa logica complessiva ...) del costitu-

Non è certo casuale la conquista di una porzione rilevante nei processi decisionali da parte di soggetti estranei ai poteri tradizionali dello Stato di diritto come, ad esempio, le Autorità indipendenti che, in ragione di una competenza settoriale, tecnica e specializzata, stanno di fatto allargando la platea di coloro che ambiscono a “governare” la sempre più complessa varietà degli interessi sociali e che, non ricorrendo alla compassata procedura delle dinamiche parlamentari, risultano persino più al “passo con i tempi” rispetto all’organo rappresentativo³⁰.

Del resto, volgendo lo sguardo all’altro polo, quello della *iuris-dictio*, anche attorno a questo si registrano passaggi in qualche modo altrettanto “erosivi” di spazi della giurisdizione tradizionale: basti guardare alle numerose forme di risoluzione alternativa delle controversie (c.d. ADR, *Alternative Dispute Resolution*) che, soprattutto quando esercitate nelle forme rituali, si pensi all’arbitrato, non sono inconciliabili con le esigenze pubblicistiche legate all’amministrazione della giustizia³¹.

In definitiva, il conflitto tra *legis-latio* e *iuris-dictio* non smette continuamente di riproporsi, conosce dinamiche proprie, su cui si tornerà a breve nei limiti di questo contributo, che riflettono quella tensione eterna che corre non solo tra *astrattezza* della norma e *concretezza* delle molteplici vicende umane³², ma anche e prima, ad un livello più alto, tra il principio della legittimazione democratica del potere politico e quello, consustanziale del costituzionalismo, del *limite* a quest’ultimo, che si serve innanzitutto del canale giurisdizionale³³. Un conflitto, per certi versi, “fisiologico” dello Stato costituzionale pluralista e complesso, che non a caso, nella ricerca di una equilibrata composizione dello stesso, alimenta di continuo i presupposti della sua esistenza³⁴.

zionalismo, che da oltre due secoli, sia pure faticosamente e non senza tragici balzi indietro (...), plasmano l’evoluzione degli ordinamenti del mondo occidentale?”.

³⁰ Cfr. F. GIUFFRÈ, *Le Autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello stato di diritto: il caso dell’Autorità Nazionale Anticorruzione*, in I. A. Nicotra (a cura di), *L’Autorità Nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, Torino 2016, 9 ss., in part. 16-20. Più recent., ID., *Rappresentanza, partecipazione e nuove dinamiche della regolazione*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2017; cfr. anche G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, *ivi*, 12 ss.

³¹ Si è parlato, non a caso, di passaggio dal «formante» giurisprudenziale, ovvero da una tradizionale configurazione statale dell’azione dei giudici, a un «format», fatto di un insieme di cambiamenti dovuti a nuove configurazioni e collocazioni della funzione giurisdizionale, specie di carattere internazionale e privato, cfr. M. R. FERRARESE, *La governance*, 138-9. In tema, P. CARETTI, *La giustizia arbitrale: una riflessione sulla legittimazione della giurisdizione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, cit., I, 451. Vedi anche L. PEGORARO – A. RINELLA, *Sistemi costituzionali*, cit., 532 ss. Recentemente, sul punto, ma in una prospettiva anche più ampia, quella della collocazione del potere giudiziario nei diversi ordinamenti in una prospettiva comparatistica, cfr. G. PAVANI, *Il potere giudiziario. Un capitolo latente nella manualistica contemporanea*, in C. A. d’Alessandro – C. Marchese (ed.), *Ius Dicere in a Globalized World*, I, RomaTre-Press, 2018, 15 ss.

³² Così A. PIOGGIA, *Intervento in Giudici e legislatori*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2016, 540. È H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, trad. it. J. LUTHER – DALY, *Dottrina generale dello Stato*, Milano 2013, 526 a distinguere la legislazione dalla giurisdizione laddove la prima è posizione della norma giuridica generale e la seconda di quella individuale.

³³ Sul concetto di limite, cfr., su tutti, A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione. I. Fra Democrazia relativistica e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994.

³⁴ Occorre precisare che parlare come si è fatto nel testo di *conflitto* non significa riconoscersi in quell’idea, criticata da A. RUGGERI, *Linguaggio*, cit. 786, per cui “il diritto legislativo e quello giurisprudenziale si

Tuttavia, è bene tenere presente che il contesto nel quale si continua a giocare questa partita è notevolmente mutato negli ultimi decenni e va tenuto costantemente sullo sfondo di ogni riflessione che si intende proporre³⁵.

2. Il riposizionamento dei giudici al cospetto del legislatore e il ruolo cruciale delle norme-principio

Alla luce di queste considerazioni, ed entrando più nel dettaglio del rapporto tra *legislatio* e *iuris-dictio*, occorre ricordare, per sommi capi, come nel corso degli ultimi due secoli, si sia assistito a una netta metamorfosi delle dinamiche relazionali tra i due poteri.

Quello che in origine era un *rapporto* semplice, dallo svolgimento piuttosto lineare, quasi in senso verticale, si è via via rimodulato in termini molto più complessi grazie al riposizionamento che il potere giurisdizionale ha portato a termine nell'assetto complessivo dei poteri e, dunque, *in primis* nei confronti del potere legislativo. Un riposizionamento che ha spinto, e continua a spingere, verso una riconfigurazione del rapporto in termini, appunto, di *conflitto*.

Un processo reso possibile con l'affrancamento definitivo dalla costruzione di matrice positivisticco-ottocentesca³⁶, fortemente influenzata dalla Scuola dell'Esegesi dei tempi della Codificazione napoleonica³⁷, protesa verso una lettura dell'interpretazione come attività *minima*, da esaurirsi nell'ambito infratestuale, meramente disvelatrice di significati già pre-determinati da un legislatore "onnipotente"³⁸. Una costruzione che, sulla scia della polemica

facciano (e debbano, per una ineluttabile sventura, farsi) una guerra senza fine e senza risparmio di colpi, quasi che l'affermazione dell'uno non possa aversi se non col sacrificio dell'altro, e viceversa". Piuttosto, si allude a una situazione di tensione quasi naturale. Cfr. G. SORRENTI, *op. cit.*, 77; in tema, A. DI GIOVINE – A. MASTROMARINO, *Il potere giudiziario nelle democrazie costituzionali*, in R. Toniatti – M. Magrassi (a cura di), *Magistratura, giurisdizione e equilibri costituzionali. Dinamiche e confronti europei e comparati*, Cedam, Padova 2011, in part. 22. Vedi anche P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*, in A. Cardone – F. Donati – M.C. Grisolia – G. Tarli Barbieri (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio*. Lectio magistralis di Paolo Caretti, Edizioni Scientifiche italiane, Napoli 2016, 26. Vedi in tema anche V. MARCENÒ, *La neutralizzazione del giudice*, Jovene, Napoli 2009.

³⁵ Secondo A. MORRONE, *op. cit.*, 1473, "nella dimensione transazionale, se non vuole ridursi a mera rappresentazione di illusioni in veste giuridica, il diritto costituzionale è costretto a rimettere in discussione questioni cruciali, che riguardano i temi seguenti: sovranità dello stato, protezione dei diritti fondamentali, concetto di popolo, rapporto tra diritto ed economia, il valore dello spazio. Qualunque indagine che voglia affacciarsi sull'universo di un preteso diritto globale come ordinamento giuridico non può sfuggire dal considerare questi fenomeni".

³⁶ È M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, cit., 393 a sottolineare come i tratti che a breve si richiameranno sono propri del positivismo ottocentesco e non del positivismo *tout court*. In generale, *ex multis*, H. KELSEN, *Was ist juristischer Positivismus?*, in *Juristenzeitung*, 1965, 465 ss.

³⁷ Sulla Scuola dell'Esegesi, cfr., *ex multis*, G. TARELLO, *La scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia*, in AA.VV., *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Giuffrè, Milano 1969, 239 ss.

³⁸ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, cit., 392, parla, in riferimento all'epoca dell'imperativismo e del positivismo, di attività giurisdizionale quale "funzione di mero accertamento". Cfr., in tema, J. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, J. Murray, London 1879, 1023-24: "The discovery of the law which the lawgiver intended to establish, is the object of genuine interpretation: or (changing the phrase), its object is the discovery of the intention with which he constructed the statue, or of the sense which he attached to the words wherein the statue is expressed". Se si vuole, G. LANEVE, *La giustizia costituzionale nel sistema dei poteri. I. Interpretazione costituzionale e giustizia costituzionale: profili ricostruttivi*, Cacucci, Bari 2014, in part. 39 ss.

portata avanti dagli illuministi contro il diritto romano, voleva uscire dall'idea della giurisprudenza intesa come *prudencia juris*, vale a dire come ragionamento saggio attorno alle questioni, per giungere a un diritto inteso come scienza coordinata, ragionamento *more geometrico*, come tale suppostamente unico ed inequivocabile³⁹.

Il sopraggiungere della teoria *volontaristico-creativa*, o anche *scettica*, che si richiama principalmente a Friedrich Carl von Savigny e a Francois Géný⁴⁰, spostando il baricentro dell'interpretazione attorno alla figura dell'interprete e al peso specifico della sua soggettività (e della sua volontà), ha prodotto un fondamentale cambiamento di paradigma, portando in superficie tutta la parzialità di quella visione formalistica, propria dello Stato liberale di diritto, che, in ossequio a una vera e propria "idealizzazione dottrinale"⁴¹, attribuiva al legislatore e alla sua legge il monopolio del diritto, confinando invece l'interprete "al rango passivo di esegeta, utente meccanico di elementari procedimenti di logica formale"⁴².

Il carattere ideologicamente pluralista e la disomogeneità politico-sociale, che sono connotati tipici del Novecento, rifiutano *ogni* pretesa riduttiva del *tutto*, e dunque anche quella insita nel monismo legalistico⁴³.

La seconda metà del secolo scorso ci ha consegnato una nuova coscienza ermeneutica che ha cambiato i connotati strutturali dell'interpretazione, che da mera linea logico-deduttiva si trasforma in processi circolari di produzione semantica, e che, pertanto, abbandona il guscio assolutista del testo e della *voluntas* del legislatore, aprendosi alla ricchezza del mondo sociale circostante, nel suo essere non più solo l'*habitat* della norma che verrà, ma anche bacino da cui attingere e nel quale comporre e verificare i significati.

³⁹ Cfr. L. D'ALESSANDRO, *Decisione del legislatore e interpretazione del giudice. Genealogia di un'utopia permanente*, Arte Tipografica, Napoli 2008, 21.

⁴⁰ Cfr. O.F. VON GIERKE, *La escuela histórica del derecho y los Germanistas*, in AA. VV., *La escuela histórica del derecho: documentos para su estudio por Savigny, Eichorn, Gierke, Stammler*, trad. a cura di R. Atard, Libreria, Madrid 1908, 107 ss.; G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1966; A.F.J. THIBAUT – F.C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione* a cura di G. Marini, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1982. Sull'opera di F.C. Savigny, cfr. il volume tematico dei *Quad. fior.*, n. IX, 1980, dal titolo *Su Federico Carlo di Savigny*, Sull'opera di Géný, cfr. il volume monotematico dal titolo *Francois Géný e la scienza giuridica del Novecento*, dedicato dai *Quad. fior.* n. 20 del 1991. Si veda, ovviamente, anche F. GENÝ, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, 1-2, A. Chevalier-Marescq, Paris 1899.

⁴¹ Così G. BOGNETTI, *Relazione*, in AA.VV., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*, Cedam, Padova, 2004, 44.

⁴² P. GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Giuffrè, Milano 2008, 231. Molto critico, come noto, è A. BALDASSARRE, *Una risposta a Guastini*, in *Giur. cost.*, 4/2007, 3251 ss., il quale mette in evidenza come per il positivismo giuridico, non a caso sviluppatosi in Europa nel secolo XIX, "qualunque cosa fosse prescritta dal legislatore (sovrano, popolo) andava considerato «diritto»" e questo perché "nello Stato nazionale borghese (...) si supponeva che tutte le valutazioni politiche e tutti i giudizi di valore spettassero (e fossero effettivamente compiuti) dal legislatore (...), sede esclusiva della sovranità popolare, di modo che a tutte le altre branche del potere statale (pubblica amministrazione, giudici) non restava che svolgere un compito tecnico, consistente in operazioni di pura logica applicativa, ovvero (...) in un'attività totalmente avalutativa", 3268.

⁴³ Scrive G. SORRENTI, *op. cit.*, 73: "Ben presto (...) con il secondo conflitto mondiale, la restituzione della sovranità al popolo attuata dalla nuova ondata delle Costituzioni europee contemporanee dovrà inserirsi in una nuova cornice chiamata a prendere atto della sopravvenuta insostenibilità dei miti fondatori della visione razionalistica della legge e del monopolio politico del diritto". M.R. FERRARESE, *La governance*, cit., 147, ritiene che "il passaggio di consegne dalla legislazione al diritto di corti e organismi quasi-giudiziari costituisce uno dei modi attraverso i quali il diritto cerca di rispondere alle nuove sfide, dopo l'epoca della «certezza»".

Non v'è dubbio, poi, che quella *tensione* conflittuale abbia trovato un terreno ulteriormente fertile nella fase evolutiva dello Stato costituzionale che Maurizio Fioravanti ha chiamato "del presente", volendo con ciò descrivere non già il prodotto confezionato dalle Costituenti del Novecento, bensì il suo sviluppo successivo che ha dato vita, come dimostra in maniera significativa l'esperienza italiana, ad una vera e propria *trasformazione costituzionale*⁴⁴.

Guardando, infatti, al modello teorico prefigurato dalla nostra Assemblea Costituente, non si incontrano particolari difficoltà nel riconoscere come esso assecondava un valore per lo più programmatico della Costituzione, quale *loi politique*, norma fondamentale e superiore sì, ma non immediatamente precettiva, se non nei riguardi del solo legislatore, con i giudici comunque relegati ad applicare la (sola) legge, quale prodotto di un potere che si frapponeva tra loro e la Costituzione⁴⁵.

Il modello poi via via plasmatosi, grazie invero all'apporto fondamentale in tal senso offerto dalla Corte costituzionale, peraltro sin dalle sue primissime pronunce (in particolare, le nn. 1 e 3 del 1956), ha segnato un deciso allontanamento dall'ideal-tipo originario⁴⁶.

