

HA ANCORA UN FUTURO LA LEGGE QUALE STRUMENTO PRIMARIO
DI NORMAZIONE E DI DIREZIONE POLITICA?

ANTONIO RUGGERI*

Sommario

1. I termini essenziali della questione ora discussa e gli itinerari percorsi in vista della sua soluzione. – 2. Il versante in cui si svolgono le relazioni interordinamentali e i vincoli da esse discendenti, cui consegue un sensibile accrescimento dei compiti gravanti sullo Stato, anche per effetto della emersione di una massa imponente di bisogni che reclamano soddisfazione, a fronte della quale si rende viepiù manifesto il basso tasso di rappresentatività dei rappresentanti. – 3. La nota saliente posta a base della osservazione delle relazioni interordinamentali ed istituzionali, costituita dallo scarto vistoso tra i contenuti (complessivamente carenti) delle discipline legislative e i bisogni che premono per essere appagati, nel quale è da vedere la radice da cui si alimentano alcune delle più rilevanti torsioni del modello costituzionale, particolarmente evidenti nel tempo della emergenza. – 4. I molti volti del rapporto tra Corte costituzionale e legislatore, con specifico riguardo alle oscillanti e discontinue applicazioni del limite della “discrezionalità” del secondo ed alla invenzione a getto continuo di nuove tecniche decisorie da parte della prima, delle quali nulla peraltro ad oggi si sa circa l’effettivo “seguito” datovi nelle aule giudiziarie. – 5. I rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali, dal punto di vista della Consulta, e i riflessi che possono aversene nei riguardi delle leggi (con specifico riguardo alla vessata questione della “doppia pregiudizialità” ed ai modi della sua soluzione, nonché al rilievo, ingiustificatamente differenziato, riconosciuto al diritto giurisprudenziale convenzionale ed a quello eurounitario). – 6. La crisi della legge quale specchio della crisi dei partiti e del sistema dagli stessi composto, con immediate conseguenze a carico dell’indirizzo politico, esso pure afflitto da una crisi problematicamente superabile, da cui trae origine ed alimento la “supplenza” dei giudici nei riguardi del legislatore in vista dell’appagamento di alcuni dei più diffusi ed avvertiti bisogni emergenti dal corpo sociale. – 7. Una succinta notazione finale, a riguardo del ruolo svilito della legge, di cui si ha già oggi riscontro e più ancora potrebbe aversi per l’avvenire, specie per effetto dell’affollamento degli strumenti di normazione nell’arena degli atti espressivi di potere, dell’avocazione all’alto (a beneficio dell’Unione europea e della Comunità internazionale) di quote viepiù consistenti di sovranità, della emersione di plurime ed ingravescenti emergenze.

Abstract

The paper dwells on the most obvious causes that have led to the crisis of statute law, which is mirrored by the crisis of political policy-making and of institutional decision-makers. This crisis was made evident by the significant gap between the pressing expectations to be met and the low level of representativeness of the representatives, as well as by the ever-increasing constraints imposed by the international community and the European Union and by the many and never-ending emergencies (including, most recently, the current health crisis) which must be faced. A quick examination of the relationship between judges and lawmakers is then carried out. This provides important elements confirming the crisis itself, and a few final remarks are made regarding the role that statute law could still play today and in the near future, albeit in forms and with effects very different from those seen in the not too distant past.

Suggerimento di citazione

A. RUGGERI, *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2021. Disponibile in: <http://www.osservatoriosullefonti.it>

* Professore emerito di Diritto Costituzionale nell’Università di Messina.
Contatto: antonio.ruggeri@unime.it

1. I termini essenziali della questione ora discussa e gli itinerari percorsi i vista della sua soluzione

Da cosa nasce il pessimismo che s'intravede sullo sfondo del quesito che dà il titolo alla riflessione che mi accingo a svolgere?

Tornando a riflettere sul senso complessivo che può oggi riconoscersi alla legge, a ciò che essa rappresenta al piano degli atti e per le implicazioni di ordine istituzionale che ne discendono, confesso di avvertire una sensazione che è per me motivo di non poco disagio e vera e propria inquietudine, quella cioè di vedere lo strumento normativo per antonomasia e veicolo delle più salienti espressioni della direzione politica come se fosse accerchiato da tutte le parti, fortemente compresso e talora, in relazione a talune esperienze, persino svilito nelle funzioni e nel ruolo suoi propri. Ed è di qui, appunto, che sorge il quesito circa la possibilità che abbia ancora un futuro, se non pure glorioso come nel tempo passato e, tuttavia, pur sempre di un certo rilievo nelle dinamiche di apparato e nei rapporti tra quest'ultimo e la comunità governata.

Mi riprometto di sottoporre a verifica critica l'ipotesi ricostruttiva ora succintamente enunciata, sforzandomi di rifuggire da ogni preorientamento e facendovi luogo su più versanti, con l'obiettivo di non lasciare nulla d'intentato e con la speranza appunto di poter avere indicazioni confortanti. Mi auguro francamente di poter dire di essermi sbagliato; temo, però, che gli esiti dello studio condotto non diano molto alimento alla speranza.

Rappresento in breve le piste che saranno battute e passo quindi a svolgere alcune sintetiche notazioni con riguardo a ciascuna di esse.

Volgo lo sguardo tanto al fronte dei rapporti interordinamentali quanto a quello dei rapporti di diritto interno. Per il primo, sarebbe necessario – com'è chiaro – distinguere le relazioni rilevanti in seno alla Comunità internazionale rispetto a quelle con l'Unione europea; come si vedrà, tuttavia, ai fini di questo studio possono farsi alcune notazioni vevoli per entrambi i campi di esperienza suddetti. Quanto al secondo, per ragioni di chiarezza e di linearità nello svolgimento dell'analisi, giova dire separatamente dei rapporti tra gli organi della direzione politica e di quelli che questi ultimi intrecciano con gli organi di garanzia e, segnatamente, con i giudici, ulteriormente quindi distinguendo in seno a questi ultimi a seconda che vengano in rilievo quelli con la Corte costituzionale rispetto agli altri con i giudici comuni.

Ebbene, come che si riguardi l'oggetto qui nuovamente studiato, parrebbe essere avvalorata la conclusione sopra indicata. E si tratta allora di chiedersi se e cosa possa farsi per rallentare la corsa della legge dentro un tunnel che parrebbe non avere uscita, se non pure di darle modo di tornare indietro, recuperando almeno in parte il posto che le spetta nel sistema degli atti espressivi di potere. Tenterò quindi di prefigurare, seppure in modo molto sommario ed approssimativo, quali scenari potrebbero delinarsi per il futuro dell'atto e,

risalendo, dell'organo che ne è produttore e, in generale, quali effetti di sistema potrebbero aversene.

2. Il versante in cui si svolgono le relazioni interordinamentali e i vincoli da esse discendenti, cui consegue un sensibile accrescimento dei compiti gravanti sullo Stato, anche per effetto della emersione di una massa imponente di bisogni che reclamano soddisfazione, a fronte della quale si rende viepiù manifesto il basso tasso di *rappresentatività dei rappresentanti*

Sul versante dei rapporti interordinamentali parrebbe che il discorso possa chiudersi in poche battute. La legge è infatti – come si sa – dalla Carta assoggettata alla osservanza di norme di produzione esterna, siano esse internazionali e siano sovranazionali. Fino alla riscrittura del Titolo V – come pure è noto – le cose non stavano così in relazione alle fonti di natura pattizia¹, ammettendosi dalla dottrina largamente maggioritaria² e da una giurisprudenza consolidata³ l'avvicendamento nel tempo alle leggi di esecuzione dei trattati e degli accordi internazionali in genere (laddove appunto recepiti con fonti di primo grado) da parte di leggi ad esse sopravvenienti. Oggi, però, col riconoscimento del carattere “subcostituzionale” che sarebbe proprio delle fonti internazionali in parola (e, di riflesso, degli atti che le recepiscono)⁴, tutto ciò non può più aversi.

È pur vero che, in punto di diritto, i vincoli discendenti dai patti siglati in seno alla Comunità internazionale possono considerarsi quali “autolimiti”, essendo il legislatore perfettamente consapevole, al momento in cui li contrae e recepisce in ambito interno⁵, della “copertura” loro offerta dalla Carta, con ciò che ne consegue⁶. Non vi è tuttavia chi non veda il carattere artificioso di un

¹ ... con le sole note eccezioni di quelle di cui agli artt. 7 e 10, II c., nonché dei trattati “comunitari”, di cui si dirà a momenti.

² ... con pur talune eccezioni autorevolmente accreditate, quale quella dovuta alla nota teorizzazione di R. Quadri.

³ Non ha, infatti, avuto l'atteso seguito una indicazione presente in Corte cost. n. 10 del 1993, con la qualifica ivi riconosciuta a beneficio delle leggi di esecuzione dei patti internazionali quali fonti atipiche.

⁴ Lo si è avuto – come si sa – con le famose sentenze “gemelle” sulla CEDU del 2007; il ragionamento ivi svolto sembra, ad ogni buon conto, possedere generale valenza con riguardo agli obblighi internazionali aventi origine pattizia.

⁵ Ovviamente, non si fa qui riferimento agli accordi in forma semplificata ma unicamente a tutti gli altri che sono resi esecutivi in ambito interno con legge.

⁶ ... anche al piano processuale, potendo le fonti esterne in parola rilevare come parametro interposto in sede di giudizi di costituzionalità aventi ad oggetto le leggi con esse incompatibili (*rectius*, dal punto di vista interno, incompatibili con gli atti di esecuzione). Con riferimento al meccanismo della fonte interposta, di recente e per tutti, v. A. FUSCO, *Il mito di Procruste. Il problema dell'interposizione delle norme generative di obblighi internazionali nei giudizi di legittimità costituzionale*, in Riv. AIC (www.rivistaaic.it), 4/2020, 23 ottobre 2020, 250 ss., e *Il caleidoscopio normativo. La categoria dell'interposizione nell'esperienza del Giudice delle leggi*, in *Quad. cost.*, 1/2021, 153 ss.

siffatto argomentare, quanto meno in relazione a trattati o a documenti internazionali in genere che predispongono meccanismi di produzione giuridica dagli imprevedibili effetti: un po' come si ha in quei film di fantascienza in cui si vedono macchine inventate dall'uomo che sfuggono poi al controllo di chi le ha messe a punto, rivelandosi in grado di darsi fini non pensati dall'uomo e di realizzarli rivoltandosi persino contro il loro stesso inventore.

È ben possibile che l'azione delle macchine in parola si traduca in benefici d'incalcolabile valore, al servizio di alcuni dei più diffusi ed avvertiti bisogni dell'uomo che, senza le stesse, non potrebbero mai ricevere appagamento.

Per restare all'esempio sopra fatto, si pensi alle Carte dei diritti ed alla previsione di organi costituiti allo scopo di assicurare protezione a questi ultimi, altrimenti condannati a restare sguarniti di tutela. La CEDU, per dire solo della prima di esse che viene in mente, grazie all'opera quotidiana e feconda svolta dalla Corte di Strasburgo ne dà, forse, la più eloquente ed accreditata testimonianza. Più ancora, poi, ciò vale per la Corte di giustizia alle cui pronunzie – come si sa – è riconosciuta la natura di vere e proprie fonti del diritto di rango costituzionale. Si è, dunque, in presenza di documenti internazionali che apprestano alcuni motori incessanti di produzione giuridica, idonei a spiegare effetti persino di rilievo costituzionale. Una conclusione, questa, valida anche per le fonti ambiguamente etichettate come “subcostituzionali”, dal momento che la stessa giurisprudenza da tempo riconosce – a mio modo di vedere, con dubbia coerenza con se stessa – la natura *materialmente* costituzionale anche della Convenzione (e, però, di ogni Carta in genere), ammettendosi l'integrazione nei fatti interpretativi di tutti i documenti normativi in parola, Costituzione compresa (sentt. nn. 388 del 1999 e 84 del 2021)⁷.

Il vero è che, con riferimento a trattati che danno vita ad organizzazioni internazionali e ad apparati istituzionali in genere, la giustificazione che fa leva sul concetto di “autolimita” non regge: è, piuttosto, un'autentica mistificazione, una pietosa bugia detta a finalità di mascheramento della realtà, che, a conti fatti, dà una raffigurazione distorta e forzata del diritto internazionale, delle sue più salienti espressioni, della loro natura e forza. È però altrettanto vero che, in ultima istanza, lo Stato, per mano del legislatore, può spegnere le creature istituzionali alla cui nascita ha dapprima concorso o, per dir meglio, può sciogliersi dal laccio che ad esse lo lega avvalendosi del diritto di recesso⁸. Anche questo modo di vedere le cose, tuttavia, è almeno in parte artificioso,

⁷ Non si dimentichi, poi, che la stessa Carta dei diritti dell'Unione chiede di essere intesa e fatta valere alla luce di ciò che dispone la CEDU, fatta ad ogni buon conto salva la eventualità di poter offrire una più intensa tutela ai diritti in gioco.

⁸ In generale, sul recesso da trattati multilaterali, v., per tutti, i contributi al *Focus Exit! Il recesso dai trattati multilaterali. Crisi e nuovi slanci nella cooperazione internazionale ed europea*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 17/2020, 1° giugno 2020.

specie se si considera che ragioni di contesto possono frapporsi all'esercizio della facoltà in parola e, comunque, oppongono una resistenza a volte formidabile alla sua messa in atto⁹.

