

Ricerche giuridiche
Collana diretta da A. Celotto, F. Liguori, L. Zoppoli

Emma A. Imparato

LA CERTEZZA DEL DIRITTO

**Dogmatica e attuazione nei sistemi
costituzionali liberali**

Editoriale Scientifica

Ricerche giuridiche

nuovissima serie

Ricerche giuridiche
Collana diretta da

A. CELOTTO, F. LIGUORI, L. ZOPPOLI

Comitato Scientifico

D. Amoroso, I. Caracciolo, M. Delfino, L. Fernandez Del Moral Dominguez
M. Di Francesco Torregrossa, M. D'Onghia
F. Galgano, L. Gatt, A. Guardiano, M. Iovane, V. Luciani
R. Mastroianni, G. Montedoro, M. Orlandi, A. Papa
A. Patroni Griffi, S. Prisco, R. Spagnuolo Vigorita, A. Zito

Emma A. Imparato

LA CERTEZZA DEL DIRITTO

Dogmatica e attuazione nei sistemi
costituzionali liberali

EDITORIALE SCIENTIFICA

La pubblicazione del volume è stata finanziata dal Ministero dell'Università e della Ricerca nell'ambito del PRIN 2020 "Decision-Making in the Age of Emergencies. New Paradigms in Recognition and Protection of Rights [DeMa]" – CUP C61B22002230001.

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2025 Editoriale Scientifica s.r.l.
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com
ISBN 979-12-235-0325-6

Alla stella polare

I am as constant as a northern star

And I said, "Constantly in the darkness".

(J. Michell)

Che gente era mai quella? Di cosa parlavano? Da quale autorità dipendevano? K. viveva pure in uno Stato di diritto, la pace regnava dappertutto, tutte le leggi erano in vigore, chi osava aggredirlo in casa sua?

(F. Kafka, *Il processo*, p. 6)

INDICE

INTRODUZIONE

Problematica e metodo

1. Il dilemma della certezza tra stabilità delle norme e interpretazione.	
Profili introduttivi	13
1.1. La certezza del diritto nella giurisprudenza	19
2. Una prima semplificazione	23
3. Delimitazione del tema	26
4. Il piano di indagine	30
5. Gli ordinamenti oggetti di studio	31

CAPITOLO I

Profili teorici. La Dogmatica in una prospettiva comparata

1. La certezza del diritto. Sul suo concetto tra dimensione soggettiva e dimensione oggettiva nella visione dottrinale comparata	37
2. Il processo di modernizzazione tra il XVIII e il XIX secolo e l'affermazione della certezza giuridica	44
2.1. La certezza del diritto e la statualità nel periodo della Seconda guerra mondiale	49
2.2. L'antitesi certezza del diritto e giustizia	51
3. Il principio di legalità come certezza del diritto nello Stato fascista	57
4. La certezza del diritto nel secondo dopoguerra e negli anni della ricostruzione	63
5. La svalutazione della certezza tra flessibilità del diritto ed esaltazione dell'effettività. La dottrina tedesca	70
5.1 La dottrina italiana, francese e spagnola	75
6. La certezza del diritto negli anni più recenti	81

CAPITOLO II

La certezza del diritto alla prova delle Costituzioni. La visione delle Corti costituzionali nel dialogo con le altre Corti

1. La certezza come stabilità dell'ordinamento e il principio del rinnovamento del diritto	89
2. L'affermazione della certezza del diritto come principio nelle carte	

costituzionali. Lo Stato di diritto e la certezza in Spagna, Portogallo e Germania	92
2.1. La certezza come valore costituzionale. Il caso francese e italiano	101
2.2. Un primo quadro comparativo sulla certezza del diritto	107
3. La definizione dei rapporti tra Costituzione e altre fonti. Il diritto internazionale e il grado gerarchico nella costituzione spagnola, portoghese e francese	109
3.1. Il rapporto con il diritto internazionale nelle carte costituzionali tedesca e italiana	115
3.2. L'internazionalizzazione dei diritti fondamentali e l'interpretazione conforme	122
3.3. La Convezione europea dei diritti dell'uomo	126
4. Il diritto europeo e il primato sul diritto interno degli Stati membri	137
4.1. Il rapporto tra il diritto eurounitario e il diritto costituzionale. La costituzione francese e il <i>Grundgesetz</i> tedesco	144
4.2. Le fonti europee e le carte costituzionali spagnola e lusitana	160
4.3. Lo specifico caso italiano	179
5. Un primo tentativo classificatorio	191

CAPITOLO III

La certezza del diritto e la stabilità (relativa) secondo l'abilitazione normativa e il modo di modificazione delle norme interne

1. La certezza "oggettiva" del diritto, gli strumenti di stabilità e la tutela dei diritti fondamentali	197
1.1. Il principio di legalità. Le nuove trasformazioni in atto e il rapporto con le fonti sovranazionali	199
1.2. La "recessione" dei legislatori e la preminenza delle Corti	205
2. Il livello di maggiore stabilità costituzionale nel rapporto con la fonte "legge". L'ordinamento portoghese, spagnolo e tedesco	211
2.1. Le Costituzioni con minor grado di stabilità. L'ipotesi francese e italiana	216
3. La riserva di legge come certezza del diritto a tutela dei diritti fondamentali ai vari gradi di stabilità	224
3.1. La riserva di legge nell'ordinamento portoghese e la determinazione delle materie	227
3.2. Il caso francese e la competenza ripartita tra parlamento e governo	233
3.3. La riserva di legge nelle costituzioni spagnola, italiana e tedesca	238
3.3.1. La <i>Wesentlichkeitstheorie</i>	252
4. La stabilità della "essenza" dei diritti fondamentali. Il caso della Germania, Portogallo e Spagna	258
5. I principi e i diritti fondamentali ai gradi di maggiore stabilità. Le	

garanzie di eternità e i limiti assoluti impliciti tra potere costituente e gerarchizzazione dei valori costituzionali	265
5.1. Le clausole di “eternità” nelle Costituzioni portoghese e tedesca	273
5.2. La “stabilità” limitata alla forma di governo repubblicana nelle ipotesi francese e italiana. I limiti impliciti	281
5.3. La costituzione spagnola e l’assenza di clausole formali di intangibilità	287
6. Alcune considerazioni finali	293
 BIBLIOGRAFIA	 301

INTRODUZIONE

PROBLEMATICA E METODO

SOMMARIO: 1. Il dilemma della certezza tra stabilità delle norme e interpretazione. Profili introduttivi. – 1.1. La certezza del diritto nella giurisprudenza. – 2. Una prima semplificazione. – 3. Delimitazione del tema. – 4 Il piano di indagine. – 5. Gli ordinamenti oggetti di studio

1. Il dilemma della certezza tra stabilità delle norme e interpretazione. Profili introduttivi.

Il diritto comparato, come scienza giuridica che consente la conoscenza dei "modelli" o, quantomeno, l'elaborazione di "paradigmi" di tipo giuridico, non sembra essere molto proficuo sotto il profilo dell'individuazione di una definizione comune della certezza del diritto, soprattutto dal punto di vista normativo-costituzionale.

Concetto piuttosto sfuggente tanto nella prospettiva filosofica quanto nella teoria generale, questo molto raramente trova un riferimento nelle disposizioni costituzionali dei diversi ordinamenti e in ogni caso, quand'anche richiamato, mai rinviene nelle costituzioni una chiara definizione. D'altro canto, neanche la dottrina e la giurisprudenza, a cui è dovuto inizialmente il concetto, offrono una visione univoca del termine. Qui, malgrado sia invocato spesso come connaturale allo stato di diritto, il sintagma "certezza del diritto" si rivela piuttosto controverso in particolare quanto al significato ascrivibile, andandosi poi a diluire tra dimensione ontologica e assiologica.

In dottrina, sia essa italiana o anche straniera, vi si adduce spesso accezioni e contenuti diversi, rendendo fortemente incerti, con il suo significato, dimensioni e implicazioni. Ne è così scaturito un intenso dibattito che è andato a riguardare anche la questione se la certezza del diritto debba essere considerata come un fine proprio del diritto o come un valore giuridico dipendente, privo di autonomia. Questo principio sembra fare riferimento, da un punto di vista ontologico, alla

fissità»¹, o meglio, come si spiegherà, alla “stabilità” nel tempo della norma, fattore questo di sovente messo in discussione dagli studiosi. Da un punto di vista pragmatico, questo elemento sembrerebbe infatti, a dire di gran parte della dottrina, venir meno fin da subito allorché la norma adottata, a fronte del carattere pluralistico della odierna società², è poi eseguita nei processi di applicazione del diritto. Qui sembrano scontrarsi due esigenze contrapposte.

Una è quella che vuole garantita una certa stabilità alla norma affinché un soggetto sia messo in condizione di osservare in maniera puntuale la disposizione normativa che lo riguarda. Questa certezza, di tipo soggettivo, si traduce tuttavia, sotto il profilo formale, in necessità di certezza oggettiva, ovvero nell’attuazione di una procedura specificamente prestabilita dal sistema costituzionale ai fini della produzione e modifica, in un lasso temporale non relativamente breve, delle disposizioni normative, accordando così un certo “grado” di stabilità alla norma stessa e, con questa, all’ordinamento. Questo grado sarà ovviamente “variabile” a seconda della procedura più o meno rigida prevista e del tempo necessario per attuarla. In ogni caso questa stabilità, essendo il diritto non già statico ma dinamico, soggetto cioè a modifiche qualunque sia la tempistica, sarà di tipo “relativa” e non di certo assoluta. Su questa “stabilità” della norma, assicurata dalle procedure, viene ad incidere anche il rapporto con altre norme-fonti del diritto e, infine, la coerenza sistemica normativa. Questi aspetti, ritenuti particolarmente interessanti ai fini della nostra ricerca, saranno – lo si anticipa qui – il *focus* del nostro lavoro. Ciascun ordinamento è, infatti, da questo specifico punto di vista, non già stabile e certo ma dinamico e mutevole. Nuove norme incorporate nell’ordinamento vanno a prendere il posto di altre precedentemente adottate rendendo perciò meno “certo” ovvero stabile il diritto. Specifico rilievo assumono allora gli strumenti costituzionali previsti al fine della modifica del diritto, nell’ottica della successione nel tempo delle norme nonché della eventuale risoluzione di contrasti, assicurando in ultimo una maggiore certezza/stabilità dei rapporti giuridici disciplinati dalle norme.

¹ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 202-203.

² Mette in rilievo questa problematicità, A. PIZZORUSSO, *Certezza del Diritto I) Profili applicativi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 2 ss.

A questa esigenza, di natura prevalentemente formale/procedura, sembra peraltro porsi un'altra necessità ad essa comunque collegata, ovvero quella per cui il sistema normativo, essendo caratterizzato da regole generali, richiede l'adozione di soluzioni "più flessibili" per rispondere alle esigenze effettive dei casi concreti, per «fare veramente giustizia»³ nelle singole specifiche situazioni che si realizzano. Qui ad assumere rilievo è l'aspetto legato all'ermeneutica e ai giudici nella "pratica" del diritto.

In virtù di questa contrapposizione, se per alcuni autori la certezza è elemento strutturale ovvero un fattore costitutivo della giuridicità, considerata quale «un elemento intrinseco del diritto»⁴, per altri è invece un concetto che va modificandosi, quanto al suo contenuto, a seconda del contesto nonché del periodo storico, in particolare rispetto agli odierni Stati di diritto. Da quest'ultimo punto di vista poi, secondo parte della dottrina, alcuni attuali fenomeni sembrerebbero addirittura rendere "paradossali" le principali e tradizionali istanze legate alla

³ Così A. PIZZORUSSO, *Certezza del Diritto*, cit., 1. In particolare l'A. evidenzia la contrapposizione tra la necessità «del cittadino il quale si proponga di osservare lealmente e puntualmente le leggi dello Stato e tutte le altre norme per cui per un motivo o per un altro sia soggetto di poter stabilire quale sia l'esatta portata di tali leggi e di tali norme – e deve poterlo fare senza dover affrontare eccessive difficoltà – e quella secondo cui un sistema normativo composto di regole molto specifiche e dettagliate, e quindi caratterizzato da forte rigidità, non consente di adottare quelle soluzioni più flessibili che siano eventualmente richieste dalle particolarità proprie dei singoli casi, o da circostanze eccezionali, o che comunque bisognerebbe adottare per fare veramente giustizia».

⁴ In questo senso come elemento fondamentale del diritto vedi N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?* in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 150 nonché L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto* (1986), in E. DICIOTTI, V. VELLUZZI (a cura di), *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, 84 laddove in particolare si osserva «il diritto per questo esiste, per esser certo». Si veda anche P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, 598 ss., allorché si afferma che «Nella storia della civiltà umana si avvicendano periodi di lenta evoluzione, che possono sembrare di stasi, a periodi di precipitose trasformazioni sociali; e solo nei primi può sembrare che imperi il diritto, perché in quel ristagno sociale le concezioni giuridiche sono limpide e taglienti: mentre nei periodi di rapido trapasso la certezza del diritto si appanna e i dogmi appaiono come sfocati da una vibrazione che ne annebbia i contorni (...)».

certezza del diritto, spingendo a rivederne il significato e la portata⁵. In taluni casi si arriva addirittura a contestarne il merito. In discussione è la sua realizzazione come valore giuridico o, peggio ancora, la sua auspicabilità.

Detto in altri termini, la certezza del diritto, con la sua “fissità”, avrebbe come effetto, per alcuni, quello di ingessare il diritto, fatto questo, ad avviso di diversi autori, non più accettabile in una società di tipo pluralistico come quella attuale ove l’evoluzione del diritto non è più legata soltanto alla «strategia legalista moderna»⁶ ma passa anche per la via giudiziale. La critica che viene di conseguenza qui mossa è alla logica del gius-positivismo ritenuta troppo rigida giacché guarderebbe soprattutto al processo attraverso il quale viene creato l’ordinamento giuridico, quello cosiddetto “legalista”. In realtà anche le teorie gius-positiviste ben conoscono, non ignorandolo affatto, il secondo aspetto di quello che è chiamato il «doppio lato del diritto»⁷, dato dal profilo dinamico connesso all’esecuzione del diritto e all’interpretazione sia pure oggi, più che in passato, caratterizzato dalla «esplosione» soggettivistica⁸. Lo spartiacque tra dato formale ed interpretazione non è affatto sconosciuto nel gius-positivismo: i diversi soggetti che operano attraverso il diritto, i giuristi, offrono della norma, entro il suo schema generale⁹, nella sua applicazione, delle letture che possono variare tra di loro, dovendo selezionare inevitabilmente,

⁵ Così, A. E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica y sus paradojas actual*, in *Teoría y derecho*, 2012, 124 ss.

⁶ In questi termini P. GROSSI, *Sulla odierna «incertezza» del diritto*, in Id., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 56 ss. L’A. parlando di «verità», quanto all’idea di certezza del diritto, che viene dal profondo «della modernità giuridica», stante lo stretto legame fra Stato e produzione giuridica, ovvero la legge, osserva come questa tuttavia sia cambiata nell’era post-moderna allorché il diritto è sempre meno legale e affidato sempre più alla interpretazione giudiziale e dottrinale.

⁷ Così, G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*, 201.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Lo stesso Kelsen, ritenuto il padre del gius-positivismo, afferma che «il fatto che una sentenza sia fondata sulla legge non significa altro che ci si attiene allo schema indicato dalla legge, non significa già che essa sia la norma individuale, bensì una qualsiasi fra le norme individuali che sono possibili entro lo schema della norma generale». Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), riedizione, Torino, 2000, 121.

ai fini dell'interpretazione, atti di conoscenza *extra-giuridici*¹⁰ che rinviavano ad elementi dell'esperienza appartenenti al sociale oppure alla giustizia¹¹. È su questo piano che opera quella che è chiamata dallo stesso Kelsen «l'illusione della certezza del diritto»¹², giacché viene meno l'idea di fissità dell'ordinamento, la «calcolabilità giuridica» che la fattispecie normativa astratta tendenzialmente è in grado di garantire¹³ rendendola infine «incerta», giacché, nell'ambito dello schema generale, vi possono essere varie possibilità quanto al senso attribuibile alla stessa norma da eseguire.

Per diversi autori, il rapporto di eventuale contrasto tra attività interpretativa e certezza del diritto intesa come legalità sembra costituire un problema vero e proprio: mostrandosi fortemente critici rispetto ad alcuni principi del positivismo giuridico, tra cui, oltre a quello della certezza, quello appunto della legalità formalisticamente intesa, si pongono così in evidenza la difficoltà dell'attuazione pratica del principio. Talora questa relazione tra i due profili del diritto è considerata

¹⁰ V. M. G. LOSANO, *Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1968, 528 ss. Losano che schematizza il passaggio di una norma da un grado superiore a quello inferiore in tre momenti («ovvero: 1. necessaria constatazione dello schema; 2. atto di conoscenza extragiuridico; 3. emanazione dell'atto in cui si individualizza la norma superiore»), parla a proposito del secondo momento di «scelta», in maniera ritenuta tuttavia inappropriata da Viola. Cfr. F. VIOLA, *H. Kelsen e l'interpretazione delle norme*, in F. Viola, V. Villa, M. Urso (a cura di), *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974, 76.

¹¹ È ancora Kelsen a dire che «quando, nell'applicazione della legge, oltre alla necessaria constatazione dello schema a cui deve attenersi l'atto, ha luogo anche un atto conoscitivo, non vi è una conoscenza del diritto positivo, ma una conoscenza di altre norme che possono sfociare nel processo della produzione del diritto; norme della morale, della giustizia, giudizi di valore sociali, ecc. Sulla loro validità e determinabilità non si può (tuttavia) dir nulla dal punto di vista del diritto positivo». Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 124.

¹² L'illusione è data, per Kelsen, dal fatto che l'interpretazione non è considerabile come un mero atto di conoscenza giacché il suo presupposto è proprio la presenza, nella maggior parte dei casi, di una pluralità di significati possibili all'interno della cornice. Cfr. H. KELSEN, *op. ult. cit.*, 125.

¹³ Così, N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987 ss.

addirittura antitetica¹⁴. La “giustizia concreta” deve andare, ad avviso di alcuni studiosi, oltre i precetti normativi generici per adattarsi al divenire delle esperienze umane. A fronte di quella parte della dottrina che considera la certezza giuridica come primaria esigenza della stessa giustizia e pertanto suo «presupposto»¹⁵, altri studiosi arrivano così a ritenere impossibile il suo perseguimento.

Alla luce di questa diversità di opinioni ne deriva che mentre per alcuni autori il suo perseguimento «a través de la legalidad» implica anche una «realización relativa de la justicia»¹⁶, ovvero che la realizzazione della giustizia – come sostenuto in un lavoro per primo volta a porre l’attenzione sul problema della certezza del diritto subito dopo la seconda guerra mondiale - non può avvenire che «nella norma rigida ed astratta, che deve essere certa»¹⁷, per altri, volendosi superare il contrasto con l’interpretazione e l’applicazione del diritto, risulta vero esattamente il contrario: non potendosi addossare al legislatore un compito insostenibile di continua modificazione del diritto¹⁸, il raggiungimento dell’obiettivo della certezza del diritto attraverso norme elaborate «in modo tale che i suoi termini generali debbano avere lo stesso significato in ogni caso in cui sia in questione la sua applica-

¹⁴ Un rapporto propriamente antitetico, considerando giustizia e certezza termini «logicamente indissociabili» che finiscono tuttavia per essere «agli antipodi l’una dall’altra», è considerato da F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, 89.

¹⁵ Inteso come «función del Derecho que asegura la realización de las libertades», A.E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, 2.^a edición, Barcelona, 1994, 28 ss.

¹⁶ Cfr. L. LEGAZ LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1953, 604.

¹⁷ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942), edizione a cura di G. Astuti, Milano, 1968.

¹⁸ Così, G. ZAGREBELSKY, cit., 202-203, laddove si osserva poco prima che «non solo è dubbio che la certezza come fissità dell’ordinamento in tutte le sue parti possa essere oggi un obiettivo realistico. È dubbio che sia anche desiderabile». In questo senso, ovvero sulla insufficienza della sola legge, con la sua generalità ed astrattezza, a garantire le condizioni della stabilità sociale, stante il pluralismo delle fonti negli ordinamenti e il ruolo fondamentale assegnato alla giurisprudenza, vedi, anche, M. CORSALE, *Certezza del diritto. Profili teorici*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, part. 5 laddove si parla della certezza come «variabile dipendente da un determinato tipo di equilibrio sociale».

zione»¹⁹ finisce, secondo questa parte della dottrina, con il compromettere l'adequatezza del diritto alla realtà sociale²⁰. Seppure il diritto, in linea di principio, si configura come un sistema di norme precostituite all'interpretazione che non dovrebbe destare problemi nell'applicazione in molti casi concreti – stante la “doverosa” chiarezza delle norme – in alcuni ordinamenti giuridici, a seconda dei periodi, in nome della certezza si può arrivare a sacrificare, nel processo interpretativo giudiziale, le innumerevoli combinazioni che nel concreto la fattispecie normativa può assumere, significati «visibili soltanto quando questi vengono considerati alla luce degli scopi sociali»²¹. Sarebbe, perciò, in virtù di questi ragionamenti, più corretto parlare, anziché di certezza del diritto, di struttura «aperta»²² del sistema normativo, ove i giuristi integrano, discrezionalmente, il diritto in caso di dubbio.

1.1. *La certezza del diritto nella giurisprudenza.*

Diversamente viene inteso, in generale, come meglio vedremo in proseguo, il principio della certezza del diritto nella giurisprudenza e in particolare in quella costituzionale.

¹⁹ H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, trad. di M. Cattaneo, Torino, 1965, 152. Il problema della struttura «aperta» del diritto può essere quello sua determinatezza. Secondo la tesi di Hart, tuttavia, non mancherebbero casi chiari, paradigmatici, a cui una norma si riferisce, quindi ben determinati solo che il legislatore, nella consapevolezza che non tutti i casi sono prevedibili, cerca di stabilire quelle condizioni necessarie che si debbono soddisfare se si vuole restare all'interno del raggio di azione della norma.

²⁰ Sul positivismo e sul «saldare l'ideologia della codificazione (...) con la visione filosofica dell'attualismo gentiliano, che coglieva l'eticità del diritto nel riferimento ad una volontà costante e generale», che tuttavia si scontra con le problematiche legate al postulato della completezza dell'ordinamento che «in nome della salvaguardia del valore della certezza» implicherebbe «l'esistenza di un ordinamento privo di lacune, secondo uno dei fondamentali principî del positivismo legalista», si v. N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 4, 1115 ss. L'A. osserva così, in ultimo, che «se il fenomeno giuridico è un'attività sociale di natura argomentativa, anche la certezza è pensabile come un carattere di operazioni interpretative, piuttosto che di un oggetto predeterminato, di un catalogo finito e precostituito di norme».

²¹ Cfr. H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 159.

²² Ancora, H. L. A. HART, *op. ult. cit.*, 151 ss.

Andando oltre le discussioni relative al processo interpretativo e la questione della “flessibilità” che ne deriverebbe per la norma, qui l’esigenza della certezza sembra essere considerata di per sé «intrinseca all’idea di diritto»²³, quest’ultimo implicando un sistema di norme determinate o determinabili nella loro portata in relazione ai profili non solo contenutistici precettivi ma anche temporali e territoriali²⁴.

In quest’ottica, presupponendosi una struttura normativa oggettivamente determinata, le Corti costituzionali sembrano, generalmente, dare rilievo soprattutto al profilo del «diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva»²⁵. Usando «una formula necessariamente schematica», la certezza del diritto, considerata come certezza del sistema normativo nel suo complesso, vale a dire «quanto all’ordinamento giuridico applicabile e agli interessi giuridicamente tutelati»²⁶, è così condizione indispensabile per garantire la preminente tutela della certezza soggettiva intesa come idea di prevedibilità degli effetti dell’applicazione del diritto stesso da parte dei poteri pubblici.

Alle disposizioni normative aventi anche questo principio quale parametro di legittimità, nell’ambito delle questioni di costituzionalità, le Corti costituzionali, ad esempio italiana, richiedono allora, al fine di evitarne la dichiarazione di illegittimità, soprattutto che siano formulate in modo da «determinare le situazioni e i provvedimenti»²⁷. Ovvero che il legislatore adotti previsioni normative «chiaramente determinate»²⁸. In Spagna il *Tribunal constitucional* guardando alla certezza del diritto come «sapere cosa aspettarsi», ovvero, «come fiducia nello Stato nell’adempimento dei propri impegni», ribadisce la necessità che il legislatore, alla luce dello stesso principio, conferisca definitività e stabilità alle leggi²⁹.

²³ Così, A. PIZZORUSSO, *Certezza del Diritto*, cit., 2, allorché si osserva che «al di là delle argomentazioni collegate a situazioni contingenti, resta fermo che l’esigenza della certezza è di per sé intrinseca all’idea di diritto».

²⁴ In questi termini si esprime ancora A. PIZZORUSSO, *Ibidem*.

²⁵ STC 31 gennaio 1985, n. 15, FJ 2.

²⁶ Ancora, STC 15/1985, cit., FJ 2.

²⁷ Corte cost., 22 aprile 1986, n. 101, p. 3 del *Cons. in diritto*.

²⁸ *Ibidem*

²⁹ STC, 29 luglio 1986, n. 108, FJ 4.