Nel superare la rigida separatezza tra *legalità costituzionale*, la cui vestale, per riprendere le note parole di Enrico De Nicola, era il solo Giudice costituzionale, e *legalità legale*, la cui vestale era invece il potere giurisdizionale, e riconoscendo anche ai giudici comuni il potere di interpretare, direttamente applicare, in sostanza "maneggiare" i principi costituzionali⁴⁷ - potere che si manifesterà in tutta la sua ampiezza con l'affermazione definitiva della dottrina dell'interpretazione conforme a Costituzione, poi estesa al diritto dell'Unione europea e al diritto Cedu - è lo stesso assetto dei poteri che cambia⁴⁸: il potere giurisdizionale fuoriesce dal cono d'ombra prodotto dal legislatore e che gli impediva di "vedere" la Costituzione e, da una posizione comunque subordinata a quest'ultimo, si eleva sino a collocarsi orizzontalmente al suo fianco. Cambia l'immagine riflessa: non più una linea retta, verticale, ma uno schema triangolare, sulla cui base insistono due poteri, quello del legislatore e quello dei giudici, l'uno *accanto* all'altro, entrambi al cospetto del vertice rappresentato dalla Costituzione⁴⁹.

⁴⁴ M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici*, cit., 8.

⁴⁵ IBIDEM, 14. Sia consentito il rinvio a G. LANEVE, *L'interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all'interno di un sindacato (che resta) accentrato*, in B. Caravita, (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Jovene, Napoli, 3 ss., in part. 12 ss.

⁴⁶ Sia ancora consentito il rinvio a ID., *La giustizia costituzionale*, cit., in part. 207 ss.

⁴⁷ In tema, su tutti, A. PIZZORUSSO, *Indirizzi politici della magistratura*, in U. Spagnoli et al. (a cura di), *La riforma dell'ordinamento giudiziario*, Ed. riuniti, Roma 1977, I, 343 ss.

⁴⁸ M. FIORAVANTI, *ult. cit.*, 8; M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità*, cit., 3824. Secondo O. CHESSA, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in V. Tondi della Mura – M. Carducci – R.G. Rodio (a cura di), *Corte costituzionale e processi decisionale politica*, Giappichelli, Torino, 56, "la costituzione diviene, così, parte integrante dell'ordinamento, e quindi dei criteri che il giudice può direttamente assumere come premessa maggiore dei suoi ragionamenti. La 'saldatura interpretativa' tra legge e principi costituzionali di giustizia diventa la regola dell'attività giudiziale".

⁴⁹ M. FIORAVANTI, *ult. cit.*, 15. Come rileva A. RUGGERI, *Linguaggio*, cit., 771, "così come si dà uno spazio entro cui il legislatore può ricercare soluzioni comunque compatibili con la Costituzione in svolgimento delle pre-

Questa riconfigurazione del rapporto tra i due poteri, che ha edulcorato il principio di soggezione del giudice *solo* alla legge ex art. 101, comma 2 Cost., relativizzandolo⁵⁰, mentre apriva la strada ad un concorso, che si auspicava proficuo, tra potere legislativo e potere giudiziario nel dare “vita reale” alla Costituzione, il primo attraverso l’attuazione⁵¹, il secondo attraverso l’interpretazione/applicazione (già della stessa Costituzione e non solo di quanto posto dal legislatore) guidata dalle plurime virtualità dei fatti sociali⁵², ha in un certo senso creato le condizioni per una potenziale relazione conflittuale tra gli stessi, in precedenza assenti o comunque ridotte ai minimi termini⁵³.

D'altronde, non è di poco momento considerare come mettere direttamente i giudici in relazione con la Costituzione abbia significato altresì spianare definitivamente di fronte a loro il terreno dei *principi*, in *primis* appunto quelli costituzionali, la cui carica semantica assiologicamente orientata verso un sistema di valori proteso alla trasformazione dell’assetto sociale, costituisce un tratto distintivo delle Costituzioni della seconda metà del Novecento⁵⁴. Ed è proprio in quest’area dei principi, e lungo le plurime traiettorie che in essa si dipanano, che il rapporto tra potere di *legis-latio* e *iurisdictio* rischia di conoscere le tensioni più forti.

È ormai un dato acquisito, infatti, il *valore aggiunto* dei principi: si tratta di materiale normativo che, “in grazia della propria indeterminatezza”, come insegnato da Paolo Grossi, ha “il pregio di assorbire elasticamente le novità di un movimento e mutamento sempre più in corsa”⁵⁵, portando nell’ordinamento giuridico il flusso della storia, della cultura, della sensibili-

visioni normative in questa contenute, si dà cioè un principio di discrezionalità del legislatore, analogamente v’è un principio di discrezionalità del giudice nell’interpretazione sia costituzionale che legislativa”.

⁵⁰ Da ultimo, vedi G. SORRENTI, *op. cit.*, 88, secondo la quale “Il principio di soggezione del giudice alla legge deve essere (...) reinterpreto in un contesto pluralistico in cui l’atto legislativo, da una parte, non racchiude più il monopolio politico del diritto e, dall’altra, può essere costantemente delegittimato alla luce del modello normativo costituzionale. Questo vuol dire non solo introduzione di un sistema di sindacato di costituzionalità, che è accentrato ma ad iniziativa diffusa (opzione in cui è già insito di per sé il superamento della concezione volontaristica e razionalistica della legge), ma anche possibilità di concretizzazione giurisprudenziale dei diritti nell’eventualità di silenzi normativi”. In tema cfr. sempre Vedi D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al diritto. Contributo allo studio dell’art. 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Jovene, Napoli 2008.

⁵¹ *Ex multis*, F. MODUGNO, *L’invalidità della legge*, I e II, Giuffrè, Milano 1970.

⁵² Afferma A. GUSMAI, *Il valore normativo dell’attività interpretativo-applicativa del giudice nello Stato (inter)costituzionale di diritto*, in *Rivista Aic*, 3/2014, 18, che “l’attività interpretativo/applicativa del giudice appare seguire il corso di un’altalena, in un incessante andirivieni tra volontà positive («poste» dal legislatore) e fatti sociali governati da una morale storicizzata ormai priva di un preciso territorio d’appartenenza («pre-supposta» a qualsiasi volontà normativa), all’interno di un contesto di relazioni perennemente irrequiete che per ordinarsi, appunto, non possono fare a meno (anche) della volontà del giudice «integrativa» delle disposizioni parziali del legislatore”.

⁵³ Secondo A. PIOGGIA, *op. cit.*, 540, “se è vero che le carte costituzionali con la loro stessa esistenza relativizzano e limitano l’ultimatività della decisione politica legislativa, è anche vero che, nel momento in cui aprono la strada alla dialettica fra il giudice e il legislatore, prefigurano un ambito entro il quale può aprirsi anche un conflitto e il ventaglio di possibilità entro le quali esso deve risolversi”.

⁵⁴ Cfr. G. LANEVE, *La giustizia costituzionale*, cit., 97 ss.

⁵⁵ P. GROSSI, *Per un diritto amministrativo del tempo pos-moderno*, in *Quad. fior.*, 2016, 12. Occorre notare come persino la dottrina più scettica nei confronti di un potere giudiziario abilitato ad applicare direttamente i principi costituzionali ha riconosciuto allo stesso un ruolo “di primaria importanza nello sviluppo del diritto complessivo di un ordinamento” proprio per la capacità, propria dei giudici, di riplasmare il complesso materiale normativo a disposizione e far sì che quest’ultimo non perda il contatto con la realtà sociale in movimento (G. BOGNETTI, *op. cit.*, 44-46).

tà, affrancando la stessa funzione giurisdizionale dall'essere giudice della sola *lex*, consentendole l'apertura allo *ius*⁵⁶.

Questa enorme potenzialità insita nei principi, tuttavia, lascia sul campo alcuni nodi problematici.

Essi, infatti, anche in ragione del loro riferirsi a quella dimensione assiologica, come tale pre-giuridica, peraltro non *a-priori* gerarchizzata, che raggiunge proprio tramite i primi una sua positivizzazione⁵⁷, tendono a manifestarsi attraverso enunciati piuttosto indeterminati, ricchi di formule aperte e clausole generali.

In virtù della loro componente testuale e pre-testuale⁵⁸, della loro forma e della loro sostanza, i principi sono maggiormente inclini a mettere una maggior distanza tra loro e le rigide regole del sillogismo giudiziario, richiedendo invero operazioni via via più complesse⁵⁹, che spingono, con intensità mutevoli, dipendenti dal singolo organo giudicante e dalle specifiche circostanze fattuali, ad accrescere il dosaggio di creatività dell'attività interpretativa-integrativa del diritto da parte del giudice⁶⁰. La maggiore indeterminatezza linguistica tipica delle norme-principio⁶¹, ad esempio, allenta quasi strutturalmente quell'ancoraggio testuale che invero costituisce il piano di riscontro, e dunque criterio di legittimità, dell'attività interpretativa⁶².

⁵⁶ P. CARETTI, *Il rapporto tra giudice*, cit., 28. G. SILVESTRI, *Magistratura e politica: quale equilibrio?*, in A. Cardone – F. Donati – M.C. Grisolia – G. Tarli Barbieri (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, cit., 45. Sulla distinzione tra *lex* e *ius*, cfr. A. KAUFMANN, *Gesetz und Recht*, in *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Weges*, Athenaum-Verlag, Frankfurt, 1977, 157, "Legge e diritto non sono la stessa cosa. Essi non sono però solo occasionalmente differenti l'uno dall'altro. La loro è anzi una differenza ontologica, essenziale. Legge e diritto stanno fra loro come la potenza all'atto, come la possibilità alla realtà. La legge non è ancora la realtà del diritto, è solo un grado, certamente necessario, del cammino verso la realizzazione del diritto. La legge è una norma generale per la molteplicità di casi possibili, il diritto invece decide su una situazione reale qui e ora".

⁵⁷ Ricorda S. PRISCO, "Rigore è quando arbitro fischia?" *Spunti di ragionevole scetticismo su legislatore, Corti e interpretazione*, in AA.VV., *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri. Costituzionalismo e Democrazia*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 651, che i principi giuridici, generali e poi fondamentali (...) sono il risultato di opzioni di valore macropolitico-ideali, che vanno tradotte in un 'formato' giuridico che le 'legge' e in parte le semplifica, rendendole nomopoietiche: il valore, per essere 'operativo', deve cioè calarsi in un principio e questo in una regola, ma nel percorso si perde e/o si adatta sempre qualcosa". Recent., G. SCACCIA, *Constitutional Values*, cit., 177-8. In tema, cfr., *ex multis*, R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977; A. RUGGERI, *Teorie e 'usi' della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 3/2007, 519 ss.; A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 4/1991, 639 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino 1992.

⁵⁸ Cfr. A. RUGGERI, *Teorie e usi*, cit. 521.

⁵⁹ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, ed. a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano 1990, 805, ha scritto, infatti, che "quanto più generali e astratti sono i termini in cui il precetto è formulato, (...) tanto più si avverte l'esigenza che esso venga rielaborato e rinnovato, adattato e adeguato alla vita e alla natura dei rapporti disciplinati".

⁶⁰ Vedi C. SCHMITT, *Die Legale Weltrevolution: Politischer Mehrwert als Prämie auf juristische Legalität und Superlegalität*, in *Der Staat*, 3/1978, 321 ss. Sono ben note le critiche mosse da autorevole dottrina e rivolte ad una incondizionata accettazione della creatività dell'attività giurisdizionale: il riferimento, in particolare, è a M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, cit., in part. 398 ss.

⁶¹ Occorre notare come autorevole dottrina ritenga che questa caratteristica dei principi non valga sempre e che, comunque, la differenza strutturale tra principi e regole venga a dissolversi al piano degli effetti, cfr. sul punto A. RUGGERI, *Linguaggio*, cit., 773-4.

⁶² Secondo M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, cit., 433, "l'opera dell'interprete non potrà mai essere legittimamente giustificata se il testo è stato abbandonato"; R. BIN, *La Corte costituzionale tra potere e retorica: spunti per la costruzione di un modello ermeneutico dei rapporti tra Corte e giudici di merito*, in A. ANZON – B. CA-

Ancora: è ricorrendo ai principi, attraverso una loro composizione sistematica e bilanciata, che i giudici fanno fronte all'incompletezza ontica del diritto *posto*, ovvero alla sua inevitabile incapacità di coprire nello spazio e nel tempo tutti i casi della vita⁶³. Sono note, sul punto, le critiche antipositivistiche mosse dalla teoria di Dworkin per il quale, soprattutto i c.d. casi difficili, ovvero quelli che non si prestano a essere decisi in applicazione di una regola riconosciuta, palesano con tutta la loro forza l'esistenza di un diritto, fatto da principi per l'appunto, che si colloca prima delle norme poste dal legislatore e che circonda, orientando, le decisioni dei giudici⁶⁴. Gli esempi in questo campo sono molteplici, alcuni molto noti e terribilmente drammatici (il riferimento, su tutti, va al caso Englaro). Per stare ai più recenti, si veda il caso della sentenza delle Sezioni Unite civili della Cassazione, n. 1946 del 2017, con la quale la Suprema Corte ha stabilito che, anche in assenza dell'intervento del legislatore, è possibile reperire nell'ordinamento, sulla base del canone di interpretazione costituzionalmente orientata, dati normativi idonei a permettere l'esercizio del diritto del figlio adottato a che sia interpellata la madre che aveva a suo tempo optato per il parto anonimo, in quanto "la riserva espressa della competenza del legislatore si riferisce, evidentemente, al piano della normazione primaria (...) come tale, essa non estromette il giudice comune, nel ruolo – costituzionalmente diverso da quello affidato al legislatore – di organo non chiamato a produrre un *quid novi* sulla base di una libera scelta (...) ma (...) a ricercare, in chiave di effetti-

RAVITA – M. LUCIANI – M. VOLPI (a cura di), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello stato*, Giappichelli, Torino 1993, 15, afferma che se "i testi non riescono mai a "chiudere" la scelta dei significati (...) anche se essi sono (o dovrebbero essere) pensati e scritti in previsione della loro futura interpretazione" così "i significati non possono mai staccarsi dai testi, così come l'ombra non può staccarsi dalla oggettualità che, in fondo, la genera". L'A. vede in ciò "il presupposto «materiale» insuperabile del principio di divisione dei poteri". Secondo M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars Interpretandi*, 1/1997, 126, lo scopo fondamentale dell'ermeneutica giuridica non è quello di sostenere, sorreggere e rendere possibile l'allontanamento dal testo, giacché il movimento tendenziale è già in quella direzione, che risponde tuttavia anche ad una "necessità pratica"; esso, invero, sta proprio nella doverosità di rimanere collegati al testo, di "ricondurre al testo gli esiti di tale allontanamento". Cfr. anche G. AZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in A. PALAZZO (a cura di), *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2001, 237 e ss.