Come che stiano al riguardo le cose, resta il fatto che *ab extra* discendono a carico dello Stato (e, perciò, della legge quale strumento elettivo di normazione e di direzione politica) vincoli graduati per intensità e dalla varia connotazione complessiva, in dipendenza sia di previsioni normative adottate in ambito internazionale e in sede di Unione europea e sia di quelle ragioni di contesto cui si faceva poc'anzi cenno. Non di rado, anzi, queste ultime entrano in rotta di collisione con le prime o, come che sia, da esse divergono sensibilmente, secondo quanto peraltro è proprio dello scarto che – dove più dove meno – sempre si registra tra l'*essere* e il *dover essere*.

Si pensi, ad es., al carattere elastico o, diciamo pure, relativo esibito dal principio di attribuzione che, con specifico riguardo ai rapporti tra Unione e Stato, rende comunque incerta la portata della sfera di competenze sottratta, del tutto o in parte, agli interventi normativi di quest'ultimo (a partire, ovviamente, da quelli in forma di legge) e, con essa, mobili i limiti posti alla sua sovranità, di cui all'art. 11 della Carta. La qual cosa, in astratto, potrebbe anche portare al ritorno di materie e funzioni dapprima devolute all'Unione; il punto è, però, che la più marcata tendenza è proprio nel senso inverso. D'altronde, è assai istruttiva in tal senso la circostanza per cui, in presenza di diffuse ed acclarate carenze registratesi in ambito statale, si invochi da più parti (persino – si faccia caso – da parte dei nazionalisti ad oltranza...) un fattivo ed incisivo intervento da parte dell'Unione anche oltre ciò che, in base ai trattati, sarebbe di spettanza di quest'ultima.

Sta di fatto che – diversamente dal tempo in cui lo Stato nazionale aveva raggiunto la sua massima affermazione e, con essa, largamente accreditata era l'idea mitica della sua autosufficienza ed attitudine ad esprimere *optimo iure*, entro i propri confini invalicabili, la propria sovranità –, col fatto stesso della proliferazione delle organizzazioni internazionali (tra le quali, sopra ogni altra, oggi l'Unione europea), si è quindi avuta una sensibile contrazione della sovranità stessa, con riflessi di tutta evidenza a carico della legge quale atto politico-normativo per eccellenza. E, invero, come si è altrove messo in evidenza, la sovranità appare ormai essere frantumata e *quodammodo* dispersa,

⁹ Non credo, infatti, che sia generalizzabile la vicenda della *Brexit* né sarei sicuro circa il fatto che la maggioranza degli inglesi sia ancora oggi fermamente persuasa della bontà della scelta fatta col recesso dall'Unione; comunque, non mi pare che il precedente possa essere da noi imitato. Si è, per vero, immaginata la eventualità di una *Italexit* [part., R. BIN, *Italexit? Come si potrebbe fare (se si può fare)*, in *Quad. cost.*, 4/2018, 813 ss.], che nondimeno giudico (e mi auguro essere) alquanto remota, perlomeno fintantoché dello schieramento di centro-destra farà parte una forza politica fedele alla causa europea e le sarà dato modo di esercitare un ruolo non secondario all'interno dello schieramento stesso.

appuntandosi su plurimi centri istituzionali, molti dei quali appunto situati fuori delle mura statali¹⁰.

Il quadro è, nondimeno, assai più articolato ed internamente composito rispetto alla succinta e scarnificata rappresentazione che ora se ne dà. E, per avvedersene, basti solo tener presente un dato; ed è che, al tempo dello Stato liberale ed in linea con la ideologia che ne permeava la struttura e l'azione, la legge era – come si sa – sollecitata ad interventi assai circoscritti nel campo sociale, gli individui essendo lasciati soli con se stessi al fine della realizzazione dei loro progetti di vita, nel mentre la legge circoscriveva i propri interventi regolativi alle sole relazioni interpersonali riguardanti alcuni ambiti materiali (quali la famiglia, la proprietà o le successioni), nei quali essi si rendevano necessari al fine dell'appagamento di bisogni altrimenti sguarniti di tutela, centrandosi in tal modo l'obiettivo della integra trasmissione della comunità politica organizzata nel tempo.

Di contro, oggi, come pure è noto, si ha un quadro interno assai più frastagliato, nel mentre la massa dei bisogni, individuali e collettivi, è divenuta col tempo davvero imponente e sempre più pressante, aggravata da plurime ed ingravescenti emergenze (su cui, peraltro, si tornerà), tant'è che sta anche in questo (ma – com'è chiaro – non solo in esso) una delle cause principali di quella carenza di rappresentatività dei rappresentanti politici su cui si è riversato un fiume incontenibile d'inchiostro, secondo quanto si dirà meglio per taluni aspetti più avanti¹¹.

Crescendo i bisogni, cresce ovviamente anche l'impegno della legge e degli atti in genere di normazione, sfornati a getto continuo dalla macchina che li

¹⁰ Con specifico riguardo al versante dei rapporti tra Unione e Stati, di una "sovranità condivisa" tra gli stessi si discorre in P. COSTANZO - L. MEZZETTI - A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*³, Giappichelli, Torino 2019; v., poi, più di recente, G. VOSA, *Il principio di essenzialità. Profili costituzionali del conferimento di poteri fra Stati e Unione europea*, FrancoAngeli, Milano 2020; sulla sovranità dell'Unione, inoltre, la *Enquête sur la souveraineté européenne*, curata dalla Fondazione J. Jaurès e dalla Fondazione F. Ebert, in *Ipsos Public Affairs*, gennaio 2021.

¹¹ Riferimenti a riguardo della spinosa, annosa e ad oggi irrisolta (ed anzi ulteriormente aggravata) questione della crisi della rappresentanza politica possono aversi dal mio *Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2021, 25 gennaio 2021, 124 ss.; adde, ora, F. POLITI, *Democrazia rappresentativa versus democrazia diretta. Riflessioni preliminari su democrazia parlamentare, democrazia partecipativa e democrazia deliberativa*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2021, 22 aprile 2021, 518 ss.; P. LOGROSCINO, *Complessità del governare, qualità dei politici e ruolo dei partiti. Note in tempo di pandemia*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 2/2021, 3 maggio 2021, 406 ss. e, in relazione allo sviluppo della tecnologia ed all'utilizzo degli strumenti da questa apprestati, A. CIANCIO, *Le sfide della rappresentanza politica nell'epoca di internet. Brevi note a mo' di introduzione*, in *Federalismi*, 15/2021, 16 giugno 2021, 43 ss., e C.F. FERRAJOLI, *Rappresentanza e partecipazione politica e le sfide dell'innovazione tecnologica*, relazione al Convegno del Gruppo di Pisa su *Il diritto costituzionale e le sfide dell'innovazione tecnologica*, Genova 18-19 giugno 2021, vers. provv., in www.gruppodipisa.it.

produce, anzi dalle macchine, plurime e di varia fattura e connotazione complessiva dislocate a più livelli e su più punti della trama istituzionale di cui si compone la Repubblica. Basti solo, al riguardo, por mente alla “invenzione” delle leggi regionali ed al rilievo dalle stesse posseduto quali strumenti idonei a concorrere, per la loro parte, all’appagamento dei diritti fondamentali che – come si sa – sono il cuore pulsante della Costituzione e dello Stato costituzionale¹².

Il pluralismo istituzionale che informa la Carta e da questa quindi si trasmette all’intera Repubblica dalla prima fondata¹³ fa, dunque, sì che la cura di molti interessi di rilievo costituzionale risulti demandata ad atti diversi dalla legge statale, che si diano persino “recinti” o porzioni di territorio, quali centri di emersione degli interessi stessi, sottratti del tutto o in parte alla regolazione da parte di quest’ultima e rimessi ora ad altre fonti ora all’autonormazione dei privati e delle formazioni sociali nelle quali questi si riuniscono per la piena realizzazione della loro personalità.

Per altro verso, la legge, al pari degli altri atti di normazione – siano, o no, ad essa equiparati –, è sollecitata, come si diceva, a darsi cura di una mole imponente di interessi, incomparabilmente maggiore per quantità e qualità rispetto a quella di un tempo.

Per altro verso ancora, se è innegabile che *ab extra* vengono condizionamenti di non poco conto per la sovranità dello Stato (e, di riflesso, per la legge), è parimenti innegabile che, pur laddove la legge si ponga in posizione ancillare rispetto ad atti di normazione altrove prodotti, ugualmente può – perlomeno in talune materie ed al ricorrere di talune circostanze – farsi veicolo di scelte comunque politicamente connotate.

Tutto è da vedere caso per caso. Si danno, infatti, materie e momenti in cui il tratto della politicità si riduce all’osso e, a conti fatti, si svilisce o smarrisce e momenti in cui invece se ne ha il sostanziale seppur parziale recupero, fermi i condizionamenti venuti *ab extra*, ai quali si è accennato e dei quali si dirà per taluni aspetti anche a breve.

¹² Istruttivi al riguardo gli esiti della corposa ricerca curata da A. Morelli e L. Trucco su *Diritti e autonomie territoriali*, Giappichelli, Torino 2014; a riguardo degli spazi riconoscibili all’autonomia al servizio dei diritti, v., inoltre, utilmente, M. BELLETTI, *Legge regionale e diritti*, in *Dir. reg.* (www.diritte regionali.it), 3/2019, 6 ottobre 2019, 1 ss. Per una riconsiderazione complessiva dell’autonomia regionale a seguito della pandemia da Covid-19, v., ora, l’ampio studio di P. MASALA, *I diritti fra stato e Regioni nell’emergenza sanitaria, a vent’anni dalla revisione del Titolo V: quali lezioni possono trarsi e quale “ribilanciamento” occorre realizzare, per una più efficace garanzia dell’uguaglianza sostanziale?*, in *Costituzionalismo* (www.constituzionalismo.it), 1/2021, 17 maggio 2021, 137 ss.

¹³ In realtà, se è vero che dal punto di vista storico-politico la Costituzione è venuta dopo la Repubblica e, perciò, è stata generata da questa, è pur vero che, una volta venuta alla luce, la Costituzione stessa ha “ricreato” la Repubblica, dotandola delle strutture e degli strumenti di cui ha bisogno nel suo incessante cammino.

Le notazioni fin qui svolte (e in attesa di ulteriori precisazioni) avvalorano, ad ogni buon conto, l'idea che la legge potrà certamente avere anche in futuro, così come ha già oggi, un proprio ruolo nella cura del pubblico interesse al piano delle relazioni interordinamentali, senza che nondimeno si disponga di un metro sicuro ed attendibile che consenta di misurare il tasso di politicità da essa espresso, per la elementare ragione che esso varia di continuo persino in uno stesso ambito materiale di esperienza e che il quadro istituzionale in cui il ruolo stesso s'inscrive e rende manifesto si presenta internamente frastagliato, in più punti segnato da spinte e contropinte dalla varia provenienza ed intensità, opaco e confuso insomma.

3. La nota saliente posta a base della osservazione delle relazioni interordinamentali ed istituzionali, costituita dallo scarto vistoso tra i contenuti (complessivamente carenti) delle discipline legislative e i bisogni che premono per essere appagati, nel quale è da vedere la radice da cui si alimentano alcune delle più rilevanti torsioni del modello costituzionale, particolarmente evidenti nel tempo della emergenza

L'attenzione sul versante delle relazioni interordinamentali va, ad ogni buon conto, tenuta costantemente ferma, dal momento che plurimi e varî, per forma ed intensità, sono gli intrecci che si instaurano e svolgono tra le stesse e le relazioni istituzionali di diritto interno, risultandone pertanto fortemente, seppur non sempre vistosamente, condizionate tanto le dinamiche che connotano la forma di governo quanto quelle che attengono alla forma di Stato, nella duplice articolazione in cui è usualmente veduta, avuto cioè riguardo ai rapporti tra gli enti territoriali di cui si compone la Repubblica quanto (e soprattutto) a quelli tra l'apparato nel suo insieme, ad ogni livello istituzionale in cui si costituisce ed opera, e la comunità governata.

Si dà al riguardo una nota dominante o – se si preferisce – un'autentica chiave interpretativa alla cui luce possono essere ricostruite e criticamente riviste tutte le relazioni in parola, e segnatamente quelle tra gli organi della direzione politica *inter se*, le altre che essi intrattengono con gli organi di garanzia (in ispecie, i giudici), infine quelle che si hanno tra questi ultimi (con particolare riguardo a quelle tra giudici comuni e Corte costituzionale e di tutti i giudici nazionali con le Corti europee). Ed è data dallo scarto vistoso che si riscontra tra i contenuti, complessivamente carenti, delle discipline legislative (e normative in genere) e i bisogni costituzionalmente meritevoli che attendono di essere in qualche modo appagati.

Ebbene, molte (e, comunque, le più rilevanti) delle torsioni che si registrano al piano istituzionale hanno proprio qui la radice da cui si alimentano, una delle principali cause (se non pure la più rilevante) della loro manifestazione con

toni viepiù aggravati e preoccupanti.

Non occorre un lungo discorso a chiarimento di quest'affermazione; è sufficiente, infatti, un succinto richiamo a talune esperienze e vicende, peraltro assai note, per avere subito conferma di quanto si viene ora dicendo.