All'esigenza di salvaguardia della certezza giuridica intesa come declinazione più specificamente del principio del legittimo affidamento delle persone nell'ordinamento giuridico sembra guardare in particolare la giurisprudenza dell'Unione Europea.

Considerato corollario del principio della certezza del diritto, il legittimo affidamento esige, secondo costante indirizzo giurisprudenziale della Corte di giustizia dell'Unione Europea, che una normativa con conseguenze svantaggiose per i privati, sia essa europea o anche, in sua attuazione, nazionale, debba essere chiara e precisa e che la sua applicazione sia prevedibile per i soggetti interessati³⁰. Quivi si ammette espressamente così che, in via eccezionale, nel diritto dell'Unione europea può essere riconosciuto a un atto un «effetto retroattivo, qualora lo esiga lo scopo da raggiungere e purché il legittimo affidamento degli interessati sia debitamente rispettato»³¹. In questo senso vanno d'altronde anche i giudici interni.

Il valore del legittimo affidamento «riposto nella sicurezza giuridica» e, con questo, «la fiducia nella permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio», sono ritenuti fondamentali anche dalle Corti statuali come è, ad esempio, per la Corte costituzionale italiana, ben ritenendo anche quest'ultima che il legittimo affidamento e la certezza trovino, senza dubbio, copertura costituzionale nell'art. 3 Cost., quali «principi connaturati allo Stato di diritto»³². Questi valori, nella giurisprudenza del giudice costituzionale italiano, si riconnettono all'essenza del diritto stesso, implicando questo un assetto di norme, determinate e determinabili, come si diceva, che si configurano più specificamente come «declinazioni soggettive dell'indispensabile coe-

³⁰ Corte giustizia UE, sez. III, 12 dicembre 2013, C-362/12, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue*, in Bollettino trib., 2014, 1268, con nota di F. Pepe, *Retroattività dei termini per la restituzione dei tributi incompatibili con il diritto dell'Unione europea e principio di "effettività" della tutela nell'ordinamento europeo*, in particolare, 1273.

³¹ Corte giustizia UE, sez. IV, 26 marzo 2020, C 496/18 e C 497/18, *Budapesti Közlekedési Zrt. C. Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság*

³² Corte cost., 21 novembre 2019, n. 241, p. 8 del *Cons. in diritto*, in Osservatorio AIC, 2020, con nota di D. ZANONI, *Aspetti materiali ed intertemporali della riforma delle scuole di formazione delle amministrazioni centrali (a margine di Corte cost. n. 241 del 2019)*.

renza di un ordinamento giuridico, e della certezza del diritto che esso deve assicurare»³³.

Anche, peraltro, nella visione del *Tribunal Constitucional* spagnolo che costantemente si richiama a questo principio, la necessità di rendere effettivo il principio della certezza implica il rispetto del legittimo affidamento che, tuttavia, sembra collegato meno all'aspetto strutturale del diritto e più alla garanzia della conoscibilità del diritto: affinché i destinatari dei precetti siano messi nelle condizioni di poter conoscere la norma, il legislatore deve perseguire «la chiarezza e non la confusione normativa» così da «garantire che gli operatori legali e i cittadini sappiano, quanto alla materia su cui legiferano, cosa aspettarsi, ed evitare di creare situazioni oggettivamente confuse»³⁴. Lo stretto legame tra certezza del diritto e legittimo affidamento, connesso in particolare al profilo funzionale, quali «norme costituzionali di controllo necessarie anche quando il legislatore (...) incide su una situazione procedurale preesistente in cui si trova il cittadino», sembra invece emergere nella giurisprudenza costituzionale tedesca allorché si osserva che «l'istituto della definitività o forza giuridica delle decisioni statali serve a garantire la certezza del diritto»³⁵.

Il legittimo affidamento, inteso come possibilità di conoscere gli elementi della certezza oggettiva, risulta essere espressione essenzialmente, come è evidente già da queste prime pronunce, del concetto di certezza in senso soggettivo. Quest'ultimo aspetto, ovvero quello relativo ad una duplice dimensione che si suole ascrivere al principio della certezza del diritto, si mostra particolarmente interessante e si tornerà soprattutto nel secondo capitolo.

Il principio della certezza può, invero, essere considerato da un punto di vista soggettivo, intendendolo come «una salda convinzione della verità di un asserto», oppure sotto il profilo oggettivo, laddove a rilevare è il profilo funzionale-strutturale, ovvero, «l'attitudine di un asserto a garantire la sua corrispondenza con uno stato di cose»³⁶. Detto ancora in altri termini, se «la certezza del diritto colta nella sua di-

³³ *Ibidem*.

³⁴ STC, 15 marzo 1990, n. 46, FJ 4 come ribadito in STC, 29 aprile 1993, n. 146, FJ 6.

³⁵ In particolare, v. BVerfG 63, 343, *Rechtsbilfevertrag*, 22 marzo 1983, par 67.

³⁶ Cfr. M. CORSALE, *op. ult. cit.*, 1.

menzione oggettiva si risolve in una qualità del sistema giuridico», la dimensione soggettiva è invece volta a tutelare in maniera diretta «un’aspettativa dei singoli di prevedibilità e controllabilità delle conseguenze della propria azione, da un lato, e della prevedibilità e controllabilità delle decisioni giuridiche provenienti da qualche soggetto pubblico (legislatore, amministrazione, giudice) dall’altro»³⁷.

Tuttavia, come avremo modo di meglio spiegare, non è tanto a questa sfera soggettiva del legittimo affidamento dell’individuo nonché della prevedibilità delle decisioni, che si intenderà guardare in questo lavoro.

2. *Una prima semplificazione.*

Già da questa breve premessa, alla luce della dottrina e della giurisprudenza, appare chiaro come il concetto di certezza del diritto si riveli piuttosto indeterminato e ambiguo, prestandosi a più interpretazioni. La sua concettualizzazione dovuta in gran parte, piuttosto che a un disposto normativo, alla giurisprudenza – soprattutto costituzionale - e agli studi gius-filosofici avviati in proposito, specificamente a partire dal secondo dopoguerra in poi, sembra sottintendere una serie di elementi, riconducibili raramente a disposti della Costituzione, e comunque quasi mai, allorché ivi previsti, ben individuati, quanto piuttosto all’interpretazione dottrinale e giurisprudenziale.

In ogni caso, come si è già accennato, se le esigenze di certezze non escludono la modifica delle norme, non potendo imporre l’immodificabilità assoluta del diritto, l’introduzione di meccanismi che sotto un profilo formale-strutturale, procedurale e temporale posano irrigidirlo, garantendo una certa stabilità e renderlo coerente sistemicamente, mostrano un diritto “relativamente” certo. È solo raramente infatti che l’idea di stabilità assoluta della certezza come immodificabilità si traduce in disposti normativi che sottraggono espressamente alcune norme al processo di revisione e ciò, generalmente, è nel

³⁷ Così, M. IMMORDINO, *Il principio di certezza del diritto nei rapporti tra Amministrazione e cittadini*, Torino, 2003, 24.

caso soltanto di alcune norme costituzionali³⁸ che, comunque, come vedremo, sono ritenute dalla giurisprudenza costituzionale, “fisse” unicamente nel loro nucleo essenziale e flessibili e “incerte” nella parte restante.

Alla luce di queste brevi considerazioni iniziali, nel tentativo di una prima semplificazione, ma non per questo banalizzante, volendo dare un primo contenuto al principio della certezza del diritto, si può ritenere che questo concetto, essendo solitamente collegato all’istituto dello Stato di diritto, implica una serie di altri principi tra cui, in particolare, quali esaminati in questo nostro lavoro, il principio della gerarchia nonché della competenza.

Oltre a quello, sotto il profilo, come si diceva soggettivo, del legittimo “affidamento”³⁹ del cittadino nella sicurezza giuridica come sicurezza dei rapporti⁴⁰ pure considerato, dalla nostra giurisprudenza costituzionale, un «elemento fondamentale e indispensabile» dello stesso Stato di diritto⁴¹, si ritiene rilevante, in definitiva, la certezza oggettiva e con questa, al fine anche di escludere l’arbitrarietà, l’organizzazione di una struttura normativa: requisito essenziale è qui la “determinazione”, in un grado più elevato, di norme che compongono, secondo il modo di produzione, l’ordinamento ai vari livelli e la cui successione, secondo il modo di modificazione e realizzazione condiziona anche un eventuale sindacato, potendo ben essere soggetti a controllo da parte di altri organi deputati ad effettuare la verifica di conformità a quanto stabilito, in merito ai requisiti e contenuti, da altre norme⁴².

³⁸ Vedi, così, anche L. PEGORARO, *Il problema della certezza del diritto come problema costituzionale*, in L. PEGORARO, A. PORRAS NADALES (a cura di), *Qualità normativa e tecnica legislativa. Europa, Stati, enti territoriali – Calidad normativa y técnica legislativa. Europa, Estados y entidades infraestatales*, n. 6 della Center for Constitutional Studies and Democratic Development Lecture Series, Bologna, 2006, 80.

³⁹ Sul concetto di origine privatistica e sulla ricostruzione storica del concetto in chiave comparatistica da un’angolazione esclusivamente privatistica in R. SACCO, *Affidamento*, in *Enc. Ddr.*, vol. I, 1958, 660 ss.

⁴⁰ In merito, G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005, *passim*.

⁴¹ Corte Cost., 24 gennaio 2017, n. 16, p. 8.1 del *Cons. in diritto*.

⁴² Sia consentito, in merito, rinviare al mio, *L’eccezione nella regola. La sopravvivenza delle prerogative tra ordine pubblico e sicurezza nella transizione intra-costituzionale contemporanea*, Napoli, 2019, 36

In vista del perseguimento di questo obiettivo sono previste, dagli ordinamenti costituzionali, istituti e procedure volte ad assicurare una relativa stabilità alla norma, secondo l'apposito modo di modificazione nonché poi una coerenza tra normative che si susseguono nel tempo che saranno specifico oggetto di studio in questo lavoro. Da questo punto di vista, la certezza del diritto, intesa in senso oggettivo, presenterà allora un grado di relatività variabile da ordinamento a ordinamento, a seconda degli istituti, delle procedure e dei tempi prescritti dalle carte costituzionali per la modificabilità/successione delle norme vigenti⁴³, nel tentativo di darvi una certa stabilità.

Senza dubbio fondamentale per l'osservanza della norma da parte dei soggetti destinatari del precetto in essa contenuto, è anche la interpretazione e, ancor prima, la conoscibilità del diritto: la certezza del diritto e dei diritti soggettivi si afferma anche come necessità di «norme precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento»⁴⁴, così che possano essere conosciute ed effettivamente siano conosciute, necessità che tuttavia presuppone la certezza oggettiva e la relativa stabilità della struttura normativa. L'esigenza di riconoscibilità e conoscenza della norma o meglio la possibilità di conoscere gli elementi della certezza oggettiva per coloro che sono obbligati alla osservanza della norma, cui risponde il prerequisite della intelligibilità del testo normativo nonché, poi, la pubblicazione (insieme all'informazione e alla comunicazione che ne deriva), si configura di certo come un elemento fondamentale dello stato di diritto democratico. In quest'ottica, del resto, nell'ordinamento francese, al principio della chiarezza della legge si accorda, come si vedrà, addirittura rango costituzionale⁴⁵ allorché il *Conseil constitutionnel*, collegandolo all'art. 34 Cost., relativo all'aspetto strutturale della competenza del legislatore, richiede a quest'ultimo di emanare, in virtù dell'«objectif de valeur

⁴³ In tal senso, v. anche A. PIZZORUSSO, *Certezza del Diritto*, cit., 2.

⁴⁴ Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364, p. 8 del *Cons. in diritto*, relativa specificamente all'ambito penale. Su questa pronuncia e sugli aspetti della determinatezza della legge penale, v. M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, p. 3 s

⁴⁵ Per prima, v. Cons. const., 12 gennaio 2002, n. 2001-455 DC, cons. 9.

constitutionnelles» dell'intelligibilità e accessibilità alla legge, disposizioni sufficientemente «chiare e precise»⁴⁶ nonché «non equivocate»⁴⁷.

I criteri che regolano il rapporto tra le fonti e la coerenza tra norme trovano spesso, peraltro, una ridefinizione nella giustizia costituzionale e nel sistema composito di Corti con le loro modalità dialogiche. L'elaborazione ermeneutica che talora va oltre lo stesso testo costituzionale, attraverso «metodi interpretativi non-testualisti»⁴⁸ quali preferiti dalle Corti dell'Europa continentale, assume, come vedremo, un rilievo cruciale anche ai fini dell'affermazione della certezza del diritto.

Tuttavia, se è indubbia l'importanza degli aspetti connessi ai canoni interpretativi nonché alle tecniche legislative laddove il principio della certezza del diritto si declina in termini di chiarezza e intelligibilità degli atti normativi, si deve dire qui, sin da subito, che il nostro lavoro, intendendo concentrarsi sui profili legati strettamente al rapporto tra fonti e alla coerenza sistemica, non li prenderà specificamente in considerazione se non in collegamento alle questioni relative alla sistematicità dell'ordinamento.

3. *Delimitazione del tema.*

Questo lavoro non si propone di indagare le condizioni di validità dell'asserto scientifico relativo alla certezza del diritto, lasciandole eventualmente ai filosofi del diritto e ai teorici generali. Piuttosto si intende esaminare come negli attuali ordinamenti liberal-democratici le costituzioni contemporanee cercano di far fronte al problema della incertezza.

⁴⁶ Spec., per prima, Cons. const., 10 giugno 1998, n° 98-401 DC, cons. 10.

⁴⁷ V., tra le tante, Cons. const., 29 dicembre 2012, n. 2012-662 DC, cons. 83, con nota di E. OLIVA, *L'appréciation du caractère confiscatoire ou excessif de l'impôt par le Conseil constitutionnel*, in R.F.D.A., 2013, 1273. Su questi aspetto, in generale, cfr. A. L. VALEMBOS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, in *Cahiers const.*, 2005 e B. MATHIEU, *France*, in *Table ronde "Constitution et sécurité juridique"*, in A.I.J.C., 1999, 155.

⁴⁸ Cfr. GRAZIELLA ROMEO, *Giudizio di costituzionalità e interpretazione: una prospettiva comparata*, in DPCEonline, 2025, 54.

Con il superamento dello *ius incertum* e la conversione di quest'ultimo in uno stato di sicurezza per garantire innanzitutto la pace e con questa, quale suo presupposto, il diritto, i soggetti finalmente possono prevedere le conseguenze delle loro azioni e prefigurarsi gli eventuali vantaggi derivanti dall'esercizio dei diritti e libertà tutelati. Si va in tal modo affermando in pieno illuminismo, tra gli altri principi, anche quello della certezza del diritto⁴⁹. Se tuttavia diverse Costituzioni, attualmente vigenti, sanciscono solennemente il valore della "sicurezza", intesa come assenza o meglio come protezione da minacce alla vita, alla salute, alla libertà o ancora alla proprietà, il principio di certezza del diritto raramente è espressamente costituzionalizzato. Le Carte costituzionali, infatti, generalmente non ne fanno alcun cenno – come accade specificamente, tra le Costituzioni che saranno in questo lavoro esaminate, per quelle italiana, tedesca e francese – oppure, quando eccezionalmente lo prevedono, non ne danno alcuna definizione giuridica, tutt'al più mettendola in connessione con altri principi, come è in particolare, come vedremo, nel caso spagnolo e lusitano.

In ogni caso, sia esso quello, più raro, della sua affermazione oppure quello, più diffuso, dell'assenza di qualunque riferimento, la certezza del diritto può essere ricavata da una serie di principi, più o meno ad essa connessi, espressamente sanciti in Costituzione che vanno a riguardare segnatamente le fonti normative e, di queste, in particolare aspetti, criteri e procedure relative alla loro produzione, interpretazione e applicazione, su cui pure ci soffermeremo. La certezza del diritto può essere, insomma, intesa come il risultato di un complesso di regole fondamentali dirette ad evitare l'arbitrio, ovvero, come chiarito dallo stesso *Tribunal Constitucional* spagnolo in diverse sentenze adottate in merito, come la «somma di certezza e legalità, della gerarchia e pub-

⁴⁹ Per un *escursus* storico circa l'affermazione del principio, con tracce anche nel giusnaturalismo, si rinvia a M. CORSALE, *Certezza del Diritto*, cit., 2 ss. Per una bibliografia essenziale, quanto alla dottrina italiana, si veda, in particolare da un punto di vista teorico e gius-filosofico, oltre al citato Corsale, P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, Milano, 1942; A. PIZZORUSSO, *Certezza del Diritto*, cit., 1 ss. nonché S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Catanzaro, 2002. Per una prospettiva comparata si rinvia, invece, a L. PEGORARO, *La tutela della certezza giuridica in alcune costituzioni contemporanee*, in L. GIANFORMAGGIO e M. JORI (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, 1997, 705 ss.

blicità normativa, dell'irretroattività di ciò che non è favorevole, del divieto di arbitrarietà»⁵⁰. Essa non si esaurisce tuttavia neanche nella sola affermazione di taluni principi. Se dovesse essere interpretata esclusivamente come la mera sommatoria di altri principi espressamente sanciti non avrebbe alcuna ragione d'essere non solo la sua affermazione ma soprattutto la sua specifica formulazione costituzionale come è nel caso spagnolo⁵¹. Pur configurandosi come anche una sintesi equilibrata di principi, la certezza si configura allora, a dire ancora dello stesso giudice costituzionale ispano, come un principio che va oltre gli stessi principi⁵² al fine di consentire la promozione, nell'ordinamento giuridico, della «giustizia e uguaglianza, nella libertà»⁵³. Quest'ultimo punto, quello cioè della tutela dei diritti e libertà appare un aspetto fondamentale.

In questo lavoro si cercherà pertanto di verificare attraverso quale complesso di principi e norme può trovare realizzazione la certezza del diritto, volendosi guardare in particolare al suo profilo oggettivo e quindi a quelle disposizioni costituzionali tese a “determinare” la disciplina delle fonti e la loro successione temporale, in modo più o meno coerente.

Alla luce della dogmatica quale sarà analizzata in proseguo, nella variabilità di definizione, concetti e teorie esaminate sulla certezza del diritto, si ritiene che l'essenza del diritto (costituzionale, innanzitutto), sia tutt'oggi, anche nell'epoca contemporanea, quella di garantire l'ordine, al posto del caos, la coerenza sistemica e la sicurezza non solo fisica ma altresì dei diritti e delle libertà: ciò è anche e soprattutto contro quei «paradigmi negativi», che si vanno sempre più diffondendo, «del dis-ordine, della in-certezza, della in-coerenza»⁵⁴, come pure osserva Luciani, che vorrebbe che un mitigamento possa essere trovato soltanto nel singolo caso concreto, attraverso la ragionevolezza e il ponderazione/proporzionalità dei valori.

⁵⁰ Specificamente, STC, 20 luglio 1981, n. 27, FJ 10.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Così, anche, F. A. CASTILLO BLANCO, *El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho*, in *Documentación Administrativa*, 2002, 39 ss.

⁵³ STC 27/1981, cit, FJ 10.

⁵⁴ Così, M. LUCIANI, *Ogni cosa a suo posto*, Milano, 2023, 7.

In quest'ottica, tra le diverse esaminate, si condivide quella teoria ovvero quelle teorie - optandosi qui per più tesi aventi in comune l'idea della sua "relatività" - che guardano alla certezza del diritto come a un sistema di regole generali, modificabili secondo procedure prestabilite, volte, in svariati ambiti e modi, a restringere, nei limiti del possibile, il campo di ciò che può essere rispetto alla singola situazione concreta⁵⁵, in modo correttamente verificabile.

Come già detto e come si dimostrerà, la certezza giuridica, essendo il diritto per sua natura dinamico, non può essere, sotto il profilo ontologico, assoluta ma solo di tipo relativo, diretta a garantire non già la "fissità" quanto una maggiore (o minore) «stabilità»⁵⁶. Intesa in questo modo, la certezza del diritto dipenderà allora, sotto l'aspetto più squisitamente procedurale, dal modo in cui un insieme di norme dell'ordinamento garantiscono una certa rigidità della norma/diritto, evitando cambiamenti nel breve tempo e risolvendo eventuali contrasti tra le fonti normative. In definitiva, centrale è per noi il profilo della "validità" intesa come conformità della norma rispetto alle esigenze espresse dalla norma superiore.

Anche del resto nella pratica del diritto, da un punto di vista epistemologico, la certezza del resto non si mostra affatto assoluta. Non potendosi prevedere, come pure sostiene Kelsen, un unico risultato interpretativo ma un'ampia possibilità applicativa di norme tutte ugualmente corrette e «possibili entro lo schema della norma generale»⁵⁷ e conseguentemente verificabili, la certezza, quale prevedibilità delle decisioni, come è nell'idea stessa di Gometz che ammette un «certo grado di prevedibilità del diritto»⁵⁸, e ancor prima, in qualche modo, anche di Boukema, non può che assumere carattere relativo.

Grazie a quest'analisi, si perseguirà al contempo l'obiettivo di effettuare, utilizzando il metodo comparatistico, una sorta di graduatoria delle Costituzioni in virtù del livello di (relativa) stabilità che le norme sono in grado di garantire attraverso criteri, procedure e tempi, più o

⁵⁵ In tal senso, L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, 277.

⁵⁶ In questo senso anche O. PFERSMANN, *Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand*, in RFDA, 2000, 244 ss.

⁵⁷ Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., 121.

⁵⁸ G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, cit., *passim*.

meno rigidi, prescritti al fine della modificabilità delle norme vigenti e, quindi, della loro successione nel tempo. Salvo eccezioni costituzionali, il diritto, soggetto a modifiche e variazioni, vedrà una tutela graduata della certezza del diritto che non si rivela mai al grado massimo di rigidità, ovvero assoluto ma soltanto relativo, sia anche, in quest'ultimo caso, di diversa gradazione a seconda del livello di soddisfacimento dei vari parametri.

4. *Il Piano di indagine.*

Alla luce di queste brevi premesse, in questo studio si cercherà, in particolare, di indagare quell'aspetto relativo al versante oggettivo e strutturale dell'ordinamento giuridico, inteso come "ordine dinamico", soffermandoci in particolare sugli istituti tesi a garantire l'attuazione dei precetti normativi specificamente nella loro funzione diretta a garantire la certezza come stabilità (relativa) nel tempo. Al fine di poter meglio rispondere alla domanda se un ordinamento garantisce o meno la certezza del diritto (e, soprattutto, secondo quale "grado"), si è ritenuto necessario verificare, sotto un profilo comparatistico, come quegli stessi ordinamenti ambiscano a perseguire questo obiettivo rendendo più "rigide" e stabili certe strutture collegabili al principio⁵⁹ a partire dall'analisi delle carte costituzionali. Sarà a tal fine preso in considerazione, peraltro, non solo il dato normativo costituzionale ma anche la giurisprudenza costituzionale.

In quest'ottica il libro sarà strutturato in tre capitoli.

Il Primo capitolo dedicato ai profili strettamente concettuali.

Per comprendere l'intrinseca problematicità della certezza, ove la realizzazione di questo principio, generalmente implicito nell'ordinamento giuridico, sembra porsi in antitesi con altri valori quale è quello della giustizia, si intende in questo lavoro esaminare innanzitutto i diversi concetti relativi al principio in esame, provando a descrivere il percorso dottrinale seguito dai loro autori, secondo un approccio diacronico. In quest'ottica si cercherà di analizzare, alla luce

⁵⁹ L. PEGORARO, *Certezza del diritto e diritto costituzionale. Comparazioni diacroniche e sincroniche sui testi normativi*, in *Rev. adv. públ. fed.*, 2018, 31.

altresì di una riflessione storica dell'ideologia che ha portato all'affermazione della certezza del diritto, con i differenti significati attribuiti dagli studiosi appartenenti a diversi ordinamenti e discipline, i diversi punti critici del principio quali sollevati dalla dottrina.

Il Secondo capitolo entra in maniera più puntuale nel tema della certezza del diritto. Si proverà in questa parte ad analizzare innanzitutto il concetto come richiamato nei testi costituzionali. Come si vedrà, il principio di certezza del diritto raramente si trova espressamente costituzionalizzato laddove la Costituzione spagnola, insieme in qualche modo a quella portoghese, costituisce una eccezione. Esso è in generale collegato allo Stato di diritto che esige il rispetto di una serie di principi connessi alla stessa certezza, ovvero quello di legalità, divieto di arbitrarietà del potere esecutivo, tutela giurisdizionale effettiva da parte di organi giurisdizionali indipendenti e imparziali nonché separazione dei poteri. Non potendoci limitare all'analisi dei principi ma ritenendoci rilevante, al fine di determinare il "grado di certezza" dell'ordinamento costituzionale nel suo complesso⁶⁰ quale derivante da una certa stabilità della norma assicurata nel tempo, ampia disamina sarà riservata qui alle norme costituzionali che, più o meno espressamente, "determinano" la disciplina delle fonti normative e, in particolare, nel loro rapporto tra norme interne e norme esterne, siano esse sovranazionali o internazionali, alla luce soprattutto della giurisprudenza costituzionale.