⁶³ In tema F. MODUGNO, *Interpretazione giuridica*, Cedam, Padova 2012; H.L. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1994. Doveroso anche il rinvio al contributo di C. MORTATI, *Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, IV, Cedam, Padova 1974, 2599 ss.; E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., 839-40; D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico* (1910), ora in Id., *Scritti di diritto pubblico*, I, Cedam, Padova 1966, 1 ss.; S. ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, in *Pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza della Regia Università di Modena*, 1925, n. 7. II; N. BOBBIO, *Lacune del diritto, ad vocem*, in *Noviss. Dig. It.*, Utet, Torino 1963; R. GUASTINI, *Lacune del diritto, ad vocem*, in *Dig. Discipl. Priv.*, Utet, Torino 1993.

⁶⁴ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London 1977; Id., *L'impero del diritto*, cit.; vedi sulla dottrina di Dworkin, G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole?(a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in *Quad. fior.*, 2002, 865 ss. Secondo R. BIN, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano 1996, 52-53, "quando si afferma che l'ordinamento giuridico ha la pretesa della completezza e della coerenza, si dice cosa che, se riferita alla legislazione, non può che suscitare critiche, se non ilarità. Ma può l'interprete operare senza l'aspettativa di trovare una risposta coerente, ragionevole, "accettabile" ad ogni problema che gli venga posto? Ed allora è chiaro che è l'interprete che "anticipa" le qualità di completezza del testo su cui lavora". Più recent., vedi A. MORELLI, *I diritti senza legge*, in Consulta online, 1/2015. Per un'analisi degli *hard-cases*, cfr. M. Cavino – C. Tripodina (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Giuffrè, Milano 2012. Recent., G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge*, cit., 64 ss.

vità (...) un punto di saldatura tra [il principio vincolante dichiarato dalla Corte costituzionale⁶⁵], i diritti dei soggetti coinvolti e le regole preesistenti”.

Occorre ulteriormente osservare come più si ampliano i margini di manovra dei giudici, più aumenta il rischio, invero molto pericoloso per la stessa funzione giurisdizionale, che essi siano indotti ad anteporre la propria adesione morale e interiore al dovere di applicare quelle che sono norme giuridiche comunque obbligatorie⁶⁶.

L'intera problematica nell'uso dei principi da parte dei giudici è, peraltro, oggi ancor più avvertita una volta che ci si proietta nella dimensione sovranazionale. Al piano del diritto dell'Unione europea, infatti, non di rado la disapplicazione della normativa interna è operata dai giudici comuni non già, e sempre, rispetto a puntuali norme europee, bensì assumendo come parametro norme-principio euro-unitarie (anch'esse) aperte, ricche di clausole generali, con un livello basso di determinatezza, e come tali non sempre direttamente, o quantomeno univocamente, applicabili, presenti tanto nei Trattati e nelle direttive, quanto nella Carta di Nizza⁶⁷. Torna qui utilissima la vicenda Taricco, la cui regola desunta ex paragrafo 1 dell'art. 325 TFUE è stata definita dalla Corte costituzionale, nell'atto finale, “irrimediabilmente indeterminata nella definizione del «numero considerevole di casi» in presenza dei quali può operare, perché il giudice penale non dispone di alcun criterio applicativo della legge che gli consenta di trarre da questo enunciato una regola sufficientemente definita”, non potendosi del resto attribuire a tale giudice “il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale svincolandosi dal governo della legge al quale è invece soggetto (art. 101, secondo comma, Cost.)”⁶⁸.

Sul versante Cedu, se è vero che questo resta escluso dall'istituto della disapplicazione, in forza di quanto affermato dalla Corte italiana con le sentenze gemelle del 2007, è altresì vero che proprio il particolare contenuto “costituzionale” della Carta Edu, che infatti trova anch'esso espressione in enunciati “aperti” e *quodammodo* “neutri”, condizionati dal

⁶⁵ La Corte costituzionale, sent. n. 278 del 2013 aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 28, 7° comma, l. 4 maggio 1983 n. 184 (nella versione novellata dall'art. 177, 2° comma, codice in materia di protezione dei dati personali), «nella parte in cui non prevede — attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza — la possibilità per il giudice di interpellare la madre — che abbia dichiarato di non voler essere nominata (...) — su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione». Con tale sentenza, la Corte ha dunque stabilito che, in caso di parto anonimo, è costituzionalmente illegittima l'assenza di un procedimento di interpello con cui verificare la perdurante volontà della madre di non essere identificata dal figlio dato in adozione e che questo procedimento deve essere stabilito in via legislativa.

⁶⁶ Molto chiaramente sul punto N. ZANON, *Pluralismo dei valori*, cit., 925. Ancora G. SCACCIA, *ult. cit.*, 180. Vedi anche M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione*, cit., 3831. L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. Giust.*, 4/2016, 18-19, osserva come l'orientamento del c.d. neocostituzionalismo principalista muova da una premessa teorica fondata, ovvero la “distinzione strutturale” tra regole e principi, le prime da applicare, i secondi da “pesare”, per giungere tuttavia a conseguenze inaccettabili, ovvero un ragionamento giudiziario che si risolve “nella sopraordinazione creativa, anziché nella subordinazione, del giudice alla legge: non più l'applicazione, bensì la ponderazione dei principi che concorrono nel caso sottoposto al giudizio e quindi la scelta da parte del giudice della norma da applicare e di quella da disapplicare”. Vedi anche M. BARBERIS, *Stato costituzionale. Sul nuovo costituzionalismo*, Mucchi, Modena 2012, 56”.

⁶⁷ Il punto è ben evidenziato e approfondito da A. BARBERA, *La Carta dei diritti*, cit., 156-8. Sul ruolo interpretativo dei giudici al cospetto del diritto europeo, cfr. G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici: il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012.

⁶⁸ Corte cost., sent. n. 115 del 2018, p. 11 del Considerato in Diritto.

consenso raggiunto in seno agli Stati aderenti alla Cedu⁶⁹, fa sì che quei criteri solitamente seguiti nell'interpretazione costituzionale siano in un certo senso estensibili anche all'interpretazione della Cedu, peraltro particolarmente bisognosa di un costante aggiornamento evolutivo, sul piano storico, culturale e sociale, attesa la brevità del testo unita all'assenza di un (proprio) retroterra normativo⁷⁰. Per i giudici comuni, peraltro, l'interpretazione della Cedu fornita dalla Corte di Strasburgo non è un vincolo di per sé, ma lo diventa solo al verificarsi di determinate condizioni, puntualmente indicate dalla Corte costituzionale nella discussa pronuncia n. 49 del 2015 (deve trattarsi cioè di orientamento della Cedu consolidato, salvo il caso di sentenze-pilota)⁷¹. Marta Cartabia, Giudice del Collegio che ha partorito tale decisione, ha spiegato come essa vada proprio incontro all'esigenza di fornire ai giudici quegli strumenti, che stentano ad affermarsi negli ordinamenti di *civil law*, utili a capire cosa significhi (e quando vi sia) il vincolo del precedente, evitando agli stessi di interpretare le sentenze al pari di un testo legislativo⁷². Occorre, infine, considerare la recentissima entrata in vigore del Protocollo XVI alla Cedu che prevede la possibilità di richiedere pareri consultivi, peraltro non vincolanti, su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti in seno alla Cedu, la cui effettiva *vis dialogante* andrà necessariamente sperimentata sul campo e dipenderà comunque dalle scelte applicative concrete di ciascun Stato contraente⁷³.

Le traiettorie rapidamente ripercorse e che, per quanto appena visto, scorrono – e non certo sotto traccia - in una delle più significative tappe degli ultimi anni nella costruzione del diritto eurounitario, delineano un quadro nel quale quella “professione giuridica di fede”⁷⁴, usando le parole di Otto Bachof, per cui il giudice si limita all'applicazione logico-meccanica

⁶⁹ Così A. RUGGERI, *Incontri e scontri tra Corte di giustizia e giudici nazionali: quali insegnamenti per il futuro?*, in *federalismi.it.*, 21/2017, 21, che infatti fa riferimento a vere e proprie “consuetudini culturali” invalse negli ambienti nazionali.

⁷⁰ Cfr. R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu e della Corte europea dei diritti umani nell'ordinamento costituzionale italiano*, in *Consulta online*, III/2018, 625. Vedi anche G. REPETTO, *Premesse ad uno studio sull'interpretazione evolutiva tra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in L. Casseti (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Jovene, Napoli 2012, 21 ss. Più recent., cfr. il corposo lavoro monografico di A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017.

⁷¹ Tra i tanti commenti sulla sent. n. 49 del 2015, cfr. almeno A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *Dirittopenalecontemporaneo*, 2/2015; G. SORRENTI, *Sul triplice rilievo di Corte cost., sent. n. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e Cedu e sulle prime reazioni di Strasburgo*, in *Forum Quaderni costituzionali*, 7 novembre 2015; D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, *ivi*, 30 aprile 2015; R. CONTI, *La Corte assediata? Osservazioni a Corte cost., n. 49/2015*, in *Consulta online*, I/2015; G. REPETTO, *Vincolo al rispetto del diritto CEDU “consolidato”: una proposta di adeguamento interpretativo*, in *Rivista Aic*, 3/0215; I. RIVERA, *L'obbligo di interpretazione conforme alla CEDU e i controlimiti del diritto convenzionale vivente*, in *federalismi.it*, 19/2015.

⁷² Cfr. M. CARTABIA, *Corte costituzionale e Corte europea: alla ricerca di nuovi vettori giurisdizionali*, in C. Padula (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, 229 ss.

⁷³ In tema, R. ROMBOLI, *ult. cit.*, 641-2.

⁷⁴ O. BACHOF, *Grundgesetz e potere del giudice* (1959), ora in *Lo Stato*, 6/2016, 180-1.

della legge, un giudice “*geometer vel arithmeticus*”⁷⁵, senza esercitare un proprio potere sociale⁷⁶, sia una realtà definitivamente superata⁷⁷.

Realtà che trova una emblematica sintesi nel quesito posto recentemente da Sir Philip Sales, uno dei tre membri della *High Court* nel noto *Miller case*⁷⁸, e prossimo Giudice della *Supreme Court of the United Kingdom*. Dopo aver definito il “devotion to legalism” come “an attractive ideal for courts in a democracy”, si è chiesto: “but to what extent is ‘devotion to legalism’ a viable approach in a modern constitutional world which places the courts in the political cross-fire in circumstances where they themselves are required to make policy-laden judgments in the application of human rights and other constitutional norms? Is ‘devotion to legalism’ possible? Is it always desirable?”⁷⁹

3. La crisi della rappresentanza come *doppia crisi*: del rappresentante e del rappresentato

Il riposizionamento del potere giudiziario rispetto al potere legislativo è un dato di fatto, quasi fisiologico per quello che sin qui si è sinteticamente detto⁸⁰. Nel tempo presente, tuttavia, pare si assista a passaggi ulteriori, al punto che secondo alcuni non si sarebbe lontani da un vero e proprio sorpasso da parte del primo sul secondo⁸¹.

Più che gli effetti sul piano fattuale e teorico, ci interessa indagare sulle ragioni di questo movimento, che sono certamente di matrice diversa. Per provare a metterne in risalto

⁷⁵ Così G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2008, 76-77. In tema, sempre M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Giuffrè, Milano 1984.

⁷⁶ Recent. R. PARDOLESI – G. PINO, *op. cit.*, 119-20, negano l'utilità, in ogni caso, di “raffigurare il giudice come un automa”, “come un soggetto impegnato in un'attività priva di scelte in ultima analisi etico-politiche”.

⁷⁷ Di vero e proprio “cambiamento di paradigma” nella concezione stessa del diritto, parla recentissimamente F. VIOLA, *Per una teoria deliberativa della giurisdizione?*, in *Ars Interpretandi*, 1/2018, 13 ss.

⁷⁸ *R. (on the application of Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union [2016] EWHC 2768 (Admin)*, 3 November 2016. Decisione poi confermata dalla Supreme Court, *R. (on the application of Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union [2017] UKSC 5*, 24 January 2017. Sul *Miller case*, cfr. T. POOLE, “Devotion to Legalism”: On the Brexit Case, in *80 Modern Law Review*, 4/2017, 696 ss.; C. MARTINELLI, *L'isola e il continente: un matrimonio d'interesse e un divorzio complicato. Dai discorsi di Churchill alle sentenze “Brexit”*, in *Rivista Aic*, 1/2017; C. GRAZIANI, *La difesa giurisdizionale della prerogativa parlamentare nel quadro del diritto costituzionale britannico (a proposito della “Brexit”)*, in *Rass. Parlam.*, 1/2017, 161 ss.; G. CARAVALE, *Dalla sentenza “Miller” allo scioglimento della Camera dei Comuni*, in *Nomos*, 1/2017; A. W. BRADLEY, *Pressures on a Historical Constitution: The Brexit Decision in the UK Supreme Court*, in *Dir. Pubbl.*, 1/2017, 3 ss.; G. SERRA, *Il potere giudiziario dal “Constitutional Reform Act” alla Sentenza Miller*, in *Oss. cost.*, 2/2018.

⁷⁹ Sir P. SALES, *Legalism in Constitutional Law: Judging in a Democracy*, in *Public Law*, October 2018, 691.

⁸⁰ C'è chi ha parlato anche di “smottamento” in favore del potere giudiziario, così G. MESSINA, *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Franco Angeli, Milano 2012, 258.

