

DAL SISTEMA DELLE FONTI AI SISTEMI DI NORME (A MARGINE DI A. PIZZORUSSO, FONTI DEL DIRITTO², ZANICHELLI-IL FORO ITALIANO, BOLOGNA-ROMA 2011)

Di Antonio Ruggeri*

Più che di una nuova edizione della fortunata, giustamente famosa, opera del '77 si tratta di un libro nuovo: *interamente* nuovo per concezione, impostazione, svolgimenti.

La cosa induce subito a più riflessioni.

La prima è che il sistema delle fonti – com'è usualmente (e, a mia opinione, impropriamente) chiamato – è attraversato da un moto incessante, che è poi il moto stesso dell'intero ordinamento cui esso appartiene e del quale anzi costituisce forse proprio la parte centrale, maggiormente significativa ed espressiva. Per ragioni la cui illustrazione porterebbe ora troppo lontano, l'ordinamento, inteso sia come ciò che è *ordinato* e sia pure come ciò che si va senza sosta *ordinando*, non è fatto solo da fonti (o, meglio, da *norme*) ma anche – romanianamente – da istituzioni, il cui assetto e svolgimento risultano, sì, per una parte condizionati dalle norme stesse ma, per un'altra parte, vanno oltre di esse, ora precedendone e determinandone ed ora accompagnandone e seguendone sia la produzione che l'applicazione. E, poiché molta acqua è passata sotto i ponti negli oltre trent'anni che separano la prima dalla seconda edizione dell'opera, è naturale che delle esperienze nel frattempo maturate l'autore, con le non comuni conoscenze di cui dispone e la parimenti rara sensibilità che gli è propria, abbia avvertito il bisogno di tener conto. Allo stesso tempo, l'opera si proietta verso il futuro, specie laddove si volge, con maggiore insistenza ed approfondimento rispetto allo scritto precedente, a segnalare il crescente rilievo assunto dalle fonti internazionali, sovranazionali e transnazionali, come pure a segnalare il diverso peso man mano acquisito dalle fonti di autonomia, nelle loro numerose e varie manifestazioni (forse, invero, talmente diverse l'una dall'altra da potersi dubitare – a me pare – della loro possibile riduzione, senza soverchie forzature, ad un unico ed unitario genere connotato da tratti sia pure generalissimi comuni), e, ancora, la non secondaria incidenza al presente posseduta dal *soft law*, ugualmente visto nelle sue plurime forme espressive.

Come dirò a momenti, le novità maggiori si riscontrano tuttavia più sul fronte delle relazioni interordinamentali che su quello delle relazioni intraordinamentali. La rottura rispetto alla passata edizione è, ad ogni buon conto, vistosa, netta; e si apprezza già col fatto che, mentre nella vecchia versione il filo che teneva unita la trattazione al suo oggetto, i primi articoli delle preleggi, era – almeno dal punto di vista sistematico – mantenuto, a giustificazione dell'appartenenza dell'opera al glorioso *Commentario del codice civile* Scialoja-Branca, ora esso è definitivamente spezzato e sostituito da un altro col quale sono legate le parti in cui, in modo nuovo, si articola la trattazione della materia.

* Professore ordinario di Diritto Costituzionale dell'Università di Messina.

I riferimenti alle preleggi restano dunque confinati nella prima parte (e segnatamente nel suo primo paragrafo), alla quale segue la parte in cui si pongono le “basi teoriche per lo studio delle fonti” (in buona sostanza dedicata alla tipologia delle fonti ed alle tecniche di produzione sia delle disposizioni che delle norme, nonché ai meccanismi di raccordo interordinamentale) e, ancora, la parte (terza) riguardante l’“evoluzione” del sistema delle fonti, da cui quindi si trapassa alla descrizione delle singole specie di fonti statali (la quarta parte, la più corposa), per chiudere infine con la quinta parte concernente le fonti derivanti da raccordi dell’ordinamento statale con altri ordinamenti.

P. avverte che i criteri della trattazione possono essere più d’uno, tutti ugualmente validi, e si fa premura di darne, con la sua consueta, cristallina chiarezza, l’accurata rappresentazione, riprendendo ed ulteriormente svolgendo in forma organica riflessioni sparse in innumeri scritti, frutto di una pluridecennale produzione dottrinale, una produzione incontenibile, infaticabile, universalmente apprezzata. Alla fine, però, presceglie quello che, a suo giudizio, meglio si presta a preservare l’identità del nostro sistema delle fonti, nella sua struttura internamente composita: un sistema che è (e vorrebbe seguire ad essere) di *civil law* ma che pure esibisce tracce marcate dell’altro sistema, al quale è usualmente (quanto però sempre più affannosamente e, a conti fatti, forzatamente) contrapposto, di *common law*. Si regge su ciò la distinzione tra *fonti di disposizioni* e *fonti di norme senza disposizione*, per un verso, e, per un altro verso, tra *fonti “politiche”* e *fonti “culturali”*. È vero che l’una e l’altra partizione si rinvengono in entrambi i sistemi; e, tuttavia, la quantità, oltre una certa misura, si fa qualità. Non è infatti senza significato la circostanza per cui gli ordinamenti di *civil law* si considerino in prevalenza composti da fonti di disposizioni, le quali ad ogni buon conto sono quelle più immediatamente caratterizzanti gli ordinamenti stessi, diversamente dagli ordinamenti di *common law*, che – come si sa – rinvengono essenzialmente nel diritto non scritto (e, segnatamente, nel diritto di produzione giurisprudenziale) la maggiore e più rilevante produzione normativa.