Nel terzo Capitolo ci si concentrerà, infine, sugli istituti che disciplinano soprattutto il diritto interno a partire da quelli riguardanti essenzialmente il profilo della legittimazione e autorizzazione a produrre forme-normative, ciascuna di questa sottoposta, come vedremo, a una relativa stabilità a seconda del previsto modo di modificazione. Quest'ultimo aspetto, quello delle procedure predisposte appositamente al fine di rendere più complessa o addirittura impossibile la modifica delle norme, sarà tenuto in particolare considerazione, consentendo al contempo di effettuare una sorta di classificazione a seconda del grado di irrigidimento presente nelle Costituzioni per garantire una certa stabilità normativa. Emergerà così, in ultimo, che, per quanto la certezza del diritto si profili come un principio giuridico ta-

⁶⁰ Così, L. PEGORARO, *op. ult. cit.*, 32.

lora non esplicitato, questa, attraverso principi, istituti e precetti riesce in ultimo ad essere in qualche modo perseguita.

5. *Gli ordinamenti oggetti di studio.*

La scelta degli ordinamenti che si esamineranno in questo lavoro è data dalla preferenza per quelle Carte costituzionali che prevedono diversi istituti per garantire una qualche stabilità e coerenza del diritto dando luogo a un certo grado di certezza oggettiva del diritto, variabile da ordinamento a ordinamento, nonché da quelle elaborazioni giurisprudenziali ritenute particolarmente rilevanti per il nostro tema.

In quest'ottica, al fine di far meglio emergere, sotto il profilo comparatistico, le eventuali diversità quanto alla disciplina presente nei diversi ordinamenti e, quindi, per poter procedere a una sorta di classificazione dei possibili vari gradi di certezza, si è deciso di prendere in esame alcune costituzioni europee che adottano misure, di natura formale e procedurale, limitative della modificabilità delle norme vigenti, mettendosi in luce la funzione specificamente svolta quanto alle esigenze della certezza del diritto. Sono questi i casi in particolare della Spagna, del Portogallo, della Francia, della Germania nonché dell'Italia. In queste ipotesi, oltre al testo costituzionale, sarà analizzata altresì la dottrina nonché e soprattutto, come si diceva, la giurisprudenza.

Vanno qui precisati, a tale ultimo proposito, alcuni aspetti circa il controllo di costituzionalità⁶¹. Quest'ultimo punto determina infatti delle differenze importanti che vanno a condizionare non solo il “grado” di monitoraggio delle fonti, altresì nel rapporto tra interne ed

⁶¹ Sulle giurisdizioni costituzionali classiche, v. J. LUTHER, R. ROMBOLI, R. TARCHI (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino 2000 nonché M. OLIVETTI, T. GROPPI (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003 e L. PEGORARO, *Sistemi di giustizia costituzionale*, Torino, 2019. Più di recente si vedano pure i diversi contributi pubblicati in DPCE ONLINE – SP1 2025 – *Giurisdizioni costituzionali e poteri politici. Riflessioni in chiave comparata*, a cura di R. TARCHI nonché, ivi, di quest'ultimo A., per un'analisi delle origini e sviluppi della giustizia costituzionale in Europa, *Giurisdizioni costituzionali e poteri politici. Riflessioni in chiave comparata. Considerazioni introduttive*, 2024.

esterne, ma anche il livello di “protagonismo” delle Corti supreme in questioni di legittimità costituzionali legate, tra l’altro, alla tutela dei principi fondamentali compreso quello in esame in questo lavoro.

Innanzitutto si deve osservare che i giudici costituzionali investiti di numerosi ricorsi da parte delle giurisdizioni ordinarie, come è nel caso ad esempio tedesco e italiano, hanno l’opportunità di meglio elaborare criteri di controllo e sviluppare ampie motivazioni, offrendo un dogma raffinato che si mostra, attraverso riferimenti espliciti a proprie decisioni precedenti, in grado di garantire un orientamento “stabile” e un quadro di riflessione che va ad esercitare una certa influenza anche al di fuori dell’ordinamento interessato, a livello sovranazionale e internazionale⁶². Questo segna una chiara differenza rispetto a quelle Corti che invece sono chiamate a pronunciarsi solo in modo astratto e in linea di principio una sola volta su leggi, come era sino a qualche tempo fa nell’ordinamento francese⁶³.

Generalmente poi i giudici costituzionali, soprattutto nel panorama europeo, possono esercitare sia un controllo astratto e principale, giacché precedente all’approvazione delle norme, sia un controllo concreto e incidentale con il rinvio pregiudiziale ad essi da parte del giudice *a quo*, secondo il principio della separazione tra giurisdizioni tipico del modello Kelseniano⁶⁴. Laddove esiste anche un controllo *a priori*, questo, come spesso accade, è di solito limitato a questioni specifiche, tra cui, come si vedrà, per quanto di interesse in questo lavoro, la revisione dei trattati internazionali come è all’art. 54 della Costituzione della Francia nonché, sull’esempio francese, all’art. 95, c. 2, della Costituzione spagnola (ove la revisione *a priori* delle leggi organiche è stata abolita nel 1985⁶⁵) e all’art. 278, c. 1, della Costituzione portoghese, per qualunque tipo di legislazione.

⁶² Sulla Germania, v., in particolare, M. JESTAEDT, *Phänomen Bundesverfassungsgericht: Was das Gericht zu dem macht, was es ist*, in M. JESTAEDT (a cura di), *Das entgrenzte Gericht*, Berlino, 2011, 130.

⁶³ Così, T. HOCHMANN, *Motivation et justice constitutionnelle: le modèle allemand*, in *Nouv. Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017, 5.

⁶⁴ V. J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, A. VON BOGDANDY, *La justicia constitucional en el espacio jurídico europeo*, Valencia, 2022.

⁶⁵ Legge organica n. 4/1985 del 7 giugno 1985.

Nel caso francese, come si anticipava, sino alla riforma costituzionale del 2008 e all'introduzione della "questione prioritaria di costituzionalità" di cui all'art. 61-1 Cost. che replica il modello italiano di giustizia costituzionale in via incidentale salvo che per il "filtro", rispetto ai giudici ordinari, operato da corti supreme come la *Cour de cassation* o il *Conseil d'État*, il *Conseil Constitutionnel* poteva intervenire solo preventivamente nel corso della procedura legislativa. Di conseguenza il dialogo qui tra giudici ordinari e il giudice costituzionale, anche per un controllo della normativa europea, è mancato per lungo tempo mentre il controllo sulle leggi è risultato di scarsa rilevanza, limitato a quello preventivo, rifiutando sempre peraltro i giudici di effettuare un controllo di incostituzionalità che non potevano sanzionare direttamente come è invece nel caso del Portogallo. Quest'ultimo Paese è caratterizzato da un sistema «unico»⁶⁶ nel quadro europeo, cosiddetto di tipo «misto»⁶⁷, ove tutti i giudici ordinari, secondo la logica del modello diffuso⁶⁸ tipica del *common law*, hanno il potere di emettere pronunce di incostituzionalità (art. 204 Cost.). In questo ordinamento il *Tribunal Constitucional* non detiene il monopolio dell'interpretazione della Costituzione⁶⁹, salvo in casi specifici ove pure

⁶⁶ Cfr. M. L. AMARAL, *O modelo português de justiça constitucional. Análise crítica*, in *An. Iberoamericano Just. Const.*, 2007, 32.

⁶⁷ Così, anche, in dottrina italiana, V. M. BELLETTI, *Il sistema di giustizia costituzionale portoghese*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, 267 ss.

⁶⁸ Opposto a quello "concentrato" o monopolizzato secondo la definizione elaborata da Cappelletti. V. M. CAPPELLETTI, *Judicial Review in Comparative Perspective*, in *Calif. L. Rev.*, 58, 1970, 1033. Dissente dall'idea che «specializzazione» e «monopolio» siano sovrapponibili giacché il fatto «che un organismo sia competente non vuol dire che sia da intendersi come unico», citando come esempio proprio quello lusitano, M. CARPENTIER, *Pour de nouveaux modèles de justice constitutionnelle*, in *RIDC*, 2016, 193.

⁶⁹ Questi, oltre al controllo concreto, può effettuare un controllo astratto, rafforzandosi così la concentrazione del controllo giudiziario in capo allo stesso Tribunale Costituzionale. Questo tipo di controllo può essere richiesto da specifiche autorità, per diverse ipotesi tra cui «l'incostituzionalità di una norma» oppure «la illegittimità di qualsiasi norma contenuta in un atto legislativo a motivo della violazione di una legge con valore rinforzato» (art. 281), il controllo preventivo facoltativo su leggi e trattati (art. 278 par. 1, 2) e il controllo per omissione legislativa (art. 283). Così, A. WEBER,

si ammette l'eccezione di incostituzionalità, tra cui, nell'ipotesi di ricorso contro le decisioni dei tribunali, come stabilito all'art. 280 Cost⁷⁰. I giudici lusitani, nell'esercizio del generico potere del *judicial review*, hanno di conseguenza la possibilità di pronunciarsi sulla «costituzionalità» del diritto comunitario, con un'efficacia limitata al caso individuale. Quest'ultimo punto, quello, cioè, del giudizio di legittimità costituzionale destinato ad operare soltanto nel caso singolo, assume senza dubbio un'importanza cruciale per la certezza del diritto. Come si vedrà, sarà proprio questo aspetto ad essere invocato peraltro dalla Corte costituzionale italiana, in particolare negli ultimi anni, ai fini della certezza del diritto specificamente comunitaria ma anche a garanzia della «certezza del diritto costituzionale»⁷¹. A differenza della disapplicazione che lascia sopravvivere la norma interna e ha efficacia limitata al caso concreto, il sindacato accentrato, come pure si sostiene, vedendo effetti *erga omnes* rispetto alle decisioni adottate dal giudice *ad hoc* chiamato al controllo di costituzionalità, assicura un maggior grado di certezza del diritto ai fini anche della tutela dei diritti fondamentali.

Per altro verso, tornando al sistema francese, prevedendosi, sino a qualche tempo fa, solo un controllo preventivo di costituzionalità, i giudici francesi non potevano neanche sottoporre eventuali dubbi di legittimità costituzione al *Conseil Constitutionnel*⁷². È risultato così assente, al contempo, altresì un certo attivismo giurisprudenziale della Corte costituzionale francese, soprattutto nel processo di integrazione europea, attivismo che ben caratterizza invece il giudice costituzionale

Notes sur la justice constitutionnelle comparée: convergences et divergences, in *AIJC*, 19, 2003, 36.

⁷⁰ Secondo l'art. 280 Cost., si può ricorrere al *Tribunal constitucional* contro le decisioni dei tribunali ordinari allorché: a) rifiutino l'applicazione di qualsiasi norma a motivo della sua incostituzionalità; b) applichino norme la cui incostituzionalità sia stata eccepita durante il processo. Sul punto v. J. MIRANDA, *La justicia constitucional en Portugal*, in *An. Iberoamericano Just. Const.*, 1997, 325 ss.

⁷¹ Così, A. BARBERA, *Relazione del Presidente della Corte costituzionale*, in *cortecostituzionale.it*

⁷² Cfr. O. JOUANJAN, *Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France: un bilan critique*, in *Jus Pol.*, n° 2, 2009.

tedesco che ha fatto della Costituzione e della tutela dei suoi limiti il centro della sua dogmatica⁷³.

Un ultimo aspetto da evidenziare è quello infine riguardante la tutela dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione che, in alcuni ordinamenti, trova strumenti procedurali determinati costituenti addirittura la forma più comune di ricorso⁷⁴, quali, in particolare, il *recurso de amparo* in Spagna e il *Verfassungsbeschwerde* in Germania, consentendo di adire direttamente, in caso di violazione, il giudice costituzionale⁷⁵.

⁷³ Cfr. M. JESTAEDT, cit. 131.

⁷⁴ A. ORLANDO, *Verfassungsbeschwerdee recursode amparo: quale posto per la Carta dei diritti fondamentali dell'UE?* in DCPEonline, 2025, 450, con la statistica riportata spec. in nota 4.

⁷⁵ V., in generale, R. TARCHI (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Torino, 2015; H. FIX-ZAMUDIO, voce *Amparo*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988 nonché H. FIX-ZAMUDIO, E. FERRER MAC-GREGOR (a cura di), *El derecho de amparo en el mundo*, Messico, 2006. Resta un mero formalismo, a seguito della riforma del regime specificamente nel sistema spagnolo, a dire in particolare di F. FERNÁNDEZ SEGADO, *La reforma del régimen legales-procesal del recurso de amparo*, Madrid, 2008, 91.

CAPITOLO I

PROFILI TEORICI.

LA DOGMATICA IN UNA PROSPETTIVA COMPARATA

SOMMARIO: 1. La certezza del diritto. Sul suo concetto tra dimensione soggettiva e dimensione oggettiva nella visione dottrinale comparata. – 2. Il processo di modernizzazione tra il XVIII e il XIX secolo e l'affermazione della certezza giuridica. – 2.1. La certezza del diritto e la statualità nel periodo della Seconda guerra mondiale. – 2.2. L'antitesi certezza del diritto e giustizia. – 3. Il principio di legalità come certezza del diritto nello Stato fascista. – 4. La certezza del diritto nel secondo dopoguerra e negli anni della ricostruzione. – 5 La svalutazione della certezza tra flessibilità del diritto ed esaltazione dell'effettività. La dottrina tedesca – 5.1. La dottrina italiana, francese e spagnola. – 6. La certezza del diritto negli anni più recenti.

1. La certezza del diritto. Sul suo concetto tra dimensione soggettiva e dimensione oggettiva nella visione dottrinale comparata.

La formula “certezza” del diritto può essere letta in generale, da un punto di vista ontologico, come permanenza nel tempo, quanto alla norma, di un determinato contenuto precettivo. In quest'ottica il rinvio del termine certezza sembra essere a quell'esigenza ritenuta fondamentale della «prevedibilità» delle conseguenze giuridiche che l'ordinamento giuridico connette al comportamento dell'individuo al compimento o al verificarsi di determinati atti o fatti¹, da considerare in un'ottica di dinamismo ordinamentale. Intesa in questo senso, quest'espressione, privilegiata nell'ordinamento italiano, sembrerebbe così rinviare a quell'aspirazione massima, cui un ordinamento dovrebbe essere teso, volto a garantire una certa “stabilità” della norma per un periodo temporale non relativamente breve e, con questa, infine, coerenza tra normative che si susseguono nel tempo. Quest'idea si porrebbe tuttavia, a detta di parte della dottrina, in contrasto con il

¹ Così, spec., M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, 1979, 9 ss.

profilo pragmatico che gli farebbe da contrappunto. Quest'ultimo vedrebbe venir meno invero tale stabilità fin da subito, allorché la norma adottata è poi eseguita nei processi di applicazione del diritto, stante il carattere pluralistico della odierna società². Si tratta di un tema fortemente dibattuto su cui sarà opportuno tornare nel proseguo della trattazione. È qui doveroso innanzitutto operare una premessa nominalistica e concettuale.

Non tutti gli ordinamenti europei utilizzano, come è nel caso italiano, l'espressione *certezza*. Taluni ricorrono a formule linguistiche che, sotto il profilo contenutistico, possono assumere significati diversi. In alcuni paesi, come ad esempio la Francia, la Spagna, il Portogallo o la Germania, si è prevalentemente utilizzata la nozione di "sicurezza" (*sécurité juridique*, *seguridad jurídica*, *segurança jurídica*, *Rechtssicherheit*). Più che nel caso dell'espressione "certezza", la sicurezza è un termine legato all'idea di "ordine" e "protezione". La *seguridad* risponde a un bisogno, ovvero a un «desiderio radicato nell'uomo», che è terrorizzato dalla *inseguridad* della sua esistenza e dall'incertezza a cui è sottoposto, necessità che il diritto cerca di soddisfare mediante la dimensione giuridica della sicurezza³. La sicurezza giuridica, dal canto suo, configurandosi quale uno degli scopi del diritto, sembra così porre in particolare risalto la stretta connessione tra la statualità e la pace⁴.

In quest'ottica, riprendendo specificamente la visione di uno studioso francese, se il lemma *sûreté*, preferito alla formula *certitude juridique*, indica la sicurezza oggettiva, ossia il «fatto» di essere oggettivamente posto al riparo dal pericolo, la *sécurité* sta invece a indicare il «sentimento di sicurezza» che prova il soggetto che si crede al riparo dal pericolo⁵. Il concetto della sicurezza si mostra così qui molto più

² Mette in rilievo questa problematicità, A. PIZZORUSSO, *Certezza del Diritto I) Profili applicativi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 2 ss.

³ A. E. PÉREZ-LUÑO, *La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia*, in *Boletín de la Facultad de Derecho*, 2000, 25.

⁴ Così Luciani allorché osserva, a proposito degli ordinamenti succitati, come lo stretto collegamento tra comunità politica, sicurezza e pace permane chiaramente nel lessico utilizzato per cui «la certezza altro non è che sicurezza riguardata nella prospettiva del diritto, e la sicurezza altro non è che il risultato della pace». M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, n. 4/2014, 28 ss.

⁵ Cfr. P. RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Parigi, 2009, 6.

ampio rispetto a quello della certezza, andando ad includere diverse situazioni giuridiche comprese quelle materiali e strutturali per un funzionamento sicuro dell'ordinamento giuridico quale è, ad esempio, quello relativo all'organizzazione dell'apparato giudiziario⁶. In questi ordinamenti la certezza, non perdendo il suo collegamento con lo Stato e, ancor prima⁷, con la comunità politica, viene intesa soprattutto sotto il profilo soggettivo della (oggettiva) sicurezza. Questa connessione tra statualità, sicurezza e certezza risulta invece più sfumata laddove si ricorra al termine "certezza".

Se in generale, quest'ultimo concetto può assumere, secondo l'interpretazione della dottrina italiana, due significati – ovvero quello, in senso soggettivo, di ferma convinzione della verità di un enunciato oppure, in senso oggettivo, della capacità di un enunciato a garantire la sua corrispondenza ai fatti della realtà – si ritiene anche che questi significati siano l'uno distinto dall'altro sia pure fra loro collegati⁸. Recuperando il legame tra sicurezza dell'ordinamento, certezza e Stato, si sostiene pure, per altro verso, che nel caso specifico del diritto, che si caratterizza per fatti riguardanti relazioni interpersonali, il senso oggettivo della certezza si vada a configurare come presupposto di quello soggettivo, quest'ultimo continuando a trovare concretizzazione nel principio secondo cui è nella possibilità per ciascun individuo di potere prevedere, nell'ambito di un sistema normativo, le conseguenze del proprio comportamento. Qualche studioso leggendo il concetto di certezza come sicurezza arriva così a considerare la dimensione soggettiva della certezza legata alle aspettative dei singoli di prevedibilità e controllabilità, intese queste come relative non solo alle conseguenze del proprio agire ma anche alle «decisioni giuridiche provenienti da qualche soggetto pubblico (legislatore, amministrazione, giudice)», finendo con l'includere profili strutturali generalmente più legati a quella di-

⁶ Così, M. LUCIANI, *L'eclipse de la sécurité juridique*, in RFDC, 2014, 991.

⁷ Così, M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza*, cit., 27 laddove ritiene che se si guarda alla certezza «avvertiamo facilmente quanto essa costituisca un valore connesso all'idea stessa della statualità (e prima ancora della comunità politica)».

⁸ V., in tal senso, M. CORSALE, *Certezza del diritto. Profili teorici*, cit., 1 laddove si osserva per certezza «in senso soggettivo s'intende la convinzione della verità di un asserto, mentre in senso oggettivo s'intende l'attitudine di un asserto a garantire la sua corrispondenza ad uno stato di cose».

menzione ritenuta oggettiva. La certezza del diritto, secondo questo ragionamento, vista nella sua dimensione oggettiva, si risolverebbe più propriamente «in qualità del sistema giuridico»⁹.

D'altro canto, come si diceva, anche negli ordinamenti in cui si ricorre alla formula “sicurezza” i due profili non si mostrano così distinti, sia pure collegati, volendosi indicare con maggiore chiarezza con tale formula un ambito più esteso.

Nella dottrina spagnola la *seguridad jurídica* è intesa, ad esempio, nel suo significato soggettivo incarnato dalla *certeza del derecho*, come proiezione nelle situazioni personali di garanzie al contempo strutturali e funzionali della certezza oggettiva¹⁰. In quest'ottica, alcuni studiosi spagnoli¹¹, ancora più chiaramente, sostengono che la sicurezza giuridica include sia una dimensione oggettiva, «legata alla regolarità strutturale e funzionale dell'ordinamento giuridico» che una dimensione soggettiva, ovvero la *certeza jurídica*¹². Più propriamente, il profilo oggettivo, *stricto sensu*, troverebbe espressione nella «necessità oggettiva di regolarità strutturale e funzionale dell'ordinamento attraverso le sue regole e istituzioni»¹³ laddove la certezza in senso soggettivo è intesa come una «proiezione di oggettiva sicurezza nelle situazioni personali»¹⁴ per cui il destinatario della norma è messo nelle condizioni di conoscere preventivamente e chiaramente ciò che è comandato, permesso o proibito. In questa visione il requisito oggettivo della sicurezza (della soggettiva certezza), si va specificando a sua volta attraverso una duplice esigenza: quella “strutturale”, implicante una adeguata formulazione delle norme dell'ordinamento giuridico realizzabile grazie all'osservanza di diversi principi e istituti, e quella “funzionale” data

⁹ Cfr. M. IMMORDINO, *Il principio di certezza del diritto nei rapporti tra Amministrazione e cittadini*, Torino, 2003, 24.

¹⁰ Così, A. E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, cit., 28.

¹¹ Si veda, in particolare, A. E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, ult. op. cit., nonché J. I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, *El concepto y alcances de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado*, in *Cuadernos de derecho público*, 2006, 18.

¹² J. CALVO GONZÁLEZ, *Certeza jurídica y ignorancia del derecho*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2007, 8 ss.

¹³ Così, E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, cit., 29.

¹⁴ E. PÉREZ LUÑO, *Ibidem*.

dalla osservanza del diritto da parte dei suoi destinatari e «soprattutto degli organi responsabili della sua applicazione»¹⁵.

In questo contesto, in virtù in particolare della lettura offerta dalla dottrina ispanica, la certezza/sicurezza del diritto si configura pertanto come un elemento fondamentale del sistema normativo costituzionale, potendo essere garantita solo attraverso un impianto strutturale e procedurale che produce norme in grado, stante la loro determinazione a un livello superiore, di vincolare i suoi destinatari e, tra questi, innanzitutto i soggetti tenuti ad attuarle, obbligandoli a “conformarsi” al precetto normativo ad essi superiore¹⁶. Alla luce di questo costrutto logico-concettuale, non sorprende se allora la certezza/sicurezza del diritto, secondo qualche autore spagnolo, si mostra, a prescindere dal duplice profilo, come un «fine che, almeno in una certa misura, si realizza intrinsecamente a partire dall’istituzione stessa del diritto, e come conseguenza dell’ordine che essa comporta; quindi è anche logico che venga immediatamente qualificato come effetto oggettivo (...)»¹⁷.

Appare evidente, così, come il principio della certezza espresso con la formula della sicurezza tenda a mantenere più forte il legame tra pace, Stato e il suo apparato. In generale, negli ordinamenti che ricorrono a tale espressione, il principio si configura pertanto come uno stretto corollario dello Stato di diritto quale affermato già a partire, come si vedrà, dalle Carte costituzionali: qui la certezza del diritto viene assicurata da un ordinamento giuridico che si mostra composto da norme precise e determinate, con organi specificamente determinati, chiamati all’applicazione delle norme stesse. Integra quest’ottica di Stato di diritto, potremo dire più procedurale-formale, quella visione, elaborata in particolare da una parte della dottrina francese, che vuole la certezza del diritto sì come «consustanziale» allo Stato di diritto ma nella sua evoluzione passando «da un sistema formale a un sistema contenente esigenze materiali»¹⁸, teso a garantire i diritti fondamentali.

¹⁵ V. E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia*, in *BFD*, 2000, 28.

¹⁶ Si veda, E. PEREZ LUÑO, *La seguridad jurídica y sus paradojas actual*, cit., 126.

¹⁷ Cfr. J. L. MEZQUITA DEL CACHO, *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, Barcelona, 1989, 48.

¹⁸ Così, B. MATHIEU, *France, Rapport à la Table ronde sur Constitution et sécurité juridique*, in *Annuaire int. de just. const.*, 1999, 156 ss.

Secondo la dottrina francese e spagnola, addirittura, la sicurezza più che come una conseguenza, si rivela come la «finalità primaria» del diritto¹⁹ ovvero il «primo valore che il diritto realizza (immancabilmente) fin dalla sua costituzione nella sua forma o manifestazione più primaria». La certezza del diritto, in questo senso, quale fine del diritto, è inteso come mezzo per dare effetto ad altre garanzie e beni giuridici come, ad esempio, la legalità, e il giusto processo. Ricorrendo alle parole di uno studioso spagnolo, per questa dottrina la certezza si configura allora come «il primo valore giuridico per andare dal regno del dovere a quello dell'effettivo essere»²⁰.