⁸¹ Al punto che persino superfluo appare il richiamo alla nota formula di *Juristocracy* coniata da R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge (Mass.) – Harvard University Press. London 2007. In tema, *ex multis*, C. NATE – T. VALLINDER, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York Press, New York 1995; J. WALTMAN – K.M. HOLLAND, *The Political Role of Law Courts in Modern Democracies*, Springer 1998; M. VOLCANSEK, *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*, Routledge 2014. M. RASK MADSEN, *Judicial globalization: the proliferation of international courts*, in S. Cassese (ed.), *Research Handbook on Global Administrative Law*, Edward Elgar, Cheltenham – Northampton, 2016, 282 ss.

alcune è opportuno ritornare su quanto accennato all'inizio, quando si è fatto riferimento a un contesto in profonda trasformazione.

Non v'è dubbio che il tradizionale circuito della rappresentanza politico-parlamentare stia mostrando un notevole stato di sofferenza, che si traduce in una inadeguatezza da parte dello stesso a fornire risposte efficaci alle diverse e complesse istanze provenienti dalla società⁸².

Ed è qui che si manifesta il precipitato istituzionale di molti di quei fattori di profondo cambiamento cui si è fatto cenno in precedenza: la crisi economica, i flussi migratori, gli attacchi terroristici alimentano costantemente quel sentimento di paura (*della povertà, dell'altro*, etc.) che sembra preferire soluzioni immediate, a carattere quasi emergenziale, piuttosto che quelle adeguatamente ponderate, frutto di complesse procedure politico-parlamentari⁸³; lo stesso processo di integrazione europea, anch'esso così sofferente in questi anni, appare, e in effetti è, governato da organismi tecnico-burocratici, secondo logiche poco trasparenti e dunque lontane da quelle proprie della politica rappresentativa; in una prospettiva ancora più globale, significativi sono i tratti che ridisegnano il rapporto tra potere politico e potere economico, di per sé costitutivo della democrazia, a vantaggio del secondo⁸⁴, con la conseguenza non secondaria per cui le decisioni del primo, e dunque del circuito democratico-rappresentativo, più che frutto di scelte politiche sembrano mere proiezioni nazionali di quanto assunto altrove⁸⁵. Di fronte a una democrazia rappresentativa percepita alternativamente come *inadeguata* oppure del tutto *inutile*, si risponde, non a caso, con la visione salvifica riconosciuta alla democrazia diretta⁸⁶.

⁸² In tema, T.E. FROSINI, *Rappresentanza e legislazione*, cit., 3 ha parlato di rappresentanza politica "parcellizzata", anche in ragione di "un'accentuazione del pluralismo sociale che appare non più comprimibile nel solo perimetro parlamentare". Cfr. S. STAIANO, *op. cit.*; G. SERGES, *Crisi della rappresentanza parlamentare*, cit.; F. González – J. Fernandez-Albertos – G. Damiani (eds.), *Quién manda aquí: la crisis global de la democracia representativa*, Debate, Barcelona, 2017; C. Bassu – G.G. Carboni (a cura di), *Rappresentanza e globalizzazione: atti del convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, Sassari, Università degli studi, 16 ottobre 2015, Giappichelli, Torino 2016; L. BUFFONI, *La rappresentanza politica. Note sul rapporto di prossimità "divergente" tra processo e valore (di legge)*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 3/2015. Più in generale, cfr. A. BARBERA, *La rappresentanza politica: un mito in declino?*, in *Quad. cost.*, 4/2008, 508 ss.; F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello stato rappresentativo*, Cedam, Padova 2000.

⁸³ Vedi le riflessioni di C. R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura*, trad. it., Il Mulino, Bologna 2005.

⁸⁴ Per stare agli ultimi contributi, cfr. M. BENVENUTI, *Democrazia e potere economico*, in *Rivista Aic*, 3/2018; T.E. FROSINI – E.C. RAFFIOTTA, *op. cit.*, 113 ss. Se si vuole, cfr. G. LANEVE, *L'attenzione sui diritti sociali, paradigma di un tempo*, in *federalismi.it*, n. 12/2014.

⁸⁵ Non a caso, si parla di "postdemocrazia", per indicare come l'azione del potere economico riduca il funzionamento del meccanismo democratico a un fatto meramente formale, cfr. recent. A. SOMMA, *Verso il postdiritto? Fine della storia e spoliticizzazione dell'ordine economico*, in *Pol. dir.*, 1/2018, in part. 93. Più in generale, cfr. C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Laterza, Roma-Bari 2003; G. CERRINA FERONI, *Organismo sovranazionali e legittimazione democratica. Spunti per una riflessione*, in C. Bassu – G.G. Carboni (a cura di), *Rappresentanza e globalizzazione*, cit., 45 ss.

⁸⁶ In tema, cfr. S. RICHEY – J.B. TAYLOR, *Google and Democracy*, Routledge: New York – London 2018; S. REILLY, *Direct Democracy: a Double Edged-Sword*, Rienner, Boulder-London 2018; S.P. Ruth – Y. Welp – L. Whitehead (eds.), *Let the People Rule?: Direct Democracy in the Twenty-First Century*, ECPR Press, Colchester 2017; H.H. von Arnim (hrsg.), *Volkssouveränität, Wahlrecht und direkte Demokratie: Beiträge auf der 14. Speyerer Demokratietagung vom 6. bis 7. Dezember 2012 an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer*, Duncker & Humblot, Berlin 2014; N. URBINATI, *Democrazia in diretta: le nuove sfide alla rappresentanza*, Feltrinelli, Milano 2013; D. ALTMAN, *Direct Democracy Worldwide*, Cambridge University Press, Cambridge 2011.

In questo scenario, appena abbozzato, in cui l'elemento comune è la mancanza, o l'eccessiva debolezza, della *politica*, il ruolo dei giudici, soprattutto quelli supremi, tende ad acquisire una forza e un'autorevolezza maggiori, tali anche da controbilanciare, in nome della protezione dei diritti fondamentali, il pesante *deficit* democratico di alcune decisioni assunte⁸⁷.

Va peraltro tenuto presente come l'insieme di questi fattori nuovi insista su quella crisi della legge che, invero, è fenomeno le cui radici affondano in tempi più lontani⁸⁸. Una crisi a più facce: non solo la legge non è più al centro di un sistema delle fonti che, sempre più aperto, multilivello e plurale, appare come un vero "disordine"⁸⁹; per essa si protrae uno stato di sofferenza tanto sul piano quantitativo che qualitativo: per un verso, le leggi sono ancora troppe; per un altro, oltre a non essere sempre il frutto delle migliori tecniche di *drafting*, al punto che si è parlato di una necessaria *igiene legislativa*⁹⁰, spesso si caratterizzano con interventi di natura provvedimentoale che allontana da quella generalità ed astrattezza nelle quali si compie un tratto tipico e tradizionale della legge stessa⁹¹. A ciò deve aggiungersi un'ulteriore declinazione qualitativa della crisi della legge, ovvero la non rara inadeguatezza da questa mostrata nella fase strumentale all'implementazione di impegni assunti in seno all'Unione ed alla Comunità internazionale⁹².

Sempre attuale, in riferimento alla crisi della legge, è la riflessione proposta già qualche anno fa da autorevole dottrina, secondo la quale "nel rinvenimento o nella costruzione di una ragione comune, di un comune fondamento delle regole di una società pluralistica, sta la radice razionale della 'nuova' legge e più in generale di una buona legislazione. In questo senso, più che di 'crisi della legge, può parlarsi di 'legge della crisi' come problema di quale sia o debba essere cioè la legge che possa trarre la società in disordinata e conflittuale crescita ('crisi') dalla disaggregazione ad una razionale o ragionevole composizione"⁹³.

⁸⁷ C. KILPATRICK, *Constitutions, Social Rights and Sovereign Debt States in Europe: a Challenging New Area of Constitutional Inquiry*, Eui Working Paper Law, n. 43/2015, 17-20, richiamata da A. BARAGGIA, *The 'judicialization' of emergency: the case of the Eurozone*, in *Diritti comparati*, 2/2017, 8-9. In tema, M.R. FERRARESE, *La governance*, cit., 126-127, la quale ritiene che "specie in Europa, il costituzionalismo tenda a ricomporre l'immagine della democrazia, attraverso un parziale prosciugamento delle sue valenze politiche, e un rafforzamento del suo profilo giuridico, affidato a istituzioni «contromaggioritarie»".

⁸⁸ Cfr. F. L. NEUMANN, *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Il Mulino, Bologna 1973.

⁸⁹ A. RUGGERI, "È rimediabile il disordine delle fonti?", in Id., "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti. XIII, *Studi dell'anno 2009*, Giappichelli, Torino 2010, 415 ss.

⁹⁰ Così T.E. FROSINI, *Rappresentanza e legislazione*, cit., 14. Lo stesso A., poco prima, mette in guardia da una enfattizzazione di tale aspetto perché "la legge rischia sempre più di essere considerata alla stregua di un bene di consumo, un prodotto che è offerto nel mercato delle regole e scelto da chi quella regola vedrà applicata. Un "prodotto" che deve essere pulito, ordinato e corretto sul piano della forma; che deve essere razionale, economicamente vantaggioso e di sicuro impatto tra gli *stakeholders* sul piano della fattibilità".

⁹¹ In tema, cfr. S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Giuffrè, Milano 2007; G. ARCONZO, *Contributo allo studio della funzione legislativa provvedimentoale*, Giuffrè, Milano 2013. Per riflessioni a partire da casi concernenti emergenze ambientali, cfr. M. LOSANA, *Questioni ambientali e «amministrazione per (atti aventi forza di) legge»*. Nota a Tar Campania, sent. n. 1471/2016, in *Oss. cost.*, 2/2016.

⁹² Cfr. A. RUGGERI, *L'indirizzo politico tra diritto legislativo*, cit., 492. Per un recupero di orgoglio della legislazione nazionale, cfr. le riflessioni di T.E. FROSINI, *Rappresentanza e legislazione*, cit., 8 ss.

⁹³ Il riferimento è F. MODUGNO – A. CELOTTO – M. RUOTOLO, *Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in *St. parlam. pol. cost.*, n. 125-6, 1999, 8.

Tornando al tema cruciale della rappresentanza, non può certo non vedersi come la crisi del *rappresentante* sia anche dovuta allo scarto tra una certa politica richiesta all'*interno* (dei confini nazionali) e quella attesa all'*esterno* (nella dimensione sovrastatale) e che finisce per stringerlo in una morsa: un rappresentante, come detto da Antonio Ruggeri, “messo in croce”⁹⁴.

Imputare la crisi della rappresentanza al solo *rappresentante*, e dunque alla incapacità di quest'ultimo di essere letteralmente tale, è tuttavia riduttivo, dovendo invero il fenomeno coinvolgere anche l'altro polo del rapporto, ovvero il *rappresentato*. Occorre, in altri termini, fare i conti con quanto avvertito da Massimo Luciani sin dagli inizi degli anni duemila, e dunque in una fase storica in cui tutti i profondi processi di cambiamento sopra richiamati lanciavano primi e frammentati segnali, e cioè che la vera crisi della rappresentanza va ricercata “più *côté* rappresentato che *côté* rappresentante”⁹⁵.

A questo proposito, non può sottovalutarsi il peso del fattore identitario: nel suo essere autentico processo di costruzione del senso di sé, come tale necessariamente relazionale, l'identità è sempre più un concetto “*in question*”⁹⁶, assurgendo a uno dei profili più problematici nella scienza sociale contemporanea, e autentico prisma attraverso il quale tutti gli altri aspetti del nostro stare insieme sono individuati, colti ed esaminati⁹⁷. Nel quadro fin qui dipinto, in cui peraltro i processi identitari continuano a perdere progressivamente il territorio quale spazio di riferimento ed inseguono la dimensione dell'*appartenenza* che, a differenza del primo, è capace di attraversare e superare i confini, i profili problematici attorno alla (e alle) identità sono destinati ad amplificarsi⁹⁸. Secondo Zygmunt Bauman il vero dilemma non è tanto la possibilità di scelta dell'identità e il suo riconoscimento, bensì quale identità scegliere e come essere messi nelle condizioni di poter scegliere un'altra identità nel caso in cui quella scelta in precedenza perda il suo potere seduttivo⁹⁹.

⁹⁴ A. RUGGERI, *La Corte alla sofferta ricerca di un accettabile equilibrio tra le ragioni della rappresentanza e quelle della governabilità. Un'autentica quadratura del cerchio, riuscita però solo a metà, nella pronuncia sull'Italicum*, in *Lo Stato*, 8/2017, 295, secondo il quale: “Nello Stato nazionale, chiuso in se stesso ed autosufficiente, il vecchio schema che chiamava i rappresentanti ad essere rappresentativi solo degli elettori poteva andare bene. Oggi però siamo immessi in un processo d'integrazione sovranazionale avanzato, partecipi dell'Unione europea e di una Comunità internazionale che, pur nelle crescenti difficoltà cui vanno incontro e nelle complessive carenze esibite, dimostrano di essere in grado di esprimere vincoli sempre più intensi a carico degli Stati”.

⁹⁵ 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*, Giuffrè, Milano, 2001, 117. L'acquisizione è ormai diffusa, cfr. S. PRISCO, *op. cit.*, 655; T. E. FROSINI, *Rappresentanza e legislazione*, cit. 2-4.

⁹⁶ A. ELLIOT – P. DU GAY, *Identity in Question*, Sage, Thousand Oaks, 2009; F. REMOTTI, *L'ossessione identitaria*, Laterza, Roma-Bari 2010, IX, ha detto che il termine “identità” si presenta come una “parola avvelenata”. Cfr. E. CASSIRER, *An Essay on Man – An Introduction to a Philosophy of Human Culture*, Doubleday Anchor Books, New York 1944.

⁹⁷ Z. BAUMAN, *Identity in the Globalization World*, in A. ELLIOTT, P. DU GAY, *Identity in question*, cit., 1.