Di qui, l’opzione fatta da P. di dare la precedenza, nella parte più propriamente illustrativa delle singole fonti, innanzi tutto agli atti di produzione statale, facendo quindi seguire alla loro descrizione (secondo l’ordine che è dato dal “posto” a ciascuna specie di fonte assegnato nella “scala” in cui si articola il sistema) quella delle fonti senza disposizione (con specifica attenzione, come si diceva, alle norme di matrice giurisprudenziale), per chiudere con le fonti derivanti da raccordi dell’ordinamento dello Stato con altri ordinamenti, esterni ovvero interni allo Stato stesso (principalmente, appunto, le manifestazioni di autonomia in genere). Delle quali ultime l’a. dichiara di non potersi fare specifico carico, pur non trascurando di darne talune indicazioni non meramente essenziali.

La scelta è comprensibile, sol che si consideri l’impegno, gravosissimo, al quale già gli oggetti di specifica trattazione hanno chiamato l’a. ed al quale questi, con giovanile entusiasmo ed encomiabile lena, non ha inteso sottrarsi. È pur vero, tuttavia, che proprio l’indicazione data in premessa, al momento cioè della definizione delle basi metodiche della esposizione, secondo cui talune delle maggiori novità intervenute negli ultimi anni si registrano nel riparto dei poteri di produzione giuridica tra Stato ed autonomie

(territoriali e non), rimane per questo verso non compiutamente soddisfatta (o, per dir meglio, non soddisfatta nella identica misura in cui invece lo è sul fronte del riparto interno allo Stato).

Riprendendo una iniziale notazione dietro non svolta, avverto subito che, senza nulla togliere al significato della riforma del Titolo V della Carta e soprattutto ai modi della sua implementazione nell'esperienza (su cui tra un momento tornerò), non è su questo versante che a mia opinione si sono avute le più significative innovazioni al sistema delle fonti, per come è venuto gradualmente assestandosi, raggiungendo quindi una sua complessiva fisionomia, nel corso dell'esperienza repubblicana (specie, appunto, a partire dall'avvento delle Regioni). La "rivoluzione promessa" al momento della (e con la) riscrittura del Titolo in parola agli albori dell'ultimo decennio del secolo appena trascorso, specie in vista dell'avvento di un ordinamento federale (o, più cautamente, "parafederale"), non si è invero verificata, per plurime ragioni delle quali non mette ora conto specificamente dire. E non si è principalmente avuta vuoi per una radicata vocazione all'accentramento mai del tutto dismessa dall'apparato amministrativo centrale e dagli organi d'indirizzo politico che se ne sono fatti interpreti e vuoi per una accentuata tendenza ad assecondare le spinte ed istanze unitarie manifestata da una giurisprudenza che – come si è detto da parte di una sensibile dottrina¹ – ha, in buona sostanza, "riscritto" il Titolo V, non di rado riportando al centro ciò che avrebbe dovuto secondo modello essere devoluto alla periferia (basti solo tenere a mente quale uso s'è fatto, e seguita in modo imperterritito a farsi, del criterio della "prevalenza" in sede di ricognizione dei confini dei campi materiali su cui si esercitano i poteri di legislazione e di normazione in genere di Stato e Regioni, delle competenze "trasversali", del principio di "leale cooperazione", e via dicendo).

Non è di ciò che, ovviamente, siamo ora chiamati a dire; tra l'altro, non fanno – come si sa – al riguardo difetto analisi ormai numerose ed approfondite, per quanto non poco divergenti per impostazione e svolgimenti e dunque divise sia per ciò che riguarda la individuazione delle cause del fenomeno e sia pure in merito ai modi della loro eventuale (pur se parziale e, a dirla tutta, assai problematica) rimozione. Ho segnalato la cosa unicamente per far notare come su questo terreno (ma anche su altri) si sia assistito ad un ruolo culturalmente dominante, comunque vistoso, delle fonti "culturali" (mi scuso per il bisticcio delle parole, ma non saprei com'altro rappresentare il quadro ormai formatosi).

P. è attento nel rilevare e mettere nella giusta evidenza il peso delle "regolarità" a fronte di "regole" (ahimé, anche costituzionali!) di segno opposto, specie laddove le une risultino essere di produzione giurisprudenziale: a conferma, aggiungerei con crudo linguaggio (ben diverso da quello sempre misurato dell'a., come peraltro è congeniale alla sua natura), del fatto che la Corte costituzionale – ché di questa specificamente si tratta – non disdegna di porsi alla bisogna quale organo non soltanto di produzione di norme integrative o alternative a quelle di fattura legislativa ma persino di produzione di

¹ Tra gli altri, MORRONE A., *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in www.forumcostituzionale.it.

norme costituzionali²: insomma, un vero e proprio *potere costituente permanente*. Un esito, questo, non poco inquietante, che rievoca subito il vecchio ma sempre attualissimo dilemma di Giovenale su chi mai possa controllare i controllori e che tuttavia – come mi sono sforzato di mostrare in altri luoghi e qui pure, per taluni aspetti, tornerò a dire³ – può essere, almeno in parte, evitato in uno scenario segnato da rapporti assidui e proficui della nostra Corte con le altre Corti, specie con quelle europee: beninteso, a condizione che nessuna di esse coltivi l'insano proposito di porsi come il giudice ultimo, il più alto in grado, il solo idoneo ad enunciare “verità” indiscutibili ed irreformabili di diritto costituzionale, tutte piuttosto immettendosi in un “circolo” in cui si rimandano, sorreggono, alimentano a vicenda, su basi di parità, siccome paritaria è a mia opinione la condizione delle Carte al cui servizio le Corti stesse prestano quotidianamente la loro opera. Per modo che non possa darsi un *solo* organo di chiusura del sistema, anche nelle sue proiezioni interordinamentali, risultando altrimenti obbligata – a me pare – la conclusione che porta a vedere nell'organo stesso un potere regolante e non regolato, a conti fatti *Constitutioni solutus*.