Si pensi, ad es., all'annoso squilibrio che si ha nei rapporti tra gli organi della direzione politica, segnalato da più parti con toni di viva preoccupazione ed accompagnato peraltro dalla elaborazione di ricette volte a porre un argine, se non anche un freno, a questo *trend* che parrebbe essere ormai inarrestabile lungo la china su cui si è da tempo avviato. È ormai provato, infatti, che la macchina delle leggi non è in grado di sfornare con la necessaria rapidità prodotti adeguati a far fronte a bisogni a getto continuo emergenti dal tessuto sociale, alla cui cura pertanto principalmente si dedica il Governo, peraltro con molto affanno e complessive carenze sovente esibite dagli atti man mano adottati¹⁴. È poi pur vero che, quando si è voluto, si sono fatte leggi anche in pochi giorni (magari *ad personam*...); questa, però, non è (e non può essere) la regola. E, invero, dobbiamo prendere atto che i tempi del procedimento legislativo, per come è ad oggi strutturato, si dimostrano molte volte inadeguati a far fronte alle domande plurime ed incalzanti di prodotti fatti su misura in relazione a bisogni parimenti peculiari. È, dunque, necessario prendere, una buona volta, piena avvertenza del fatto che le innovazioni apportate ai regolamenti camerali nel mezzo secolo ormai trascorso dal loro integrale rifacimento hanno dimostrato limiti evidenti di rendimento¹⁵ e che, pertanto, occorre porre urgentemente mano alla predisposizione di procedure parlamentari¹⁶ ancora più

¹⁴ Si torna periodicamente a fare il punto sugli usi che si fanno degli strumenti di normazione, sul versante parlamentare come su quello governativo, e si ritorna sempre a ripetere stancamente le stesse cose, approdando ad esiti ricostruttivi a conti fatti non dissimili, mascherati nondimeno da espressioni diverse nel linguaggio e nei toni ma dal comune orientamento. Si confrontino, ad es., le analisi svolte in chiave comparata che sono in *Osservatorio sulle fonti 2008*, dedicato a *La legge parlamentare oggi*, a cura di P. Caretti, Giappichelli, Torino 2010, con i contributi allo Speciale su *I poteri normativi del Governo*, che sono in *Oss. fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2/2019; utili indicazioni possono altresì aversi dagli scritti dello Speciale su *Il Governo della Repubblica a trent'anni dalla legge n. 400/1988*, che sono nella stessa *Rivista*, 1/2019, dai contributi allo Speciale su *Parlamento e governo parlamentare in Italia. Verso un affresco contemporaneo*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 3/2019, 15 aprile 2019 (ed *ivi*, part., F. DAL CANTO, *Tendenze della normazione, crisi del Parlamento e possibili prospettive*, 35 ss.), nonché da *La legislazione tra Stato, Regioni e Unione europea. Rapporto sulla legislazione 2019-2020*, a cura dell'Osservatorio sulla legislazione della Camera dei deputati in collaborazione con il Servizio studi del Senato della Repubblica, Roma 2020.

¹⁵ Si è fatto il punto sulla funzionalità delle istituzioni parlamentari nei contributi che sono nel Quad. 2021 de *Il Filangieri*, dal titolo *A cinquant'anni dai Regolamenti parlamentari del 1971: trasformazioni e prospettive*, Jovene, Napoli 2021.

¹⁶ *Mutatis mutandis* la questione si ripropone anche per altre assemblee elettive, quali quelle regionali, sia pure con toni, forse, di minore gravità vuoi per il numero ristretto dei loro componenti e vuoi per la natura degli interessi di cui esse sono chiamate a farsi carico.

semplificate ed idonee a chiudersi in tempi ravvicinati¹⁷, senza nondimeno che ne risulti oltre misura sacrificato il libero confronto tra gli operatori politici che – come si sa – è la linfa vitale e la ragion d'essere delle assemblee elettive.

Resta, ad ogni buon conto, fermo che alcuni dei bisogni in parola appaiono essere – come si diceva – imponenti e distesi in un tempo lungo o lunghissimo, ad oggi assolutamente incalcolabile, a motivo della loro dimensione talora persino planetaria (si pensi solo, per fare ora i primi esempi che vengono in mente, all'emergenza climatica o, per restare all'oggi, a quella sanitaria, in relazione alle quali sono in gioco non soltanto i diritti fondamentali della generazione presente ma anche quelli delle generazioni future¹⁸).

È chiaro che, allora, vi si provvede – nei limiti del possibile – perlopiù a mezzo di atti del Governo. Gli stessi strumenti al riguardo menzionati dalla Carta esibiscono tuttavia, ormai da tempo, limiti evidenti di rendimento e richiedono, per un verso, di essere ulteriormente messi a punto e perfezionati, esattamente come macchine usate e non più funzionanti a dovere¹⁹, e, per un altro verso, di essere affiancati da nuovi strumenti dei quali dovrà farsi menzione nella legge fondamentale della Repubblica, se si ha a cuore di evitare che alcune delle più salienti esperienze e vicende della normazione maturino al di fuori (e, in buona sostanza, in opposizione) delle scarse indicazioni ad oggi esibite dal quadro costituzionale.

Si pensi solo al fenomeno oggi di maggior rilievo, costituito dalle emergenze cui si è sopra accennato. Ebbene, non è casuale – a me pare – che, soprattutto nella fase iniziale della pandemia, si sia fatto fronte a quest'ultima principalmente a mezzo dei discussi DPCM, oltre che delle ordinanze adottate in sede locale, in un clima peraltro confuso e tra non poche, anche aspre, controversie tra gli operatori istituzionali. Certe esperienze, infatti, non spuntano come i funghi in un bosco dopo una notte di pioggia. Piuttosto, talvolta con la loro stessa emersione (e senza nondimeno far passare sotto silenzio le non poche né lievi responsabilità gravanti sulle forze politiche e gli operatori istituzionali per il cattivo uso o il non uso fatto degli strumenti di cui dispongono), testimoniano ed avvalorano lacune di costruzione originarie, bisognose di essere

¹⁷ Cfr. al mio il punto di vista al riguardo espresso da M. MANETTI, *Perché tornare a discutere del procedimento legislativo*, in Quad. 2021 de *Il Filangieri*, sopra cit., 109 ss.

¹⁸ Una particolare attenzione per la salvaguardia di questi ultimi, con specifico riguardo alla prima emergenza, è ora in una importante pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* del 24 marzo 2021, annotata da R. BIN, *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, in *La Cost.info* (www.laCostituzione.info), 30 aprile 2021, e, pure *ivi*, M. CARDUCCI, *Libertà "climaticamente" condizionate e governo del tempo nella sentenza del BVerfG del 24 marzo 2021*, 3 maggio 2021.

¹⁹ Quali, poi, possano essere le innovazioni al riguardo consigliabili è questione che richiede uno spazio di cui ora non si dispone, rendendosi pertanto necessario fare al riguardo rimando ad uno studio a ciò specificamente dedicato cui mi riprometto di porre mano tra non molto.

urgentemente colmate²⁰.

Il vero è che – come si è tentato di argomentare altrove – fa difetto nella nostra Carta, per ragioni storiche a tutti note²¹, una disciplina, invece presente in altri ordinamenti²², per la gestione delle emergenze o, per dir meglio, di *alcune* emergenze, non fronteggiabili a modo, con le sole loro forze, dai decreti-legge²³. Ed occorre farvi luogo proprio al fine di recuperare – perlomeno fin dove possibile –, nel quadro di un complessivo riordino del sistema delle fonti²⁴, un ruolo politicamente significativo a beneficio delle assemblee elettive, salvaguardando allo stesso tempo quello degli organi di garanzia, in atto di necessità in rilevante misura sacrificato; un ruolo, quello di questi ultimi, che richiede, a mia opinione, di essere ulteriormente promosso, con specifico

²⁰ Della esistenza di lacune costituzionali anche particolarmente gravi e vistose ho trattato nel mio *Lacune costituzionali*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 2/2016, 18 aprile 2016.

²¹ Cocente era, infatti, il ricordo delle sofferenze patite nel corso dell'esperienza maturata nel ventennio e nel secondo conflitto bellico e diffuso era, pertanto, il timore che la previsione nella Carta della disciplina di cui ora si discorre potesse prestarsi ad usi distorti, forieri di pericoli per le istituzioni repubblicane e l'ordinamento democratico che si andava disegnando in seno alla Costituente. È nella consapevolezza dei rischi insiti nella proposta qui caldeggiata che la stessa va circondata di misure adeguate a pararli, secondo quanto si passa subito a dire nel testo [sui rischi sempre incombenti di una involuzione autoritaria e sui modi idonei a contenerli, se non pure a pararli del tutto, v., almeno, AA.VV., *Crisi dello Stato e involuzione dei processi democratici*, a cura di C. Panzera - A. Rauti - C. Salazar - A. Spadaro, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, e M. CALAMO SPECCHIA, *Un prisma costituzionale, la protezione della Costituzione: dalla democrazia "militante" all'autodifesa costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 1/2021, 91 ss.].

²² Riferimenti, ora, in V. PIERGIGLI, *Parlamenti e Corti. Spigolature al tempo della pandemia*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 13/2021, 19 maggio 2021, spec. 206 s.

²³ La questione è – come si sa – animatamente discussa, un'accreditata dottrina peraltro essendosi risolutamente schierata sul fronte opposto a quello in cui si dispongono alcune riflessioni da me fatte sul tema [indicazioni al riguardo, volendo, nel mio *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, in un vol. coll. dall'omonimo titolo, curato da G. De Minico e M. Villone, in *Consulta OnLine* (www.giur-cost.org), 16 luglio 2020, 196 ss.; v., inoltre, D. TRABUCCO, *I «sovrani» regionali: le ordinanze dei presidenti delle giunte al tempo del covid-19*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2021, 12 marzo 2021, spec. 369 ss., che pure caldeggia l'adozione di una disciplina costituzionale degli stati di emergenza Cfr., ora, I.A. NICOTRA, *Pandemia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2021, spec. 87 ss., ed *ivi* altresì riferimenti alle soluzioni adottate in altri Paesi per far fronte all'emergenza sanitaria, nonché F. GRANDI, *L'art. 32 nella pandemia: sbilanciamento di un diritto o "recrudescenza" di un dovere?*, in *Costituzionalismo* (www.costituzionalismo.it), 1/2021, 17 maggio 2021, spec. 125 ss.].

²⁴ Questo bisogno è da tempo avvertito senza che si sia, perlomeno ad oggi, riusciti a darvi appagamento (riferimenti in AA.VV., *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, a cura di M. Siclari, Editoriale Scientifica, Napoli 2012 e, più di recente, in F. PACINI, *La ristrutturazione assente. Strumenti e limiti di un riordino complessivo della normativa primaria*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017). Basti solo por mente ai sensibili scostamenti dal modello costituzionale registratisi sul terreno sia della decretazione d'urgenza che delle deleghe legislative (e della normazione delegata), espressive di non poca approssimazione e vera e propria improvvisazione nell'uso delle tecniche di normazione (utili indicazioni, per l'un verso, in C. DOMENICALI, *Il provvedimento-legge. La decretazione d'urgenza come potere discrezionale vincolato* Editoriale Scientifica, Napoli 2018, e, per l'altro, in U. RONGA, *La delega legislativa. Recente rendimento del modello*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020).

riguardo a quello preventivo del Capo dello Stato, sollecitato dalle emergenze in parola a spendersi con ancora maggiore impegno ed intensità in occasione dell'adozione degli atti posti in essere non solo dal Governo nella sua intrezza ma anche dal Presidente del Consiglio e dai Ministri *uti singuli* che, seppur astrattamente sprovvisti di forza di legge, nei fatti producono effetti di rango costituzionale, specie laddove incidano sulle libertà e, in genere, su beni costituzionalmente protetti.

4. I molti volti del rapporto tra Corte costituzionale e legislatore, con specifico riguardo alle oscillanti e discontinue applicazioni del limite della “discrezionalità” del secondo ed alla invenzione a getto continuo di nuove tecniche decisorie da parte della prima, delle quali nulla peraltro ad oggi si sa circa l’effettivo “seguito” datovi nelle aule giudiziarie

L’alterazione dei ruoli istituzionali conseguente agli stati di crisi ha, poi, la sua immediata proiezione sul terreno delle garanzie processuali, pur laddove alle emergenze si faccia fronte con gli strumenti previsti dalla Costituzione, non di rado traducendosi in un affievolimento del sindacato dei giudici (e – per ciò che è qui di specifico interesse – della Corte costituzionale).

Disponiamo di plurime e concordanti testimonianze in tal senso, che portano in evidenza anomali “bilanciamenti” effettuati dalla Consulta tra beni costituzionalmente protetti, sui cui esiti fa aggio la parimenti anomala situazione di fatto in cui ha luogo la produzione giuridica e si svolge il controllo del massimo garante della legalità costituzionale. A fronte di emergenze pressanti e talora per vero soffocanti, insomma, non si può andare troppo per il sottile, pretendendo il rigoroso e pieno rispetto della Costituzione²⁵. È vero che, laddove una disciplina oggettivamente incostituzionale sia fatta salva, si tiene a precisare che si tratta di una sorta di messa tra parentesi della legalità stessa dovuta alle circostanze e che, perciò, si rende necessario il sollecito ripristino dello stato fisiologico delle cose non appena cessata l'emergenza, a pena della successiva caducazione della disciplina stessa. E d'altronde il sindacato secondo ragionevolezza richiede – come si sa – la costante congruità delle misure adottate rispetto al contesto fattuale nel quale s'inscrivono ed operano²⁶. Gli stessi

²⁵ Così è stato, per fare ora solo un esempio, con riguardo all'emergenza avutasi negli anni bui del terrorismo rosso, per far fronte alla quale il Governo si è trovato costretto a varare misure abnormi, in ispecie prolungando oltre il tollerabile il termine massimo della carcerazione preventiva al fine di non dar modo a soggetti detenuti in attesa di giudizio e sospettati di appartenere alle BR di essere rimessi in libertà per scadenza del termine stesso, ricevendo quindi il benevolo avallo della Consulta con la discussa (e discutibile) sent. n. 15 del 1982.