Alla luce di questa prima sintetica analisi dottrinale, volendo qui, in chiusura, effettuare un primo tentativo definitorio della certezza del diritto per come verrà assunta in questo lavoro, si può dire che se essa può essere considerata, senza dubbio, sotto il profilo soggettivo, secondo quell'accezione che la vede come possibilità, per ciascun individuo, di prevedere, nell'ambito di un dato sistema normativo, le conseguenze giuridiche, o la qualificazione giuridica, di determinati atti o fatti²¹, la prevedibilità considerata in questo lavoro è quella relativa soprattutto all'intervento (o al non intervento) di tali ultimi organi anche in relazione allo specifico caso concreto, sulla base di una struttura normativa preordinata. Quest'idea di "prevedibilità" degli atti normativi implicherà, al fine dell'osservanza da parte dei destinatari dei precetti in essi espressi inclusi gli organi con competenze giuridiche, decisionali o solo esecutive, responsabili della loro attuazione e applicazione, ancor prima la possibilità di prevedere, in virtù di criteri normativi²², l'esito dell'attività dell'organo deputato alla "scelta/decisione giu-

¹⁹ B. PACTEAU, *La sécurité juridique, un principe qui nous manque?* in A.J.D.A., 1995, 151 nonché M. FROMONT, *Le principe de sécurité juridique*, in A.J.D.A., 1996, 178.

²⁰ Così, E. DIAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, 1977, 40.

²¹ Così, N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, 243 ss.

²² Sulla prevedibilità rilevante ai fini della certezza del diritto quale «non può essere intesa in un senso puramente empirico, naturalistico o finanche deterministico – come quasi tutti ammettono» dovendo piuttosto «risolversi nella disponibilità di un criterio normativo, o meglio di un insieme di criteri normativi (e non di semplici dati fattuali), alla luce dei quali sia possibile effettuare valutazioni ragionevolmente attendibili sulle conseguenze giuridiche di determinati atti o fatti», si v. G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2018, in part. 522.

ridica” certa e stabile quanto più non legata al singolo caso: allorché questo organo adotti, attraverso un procedimento verificabile e razionale (in quanto attendibile e anticipabile da qualunque soggetto ragionevole), una norma, determinandone chiaramente il contenuto, in attuazione di una norma di livello superiore²³, la prevedibilità dell’atto di decisione si traduce così in controllabilità. Dal momento che il contenuto di quest’atto è quello che razionalmente deriverebbe dall’osservanza di una serie di criteri e premesse normative²⁴, la prevedibilità qui non coincide allora con la mera ‘previsione’, quale sarebbe una decisione che si fondi su semplici dati empirici, ma con il modo previsto con cui il sistema giuridico organizza la produzione e la possibilità di cambiare le norme e di concretizzarle nei casi concreti, condizionando un eventuale sindacato.

Ci si chiede così se oggi gli ordinamenti liberali caratterizzati peraltro da apertura ad altre fonti, oltre quelle interne, e quindi dall’affermazione di un modello pluralistico sotto il profilo giuridico, sono in grado – e secondo quale grado – di garantire la certezza come stabilità delle norme e infine come “verificabilità” delle decisioni giuridiche. Un ordinamento rispettoso o meno della certezza del diritto non può invero dirsi soltanto alla luce della proclamazione del principio di certezza e/o di Stato di diritto. Risulteranno fondamentali, nel diritto dispositivo, l’individuazione di tutta una serie di criteri su cui si dovrebbe fondare la decisione autoritativa. In quest’ottica, non sarà allora sufficiente che nel diritto costituzionale esistano norme che prevedano l’adozione di altre norme in virtù di un determinata procedura di produzione che, obbligatoriamente, a pena di annullabilità, deve essere tale per cui le norme siano individuabili e conoscibili prima di essere applicate, ben potendo peraltro quest’ultime essere modificate successivamente²⁵. Oltre a queste norme concernenti il modo di pro-

²³ Cfr. L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, cit., 157.

²⁴ Cfr. L. GIANFORMAGGIO, *op. ult. cit.*, 85. L’A., pur muovendo da una definizione iniziale di certezza come prevedibilità, conclude che la certezza è «funzione [...] dell’esistenza e del rispetto da parte dell’organo decidente e di altri organi, delle regole alla cui stregua si valutano come corrette o scorrette delle decisioni. [...] la prevedibilità delle decisioni in questo senso si traduce in controllabilità: il valore specificamente giuridico della certezza è dunque la controllabilità delle decisioni giuridiche».

²⁵ Così, O. PFERSMANN, *Sécurité juridique et Constitution*, Rapport pour la XIV^e-

duzione nonché quelle riguardanti il modo di modificazione del diritto, si mostrano essenziali i «criteri normativi atti a realizzarne l'unità al di sopra della pluralità delle norme»²⁶, idonei ad assicurare coerenza e quindi stabilità/certezza alle norme.

Da quest'ultimo punto di vista, a seconda cioè della presenza o meno di criteri prestabiliti, se un ordinamento presenterà un grado di rigidità, più o meno elevato, si porrà tuttavia in contrapposizione, a dire di parte della dottrina, un problema di flessibilità delle soluzioni quale eventualmente richiesta dalla particolarità dei casi specifici²⁷ e, con questo, di adattamento ad un contesto in evoluzione. Le leggi, a parere di uno dei primi studiosi italiani del secolo scorso della certezza del diritto, «devono poter essere mutate ed anzi sono di loro natura mutevoli, perché il diritto è profondamente legato alla storia ed al suo incessante processo»²⁸ mentre, per altro verso, si osserva anche che solo fino ad un certo punto la “concretizzazione” risponderà alla norma relativamente più generale ed astratta.

Per meglio comprendere allora anche questi profili dottrinali sulla rigidità/flessibilità del diritto si ritiene in questa opportuno, prima di procedere all'analisi dei vari ordinamenti costituzionali in questo lavoro presi in considerazione, esaminare la discussione generata intorno alla certezza nei tempi moderni alla luce della politica del diritto, nella tradizione filosofica-giuridica.

2. *Il processo di modernizzazione tra il XVIII e il XIX secolo e l'affermazione della certezza giuridica.*

La certezza del diritto è stato oggetto, in tempi relativamente recenti, di specifica e profonda riflessione soprattutto da parte degli studiosi appartenenti alla tradizione filosofico-giuridica. Questi, tuttavia, piuttosto che ragionare in quei termini propri della filosofia teoretica

me Table Ronde internationale d'Aix-en-Provence, septembre 1999, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* XV (1999), Paris, 2000, 109.

²⁶ Cfr. V. CRISAFULLI, voce *Fonti del diritto* (dir. cost.), in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 954.

²⁷ In questo senso, v. A. PIZZORUSSO, *Certezza del diritto*, cit., 1.

²⁸ Così F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 70.

tesa alla ricerca delle «condizioni di validità della conoscenza (in questo caso, applicata al diritto)»²⁹, spingendosi a guardare, per dirla in un senso generale, all'apparato concettuale della scienza giuridica stessa come assunto a oggetto di analisi logica³⁰, si sono prevalentemente interrogati sull'importanza della certezza per il diritto. È soprattutto su questo aspetto e sulla sua realizzazione sotto il profilo pratico che sono state così elaborate varie teorie, aprendosi posizioni divergenti. In quest'ottica, in contrapposizione a quelli che hanno affermato la grande rilevanza della certezza del diritto, si sono posti quegli studiosi che ne hanno o messo in dubbio la effettiva realizzazione evidenziandone la difficile attuazione sul piano della giustizia o negato addirittura in maniera netta la sua realizzabilità³¹.

In quest'ottica, esaminare, sia pure brevemente, le principali diversità di approccio alla tematica può essere importante, come si anticipava, per meglio comprendere le differenti conseguenze derivanti dal considerare la certezza del diritto sotto un profilo piuttosto che un altro e, al contempo, per mettere in evidenza i limiti e l'impossibilità di realizzare risposte pienamente soddisfacenti alle esigenze poste dall'uno o dall'altro approccio. La questione non è peraltro recente.

Già con il passaggio dallo stato di natura ad una comunità basata sul patto sociale, quale teorizzata, tra gli altri, da Hobbes, Locke, Kant e Leibnitz, si era andato affermando la necessità del superamento dello *ius incertum* e la sua conversione in uno stato di sicurezza innanzitutto della pace³² e con questa, quale suo presupposto, del diritto³³. Qui la certezza è considerata come sicurezza della convivenza ma anche dei diritti. Gli uomini della Rivoluzione francese

²⁹ Così M. CORSALE, *Certezza del diritto*, op. ult. cit., 1

³⁰ In questi termini si v., anche, R. GUASTINI, *Diritto, filosofia e teoria generale del (voce)*, in *Enc. Scienze sociali*, Roma, 1993, III, 77.

³¹ *Ibidem*.

³² Il riferimento è chiaramente a T. HOBBS, *Leviatano*, trad. it., *Leviathan* (1651), Firenze, 1987, 168.

³³ Il termine inizia invero ad essere invocato rispetto a diversi ambiti, oltre quello giuridico, quale ad esempio, il settore sociale, sanitario oppure lavorativo. Su questo punto e l'inflazionato utilizzo del termine al punto che «es probable que no existan términos tan asiduamente invocados hoy como la seguridad», nella dottrina spagnola, vedi A. E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, cit., p. 9.

non guardavano soltanto, come pure «troppo spesso si è pensato»³⁴, alla protezione delle persone e della proprietà quando usavano la parola “sicurezza” ma anche alla tutela dei diritti come chiaramente si evince dalle dichiarazioni girondine e giacobine³⁵. L’avanzare della borghesia, con il suo individualismo e i suoi miti del progresso economico e scientifico, andava imponendo nuove esigenze, in particolare, quelle di tutela dei singoli, nei confronti degli altri nonché del potere pubblico: la sicurezza va prospettandosi anche e soprattutto come «la garanzia della possibilità di trafficare pacificamente, di stabilire rapporti economici con chiunque, di godere indisturbati della proprietà». Essa, in poche parole, va assumendo il significato di «garanzia di rapporti giuridici chiari, univoci e modificabili solo per volontà degli interessati», ovvero, di «garanzia di certezza nei rapporti giuridici di cui il singolo è titolare»³⁶. È in quest’ottica che si va così affermando lo stretto legame tra «l’osservanza delle leggi naturali necessaria a conservare la pace» e “la sicurezza” ritenuta «necessaria all’osservanza delle stesse leggi naturali»³⁷. Queste ultime, dal canto loro, intese come dettami della «retta ragione» che è operazione di calcolo, al fine di meglio conseguire la pace (e quindi realizzare il valore supremo della conservazione della vita), devono trovare il mezzo più efficace nello Stato, definibile come quella «persona dei cui atti ogni membro di una grande moltitudine, con patti reciproci, l’uno nei confronti dell’altro e viceversa, si è fatto autore, affinché essa possa usare la forza e i mezzi di tutti, come penserà sia vantaggioso per la loro pace e la comune difesa». La sicurezza, in questa nuova convinzione, non può perciò essere perseguita se non nello stato civile, cioè in quello stato in cui le azioni degli uomini non sono più incondizionatamente ma condizionata-

³⁴ F. LUCHAIRE, *La sûreté: droit de l’Homme ou sabre de M. Prudhomme?* in RDP, 1989, 609.

³⁵ In particolare, qui all’art. 8, si dispone che «La sûreté consiste dans la protection accordée par la société à chacune ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés».

³⁶ M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, cit., 190.

³⁷ I passi nel testo sono tratti dal *De cive*, 148. Cito dalla traduzione di N. BOBBIO, *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes*, in AA.VV., *Studi in memoria di Gioele Solari*, Torino, 1954, in part. 78.

mente imposte, attraverso leggi (civili) che prevedono e regolano un determinato comportamento. Si va, al contempo, altresì delineando, in qualche modo, la differenza tra sicurezza come pacifica convivenza sociale e sicurezza come realizzazione e applicazione delle norme.

Come sarà osservato in seguito «la certezza di Hobbes è la certezza di una soluzione e la sicurezza di una convivenza; quella di Leibnitz la certezza di una argomentazione, di una dimostrazione: il primo si preoccupa di come porre un ordinamento; il secondo dell'applicazione di un ordinamento dato»³⁸. È in ogni caso in tal modo, anche grazie agli illuministi, che si andrà affermando, insieme ai valori della libertà, dell'eguaglianza e della giustizia, il principio della certezza del diritto³⁹. La predisposizione di regole generali, ossia la *volonté générale* dello Stato con la mera esecuzione dei giudici nei casi concreti è ritenuta necessaria se non si vuol vivere in una società, osserva Montesquieu, «sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte»⁴⁰.

La «forma del diritto» non potrà che essere allora, dirà in seguito Pescatore sul finire dell'ottocento, una «regola certa»: il certo, a differenza dello «utile civile e sociale» ritenuti elementi sostanziali, «è quel principio formale, che aggiungendosi alla sostanza, compie, se non crea, il diritto, dandogli l'essere esterno e permanente, una

³⁸ Così, T. ASCARELLI, *Introduzione. Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, in *Th. Hobbes, A dialogue between a philosopher and a student of the Common Law of England / Leibniz, G.W., Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum – De casibus perplexis – Doctrina conditionum – De legum interpretatione*, 1960, Milano, 7.

³⁹ Per un *escursus* storico circa l'affermazione del principio, con tracce anche nel giusnaturalismo, si rinvia a M. CORSALE, *Certezza del Diritto. I) Profili teorici*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 2 ss. Per una bibliografia essenziale, quanto alla dottrina italiana, si veda, in particolare da un punto di vista teorico e gius-filosofico, oltre al citato Corsale, a P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, Milano, 1942, A. PIZZORUSSO, *Certezza del Diritto*, cit., 1 nonché S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Catanzaro, 2002. Per una prospettiva comparata si rinvia, invece, a L. PEGORARO, *La tutela della certezza giuridica in alcune costituzioni contemporanee*, in L. Gianformaggio e M. Jori (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, 1997, 705.

⁴⁰ Cfr. J. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, XI, Edizione commentata da L. Verini, Paris, 1995, 47.

consistenza obiettiva e indipendente dal beneplacito arbitrario dell'uomo»⁴¹. Nell'interpretazione e applicazione degli atti civili, da parte del giureconsulto e del giudice, saranno poi la «logica del diritto e il sistema di legalità» a non far venir meno un «principio certo di legge»⁴².

Nel processo di modernizzazione che si avvia tra il XVIII e il XIX secolo e di instaurazione di un'organizzazione capitalistica della società, si va affermando così, in generale, il principio della statualità del diritto come certezza: la razionalizzazione e la sistematizzazione formale del diritto nonché, in particolare, la crescente prevedibilità delle conseguenze giuridiche del proprio agire (necessaria per l'esercizio della razionalità calcolante), sono intesi come le condizioni necessarie per l'esistenza dello stesso sistema capitalistico⁴³, sistema che non può fare a meno della certezza giuridica. Questa a sua volta, scriverà Weber, non può essere garantita ricorrendo alla giustizia materiale e ai tradizionali riti risultando piuttosto necessaria la prevedibilità del funzionamento del processo giuridico, assicurato dal legalismo e dalla statualità del diritto: il capitalismo «non potrebbe continuare se il suo controllo delle risorse non fosse sostenuto dalla imposizione legale dello Stato; se i suoi diritti formalmente giuridici non fossero sostenuti dalla minaccia della forza»⁴⁴ mentre è la «giustizia formale» a garantire la «massima libertà per le parti interessate a rappresentare i propri interessi giuridici formali»⁴⁵.

Sulla scia di questo nuovo processo di modernizzazione che va investendo, sia pure in maniera non equilibrata, l'intero sistema sociale emerge in maniera sempre più predominante l'esigenza di una razionalizzazione formale del diritto e quindi la necessità della certezza del diritto. La soddisfazione di questa esigenza richiede un soggetto, quale è lo Stato, in grado di statuire in maniera accentrata e autoritaria e una regolamentazione giuridica sempre più astratta quale è la legge.

⁴¹ Così, M. PESCATORE, *La logica del diritto: frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, Torino, 1883, 64 ss.

⁴² Ancora, M. PESCATORE, *op. ult. cit.*, 67.

⁴³ Cfr. M. WEBER, *Economy and Society*, California, 1968, 883.

⁴⁴ M. WEBER, *op. ult. cit.*, 65.

⁴⁵ M. WEBER, *op. ult. cit.*, 812.

2.1. *La certezza del diritto e la statualità nel periodo della Seconda guerra mondiale.*

D'altronde, anche in seguito, in un momento storico particolare quale fu da lì a breve quello della dittatura fascista, nel quadro di una situazione generale di crisi dei valori giuridici, la statualità del diritto si va identificando con la certezza. La "certezza dei diritti", oltre che dei "doveri individuali", assume in questo periodo difficile un ruolo centrale: la certezza del diritto viene considerata, anche da Calamandrei come era per gli illuministi, come un «supremo bene nello Stato»⁴⁶. Nel pensiero del giurista fiorentino, in particolare, con l'espressione certezza del diritto si allude a una «elementare esigenza pratica di ogni convivenza civile», considerabile quale «primo gradino della legalità»: qui, cioè, il diritto deve essere "certo", attraverso norme costanti, rispetto cui vi è «un impegno preso *a priori* dallo Stato» affinché il singolo abbia la «possibilità pratica» di conoscere, prima di agire, quali sono le attività permesse e quelle vietate, ovvero «quali sono i limiti esterni entro i quali egli può, nel vivere sociale, esercitare la sua libertà senza violare la libertà altrui»⁴⁷. Nello stesso periodo anche Crisafulli scriverà che esigenza, «essenzialmente propria dello Stato moderno», intesa quale regola costituzionale «principalissima», è la certezza del diritto⁴⁸.

Peraltro proprio alla società, come «sistema di garanzie dell'azione» dell'individuo e «coordinamento obiettivo delle azioni», ove il comportamento è reso possibile nel suo sviluppo proprio grazie alla «certezza che all'individuo viene conferita in quella società»⁴⁹, guarda anche un altro studioso che per primo, durante la Seconda guerra mondiale, ha dedicato grande attenzione al problema della certezza, divenendo un punto di riferimento classico per il tema. Lopez, pur senza indagare i diversi significati riconducibili all'idea della cer-

⁴⁶ Così, P. CALAMANDREI, *Il Giudice e lo storico*, in *Riv. di dir. proc. civ.*, XVII-XVIII, Padova, 1939, 125.

⁴⁷ Così, ancora, P. CALAMANDREI, *Appunti sul concetto di legalità*, ora in *Opere Giuridiche*, Vol. III, *Diritto e processo costituzionale*, Roma, 2019, 62.

⁴⁸ V., V. CRISAFULLI, *I principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940, 695, ss.

⁴⁹ F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, cit., 48.

tezza, sostiene invero che «l'azione umana ha bisogno per realizzarsi di partire fin dall'inizio da una fede nella vita sociale, fede che può sussistere solo se la società [conferisce] la garanzia che è data dalla certezza»⁵⁰, attraverso, aggiunge lo stesso autore, «l'astrattezza, la rigidità e la fissità della norma». Nessuna contrapposizione si può porre poi, quanto alla realizzabilità della certezza da parte del giudice, giacché questi deve contentarsi, a dire di Lopez, del «compito altissimo di *viva vox iuris*», così da eliminare l'arbitrio, quale scopo dell'esperienza giuridica e a riprova che quest'ultima «mira alla fondazione della pace nella società»⁵¹. Non tutti gli studiosi dell'epoca condividono tuttavia questa visione.

L'eco prodotto da questo lavoro non solo in Italia darà luogo, in ogni caso, a un «moto di approfondite indagini» del problema⁵² e a un intenso dibattito che vedrà schierati fautori delle sue tesi e quanti, invece, le criticheranno. A corroborare le argomentazioni di Lopez sul tema tornerà, in particolare, Calamandrei.

Nell'ottica della certezza, compito fondamentale della scienza giuridica deve essere, secondo quest'ultimo studioso, quello di rendere più facile l'applicazione della norma al caso concreto. Anche per questo studioso non c'è alcun posto per il contrasto tra qualità della norma e la sua realizzazione, dovendo il giurista «aumentare, con le sistemazioni razionali, il grado di certezza del diritto», ovvero «rendere più intelligibile la portata delle regole prestabilite dal legislatore all'agire umano» e «a mettere il singolo», continua così Calamandrei offrendo al contempo anche una definizione della certezza, «in condizione di calcolare in anticipo, con previsioni sempre più sicure, le conseguenze giuridiche delle proprie azioni»⁵³. In questo senso è necessario operare, se si vuole evitare quello che Crisafulli chiama, facendo eco allo stesso Lopez, l'arbitrio: l'opera chiarificatrice del giurista, come ragionato lavoro di «moltiplicazione delle previsioni entro gli schemi fissati

⁵⁰ Così, F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, op. ult. cit., 49.

⁵¹ Ancora, F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, op. ult. cit., 125.

⁵² Così, E. ALLORIO, *Certezza del diritto dell'economia*, in *Riv. dir. econ.*, 1956, 1198.

⁵³ Così P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. comm.*, I, 346.

dalla legge»⁵⁴, tesa «soltanto a sapere qual è il diritto»⁵⁵ e non già a crearlo, è essenzialmente, per entrambi gli studiosi, «lotta contro l'arbitrio».

Alla certezza del diritto intesa come «esigenza di fondamentale importanza perché l'ordine possa conservarsi»⁵⁶, si richiama d'altronde anche Bobbio. Il nostro teorico del diritto assume una posizione chiara in difesa di tale principio, in particolare, nell'unico lavoro specifico⁵⁷, scritto in polemica con le tesi estremiste sostenute dallo scrittore americano Frank che, nel criticare tale principio e, con questo, la legge, sosteneva fosse una mera illusione poter considerare la certezza come un baluardo a tutela di azioni prevedibili e logiche⁵⁸. Anche se non appare mai completamente libero dal dubbio circa la sua effettiva realizzabilità⁵⁹, Bobbio non sembra guardare in nessun caso alla certezza come a un mito quanto piuttosto a «un elemento intrinseco del diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto»⁶⁰. Contro le accuse mosse al giuspositivismo ritenuto colpevole di portare alla formazione di Stati totalitari quando invece in realtà, ad avviso di Bobbio, l'ideologia giuridica del nazismo era tesa a sollecitare il giudice a decidere in base non già alla legge ma «all'interesse politico dello Stato», si sostiene l'importanza di principi come «l'ordine, l'eguaglianza formale e la certezza quali valori propri del diritto», intesi come un «sostegno ideologico in favore dello Stato liberale»⁶¹.

2.2. *L'antitesi certezza del diritto e giustizia.*

La possibile contrapposizione tra certezza e giustizia costituisce spesso motivo di forti discussioni per molti studiosi.

Particolarmente interessante si rivela, da questo punto di vista, la posizione assunta, nello stesso periodo del fascismo, da un altro gran-

⁵⁴ *Ibidem.*

⁵⁵ Così, F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, 27.

⁵⁶ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cit., 243.

⁵⁷ Ancora, N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?* in RIFD, 1951, 1.

⁵⁸ Cfr. J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, 1930, London, 1949.

⁵⁹ Così, M. CORSALE, *Certezza del diritto*, op. ult. cit., 1.

⁶⁰ Cfr. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?* cit., 150.

⁶¹ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cit., 248 ss.

de giurista italiano quale fu Carnelutti. Anche questo studioso ha peraltro scritto sul tema, a commento del libro sulla certezza del diritto di Lopez, non tenendo mai separati in maniera netta, l'aspetto teorico e scientifico del diritto da quello concreto e morale.

Pur mostrando sin da subito una visione piuttosto pessimista del diritto che si andrà accentuando col tempo, questo studioso rivela una forte sensibilità rispetto al tema della certezza del diritto osservato non solo dal punto di vista della fase formativa e procedurale del diritto ma anche dalla prospettiva posteriore relativa all'applicazione. Alla luce di questa distinzione di momenti, se in via di principio per Carnelutti non sembra ravvisarsi alcun conflitto tra certezza e giustizia, addirittura potendosi ritenere i due termini come «la medesima cosa»⁶², quando lo sguardo viene tuttavia rivolto più specificamente all'esperienza e al piano concreto dei singoli fatti le cose sembrano decisamente cambiare, arrivandosi persino a considerare il contrasto tra giustizia e certezza come un conflitto «irriducibile»⁶³. Ciò porta il Carnelutti, forte dell'esperienza del diritto nel processo, a ritenere necessario un compromesso ai fini della realizzazione della certezza: ad avviso dello studioso il legislatore deve, cioè, cercare di «tenere la giusta misura», senza concedere tutto alla giustizia, «cadendo nell'incognita del diritto libero», oppure tutto alla certezza, «inchiodando l'etica sulla croce della legge»⁶⁴.

La premessa teorica da cui il nostro giurista prende le mosse è quella riguardante la costruzione logica sottesa alla formulazione della legge. Questa consisterebbe «nella costruzione del concetto di due fatti (concetti che non sono altro che «modelli» utilizzati nel giudizio come una «pietra di paragone»), talché qualora il primo fatto vi si dimostra conforme», il secondo «deve avvenire»⁶⁵: è così in questo «dover avvenire» che starebbe, secondo Carnelutti, «del secondo fatto la giustizia e, insieme, la certezza»⁶⁶. È in tal modo, continua ancora lo studioso, che certezza e giustizia si presentano come «logicamente in-

⁶² F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, cit., 86.

⁶³ F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1943, 81 ss.

⁶⁴ F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, op. ult. cit., 90.