⁹⁸ Tra i più recenti, cfr. G. SCACCIA, *Il territorio*, cit. Cfr. anche L. D'ANDREA, *Identità culturali e governance europea*, in V. Baldini (a cura di), *Multiculturalismo*, Cedam, Padova 2012, 122 ss. Sempre un riferimento le riflessioni di A.K. SEN, *Identità e violenza*, trad. it., Laterza, Roma-Bari 2006; Z. BAUMAN, *Vita liquida*, trad. it., Laterza, Roma-Bari 2005; E. GROSSO, *Le vie della cittadinanza: le grandi radici, i modelli storici di riferimento*, Cedam, Padova, 1997. Se si vuole, cfr. G. LANEVE, *Istruzione, identità culturale e costituzione: le potenzialità di una relazione profonda, in una prospettiva interna ed europea*, in *federalismi.it*, 24/2012.

⁹⁹ Z. BAUMAN, *Identity in Globalization World*, cit., 7.

Peter Sloterdijk ha parlato di dominio di un cinismo iperattivistico di autoconservazione individuale e di indifferenza collettiva, tale per cui “i soggetti non si sentono più ‘a casa’ né in ‘sé stessi’ né nei loro consueti ambienti”¹⁰⁰, né quando si chiedono chi sono né quando esercitano la loro “ragione strategica” secondo il modello dominante di “cooperazione antagonista”¹⁰¹.

Tutto questo rende fragili le identità collettive e addirittura individuali, facilita lo smarrimento del senso del legame sociale, conduce a una volatilità dei ruoli sociali che rende “problematica la stessa identificazione del soggetto da rappresentare”¹⁰². In fondo, come è stato evidenziato, al pluralismo di valori diversi, ma condivisi, dello *Stato costituzionale* fa da contraltare il multiculturalismo, di culture eterogenee, della *globalizzazione*: qui, le stesse nozioni di popolo e di cittadinanza devono essere risemantizzate¹⁰³.

A fronte di tutto questo, che certo non è poco, si staglia l'immagine di un legislatore che rinuncia al suo ruolo di mediatore dei conflitti sociali¹⁰⁴ e che propone, peraltro non di rado eludendo una sostanziale discussione parlamentare, soluzioni tampone, appunto emergenziali e provvisorie¹⁰⁵, mostrandosi invero l'esatto contrario di quello che doveva essere per Gerhart Husserl, ovvero quel soggetto la cui opera “riguarda il futuro, che egli precorre con un'anticipazione di tipo intellettuale”, il cui “agire è sorretto dall'idea di un futuro prevedibile, anzi, calcolabile”. In altri termini, un vero “pianificatore”¹⁰⁶. La necessità del legislatore, al contrario, ha mostrato il suo lato più drammatico nel noto caso “Cappato”, la (non)soluzione del quale da parte della Corte costituzionale, che infatti con la recentissima ord. n. 207 del 2018 ha ulteriormente innovato le sue tecniche decisorie, è testimonianza vivissima della imprescindibile esigenza, viepiù in dimensioni talmente sensibili della esperienza umana, del bilanciamento *in primis* ad opera del legislatore¹⁰⁷.

¹⁰⁰ P. SLODERDIJK, *Kritik der zynischen Vernunft* (1983), trad. it., di A. Ermano, *Critica della ragion cinica*, Raffaello Cortina, Milano 2013, 356.

¹⁰¹ IBIDEM, 365-66. Cfr. in tema E. MADRUSSEN, *L'inquietudine educativa tra derive, naufragi, orizzonti*, in *Paideutika. Quaderni di formazione e cultura*, n. 23, 2016, 9 ss.

¹⁰² M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza*, cit.

¹⁰³ A. MORRONE, *Globalizzazione*, cit., 1478. Ha osservato M. CERUTI, *Il tempo della complessità*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2018, 56: “in passato, il concetto di *cultura* definiva collettività ampie, al loro interno relativamente omogenee. Oggi, nel tempo della complessità, un numero crescente di individui si trova all'intersezione di più *culture* differenti. Tutto ciò non annulla, ma anzi intensifica l'esigenza di costruire regole comuni e di coltivare quel sentire comune che è decisivo per rendere vitale ogni comunità. Il cambiamento di prospettiva è tuttavia radicale (...) Gli Stati nazionali (...) sono stati molto efficaci nel coniugare *uguaglianza* dei diritti e *omogeneità* delle culture e dei progetti di vita. Oggi, al contrario, ci dobbiamo chiedere come sia possibile coniugare *uguaglianza* dei diritti e *diversità* delle culture e dei progetti di vita”.

¹⁰⁴ M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità*, cit., 3824.

¹⁰⁵ G. SCACCIA, *Constitutional Values*, cit., 182.

¹⁰⁶ G. HUSSERL, *Diritto e tempo* (1955), ed. it. a cura di R. Cristin, Giuffrè, Milano 1998, 50.

¹⁰⁷ Sulla decisione n. 207 del 2018, cfr. A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta online*, III/2018, 571 ss.; S. PRISCO, *Il caso Cappato tra Corte costituzionale, Parlamento e dibattito pubblico. Un breve appunto per una discussione da avviare*, in *Biolaw Journal*, 3/2018, 153 ss.; C. TRIPODINA, *Quale morte per gli “immersi in una notte senza fine”? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul “diritto a morire per mano di altri”*, *ivi*, 139 ss.; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *QuestioneGiustizia.it*, 19 novembre 2018; U. ADAMO, *In tema di aiuto al suicidio la Corte intende favorire l'abbrivio di un dibattito parlamentare*, in *Dirittocomparati.it*, 23 novembre 2018; C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Dirittopenalecontemporaneo.it*, 3 dicembre 2018.

4. Alcune (ulteriori) ragioni dell'avanzata della giurisdizione

Il terreno coltivato dal potere giudiziario appare dunque piuttosto fertile. I motivi, tuttavia, non devono ricondursi in via esclusiva all'arretramento, alla "ritirata" da parte del potere politico.

Vi sono infatti altre e più profonde ragioni che, ancora una volta, in questa sede possono solo accennarsi.

La *non*-fiducia nel sistema rappresentativo da parte di una società profondamente disomogenea¹⁰⁸ si traduce in una (probabilmente eccessiva) fiducia nei confronti dei giudici che, chiamati a risolvere casi concreti, devono offrire - peraltro, come visto, potendo ricorrere ad ampi margini di discrezionalità - una soluzione *case by case* a quei conflitti tra principi (e valori) sui quali il decisore politico, a volte volutamente, non si pronuncia.

Occorre peraltro evidenziare come il rischio di una eccessiva frammentazione delle decisioni giudiziarie, potenzialmente pericolosa soprattutto rispetto alla soluzione di casi analoghi, sia soggetto a processi di attenuazione dovuti a un progressivo consolidamento del principio dello *stare decisis*¹⁰⁹.

Ma dietro la *montée en puissance* del potere giurisdizionale, secondo l'espressione di Mireille Delmas-Marty¹¹⁰, c'è anche, se non soprattutto, una concezione diversa dei *diritti* e dello stesso *diritto*, che finisce per essere inteso come qualcosa che trova sostanza *solo* all'interno delle aule dei tribunali¹¹¹. Un diritto *creato dai casi e che segue i casi*¹¹², e che può arrivare persino ad *anticipare i casi*, ponendo così il giudice, volendo richiamare ancora le categorie husserliane, nella condizione opposta a quella riconosciutagli dal filosofo tedesco,

¹⁰⁸ Ancora in tema cfr. G. SCACCIA, *Il territorio*, cit.,

¹⁰⁹ Principio ormai "entrato a far parte della cultura dei nostri magistrati", secondo S. BARTOLE, *Ragionando su giudici*, cit., 10. Vedi ancora M. CARTABIA, *Corte costituzionale*, cit., A. RUGGERI, *Linguaggio*, cit., 787, secondo il quale le pur importanti ed essenziali differenze strutturali tra giudici e legislatori, soprattutto per quel che concerne il piano degli effetti delle decisioni dei primi, "vanno esse pure sfumando, sol che si considerino i vincoli discendenti dalle pronunzie delle Corti europee ed il rilievo complessivo ad esse riconosciuto quali atti iniziali di quelle "catene" giurisprudenziali, di cui si è dietro discorso, dotati di una formidabile forza di trascinamento nei confronti di interi indirizzi giurisprudenziali".

¹¹⁰ M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. III. La refondation des pouvoirs*, Seuil, Paris 2005-6, 41 ss.

¹¹¹ Il *favor* per il diritto giudiziario, sinonimo di spontaneità e libertà, rispetto a quello legislativo, al contrario sinonimo di coercizione, anche in funzione della stessa certezza del diritto, è espresso da B. LEONI, *La libertà e la legge* (1994), tr. it. Liberlibri (ristampa), Macerata 2017. Secondo Leoni, mentre la certezza della legge scritta (della legge «decretata») è, appunto, solo una stabilità a breve termine, il diritto giudiziario, basato sul «rinvenimento» di consuetudini praticate da tempo, assicura ai singoli la certezza del diritto a lungo termine, consente loro di calcolare e prevedere le conseguenze delle proprie azioni e li aiuta a organizzare razionalmente la propria vita, al riparo dalle interferenze mutevoli della legge. Come rileva N. ZANON, *Tra giurisdizione e legislazione*, cit., 256, «la certezza del diritto che interessa a Leoni non è quella insita nella precisione di un testo scritto dal legislatore, non manipolabile da interpretazioni giudiziarie «creative» (un tipo di certezza cui peraltro è da annettere rilievo tutt'altro che secondario, proprio nell'epoca del massimo trionfo del diritto giudiziario, anche nei sistemi di *civil law*): è invece «la possibilità per gli individui di fare piani a lungo termine in base a una serie di regole adottate spontaneamente in comune dalla gente e infine accertate dai giudici per secoli e generazioni» (B. LEONI, cit., 106)". Per una posizione critica nei confronti di un diritto considerato come vero solo se creato nelle aule giudiziarie, M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, cit., 401 ss.

¹¹² Così G. SCACCIA, *Constitutional Values*, cit. 184.

vale a dire un vero precursore delle nuove frontiere relative ai bisogni che meritano tutela¹¹³. Con il rischio di sfiorare derive in cui si tende a considerare come *diritti* ogni aspettativa (magari anche istantanea), ogni bisogno, persino ogni desiderio in cerca di soddisfazione¹¹⁴, al di fuori di qualsiasi mediazione politica e costruzione legale¹¹⁵. In una prospettiva, in verità non isolata e, si permetta, piuttosto pericolosa, di un costituzionalismo schiacciato sui soli diritti, queste derive potrebbero essere il sintomo di un ritorno di matrice culturale all'individualismo, a un desiderio cioè di far prevalere, ad ogni costo, la soddisfazione delle esigenze del singolo su quelle funzionali a un bene comune, che è ciò cui tende una comunità politica¹¹⁶.

Non da ultimo, tutt'altro, è l'azione dei giudici (supremi e comuni) a dettare costantemente la strada maestra del percorso d'integrazione tra sistemi giuridici nazionali e sovranazionali. Volgendo lo sguardo nella direzione che interseca il flusso del diritto eurounitario e quello del diritto Cedu, prospettiva che pur di enorme significato rimane comunque parziale al cospetto dei tanti altri flussi percorribili nella Comunità internazionale, l'immagine che si staglia in primissima battuta è quella di uno spazio molto affollato da giudici che, pur nella diversità di grado e natura, e sebbene non sempre seguendo logiche esenti da contraddizioni o capaci di evitare conflitti, soprattutto se sperimentate sui due versanti ordinamentali presi in considerazione¹¹⁷, sono i primi e principali attori della implementazione del diritto europeo e del diritto Cedu. La *primauté* del primo si serve di strumenti ormai consolidati, quali l'interpretazione conforme, la disapplicazione e il canale privilegiato di raccordo da ordinamenti costruito attorno al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea,

¹¹³ Ancora M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, cit., 396 rivela l' "autolesionismo del legislatore, che sempre più di frequente prevede il dovere di conformazione di atti normativi, anche primari (...), agli indirizzi giurisprudenziali se non a singole sentenze".

¹¹⁴ Ha ritenuto un vero e proprio "errore concettuale" l'idea che il diritto sia finalizzato a realizzare i desideri, fortemente qualificati, dei soggetti portatori dei diritti fondamentali, F. ZANUSO, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Diritto e desiderio. Riflessioni biogiuridiche*, Milano 2015, 20-21. Secondo l'A. il desiderio implica un dissociarsi da sé e "non avendo nella sua costituzione né cautela né misura" è incapace di consentire un adeguato bilanciamento tra opposti diritti e interessi, 21. Parzialmente in sintonia con queste posizioni, seppur meno assolutistica, è A. PINTORE, *Il desiderio dei diritti*, in *Riv. fil. dir.*, 2/2017, la quale tuttavia osserva come "molti diritti, che tutt'oggi consideriamo sacrosanti, hanno avuto come base fattuale e molla rivendicativa il desiderio (...) di godere di certe prerogative e di ottenere determinati riconoscimenti sociali", 242.

¹¹⁵ Eppure i diritti, "hanno bisogno di soggetti sociali e politici che li promuovano", giacché senza di essi "crollano rovinosamente a terra, svanendo", così recent., riprendendo la sua consolidata critica verso il neocostituzionalismo, M. LUCIANI, *Il costituzionalismo e l'economia dal divampare della crisi a oggi*, in L. Antonini (a cura di), *La domanda inevasa. Dialogo tra economisti e giuristi sulle dottrine economiche che condizionano il sistema giuridico europeo*, Il Mulino, Bologna 2016, 61. In tema, cfr. L.M. FRIEDMAN, *Total Justice*, New York 1994. Recent., cfr. P. VERONESI, *Rights on the move: come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)*, in *Bio-Law Journal*, 2/2018, 77 ss.

¹¹⁶ Cfr. N. URBINATI, *Liberi e uguali: contro l'ideologia individualista*, Laterza, Roma-Bari 2011; D. ANTISERI, *Relativismo, nichilismo, individualismo: fisiologia o patologia dell'Occidente?*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2005. Vedi ancora T.E. FROSINI, *ult. cit.*, 4 e 7. G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Giulio Einaudi, Torino 2018, 109, per il quale "il costituzionalismo dei diritti (...) deve scoprire i doveri, non semplicemente in quanto riflessi, cioè in quanto controparte dei diritti, ma come posizioni giuridiche autonome che vivono di vita propria, senza presupporre l'esistenza (attuale) delle corrispondenti situazioni di vantaggio e dei relativi titolari". Sulla crisi dell'età dei diritti, cfr. A. SCHIAVELLO, *Ripensare l'età dei diritti*, Mucchi, Modena 2016; E. POSNER, *The Twilight of Human Rights Law*, Oxford University Press, Oxford 2014; M. Meccarelli – P. Palchetti – C. Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giurisdizionale dell'individuo*, Dykinson, Madrid, 2014.