²⁶ Raguagli con riferimento ai modi con cui si fa uso della ragionevolezza nei giudizi di costituzionalità possono, se si vuole, aversi da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁶, Giappichelli, Torino 2019, 137 ss.

valori fondamentali positivizzati nella Carta, laddove risultino incisi dalla normativa *sub iudice* (della qual cosa non poche volte si ha riscontro), vengono di volta in volta sottoposti a “bilanciamenti” del tutto peculiari e quindi rimessi complessivamente a punto per le peculiari esigenze del caso.

Il rapporto tra Corte e legislatore ha, nondimeno, molti volti.

Anche nel tempo presente, che – come si viene dicendo – è segnato da plurime emergenze, esso si presenta con un andamento – come dire? – a fisarmonica, dandosi casi di arretramento ed altri invece di avanzamento e persino d’invasione da parte della Consulta del campo tradizionalmente considerato di esclusiva spettanza del legislatore e rimesso perciò a discipline frutto di apprezzamenti “discrezionali” di quest’ultimo²⁷.

In realtà, si fatica non poco a capire quale mai sia la “logica” sottostante al diverso trattamento riservato a casi che esibiscono forti assonanze e, talora, appaiono persino per più ragioni sostanzialmente identici, a volte facendosi luogo al rigetto della questione (sia, o no, accompagnato da moniti indirizzati al legislatore per una sollecita revisione della disciplina della materia) ed altre volte invece al suo accoglimento, esso pure peraltro posto in essere a mezzo di tecniche decisorie non sempre coincidenti. Si assiste, insomma, ad usi “fungibili” delle tecniche stesse, senza che ne risulti chiara la ragione. La qual cosa porta diritto a vistose oscillazioni del limite della “discrezionalità” in parola che rendono assai arduo (e, forse, per vero, praticamente impossibile) il compito di riportarne le varie manifestazioni ad un quadro unitario ed internamente coerente, specie laddove se ne abbia il disinvolto, sostanziale accantonamento.

Questo *trend* ha, soprattutto nel tempo a noi più vicino, acquistato forme particolarmente vistose e – come mi è venuto di dire in altre occasioni – anche

²⁷ Del limite in parola si è molto e variamente discusso [riferimenti in A. SPADARO, *I limiti “strutturali” del sindacato di costituzionalità: le principali cause di inammissibilità della q.l.c.*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 4/2019, 26 novembre 2019, 154 ss.; C. PANZERA, *Esercizio sussidiario dei poteri processuali e discrezionalità legislativa nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 3/2020, V, 127 ss.; T. GIOVANNETTI, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore*, in *AA.VV.*, *Rileggendo gli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019)*. A Roberto Romboli dai suoi allievi, Giappichelli, Torino 2020, 19 ss.; D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bononia University Press, Bologna 2020, 101 ss.; F. MODUGNO, *Le novità della giurisprudenza costituzionale*, in *Lo Stato*, 14/2020, 101 ss., spec. 115; M.T. STILE, *Discrezionalità legislativa e giurisdizionale nei processi evolutivi del costituzionalismo*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate”?*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 3/2021, 27 gennaio 2021, 59 ss.; nella stessa *Rivista*, N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, 94 ss.; A. MATTEONI, *Legittimità, tenuta logica e valori in gioco nelle “decisioni di incostituzionalità prospettata”: verso un giudizio costituzionale di ottemperanza?*, in *ConsultaOnLine* (www.giurcost.org), 2/2021, 3 maggio 2021, 348 ss., spec. 371 ss.; L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 12/2021, 5 maggio 2021, spec. 242 ss. Infine, volendo, anche il mio *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2021, 16 aprile 2021, spec. 473 ss.].

non poco inquietanti. Ed è proprio in relazione ad esso che si riscontra quello scarto tra discipline legislative (e normative in genere) e bisogni meritevoli di appagamento che si pone quale la molla che mette in azione manovre ardite e persino temerarie poste in essere dal giudice costituzionale, assistendosi non soltanto al sostanziale rifacimento delle discipline stesse ma anche – ed è questo ciò che maggiormente importa e preoccupa – a quello del parametro costituzionale, persino dei principi fondamentali evocati in campo dal caso: una manipolazione, quest'ultima, ovviamente non portata alla luce del sole (ciò che renderebbe ingiustificabile l'operato del garante, innaturalmente convertitosi in organo di revisione costituzionale²⁸) bensì abilmente mascherata dietro un uso accorto e raffinato degli strumenti retorico-argomentativi²⁹.

Sta di fatto che, al fine di dare un qualche appagamento a diritti vecchi e (soprattutto) nuovi ed avvedendosi della insufficienza dell'armamentario di cui dispone, la Corte fa luogo alla invenzione di tecniche inusuali che mettono in stato di palese sofferenza la discrezionalità del legislatore fino a determinarne – come si diceva – la messa da parte.

Cappato ne ha dato una eloquente testimonianza, con la tecnica decisoria in due tempi in occasione di tale vicenda inaugurata e quindi ulteriormente ripresa più volte³⁰. Diversamente, altre esperienze processuali, pure – come si

²⁸ ... e persino in un vero e proprio potere costituente, laddove il rifacimento del dettato costituzionale dovesse riguardare gli stessi principi fondamentali dell'ordinamento.

²⁹ Sull'obbligo costituzionale di motivazione, in termini generali, di recente, v. D. GALLIANI, *I criceti e la ruota che gira. Il senso costituzionale dell'obbligo di motivazione*, in *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini - A. Cossiri - G. Di Cosimo - A. Guazzarotti - C. Mainardis, Giappichelli, Torino 2019, 684 ss. Ed è fuori di dubbio che esso grava altresì sulle pronunzie della Corte costituzionale, seppur in misura – diciamo così – graduata a seconda della natura e veste formale e, ovviamente, dei connotati complessivi di ciascuna questione. La centralità di rilievo della parte motiva delle decisioni della Corte è, peraltro, da tempo e con dovizia di argomenti rilevato dalla più sensibile dottrina, senza che ad ogni buon conto si sia ad oggi individuato un metro adeguato a darne la misurazione. Non si trascuri, inoltre, che le decisioni stesse si dispongono tutte al riparo del formidabile scudo protettivo eretto dall'ultimo comma dell'art. 137 Cost., aggirabile unicamente a mezzo dell'esercizio collettivo del diritto di resistenza, volto cioè a non darvi seguito ovvero a darvene uno infedele e *quodammodo... sanante* (per alcune indicazioni in relazione al tema ora solo sfiorato, v. AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, e A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996; v., inoltre, utilmente, in prospettiva comparata, G. ROMEO, *L'argomentazione costituzionale di common law*, Giappichelli, Torino 2020.

Sta di fatto che, purtroppo, la Corte – com'è stato opportunamente rilevato da un'avveduta dottrina [A. MORRONE, *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 12/2021, 5 maggio 2021, spec. 176 ss.] – non ci ha finora spiegato (e, con ogni probabilità, mai lo farà) come si interpreta la Costituzione. In tema, da ultimo, A. SPADARO, *Rileggendo E.-W. Böckenförde su potere costituente e interpretazione costituzionale*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 16/2021, 30 giugno 2021, 208 ss.

³⁰ ... e, segnatamente, nel corso della vicenda di cui a Corte cost. n. 132 del 2020, al momento in cui si scrive (fine giugno 2021) decisa con una pronunzia solo parzialmente ablativa, secondo quanto risulta dal comunicato stampa emesso dalla Consulta in data 22 giugno di quest'anno che ne anticipa

diceva – per più versi analoghe, hanno ricevuto dissimile trattamento³¹. E, invero, la Corte preferisce talvolta tenere sulla graticola il legislatore, rigettando oggi e però minacciando di accogliere domani³², mostrando comunque di ritenere pienamente disponibile, secondo occasionali convenienze, il limite della discrezionalità in parola³³.

Il giudice delle leggi rivendica, insomma, per sé la *Kompetenz-Kompetenz* in ordine alla definizione della linea divisoria del campo da esso coltivabile e di quello invece rimesso alla cura del legislatore: una linea pur tuttavia mobile ed evanescente, come si è venuti dicendo. Ed è interessante notare che, ancora con *Cappato* (e con i casi trattati con il medesimo *standard* decisionale), la Corte mostra di voler accordare al legislatore la precedenza temporale nella nuova disciplina della materia, mentre in altre occasioni rompe gli indugi e vi fa senz'altro luogo³⁴, comunque pur sempre confermando di considerare ormai *pleno iure* fungibili i ruoli istituzionali. Nei fatti (e al di là di quanto è invece a parole predicato³⁵), sembra, infatti, curarsi ben poco (o, diciamo pure, per nulla) dell'approdo al quale fatalmente in tal modo si perviene, che è quello dello smarrimento del principio della separazione dei poteri, sia pure nella forma peculiare e temperata in cui ha trovato accoglienza nella nostra Carta così come nelle altre venute alla luce nei Paesi di tradizioni liberal-democratiche dopo la fine della seconda grande guerra. Ed è chiaro che, venendo meno il principio in parola, viene per ciò stesso meno l'idea di Costituzione quale mirabilmente scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione del 1789, con grave pregiudizio proprio per quei diritti nei quali si rinviene la ragion d'essere della invenzione delle nuove tecniche decisorie ed in funzione servente dei quali esse

la pubblicazione, e in quella di cui a Corte cost. n. 97 del 2021, che ha rinviato al maggio 2022 la definizione della questione di costituzionalità relativa all'ergastolo ostativo.

³¹ Così, ad es., quella di cui a Corte cost. n. 230 del 2020.

³² Questa soluzione, nondimeno, va incontro all'incertezza in merito alla ripresentazione della medesima questione che – com'è chiaro – non si sa se si avrà.

³³ Emblematicamente espressive di questo *trend* le affermazioni contenute in Corte cost. nn. 32 e 33 del 2021, segnatamente laddove, nella prima decisione, la Corte rileva di “non potere *ora* porre rimedio” alle lacune della disciplina legislativa (p. 2.4.1.4 del *cons. in dir.*) e similmente, nella seconda, che “questa Corte non può, *allo stato*, che arrestarsi, e cedere doverosamente il passo alla discrezionalità del legislatore” (p. 5.9 del *cons. in dir.*). Doverosa è, dunque, qui ritenuta unicamente la precedenza da accordare al legislatore, non già la osservanza, in seconda battuta e perdurando l'inerzia di quest'ultimo, della discrezionalità in parola, ormai – come si viene dicendo – rientrando nella disponibilità della Corte.

³⁴ Lo ha fatto di recente, ad es., in Corte cost. n. 41 del 2021, che si segnala altresì per l'apposizione di un termine di *vacatio sententiae* inusitatamente lungo (fino all'ottobre 2025) per la produzione dell'effetto ablativo.

³⁵ Troviamo, ancora non molto tempo addietro, ribadito nella relazione della Presidente M. Carabia, relativa all'anno 2019, che il principio della separazione dei poteri unitamente a quello di leale cooperazione costituiscono “due pilastri coesenziali che reggono l'architettura costituzionale repubblicana” (§ 3).

aspirano a porsi. Come ho tenuto più volte a dire e tengo qui pure a ribadire, i fini non possono mai giustificare machiavellicamente i mezzi, dal momento che – com'è stato fatto notare da un'accreditata dottrina³⁶ – sono sempre (e solo) questi ultimi a “prefigurare” i primi.

È persino banale (e – confesso –, per me, motivo di vera e propria sofferenza) dover qui rammentare che non è indifferente per i fini-valori enunciati nella Carta ricevere svolgimento e realizzazione a mezzo di questa o quella pubblica funzione, tanto più poi laddove ciò comporti il costo insopportabile di una innaturale commistione dei ruoli, sol che si ammetta – come devesi – che gli enunciati che li esprimono si aprono a raggiera a plurime e pressoché incontenibili specificazioni-attuazioni, richiedendo pertanto la messa in atto di soluzioni normative portatrici di orientamenti politici che unicamente gli organi a ciò istituzionalmente preposti possono (e devono) elaborare e concretare.

Né vale obiettare che, in fondo, nulla di nuovo o di autenticamente rivoluzionario si rinviene nelle tecniche decisorie sopra indicate o in altre che doversero essere, nel medesimo verso, inventate nel prossimo futuro, dal momento che le esperienze della giustizia costituzionale testimoniano – come si sa – da tempo l'esercizio in “sussidiarietà” di poteri di normazione da parte della Consulta³⁷. Vi è, infatti, un senso della misura che sempre dovrebbe presiedere alle operazioni di riscrittura dei testi poste in essere in sede di giudizi di costituzionalità³⁸; e la soglia invalicabile avrebbe dovuto essere segnata (e deve oggi pure esserlo) – come si è venuti dicendo – dal limite della “discrezionalità” del legislatore, pur nelle incertezze concettuali e vere e proprie ipoteche teoriche da cui appare gravato, nonché (e di conseguenza) dalle oscillazioni che ne connotano gli svolgimenti nelle vicende processuali.