⁶⁵ *Ibidem*

⁶⁶ F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, cit., 89.

dissociabili»⁶⁷. La certezza come un principio produttivo del diritto dominante nel formarsi del mondo concreto dell'esperienza, legata al problema posteriore ai singoli individui e ai singoli casi concreti che suppongono un mondo del diritto già formato, evidenzia tuttavia come i termini di certezza e giustizia finiscano per porsi agli «antipodi»⁶⁸ l'uno dell'altro. In questa ricostruzione, la giustizia costituendo, per il nostro giurista, il vero e fondamentale fine del diritto, non potrà non determinare, affinché possa essere soddisfatta, il «sacrificio» della certezza. Nella relatività dell'esperienza giuridica, nel contrasto tra «precetti astratti» e «precetti concreti»⁶⁹, si finisce allora per parlare di diritto giusto: è proprio tale formula che porta, ad avviso di Carnelutti, al superamento della contrapposizione della giustizia con la certezza, dal momento che, al contempo, si ammette implicitamente la conformità del diritto all'etica, ovvero, del diritto positivo al diritto naturale, riconoscendosi conseguentemente «l'infallibilità del legislatore»⁷⁰. È solo così a questo prezzo, ovvero al costo di identificare la realtà con la verità, che si può eliminare il problema del contrasto tra giustizia e certezza⁷¹. Contro tale assimilazione, si può solo ammettere, conclude in definitiva Carnelutti, la «irriducibile antitesi»⁷², risolvibile solo nel giudizio allorché vengono realizzate insieme le esigenze della certezza e della giustizia⁷³.

Il forte contrasto che si apre tra norma astratta e norma concreta viene posto in evidenza, peraltro, nei difficili tempi di crisi per il diritto, guardandosi oltre le Alpi, anche da un altro studioso di origini tedesche e in particolare da Mayer, qualche tempo prima rispetto a quel-

⁶⁷ *Ibidem*

⁶⁸ *Ibidem*

⁶⁹ Così, a proposito di auto integrazione e eterointegrazione, quest'ultima possibile attraverso l'analogia, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, III ed., 1951, 91. Per l'A. questi termini sono da intendere come due corni in antitesi che determinano «il solito insuperabile contrasto tra la certezza e la giustizia», dal momento che «la prima mette le parti di fronte al legislatore, la seconda di fronte al giudice; la prima assoggetta la giustizia alla certezza, la seconda fa prevalere alla certezza alla giustizia».

⁷⁰ Cfr. F. CARNELUTTI, *Teoria generale*, op. ult. cit., 89.

⁷¹ In tal senso, F. CARNELUTTI, op. ult. cit., 90.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Cfr. F. CARNELUTTI, op. ult. cit., 367.

lo in cui scriveva Lopez e gli altri giuristi italiani, secondo un pensiero ascrivibile alla corrente cd. del “relativismo giuridico”: alla luce di questa ideologia se è indubbio che il diritto debba essere inteso come un «ordine basato su norme»⁷⁴ in cui pure queste ultime cercano di offrire «valori duraturi», «garantire la certezza del diritto» nonché l'uguaglianza, è tuttavia soltanto la giustizia capace di «resistere alla prova del tempo ogni giorno»⁷⁵. Considerata, in virtù del suo riferimento a scopi, valori e idee, portatrice di un proprio significato metodologico come scienza culturale, la giustizia, non lasciando inalterata la disuguaglianza nel caso concreto, si rivela, ad avviso del giurista tedesco, creatrice del diritto nonché, in ultimo, essa stessa «concezione del diritto».

L'interesse per la certezza del diritto vede peraltro, volgendo ancora lo sguardo oltre l'Italia, un'intensa elaborazione di scritti anche da parte di un altro giurista tedesco, pure in contatto con Mayer e con questi aderenti al neokantismo, quale è Radbruch. Il pensiero di quest'ultimo studioso si mostrerà, peraltro, talmente suggestivo da essere tenuto in forte considerazione altresì in diversi altri paesi europei quali la Francia e l'Italia. Nello stesso ordinamento tedesco, del resto, la teoria filosofico-giuridica radbruchiana andrà ad influenzare in maniera tanto decisiva la applicazione pratica del diritto da essere richiamata, talora citandola espressamente, come vedremo, dallo stesso *Bundesverfassungsgericht*, in diverse sentenze. Facendo eco a quella sua nota tesi, conosciuta come “formula di Radbruch”, elaborata in particolare nel 1946 in risposta all'ingiustizia del nazionalsocialismo, il giudice costituzionale tedesco riconoscerà la possibilità, in alcuni casi estremi, di anteporre la giustizia sostanziale alla certezza del diritto⁷⁶. La necessità di ripristinare la giustizia e, con questa, anche la certezza

⁷⁴ M. E. MAYER, *Rechtsphilosophie. Dritte Unveränderte Auflage*, Berlin 1933, 82.

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Vedi, in particolare, BVerfGE, 3, 225 – *Gleichberechtigung*, 18 dicembre, 1953, al par. 21, laddove si afferma che «Il Tribunale costituzionale federale non ritiene necessario, ai fini della decisione del caso di specie, specificare in dettaglio quando possano verificarsi casi così estremi. Il loro carattere eccezionale è fuori dubbio e si esprime, ad esempio, nella formulazione utilizzata da Radbruch nel suo saggio “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht” (abgedruckt in Radbruchs "Rechtsphilosophie, BVerfGE 3, 225 (232) BVerfGE 3, 225 (233)", 4. Aufl. 1950, S. 347 ff.)».

del diritto è d'altronde il motivo ricorrente dei suoi testi elaborati tra il 1945 e 1948.

Il punto di partenza, per questo giurista, è quello della pace sociale in connessione con la *Rechtssicherheit*, ossia, con la certezza del diritto. Questi elementi devono essere considerati senza dubbio, secondo lo studioso tedesco, la giustificazione di ogni legge che li persegue al punto tale che mancando l'uno e/o l'altro l'atto prodotto non potrà essere considerato legge. Nella visione di Radbruch, la certezza del diritto implica necessariamente l'instaurazione di un ordine che deve predisporre un minimo di garanzie di base in grado di permettere la realizzazione dell'idea di diritto e, quindi, gli scopi del diritto stesso, tra cui, oltre alla pace sociale, la giustizia, la positivizzazione del diritto o, almeno, i fondamenti dell'ordinamento giuridico. In quest'ottica l'eventuale contrasto tra diritto e giustizia, intesa quest'ultima, come pure sarà poi nel pensiero di Carnelutti, come tutela del principio dell'eguaglianza e dei diritti umani, non potrà quindi che essere risolto a favore del diritto positivo giacché «garantito dal potere e dal fatto di essere stato posto» al fine di assicurare la *sécurité*, elemento del «bene comune», considerato fondamentale per la conservazione materiale dell'individuo nella società, al contempo, assicurandogli protezione contro il dispotismo particolare dei suoi individui. Tuttavia, facendo riferimento proprio a quella contrapposizione tra diritto positivo ingiusto e diritto giusto quale sarà poi evidenziata, in qualche modo, come si diceva, anche da Carnelutti e costituente il *leitmotiv* del pensiero di molti giuristi nel periodo della seconda guerra mondiale, Radbruch ritiene anche che il valore decisivo che il diritto deve realizzare, nel conflitto «entre la justice et la sécurité juridique», è la giustizia⁷⁷.

L'idea di fondo qui se riprende quel principio noto come *Gesetz ist Gesetz* del positivismo giuridico, fortemente affermato negli anni della dittatura fascista, che guardava alla «validità di una legge per il fatto di possedere il potere di farla rispettare» a prescindere dal suo contenuto anche se questo (contenuto) era ingiusto e inadeguato, non viene tuttavia affermata come un principio assoluto, esente da eccezioni. L'idea generale del giurista tedesco è invero che la legge seppure

⁷⁷ G. RADBRUCH, *La sécurité en droit d'après la théorie anglaise*, in *Arch. phil. dr.*, 1936, 98.

ingiusta è «sempre meglio di nessuna legge perché almeno crea certezza del diritto» laddove quest'ultima, a sua volta, risulta, così, «certezza del diritto stesso», ovvero, relativa al diritto medesimo perché indipendente dal suo contenuto concreto. La certezza del diritto si configura così in maniera diversa dalla “certezza” che il diritto può garantire rispetto a un certo stato di cose quali i diritti e le libertà. In questo quadro, la prevalenza della legge può essere affermata tuttavia solo fino a un certo punto, vale a dire, finché la contraddizione tra diritto positivo e giustizia, come sostiene lo stesso Radbruch, non raggiunga un livello così «insopportabile» per cui il diritto, in quanto diritto ingiusto, «deve cedere il passo alla giustizia»⁷⁸. Ciò è perché, nella visione del giurista tedesco, la certezza del diritto non è l'unico e fondamentale valore che la legge deve realizzare, dovendo essere presi in considerazione anche gli altri due valori relativi alla giustizia e all'opportunità, sia pure quest'ultimo valore da ritenere recessivo rispetto agli altri: «il diritto non è affatto tutto ciò che “giova al popolo”, ma in ultima analisi giova al popolo solo se è diritto, se crea certezza del diritto e se si adopera per la giustizia».⁷⁹ L'idea di quest'ultima, come valore assoluto, la cui essenza è la giustizia egualitaria e impone l'uguaglianza o la disuguaglianza nel trattamento degli uomini nelle loro relazioni, può ben portare, sulla base di considerazioni di natura morale ed etica, all'adozione di sentenze, come pure accadde in diversi casi, che invocano la giustizia e il diritto naturale, insomma il diritto sovraleale (*übergesetzliches Recht*) contro il diritto positivo recante «un'ingiustizia non tollerabile».

Per lo studioso tedesco, giustizia e certezza del diritto pongono, in definitiva, esigenze che possono rivelarsi in conflitto tra loro: l'elemento della certezza del diritto richiede, invero, che una legge sia applicata anche se è ingiusta, nell'interesse della stabilità giuridica, giacché «la *sécurité juridique* [...] è la necessità di mettere ordine nel disordine dei dati sparsi»⁸⁰. La giustizia, che pure sollecita, al pari del «bene comune», la certezza giuridica insita in ogni legge positiva, deve

⁷⁸ G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Süddeutsche Juristen-Zeitung* Jahrg. 1, 1946, 107.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ G. RADBRUCH, *La sécurité*, cit., 98.

applicare il diritto positivo ma ciò solo nei limiti della tollerabilità dell'*unrichtiges Recht*, ovvero del diritto ingiusto, quest'ultimo costituendo il limite della validità del diritto positivo. Soltanto questa, come già detto, può costituire un'eccezione ammissibile.

3. *Il principio di legalità come certezza del diritto nello Stato fascista.*

Tra il finire degli anni trenta e quaranta, anni angosciosi per il precipitare degli avvenimenti in Europa e di forte tensione per il clima di guerra e per l'alleanza con la Germania fascista, la certezza del diritto si rivela, sia pure prevalentemente in Italia, come un tema generale, di particolare interesse. In altri ambienti culturali influenzati dal "realismo giuridico"⁸¹ e dal positivismo kelseniano, l'atteggiamento della dottrina si mostra decisamente ostile in fatto di certezza giuridica. In questi contesti, guardandosi essenzialmente ai giudici nell'esercizio della loro funzione, intesa come atto di volontà e non già come la mera «ricerca di norme già esistenti e che debbono essere quindi scoperte con un determinato procedimento», non si poteva che evidenziare la «illusione della certezza del diritto»⁸². Nell'ambiente giuridico italiano, invece, come si diceva, la rivendicazione di certezza va assumendo negli stessi anni grande rilievo. Legato a situazioni contingenti e a un momento storico particolare, l'interesse per la certezza come tema specifico non porterà tuttavia mai all'elaborazione di regole generali riguardanti le condizioni della sua validità.

La preoccupazione prevalente in Italia a quel tempo è piuttosto quella di difendere il valore della certezza del diritto quale garantito dalla legislazione, assicurando di quest'ultima il primato sulla giurisdizione. Il fine essenzialmente è quello di rifiutare con forza l'ideologia giuridica del nazismo che andava propugnando la prospettiva del c.d. «diritto libero»⁸³ e voleva la decisione del giudice fondata non tanto

⁸¹ Sull'evoluzione storica del realismo si v. E. BODENHEIMER, *Jurisprudence*, Cambridge, 1978, 111 ss.

⁸² H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura*, cit., 125.

⁸³ Questa dottrina, ispirata alla scuola del diritto libero (*Freirechtsbewegung*) emersa in Germania tra la fine dell'Ottocento e inizi del Novecento come reazione alla

sulla legge quanto piuttosto sull'interesse politico dello Stato. Il giudice non più semplice interprete ma divenuto, in base a questa concezione, creatore del diritto è chiamato a considerare delitti tutti gli atti contrari al "sano sentimento popolare" – *gesundes Volksempfindem* – anche se non previsti come tali dalla legge⁸⁴, contrariamente, al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

In un momento storico in cui si fa un grande riferimento all'etica, tema ricorrente anche in Lopez allorché si sostiene che la certezza è «specifica eticità del diritto»⁸⁵, Calamandrei sostiene allora che «[La] trasformazione della morale in diritto positivo la fa il legislatore, non il giudice, al quale non è dato tener conto di altra giustizia che non sia quella giuridica»⁸⁶. Particolare centralità va acquistando così, con la certezza del diritto, anche il tema della legalità e della sua difesa nonché, al contempo, l'opposizione alla diffusione di quella concezione, propagatasi particolarmente in Germania sotto il regime nazista, che voleva una totale identificazione tra orientamenti politici e attività giuridiche. L'idea della separazione tra il momento della produzione normativa e quello successivo dell'applicazione della legge ai casi concreti, quale sottesa nel principio di legalità, quest'ultimo, a sua volta, diretto a soddisfare l'esigenza della certezza, diviene quindi, in questo contesto, un pensiero dominante. In questo senso andrà non solo Calamandrei⁸⁷ ma anche tutti quei giuristi italiani che non si allineeranno mai completamente con quella parte del mondo accademico, più o meno apertamente militante, che invece erige il giudice a custode del

teoria tedesca del diritto collegato, in particolare, con il processo di codificazione che ha portato al Codice Civile tedesco del 1896, viene sviluppata, tra la Prima e Seconda guerra mondiale, da Kantorowicz, suo massimo esponente. Alla luce di questa ideologia, si riconosce al giudice, allorché si configurino esigenze naturali di giustizia a cui la legge non può far fronte, essendo statica, un potere non meramente interpretativo ma creativo della legge anche contro le disposizioni dalla stessa sancite se in contrasto con il principio di giustizia. Vedi, in merito, H. U. KANTOROWICZ, *La lotta per la scienza del diritto*, (Lettura di F. Roselli), Ristampa, Milano, 1988.

⁸⁴ Vedi, in merito, anche E. DE CRISTOFARO, *La certezza del diritto nello Stato fascista*, in *Specula Iuris*, 2/2022, 232.

⁸⁵ Cfr. F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, 161.

⁸⁶ P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità* (1921), in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, a c. di M. CAPPELLETTI, vol. III, Napoli 1968, 17

⁸⁷ C. MORTATI, *Presentazione*, in *Opere giuridiche*, vol. III, cit., p. VI.

sentire popolare. Quest'ultimo, nella visione di gran parte della dottrina, svolge un ruolo cruciale: ritenendosi inapplicabile una norma non più adeguata ad affermare il primato della politica sul diritto, si ritiene così la certezza del diritto come principio legato non già alla legge ma alla «sicurezza della società politica di non vedere annullate le conquiste della rivoluzione»⁸⁸.

In questo clima, alcuni studiosi come Jemolo, vanno allora sostenendo, nel tentativo di tutelare il principio di legalità contro l'arbitrio del giudice, che per il potere giudiziario, come per i giuristi in generale, non vi è affatto spazio per valutazioni morali della legge. Quest'ultima non può essere «interpretata se non per quello ch'essa dice», mentre non può che essere criticata quella sentenza «che non applica la legge secondo quel volere»⁸⁹. Il diritto, in questa contrapposta visione, non può essere che quello che si desume dalla norma dettata dal legislatore. Il giudice, di fronte a una norma giuridica, non può perciò che omettere «deliberatamente ogni indagine relativa alla bontà sociale del suo contenuto», preoccupandosi soltanto del suo «meccanismo formale»⁹⁰. È la legalità, secondo anche Capograssi, che ha «in sé, nella sua inesorabilità, appunto nella sua certezza, una profonda garanzia di giustizia (...), perché quest'ultima anche nei regimi totalitari, ove pure si è preteso di "superare la certezza come legalità in una specie di certezza obiettiva", costituisce una catena all'arbitrio»⁹¹.

In generale, tuttavia, in questi anni difficili per gli ordinamenti giuridici degli Stati totalitari, ove il diritto è prevalentemente identificato con l'interesse della difesa del regime, distinto dalla legge, considerato bene superiore, che vedono perciò l'attribuzione al giudice del potere di applicare il diritto anche a discapito della legge – in particolare laddove questa non coincida con il diritto – la certezza come legalità viene meno, «sacrificata da una forma di certezza come (pretesa) obiettività»⁹².

⁸⁸ Così, G. MAGGIORE, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939, 161.

⁸⁹ Così, A.C. JEMOLO, *Attività intellettuale e vita morale*, in «*Archivio di filosofia*», XIV, 1945, 118.

⁹⁰ P. CALAMANDREI, *Il significato costituzionale*, op. ult. cit., 17.

⁹¹ Cfr. G. CAPOGRASSI, *Il dibattito sulla certezza. Considerazioni conclusive*, nella riedizione dell'opera di F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, cit., 251.

⁹² Così, G. CAPOGRASSI, op. ult. cit., 279.

Durante la dittatura fascista, il forte timore diviene quello che la continua e progressiva minaccia alla certezza del diritto, quale derivante dalla crisi del diritto come legalità e dall'affermazione delle teorie provenienti dal diritto libero, possa andare a minare, nello stesso tempo, la tutela dei diritti soggettivi degli individui, lasciata, scriveva Calamandrei, «in balia dell'arbitrio politico»⁹³. A porvi riparo poteva sovvenire soltanto, a dire del giurista fiorentino ma anche di altri, la legalità, difesa in modo estenuante.

Negli ultimi anni dell'esperienza fascista, il tema del “principio di legalità”, inteso come fondamento dello Stato di diritto e strumento per assicurare la certezza del diritto, attrae in modo particolare la riflessione di Calamandrei. Solo la legalità, in questa fase intesa in senso formale, costituendo «condizione di libertà», può assicurare «nel modo meno imperfetto possibile, quella certezza del diritto senza la quale praticamente non può sussistere libertà politica». In quest'ottica la certezza del diritto è allora la «certezza dei limiti entro i quali si estende la libertà di ciascuno e al di là dei quali comincia la libertà dell'altro»⁹⁴.

Tre concetti fondamentali nella riflessione più generale di Calamandrei sono strettamente collegati: il concetto di legalità, quello di certezza del diritto nonché il concetto di libertà. Piuttosto problematica appare tuttavia, rispetto all'indubbia valenza “antifascista” che il nostro studioso vuole attribuire al principio di legalità e con questo alla certezza del diritto, la metodologia. Se si tiene conto anche degli scritti dello stesso autore anteriori al periodo fascista in cui invece «il centro di concretamento dell'ordine giuridico»⁹⁵ si sposta dalla legge al giudice, l'apparente contraddizione che qui si rivela può essere addotta all'avanzare dei regimi liberticidi che opprimevano i giuristi: rendendoli poco liberi di esprimersi, questi sono spinti a vedere nel principio di legalità, seppure soltanto formale, l'ultima via di tutela dell'ordinamento democratico⁹⁶. In questa fase, la visione del giurista

⁹³ Come riportato da M. GALIZIA, *Esperienza giuridica libertà costituzione. Ricordi di Giuseppe Capograssi, maestro di diritto e di cattolicesimo liberale*, in *Il politico*, 2003, 382 ss.

⁹⁴ Così, P. CALAMANDREI, *Non c'è libertà senza legalità*, Roma – Bari 2013, 11.

⁹⁵ V. S. SATTA, *Interpretazione di Calamandrei*, in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968, 483.

⁹⁶ V., E. BINDI, *L'insegnamento delle conferenze messicane: il giudice quale motore*

fiorentino, fortemente dogmatica, è il risultato di una «scelta strumentale»⁹⁷, che non dà alcuno spazio, contro leggi ingiuste, all'indipendenza «politica» del giudice.

A differenza di Radbrach che in seguito osserverà che la «legge» (nazionalsocialista) diretta a eludere il requisito essenziale della giustizia e la parità di trattamento tra uguali, non è da intendersi come una legge scorretta ma semplicemente come una non legge, Calamandrei in questa fase storica, nega la natura costitutiva del diritto delle sentenze adottate dal giudice. Quest'ultimo, in virtù del potere attribuitogli, deve agire più come uno storico che come un politico, qualificando giuridicamente un «fatto accaduto» secondo i criteri individuati nelle «leggi esistenti», anche se queste si possono rivelare sostanzialmente ingiuste: il «formalismo astratto»⁹⁸ e la «metodologia legale»⁹⁹ ovvero i criteri consacrati in precise formule di leggi, forniscono al giudice «espedienti» che lo aiutano a trasformare «la perplessità psicologica», qualora incerto, in «certezza giuridica»¹⁰⁰. L'attività del giudice consiste essenzialmente allora, facendo eco a quella concezione illuministica della giustizia intesa come mera attività logica di cui Montesquieu fu massimo esponente, nella conoscenza, dovendo scoprire «una verità che stava tutta fuori di lui»¹⁰¹.

Soltanto in seguito, con la caduta del regime fascista, Calamandrei guarderà al concetto di legalità in termini non solo formali ma anche sostanziali. Il riferimento non sarà più così «alla forma dei comandi, ma all'origine e all'estensione dei poteri di chi esercita il comando». Sotto questo nuovo profilo, la legalità, quale «legge giusta»¹⁰², non sarà tanto più espressione dello Stato sovrano quanto piuttosto «partecipa-

di trasformazione sociale, in *Dem. e dir. soc.*, 1/2024, 43.

⁹⁷ Così, M. GALIZIA, *op. ult. cit.*, 383.

⁹⁸ L'uso dell'espressione di Calamandrei, in riferimento ad uno scritto di Antoni che critica il formalismo astratto per aver invaso la procedura cosa «che non si è mai verificata nella storiografia», è richiamato in P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, 116.

⁹⁹ P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, *op. ult. cit.*, 115.

¹⁰⁰ P. CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, 114.

¹⁰¹ P. CALAMANDREI, *op. ult. cit.*, 126.

¹⁰² Così E. CHELI, *Diritto, processo e giustizia nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Dem. dir. soc.*, 1/2024, 110 ss.

zione di tutti i cittadini alla formazione delle leggi»¹⁰³. Si arriverà così, in ultimo, stante il successivo passaggio dall'idea di legalità a quella legittimità costituzionale, alla fase più matura del pensiero di Calamandrei, allorché questi, in uno dei suoi ultimi scritti, di fronte alla polemica «tra i due valori fondamentali dell'esperienza giuridica, la certezza e l'equità, tra il sistema della legalità ed il sistema della giustizia del caso singolo che può soddisfare le esigenze dell'equità, ma distrugge la certezza del diritto e mette in pericolo, attraverso l'arbitrio del giudice, il bene supremo della libertà», si aprirà all'eccezione: «quel grado di certezza, cioè di prevedibilità del diritto e quindi di ordine di convivenza spontaneamente osservato dai cittadini, che il sistema della legalità garantisce, può sussistere senza chiudere al giudice, nei casi eccezionali in cui l'ordine è turbato, le vie della sensibilità umana e sociale»¹⁰⁴.

Contro l'ideologia del “diritto libero” e la formulazione di regole di volta in volta lasciate nei casi concreti all'arbitrio dei giudici si vanno così affermando fonti “precostituite” come quelle dell'equità sociale, del diritto naturale e della giustizia che, laddove invocate, faranno assumere alle sentenze valore dichiarativo e non già costitutivo: come osserva Mortati, il diritto legale e quello giudiziale, «non potrebbero assicurare né la certezza, né la giustizia», se non traessero la propria ispirazione dal «comune *humus* costituito dalla coscienza etica di una libera comunità»¹⁰⁵.

Nell'immediato secondo dopoguerra il richiamo alla certezza del diritto va tuttavia assumendo, talvolta, anche una connotazione negativa allorché con tale principio si intende identificare il diritto con la legge ovvero, quando il diritto si riduce alla legge, in cui si cerca quella «certezza che ci sfugge nella vita, finendo peraltro a scambiare la vita con la legge»¹⁰⁶. Ciò accadde senza dubbio perché il positivismo giuridico inizia in questa fase ad essere considerato come una delle cause che ha favorito i regimi totalitari. Se giudice e legge formano una indissolubile unità, la certezza del diritto non può perciò che considerar-

¹⁰³ P. CALAMANDREI, *Appunti sul concetto di legalità*, cit., 56.

¹⁰⁴ P. CALAMANDREI, *la funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, 252 ss., poi in *Opere giuridiche*, Napoli, 1965, 1° vol., 612

¹⁰⁵ C. MORTATI, *op. ult. cit.*, VII.

¹⁰⁶ S. SATTA, *Il giorno del giudizio*, Milano 1979, 240.

si, secondo Saitta, «falsa perché astratta»¹⁰⁷, mentre è nel giudizio, nel fatto «che si trova la vera norma»¹⁰⁸. In questo periodo si va così affermando l'esigenza di opporre argini "definitivi" all'onnipotenza del potere quale praticata dai regimi totalitari. Viene allora meno l'identificazione del diritto con la legge e la valenza positiva della certezza del diritto, collegata al principio della legalità, mentre le proposte "giusnaturalistiche" si amplificano trovando massima espressione nella visione dei diritti umani e l'adozione di nuove costituzioni fondamento delle democrazie e la Dichiarazione universale dei diritti umani¹⁰⁹.