¹¹⁷ In tema, cfr. A. RUGGERI, *Incontri e scontri*, cit., in part. 10 ss.

quest'ultimo ritenuto percorribile anche dalla Corte costituzionale italiana a partire dalla storica ordinanza n. 103 del 2008¹¹⁸. Allo stesso modo, il diritto Cedu punta sul canale giurisdizionale ricorrendo peraltro a tecniche meno dirette qualora questo sia occupato dai giudici comuni: ferma restando l'interpretazione conforme alla Cedu, infatti, i giudici comuni devono sollevare la questione di costituzionalità della norma interna per violazione diretta della Convenzione ed indiretta dell'art. 117, comma 1, Cost. (teoria della norma interposta), previo superamento del vaglio di conformità a Costituzione della previsione convenzionale; ma è anche vero che, come visto, sono soggetti al vincolo dell'interpretazione della Corte Edu solo se espressivo di un orientamento consolidato; e ancora, su di un livello che assume un enorme rilievo proprio al piano dei rapporti tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale, in sede di esecuzione della sentenza Cedu nell'ordinamento interno, il giudice comune vede quest'ultima assurgere a elemento nuovo, integrativo del parametro normativo che egli deve applicare al suo caso concreto¹¹⁹.

Lungo flussi comunicativi percorsi ininterrottamente da più Carte costituzionali, più principi, più centri di produzione del diritto, più testi normativi e (soprattutto) da più giudici, sono questi ultimi – prima e più dei soggetti politici – ad avere strumenti, procedure e tecniche per operare quali veri e proprie cinghie di trasmissione¹²⁰. Attorno a tutti questi *più* si staglia un movimento che piuttosto che inseguire direttrici univoche e predefinite, disegna geometrie variabili lungo le quali non pare più possibile ritrovare un punto “in alto e al centro”, che possa assurgere a esclusivo depositario e promanatore dell'ordine giuridico¹²¹.

Fatta questa rapida panoramica, in cui molteplici e in direzioni diverse, a volte opposte, sono le forze che operano e gli smottamenti che, in conseguenza di quelle, si producono, l'immagine del paesaggio che si osserva appare quanto mai sgranata, quasi impossibile da fermare, il tutto essendo, con intensità cangianti e punti di approdo mai uguali, in movimento. L'unico *fil rouge* di questi tanti movimenti, una sorta di loro matrice comune, a secon-

¹¹⁸ In tema T. GUARNIER, *Ruolo e funzioni del rinvio pregiudiziale nell'interpretazione delle direttive dell'Unione europea: il caso della relazione fra giudici italiani e Corte di Giustizia*, in *federalismi.it*, Focus Fonti, 1/2017.

¹¹⁹ Secondo la tesi preferita da R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu*, cit. 639. Vedi anche C. PADULA, *La Corte Edu e i giudici comuni, nella prospettiva della recente giurisprudenza costituzionale*, in C. Padula (a cura di), *La Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 159 ss. In tema, cfr. E. LAMARQUE, *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo ad uso dei giudici italiani*, in *Studium iuris*, 4/2016, 452 ss.

¹²⁰ Di “lavoro di saldatura” parla M.R. FERRARESE, *La governance*, cit., 128. cfr. S. CASSESE, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Donzelli, Roma 2009; A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2011; G. MARTINICO – O. POLLICINO, *The Integration Between European's Legal Systems: Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Elgar, Cheltenham-Northampton 2012. Secondo M. BOMBARDELLI, *Intervento in Giudici e legislatori*, in *Dir. Pubbl.*, 2/2016, 507 ss., dove si osserva che “la stessa Costituzione è ora chiamata a confrontarsi con altre fonti di livello costituzionale e per continuare a porsi come fondamento dell'ordine giuridico, assicurando il rispetto dei principi e dei diritti fondamentali, non può più semplicemente essere considerata come il vertice della piramide da cui tutto deriva per irradiazione, grazie appunto al sostegno offerto dalla sovranità dello Stato”, 513.

¹²¹ *IBIDEM*, 511. Secondo M.R. FERRARESE, *Il diritto al presente*, Il Mulino, Bologna 2002, 65, “la globalizzazione ci presenta uno scenario affollato e convulso, in cui è difficile censire tutto l'esistente o organizzarlo in un chiaro elenco o in un rigido ordine gerarchico”. Vedi anche recent., A. RUGGERI, *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress a geometria variabile*, in *Consulta online*, III/2018; *ID.*, *Incontri e scontri*, cit., in part. 23.

da dei casi ora vera causa scatenante ovvero forza condizionate, è quello che unisce i tanti punti della globalizzazione.

All'interno di un così fitto e vorticoso reticolato, "nell'affollamento che invade lo scenario giuridico"¹²², si coprono in pochi attimi distanze un tempo siderali; tutto, o una buona parte del tutto, rischia di confondersi; e distinguere appare un'operazione sempre più difficile. Un'efficace cartina di tornasole è rappresentata proprio dal rapporto tra legislatore e giudici: un tempo a debita distanza l'uno dall'altro; poi, capaci di comunicare tra loro, anche in modo virtuoso, grazie a un lento processo storico-culturale, e dunque istituzionale; oggi quasi a rischio sovrapposizione e confusione.

Eppure, proprio l'impresa che appare la più ardua, il distinguere appunto, è quella più necessaria. È probabile, forse altamente probabile, quando non del tutto indispensabile, che questa stessa distinzione debba passare attraverso una ridefinizione delle modalità di intervento tanto del legislatore quanto dei giudici. E qui, a ben vedere, il legislatore, in virtù della maggiore libertà di cui gode rispetto al giudice, al netto di quanto detto, comunque soggetto alla legge (stessa) e alle forme processuali, ha un suo vantaggio. Senza tuttavia intaccare in nulla il disegno che vede nel legislatore e nei giudici i due poli, distinti, che rappresentano tuttora le gambe su cui si regge e procede lo Stato costituzionale. Come ha detto con esemplare chiarezza Augusto Barbera, "una costituzione mantiene forza e prestigio se i principi costituzionali costituiscono non solo trama e ordito per una sempre più ricca giurisprudenza, ma anche basi per decisioni "forti", assunte da soggetti politici espressivi della sovranità popolare"¹²³.

In quella che rimane una direzione di marcia obbligatoria, la tutela sistemica dei diritti, al legislatore, legittimato dal circuito della rappresentanza democratica, spetta la (fondamentale) posizione dei testi normativi, che devono sempre più proporsi in termini generali, essenziali e duttili¹²⁴; testi, costruiti in siffatto modo, che a loro volta "trascorrono", in una tensione dialettica continua, verso il giudice al quale, nella sua specifica posizione intermedia tra testo e contesto fattuale, spetta la (altrettanto fondamentale) estrapolazione dal (e nel) testo della regola per il *suo* caso¹²⁵.

Un esempio paradigmatico di questa duplice esigenza è la declinazione italiana del principio del *best interests of the child*, erettosi sin dall'inizio come principio complesso, che chiede al tempo stesso la *rigidità* di regole legislative inderogabili a tutela dei diritti fondamentali dei minori intesi astrattamente nel loro insieme, e la *flessibilità* della possibilità di scelta della soluzione più idonea per lo sviluppo educativo di un singolo minore in una determinata fattispecie concreta¹²⁶. Così atteggiandosi il principio non può che pretendere la difficile, ma necessaria, ricerca della sintesi, del punto di equilibrio tra rigidità e flessibilità.

¹²² M.R. FERRARESE, *ult. cit.*, 66.

¹²³ A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica*, cit., 264.

¹²⁴ Insiste sul punto A. RUGGERI, *Linguaggio*, cit., 787.

¹²⁵ Cfr. V. FROSINI, *La lettera e lo spirito della legge*, III ed., Giuffrè, Milano 1998, 44.

¹²⁶ Sul punto, ampiamente, E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Franco Angeli, Milano 2016, in part. 15 ss., che richiama anche una serie di pronunce

Il giudice, tuttavia, è destinato a non arrestare qui, al piano del testo legislativo, la sua opera, dovendo sempre più frequentemente attingere da ordinamenti sovranazionali elementi nuovi capaci di integrare, e continuamente riplasmare, la regola che sarà chiamato ad applicare al suo caso.

Ecco che, pertanto, legislatore e giudici sono entrambi parziali nella produzione giuridica; entrambi bisognosi dell'altro; entrambi, infine, non singolarmente bastevoli alla tenuta della democrazia costituzionale¹²⁷.

5. Uno sguardo al ruolo delle Corti costituzionali, quali istituzioni “di confine”

a) tra politica e giurisdizione

Ragionare sul rapporto tra *legis-latio* e *iuris-dictio* inevitabilmente significa insistere anche sugli organi nazionali di giustizia costituzionale che, chiamati ad esercitare quella funzione, epocale per il XX secolo¹²⁸, di assoggettamento dell'intera dimensione dei pubblici poteri al rispetto della supremazia della Costituzione e dei suoi principi¹²⁹, abitano naturalmente quella zona impervia a cavallo tra la politica e la giurisdizione¹³⁰.

L'affermazione per cui il posto delle Corti costituzionali è tra la *politica* e la *giurisdizione* può declinarsi su piani diversi, anche se poi riconducibili ad un'unica sintesi, come dimostra egregiamente l'esperienza italiana.

Significa intanto che la Corte costituzionale si *colloca funzionalmente* tra il potere politico e il potere giurisdizionale¹³¹. Ma significa anche che il suo principale campo di azione, il

del giudice (di merito e di legittimità) nelle quali è ben visibile questa continua ricerca della sintesi: vedi ad esempio Cass. I civ., 11 novembre 2014, n. 24001.

¹²⁷ Vedi ancora diffusamente G. SORRENTI, *op. cit.* In fondo, sul parlamento quale soggetto non unico depositario dell'idea di democrazia, cfr. già H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, in ID., *La democrazia*, trad. it. B. Fleury, Bologna 1988, 156 e, su posizioni quasi convergenti C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, in ID., *Le categorie del «politico»*, trad. it. a cura di G. Miglio, P. Schiera, Il Mulino, Bologna 1972, 216 e ID., *Dottrina della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano 1984, 274.

¹²⁸ Cfr. in tema T. GROPPI, *La genesi della giustizia costituzionale negli ordinamenti di matrice britannica*, in R. Orrù, F. Bonini, A. Ciammariconi (a cura di), *La giustizia costituzionale in prospettiva storica: matrici, esperienze, modelli. Giornate di Diritto e Storia costituzionale 'Atelier 4 luglio – G.G. Florida'*, III, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2012, 47; D. ROSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, Montchrestien, Paris, 1992, 9.

¹²⁹ S. BARTOLE, *La Corte e i poteri*, in *Quad. cost.*, 1/1998, 5 ss., in part. 8. In tema, cfr. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Giurisdizione costituzionale. Questioni strutturali, organizzazione, legittimazione*, in ID., *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, a cura di M. Nicoletti, O. Brino, Giuffrè, Milano, 625 ss., in part. 642-3.

¹³⁰ Per ricordare solo i classici studi di T. MARTINES, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Giuffrè, Milano 1957; C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali), ad vocem*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano 1962; C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, ora ried. Editoriale Scientifica, Napoli 2014; F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile – E. Cheli – S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1982, 19 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, *ivi*, 103 ss.

¹³¹ Cfr. in part. le note riflessioni di V. CRISAFULLI, *La Corte ha vent'anni*, in N. Occhiocupo (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Cedam, Padova 1984, 74-5. Vedi anche L. ELIA, *La Corte nel quadro dei poteri costituzionali*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., 515 ss.

sindacato sulle leggi, può avere ad oggetto l'atto politico per eccellenza, la legge appunto, solo per il tramite di un qualsiasi altro giudice, quindi passando per un caso della vita, e seguendo le forme e le procedure tipiche della giurisdizione. Significa, ancora, che nella composizione della Corte è garantito un equilibrio tra membri di estrazione politica, eletti dal Parlamento in seduta comune con maggioranza qualificata, e giudici di professione¹³².

La sintesi sta nel riconoscere la Corte costituzionale quale vera e propria istituzione "di confine"¹³³, per cui ogni sua decisione - in special modo, come detto, nel sindacato sulle leggi, ma a ben guardare anche nei giudizi sui conflitti tra poteri e tra Stato-Regioni e in quelli sui referendum, - produce effetti ad ampio raggio, che trovano motivo generatore sempre nel caso sottoposto a giudizio, nel quale tuttavia, pur tornandovi, non si esauriscono¹³⁴. Gli effetti dei giudizi della Corte muovono dalla vicenda concreta ma si proiettano nel sistema, incidendo ora nella forma di governo, ora nella forma di Stato, ora in entrambe. La Corte, con le sue decisioni, risolve il caso, ma (contestualmente) *impatta* nel sistema¹³⁵.

Sta qui, in fondo, la differenza sostanziale che corre tuttora tra le Corti costituzionali (nazionali) e le Corti europee (sovranazionali): se queste ultime operano in un ambiente che è senza Legislatore, senza Stato, senza Costituzione, almeno nelle accezioni tradizionali di questi termini, e possono anche aspirare a svolgere un'attività giurisdizionale neutrale, ovvero non (troppo) condizionata dal *politico*¹³⁶; solo le Corti costituzionali agiscono in uno spazio condizionato dall'immanenza della forma di governo e risentono dei limiti derivanti dal loro doversi, appunto, inserire in un sistema di equilibri istituzionali che loro stesse, con ogni decisione, contribuiscono costantemente a perfezionare¹³⁷.

Questa loro specifica, ed ancora unica, posizione incide in maniera determinante sull'approccio delle Corti costituzionali alle questioni, e dunque, sulle tecniche di bilanciamento, argomentative e decisorie cui le stesse ricorrono.