Di qui, poi, il rilievo cruciale ormai assunto dalla comparazione⁴, alla quale opportunamente, quando gliene si offre il destro, P. non si sottrae, dando peraltro appagamento ad una vocazione culturale costantemente negli anni coltivata. Un confronto di modelli ed esperienze foriero di non pochi benefici non solo al piano dei rapporti diretti tra gli ordinamenti statali ma anche (e, forse, oggi soprattutto) a quello delle relazioni in ambito internazionale ed europeo, sol che si pensi che è proprio grazie alla comparazione, una volta che sia rettamente impostata e sapientemente svolta fino alle sue conseguenti applicazioni, che possono venire a formazione quelle “tradizioni costituzionali comuni” alle quali l'ordinamento dell'Unione attinge, per quindi riversare in ambito interno i prodotti della loro originale rielaborazione.

La considerazione attenta, rispettosa ma mai acritica, per la giurisprudenza è la nota dominante, la vera e propria cifra identificante il magistero di P. e della illustre e fiorente Scuola da lui fondata; e testimonia che la prassi non è mera conferma del modello ma che, specie in alcune sue manifestazioni, è piuttosto parte costitutiva del

² Su ciò, part., SPADARO A., *Le motivazioni delle sentenze della Corte come “tecniche” di creazione di norme costituzionali*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino, 1994, p. 356 ss.

³ Sul punto ora toccato mi è stata di recente data occasione di insistere più volte: ad es., di recente, nei miei *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”*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 349 ss. e *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 1/2011.

⁴ Mi piace qui segnalare come sia venuta crescendo una generazione di giovani e valorosi studiosi (tra i quali, O. Pollicino, V. Sciarabba, A. Buratti, G. Martinico, G. Repetto e molti altri) dalla spiccata sensibilità per la comparazione e per le interazioni delle giurisprudenze, nazionali ed europee, che molto promette per il futuro dei nostri studi; e non è senza significato che ciò si riscontri sia per la nostra che per altre discipline giuridiche.

modello stesso o, per dir meglio, è idonea a comporre quest'ultimo ove si mantenga nell'alveo da esso tracciato, conformandosi ai principi che ne danno il fondamento e la ragion d'essere.

Tutta l'analisi, sempre scrupolosa e accurata, delle varie specie di fonti, da quelle – diciamo così – “classiche” (leggi, atti del Governo aventi forza di legge, regolamenti, ecc.) a quelle più nuove (con particolare riguardo alle fonti di organi o soggetti non statali, in ispecie alle fonti di autonomia non territoriale), è svolta contemporaneamente sul doppio fronte del modello e della prassi, per quanto non sempre risulti chiaro dove passi la linea distintiva dell'uno rispetto all'altra, dove cioè si sia in presenza di “regolarità” esplicative ovvero attuative delle “regole” e dove invece di “regolarità” dirompenti, sia pure in modo alle volte sapientemente mascherato, non potendosi ad ogni buon conto l'organo o il soggetto produttore delegittimarsi da sé medesimo, dichiarando *apertis verbis* di volersi contrapporre a quel diritto che invece dovrebbe servire e garantire.

Il *punctum crucis* della questione rimane proprio quello relativo al criterio discrezionale idoneo a selezionare le “regole” (in larga accezione) ed a stabilirne l'assegnazione a questa ovvero a quella categoria: un criterio sia pure approssimativo e nondimeno affidabile, quale a mia opinione potrebbe essere quello di guardare allo stesso andamento complessivo delle “regolarità” in parola, verificandone la interna coerenza. Non ho dubbi, infatti, a riguardo del fatto che oscillazioni vistose o veri e propri rovesciamenti giurisprudenziali siano un indizio forte, se non pure una prova certa, della rottura praticata rispetto al modello. È vero che quest'ultimo non è immoto, la Costituzione – come s'è fatto notare da una sensibile dottrina⁵ – ponendosi, più (e prima ancora) che come un *atto*, come un *processo* e, perciò, caricandosi di sensi sempre nuovi o rinnovati in ragione del mutare del contesto in cui s'inscrive ed opera. E tuttavia non è raro – come si sa – che, perdurando la medesima “situazione normativa” – come a me piace chiamarla –, il giudice costituzionale e gli operatori in genere intendano e mettano in pratica in modi diversi e reciprocamente divergenti il modello, sia come insieme che nelle sue singole espressioni positive. In congiunture siffatte, la *certezza del diritto costituzionale* è sottoposta ad uno stato di tensione e di vera e propria sofferenza e, con essa, com'è chiaro, ne risente anche (e soprattutto) la *certezza dei diritti costituzionali* (e, naturalmente, altresì dei doveri).

Il punto è di cruciale rilievo e merita che su di esso ci si soffermi, sia pure solo per il tempo assai limitato consentito a questa riflessione.

Due notazioni soltanto su di esso, tra di loro strettamente intrecciate.

La prima è che la certezza del diritto costituzionale non è messa a rischio o, diciamo pure, pregiudicata per il fatto che si dia spazio (o, ad esser più precisi, uno spazio giudicato eccessivo) al diritto di matrice giurisprudenziale, la cui produzione è nondimeno fisiologica negli stessi ordinamenti di *civil law*. Di più. La certezza in parola

⁵ Sopra tutti, SPADARO A., *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, p. 343 ss.

non è colpita al cuore – come invece la dottrina corrente ritiene – per il fatto che a fare il sistema non sono, a mio modo di vedere, le *fonti* bensì le *norme*, sia pure ovviamente in quanto prodotte da certe fonti, riconosciute dallo stesso ordinamento al quale appartengono ovvero nel quale, provenendo *ab extra*, si immettono. La certezza è piuttosto ferita, alle volte invero mortalmente, ogni qual volta chi ha la responsabilità di rifare il sistema, sia pure per il solo caso in cui è chiamato a pronunziarsi, si porta innaturalmente oltre la soglia davanti alla quale dovrebbe invece sempre fermarsi. Con riguardo ai giudici (e, segnatamente, al giudice costituzionale), ciò si ha ogni qual volta viene meno la “giurisdizionalità” dell’attività da essi svolta e, per ciò stesso, viene meno la “processualità” del processo nel quale l’attività stessa è esercitata e portata a compimento.