4. *La certezza del diritto nel secondo dopoguerra e negli anni della ricostruzione.*

Nel periodo seguente la Seconda guerra mondiale allorché il nazismo, con i suoi giudici creatori del diritto e la loro visione morale del sentimento comune è ormai un ricordo sia pure non ancora lontano, si inizia ad affermare in Italia da parte dei nostri giuristi, in passato tra i più fedeli al metodo dogmatico, una reazione antipositivista. La "crisi" del diritto, tema intorno al quale ruota lo stesso pensiero del Lopez e già noto nel primo venticinquennio del secolo scorso su cui pure un'ampia letteratura era fiorita, è la consapevolezza non nuova che si va sviluppando durante e in seguito alla Seconda guerra mondiale e che spinge il pensiero giuridico, italiano e non, all'affermazione dell'esigenza di una «restaurazione del diritto naturale»¹¹⁰.

Il diritto non va più identificandosi solo con la legge. Le norme, di contro, «poste in relazione alle esigenze della vita consociata e non in via di sviluppo logico da azioni prestabilite», si ritrovano «sul terreno della storia e non su quello dell'armonia logica»¹¹¹.

¹⁰⁷ S. SATTA, *Il giudice e la legge*, in *Quad. dir. proc. civ.*, 1969, 96 ss.

¹⁰⁸ S. SATTA, *Diritto processuale*, Padova, 1973, VIII

¹⁰⁹ Così, P. COSTA, *La certezza del diritto fra fascismo e repubblica: a proposito di Flavio Lopez de Oñate*, *Specula Iuris*, 2023, 207.

¹¹⁰ M. CORSALE, *Il problema della certezza del diritto in Italia dopo il 1950*, in (F. López De Oñate), Milano, 1968, 287.

¹¹¹ Così, T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in

Il concetto di certezza del diritto viene ad essere considerato allora in una nuova prospettiva.

In quest'ottica il sistema giuridico, stante le norme date e l'insieme delle interpretazioni che ne hanno consentito, di volta in volta, l'applicazione, non è, nella visione di alcuni studiosi come Ascarelli, un dato ma un processo continuato nel tempo¹¹². In quest'ottica, la certezza non è più rimessa solo all'attività del legislatore tesa a comporre l'ordinamento giuridico ma anche all'applicazione costante dei giudici dello stesso ordinamento giuridico dato: entrambi i momenti devono essere intesi quali complementari dello sviluppo del diritto, come è del resto anche nel pensiero kelseniano, seppure poi da questa concezione la visione ascarelliana, in particolare in tema di interpretazione, tenderà a differire giacché il giudice creatore del diritto non lo è nel solo caso concreto ma pone, secondo ancora il pensiero di Ascarelli, "regole generali". È così che l'interpretazione concorre allo sviluppo del diritto e quindi alla certezza giuridica. In questa visione, non c'è alcuna contrapposizione tra i due diversi momenti dell'ideale della certezza giuridica, tra quello, cioè, della posizione e quello dell'applicazione dell'ordinamento, ma anzi entrambi partecipano al medesimo processo evolutivo del sistema normativo: rifiutando questa idea si provocherebbe «ora un'eccessiva rigidità, ora una inflazione legislativa, il cui risultato è una continua, eppur necessariamente sempre insufficiente, produzione di leggi instabili, che finisce col minare la "certezza" giuridica, e lo stesso senso di legalità»¹¹³.

L'esigenza di flessibilità del diritto in una società in trasformazione quale è quella della seconda metà degli anni '50 non mette, in definitiva, alla porta la certezza del diritto ma cerca invece con questa un compromesso, intendendola in termini rinnovati. Non più legata solo alla legge ma anche all'applicazione "continua" delle norme.

Id., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, 482

¹¹² Vedi, in merito, Bobbio in un commento al pensiero di Ascarelli. N. BOBBIO, *Ritratti critici di contemporanei, Tullio Ascarelli (continuazione e fine dal precedente fascicolo)*, in *Belfagor*, n. 5, 1964, 550.

¹¹³ In questi termini, T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in Id., *Studi di diritto comparato e in tema d'interpretazione*, Milano, 1952, 184.

La certezza è ritenuta fondamentale per lo sviluppo del diritto persino in quegli ordinamenti che non la identificano soltanto con la statualità del diritto e quindi con la legge e i codici.

Invero, a dire di Ascarelli, i limiti che la codificazione impone, in particolare negli ordinamenti codificati, alla funzione del giudice sembrano rispondere a «quella medesima esigenza di certezza e continuità di sviluppo nel diritto» che è chiamata ad assicurare «il valore normativo del precedente giurisprudenziale nel diritto anglosassone». In altri termini, il sistema di *common law* inglese, nelle «sue caratteristiche formali fondamentali», per quanto «è possibile all'interno di un sistema di giustizia secolare»¹¹⁴, pur presentando un «grado di razionalità giuridica essenzialmente inferiore e di tipo diverso da quello dell'Europa continentale»¹¹⁵, differenziandosi dal formalismo giudiziario di quest'ultimo, non sembra far venir meno la certezza giuridica. Del resto lo stesso Weber osservava, sia pure come già visto in anni antecedenti a quelli del secondo dopoguerra, nell'analizzare il rapporto tra economia e diritto, che il ricorso al precedente giudiziario può essere considerato come strumento per assicurare la certezza del diritto: il *judicial precedent* può ben garantire, a certe condizioni legate, tra l'altro, anche all'apparato giudiziario e all'indipendenza dei giudici dallo Stato, la prevedibilità, presupposto ritenuto fondamentale all'epoca della modernizzazione e del capitalismo per l'esercizio della razionalità calcolante. Questo diversamente peraltro dal pensiero di alcuni grandi studiosi inglesi come Holmes che, all'inizio del secolo scorso, pur non negando il ruolo predittivo del diritto, ritenevano, guardando soprattutto al proprio ordinamento, che «certainty generally is illusion»¹¹⁶.

La certezza resta in questo periodo fondamentale. Lo stesso Pugliatti, guardando a Lopez, scriverà che affinché la società si possa formare e sussistere come tale, è «condizione necessaria che venga garantita la stabile (cioè uguale e certa) valutazione dei comportamenti possibili», laddove tale garanzia si consegue «unicamente per mezzo del diritto che, con la norma, 'introduce la certezza nella vita sociale'»¹¹⁷.

¹¹⁴ V. T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto e studio*, cit., 891.

¹¹⁵ Ancora, T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto e studio*, op. ult. cit., 892.

¹¹⁶ Cfr. O.W. HOLMES JR., *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review*, 1897, 466.

¹¹⁷ Così, S. PUGLIATTI, *Conoscenza (voce)*, in *Enc. del dir.*, IX, Milano, 1961, 63

Rifiutandosi la “dicotomia” tra certezza assoluta o inattuabilità e quindi incertezza che aveva «contagiato» gli studiosi tra gli anni '20 e '30, come pure si afferma, si continua così a parlare di certezza ma in termini diversi, non più in modo assoluto.

Del resto anche in altri Paesi come in Francia e Germania, l'interesse per la certezza del diritto riemerge nella letteratura e giurisprudenza in «pompa magna»¹¹⁸, configurandosi ancora come un elemento importante. Insieme alla giustizia e al progresso sociale, la certezza costituisce addirittura, a dire di Roubier, la trilogia degli obiettivi del diritto¹¹⁹.

Nell'ordinamento tedesco negli stessi anni si va affermando l'idea, piuttosto che di certezza assoluta, di «gradi di minore certezza del risultato»¹²⁰, in considerazione della «ragionevole regolarità delle sentenze», ovvero, della «ragionevole attendibilità»¹²¹, concetto simile, per diversi aspetti, alla nozione di legittima aspettativa presente nel diritto europeo ed inglese. Sul finire della Seconda guerra mondiale, come già visto, Radbruch va elaborando la sua tesi mentre la sua formula richiamata, più o meno espressamente, nelle sentenze consentirà ai giudici di opporre una reazione «morale ed etica»¹²² agli illeciti del regime nazionalsocialista, dando loro strumenti metodologici e terminologici. Trovando presto espressione in diverse sentenze, la teoria dell'*Unrichtiges Recht* e, con questa, della giustizia e del diritto naturale sarà invocata spesso contro un diritto positivo che, per quanto si mostri “certo”, si rivela tuttavia, al contempo, anche ingiusto oltre il

¹¹⁸ Cfr. F. OSSENBÜHL, *Administrative Selbstbindung durch gesetzwidrige Verwaltungsübung*, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 23, 1970, 264

¹¹⁹ V. P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Sirey, 1951, 318, laddove si sostiene che «Le droit s'est proposé successivement plusieurs objectifs; il a cherché à saisir l'une après l'autre plusieurs «valeurs» sociales, la sécurité juridique, la justice, le progrès social, et ce sont les phases progressives de cette conquête qui sont représentées par les diverses Écoles».

¹²⁰ Così, K.N. LLEWELLYN, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston, 1960, 17.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Così, a proposito dell'attuazione della formula di Radbruch, H. DREIER, *Die Radbruchsche Formel. Erkenntnis oder Bekenntnis*, in H. MAYER (éd.), *Staatsrecht in Theorie und Praxis*, Vienne, 1991, 128.

tollerabile, rendendo così possibile la punizione degli atti di violenza del nazismo. In quest'ottica, citando espressamente l'opera di Radbruch, si andrà così affermando, anche nella Corte federale di giustizia (*Bundesgerichtshof*), che «se il principio di uguaglianza viene negato del tutto quando si stabilisce il diritto positivo, allora la legge non ha natura giuridica e non è affatto legge»¹²³. In qualche altra pronuncia, adottata da altri organi giudiziari, si sosterrà altresì, quand'anche senza un riferimento espresso alla tesi radbruchiana, che «chi nega consapevolmente», sia pure in attuazione di ordini, «l'idea di uguaglianza», e disconosce in maniera palese le «convinzioni giuridiche comuni a tutti i popoli culturali», riguardanti il valore e la dignità della persona umana, «non crea giustizia e il relativo comportamento è da ritenersi ingiusto». Ciò in particolare allorché si rilevino, si dice espressamente, «violazioni grossolane molto evidenti dei principi fondamentali di dignità e di umanità», cosicché appare indubbio che la «legalità di una misura statale deve essere negata»¹²⁴. In queste ipotesi, del tutto eccezionali, la certezza giuridica, connaturata per Radbruch al diritto positivo, diviene allora recessiva. Del resto lo stesso teorico tedesco, nel sostenere l'idea che il ricorso al concetto di diritto sovralegale deve rimanere limitato a casi eccezionali, come la «situazione del tutto unica» (*den völlig singulären Verhältnissen*) del regime nazista, ha sempre evidenziato i limiti e i pericoli per la certezza del diritto derivanti dal concetto di

¹²³ BGH, 12.07.1951, – III ZR 168/50, par. 39. La Corte federale di Giustizia fu chiamata ad intervenire al fine della risoluzione di una causa di richiesta di risarcimento danni a carico di un *ex* comandante della *Volkssturm* che, nell'aprile 1945, aveva sparato a un disertore e aveva invocato il *Katastrophenbefehl* di Himmler che «autorizzava» qualsiasi uomo armato a sparare a un disertore senza alcuna procedura. In questa occasione la Corte ritenne l'imputato responsabile, stabilendo che questo «ordine» era privo di qualsiasi carattere giuridico, sulla base dei principi di diritto internazionale definiti nel Processo di Norimberga nonché della formula di Radbruch, con esplicito riferimento al saggio del 1946.

¹²⁴ BGHSt, 2, 29. Januar 1952, 1 StR 563/51. La Corte di Stoccarda fu chiamata a pronunciarsi in merito ai fatti riguardanti quattro *ex* membri della Gestapo che avevano preso parte alla deportazione degli ebrei. Una delle questioni verteva sulla possibile legittimazione delle azioni giacché previste dai decreti nazionalsocialisti. Ancora una volta, la sentenza contesta la validità di questi decreti, basandosi su argomenti e terminologia molto simili a quelli utilizzati da Radbruch,

diritto sovralegale e dall'appello al diritto naturale¹²⁵. Anche nel pensiero dello studioso tedesco, insomma, l'esigenza della certezza giuridica è considerato un elemento fondamentale dell'ordine giuridico, da salvaguardare, salvo eccezioni.

Sarà tuttavia soprattutto dalla seconda metà degli anni '60 e inizio anni '70 in poi, in un contesto caratterizzato da una certa stabilità degli istituti democratici e da un aumento del benessere collettivo nei paesi industrializzati, che i segni, in precedenza timidi, di una tendenza alla flessibilità del diritto inizieranno a farsi più forti, sia pure senza arrivare mai a rompere completamente con gli schemi classificatori tradizionali.

A livello internazionale il concetto di certezza divenuto della legislazione, a fronte della riaffermazione di quella teoria che ha influenzato, non solo i filosofi del diritto ma anche diversi teorici politici nonché studiosi del diritto, per cui lo Stato di diritto è in connessione con la morale – pure peraltro presente, in qualche modo, come visto, nell'ideologia fascista – finisce per confondersi con caratteristiche identificate come *internal morality of law* e appartenenti alla *formal structure of law*. La chiarezza e la precisione del diritto, quest'ultimo inteso come ciò che «ha a che fare con la *governance* della condotta umana attraverso le norme»¹²⁶, e in particolare delle leggi, unitamente alla retroattività e ad altri principi, vengono così a costituire «alcuni degli ingredienti essenziali della legalità»¹²⁷, requisiti attraverso cui si può verificare l'eccellenza della stessa legalità. Elaborata in opposizione al positivismo di Hart¹²⁸, questa teoria non sembra considerare mai direttamente ma solo indirettamente la certezza allorché si fa riferimento a regole «costanti nel tempo», «coerenti tra di loro», «conosciu-

¹²⁵ G. RADBRUCH, *Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, in *SJZ*, 2, 1947, 136.

¹²⁶ L. L. FULLER, *The Morality of Law*, 2nd edn., New Haven, 1969, 53.

¹²⁷ Ancora, L. L. FULLER, *op. ult. cit.*, 52.

¹²⁸ Sulla separazione tra diritto e morale e sull'idea di diritto come dato giuridico che, una volta espresso come tale, resta tale, assunto in sé quale punto fermo di riferimento dell'agire individuale e collettivo, sia pure provvisorio e modificabile, si v. H.L. A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), Torino, 1991, 68 ss. nonché dello stesso A., *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale* (1958), tr.it. in ID., *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964, 107 ss.

te da ogni cittadino» e «mai retroattive»¹²⁹. La certezza, vista come una «utopia», non è, peraltro, ritenuta utile da perseguire ai fini della legalità¹³⁰ per diverse ragioni: un diritto rigido, che non «dovrebbe essere cambiato troppo frequentemente»¹³¹, sembra essere meno adatto ad essere costituzionalizzato quale principio costituente la moralità interna del diritto. Sotto quest'ultimo profilo, questa concezione non sembra mostrarsi in così netta contrapposizione con la visione di Hart per il quale il diritto pure deve essere intellegibile ma non coltivare norme troppo precise, considerandosi anzi non auspicabile, «neppure come ideale», l'elaborazione di una «regola troppo dettagliata». Talvolta si rende infatti necessario scegliere, per Hart, sulla base di principi non appartenenti al diritto positivo e costituenti il presupposto della stessa scelta, tra le alternative «aperte» che essa stessa propone. Il giurista inglese, evidentemente influenzato dal pensiero kelseniano quanto alle diverse scelte interpretative, nel quadro generale della norma, nella sua applicazione, rigetta la visione della certezza del diritto come ideale rigido e assoluto del diritto. Questa idea, presente nel formalismo giuridico comporta, a dire di Hart, al fine del suo conseguimento, il tentativo di congelare il significato della norma «in modo tale che i suoi termini generali debbano avere lo stesso significato in ogni caso in cui sia in questione la sua applicazione»¹³², ma finisce così con il mettere seriamente a rischio la sua adeguatezza alla realtà sociale.

L'ambiente culturale italiano, in quegli stessi anni, è invece ancora prevalentemente legato, tanto nella teoria quanto nella pratica, al modello classico della ortodossia giuridica e della dogmatica del diritto, caratterizzato dall'astrazione, positività e verificabilità: in questo contesto si avvia comunque un dibattito, sollevato dalla magistratura prima e dalla dottrina poi¹³³, teso a demistificare alcuni istituti fonamen-

¹²⁹ Così, L. L. FULLER, *op. ult. cit.*, 54.

¹³⁰ Ancora, in questi termini, L. L. FULLER, *op. ult. cit.*, 41

¹³¹ Così, L. L. FULLER, *op. ult. cit.*, 79

¹³² V., H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 153.

¹³³ Il riferimento è agli orientamenti assunti, nella seconda metà degli anni '60, dall'ala innovatrice della Magistratura in particolare nelle pubblicazioni del periodico la Magistratura e poi dalla dottrina che, a seguito di un convegno svoltosi nel 1972, pubblicò un'opera collettiva sull'uso alternativo del diritto ove la tesi di fondo era quella di un'applicazione all'esperienza operativa del diritto dell'analisi marxista (P.

tali della borghesia illuminista come la certezza del diritto e ad accordare, tra l'altro, un ruolo preminente all'interpretazione non più rigidamente fedele al dato formale, al testo normativo, pur senza arrivare mai «ad insidiare la concezione, positivistica, della funzionalità del diritto rispetto al potere»¹³⁴.

A partire da questo periodo le istanze della politica del diritto, stante il mutamento sociale, inizieranno chiaramente, in specifico modo in Italia, ad andare nel senso di una svalutazione del principio della certezza, svalutazione che troverà piena affermazione negli anni '80.

5. *La svalutazione della certezza tra flessibilità del diritto ed esaltazione dell'effettività. La dottrina tedesca.*

Gli anni Ottanta aprono una fase nuova che si caratterizza per la riaffermazione della dottrina anglosassone del “realismo giuridico” e la crisi dello statalismo legalista legata alle profonde trasformazioni, ai processi di integrazione europea nonché, così, alla costruzione di un nuovo ordine internazionale che arriva a toccare, tra l'altro, il sistema delle fonti di produzione normative¹³⁵. La riscoperta della complessità giuridica va in tal modo a investire e a travolgere il modello legale finendo per il dare rilievo non tanto al legislatore che pone le norme quanto piuttosto ai giudici chiamati a dar loro effettività.

Il diverso modo di individuare la fonte del diritto porterà, di conseguenza, a considerare la certezza del diritto, a partire dal livello in-

BARCELONA, (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*; II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Roma-Bari, Laterza, 1973. Una ricostruzione di quella vicenda culturale si può trovare in M. COSSUTTA, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, Trieste, 2011. Si veda anche N. LIPARI, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *Giust. civ.*, 2018, 75.

¹³⁴ Così, F. GENTILE, *Equivoci e paradossi della giustizia politicizzata*, in *Intelligenza politica e ragione di stato*, Milano, 1983, 216.

¹³⁵ V., specificamente, F. MODUGNO, D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989, 41 e ancor prima sulla certezza del diritto come un valore non assoluto ed indiscutibile, F. MODUGNO, *Il diritto tra vecchie e nuove concezioni*, in *Diritto e società*, 1974, 283.

ternazionale, non già in riferimento alla norma in sé ma con riguardo al diritto *justiciable* giacché «suscettibile di essere applicato da un organo giudiziario con una procedura ben definita»¹³⁶. Qui la certezza “giustiziabile” va assumendo, ad avviso in particolare di Aarnio, una duplice valenza. Partendosi dal presupposto che vuole l’aspettativa di certezza giuridica intesa nel senso che «ogni cittadino ha il diritto di aspettarsi la protezione giuridica»¹³⁷, eliminando l’arbitrio, si arriva a ritenere possibile la soddisfazione di due elementi sostanziali, vale a dire, l’esigenza di evitare l’arbitrio (come certezza giuridica formale) e la necessità di conseguire una decisione corretta quindi «accettabile» (ovvero, la certezza giuridica sostanziale), elementi realizzabili solo grazie a un ragionamento giuridico razionale del giudice supportato da norme giuridiche. La certezza del diritto è fortemente agganciata così al principio di legalità ma anche, nella sostanza della decisione, alla morale, per evitare le degenerazioni come accadute, afferma espressamente Aarnio, nell’esperienza del nazionalsocialismo, laddove un ruolo fondamentale deve essere affidato all’interprete¹³⁸.

La certezza intesa come diritto giustiziabile, come possibilità di conoscere in anticipo con «assoluta certezza» come i tribunali decideranno un caso¹³⁹, presenta tuttavia delle fragilità.

Per quanto molto apprezzato come valore, ad avviso di diversi studiosi, «nelle nostre società occidentali in evoluzione», è divenuta «impossibile»¹⁴⁰ da realizzare. Secondo in particolare Boukema, la certezza del diritto è addirittura «inconcepibile». Il margine più o meno ampio di discrezionalità della scelta interpretativa nello schema della norma generale, per riprendere anche la visione di Kelsen, nell’applicazione del diritto da parte dei giudici può permettere di parlare soltanto, af-

¹³⁶ H. U. KANTOROWICZ, *The definition of law*, Cambridge, 1959, 79.

¹³⁷ A. AARNIO, *The Rational as Reasonable: A treatise on legal justification*, Boston 1987, 3.

¹³⁸ A. AARNIO, cit., 196 ss.

¹³⁹ H. U. KANTOROWICZ, *op. ult. cit.*, 80.

¹⁴⁰ Così, H. J. M. BOUKEMA, *Legal Realism and Legal Certainty*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, No. 4, 1980, 474.

ferma ancora Boukema, di «maggiore o minore probabilità» quanto alla previsione sul modo in cui giudici decideranno¹⁴¹.

Anche la Germania sembra, peraltro, seguire questo orientamento.

Per quanto anche in questo paese il principio della certezza inizi ad essere messo in discussione a partire dalla fine degli anni '70 per arrivare, in particolare alla metà degli anni Ottanta, ad entrare in piena crisi ed essere addirittura estromesso, da gran parte della dottrina, dall'elenco degli elementi caratterizzanti lo Stato di diritto, la giurisprudenza costituzionale e, con questa, una minoranza di studiosi continua ad accordargli grande rilievo. Considerata base giuridica del principio del legittimo affidamento, quale principio in «marcia vittoriosa»¹⁴² dopo la Seconda guerra mondiale, la certezza costituisce un elemento importante del diritto che impone comunque allo Stato una certa coerenza nel suo comportamento nei confronti dei cittadini, su cui questi ultimi possono fare affidamento.

In questo senso, alcuni giuristi, e segnatamente il giurista tedesco Vogel, distinguendo, come accade peraltro in altri ordinamenti inclusi quello spagnolo, tra la certezza oggettiva e certezza soggettiva, osserva come l'affermazione della certezza in senso oggettivo finisca con l'imporre una struttura non sempre realizzabile. Giunge però poi, al pari di Boukema, a conclusioni che non escludono l'importanza della certezza trovando una visione tesa al "compromesso". Il punto di partenza della certezza (in senso oggettivo) è la necessità di un apparato in grado di garantire una formulazione del diritto sufficientemente determinata, chiara e conoscibile. Sono necessarie, in tal ottica, anche procedure giudiziarie, per la sua applicazione, affinché la collettività possa fare affidamento sull'esistenza di un valido ordinamento giuridico¹⁴³, questi due ultimi aspetti caratterizzando, d'altronde, a dire dello stesso giurista, in modo particolare il diritto soggettivo alla certezza. Tuttavia, si prosegue, giacché le norme non possono entrare troppo nel dettaglio se si vuole che rimangano ragionevolmente chiare e age-

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² Cfr. B. WEBER-DÜRLER, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Verlag Helbing und Lichtenhahn, 1993.

¹⁴³ Vedi, specificamente, K. VOGEL, *Rechtssicherheit und Rückwirkung zwischen Vernunftrecht und Verfassungsrecht*, in JZ, 43. Jahrg., n. 18, 1988, 834.

volmente applicabili al caso specifico – ove spesso la certezza deve cedere il passo alla “giustizia sostanziale” – occorre rinunciare all’idea della «certezza giuridica assoluta del diritto»¹⁴⁴, costituendo questa un fine irrealizzabile¹⁴⁵. Ad avviso tuttavia dello stesso Vogel, sebbene l’assoluta certezza sia inconcepibile, non si può comunque escluderne l’importanza e, facendo eco appunto a Boukema, si sostiene che sia possibile in ogni caso parlare di «più o meno certezza del diritto». Se è vero, infatti, che il diritto non può essere statico e immutabile, dovendosi adattare ai cambiamenti del tempo, è altrettanto vero, per altro verso, che non può neanche tollerare un legislatore dotato di arbitrio assoluto, quanto alle modifiche da apportare alle norme, dovendo questi necessariamente tener conto, in un’ottica di tutela dei diritti e libertà, anche del profilo soggettivo della certezza legato alle «aspettative» che i cittadini hanno riposto nella legge esistente: le norme adottate dal legislatore devono essere “oggettive”, intese come «coerenti» e legittime, garantendo la certezza del diritto «oggettivo»¹⁴⁶, giacché in caso contrario la stessa certezza finirebbe per agire, sostiene con forza Vogel, non solo «in modo immorale» ma con il violare altresì un «dovere costituzionale»¹⁴⁷ sia pure privo di sanzione (ed essenzialmente valido, stante la costituzione tedesca e l’art.103, c. 2 GG., soprattutto per l’ambito penale).