Si aggiunga, poi, un dato che consiglierei di non sottovalutare, per quanto per vero ad esso non sia stata – a me pare – prestata la dovuta attenzione; ed è che le operazioni di giustizia costituzionale non si perfezionano ed esauriscono presso il Palazzo della Consulta ma richiedono *sempre* di essere completate e portate ad effetto dai giudici comuni (e, in genere, dai pratici del diritto³⁹), la cui attività in molti casi è non già di mera *esecuzione* dei verdetti consegnati

³⁶ A. PUGIOTTO, *Dalla “porta stretta” alla “fuga” dalla giustizia costituzionale? Sessant'anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 169.

³⁷ Di sentenze “normative” si discorre giusto da quarant'anni a questa parte, dal tempo cioè in cui l'etichetta è stata coniata da un'autorevole dottrina (G. SILVESTRI, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1981, 1684 ss.).

³⁸ Una misura che – come si è tentato di argomentare nel mio *Dove va la giustizia costituzionale in Italia?*, cit. – appare ormai essere vistosamente superata.

³⁹ Non si trascuri, al riguardo, il ruolo nient'affatto secondario che sono chiamati ad esercitare gli amministratori, quando non *omisso medio* i privati, al quale nondimeno non è qui possibile dedicare nulla più del labile cenno ora fattovi.

dalla Corte bensì di vera e propria *attuazione*, richiedendo pertanto la messa in atto di misure esse pure espressive – dove più e dove meno – di scelte discrezionali o, diciamo pure, politicamente connotate.

Si pensi solo, al riguardo, al “seguito” dato dai giudici alle additive di principio, in attesa dell’intervento regolativo del legislatore, laddove cioè prende ancora una volta forma un’anomala commistione dei ruoli, dal momento che i primi sono chiamati ad “inventarsi” una regola che non c’è, facendola quindi valere per il caso⁴⁰. Possiamo poi chiamare le cose come vogliamo ma resta il fatto che, in congiunture siffatte, si è in presenza di una vera e propria attività di produzione normativa, seppur con effetti circoscritti alla singola esperienza processuale. Gli effetti, com’è chiaro, non sono quelli tradizionalmente considerati propri delle norme giuridiche⁴¹ ma la sostanza dell’attività posta in essere non è qualitativamente diversa.

Poco o nulla, poi, sappiamo a tutt’oggi delle sorti delle nuove tecniche decisorie alle quali si è sopra fatto richiamo, quale cioè ne sia il concreto rendimento nelle più diffuse esperienze processuali che vengono a maturazione nelle sedi in cui si amministra la giustizia comune, nel mentre sarebbe di estremo interesse stabilire, sia pure con larga approssimazione, quale accoglienza sia stata ad oggi ad esse riservata. Il credito di cui la Corte gode induce, nondimeno, a ritenere che, sulla spinta delle sollecitazioni ed indicazioni da essa data, si formino delle vere e proprie *consuetudini culturali* operative che docilmente si dispongono nel solco tracciato dalle abili mani del massimo garante della legalità costituzionale.

Il ruolo dei giudici comuni, ad ogni buon conto, è di centrale rilievo già per il fatto che sono essi a predisporre le questioni su cui la Corte è chiamata a pronunciarsi; ed è noto a tutti che quest’ultima, pur godendo di margini di manovra non poco consistenti (e che la stessa si è ritagliata), può andare (e non poche volte effettivamente va) incontro a difficoltà insormontabili a passare al merito delle questioni sottoposte che si dimostrino non fatte a modo.

Le sorti delle leggi, insomma, dipendono congiuntamente dall’operato (in fase iniziale e finale) dei giudici comuni e della Corte, con un concorso degli uni e dell’altra vario a seconda dei casi, senza che possa astrattamente stabilirsi da chi sia giocata la parte più rilevante della partita⁴².

⁴⁰ In tema, di recente, con specifico riguardo alle additive di prestazione, F. BOCCHINI, *Il ruolo della giurisdizione nell’attuazione delle sentenze additive di prestazione della Corte Costituzionale*, in *Nomos* (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 3/2020.

⁴¹ ... sempre che si tengano fermi i caratteri della generalità e dell’astrattezza, come si sa tradizionalmente ritenuti caratterizzanti le norme giuridiche. La fragilità teorica di questa costruzione è però rilevata nel mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano 1977, 26 ss. e 41 ss., al quale peraltro può farsi capo per riferimenti di letteratura risalente.

⁴² D’altronde, gli elementi di “diffusione” del nostro sistema di giustizia costituzionale sono – come si sa – da tempo rilevati (per tutti, AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua “diffusione”*. Verso un

Vi è di più. Dovrebbe tenersi altresì conto – ciò che, però, è praticamente impossibile – di tutti i casi in cui le questioni di costituzionalità abortiscono e non vengono perciò alla luce, essendo rigettate dai (potenziali) giudici *a quibus*, senza che peraltro ne siano note le (succinte) motivazioni al riguardo addotte. Forse, un seppur involontario concorso ha dato (e dà) a quest'esito la stessa Corte, con l'incoraggiamento dato alla sperimentazione della tecnica dell'interpretazione conforme, della quale peraltro in chissà quanti casi si è fatto (e si fa) cattivo uso⁴³. È pur vero, però, che la più recente giurisprudenza costituzionale sembra orientata a rimettere largo spazio ai giudici in ordine all'utilizzo della tecnica decisoria in parola⁴⁴, dalla quale ad ogni buon conto (ed è questo un punto da tener costantemente presente) possono venire soluzioni interpretative oltre misura... *sananti* (e, perciò, esse pure indebitamente manipolative).

È importante tener presente che, in congiunture siffatte, la legge non ne ha affatto un guadagno, come pure si potrebbe ad una prima ma erronea impressione ritenere, sol perché fatta salva (ed anzi migliorata...) dall'intervento dei giudici. Ogni manipolazione dei testi di legge, più ancora poi laddove preceduta o accompagnata da una del parametro costituzionale, ha pur sempre un costo per il legislatore e – ciò che maggiormente importa – per la comunità tutta, per la elementare ragione dietro già richiamata, secondo cui non è affatto indifferente che le scelte politiche siano poste in essere da questo o quell'operatore istituzionale. La circostanza per cui il legislatore porta innegabili ed

controllo di costituzionalità di tipo diffuso?, a cura di E. Malfatti - R. Romboli - E. Rossi, Giappichelli, Torino 2002), per quanto gli studi si fermino perlopiù al ruolo giocato dai giudici comuni in fase ascendente, in sede cioè d'impostazione delle questioni portate alla cognizione della Corte, restando invece indebitamente nell'ombra il versante discendente (e, segnatamente, il "seguito" effettivamente dato dai giudici stessi ai verdeti emessi dalla Consulta).

⁴³ Anche la tecnica in parola è, purtroppo, studiata unicamente al piano teorico-astratto, con riguardo cioè alle condizioni che secondo modello ne giustificano la messa in atto, senza che si riesca a sapere davvero quale uso in concreto se ne fa, al di fuori dei riscontri avutisi in alcuni casi particolarmente discussi.

⁴⁴ Indicazioni in M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme torna a casa?*, in *Riv. Gruppo di Pisa* (www.gruppodipisa.it), 3/2019, 30 ottobre 2019, 37 ss.; nella stessa *Rivista*, v. A.I. ARENA, *Note minime su interpretazione e giudizio accentrato di costituzionalità*, 5 dicembre 2019, 163 ss., nonché R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra "momenti di accentramento" e "di diffusione"*, 2/2020, 26 maggio 2020, 4 ss., e, dello stesso, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, a cura dello stesso R., Giappichelli, Torino 2020, 72 ss.; M. NISTICÒ, *Le sentenze interpretative e l'interpretazione conforme*, in AA.VV., *Rileggendo gli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019). A Roberto Romboli dai suoi allievi*, cit., 187 ss.; G. PITRUZZELLA, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nella interpretazione della legge*, in AA.VV., *Un riaccentramento del giudizio costituzionale?*, I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 3/2021, 27 gennaio 2021, e, pure *ivi*, l'Editoriale di G. DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio del sistema*, spec. § 2, e S. STAIANO, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, 102 ss.; L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, cit., 230 ss.

imperdonabili responsabilità, per azioni come pure per omissioni incostituzionali, non giustifica, dunque, che se ne facciano carico i garanti: quanto meno, come pure si diceva, non lo giustifica *oltre misura*.

V'è di più. Le manipolazioni messe in atto per via interpretativa possono, per la loro parte, concorrere a deresponsabilizzare il legislatore o, come che sia, ad alimentarne l'apatica inerzia, nella consapevolezza che c'è comunque chi provvederà al suo posto, magari facendosi carico di scelte laceranti, la cui adozione potrebbe pregiudicare delicati e seppur instabili equilibri tra le forze politiche: è, in fondo, ciò che si è avuto in *Cappato* ed in molti altri casi ancora, davvero istruttivi al riguardo.

5. I rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali, dal punto di vista della Consulta, e i riflessi che possono aversene nei riguardi delle leggi (con specifico riguardo alla vessata questione della “doppia pregiudizialità” ed ai modi della sua soluzione, nonché al rilievo, ingiustificatamente differenziato, riconosciuto al diritto giurisprudenziale convenzionale ed a quello eurounitario)

Come si vede, è venuta (e viene sempre più di frequente) a realizzarsi una manovra a tenaglia posta in essere congiuntamente dai giudici comuni e dalla Corte, che peraltro non di rado si appoggia ad indicazioni offerte dalle Corti europee, specie laddove da esse si abbia il riconoscimento di nuovi diritti, cui fa quindi eco analogo riconoscimento in ambito interno *ope juris prudentiae*.

L'apertura del circuito decisionale alle Corti europee, che anzi vi hanno fatto ingresso con centralità di ruolo, ha poi portato, specie negli ultimi sviluppi della giurisprudenza costituzionale, a spostare sensibilmente gli equilibri interni al piano degli operatori di giustizia, con riflessi immediati nei riguardi delle leggi e, in genere, del sistema delle fonti.

Penso soprattutto alla “svolta” segnata dalla discussa (e discutibile) sent. n. 269 del 2017, con le ulteriori e non secondarie precisazioni apportatevi dalle pronunzie successive (specie di quelle venute alla luce nel 2019, a partire dalla 20): un indirizzo, questo, che – per un largo ed accreditato orientamento – s'inscrive nel quadro di una complessiva manovra volta al “riaccentramento” del sindacato⁴⁵, a fronte del precedente indirizzo patrocinato dalla stessa Corte

⁴⁵ Questa tendenza è al centro di un animato e ad oggi non finito confronto tra gli studiosi [tra gli altri, v. D. TEGA, *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, cit.; A.-O. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, in *Dir. pubbl.*, 3/2020, 659 ss.; AA.VV., *Il sistema “accentrato” di costituzionalità*, a cura di G. Campanelli - G. Famiglietti - R. Romboli, Editoriale Scientifica, Napoli 2020; AA.VV., *Un riaccentramento del giudizio costituzionale?*, cit.; AA.VV., *Granital revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, Bologna 7 febbraio 2020, a cura di C. Caruso - F. Medico - A. Morrone, Bononia University Press, Bologna 2020; E. MALFATTI, *La tendenza a un nuovo accentramento*, in AA.VV., *Rileggendo gli Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1987-2019). A Roberto Romboli dai suoi allievi*, cit., 243 ss.; G.

delle leggi e volto ad appuntare in capo ai giudici comuni la soluzione delle antinomie tra norme di legge e norme dell'Unione *self executing*, facendo luogo – in caso d'incompatibilità acclarata – alla immediata applicazione delle seconde invece delle prime.

Se n'è detto (e seguita a dirsi) in molte sedi e variamente, si da non rendersi qui necessario spendere alcuna parola a commento della “svolta” in parola⁴⁶. Mi limito solo a far notare che non è affatto la stessa cosa il mettere in atto ora l'una ed ora l'altra tecnica decisoria per la soluzione delle antinomie suddette, con scelta a conti fatta riservata al singolo operatore di giustizia che, magari in due vicende del tutto identiche, potrebbe diversamente determinarsi, accordando la precedenza alla pregiudizialità “comunitaria” (*rectius*, eurounitaria) ovvero a quella costituzionale (la preferita dalla Consulta).

La “non applicazione”, conseguente all'eventuale interpello prioritario della Corte di Lussemburgo che accerti l'incompatibilità delle norme in campo, lascia infatti in vigore la legge, a motivo del carattere circoscritto al caso degli effetti propri di ogni pronunzia dei giudici comuni, diversamente – come si sa – di quelli *erga omnes* che discendono dalle pronunzie di accoglimento della Consulta.

Stabilire, nondimeno, cos'è meglio dal punto di vista del legislatore è cosa assai ardua, comunque meno scontata di quanto pure possa a prima vista sembrare. L'una tecnica, infatti, è dotata di una intrinseca duttilità che le dà modo di adattarsi prontamente a successivi nuovi orientamenti interpretativi del giudice lussemburghese, una volta che sia chiamato nuovamente in campo. Anche in assenza degli orientamenti stessi, peraltro, eventuali mutamenti del parametro eurounitario (non improbabili laddove si tratti di norme di diritto derivato “connesse” – secondo la indicazione data da Corte cost. n. 20, cit. – a norme della Carta di Nizza-Strasburgo) possono far venire meno l'originaria causa

REPETTO, *Dell'utilità per la Corte di giustizia della priorità dell'incidente di costituzionalità. In margine alla sentenza del 2 febbraio 2021 sul diritto al silenzio nei procedimenti volti all'irrogazione di sanzioni amministrative punitive* (Corte di giustizia, Grande Sezione, C-481-19, DB c. Consob), in *Giustizia insieme* (www.giustiziasieme.it), 6 aprile 2021; L. PESOLE, *La Corte costituzionale oggi, tra apertura e interventismo giurisprudenziale*, cit., 224 ss.; S. BARBIERI, *Quel che rimane della sentenza n. 269 del 2017: il finale (non previsto?) di un tentativo di ri-accentramento*, in *Eurojus* (www.rivista.eurojus.it), 17 maggio 2021, e, se si vuole, il mio *Il giudice e la “doppia pregiudizialità”: istruzioni per l'uso*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 6/2021, 24 febbraio 2021, 211 ss.].