Come vado dicendo da tempo⁶ (e so di essere in questo mio convincimento in ottima compagnia)⁷, nell’idea della “giurisdizione” è insita la fedeltà del giudice rispetto a... *se stesso*, pur nella incompressibile aspirazione al rinnovamento interno: in primo luogo, una fedeltà nell’utilizzo degli strumenti processuali e, quindi, nelle stesse determinazioni di merito, laddove non sia nel frattempo intervenuto un mutamento di quadro, di “situazione normativa” appunto. L’operatore politico (in stretta accezione), a partire ovviamente dal legislatore, proprio perché tale, può, volendo, rivedere da cima a fondo una propria anteriore decisione (e, perciò, una legge abrogare o variamente modificare leggi previgenti, ecc.), mantenendosi ad ogni buon conto rispettoso dei limiti che gli sono posti, a partire da quello che si riporta al canone della ragionevolezza. Non è così, però, per il giudice, sia pure un giudice peculiare, qual è quello costituzionale, che anzi, proprio perché garante ultimo del sistema, nel senso che si preciserà a momenti, è più di ogni altro tenuto a restare coerente con se stesso: nella singola pronunzia data, obbligata a svolgersi in modo lineare rispetto alle premesse nella stessa

⁶ V., ad. es., le mie *Note introduttive allo studio della motivazione delle decisioni della Corte costituzionale (ordini tematici e profili problematici)*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, cit., spec. 23 s., nonché, da ultimo, *Il processo costituzionale come processo, dal punto di vista della teoria della Costituzione e nella prospettiva delle relazioni interordinamentali*, in *Riv. dir. cost.*, 2009, p. 125 ss. (e ulteriori riferimenti *ivi*).

⁷ Faccio qui un solo nome, quello di ROMBOLI R., che ha a più riprese insistito sul bisogno di un uso lineare ed uniforme degli strumenti processuali: tra gli altri suoi scritti v., dunque, *Diritti fondamentali, tecniche di giudizio e valore delle disposizioni processuali*, in AA.VV., *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 1994, p. 151 ss.; *La Corte costituzionale e il suo processo*, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1090 ss.; *Significati e valore delle disposizioni regolanti il processo davanti alla Corte costituzionale nei più recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. dell’Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 2/2002, p. 41 ss.; *Relazione di sintesi*, in E. BINDI-M. PERINI-A. PISANESCHI (a cura di), *I principi generali del processo comune, ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Giappichelli, Torino 2008, p. 503 ss. e, da ultimo, *Il diritto processuale costituzionale: una riflessione sul significato e sul valore delle regole processuali nel modello di giustizia costituzionale previsto e realizzato in Italia*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, p. 2995 ss. e *Il diritto processuale costituzionale dopo la “svolta” degli anni 1987-1989*, in AA.VV., *La Corte costituzionale vent’anni dopo la “svolta”*, cit., p. 317 ss.

fissate, come pure nelle pronunzie riguardanti nel tempo il medesimo oggetto, chiamate a comporsi in veri e propri “indirizzi”, connotati da uniformità di svolgimenti.

La seconda notazione investe l'idea stessa di *certezza del diritto*, che non è in alcun modo separabile da quella di *certezza dei diritti fondamentali*, vale a dire della loro effettiva tutela nei modi ed alle condizioni stabiliti nella Carta costituzionale. Sta tutta qui, come sappiamo, *in nuce* l'idea di Costituzione (nell'accezione liberale del termine), quale ci è stata tramandata dai rivoluzionari francesi di fine Settecento e mirabilmente enunciata nell'art. 16 della *Dichiarazione* dell'89.

La Corte costituzionale, dopo una lunga attesa, ce ne dà finalmente una particolarmente espressiva (e gravida di implicazioni ad oggi imprevedibili) testimonianza nella sent. n. 113/2011, con la dichiarazione in essa fatta della “cedevolezza” del giudicato penale a fronte di una sopravveniente e con esso incompatibile pronunzia della Corte EDU⁸. Verrebbe da dire che la *certezza del diritto* si trovi obbligata a cedere il passo alla *certezza dei diritti*, così come riconosciuti dalla Convenzione europea e garantiti dalla sua Corte. Un esito, questo, voluto dalla stessa Costituzione, siccome riportabile agli artt. 2 e 3 nel loro fare “sistema” coi disposti che danno l'apertura dell'ordine interno al diritto internazionale (ed al diritto di origine esterna in genere, anche “europolitano”, per riprender ora un'etichetta con la quale ho altrove consigliato di designare il vecchio ed ormai superato diritto comunitario). In realtà, come un momento fa si avvertiva, l'una certezza del diritto (in senso oggettivo) non è in alcun modo separabile o distinguibile dall'altra (in senso soggettivo), entrambe piuttosto ponendosi quali i due profili inautonomi (e, singolarmente presi, inespressivi) dell'unico volto della Costituzione quale legge fondamentale della comunità politicamente organizzata.

La certezza del diritto, insomma, ha senso fintantoché e dove v'è certezza dei diritti fondamentali (e di quei doveri inderogabili di solidarietà, di cui è parimenti parola nell'art. 2 della Carta).

D'altro canto, nel momento stesso in cui la nostra Carta sembra piegarsi davanti ad altri documenti ugualmente costituzionali *quoad obiectum* (in senso materiale, dunque), in realtà, essa si esalta ed afferma *magis ut valeat*: si realizza cioè come “sistema”, offrendosi un servizio alla coppia dei valori fondamentali di libertà ed eguaglianza che si avvale del supporto prestato dai principi di apertura alla Comunità internazionale (ed al diritto in genere di origine esterna), quale tali valori non potrebbero in altro modo avere.