La certezza del diritto, sebbene non direttamente prevista nella legge fondamentale tedesca, sembra trovare garanzia implicitamente anche in alcune disposizioni costituzionali.

A dire, ancora di Vogel, che riporta peraltro a sua volta l’orientamento espresso in merito negli ultimi anni dal *Bundesverfassungsgericht*, queste norme costituzionali tendono in qualche modo a perseguire l’ideale della certezza del diritto. Per loro tramite, sostiene anche un altro studioso tedesco, la certezza, risulterebbe così «costituzionalizzata»¹⁴⁸ se non addirittura andrebbe a configurarsi, come pure

¹⁴⁴ *Ibidem*

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ K. VOGEL, *Rechtssicherheit und Rückwirkung zwischen*, op. ult. cit., 833

¹⁴⁷ K. VOGEL, *Rechtssicherheit*, op. ult. cit.

¹⁴⁸ Così P. KUNIG, *Das Rechtsstaatsprinzip, Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 1986, 390 ss.

afferma il *Bundesverfassungsgericht*, come un «principio costitutivo» della Legge fondamentale, derivato dallo Stato di diritto, di cui costituisce un «elemento essenziale»¹⁴⁹. Alla luce di queste opinioni e della stessa giurisprudenza costituzionale, si può allora considerare violata la costituzione anche se non si ritiene che la legge sia dotata di «irreale effetto retroattivo», ma solo perché non conforme ai principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento¹⁵⁰. Lo Stato di diritto tedesco è così, secondo più giuristi, uno «stato di certezza giuridica»¹⁵¹.

Nel senso di una certezza non “assoluta” si esprime peraltro anche un altro studioso.

Senza negare la rilevanza della certezza del diritto, Pfersmann ritiene infatti possibile parlare, secondo una tesi che ci trova d'accordo e che in questo lavoro si riprende, piuttosto che di certezza assoluta, di «tutela graduata» del legittimo affidamento e, con questo, della certezza, a seconda del grado di soddisfacimento di vari parametri. La certezza, secondo questo studioso, si configura non già come il principio generale ma come «un'eccezione che limita la regola generale della plasticità della legge». In quest'ottica la legge è soggetta a modifiche nei limiti imposti dalla tutela dei diritti fondamentali e nel rispetto delle procedure di promulgazione previste, «a meno che tale modifica non violi un legittimo affidamento»¹⁵².

¹⁴⁹ BVerfGE 60, 253, *Anwaltsverschulden*, 20 aprile 1982, in particolare, al par. 56, allorché si sostiene che «è giustificata da motivi di certezza del diritto. La certezza del diritto è un elemento essenziale dello Stato di diritto e quindi un principio costituzionale della Legge fondamentale. (Art. 20 Abs. 3, 28 Abs. 1 Satz 1 GG; vgl. BVerfGE 2, 380 [403 ff.]; 7, 89 [92 f.]; 13, 261 [271]; 22, 322 [329]; 27, 297 [305 f.]; 35, 41 [47]; 45, 142 [167]; 47, 146 [161, 165])».

¹⁵⁰ Cfr. S. MUCKEL, *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen*, Berlin, 1989, 68 laddove si commenta una sentenza del Tribunale costituzionale tedesco del 1971 (BVerfGE 30, 392 – *Berlinhilfegesetz*, 23 Marzo 1971).

¹⁵¹ Cfr. M. STELZER, *Was leistet das Prinzip der Rechtssicherheit? Bemerkungen zur Rücknahme rechtswidriger belastender Verwaltungsakte nach §48 VwVfG*, in *Die Verwaltung*, 1997, 14.

¹⁵² O. PFERSMANN, *Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand*, cit., 244.

5.1. *La dottrina italiana, francese e spagnola.*

Posizione decisamente differente appare assumere la dottrina italiana.

In questo stesso periodo, in questo ordinamento, il principio della certezza, per la quasi totalità della dottrina, sembra andare perdendo non solo quel valore di assolutezza che lo caratterizzava nelle epoche precedenti ma anche qualsiasi rilievo giuridico. L'evoluzione degli ordinamenti giuridici oltre che essere influenzata da fonti giuridiche esterne può dipendere altresì, sostiene Benvenuti, da situazioni «casuali» per cui il diritto «non è mai certo nel senso di una sua stabilità»¹⁵³, stante poi anche un'interpretazione quasi sempre non univoca delle norme. La certezza del diritto, intesa come prevedibilità «assoluta» delle decisioni giuridiche, non può allora essere considerata che come un'illusione.

Anche altri studiosi italiani, attenti in particolare ai dati empirici e alla «effettività» del diritto, esprimono dubbi sulla attuabilità della certezza come principio generale e assoluto ritenendo tuttavia che possa trovare una sua realizzazione allorché considerato come «obiettivo strategico», ovvero come «valore guida» per una politica del diritto¹⁵⁴. Distinguendo il discorso pragmatico sul diritto da quello «sintattico-semantic» della teoria generale, Corsale osserva così come il «problema della certezza rispetto alla teoria generale» – costruita come è quest'ultima con metodo formalistico-concettuale per cui ciascun concetto è legato a un altro di grado superiore mentre quelli di grado inferiore presentano inevitabilmente un certo margine di indeterminatezza – «o è in afferente o non può essere risolto che negativamente»¹⁵⁵. Anche dal punto di vista empirico, Corsale evidenzia peraltro delle incertezze. Quale «variabile dipendente da un determinato tipo di equilibrio sociale»¹⁵⁶, la certezza del diritto sarebbe possibile, a dire dello stesso giurista, soltanto se vi fosse una forte integrazione con il sistema culturale oppure una chiusura della comunicazione con altri ordina-

¹⁵³ F. BENVENUTI, *Caso e incertezza del diritto*, in *Scritti Giannini*, II, Milano, 1988, ora in F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, Milano, 4031.

¹⁵⁴ M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, II ed., Milano, 1979, 45.

¹⁵⁵ Così, M. CORSALE, *Certezza del Diritto*. I) *Profili teorici*, cit., 2.

¹⁵⁶ Ancora, M. CORSALE, *Certezza del Diritto*. I) *Profili teorici*, cit., 5.

menti giuridici diversi. L'affermazione di un modello pluralistico sotto il profilo giuridico e una eterogeneità culturale sempre più in crescita sembrano mettere in seria difficoltà l'attuazione del principio della certezza e quello della prevedibilità a questo collegato. Questi sono da considerarsi elementi ormai in crisi a causa della situazione di "apertura" ad altri sistemi e ad altri valori che, come il rovescio di un'altra faccia della medaglia, vivono i sistemi contemporanei. Del resto la costituzione italiana, osserva peraltro un altro studioso come Guastini, non contiene alcuna previsione che esplicitamente prescriva la chiarezza delle regole giuridiche e tuteli quindi la certezza¹⁵⁷. Anche per questo giurista, la certezza del diritto si configura allora come un «mito», una pretesa vana, impossibile da tutelare¹⁵⁸. In questa stessa direzione sembrano d'altra parte andare anche altri studiosi e in particolare civilisti più propensi a orientare la scienza giuridica «verso un'impostazione più aperta» allorché stigmatizzano fortemente, oltre a mettere in discussione la certezza, la legge e con questa l'arbitrio del legislatore, ovvero il «feticismo del diritto positivo», considerandoli «termini che hanno fatto ormai il loro tempo»¹⁵⁹.

Malgrado le diverse posizioni critiche assunte rispetto all'attuazione del principio della certezza un atteggiamento possibilista qui sembra ancora permanere ma solo allorché si guardi più al momento applicativo che a quello della statuizione, come del resto si andava già affermando a livello internazionale, nello stesso periodo.

Secondo alcuni giuristi come Gianformaggio il diritto può sì ancora dirsi in qualche modo certo ma ciò soltanto se le decisioni giuridiche sono controllabili. Non si arriva in questo caso ad escludere totalmente l'importanza delle leggi. Le norme restano infatti comunque fondamentali, in stretta connessione con la fase applicativa, essendo queste con le loro regole, tra l'altro, sulle fonti e sull'interpretazione, nonché sul «gioco processuale, relative alle modalità di acquisizione di

¹⁵⁷ Con la conseguenza che «non tutte le "cattive leggi" – come le leggi oscure ed equivoche – sono perciò stesso anche leggi costituzionalmente illegittime (salvo il caso delle leggi penali ex art 25 Cost.)». Così, R. GUASTINI, *La certezza del diritto come principio di diritto positivo?* in *Le Regioni*, 1986, 1098.

¹⁵⁸ V., in tal senso, R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, 2 ed., Torino, 1992, 109.

¹⁵⁹ Così, R. NICOLÒ, *L'esperienza scientifica nel diritto civile degli ultimi cinquant'anni*, in ID., *Raccolta di scritti*, vol. II., Milano, 1980, 1859.

svariati elementi dell'argomentazione giuridica», condizione della certezza del diritto. Solo un sistema coerente di regole generali «tendenti tutte in vario modo a restringere per quanto possibile l'ambito di quel che può essere, in relazione ad ogni situazione concreta, correttamente, cioè accettabilmente, deciso» elimina, ad avviso di Gianformaggio riecheggiando il pensiero di Aarnio di cui riprende diversi elementi, l'arbitrio, considerato «antitesi della certezza»¹⁶⁰. Anche in questo ragionamento, come è nel pensiero di Aarno, la certezza del diritto, unita al principio di legalità, non è tuttavia considerata elemento sufficiente, giacché la prima, per essere "legittima", deve trovare la sua «giustificazione secondo la coscienza comune», ossia deve essere la *proper decision* di quel caso, socialmente accettabile.

Ancora in questo periodo di crisi dei principi, permangono studiosi che restano convinti del primato del diritto statuito e in particolare di quella fonte considerata unica, facilmente conoscibile, chiara e coerente quale è il codice specificamente civile. Quest'ultimo è ritenuto in grado di predisporre, attraverso norme «non mutevoli», modelli di condotta che consentono in anticipo al cittadino di valutare «i rischi e i vantaggi di una data azione»: la certezza starebbe proprio, secondo questi studiosi, «nella possibilità e nell'attendibilità di questo giudizio prognostico, che elimina o riduce le incognite del futuro»¹⁶¹. Malgrado questa costruzione giuridica appare tuttavia ormai evidente la «crisi della centralità del codice», crisi, aggiunge lo stesso Irti, che è solo «un'immagine della crisi dello stato moderno». La marginalizzazione del codice, dovuta, tra l'altro, anche «all'emersione storica di gruppi e classi, di categorie economiche ed *élite* che esigono specifici statuti e tavole di diritto»¹⁶² nonché a sovrastrutture come quella europea con le sue fonti del diritto, favorisce il formarsi di micro-sistemi normativi, il moltiplicarsi di leggi e provvedimenti vari, dal contenuto spesso vago e ambiguo.

Appare chiaro, come negli ultimi decenni, con la moltiplicazione dei livelli di produzione normativa e dei soggetti istituzionali legittima-

¹⁶⁰ L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Digesto* – Discipline privatistiche, Torino, 1988, 277.

¹⁶¹ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, 1989, Milano, 94.

¹⁶² N. IRTI, *op. ult. cit.*, 38

ti a porre le norme, la certezza, come valore assoluto nel diritto e come ideale in grado di garantire la completezza dell'ordinamento giuridico, diventi sempre più una questione controversa nella teoria giuridica e in particolare in quella italiana, determinando di conseguenza uno spostamento sempre più evidente dell'angolo visuale dalla mera realtà normativa a quello dell'applicazione e dell'effettiva esecuzione.

L'esigenza di flessibilità del diritto in uno Stato costituzionale che richiede un continuo e profondo rinnovamento viene affermata a gran voce anche nel decennio successivo.

La prassi giuridica contemporanea non sembra invero volersi più identificare totalmente con le tradizionali caratteristiche del diritto, incluso il principio di certezza del diritto sul cui valore come assoluto la dottrina de "il diritto mite" si interroga. Il superamento dello Stato di diritto legislativo con la conseguente concorrenza di più fonti, unitamente alla distinzione del diritto in regole – che danno il «criterio delle nostre azioni»¹⁶³ – e principi – che «non ci dicono nulla» ma che indicano i «criteri per prendere posizione di fronte a situazioni *a priori* indeterminate», svolgendo così, quali «nozioni a contenuto variabile», una «funzione essenzialmente dinamica»¹⁶⁴ – portano a dover ripensare, afferma Zagrebessky, l'atteggiamento della dogmatica giuridica. Questa, nella democrazia costituzionale attuale, non può più assumere una posizione rigida ma deve essere «liquida o fluida»¹⁶⁵, in grado di includere tutte le eterogenee componenti del diritto costituzionale caratterizzanti sempre di più l'epoca contemporanea. La conseguenza di questo nuovo assetto dei sistemi giuridici odierni non può che essere negativa rispetto alla certezza del diritto. Nel sistema attuale la «fissità, che è un aspetto della certezza» stessa, non solo non è più «un elemento portante» dei sistemi giuridici, ma non è neanche un «obiettivo realistico», «desiderabile», non potendosi scaricare sul legislatore «un compito insopportabile di incessante modificazione del diritto vigente»¹⁶⁶, compito attuabile invece nell'opera incessante delle aule dei tribunali e degli studi dei giuristi.

¹⁶³ Così, G. ZAGREBESKY, *Il diritto mite*, op. ult. cit., 149

¹⁶⁴ Ancora, v. G. ZAGREBESKY, *Il diritto mite*, op. ult. cit., 202

¹⁶⁵ G. ZAGREBESKY, *Il diritto mite*, cit., 15

¹⁶⁶ Così, ancora, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, op. ult. cit., 202 ss.

Lo stesso Bobbio, del resto, se in precedenza sembrava, come si è visto, mostrarsi a favore della certezza, allorché tuttavia si è trovato a toccare un altro tema quale è quello della completezza giuridica, rivela una visione differente. Il mutamento è da addurre al possibile contrasto che il principio della certezza può rivelare con la giustizia: la completezza non è ritenuto «un ideale degno di essere perseguito, perché esso garantisce, sì, la certezza del diritto, ma la certezza non è sempre un bene, o per lo meno non è sempre un bene superiore ad altri beni, come quello della giustizia delle decisioni, che spesso l'attaccamento alla certezza ritarda ed ostacola»¹⁶⁷.

Diversamente sembrano tuttavia porsi, in questi stessi anni, altri ordinamenti come quello spagnolo, francese, ma anche ordinamenti di *common law* quale è quello anglosassone.

La Spagna, uscita solo sul finire degli anni '70, molto tempo dopo l'Italia, da un regime totalitario, durato quasi un trentennio, guarda alla certezza come a un baluardo di difesa dello Stato di diritto, elevandolo a pilastro, tra altri, fondamentale dell'ordinamento costituzionale. In grave sofferenza sino a qualche decennio precedente, la *seguridad* non viene assolutamente messa in discussione come accade in Italia, nello stesso periodo, ma al contrario è intesa «soprattutto e prima di qualsiasi altra cosa, come una preminente necessità antropologica umana» dovendosi ben «sapere su cosa contare»¹⁶⁸ e costituendo fondamento della sua ragion d'essere come valore giuridico. Lo Stato di diritto, in tale ottica, sembra trovare concretizzazione attraverso due caratteristiche ascrivibili alla certezza del diritto. Lo studioso spagnolo Pérez, adducendovi una duplice dimensione, distingue così il profilo soggettivo da quello oggettivo. Quest'ultimo, considerato presupposto di quello soggettivo, si va specificando, a sua volta, attraverso una duplice esigenza, ovvero come una «necessità oggettiva di regolarità strutturale» – implicante una adeguata formulazione delle norme dell'ordinamento giuridico possibile grazie all'osservanza di diversi principi e istituti – nonché come «regolarità funzionale dell'ordinamento attraverso le sue regole e istituzioni»¹⁶⁹ laddove le re-

¹⁶⁷ Cfr. N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino 1994, 93.

¹⁶⁸ A.E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, Barcelona, 1991, 8

¹⁶⁹ Così, A. E. PÉREZ LUÑO, *op. ult. cit.*, 29.

gole devono essere osservate non solo dai suoi destinatari ma «soprattutto dagli organi responsabili della loro applicazione». L'aspetto soggettivo della *seguridad* è considerato invece, in senso ampio, come una «proiezione di oggettiva sicurezza nelle situazioni personali»¹⁷⁰ per cui il destinatario della norma è messo nelle condizioni di conoscere preventivamente e chiaramente ciò che è comandato, permesso o proibito. In quest'ultima ottica, anche Pérez, riecheggiando Fuller, ritiene l'intelligibilità del testo legislativo fondamentale, costituendo «l'ingrediente essenziale della certezza del diritto», cui va conferita una dimensione etica, detta dallo studioso «assiologica»¹⁷¹, giacché presupposto indispensabile per la garanzia della libertà e dell'uguaglianza¹⁷².

Anche in Francia peraltro, contro le pressioni effettuate da più parti e a più livelli, compreso quella internazionale, ai fini di un diritto più flessibile, si va riscoprendo il valore della certezza. La necessità è avvertita soprattutto dalla giurisprudenza. Rifacendosi a questa e in particolare alla giurisprudenza amministrativa del *Conseil d'État* che in un rapporto del 1991 per la prima volta tocca la questione, denunciando la presenza, in diversi testi di legge e decreti, di enunciati con scarso o nullo contenuto normativo, la dottrina francese considera la *sécurité* come un elemento fondamentale, tale da permeare «tutto il diritto»¹⁷³ e quindi anche la legge: quest'ultima, secondo la dottrina francese, «o è *sécurité* o non è nulla»¹⁷⁴, poiché una legge che non garantisca la «sicurezza dei rapporti che governa cesserebbe di essere tale»¹⁷⁵. La sicurezza coincide ancora qui, come in Spagna, con lo Stato e il suo diritto, costituendo esso un «fattore di conservazione della società politica in quanto tale»¹⁷⁶. La *sécurité juridique* non sembra invece

¹⁷⁰ Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *Ibidem*.

¹⁷¹ Così, ancora, A. E. PÉREZ LUÑO, *Las tensiones axiológicas de la seguridad*, in *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1990, 17.

¹⁷² Cfr. A. E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, cit., 21.

¹⁷³ Così B. PACTEAU, *La sécurité juridique, un principe qui nous manque?*, in *AJ-DA*, 1995, 154 ss.

¹⁷⁴ B. PACTEAU, *ibid.*, 151.

¹⁷⁵ V. J. BOULOUIS, *Quelques observations à propos de la sécurité juridique*, in *Mélanges Pescatore*, 1987, 53.

¹⁷⁶ V. F. MODERNE, *Sûreté*, in *Dict. const.*, Paris, 1992, 1006.

identificarsi, secondo un altro studioso francese quale è Mathieu, con il legittimo affidamento, sebbene assiologicamente connessi¹⁷⁷, evocando la prima da un punto di vista funzionale, come pure sostiene il giurista spagnolo Pérez, un complesso di caratteristiche oggettive dell'ordinamento giuridico, mentre il legittimo affidamento riguarda soprattutto i diritti (fondamentali) dei cittadini.

La identificazione della prevedibilità/certezza con lo Stato di diritto si ritrova, del resto, anche in alcuni teorici del diritto appartenenti ad altri ordinamenti riguardanti altre tradizioni giuridiche come è quella della *common law* anglosassone, in questo lavoro tuttavia non trattata. Guardata dal punto di vista individualistico, la prevedibilità giuridica è considerata, dal giurista Wandron, essenziale all'autonomia individuale, ben avendo i «cittadini bisogno di prevedibilità nella conduzione delle loro vite e dei loro affari» e rappresenta così il principale valore dell'ideale di Stato di diritto¹⁷⁸.

6. La certezza del diritto negli anni più recenti.

Negli anni più recenti continua, in Italia, la critica alle «pretese conquiste della modernità» inclusa, tra l'altro, la certezza del diritto: queste conquiste, considerate da uno attento storico del diritto come Grossi alla stregua di «magnifici edifici vuoti eretti dalla cultura moderna»¹⁷⁹, se devono essere mantenute hanno necessità, si sostiene, di acquisire un contenuto diverso affinché possano avere una legittimazione non solo formale. In questo contesto, sulla prosecuzione di quanto affermato nel decennio precedente, oggetto di forti critiche è anche il concetto di legalità, ritenuto non più attuale, sapendo di «passato remoto» al pari di «un fossile lontano, che rinvia a un momento in cui il diritto fu ridotto a un solo produttore, lo Stato, e a una sola manifestazione/fonte, la legge»¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Così B. MATHIEU, *France*, in *Table ronde "Constitution et sécurité juridique"*, in *Annuaire int. de just. const.*, 1999, 155.

¹⁷⁸ In tal senso, J. Waldron, *The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory*, in *Ratio Juris*, 1989, 79.

¹⁷⁹ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001, 39.

¹⁸⁰ V., P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari, 2020, 22.

Da un punto di vista sostanzialmente giustiziale, la garanzia offerta da legalità e certezza del diritto non sembra più soddisfare le esigenze contemporanee considerato peraltro che ormai la «legge è ridotta a comando autorevole ma passibile di ogni contenuto, e pertanto vuoto»¹⁸¹. A ciò si deve aggiungere anche la crisi che, come sostiene Irti anche in tempi recenti, sembra coinvolgere la fattispecie e le sue caratteristiche di generalità e astrattezza, a discapito non solo della certezza ma anche del caso e dell'applicazione logica andando a favorire l'espansione dell'interpretazione giudiziale¹⁸².

Le trasformazioni che caratterizzano gli assetti contemporanei spingono insomma a ripensare, insieme alle categorie giuridiche tradizionali da adeguare ad una concezione non certo statica ma dinamica della realtà, anche i caratteri della giuridicità¹⁸³. A dire di giuristi quale Grossi, non si tratterebbe allora di «crisi del diritto», ma di «crisi del modo con cui noi abbiamo voluto inchiodare (e ridurre) le sue fonti», giacché «lo si voglia o non, l'asse dell'ordinamento si è spostato», essendosi passati dall'esaltazione della fase della statuizione alla valorizzazione del momento interpretativo e applicativo del diritto operato dagli «interpreti/inventori», quali i giudici e i teorici del diritto, «in grazia della loro duttilità»¹⁸⁴. In questa stessa ottica, un altro studioso come Gometz, sulla scia di quanto affermato da Boukema qualche tempo prima in Germania, sostiene che la certezza del diritto può ancora considerarsi realizzabile ma solo allorché si accoglie una concezione che la vede come prevedibilità non già «assoluta» delle decisioni giuridiche, ma graduata, ammettendosi soltanto un «certo grado di prevedibilità del diritto»¹⁸⁵ e superandosi l'alternativa assoluta certezza/incertezza. Generalmente, nella visione della dottrina italiana dominante, i crescenti mutamenti sembrano così imporre un ripensamento del concetto. E qui non basta ascrivergli un'accezione che lo vorrebbe come «possibilità diffusa di prevedere»¹⁸⁶, ovvero come capacità

¹⁸¹ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche*, op. ult. cit., 7.

¹⁸² In questo senso, N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 43.

¹⁸³ Ancor, P. GROSSI, *Oltre la legalità*, op. ult. cit., passim.

¹⁸⁴ P. GROSSI, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, 2018, 112.

¹⁸⁵ G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, cit., passim.

¹⁸⁶ Così, G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, cit., 26.

di individuare «in maniera ragionevolmente attendibile»¹⁸⁷ quelle che sono le conseguenze giuridiche di atti o fatti, sostituendo la logica della causalità con quella del calcolo probabilistico, ma si ritiene che sia ormai inevitabile la flessibilità del diritto.

Resta, tuttavia, anche in tempi molto recenti, parte della dottrina italiana che considera la certezza del diritto come un elemento essenziale di una società.

La certezza collegata alla sicurezza fisica di cui costituisce la «proiezione in termini giuridici»¹⁸⁸, quest'ultima trovando espressione nella norma giuridica, si colloca ancora, a dire di Luciani, tra le «esigenze primarie che sono confidate all'operato del giurista»¹⁸⁹ stante diverse condizioni – storiche ma anche logiche, antropologiche, politiche e sociali – che spingono in tal senso. La certezza del diritto si configura, secondo questa visione che si condivide, come un «criterio ordinante». Questo è a tal punto vero che il suo mancato rispetto si traduce nella violazione dello stesso patto fondativo dello Stato come forma giuridica e politica della comunità degli individui¹⁹⁰. La tutela della certezza impone in quest'ottica, secondo un altro studioso, non soltanto la «doverosa chiarezza degli enunciati normativi, ma, a ben vedere, anche la legittima aspettativa a che i pubblici poteri rispettino il sistema delle fonti»¹⁹¹. La tipizzazione operata dai giuristi, attraverso il «rifugio estremo»¹⁹² nella forma, resta, a parere di altra parte della dottrina, la via per non lasciare il sistema nelle mani del giudice unico «padrone dei valori», che basa la sua decisione sulla sua esclusiva volontà nei casi concreti, piuttosto che al raffronto, che non può venir meno se si vuole evitare di innalzare «l'*auctoritas* della sentenza all'assolutezza di una *veritas*»¹⁹³, tra ciò che la legge ha previsto e ciò che è accaduto, «tra anticipazione di ieri e realtà di oggi»¹⁹⁴.