⁴⁶ Riferimenti a riguardo della copiosa letteratura formatasi sulla 269 e succ. possono aversi dal mio scritto per ultimo cit., cui *adde*, con diverso orientamento rispetto a quello nel quale mi riconosco, l'ampio studio di A.-O. COZZI, sopra richiamato e, quindi, G. CAMPANELLI - A. LO CALZO, *La Corte e i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, cit., 328 ss.; G. REPETTO, *Dell'utilità per la Corte di giustizia della priorità dell'incidente di costituzionalità*, cit.; F. DONATI, *La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 3/2021, 27 gennaio 2021, 1 ss.; S. BARBIERI, *Quel che rimane della sentenza n. 269 del 2017: il finale (non previsto?) di un tentativo di ri-accentramento*, cit.

dell'antinomia e dar modo perciò alla norma interna di riespandersi e farsi prontamente valere.

Di contro, a seguito degli annullamenti posti in essere dalla Consulta, la “reviviscenza” delle norme di legge ormai caducate non può – com'è noto – aversi ed occorre perciò attendere l'eventuale loro riproduzione a mezzo di un nuovo atto legislativo (cosa nient'affatto probabile, in considerazione dell'inerzia e, comunque, dei ritardi che caratterizzano l'operato del legislatore, senza peraltro escludere che quest'ultimo potrebbe determinarsi a varare una disciplina in maggiore o minore misura diversa dalla precedente).

È, ad ogni buon conto, innegabile che dalla chiamata in campo del giudice costituzionale possa aversi un servizio per la certezza del diritto quale non è in grado, per suo invalicabile limite, di offrire la tecnica della “non applicazione”. E, tuttavia, a siffatta obiezione, peraltro addotta dalla Consulta a sostegno dell'indirizzo di cui è portatrice, possono opporsi non pochi né lievi rilievi, e principalmente – a me pare – due.

Per un verso, va ancora una volta rilevato che l'unica *certezza del diritto in senso oggettivo* che ha pregio, dal punto di vista della Costituzione e dei soggetti che pongono ai giudici domande alle volte pressanti e accorate di giustizia, è quella che si dimostra essere effettivamente in grado di convertirsi e risolversi in *certezza dei diritti costituzionali*, per la elementare ragione che è per il tramite dell'appagamento di questi che può affermarsi ed apprezzarsi l'essenza della Costituzione nel suo farsi “diritto vivente”.

In secondo luogo, va tenuto presente che, a portare fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti il ragionamento fatto dal giudice costituzionale, se ne dovrebbe avere il generalizzato e risoluto ripudio del meccanismo dell'applicazione diretta⁴⁷ che, però, come sappiamo, è il cuore pulsante della costruzione europea *in progress*, in quanto strumento necessario, seppur da solo insufficiente, per l'affermazione della *primauté* del diritto sovranazionale.

Stranamente, non ci si avvede dei rischi ai quali si va incontro laddove dovesse, in eccessiva misura, risultare circoscritto lo spazio di operatività del meccanismo suddetto: rischi non meramente apparenti bensì reali, specie in presenza della tendenza, veicolata da Corte cost. n. 20, cit., ad estendere i casi di precedenza della pregiudizialità costituzionale anche oltre la sospettata incisione della Carta dell'Unione.

Ad ogni buon conto, non è di qui, ovviamente, riprendere la vessata questione circa il sistema ottimale di giustizia costituzionale, se quello accentrato o l'altro diffuso o, magari, uno (con vario mescolamento interno) misto. Ciò

⁴⁷ Così, lucidamente, R.G. CONTI, *Giudice comune e diritti protetti dalla Carta UE: questo matrimonio s'ha da fare o no? A proposito di Corte cost. n. 20 del 2019*, in AA.VV., *Il diritto internazionale ed europeo nei giudizi interni*, a cura di G. Palmisano, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, spec. 539 ss.

che ora solo importa è lo scenario che potrebbe delinearsi frapponendo ostacoli di non poco rilievo alla immediata sostituzione delle norme interne ad opera delle norme sovranazionali.

Giova, poi, tenere presenti i riflessi esercitati dall'orientamento patrocinato dalla Consulta in merito alle antinomie suddette considerato congiuntamente a quello manifestato in ordine al rilievo posseduto dalla CEDU in ambito interno. Non si dimentichi, infatti, che la Carta dei diritti dell'Unione richiede di essere intesa e fatta valere alla luce di ciò che dispone la Convenzione, con la sola nota eccezione che la prima si dimostri essere in grado di portare più in alto della seconda la tutela dei diritti in gioco; ed è chiaro che, dandosi la precedenza alla pregiudizialità eurounitaria, per un verso, si acquisisce la certezza che la Carta in parola sia interpretata nel modo giusto, mentre per un altro verso, per il tramite di questa, possono veicolarsi in ambito interno le stesse norme convenzionali, dando loro modo di essere subito applicate al posto di quelle nazionali con esse incompatibili. La qual cosa, poi, si tocca con mano ed apprezza con riguardo ai non pochi casi di sostanziale coincidenza delle une e delle altre norme europee.

V'è un punto, nondimeno, che mi resta oscuro, pur essendo più volte tornato a riflettere su di esso, e che risulta stranamente trascurato anche dalla più avvertita dottrina; ed è che non vedo come si possa accordare – sia pure solo preferibilmente – la precedenza alla pregiudizialità costituzionale, laddove non sia certo che si sia in presenza appunto di una... *doppia pregiudizialità*, vale a dire nel caso che il giudice comune non si senta sicuro circa il retto significato del disposto eurounitario. Un dubbio che, dunque, può essere sciolto solo con l'immediato interpellato del giudice lussemburghese.

Con specifico riguardo al rilievo posseduto dalla CEDU in ambito interno, seguito poi a trovare del tutto ingiustificato l'orientamento inaugurato da Corte cost. n. 49 del 2015, laddove si dice essere vincolanti per gli operatori nazionali (fra i quali – si faccia caso – è la stessa Consulta) unicamente le pronunzie della Corte di Strasburgo idonee a comporsi in indirizzi “consolidati”, nonché le decisioni-pilota (intrinsecamente dotate di portata seriale)⁴⁸. Non sta scritto, infatti, da nessuna parte che la singola pronunzia emessa a Strasburgo, una volta divenuta non più impugnabile, possa essere disattesa, perlomeno fintantoché non si “consolidi”, scoprendosene perciò il carattere vincolante solo... *ex post*⁴⁹.

⁴⁸ Rilievi all'indirizzo della Consulta sulla CEDU sono nel mio *La CEDU e il gioco degli specchi deformanti alla Consulta*, in *Ord. internaz. dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 2/2021, 15 maggio 2021.

⁴⁹ Sul punto, v. specificamente il pertinente rilievo che è in A. RANDAZZO, *In tema di vincolatività, per il giudice comune, delle sentenze della Corte EDU alla luce della svolta rappresentata dalla sentenza n. 43 del 2018*, in *Ord. internaz. dir. um.* (www.rivistaoidu.net), 1/2019, 15 marzo 2019, 86 ss., spec. 93.

Ora, sono di tutta evidenza i riflessi che da siffatte indicazioni venute dalla Consulta si hanno per le leggi, in specie laddove sospettate di porsi in contrasto ora con questa ed ora con quella Carta europea o, magari, con entrambe.

L'uso temperato, a corrente alternata, fattosi in ambito interno della Convenzione, per il modo con cui vi dà voce la Corte che ne è istituzionalmente garante, può portare a far indebitamente salve norme di legge lesive dei diritti riconosciuti dalla Convenzione stessa, esattamente così come i fraintendimenti e, in genere, gli usi impropri che dovessero farsi della Carta dell'Unione, per effetto della precedenza accordata alla pregiudizialità costituzionale, ancora una volta potrebbero ridondare in pregiudizi di non poco conto per i diritti dalla Carta stessa riconosciuti.

Insomma, *a ciascuno il suo*. Plurime essendo le Carte delle cui previsioni i diritti possono trarre profitto, è evidente – perlomeno, tale ai miei occhi appare – che sarà necessario dare di volta in volta la prima parola alle Corti istituite a loro presidio⁵⁰. A volte – non è inopportuno qui rammentare – può rivelarsi maggiormente pregiudizievole per i diritti persino la distorta applicazione di una Carta che ne dia il riconoscimento rispetto a quella del suo mancato utilizzo, non foss'altro perché un precedente giurisprudenziale sbagliato può spianare la via al ripetersi dell'errore (non solo da parte di chi lo ha già una prima volta commesso), fino a dar vita ad una vera e propria consuetudine interpretativa in tal senso. Tanto più, poi, questo rischio può rivelarsi produttivo di guasti di non poco momento laddove a deviare dalla giusta via dovesse essere per prima la Corte delle leggi⁵¹, le cui pronunzie sono dotate – come si sa – di una singolare capacità di suggestione culturale, pur laddove sprovviste di effetti giuridici *erga omnes*.

Né a questo rilievo giova opporre che, accordata la precedenza alla pregiudizialità costituzionale, potrà in ogni tempo essere la Consulta ad avvalersi dello strumento del rinvio pregiudiziale. Per quanto, invero, di recente il giudice delle leggi lo abbia – non si nega – ben utilizzato, resta il fatto che altra è la frequenza dell'interpello diffuso per l'intero territorio della Repubblica da

⁵⁰ A questo fine, non poco beneficio potrebbe poi attendersi dallo strumento di cooperazione apprestato dal prot. 16 allegato alla CEDU, qualora anche da noi dovesse aversene – come qui nuovamente si caldeggia – la ricezione, malgrado la battuta d'arresto registratasi nel settembre dello scorso anno in occasione dell'esame del relativo disegno di legge, andato a buon fine – come si sa – unicamente per la parte in cui fa riferimento al prot. 15. Seguito, invero, a faticare a capire le ragioni addotte da alcuni, accreditati studiosi avverso quest'esito, non rinvenendo nello strumento stesso alcun elemento idoneo a menomare le funzioni delle Corti nazionali, il cui esercizio può, all'inverso, risultarne agevolato, specie in relazione ad alcune tra le più spinose questioni coinvolgenti i diritti convenzionalmente riconosciuti.

⁵¹ La dottrina corrente, favorevole ad accordare la precedenza alla pregiudizialità costituzionale, non sembra per vero assegnare il giusto peso a questo rilievo che mi affanno ad avanzare con una certa insistenza (per tutti, v. A.-O. COZZI, *Sindacato accentrato di costituzionalità e contributo alla normatività della Carta europea dei diritti fondamentali a vent'anni dalla sua proclamazione*, cit., 684 ss.).

parte dei giudici comuni ed altra cosa quella che invece si ha da parte di un solo operatore di giustizia, per accreditato che sia⁵².

6. La crisi della legge quale specchio della crisi dei partiti e del sistema dagli stessi composto, con immediate conseguenze a carico dell'indirizzo politico, esso pure afflitto da una crisi problematicamente superabile, da cui trae origine ed alimento la "supplenza" dei giudici nei riguardi del legislatore in vista dell'appagamento di alcuni dei più diffusi ed avvertiti bisogni emergenti dal corpo sociale

Si è ora in grado di tirare le fila dell'analisi fin qui svolta.

Il terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali – come si è tentato di mostrare – si conferma essere davvero quello privilegiato per la verifica dello stato di salute della legge e – ciò che più ancora conta – della Costituzione e dell'intero ordinamento che da essa prende il nome. Dà modo, infatti, di tornare a riguardare, da una prospettiva particolarmente illuminante, all'articolazione del potere in seno all'apparato, agli squilibri che in quest'ultimo, nelle sue varie espressioni istituzionali, si registrano, agli effetti ad essi conseguenti al piano dei rapporti tra l'apparato stesso e la comunità governata. Insomma (e in breve), la legge si dimostra essere come una sorta di buco della serratura attraverso il quale è dato osservare un mondo dapprima rimasto nascosto.

La crisi della legge quale strumento di regolazione giuridica, peraltro, non si coglie ed apprezza in tutta la sua portata se ci si ferma al mero dato quantitativo dei prodotti sfornati dalla macchina allo scopo istituita: un punto di riferimento, questo, ingannevole e fuorviante, sol che si considerino i ritmi della produzione legislativa; di contro, la venuta alla luce di leggi precarie, connotate da strutturale instabilità, avvalorata, per la sua parte, la crisi stessa, della quale rende, per la sua parte, eloquente testimonianza⁵³. La crisi si coglie, piuttosto, avuto riguardo alla "qualità" dei prodotti legislativi (e – aggiungo – normativi in genere), considerata in prospettiva assiologicamente orientata, avuto cioè riguardo all'attitudine degli stessi a dar voce ai valori fondamentali

⁵² È poi inconfutabile che le domande rivolte alla Corte dell'Unione dal giudice costituzionale risultano dotate di una capacità "persuasiva" di cui istituzionalmente non dispongono quelle che partono dalle sedi in cui si amministra la giustizia comune, con ogni probabilità persino quelle indirizzate dal giudice della legittimità. L'esperienza fin qui maturata, nondimeno, ci consegna esempi di vario segno circa la capacità in parola, come testimoniano, tra gli altri, i casi *Melloni* e *Taricco*: nell'uno, la Corte dell'Unione si è irrigidita di fronte alla sollecitazione venutale dal tribunale costituzionale spagnolo, mentre nell'altro ha fatto luogo ad una significativa correzione di rotta a fronte della ferma reazione del nostro tribunale costituzionale che ha poi chiuso la partita – come si è fatto altrove notare [nel mio *Taricco, amaro finale di partita*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 3/2018, 3 settembre 2018, 488 ss.] – lasciando l'amaro in bocca.