Il punto richiederebbe ben altri approfondimenti di quelli consentiti a questa sede. Mi pare tuttavia di estremo rilievo la circostanza per cui il giudice costituzionale, portando alla loro naturale (e sia pure ad oggi incompiuta) maturazione le premesse poste in

⁸ A commento, la mia nota dal titolo *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la CEDU, dopo la svolta di C. cost. 113/2011, ovvero sia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in corso di stampa in *Legisl. pen.* (qualche anticipazione di quanto si viene ora dicendo a riguardo del rapporto tra certezza del diritto e certezza dei diritti, nel mio *Rapporti tra CEDU e diritto interno: Bundesverfassungsgericht e Corte costituzionale allo specchio*, in www.giurcost.org e in www.diritticomparati.it).

precedenti e note pronunzie relative ai rapporti interordinamentali (e, segnatamente, con la CEDU), abbia dichiarato *quodammodo* “cedevole” la certezza del diritto in nome di una superiore ed ancora più salda... *certezza* che, siccome relativa ai diritti fondamentali, è essa stessa, *in nuce*, pur sempre... *certezza del diritto costituzionale*.

Di qui, a me pare, la conclusione, che piana discende dalle premesse poste e che è resa evidente dal titolo dato a questa succinta riflessione.

Non v'è, non può esservi, un *solo* sistema, sia pure allargato alle sue proiezioni anche al piano interordinamentale. Non soltanto per la ragione esplicitata da P., in linea con una gloriosa tradizione di pensiero che, ancora una volta, ci riporta all'insegnamento romaniano, secondo cui la pluralità degli ordinamenti giuridici ormai più non si discute nei contesti istituzionali in cui è fiorita la pianta liberale, ma anche (e soprattutto) perché i sistemi si compongono e scompongono senza sosta, per il modo con cui stanno l'uno davanti all'altro (ed anzi, e sia pure solo fino ad un certo punto, l'uno *nell'*altro, nei limiti cioè della loro integrazione, specie nei fatti interpretativi e per le esigenze dell'applicazione), alla ricerca nondimeno della fissazione del punto più alto di sintesi dei valori in gioco nel singolo caso: che, poi, non può essere altro che quello in cui si riesca a dare un'appagante risposta alle domande di giustizia che, in modo crescente ed impellente, si avanzano da individui e gruppi sociali, vale a dire si assicuri tutela ai diritti fondamentali e, in ultima istanza, alla dignità della persona umana, quale si specchia e rende visibile nelle istanze di libertà ed eguaglianza.

Non v'è insomma – qui è il cuore della questione oggi nuovamente discussa – un ordine fisso ed immutabile delle fonti, una “scala” in cui esse si dispongono e stabilmente restano, senza che l'una fonte possa mai abbandonare il “posto” che le è assegnato⁹. V'è, di contro, un ordine continuamente cangiante delle *norme*, in ragione del contesto parimenti mutevole in cui esse si calano ed operano, riguardato alla luce dei valori fondamentali al cui servizio le norme stesse si dispongono. Potrebbe anche dirsi che è l'*ordine dei valori*, un ordine mai *astratto* e sempre *concreto*, a fare e rifare in ragione dei casi l'*ordine delle norme*, per effetto di operazioni di bilanciamento protese alla ricerca delle soluzioni di volta in volta maggiormente adeguate ai casi stessi, in vista dell'appagamento – il maggiore possibile alle condizioni di contesto – del sistema dei diritti fondamentali.

⁹ Quanto meno, di sicuro è così per le fonti che vorrebbero ascendere verso l'alto, occupando un “posto” che loro non compete; assai meno sicuro, secondo la stessa dottrina che crede alla scala e si riconosce in un sistema di fonti, è che la fonte sovraordinata possa scendere in basso, “degradarsi”, dal momento che ciò potrebbe comportare il rischio dello snaturamento del ruolo complessivo che la fonte stessa è, secondo modello, tenuta ad esercitare nei processi di produzione giuridica. Detto altrimenti: la preclusione all'abbassamento non avrebbe causa in una supposta *riserva di competenza* stabilita a beneficio della fonte “inferiore”, secondo la magistrale lezione espositiana (quindi ripresa, come si sa, con ulteriori, fini argomenti, da F. Modugno), bensì in un *limite di ragionevolezza*, che fa tutt'uno con (e rimanda al) la natura irripetibile di ciascun atto e appunto giustifica la diversa articolazione in tipi degli atti costitutivi del sistema, a nessuno essendo dato di confondersi con gli altri abdicando alla funzione cui è dall'ordinamento chiamato (sul punto, da ultimo ma con diverso orientamento rispetto a quello qui patrocinato, RESCIGNO G.U., *Gerarchia e competenza, tra atti normativi, tra norme*, in *Studi in onore di F. Modugno*, IV, cit., 2821 ss.).

Preziosa è, ancora una volta, una indicazione data, ancorché a mia opinione non compiutamente svolta, dalla giurisprudenza costituzionale, segnatamente laddove (sent. n. 317 del 2009), a riguardo dei rapporti tra leggi nazionali e CEDU, considera sgravate le une dell'obbligo, cui vanno altrimenti soggette, di prestare ossequio all'altra, per il caso che siano proprio esse a dare la più "intensa" tutela ai diritti (non ai singoli diritti – secondo una opportuna precisazione contenuta nella decisione ora richiamata e ribadita anche in altre – bensì al "sistema" dei diritti e, in genere, dei beni costituzionalmente protetti). Una fonte, dunque, che è *astrattamente* "interposta" e, perciò, in buona sostanza, *quodammodo* sovraordinata alle leggi (o, come che sia, idonea a condizionare la validità di queste ultime), fonte che addirittura – aggiunge significativamente la Corte – nel momento in cui va ad integrare il parametro costituzionale da questo ripete la condizione e il rango, cessa di essere *concretamente* tale e può (e deve) essere senza indugio messa da canto per cedere il posto alla disciplina nazionale che, offrendo – a dire dell'operatore – una più adeguata tutela ai diritti, si dispone da se medesima ad una più corta distanza dal parametro costituzionale.