Proprio la faticosa e continua ricerca di un punto di equilibrio trova riscontro nel modo di operare della Corte che, non a caso, nel corso dei suoi giudizi, tra i due o più interessi co-

¹³² Sulla particolare funzione della composizione della Corte sia consentito il rinvio al mio G. LANEVE, *La Riforma "Renzi-Boschi" e la Corte costituzionale: alcune riflessioni sulla diversa elezione dei giudici "parlamentari" e su possibili scenari relativi al nuovo procedimento legislativo*, in *Rivista Aic*, 4/2016, in part. 8 ss.

¹³³ V. ONIDA, *Una nuova frontiera per la Corte costituzionale: istituzione di 'confine' fra diritto nazionale e sovranazionale*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli 2006, 533.

¹³⁴ Da ultimo, in tema, G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *Rivista Aic*, 3/2017, dove l'A. precisa che "il giudizio costituzionale trascende il giudizio *a quo* e lo assume solo come punto di partenza per mettere alla prova la tenuta della regolazione generale-astratta presente nella legge. Il giudizio della Corte non si sovrappone mai, né esaurisce i suoi effetti nella vicenda concreta, ma la assume nella sua universalizzabilità", 21-22.

¹³⁵ Così G. BOGNETTI, *La Corte costituzionale tra procedura e politica*, in AA.VV., *Giudizio "a quo" e movimento del processo costituzionale*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Milano 1990, 231-32.

¹³⁶ Ancora G. SCACCIA, *ult. cit.*, 26. Vedi anche F. BALAGUER CALLEJÓN, *Le Corti costituzionali e il processo di integrazione europea*, in AA.VV., *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, Atti del XXI Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Roma, 27-28 ottobre 2006, Jovene, Napoli 2010, 257 ss.

¹³⁷ Ancora G. SCACCIA, *ult. cit.*, 26. M. CARTABIA, *Diritti, giudizi e conflitti*, in *Ars interpretandi*, 1/2015, in part. 42.

stituzionali in gioco, salvo rarissime occasioni, piuttosto che sceglierne uno e “tagliare” gli altri, ricorre al paradigma, ben più complesso, del bilanciamento e della ponderazione. Paradigma che viene in rilievo altresì, come affermato dalla Corte nella sentenza n. 264 del 2012, al piano dei rapporti tra ordinamento costituzionale e ordinamento CEDU: la “massima espansione delle garanzie” dei diritti ricomprende dentro di sé “il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall’espansione di una singola tutela”. E così “il richiamo al «margine di apprezzamento» nazionale – elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, e rilevante come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea – deve essere sempre presente” nelle valutazioni della Corte costituzionale, “cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro”¹³⁸.

Le due “anime” della giustizia costituzionale, quella politica e quella giurisdizionale, come ricordato da Antonio Ruggeri, concorrono entrambe “a darne l’identità e ad assicurare la trasmissione nel tempo, componendosi tuttavia in un *mix* continuamente cangiante, a seconda delle vicende processuali e della posta in palio in ciascuna di esse ricorrente. Di modo che, qualunque dovesse essere il percorso intrapreso, esse dovranno pur sempre connotare, nella loro congiunta, inscindibile ed equilibrata composizione, le esperienze della giustizia stessa”¹³⁹. L’equilibrato dosaggio tra le due, da rinnovarsi continuamente, è funzionale a evitare “tanto la «politicizzazione» della giurisdizione che la «giurisdizionalizzazione» della politica”¹⁴⁰.

I pericoli di fuga in avanti verso l’una o verso l’altra, sempre dietro l’angolo soprattutto quando quel contesto di sistema, al quale, per quanto appena detto, la Corte non deve essere indifferente, è attraversato da particolari frizioni ¹⁴¹, a loro volta riproduttive di determinate tensioni nel tessuto sociale, vanno arginati proprio utilizzando le due anime come rispettivi contro-poteri: e così l’ipotesi di chiudere nelle strette e rigide maglie della giurisdizione la scelta politica viene bilanciata dalla esigenza di preservare la discrezionalità della decisione

¹³⁸ Corte cost., sent. n. 264 del 2012, p. 4.1 del Considerato in Diritto. Al p. 4.2 specifica: “La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell’art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza (sent. n. 317 del 2009). Operazioni volte non già all’affermazione della primazia dell’ordinamento nazionale, ma alla integrazione delle tutele”. Da ultimo, cfr. R. ROMBOLI, *La influenza della Cedu*, cit. 627.

¹³⁹ A. RUGGERI, “*Teoria della Costituzione e tendenze della giustizia costituzionale, al bivio tra mantenimento della giurisdizione e primato della politica*”, in *federalismi.it.*, 25/2016, 3.

¹⁴⁰ E. CHELI, *Valori costituzionali e controllo di costituzionalità: la prospettiva comparatistica*, in *Id.*, *Il giudice delle leggi*, Il Mulino, Bologna 1996, 31. Ancora A. RUGGERI, *ult. cit.*, 3, ribadisce che “lo squilibrio va, comunque, ad ogni costo evitato”. In tema, recent., cfr. E. CATELANI, *Giustizia costituzionale tra “anima politica” ed “anima giurisdizionale” e sua incidenza sulla forma di governo*, in *federalismi.it.*, 8/2017; C. DRIGO, *Le Corti tra politica e giurisdizione*, Bonoma University Press, Bologna 2017; R. BASILE, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell’evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017.

¹⁴¹ Cfr. R. ROMBOLI, *In margine alla lectio magistralis di Paolo Caretti «Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti: verso un nuovo equilibrio»*, in A. Cardone – F. Donati – M.C. Grisolia – G. Tari Barbieri (a cura di), *Il rapporto tra giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, cit., 63. C. TRIPODINA, *Il “potere politico” della Corte costituzionale e i suoi limiti*, in R. Balduzzi – M. Cavino – J. Luther (a cura di), *La Corte costituzionale vent’anni dopo la svolta*, Atti del seminario svoltosi a Stresa il 12 novembre 2010, Giappichelli, Torino, 2011, 1 ss.

politica, soprattutto quando questa è frutto di processi aperti, trasparenti e inclusivi¹⁴², ricorrendo a una quantomai opportuna *judicial modesty*¹⁴³; così come quella di utilizzare tecniche decisorie nuove pur di decidere casi anche molto scottanti sul piano politico deve trovare un freno proprio nel rispetto ossequioso delle procedure della giurisdizione. Da ultimo, il caso Cappato dimostra quanto estrema può essere la delicatezza nell'operare un bilanciamento che mantenga salde queste due esigenze.

In uno scenario come quello che si è provato a delineare nei paragrafi precedenti, in cui tra potere politico e potere giurisdizionale si registrano scosse imputabili a situazioni sistemiche (anche) nuove, il Giudice costituzionale può essere oggetto di un ulteriore rilascio di tensioni che inevitabilmente ne possono intensificare l'esposizione politica. Nella giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni, d'altronde, è possibile mettere in fila diversi momenti in cui quelle tensioni sono state avvertite in maniera più intensa (i notissimi casi relativi alle pronunce sulle leggi elettorali, nn. 1 del 2014 e 35 del 2017, solo per citare i più eclatanti)¹⁴⁴.

Per tutte queste ragioni il paradigma dell'agire della Corte deve essere la conoscenza, l'esperienza, ma anche l'equilibrio e la prudenza, in una parola la saggezza¹⁴⁵. I giudici costituzionali *arrivano* alla decisione attraverso un variegato percorso, contraddistinto da un apporto plurale e composito, come dimostra anche la particolare composizione mista dell'organo. Non è una logica escludente quella che muove l'azione della Corte, quanto quella inclusiva nella quale il tutto deve assoggettarsi a complesse e raffinate operazioni di dosaggio e bilanciamento.

La cartina di tornasole del *modus operandi* della Corte, e presidio della sua giurisdizionalità, sono le argomentazioni a sostegno della motivazione della decisione che, come ricordato da Gaetano Silvestri, non è il contenitore di mere spiegazioni a favore delle parti, bensì di "comunicazioni rivolte alla comunità, alla società, per dare ragione del perché i giudici abbiano deciso in un determinato modo"¹⁴⁶. In considerazione del fatto per cui l'obiettivo della Corte non è l'imporsi con l'autorità e la forza, quanto il convincere, esso sarà tanto più raggiungibile quanto più trasparente riesca ad essere il confronto dialettico anche con argomentazioni di tipo diverso¹⁴⁷.

¹⁴² Il rilievo è fatto da G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento*, cit., 27.

¹⁴³ R. POSNER, *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*, in *Cal. Law Review*, 3/2012, 519 ss. Secondo M. SHAPIRO, *Judicial Independence: New Challenges in Established Nations*, in *20 Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1/2013, 273, "certainly, the most successful constitutional courts have exhibited a certain strategic sense concerning when to, and when not to, press forward vigorously on rights issues".

¹⁴⁴ In tema, le osservazioni critiche di R. ROMBOLI, *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima "politica" e quella "giurisdizionale". Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso a un anno dalla sua scomparsa*, in *Rivista Aic*, 3/2017, in part. 16 ss. Cfr. anche A. SPADARO, *Sulla intrinseca "politicità" delle decisioni "giudiziarie" dei Tribunali costituzionali contemporanei*, in *federalismi.it.*, 5/2017.

¹⁴⁵ Q. CAMERLENGO, *La saggezza della Corte costituzionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3/2011, 647 ss.

¹⁴⁶ G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale vista da vicino. Intervista a cura di Diletta Tega*, in *Quad. cost.*, 3/2014, 757.

¹⁴⁷ In tema, cfr. A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996.

È su questo piano, in fondo, e non più su quello della natura democratico-rappresentativa, che le Corti costituzionali si giocano la partita eterna della loro legittimazione¹⁴⁸.

b) tra ordine interno e ordine esterno

A sua volta, ragionare sulla giustizia costituzionale significa, oggi, stare sul tratto che più ne connota lo sviluppo in questa prima parte di secolo, ovvero la ormai stabile proiezione sovranazionale¹⁴⁹.

Il fenomeno è tutto sommato piuttosto recente, e, soprattutto, costantemente *in progress*¹⁵⁰. Come tale, non certo maturo per giudizi definitivi. Le non poche pronunce dei diversi Tribunali costituzionali europei (e delle Corti europee), tuttavia, dettano preziose indicazioni per alcune considerazioni provvisorie.

Una prima: il superamento dei confini pare costituire un ulteriore presidio per la giurisdizionalità delle Corti costituzionali.

Nella nuova dimensione allargata, infatti, è davvero arduo per le singole Corti continuare a considerarsi e a operare come organi “di chiusura”, dovendo esse, al contrario, riproporsi, in uno scenario relazionale a più interlocutori, come i più autorevoli canali di comunicazione, di scambio e di messa in rete, di materiali preziosissimi, che trovano sostanza nella ricchezza dei processi interpretativi delle Carte costituzionali. Un circolo e ri-circolo tra *corti* (per di più non tutte della stessa natura, ma, di pari grado) e tra *carte*¹⁵¹ che costituiscono un impervio labirinto all'interno del quale, tuttavia, la bussola più efficace sembra essere nelle mani proprio delle Corti costituzionali nazionali, in virtù soprattutto delle loro esclusive tecniche di giudizio accennate nel precedente paragrafo.

¹⁴⁸ Valga, per tutti, ricordare che G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 1977, 97, riproducendo la distinzione tra “democrazia come tipo di investitura dei soggetti” e “democrazia come tipo di funzione”, afferma che “si può ammettere che vi siano organi democraticamente formati che svolgono funzioni non democratiche (a- o anti-democratiche); ovvero organi non democraticamente formati che svolgono funzioni importanti per la democrazia”, tali essendo, nella democrazia liberali, “i giudici indipendenti, in genere, e i tribunali costituzionali, in specie”. Secondo G. GUZZETTA, *Relazione introduttiva*, in A. Anzon – G. Azzariti – M. Luciani (a cura di), *La composizione della Corte costituzionale. Situazione italiana ed esperienze straniere*, Giappichelli, Torino 2004, 9, “il problema della legittimazione (...) non si pone dunque nei termini tradizionali del rinvenimento di una giustificazione compensatoria del difetto di investitura democratico-rappresentativa, ma piuttosto, nei termini, qualitativamente differenziati, di una soluzione organizzativa idonea a favorire in concreto l’impianto e l’accettazione della funzione di controllo costituzionale, attraverso l’equilibrio ‘comunicativo’ tra i vari centri di potere pubblico”.

¹⁴⁹ G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2012, 63-64. J. KOMÁREK, *National Constitutional Courts in the European Constitutional Democracy*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3/2014, 525 ss.

¹⁵⁰ Si guardi l'*incipit* di A. RUGGERI, *Corte costituzionale, Corti europee*, cit., 548. Vedi anche G. AMATO, *Corte costituzionale e Corti europee. Fra diversità nazionali e visione comune*, Il Mulino, Bologna 2015.

¹⁵¹ A. RUGGERI, *Rapporti tra Cedu e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale allo specchio*, in Id., *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. XV, Studi dell'anno 2011*, Giappichelli, Torino 2012, 290.

Questa loro proiezione sovrastatale, questa messa in circolo rappresenta invero la migliore garanzia di giurisdizionalità per ciascun organo di giustizia costituzionale e per i suoi giudizi, una garanzia che si radica “nella disponibilità a rimettersi in discussione, a giocarsi (...) la partita alla pari, ponendo dal canto lo scettro del sovrano che, in gelosa ma angosciante solitudine, può e deve, in ultima istanza, decidere per tutti o su tutti”¹⁵². In una partita tra Corti che pare così destinata a non avere mai una vera fine, perché si gioca senza “un arbitro col fischiotto”, si coglie “la cifra identificante del ‘dialogo’”, ovvero la “sua strutturale attitudine a prolungarsi, trasformarsi, riassetarsi”¹⁵³.

Non a caso, appena cessato dalla carica di Giudice costituzionale, Sabino Cassese ha parlato di “fine della solitudine delle corti costituzionali”¹⁵⁴, con ciò volendo porre in evidenza il cambio di *status* dei giudici costituzionali, non più solo giudici dell’ultima parola sul piano interno, ma giudici parte di una dimensione corale (tra corti) che comporta per tutte loro una responsabilità ulteriore nel loro modo di operare. Una responsabilità che deriva dalla consapevolezza di esser parte di un ordine più ampio nel quale non solo si interloquisce, si collabora, si compara, ma dove si è anche sottoposti a un sistema di controlli reciproci¹⁵⁵.