⁵³ Su ciò, v., almeno, E. LONGO, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Giappichelli, Torino 2017, e gli altri scritti richiamati in nt. 14.

dell'ordinamento, traducendosi in un servizio – l'ottimale alle condizioni oggettive di contesto – a beneficio dei cittadini e dei componenti tutti il corpo sociale⁵⁴.

Si dà per vero – e sarebbe ingiusto negarne il riconoscimento – un'attenuante a parziale discolta degli interventi attuosi ed omissivi del legislatore che rechino un *vulnus* alla Carta, costituita da quello scarto tra l'azione dei pubblici poteri, pur laddove animata e sorretta da buona volontà ed onestà, e la massa imponente dei bisogni che premono per essere appagati, di cui si diceva sin dall'inizio di questa riflessione. Eppure, è fuori discussione che nella crisi della legge si rispecchi fedelmente una crisi dei partiti politici e del sistema dagli stessi composto, della quale – come si sa – si ragiona da tempo, senza nondimeno riuscire a trovare la ricetta giusta a dare almeno in parte rimedio ai guasti che l'hanno determinata e che, anzi, l'aggravano vistosamente sempre di più⁵⁵.

Il venir meno delle ideologie quale fattore identificante i partiti e qualificante il loro modo di essere e di operare ha giocato, al riguardo, un ruolo determinante. In seno ai partiti si manifestano infatti carenze dove più dove meno evidenti nella organizzazione e torsioni nelle dinamiche interne, con immediate conseguenze sul versante delle loro proiezioni esterne, sensibilmente discoste da quel riferimento al “metodo democratico” di cui è parola nell'art. 49 della Carta⁵⁶.

I riflessi di questo stato di cose sono di tutta evidenza, già a partire dalla formazione e dall'addestramento interno ai partiti, in seno ai quali un tempo in modo pressoché esclusivo maturava la classe dirigente, sì da risultare pronta ad assumere posti anche di grande responsabilità istituzionale, ormai da tempo (e particolarmente oggi, in piena emergenza) occupati in considerevole misura da personale esterno⁵⁷.

Spia esteriore eloquente e – ahimè – non poco inquietante di tutto ciò è data da quel tasso assai basso di *rappresentatività dei rappresentanti* al quale si è già fatto cenno e che peraltro – non può tacersi – è il frutto di carenze profonde

⁵⁴ In quest'accezione della “qualità” degli atti di normazione in genere mi riconosco sin dal mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, cit., 240 ss.

⁵⁵ Indicazioni e riferimenti con riguardo all'annosa questione possono, se si vuole, avere dal mio *Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica*, cit., 124 ss.; *adde*, ora, D. PICCIONE, *Effettività costituzionale e coscienza collettiva*, Quad. de *Lo Stato*, Mucchi, Modena 2021, spec. 154 ss.

⁵⁶ Sui complessi problemi posti dalla discussa formula costituzionale e dalle sue sconcertanti espressioni nell'esperienza, se si vuole, può vedersi la mia *op. ult. cit.*, spec. 135 ss.; *adde*, ora, i contributi ospitati da *DPCE Online* (www.dpceonline.it), 1/2021, 20 aprile 2021, sez. monografica su *Il “metodo democratico” nei partiti*, e G. DI PLINIO, *Democrazia dentro il partito: perché guardare il dito, invece della luna?*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), 12/2021, 3 maggio 2021, 1 ss.

⁵⁷ ... che, poi, talvolta si incardina nei partiti fino a situarsi al loro vertice (emblematica, al riguardo, la vicenda personale di G. Conte, ad oggi peraltro aperta ad imprevedibili sviluppi a seguito del conflitto insorto con il “garante” del MoVimento 5 stelle, B. Grillo).

esibite dalla struttura sociale, essa per prima bisognosa – come si è fatto, ancora di recente, notare⁵⁸ – di urgenti e radicali interventi correttivi, informati all’etica pubblica repubblicana cui dà voce la Carta⁵⁹.

È qui, dunque, la radice da cui si alimenta l’incapacità dei partiti (e, di riflesso, delle sedi di apparato in cui essi s’incarnano ed operano, a partire ovviamente dalle assemblee elettive) di progettazione dello sviluppo complessivo della società e di elaborazione di proposte concrete per problemi parimenti concreti gravanti su strati sempre più larghi del corpo sociale⁶⁰. Un dato, questo, che si tocca con mano, avvalorato da innumeri e convergenti testimonianze, le più accreditate delle quali vengono proprio dai prodotti legislativi e normativi in genere, non di rado messi a punto con molta approssimazione e – se posso esser franco – a volte addirittura con non celato diletterantismo, in un clima confuso ed inquinato da aspri conflitti e gravi lacerazioni interne ai partiti, da cui sovente originano frequenti scissioni interne, con la conseguente nascita di nuove formazioni politiche delle quali si fatica a comprendere (già dal nome che si danno...) quale sia la ragion d’essere e il complessivo orientamento.

Si spiega, dunque, in questa luce la crisi che attanaglia l’indirizzo politico, che tuttavia non ha fatto scemare l’attenzione degli studiosi, ancora di recente ad essa dedicata anche con contributi di respiro monografico⁶¹: una figura,

⁵⁸ Maggiori ragguagli sul punto, di cruciale rilievo, possono, volendo, aversi dal mio *La democrazia: una risorsa preziosa e imperdibile ma anche un problema di ardua ed impegnativa soluzione*, in *Dir. fond.* (www.dirittifondamentali.it), 1/2021, 6 marzo 2021, 325 ss.

⁵⁹ D’altronde, come si è fatto acutamente notare da un’avvertita dottrina, ad essere in crisi è il rappresentato, ancora prima (e di più) del rappresentante (M. LUCIANI, *Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato*, in AA.VV., *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, a cura di N. Zanon - F. Biondi, Giuffrè, Milano 2001, 109 ss., e, dello stesso, *La massima concentrazione del minimo potere. Governo e attività di governo nelle democrazie contemporanee*, in *Teoria pol.*, 2015, 113 ss., spec. 128).

⁶⁰ Basti solo pensare al tasso di povertà diffusa, innalzatosi in modo esponenziale col tempo, e, di conseguenza, al divario sempre più vistoso e francamente insopportabile che si riscontra tra quanti vivono in condizioni di particolare disagio e coloro che invece nuotano nell’oro. L’iniqua distribuzione della ricchezza, unitamente alla corruzione diffusa e in una parte cospicua sommersa e impunita, costituiscono, a mio modo di vedere, i due grandi mali profondamente radicati nel corpo sociale. Purtroppo, è da temere che, anche a causa delle emergenze, il quadro possa ulteriormente deteriorarsi, con effetti imprevedibili ed incontenibili.

⁶¹ V., part., A. DE CRESCENZO, *Indirizzo politico. Una categoria tra complessità e trasformazione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, e A. LOLLO, *Atto politico e Costituzione*, Jovene, Napoli 2020, nonché, con specifico riguardo alla dimensione regionale, P. MAZZINA, *L’autonomia politica regionale. Modelli costituzionali e sistema politico*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020, e T. CERRUTI, *Regioni e indirizzo politico: un itinerario tormentato. Le scelte in materia di istruzione e assistenza sociale*, ESI, Napoli 2020. Tra gli ulteriori contributi, v., almeno, quelli di A. MORRONE, *Indirizzo politico e attività di governo. Tracce per un percorso di ricostruzione teorica*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 7 ss., e G. REPETTO, *Appunti per uno studio sui rapporti tra garanzie costituzionali e indirizzo politico nell’esperienza repubblicana*, in *Dir. pubbl.*, 3/2018, 725 ss.

forse, per vero “mitizzata” – come ha rilevato una sensibile dottrina⁶² – che però un tempo si era conquistata sul campo un suo “posto” ed una giustificazione teorica⁶³, riuscendosi peraltro ad affermarsi in modi complessivamente non disprezzabili. Ed è bensì vero che in seguito sono sopravvenute quelle emergenze, cui si è dietro accennato, e che sono altresì enormemente aumentati i bisogni e le relative pretese di appagamento diffusamente avvertite in seno al corpo sociale. Chi ha memoria di come era uscito il Paese dalla guerra, delle macerie (non solo materiali) che si trovavano sparse dappertutto, non può non provare gratitudine ed ammirazione per lo sforzo poderoso prodotto per risollevarlo a mezzo di interventi ben definiti nei tempi e nei modi della realizzazione, sì da consentire ai nostri padri e a noi stessi di godere di condizioni di vita impensabili al momento dell’avvio della ricostruzione.

Malgrado l’instabilità dei Governi e la loro breve durata media l’indirizzo politico riusciva, insomma, a ritagliarsi un suo spazio ed a svolgersi lungo percorsi lineari, portando ad esiti che hanno accreditato, anche presso gli Stati vincitori del conflitto, una immagine del Paese che si era riconquistato sul campo la fiducia degli investitori ed una considerazione complessiva⁶⁴, grazie alla quale la Repubblica ha potuto proporsi quale uno degli Stati fondatori delle Comunità europee ed accreditarsi in seno alla Comunità internazionale.

Oggi di contro, pur laddove alcuni Governi abbiano talora dimostrato una capacità di durata maggiore di quella media di un tempo, sembra essersi smarrita l’idea di “indirizzo”, nella sua propria e qualificante accezione.

⁶² Il riferimento è ad un noto studio monografico di P. CIARLO, *Mitologie dell’indirizzo politico e identità partitica*, Liguori, Napoli 1988.

⁶³ In aggiunta ai noti contributi di C. Mortati, V. Crisafulli, C. Lavagna e altri, non per mero accidente affermatasi durante il ventennio [sui quali, v. l’accurato studio di C. TRIPODINA, *L’“indirizzo politico” nella dottrina costituzionale al tempo del fascismo*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 1/2018, 11 marzo 2018, 1 ss., con le ulteriori precisazioni che sono ora in A. MANZELLA, *Il Presidente del Governo*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it), 3/2021, 23 giugno 2021, 24 ss.], ed al saggio monografico di P. Ciarlo, sopra cit., richiamo qui solo (e per tutti) i noti studi di P. BARILE, *La Corte costituzionale, organo sovrano: implicazioni pratiche*, in *Giur. cost.*, 1957, nonché in *Scritti di diritto costituzionale*, Cedam, Padova 1957, 232 ss.; E. CHELI, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Giuffrè, Milano 1961; A. MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra governo e parlamento*, Giuffrè, Milano 1973; M. DOGLIANI, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Jovene, Napoli 1985. Fondamentale per la sistemazione della nozione rimane, nondimeno, la riflessione teorica di T. MARTINES, maturata nell’arco di quasi un quarantennio di studi ad essa dedicati, a partire dal suo *Contributo ad una teoria delle forze politiche* (1957), riprodotto in *Opere*, I, Giuffrè, Milano 2000, 3 ss., che ha avuto una limpida rappresentazione nella ormai “classica” voce *Indirizzo politico* scritta per l’*Enc. dir.*, XXI (1971), 134 ss. Sul contributo del Maestro si è poi svolto un incontro di studio i cui Atti, dal titolo *Indirizzo politico e costituzione, a quarant’anni dal contributo di Temistocle Martines*, sono stati curati da M. Ainis, A. Ruggeri, G. Silvestri e L. Ventura, per i tipi della Giuffrè, Milano 1998.

⁶⁴ Basti solo pensare a quell’autentico “miracolo” italiano – com’è stato efficacemente qualificato – avutosi già pochi anni dopo la fine del conflitto bellico, che ha portato la lira a ricevere l’oscar tra le monete al tempo circolanti, assegnatole nel 1959 dal *Financial Times*.

Quest'ultimo, infatti, avanza – come dire? – a *zig zag*, con molta improvvisazione e approssimazione e, tra l'altro, contestando di frequente... *se stesso*, rifacendo cioè di continuo i propri prodotti, persino ad opera della medesima maggioranza e compagine di governo che vi ha dato dapprima vita.

È, dunque, in questo quadro complessivo, ora in modo molto sommario tracciato, che s'inscrive quella "supplenza" dei giudici nei riguardi del legislatore della quale qui pure si sono messi in evidenza alcuni dei tratti maggiormente marcati ed espressivi⁶⁵. È bene, però, dire chiaro e tondo che l'attività "sussidiaria" in parola non fa, ad ogni buon conto, l'indirizzo: è, *infatti, un'attività politicamente connotata ma non appunto d'indirizzo*, per la elementare ragione che presenta quel carattere frammentario che è proprio della funzione giudicante, in ciascuna delle sue espressioni, e che di necessità discende dalla natura casistica delle singole vicende processuali e dei relativi giudizi. Gli operatori di giustizia – giova rammentare – non possono, per loro invalicabile limite, dar vita di propria iniziativa ad una serie organicamente strutturata e funzionalmente connessa di atti idonei a comporsi in "indirizzo", dovendosi limitare a rispondere di volta in volta alle domande che sono loro rivolte da quanti richiedono tutela per i loro diritti e gli interessi giuridicamente protetti. Gli indirizzi giurisprudenziali, poi, si compongono unicamente in relazione agli stessi o ad analoghi casi che tornino a presentarsi in più occasioni, ma – com'è chiaro – è cosa ben diversa da un programma di azione politica che abbracci plurimi ambiti materiali di esperienza, risulti astrattamente messo a punto come si deve a tavolino, si presenti accompagnato e sorretto dai mezzi idonei a concretarlo e sia quindi realizzato a più riprese in modo lineare e coerente⁶⁶.