La luce dei valori fondamentali è come la gloria "di Colui che tutto move" del noto passo d'esordio del *Paradiso* dantesco, che "per l'universo penetra, e risplende in una parte più e meno altrove". Sta alle fonti dotarsi di norme idonee ad avvicinarsi alla luce, a farsi abbacinare da questa, a bearsi del suo godimento: insomma, a dar vita ad una sana competizione al rialzo, a chi offre di più e di meglio per la tutela dei diritti e, proprio per ciò, può pretendere di valere al posto delle altre, realizzando e salvaguardando quella certezza che è, a un tempo e necessariamente, dei *diritti* e di *diritto costituzionale*. Spetta, insomma, alle fonti (e, risalendo, a chi le produce) costruirsi da sé il proprio destino, per il fatto di provvedersi di certe norme anziché di altre e, perciò, di orientarsi verso la luce dei valori, quale si rispecchia nei principi fondamentali che dei valori stessi danno la prima e più genuina trascrizione positiva, ovvero di voltare le spalle a questi ultimi, rinnegandoli e però, con ciò stesso, condannando se stesse ad essere messe da canto o, come che sia, ad essere variamente sanzionate.

Contrariamente all'avviso, ancora di recente manifestato da una raffinata e sensibile dottrina¹⁰, secondo cui nell'ordine teorico-ricostruttivo da me delineato sembra che "della politica si possa fare sostanzialmente a meno e che, non foss'altro nel campo dei diritti (che peraltro è immenso), tutti i problemi possono essere risolti dall'interazione delle giurisdizioni", la politica è a mia opinione chiamata ad assumersi fino in fondo tutte le responsabilità che su di essa gravano, perché – come qui pure si è venuti dicendo e già in altri luoghi si è insistentemente rilevato – sono proprio i prodotti della politica stessa (a partire, ovviamente, dalle leggi), per come sono fatti, a dare il primo e più fermo orientamento ai pratici (giudici e non), in occasione dell'esercizio delle loro funzioni, l'interpretazione-applicazione soggiacendo a limiti (testuali in primo luogo, ma non solo) di varia natura ed intensità alla cui osservanza non può, come che sia,

¹⁰ LUCIANI M., nelle sue *Conclusioni a Corte costituzionale e sistema istituzionale*, in F. DAL CANTO - E. ROSSI (a cura di), Giappichelli, Torino, 2011, p. 418.

sottrarsi. E la politica è sollecitata ad attivarsi, ancora prima che al piano primario della normazione, dove ugualmente è tenuta ad offrire prestazioni indefettibili al servizio della Carta e dei suoi valori, già per ciò che concerne la disciplina della c.d. “materia costituzionale”, bisognosa – come vado dicendo da tempo¹¹ – di essere fatta oggetto di una prima (e sia pur essenziale) regolazione con forma parimenti costituzionale, ricongiungendosi in tal modo la forma stessa con la sostanza sua propria (tesi, questa, della quale qui pure consiglio l'accoglimento, in modo persino più vigoroso ed insistente di quanto invece non facciano molti di coloro che credono in un sistema fisso ed immutabile di fonti...¹²).

Il vero è che l'equilibrio complessivo del sistema richiede, per essere raggiunto e come si deve preservato, il fattivo concorso di *tutti* gli operatori, ciascuno dovendo fare fino in fondo la propria parte: il legislatore in primo luogo e, a seguire, giudici amministratori cittadini. Certo, ad ogni buon conto, si è che la finale messa a punto del sistema non può arrestarsi al pur rilevante momento della confezione degli enunciati (e, dunque, della produzione delle *fonti*), piuttosto dipendendo dal modo con cui essi si riportano, a un tempo, agli interessi o beni della vita meritevoli di protezione ed ai valori, nelle mobili combinazioni e cangianti sembianze da questi assunte secondo i casi.

La Costituzione è viva se vivono i suoi valori, i quali hanno pratico senso, nell'esperienza giuridica, se sono come si deve serviti dalle norme, le quali poi in tal modo – come si è venuti dicendo – si danno da se medesime senso, un senso che incessantemente si rigenera e rinnova per effetto della luce che viene dalla Carta. A che giova altrimenti predicare che l'essenza costituzionale riposa in un pugno di valori positivizzati, intangibili da qualsivoglia espressione di potere costituito, se poi l'ordine del sistema è fatto dalle *sole* fonti e in queste ultime interamente si risolve ed esaurisce, *quali che siano dunque le norme dalle stesse prodotte? V'è coerenza o non piuttosto salto metodico-teorico – sento di dover qui, ancora una volta, chiedere ai sostenitori della tesi avversa¹³ – tra l'adozione di una prospettiva assiologico-sostanziale al piano della teoria della Costituzione, distinguendosi norma da norma di questa a seconda della loro maggiore o minore “fondamentalità” ovvero a seconda della loro fondamentalità *tout court*, e la ricostruzione dell'intero sistema sottostante in applicazione di una prospettiva di stampo formale-astratto, che ha riguardo alle fonti (e *solo* alle fonti)?*

¹¹ ... sia per ciò che attiene alla disciplina delle fonti e dei processi di produzione giuridica e sia pure per ciò che concerne la parte più propriamente sostantiva della “materia” stessa, il suo cuore pulsante: i diritti fondamentali (a favore di una nuova razionalizzazione costituzionale del catalogo dei diritti fondamentali mi sono dichiarato nel mio *Prospettive di aggiornamento del catalogo costituzionale dei diritti fondamentali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it).