Una seconda: il ruolo delle Corti nazionali rispetto al diritto europeo non si riduce alle sole, eppur fondamentali, funzioni di “ambientazione” all’interno del rispettivo ordinamento di principi magari formati, in modo complesso e coordinato, ad un livello sovranazionale¹⁵⁶ e di custodi ultimi, in senso oppositivo, dei principi costituzionali supremi degli ordinamenti nazionali.

Il loro è un ruolo giocoforza anche più complesso: esse, infatti, e siamo alla terza considerazione, sostanzialmente concorrono, nel rispetto dei ruoli, e al netto di alcune forzature, alla formazione del diritto europeo, seguendo un approccio *autenticamente dialogico* che, come opportunamente rilevato, non significa rinunciare a proporre letture diverse, alternative e persino conflittuali rispetto alle interpretazioni fatte proprie dalla Corte di giustizia¹⁵⁷.

¹⁵² ID., *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 R. Balduzzi – M. Cavino – J. Luther (a cura di), *La Corte costituzionale vent’anni dopo la svolta*, cit., 372. Concetto, questo, molto caro all’Autore e sul quale lo stesso è tornato più volte, cfr. da ultimo ID., *Corte costituzionale, Corti europee, giudici comuni: le aporie di una costruzione giurisprudenziale in progress a geometria variabile*, in *Consulta online*, III/2018, in part. 555.

¹⁵³ ID., *Corti costituzionali, Corti europee*, cit., 555.

¹⁵⁴ S. CASSESE, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, in *Ars Interpretandi*, 1/2015, 21 ss. Particolare attenzione merita, in questa direzione, the Conference of European Constitutional Courts che, pur priva di poteri coercitivi, ha un suo specifico impatto: “its deliberations allow a very open and intensive dialogue on fundamental issues of constitutional law and on methods of interpretation based on mutual respect and appreciation. The different legal and cultural backgrounds of the participating judges allow enlightening problems from a broad comparative perspective”, così J. LIMBACH, *Globalization of Constitutional Law through Interaction of Judges*, in 41 *Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 1/2008, 53.

¹⁵⁵ A. RUGGERI, *Teoria della Costituzione e tendenze della giustizia costituzionale*, cit., 12-13. Lo stesso A., recentemente, ha precisato che “un decisore che sa di dover comunque tenere conto altresì del punto di vista di altri decisori provvisti della sua stessa *auctoritas* trova proprio in ciò un argine di una certa consistenza al suo quotidiano agire”, ID., *Indirizzo politico*, cit., 501.

¹⁵⁶ G. SILVESTRI, *ult. cit.*, 764.

¹⁵⁷ A. LONGO, *luxta propria principia*, cit., 14, molto opportunamente ha affermato che “il dialogo di per sé è (...) confronto di idee opposte; esso può essere aspro, conflittuale, persino viziato da insanabili elementi di incomunicabilità. Che un dialogo razionale giunga ad una sintesi superiore e condivisibile da tutti i partecipanti ra-

D'altronde, nello stesso caso *Taricco II*, con tratti molto evidenti nel connubio nuovo rinvio (operato dalla Corte italiana)-nuova pronuncia (della Corte di giustizia), il Giudice di Lussemburgo ha potuto riconsiderare la portata della regola *Taricco I* alla luce proprio delle nuove irradiazioni semantiche portate dalla Corte italiana e concernenti principi costitutivi non già e solo dell'ordinamento nazionale, bensì di quello europeo¹⁵⁸. Con ciò svelando un ulteriore profilo di interesse, soprattutto in prospettiva, del dialogo tra Corti, quello per cui ciò che conta di più non è (più), come appena visto, avere una (illusoria) ultima parola, bensì chi ha la *prima parola*, ma non già per stabilire una (altrettanto illusoria e dannosa) primazia tra le Corti, quanto per predeterminare l'angolazione prospettica della questione di diritto eurounitario¹⁵⁹.

Peraltro, la posizione, ferma e decisa, della Corte italiana di rivendicare a sé la funzione volta ad "accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona"¹⁶⁰ pare comunque seguire questa direzione. Il Giudice costituzionale, ripercorrendo il solco tracciato sul finire dello scorso anno dalla già storica pronuncia n. 269 del 2017, solco certamente bisognoso più che mai di una ulteriore precisazione dei suoi contorni, come dimostrano peraltro alcune decisioni dei giudici comuni successive¹⁶¹, con la quale si è stabilita una sorta di precedenza della questione di legittimità costituzionale sulla questione pregiudiziale allorquando il giudice comune sospetti l'illegittimità di una legge per contrasto tanto con i diritti protetti dalla Costituzione quanto con quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali

zionali è, in una prospettiva realistica e antihabermasiana, una mera illusione. In definitiva, *il dialogo autentico*, come autentica opposizione di tesi, è *intrinsecamente polemico*".

¹⁵⁸ Nella sentenza n. 115 del 2018, p. 14 del Considerato in Diritto si legge che "l'inapplicabilità della 'regola Taricco' [...] ha la propria fonte non solo nella Costituzione repubblicana, ma nello stesso diritto dell'Unione".

¹⁵⁹ Cfr. sul punto P. FARAGUNA, Roma locuta, *Taricco finita*, cit., per il quale "non siamo perciò di fronte all'applicazione di controlli costituzionali, ma tutt'al contrario di fronte alla "scoperta" di un'irrenica convergenza tra ordinamento costituzionale e ordinamento europeo. A questa scoperta ha condotto l'identità costituzionale, ma soltanto come grimaldello ermeneutico che ha permesso di estrarre anche dall'ordinamento dell'Unione le ragioni giustificative della limitazione dell'applicazione della (o meglio, dell'impossibilità di applicare la) regola Taricco I". Ragionamenti dello stesso tenore, in prospettiva CEDU sono in R. ROMBOLI, *La influenza della CEDU*, cit., 642.

¹⁶⁰ Corte cost., sent. n. 115 del 2018, p. 8 del Considerato in diritto.

¹⁶¹ Con una prima decisione (ord. n. 3831 del 16 febbraio 2018), è vero che la Corte di cassazione, di fronte a un duplice caso di doppia pregiudizialità, concernente due norme interne sospettate di ledere entrambe tanto la Cdfue che la Costituzione italiana, ha sollevato la q.l.c., seguendo così l'indicazione della sentenza n. 269 del 2017; ma, è altresì vero, che lo stesso Giudice di legittimità (con un atto definito "di sfida, mascherato da atto di obbedienza", così L.S. ROSSI, *Il "triangolo giurisdizionale" e la difficile applicazione della sentenza 269/2017 della Corte costituzionale italiana*, in *federalismi.it*, 16/2018, 8) ha richiesto comunque alla Corte di precisare se il potere del giudice comune di disapplicare una norma interna che abbia superato indenne il giudizio costituzionale (anche sotto il profilo della conformità alla Cdfue) sia limitato a profili diversi da quelli esaminati dalla Corte costituzionale o, al contrario, si estenda anche al caso in cui la norma interna contrasti con la Cdfue in relazione ai medesimi profili che la Corte stessa abbia già esaminato. Con due successive sentenze, al contrario, la Sezione lavoro della stessa Corte di cassazione, ha percorso una strada alternativa: in un caso (sent. n. 12108 del 17 maggio 2018), ha direttamente disapplicato una normativa interna ritenuta in contrasto con la Cdfue e con la Costituzione; nel secondo (ord. n. 13678 del 30 maggio 2018), ha proposto rinvio pregiudiziale alla CGUE, dando espressamente atto di non ritenere necessario seguire le indicazioni della 269. Su tali decisioni, cfr. A. COSENTINO, *Il dialogo fra le Corti e le sorti (sembra non magnifiche, né progressive) dell'integrazione europea*, in *Questione Giustizia*, 1 ottobre 2018, che nelle conclusioni coglie l'importanza della prossima decisione della Corte costituzionale sulla prima q.l.c., i cui effetti saranno ben più di sistema nel panorama dell'integrazione europea.

dell'Unione europea¹⁶² -, si preoccupa sino in fondo di preservare e cristallizzare un *suo* ruolo nell'elaborazione stessa del diritto europeo, nel quale la stessa identità costituzionale, piuttosto che spauracchio oppositivo, pur con alcune forzature, sia visto dalla stessa Corte di giustizia come coordinata fondamentale della dinamica interpretativa¹⁶³. Un modo di porsi e di operare da parte delle Corti costituzionali che, al netto di precisazioni e assestamenti necessari, fa delle stesse Corti dei veri giudici europei¹⁶⁴, capaci di veicolare al meglio in favore delle Corti europee le esigenze e le posizioni nazionali in termini di tradizioni costituzionali e margine di apprezzamento statale¹⁶⁵.

A ben guardare, si ripresenta, su un versante nuovo e ulteriore, quella natura delle Corti costituzionali quali organi di confine, ora anche tra l'ordine interno e gli ordini sovranazionali¹⁶⁶.

Se si fa caso, infatti, queste prese di posizione acquistano anche un peso specifico sul fronte interno venendo a incidere significativamente sul rapporto tra Giudice costituzionale e giudici comuni: in un'ottica di salvaguardia del sindacato accentratore di costituzionalità - il cui rischio di essiccamento, peraltro già vissutosi in relazione al dovere di interpretazione conforme¹⁶⁷, può ripresentarsi alla luce di disapplicazioni fin troppo disinvolute ovvero del prevalente ricorso al rinvio pregiudiziale che sostanzierebbe un filo (fin troppo) diretto tra giudici comuni e Corte di giustizia - la Corte insiste perché possa parlare ogniqualvolta in gioco vi siano i principi fondamentali e i diritti inviolabili della Costituzione. Un modo per evitare eccessive forzature da parte dei giudici comuni, per affermare in un contesto nuovo il suo ruolo: in ultimo, per ridefinire un ulteriore nuovo punto di equilibrio nelle dinamiche tra i poteri.

¹⁶² G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Giur. cost.*, n. 6/2017, 2948, la definisce la più rilevante novità giurisprudenziale dopo la sentenza *Granital*. Non condivide questa lettura A. RUGGERI, *Corte costituzionale, Corti europee*, cit., 561, il quale non vede "neppure un rigo della 269 a sostegno del supposto rovesciamento dell'ordine cronologico delle due pregiudiziali" e ritiene, pertanto, che la vera novità della pronuncia sta nel fatto che laddove il giudice dovesse rivolgersi al giudice dell'Unione dopo aver adito la Consulta, potrebbe farlo "solo per profili diversi da quelli indicati nella questione di legittimità costituzionale".

¹⁶³ Coglie perfettamente questo aspetto, in riferimento alla pronuncia n. 269, G. SCACCIA, *ult. cit.*, 2954: "La priorità della questione costituzionale rispetto al rinvio pregiudiziale non è risolvibile a questione pratica, dettata da esigenze di economia processuale, ma dischiude una diversa modalità di manifestazione della stessa *primauté* del diritto europeo, quale esso 'vive' nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Invertire l'ordine delle pregiudiziali, dando precedenza a quella costituzionale significa, infatti, propiziare un movimento ascendente (dal basso verso l'alto) di elaborazione giurisprudenziale dei diritti che si compie a partire dai materiali forniti dalle tradizioni giuridiche degli Stati membri. Per assicurare la garanzia universale e uniforme dei diritti attraverso decisioni *erga omnes*, la Corte costituzionale rivendica in sostanza un generalizzato *jus primi verbi* nell'interpretazione dei diritti "a doppia matrice" interna ed eurounitaria. E ciò in quanto parlare per primi, e non soltanto in seconda battuta, avendo a disposizione solo l'arma brutale dei "controlimiti", vuol dire attivare una dinamica interpretativa in cui il rispetto dell'identità costituzionale non sia visto come il confine esterno ed estremo della discrezionalità interpretativa dei giudici di Lussemburgo, ma venga da quella Corte assunto come un'essenziale coordinata ermeneutica delle disposizioni della CDFUE".

¹⁶⁴ Così A. BARBERA, *ult. cit.*, 168.

¹⁶⁵ Così R. ROMBOLI, *La influenza*, cit., 643.

¹⁶⁶ S. CASSESE, *op. cit.*, 30.

¹⁶⁷ Sia consentito il rinvio a G. LANEVE, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 3 ss. Vedi, recent. A. PUGIOTTO, *Dalla "porta stretta" alla "fuga" dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 149 ss.

Conclusioni

Il complesso panorama di trasformazioni costituzionali in atto, e che nei limiti di questo contributo si è provato a tratteggiare, costringe sin d'ora, ma probabilmente con intensità crescente da qui in avanti, a ripensare categorie, ruoli e funzioni, anche quelle di garanzia, fatte proprie dal diritto pubblico.

Tra i tanti lasciti della vicenda Taricco, vi è anche quello di una Corte costituzionale che, ben consapevole di operare all'interno di un "costituzionalismo *interlivello*", secondo la preferenza terminologica accordata da attenta dottrina, proprio per far emergere non solo la pluralità dei soggetti dello spazio giuridico europeo ma anche la fitta rete relazionale tra gli stessi¹⁶⁸, non rinuncia alla rivendicazione e alla tutela di un *suo* ruolo. Se questo vale, come visto, per gli organi tradizionalmente collocatisi tra il politico e il giurisdizionale, altrettanto deve valere per il legislatore e per i giudici.

Certo, la tipizzazione, e dunque la differenziazione, dei ruoli, anche del *legislatore* e dei *giudici* in siffatto quadro è davvero, com'è stato detto, "una questione micidiale, da far tremare davvero le vene e i polsi"¹⁶⁹; tuttavia, nel prisma sin qui abbozzato, che ci rinvia immagini non solo complesse, ma a volte ambigue e persino opache, essa rimane la traccia più nitida che si staglia lungo l'orizzonte che vuole rimanere fedele alle idee fondanti il costituzionalismo.

¹⁶⁸ L. D'ANDREA, *Brevi riflessioni*, cit., 6-7.

¹⁶⁹ A. RUGGERI, *Linguaggio del legislatore e dei giudici*, cit., 781.