Ora, carenze e contraddizioni d'indirizzo producono conseguenze fortemente nocive simultaneamente su più piani.

Per un verso, sono causa ed effetto a un tempo di quelle alterazioni dei ruoli istituzionali e complessivi squilibri del sistema, di cui si è venuti dicendo, con grave pregiudizio – come si è veduto – per il principio della separazione dei poteri.

Per un altro verso, ne risentono gravemente i diritti costituzionali nei cui riguardi il principio stesso si pone in funzione servente, dal momento che gli interventi dei giudici possono – al più concedere – porre rimedio ad alcune carenze, magari facendo luogo a discipline provvisorie con le quali risultino in

⁶⁵ V., al riguardo, le precisazioni teoriche non molto tempo addietro avanzate al termine usuale della "supplenza" nell'ampio e documentato studio di G. REPETTO, *Appunti per uno studio sui rapporti tra garanzie costituzionali e indirizzo politico nell'esperienza repubblicana*, cit., 725 ss. Sulla creatività dei giudici, v., inoltre, G.P. DOLSO, *Giudici e Costituzione nella prospettiva della creatività della giurisprudenza*, in *Dir. pubbl.*, 2/2018, 313 ss.

⁶⁶ Riprendo qui la tripartizione in fasi dell'indirizzo elaborata da T. MARTINES, nella sua voce sopra cit.

parte colmate le lacune della normazione, ma non possono di certo sostituirsi a discipline organiche ed articolate, quali solo la mano del legislatore è in grado di apprestare.

Per un altro verso ancora (ed è ciò che ha maggior rilievo), ne soffrono la Costituzione e lo Stato costituzionale, minati in entrambe le basi portanti – i diritti e la distribuzione del potere – che, per la mirabile definizione datane dal già richiamato art. 16 della Dichiarazione del 1789, compongono la essenza dell'una e danno modo all'altro di portarsi avanti nel suo mai finito e non di rado non poco sofferto cammino.

7. Una succinta notazione finale, a riguardo del ruolo svilito della legge, di cui si ha già oggi riscontro e più ancora potrebbe aversi per l'avvenire, specie per effetto dell'affollamento degli strumenti di normazione nell'arena degli atti espressivi di potere, dell'avocazione all'alto (a beneficio dell'Unione europea e della Comunità internazionale) di quote viepiù consistenti di sovranità, della emersione di plurime ed ingravescenti emergenze

Se le cose stanno come qui sono viste e succintamente rappresentate, quale risposta, in chiusura, dare alla domanda che dà il titolo alla riflessione svolta?

Confesso di sentirmi non poco incerto al riguardo, specie ove si punti a condensare la risposta stessa in una formula breve e perentoria. Ciò che solo mi sento qui di dire è che il tasso di politicità, *ab antiquo* considerata quale la qualità tipica e genuinamente espressiva dell'atto-fonte per antonomasia di fattura parlamentare, è venuto via via scemando in considerevole misura, pur non essendosi spento del tutto. Lo è per il convergere di plurimi e reciprocamente differenziati fattori, tra i quali principalmente tre: *a*) l'affollamento degli strumenti di normazione che si riscontra nell'arena degli atti espressivi di potere, pubblico e privato, con i quali – piaccia o no – la legge deve pur sempre fare i conti; *b*) l'avocazione all'alto, in sedi istituzionali situate fuori delle mura statali, di materie e funzioni un tempo trattenute entro le mura stesse ed attratte alla sfera di dominio dello Stato. Ne consegue che la definizione dei fini anche dell'azione dei pubblici poteri di diritto interno si ha al di fuori dei confini della cittadella statale, venendo quindi imposta l'agenda dell'attività politica, in misura ora più ed ora meno pressante, agli organi d'indirizzo, chiamati non di rado a svolgere un ruolo ancillare, di mera esecuzione o, tutt'al più, attuazione di disegni politici altrove elaborati. Infine, *c*) è da tenere conto delle plurime ed ingravescenti emergenze, alcune delle quali – ahimè – ormai endemiche, profondamente radicate nel corpo sociale e nell'ordinamento, per far fronte alle quali si utilizzano strumenti alternativi rispetto alla legge ed agli stessi decreti-legge, pure – come si sa – dalla Carta considerati specificamente idonei allo scopo, tuttavia perseguito anche in forme appunto diverse, secondo

quanto testimoniato dalla pandemia sanitaria che ad oggi ci affligge.

Questi dati sono strutturali e, dunque, non reversibili, siccome connaturati all'esperienza costituzionale contemporanea ed alle sue più salienti ed espresive tendenze. Reversibile non è di certo il primo che rimanda al valore del pluralismo istituzionale, in ciascuna delle sue numerose e varie articolazioni interne ed in tutte assieme. Non lo è, poi, neppure il secondo che, anzi, promette di portarsi ancora oltre, dal momento che nell'era della c.d. "globalizzazione" – come pure, con termine ambiguo, è usualmente etichettata – il processo d'integrazione sovranazionale parrebbe essere inarrestabile, così come, per altro verso, si vanno sempre di più infittendo le relazioni e i mutui condizionamenti tra gli Stati in seno alla Comunità internazionale. Infine, non lo è il terzo, dal momento che, una volta superata – si spera, presto – la pandemia sanitaria in atto, restano pur sempre le altre emergenze, quale quella climatica, cui si è dietro accennato ed è inoltre pressoché certo che se ne avranno altre ancora, bisognose di essere fronteggiate a mezzo di strumenti di normazione ancora più agili ed efficaci della legge.

Insomma, solo immaginando un'autentica, ma improbabile e non auspicabile, eversione costituzionale, che punti alla insana restaurazione del modello ormai desueto dello Stato autarchico, nazionale e nazionalista, potrebbe prefigurarsi una seppur parziale inversione del *trend* ormai invalso. Al di là dei desideri di chi si riconosce in questo modello, ormai però ripudiato dalla storia, non si danno – a me pare –, ad ogni buon conto, le condizioni oggettive di contesto che possano consentirne il recupero, sia pure in forme originali rispetto al passato.

Così stando le cose, al tirar delle somme, non credo che la legge uscirà di scena; temo, però, che non avrà il posto che le spetta bensì si vedrà viepiù svilita nella sua condizione complessiva e che, perciò, non si riuscirà a ricomporre un quadro internamente articolato ed equilibrato di relazioni interordinamentali ed istituzionali.

Secondo modello (perlomeno, quale ai miei occhi appare), decisori politici ed organi di garanzia (in ispecie, giurisdizionali) sono, infatti, chiamati a giocare tutti, in spirito di autentica e costruttiva collaborazione, un ruolo di primo piano nel sistema. Se ne hanno, peraltro, ripetute conferme proprio dalla giurisprudenza. Laddove la legge si è infatti spinta in innaturali dettagli, occupando il campo naturalmente riservato ai giudici, è stato giocoforza temperare alcune asprezze esibite dalla prima a mezzo di operazioni vistosamente manipolative del dettato legislativo, veicolate – come si è veduto – da inusuali e temerarie tecniche decisorie.

La legge dovrebbe, di contro, dotarsi – si è fatto in altri luoghi notare⁶⁷ – di un pugno di indicazioni agili ed essenziali, in buona sostanza *per principia*, rimandando quindi per le loro opportune specificazioni-attuazioni a regole di volta in volta prodotte dai giudici, in relazione alle peculiari esigenze dei casi.

Se, però, le prime non si hanno o non sono fatte a modo, è fatale lo squilibrio ed il cattivo funzionamento di questo delicato meccanismo, in seno al quale ogni ingranaggio ha un suo posto ed un suo ruolo, infungibile dai restanti.

Il punto è che, al fine di predisporre le condizioni ottimali a contorno, idonee ad offrire un puntello alla legge e a darle modo di recuperare, sia pure solo in parte, una sua funzione in seno al sistema degli atti espressivi di potere, sì da potersi spendere al servizio dei più diffusi ed avvertiti bisogni in seno al corpo sociale, occorrerebbe far luogo ad incisivi interventi correttivi sul versante istituzionale, specificamente volti – come si diceva – ad inventare procedure semplificate e celeri di produzione giuridica, da far valere in primo luogo in seno alle assemblee elettive e, quindi, anche presso altre sedi istituzionali⁶⁸. Quanto meno, in tal modo si smonterebbe l'alibi del quale usualmente si avvale il Governo a “copertura” dei decreti-legge, ben oltre i casi in cui pure secondo la Carta se ne giustificerebbe l'adozione. Il versante istituzionale, ad ogni buon

⁶⁷ Una consistente schiera di studiosi, peraltro, si riconosce nel figurino teorico ora illustrato: tra gli altri, v. A. D'ALOIA, *Giudice e legge nelle dinamiche del biodiritto*, in *Biolaw Journal* (www.biodiritto.org), 1/2016, 105 ss.; P. VERONESI, *Rights on the move: come cambiano i diritti costituzionali (e le loro interpretazioni)*, in www.biodiritto.org, 2/2018, 77 ss.; nella stessa *Rivista*, M. PICCINNI, *Biodiritto tra regole e principi. Uno sguardo «critico» sulla l. n. 219/2017 in dialogo con Stefano Rodotà*, 1/2018, spec. 12 ss.; R.G. CONTI, *La legge 22 dicembre 2017, n. 219 in una prospettiva civilistica: che cosa resta dell'art. 5 del codice civile?*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), 1/2018, 4 aprile 2018, spec. 235 ss. e, dello stesso, *Bioetica e biodiritto. Nuove frontiere*, in www.giustiziainsieme.it, 28 gennaio 2019, e *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la l. 219/2017*, Aracne, Roma 2019; A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, spec. 170 s.; G. LANEVE, *Legislatore e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in *Riv. AIC* (www.rivistaaic.it) 4/2018, 30 dicembre 2018, 407 ss., spec. 431; L. CHIEFFI, *Il diritto all'autodeterminazione terapeutica. Origine ed evoluzione di un valore costituzionale*, Giappichelli, Torino 2019, 90 ss. Da ultimo, v. le precisazioni al riguardo svolte da M.P. IADICICCO, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, in corso di stampa per i tipi della Giappichelli di Torino, spec. 74 ss. e 330 ss., ma *passim*. Infine, se si vuole, anche i miei *Rapporti interordinamentali e rapporti interistituzionali in circolo (scenari, disfunzioni, rimedi)*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* (www.fsjeurostudies.eu), 2/2019, 15 luglio 2019, 35 ss., spec. 49 ss., e *Procreazione medicalmente assistita e Costituzione: lineamenti metodico-teorici di un modello ispirato ai valori di dignità e vita*, in AA.VV., *La procreazione medicalmente assistita. Bilancio di un'esperienza, problemi e prospettive*, a cura di S. Agosta - G. D'Amico - L. D'Andrea, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, 257 ss., nonché in *Federalismi* (www.federalismi.it), 10/2016, 11 maggio 2016, spec. al § 2.4.

⁶⁸ Ancora prima, sarebbe opportuno fare oggetto di radicale ripensamento – come molti ed accreditati studiosi vanno reclamando da tempo –, specie dopo il taglio corposo dei parlamentari, il bicameralismo perfetto e perfettamente inutile (e, anzi, dannoso) da noi adottato, passando finalmente ad un sistema monocamerale (in tal senso, v., di recente, alcuni contributi apparsi su *l'Avanti*, l'1 giugno 2021, tra i quali quelli di E. Cheli, B. Caravita, A. Manzella, F. Clementi, S. Cassese).

conto, come pure si è fatto dietro notare e si tiene ora nuovamente a ribadire, va sì battuto ma solo dopo che si sarà fatto luogo ad un'organica e profonda riforma della struttura sociale⁶⁹ e ad un critico ripensamento delle dinamiche che in essa si impiantano e svolgono, senza di che le innovazioni istituzionali resterebbero prive di senso alcuno ed anzi suonerebbero quasi beffarde ed artificiose.

A cosa vale, infatti, predisporre procedimenti agili e duttili di confezione delle leggi quando poi il personale politico che se ne dovrebbe avvalere non è culturalmente attrezzato a riempire gli atti dei contenuti necessari all'appagamento dei più avvertiti bisogni? E ancora: che ne sarà dei fini-valori costituzionali, messi a punto nel corso della esaltante stagione costituente ed enunciati con mirabile sintesi e chiarezza nella Carta, se chi è chiamato a predisporre le misure legislative adeguate alla loro realizzazione si dimostrerà – come si è dimostrato finora – incapace di darvi voce e convertirli in autentico diritto costituzionale vivente?

⁶⁹ ... a partire dal mondo della scuola e della cultura in genere, di cruciale rilievo in vista del conseguimento dello scopo qui in estrema sintesi rappresentato, se è vero – com'è vero – che lo scadimento complessivo del livello culturale di non pochi rappresentanti, anche chiamati a compiti politici di primo piano, rispecchia il generale degrado registratosi in seno al corpo sociale.