¹² Sono molti, infatti, come si sa, gli autori che vorrebbero disciplinata “a prima battuta” la materia costituzionale con legge comune, quando non addirittura con fonte sottostante (si rammenti l'annosa disputa a riguardo dell'ammissibilità dei regolamenti c.d. “indipendenti”).

¹³ Il punto è toccato in molte mie riflessioni in tema di fonti (ad es., in *Metodi e dottrine dei costituzionalisti ed orientamenti della giurisprudenza costituzionale in tema di fonti e della loro composizione in sistema*, in *Dir. soc.*, 1/2000, p. 141 ss.).

La stessa Costituzione, che pure è la fonte della luce – per restare, per l’ultima volta, nella metafora –, non si sottrae alla ferrea regola sopra succintamente enunciata; e, in quanto fonte essa stessa, può in talune sue regole trovarsi obbligata a mettersi da canto ed a cedere il passo ad altre Carte (e, segnatamente, alla CEDU) maggiormente adeguate a dare protezione ai valori di base dell’ordinamento (e, segnatamente, ai diritti fondamentali), in tal modo nondimeno – come si diceva – realizzandosi... *in modo pieno*, nel suo fare “sistema”, nell’armonica e compiuta affermazione di *tutti* i suoi principi fondamentali, specie di quelli che danno voce ai valori di libertà ed eguaglianza.

Nessuna fonte, neppure quella apicale del sistema (e dei sistemi, nelle loro mutue, complesse relazioni), è sempre e solo, *in ogni sua norma, parametro*, potendosi dunque commutare in *oggetto* di operazioni di bilanciamento, all’esito delle quali vedersi ora applicata ed ora non applicata al caso.

In questo scenario, un ruolo di prima grandezza sono – come può nuovamente vedersi – chiamati ad impersonare, unitamente al legislatore, i giudici: quelli comuni in primo luogo, cui vengono a prima battuta presentate le istanze di giustizia, e, quindi, quelli costituzionali (in senso materiale), nazionali ed europei (i quali pure, pur esibendo una natura internamente composita a motivo della loro origine e del contesto in cui operano, tendono in misura crescente a proporsi appunto come Corti “costituzionali”). È attraverso il “dialogo” – come pure, con una certa approssimazione e improprietà concettuale (oltre che linguistica ambiguità), è usualmente chiamato –, quale in modo sempre più fitto si fa e rinnova tra le Corti, che prende forma il “sistema”: un “sistema” – possiamo ormai dire – di... *sistemi*, in seno al quale le relazioni tra le norme si compongono e scompongono in ragione dei casi e secondo combinazioni varie di ordine assiologico. La stessa disciplina che in ambito interno si forma a livelli istituzionali “substatuali” (o, forse meglio, “intrastatali”), secondo una scala decrescente solo per ampiezza territoriale o spaziale e personale ma non pure compiutamente apprezzabile facendo ricorso ai vecchi schemi gerarchici di formale fattura, risente immediatamente e vistosamente del modo con cui si impiantano e svolgono le relazioni tra le norme apicali, aventi natura materialmente costituzionale.

I processi di produzione giuridica si irradiano e trasmettono a cascata, sia ad uno stesso che a diversi livelli istituzionali. Non è raro, infatti, che ad un primo atto che avvia e mette in moto un processo produttivo in ambito sovranazionale seguano poi altri atti, sia nello stesso ambito che in ambito nazionale, laddove pure il processo stesso – come nel sistema di riproduzione cellulare – si moltiplica e distribuisce, sollecitando la formazione di ulteriori atti al primo della serie legati da un rapporto di condizionalità o strumentalità necessaria.

In presenza di *catene di normazione* siffatte, come può agevolmente vedersi, la *gerarchia delle fonti*, gerarchia *secondo forma*, recede davanti ad una *gerarchia di norme, secondo valore*; e, non di rado, una norma prodotta in ambito interno, astrattamente inferiore ad altra norma ugualmente nazionale (ad es., una norma regolamentare in rapporto ad una legislativa), sol perché volta a dare attuazione ad altra norma sovranazionale dotata di copertura assiologica (ad es., ad una norma dell’Unione)

può resistere (ed effettivamente resiste) a tentativi di modifica sia pure operati a mezzo di atti per forma sovraordinati, ogni qual volta la modifica stessa si dimostri essere, ancorché in modo indiretto, incompatibile con la norma iniziale della “catena” e, *per ciò stesso*, col valore che vi fa scudo. La copertura, insomma, si riproduce (o, diciamo meglio, *può* riprodursi) a cascata, lasciando comunque un segno della sua peculiare conformazione sui vari atti che alla stessa, in modo diretto ovvero indiretto, si riportano.

Come ha però avuto modo di precisare la già cit. sent. n. 317/2009, riprendendo uno spunto accennato già dalla prima delle sentenze “gemelle” sulla CEDU del 2007, non è detto che la norma coperta da un principio fondamentale abbia sempre la meglio su altra norma dal principio stesso lasciata scoperta, dal momento che la seconda potrebbe, per la sua parte, servire in modo ancora più adeguato l’intero sistema dei diritti costituzionalmente protetti. D’altronde, come si sa, i bilanciamenti su basi di valore sono imprevedibili nei loro svolgimenti concreti nell’esperienza.

Si può dire insomma, con una corta espressione, che *il sistema dei diritti fondamentali fa il sistema delle norme*, anche nelle sue proiezioni al piano delle relazioni interordinamentali.

P. non si riconosce né nell’impostazione metodica né negli svolgimenti teorici ora sinteticamente enunciati e già da altri studi, con ulteriori svolgimenti, ripresi. Si mostra tuttavia pienamente avvertito – oggi più ancora di ieri – del bisogno di ripensare *ab ovo* al sistema delle fonti ambientandone la ricostruzione in una dimensione che va oltre l’*hortus conclusus* in cui sono usualmente viste come esclusivamente radicate e diffuse le esperienze della normazione di diritto interno. L’apertura al diritto internazionale, sovranazionale e transnazionale è – come si è veduto – uno dei punti fermi, anzi – a me pare – proprio quello più fermo di ogni altro, da cui l’intera impalcatura solidamente eretta dall’a. si tiene; e, per questo verso, la poderosa opera ora illustrata unicamente nelle sue linee portanti fornisce una rappresentazione fedele della realtà odierna e, allo stesso tempo, ne anticipa – come pure si è accennato – gli ulteriori sviluppi nel domani che è già alle porte. Sviluppi nei quali, proprio a motivo della centralità del posto ormai stabilmente detenuto dai giudici (segnatamente, da quelli costituzionali, nell’ampia accezione qui utilizzata) nel sistema delle istituzioni ed al fine della ricostruzione del sistema delle norme, nel mobile assetto dalle stesse conseguito e rinnovato nell’esperienza, viene naturalmente ad accorciarsi la distanza, un tempo giudicata incolmabile, tra *civil* e *common law*¹⁴, le fonti “culturali” – come P. (con altri) ama chiamarle –, specie appunto quelle di giurisprudenziale fattura, esprimendo una incompressibile vocazione ad integrare per un verso (e in taluni casi), a soppiantare per un altro verso (e in altri casi), le fonti “politiche”, a motivo delle strutturali carenze e complessive imperfezioni dalle stesse esibite.

Ancora una volta, una spia altamente indicativa di questo stato di cose è data dalla già richiamata sent. n. 113/2011, col suo emblematico significato (che va ben oltre l’oggetto dalla stessa specificamente riguardato) a riguardo del carattere recessivo delle

¹⁴ Su ciò P. ha ripetutamente insistito, con dovizia di argomenti e profondità di analisi (ad es., di recente, nella sua *Relazione introduttiva a Corte costituzionale e sistema istituzionale*, cit., 1 ss.).

forme e degli istituti a queste collegati, a fronte di una sostanza meritevole di prioritaria considerazione, che è poi appunto la sostanza delle norme relative ai diritti: una sostanza debordante dalle forme stesse o, per dir meglio, refrattaria a farsi da esse oltre misura ingabbiare e pietrificare.

Nel panorama degli scritti che ambiscono a dare l'intero quadro del "sistema delle fonti" (per riprender ora per l'ultima volta la formula in uso, dallo stesso P. apprezzata), quello che ora ci viene offerto è, a me pare (e senza nulla togliere al pregio indiscusso di opere similari, antiche e recenti¹⁵), lo studio nel quale nel modo più organico, chiaro ed approfondito si dà un'aggiornata descrizione del quadro stesso. Le soluzioni prospettate, sempre equilibrate e ragionate, possono – com'è naturale – in qualche caso non persuadere del tutto (come laddove si ridefinisce nei suoi termini essenziali il rapporto tra fonti *sulla* e fonti *di* produzione e si ragiona a riguardo delle forme di cui le une possono validamente rivestirsi, esprimendo quindi, com'è giusto che sia, una insuperabile capacità di vincolo a carico delle altre; ovvero come laddove si annoverano tra le fonti di primo grado le decisioni di accoglimento del giudice costituzionale, le quali invece hanno esse pure – e forse in modo ancora più visibile di altre – forza normativa variabile, in ragione dell'oggetto di volta in volta riguardato, se costituito da norme di legge comune ovvero da norme di legge costituzionale o da norme a queste sostanzialmente equipollenti, o in ragione del modo con cui si pongono in rapporto con le pronunzie delle Corti europee, le quali pure possono – a mia opinione, e sia pure a certe condizioni – esprimere vincoli di varia intensità a carico del giudice delle leggi). L'insieme, nondimeno, non ne soffre ed, anzi, direi che persino ne guadagna, rendendo ulteriore testimonianza della statura dell'uomo e dello studioso che, con la limpida onestà d'intelletto che lo contraddistingue e che gli è giustamente, universalmente riconosciuta, confessa molte volte di non sentirsi sicuro su talune soluzioni da altri studiosi prospettate ovvero somministrate dalla giurisprudenza o, come che sia, affermatesi nella prassi, senza peraltro disdegnare talora altresì di confessare, anche in merito a soluzioni personalmente affacciate, di non aver ancora del tutto rimosso talune remore a consigliarne la piena ed incondizionata accettazione.

Le questioni aperte – ci dice, per molti campi di esperienza, P. – sono infatti ancora oggi molte; è pressoché sicuro che cresceranno ancora di più, perché il tempo presente non è tempo di certezze bensì di incertezze, ad ogni livello in cui si impiantano e svolgono le vicende della vita individuale o associata e, per ciò pure, le vicende della normazione. Sta, in fin dei conti, ai pratici (e, in primo luogo, ai giudici), illuminati da studi – come questo, esemplare per ordine sistematico e ricchezza di contenuti – che danno sostegno e conforto, oltre che alla teoria, appunto alle esigenze dell'applicazione, ricercare i punti di equilibrio interno al sistema: al servizio dell'uomo, dei suoi più diffusi ed avvertiti bisogni, in ultima istanza – come si diceva – della sua dignità. È dagli esiti di questa ricerca, non di rado sofferta e non sempre compiutamente appagante, che dipendono le sorti del "sistema", nella sua struttura internamente

¹⁵ Sopra tutte, mi piace qui richiamare, per il rilievo che hanno avuto nella mia (e non solo mia...) formazione, le insuperate *Lezioni di diritto costituzionale* di V. CRISAFULLI.

“plurale” e nelle sue varie movenze, vale a dire nel suo farsi e rinnovarsi nella vivente esperienza d’ogni giorno.