¹⁸⁷ Cfr. G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 520.

¹⁸⁸ Così, M. LUCIANI, *Ogni cosa a suo posto*, cit., 43.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ Cfr. M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, 53.

¹⁹¹ Così, A. PACE, *Le libertà individuali*, in M. Ruotolo (a cura di), *La Costituzione ha sessant'anni: la qualità della vita sessant'anni dopo*, Napoli, 2008, 96.

¹⁹² Così N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005, 26.

¹⁹³ Ancora, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, X.

¹⁹⁴ Cfr. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, *op. ult. cit.*, VII.

Secondo più di uno studioso italiano, insomma, la garanzia dell'azione, la prevedibilità del comportamento del singolo, quale si realizza attraverso la norma giuridica riguardante «cose future e generali»¹⁹⁵, nonché dei governanti rispecchia ancora oggi, nel nostro tempo, una necessità contrariamente alla concezione di quei studiosi che, seppure talora la ritengono una esigenza primaria della vita sociale¹⁹⁶, finiscono poi per considerare la certezza inattuabile, invocandosi la necessità almeno di una «incertezza programmata» che consenta di «modulare ogni decisione sulla situazione contingente»¹⁹⁷ attraverso il giudice. Ciò è peraltro anche in Francia.

In quest'ultimo paese, più di recente, si guarda alla sicurezza (specificamente sociale) come a un pericoloso *mythe*¹⁹⁸ quando non è addirittura visto come una nozione vaga non priva di un certo «verbalismo»¹⁹⁹. Altra critica che peraltro viene mosso alla *sécurité juridique* è quella per cui essa trarrebbe origine da un substrato individualista e liberale²⁰⁰ che contribuisce all'indebolimento della logica dell'interesse generale dello Stato e della norma scritta²⁰¹. Resta tuttavia, anche per una parte minoritaria della dottrina francese, un principio importante sia pure non autonomo essendo piuttosto inteso come una “sintesi di altri principi”, tra cui, oltre alla tutela dei diritti acquisiti, al legittimo affidamento, alla legalità o alla qualità della legge, anche il principio dell'irretroattività, inteso, afferma Mathieu, come «fattore di ordine e di certezza» dal punto di vista della giustiziabilità²⁰²: qui i “diritti soggettivi” sono protetti contro l'intervento del legislatore, essendogli im-

¹⁹⁵ Così, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, op. ult. cit., 4.

¹⁹⁶ V. F. RIMOLI, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. II, Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000, 80.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10 ed., France, 2001, 206

¹⁹⁹ Cfr. F. POLLAUD-DULIAN, *À propos de la sécurité juridique*, in *RTD civ.* 2001, 491.

²⁰⁰ Così, F. MELLERAY, *L'exorbitance du droit administratif en question*, in *AJDA*, 2003, 1961.

²⁰¹ V. B. MATHIEU, *Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique*, in *CCC*, 2001.

²⁰² Così, B. MATHIEU, *Les Petites Affiches*, 2002, 16.

perduto, di mettere in discussione gli atti anteriori alla nuova legge²⁰³. In generale anche secondo gli studiosi francesi, un ruolo fondamentale è comunque giocato dai giudici francesi. Questi, «sulle orme di quelli italiani», ben cercano di affrontare il problema dell'incertezza attuando una forma di giustizia che non trova alcuna definizione espressa nella legge ma «composta, senza dubbio, da principi fondamentali, quasi costituzionalizzati»²⁰⁴. Questa visione di parziale indipendenza della giurisprudenza dal legislatore viene poi dilatata in alcuni casi a tal punto, come è quello di Troper con la sua teoria realista, da arrivare addirittura a toccare l'estremo della totale autonomia accordata ai giudici allorché a questi vengono riconosciuti margini di libertà interpretativa che prescindono dal dato normativo. L'interpretazione è qui infatti intesa come una «funzione della volontà»²⁰⁵ e non già della conoscenza, il cui oggetto sono gli enunciati o i fatti (e non le norme), che conferisce all'interprete un potere specifico, basato sulla validità della sua interpretazione, stante i vincoli argomentativi. A scansare il rischio dell'arbitrio dei giudici e di una interpretazione effettuata in base ai propri «capricci» soccorrono, nell'ottica di una *stabilité* giurisprudenziale, soprattutto i metodi e il complesso di concetti che consentono di arrivare alle decisioni giudiziarie. Sarà in tal modo, attraverso, cioè, l'impiego degli stessi metodi e concetti, che «i soggetti, parti di un contenzioso, e le altre autorità possono sperare di anticipare le decisioni dei tribunali, di conoscere le regole a cui sono soggetti e quindi di regolare la propria condotta»²⁰⁶.

Diverso appare invece l'orientamento dottrinario in Germania²⁰⁷.

Di fronte alle medesime mutate condizioni del contesto e quindi del diritto, in questo ordinamento la certezza del diritto non viene affatto rinnegata come principio fondamentale del sistema giuridico, andando anzi a riacquistare un rilievo in qualche modo perso nel periodo precedente, pur non mostrandosi più come un principio strettamente

²⁰³ In questi termini, M. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5 e éd, Méthodes du droit, Paris, 2012, 135.

²⁰⁴ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, cit., 208.

²⁰⁵ M. TROPER, *Une Théorie Réaliste de L'interprétation*, in *Rev. op. jur.*, 2006, 317.

²⁰⁶ *Ibidem*.

²⁰⁷ Cfr. E. SCHMIDT-ARMANN, *Der Rechtsstaat*, in *Isensee/Kirchhof (Hrsg.)*, HStR, Bd. 2, 3. Aufl. 2004, 541.

connesso allo “Stato di diritto”. Si ritiene, così, che se conciliare l’adeguamento della legge ai cambiamenti della società con il legittimo affidamento dei cittadini e con la stabilità dell’ordinamento giuridico comporta inevitabilmente la necessità di un diritto flessibile e dinamico, la certezza del diritto non può non restare in ogni caso uno degli elementi fondamentali²⁰⁸. In quest’ottica, si osserva, che per quanto la certezza non possa di certo significare «immutabilità della legge», stante, tra l’altro, la presenza nel diritto di una componente non solo statica ma anche dinamica, essa trova comunque concretizzazione attraverso, in particolare, il principio di proporzionalità o anche la tutela dei diritti acquisiti ovvero della buona fede, nonché, ancora, i principi guida della democrazia e dello Stato sociale. Secondo qualche giurista tedesco, insomma, seppure la certezza del diritto non mira di certo a proteggere i cittadini «contro tutte le vicissitudini della vita»²⁰⁹, quanto meno è diretta a garantire, attraverso una certa «continuità» del diritto – inteso questo principio non già come un diritto ma come un «postulato politico-giuridico di buona legislazione o di buona amministrazione»²¹⁰ – l’affidabilità dell’ordinamento giuridico, assicurando una qualche stabilità alle posizioni individuali di fronte al cambiamento. In quanto tale, la certezza del diritto tutela allora, da un lato, *ex ante*, la prevedibilità delle decisioni dello Stato, dall’altro, *ex post*, la stabilità delle decisioni dello Stato²¹¹. L’affidabilità dell’ordinamento giuridico, in questa fase, nella visione della dottrina tedesca, è tuttavia assicurata prevalentemente dalla tutela dei diritti fondamentali nei casi concreti e, in particolare, della libertà di cui all’art. 2 c. 1, GG o dalla garanzia della proprietà prevista all’art. 14, c. 1, GG. Differente si mostra invece l’orientamento assunto dal Tribunale costituzionale federale tedesco. Non intendendosi rinunciare al concetto di Stato di diritto come anche a quello della certezza del diritto, al contempo, volendosi immaginare una cooperazione con questi dei diritti fondamentali perché sia

²⁰⁸ In questo senso, E. SCHMIDT-ASSMANN, *Der Rechtsstaat*, in J. ISENSEE, P. KIRCHHOF (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts* vol. I, Berlin, 2004, 69.

²⁰⁹ Così, M. HOLOUBEK, *Verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz – allgemeine und rechtsvergleichende Überlegungen für Deutschland, die Schweiz und Österreich*, in M. HOLOUBEK, M. LANG (a cura di), *Vertrauensschutz im Abgabenrecht*, Linde, 2004, 31.

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ E. SCHMIDT-ASSMANN, *Ibidem*.

garantita l'affidabilità dell'ordinamento giuridico, si sostiene che i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento sono da "ancorare" sia allo Stato di diritto che ai diritti fondamentali. Questi ultimi principi, peraltro, si precisa, non tollerano le leggi con effetti retroattivi²¹². In tal modo, guardandosi alla giurisprudenza tedesca, qualche studioso arriva ancora a ritenere che la Legge fondamentale tedesca con la costituzionalizzazione dei principi dello Stato di diritto, in particolare agli artt. 20 e 28 GG, ha voluto elevare la certezza del diritto, sia in senso soggettivo che oggettivo, a suo valore-principio²¹³.

²¹² BVerfGE 135, 1, *Rückwirkende Klarstellung*, 17 dicembre 2013, par. 62.

²¹³ Così, a proposito dell'interpretazione conforme a costituzione, J. LUTHER, *Le interpretazioni adeguatrici nel diritto tedesco vivente*, Contributo al seminario "La Corte, i giudici e le interpretazioni adeguatrici", Roma, 6 novembre 2009, in *cortecostituzionale.it*

CAPITOLO II

LA CERTEZZA DEL DIRITTO ALLA PROVA DELLE COSTITUZIONI. LA VISIONE DELLE CORTI COSTITUZIONALI NEL DIALOGO CON LE ALTRE CORTI

SOMMARIO: 1. La certezza come stabilità dell'ordinamento e il principio del rinnovamento del diritto. – 2. L'affermazione della certezza del diritto come principio nelle carte costituzionali. Lo Stato di diritto e la certezza in Spagna, Portogallo e Germania. – 2.1. La certezza come valore costituzionale. Il caso francese e italiano. – 2.2. Un primo quadro comparativo sulla certezza del diritto. – 3. La definizione dei rapporti tra Costituzione e altre fonti. Il diritto internazionale e il grado gerarchico nella Costituzione spagnola, portoghese e francese. – 3.1. Il rapporto con il diritto internazionale nelle carte costituzionali tedesca e italiana. – 3.2. L'internazionalizzazione dei diritti fondamentali e l'interpretazione conforme. – 3.3. La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. – 4. Il diritto europeo e il primato sul diritto interno degli Stati membri. – 4.1. Il rapporto tra il diritto eurounitario e il diritto costituzionale. La costituzione francese e il *Grundgesetz* tedesco. – 4.2. Le fonti europee e le carte costituzionali spagnola e lusitana. – 4.3. Lo specifico caso italiano. – 5. Un primo tentativo classificatorio.

1. La certezza come stabilità dell'ordinamento e il principio del rinnovamento del diritto.

Alla luce dei testi costituzionali e dei principi ivi espressamente o implicitamente previsti, quali poi invocati dai tribunali costituzionali, la certezza del diritto, come a breve vedremo, sembra configurarsi come un complesso di esigenze in qualche modo legate all'istituto dello Stato di diritto. Queste esigenze devono rispondere, in quanto tali, all'imperativo di "determinazione" delle regole ai diversi livelli, nel rispetto della coerenza e conformità delle norme nel sistema, al fine della «conoscibilità» non tanto intesa nel nostro lavoro come chiarezza del diritto quanto piuttosto, stante una struttura giuridica di criteri

prestabilita, come «prevedibilità e calcolabilità dell'attività normativa degli organi pubblici nel tempo»¹. Il diritto certo che come tale deve rivelarsi più o meno «stabile e comunque prevedibile nel suo cambiamento o nella sua applicazione futura»². Così intesa questa conoscenza del diritto, a differenza più specificamente del legittimo affidamento che assume rilievo in virtù di un giudizio *a posteriori*³, opera *ex ante*, imponendo l'adozione di una serie di strumenti.

Sotto questo profilo, più strutturale, la certezza, utilizzata come parametro, sembra trovare generalmente applicazione soprattutto da parte dei giudici nell'ambito del diritto amministrativo, nella verifica della conformità degli atti alla legge, come è negli ordinamenti francese e italiano ma anche nell'ordinamento spagnolo e portoghese, ove la giurisprudenza fa ampia applicazione della certezza del diritto, congiuntamente al principio di tutela dei diritti acquisiti⁴. Questo è a differenza dell'ordinamento tedesco, ove il *Bundesverfassungsgericht*, attribuendo rango costituzionale al principio della certezza, lo utilizza, come «criterio di controllo costituzionale»⁵ talora anche per garantire la stabilità dell'ordinamento giuridico e la prevedibilità dell'azione statale.

In quest'ultimo caso la certezza del diritto, considerato anche come fondamento del valore della libertà, è intesa come stabilità o meglio, ci dice il giudice costituzionale tedesco, come «affidabilità dell'ordinamento giuridico» costituente «un prerequisito essenziale per la libertà, cioè per l'autodeterminazione del proprio progetto di vita e la sua attuazione»⁶. Quest'esigenza, pur mostrandosi essenziale, deve accordarsi con il fondamentale, o meglio, con la «indispensabile

¹ V., in merito, W. ZIMMER, *Allemagne*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n.15/1999, spec. 94.

² Così, A. VON ARNAULD, *Rechtssicherheit: perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts*, Tübingen, 2006, 105. Da ciò l'A. arriva alla triade della certezza costituita da conoscibilità, affidabilità e prevedibilità dedicando a ciascuna di tale declinazioni nel diritto pubblico un capitolo.

³ Ancora, A. VON ARNAULD, *op. ult. cit.*, 150.

⁴ V., in merito, J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, London, 2006, I ed., 874 ss.

⁵ BVerfGE 63, 343, cit., punto 67.

⁶ BVerfGE 63, 343, cit., punto 64.

necessità»⁷ di modificare l'ordinamento giuridico, modifiche che tuttavia, sottolinea il giudice costituzionale tedesco, devono avvenire, in uno stato di diritto, secondo le procedure prestabile.

Al fine, insomma, di evitare l' «immobilismo dell'ordinamento giuridico vigente», il principio di certezza del diritto, come pure sostenuto dal Tribunale costituzionale spagnolo, «non può essere stabilito come valore assoluto»⁸, ma presenterà un grado di relatività, variabile da ordinamento a ordinamento, a seconda dei criteri, delle procedure e dei tempi prescritte per la modificabilità delle norme vigenti⁹ nella loro successione nel tempo e per la risoluzione di eventuali contrasti, nell'ottica di una certa coerenza sistemica.

Rilievo particolare assume qui, allora, di fronte a cambiamenti inevitabili o anche semplicemente auspicabili nelle condizioni di vita, quei criteri, costituzionalmente previsti, tesi a garantire la conciliazione tra conservazione e dinamismo del diritto, assicurando un certo grado di stabilità e affidabilità dell'ordinamento.

Nel tentativo di offrire un lavoro sistematico e approfondito, pur senza pretesa di esaustività, si cercherà di verificare come le costituzioni garantiscono la certezza/stabilità sotto un profilo essenzialmente strutturale e funzionale riguardante soprattutto le norme che impongono al destinatario disposizioni, per un tempo più o meno relativo, creando situazioni acquisite, ovvero la «legittima aspettativa», considerata come una specificazione della tutela dei diritti acquisiti¹⁰. A tal fine ci si soffermerà, in particolare, sul problema del rapporto tra fonti normative, in questa parte essenzialmente tra quelle interne ed esterne, guardandosi al grado, più o meno ampio, di stabilità del diritto e, quindi, dei diritti garantiti. Si tratterà, in quest'ottica, di verificare come operano i diversi parametri di stabilità attraverso cui si accorda la possibilità, intesa come abilitazione e competenza, alla produzione e modificazione normativa, nel loro stretto legame con il principio dello Stato di diritto costituzionale. I criteri di stabilità, in questo lavoro prescelti, sono in particolare, quello: 1. gerarchico quanto al modo di modificazione normativa; 2. di competenza come “au-

⁷ *Ibidem*.

⁸ STC, 20 aprile, 2009, n. 89, FJ 3.

⁹ In tal senso, v. anche A. PIZZORUSSO, *Certezza del Diritto*, cit., 2.

¹⁰ Così, O. PFERSMANN, *Autriche*, in *Ann. int. just. const.*, 1999, 112 ss.

torizzazione” di produzione normativa; 3. dei meccanismi d’irrigidimento di procedure di modificazione dei diritti e libertà; 4. interpretativo.

È in considerazione di questi criteri che emergerà, da questa analisi comparativa, una certezza del diritto (costituzionale) non soltanto proclamata, talora, nelle carte costituzionali nonché dai giudici costituzionali, nella sua genericità e, come pure si vedrà, collegata allo Stato di diritto, ma “determinata” (o non) da parametri costituzionalmente predefiniti, in virtù dei quali la stessa certezza costituzionale può essere suscettibile di una differenza quantitativa di grado, quest’ultimo non mostrandosi mai assoluto ma variabile e relativo.

Dovendo restringere il campo dell’indagine, per ragioni anche di economia di spazio, e non volendosi andare oltre lo scopo di questo studio, non si guarderà ad altri profili più generali pure ritenuti rilevanti, come la delimitazione dell’efficacia temporale della legge e il principio di irretroattività, strettamente connessa alla stabilità della norma, nonché ad aspetti relativi all’ermeneutica, come la chiarezza e conoscibilità delle norme, pur ritenuti importanti per la tematica oggetto di studio. Si ritiene ben possibile la separazione dello studio della gerarchia delle norme, del principio generale di legalità e della competenza dalla retroattività e dal legittimo affidamento, inteso in senso soggettivo affinché la legalità sia “effettivamente” conoscibile dai destinatari, per concentrarci sulla certezza strutturale dell’ordinamento, integrando eventualmente altri aspetti su cui tale questione potrebbe avere un impatto.

2. L’affermazione della certezza del diritto come principio nelle carte costituzionali. Lo Stato di diritto e la certezza in Spagna, Portogallo e Germania.

A differenza degli altri casi pure in questo testo esaminati, in Spagna la certezza del diritto sembra costituire una preoccupazione costante per il suo costituente¹¹.

¹¹ In tal senso, alla luce altresì della comparazione con la Costituzione brasiliana, anche H. ÁVILA, *Teoría de la seguridad jurídica*, Madrid, 2012, 27 ss.

Quest'ultimo influenzato, come anche nel caso lusitano, dalla legge fondamentale tedesca sotto più profili, compreso quello della tutela dei diritti con il ricorso individuale al giudice costituzionale, si mostra particolarmente attento al principio della certezza, considerandolo come un baluardo di difesa dello Stato di diritto costituzionale (al pari, in questo senso, ad esempio, del principio di uguaglianza), ovvero come una norma che esprime uno dei «valori fondamentali di un ordinamento giuridico»¹². All'art. 9, c. 3 Cost. si stabilisce espressamente che «La Costituzione garantisce il principio di legalità, la gerarchia normativa, la pubblicità delle norme, la irretroattività delle disposizioni sanzionatorie sfavorevoli o restrittive dei diritti soggettivi, la certezza giuridica, la responsabilità e il divieto dell'arbitrio dei pubblici poteri»¹³. Pur riconoscendosi espressamente e direttamente la tutela della *seguridad jurídica*¹⁴, risulta tuttavia assente qui non solo qualunque definizione, stante il ricorso ad una formula generica ed "omnicomprensiva" che include diversi principi, ma altresì l'indicazione di precisi criteri e modalità per renderla effettiva¹⁵. Si lascia in tal modo il compito di definire il contenuto e la procedura attuativa del principio al legislatore e poi, successivamente, al *Tribunal Constitucional* spagnolo, quale giudice delle leggi e interprete costituzionale supremo.

Nondimeno si può dire, peraltro, per la costituzione portoghese che pure, a sua volta, come si diceva, ha tenuto fortemente a modello il *Grundgesetz*, con la sua enfasi per i diritti umani e l'ordinamento de-

¹² Cfr. M. ATIENZA, J. RUIZ MANERO, *Sobre principios y reglas*, in *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1991, 103. In tal senso, specificamente quanto al principio in commento, v. I. LIFANTE VIDAL, *Ignorancia de la ley y seguridad jurídica*, in *Teoría y derecho*, 2015, 19.

¹³ In merito a questo principio nell'ordinamento giuridico spagnolo, tra molti, si veda, E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, cit. Si vedano, inoltre, i diversi saggi raccolti nel volume del 2003, n. 263, di Documentación Administrativa, volume monografico coordinato da F. A. CASTILLO BLANCO, *El Principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones* nonché G. FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985, 169 e J. BERMEJO VERA, *El declive de la seguridad jurídica en el Ordenamiento Plural*, Madrid, 2005.

¹⁴ Si veda, in senso ampio, F. ARCOS RAMÍREZ, *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Madrid, 2000.

¹⁵ In questo senso, O. PFERSMANN, *Autriche*, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XV, 1999, 109.

mocratico. Pur non inserendolo espressamente, come è invece nel caso spagnolo, tra i principi fondamentali e facendone cenno soltanto in una disposizione finale, la carta costituzionale del Portogallo lo rende attuabile attraverso una serie di disposizioni appunto finalizzate a garantire la certezza del diritto e, con questa, la stabilità delle norme. In questo senso, come meglio si dirà, la Costituzione portoghese sembra configurarsi addirittura, quanto alla graduatoria della tutela della certezza del diritto, di livello superiore alla carta costituzionale spagnola, rivelando un grado relativo medio-alto. La certezza del diritto qui, peraltro, sembra configurarsi addirittura come un “assioma” che può giustificare, alla luce dell’art. 282, c. 4 Cost. unitamente alle «ragioni di equità o di interesse pubblico di eccezionale rilevanza» ivi previste (in questi specifici casi tuttavia da “comprovare” a differenza della certezza), una decisione di incostituzionalità o di illegittimità da parte del Tribunale costituzionale con effetti dotati di portata più incisiva rispetto a quelli ordinari, potendo assumere efficacia retroattiva.

Tornando alla Costituzione iberica e al rilievo accordato alla certezza del diritto, in questa carta costituzionale è già a partire dal Preambolo che si può percepire l’importanza del principio in particolare laddove si proclama di voler stabilire un ordinamento che si fonda sulla giustizia, libertà e *seguridad* attraverso il consolidamento di uno stato di diritto che garantisca la «sovranità» della legge e promuova il progresso per garantire a tutti una qualità di vita dignitosa. È, ancora, in quest’ottica che successivamente, a detta altresì di gran parte della dottrina spagnola, si ribadisce all’art. 1 Cost. la volontà di costituirsi come uno “Stato sociale e democratico governato dallo Stato di diritto” (promuovendo, al contempo, come valori superiori del suo ordinamento giuridico la libertà, la giustizia, l’uguaglianza e il pluralismo politico), mentre poi all’art. 9 Cost., disposto a chiusura del “Titolo preliminare” che si apre appunto con l’art. 1, si elencano le garanzie fondamentali dei cittadini: oltre alla supremazia della Costituzione e alla tutela della libertà e dell’uguaglianza di cui in particolare ai commi 1 e 2 del medesimo articolo, si individua espressamente, nel terzo comma, come già detto, la *seguridad jurídica* come “principio” fondamentale unitamente ad altri principi tra cui quello della legalità e gerarchia normativa. Appare evidente, in questo assetto costituzionale, come la certezza del diritto sia, in più parti, riconducibile ai valori del-

lo stato di diritto inteso come un istituto idoneo, prevalentemente, ad escludere l'arbitrio e a garantire i valori democratici e sociali¹⁶.

Questo approccio non è per la verità diverso da quello presente in molti altri ordinamenti costituzionali, inclusi quelli in questo lavoro esaminati, ove pure la certezza è, più o meno, inteso come un corollario dello Stato di diritto positivizzato, laddove se non è la Costituzione ad effettuare direttamente questo collegamento è la dottrina e la giurisprudenza costituzionale a dogmatizzarlo.

Nel caso già citato del Portogallo, ad esempio, la dottrina, come anche la giurisprudenza costituzionale, è unanime nel ritenere che sebbene il testo della Costituzione non alluda espressamente a tale principio – o quanto meno non nella parte dedicata ai principi fondamentali – esso sia desumibile dal principio dello Stato di diritto sancito all'art. 2, Cost., principio “basato”, tra l'altro, oltre che sulla tutela dei diritti fondamentali, altresì sulla «separazione e interdipendenza dei poteri». Alla luce di questo disposto, la dottrina ritiene così che vi si possa includere, unitamente alla correttezza dell'agire amministrativo, la chiarezza e la stabilità delle norme nonché un comportamento dell'apparato giudiziario rispettoso dei precedenti e delle pronunce delle giurisdizioni superiori¹⁷ (sotto quest'ultimo profilo facendo espresso riferimento all'art. 282, c. 4 Cost., con particolare riguardo al *Tribunal constitucional*, alla *segurança jurídica* assicurabile attraverso pronunce di illegittimità retroattive). Rispetto alla costituzione iberica, appare qui più chiara una concezione di stato di diritto inteso non semplicemente come un istituto a tutela dei diritti e della democrazia, come è appunto nella costituzione spagnola, ma come “struttura oggettiva” ovvero come “determinazione” di norme di diverso grado che

¹⁶ V., in merito, quanto specificamente «ai connotati tradizionali dello stato di diritto (principio di legalità, certezza e prevedibilità del diritto, divieto di decisioni arbitrarie, eguaglianza, indipendenza delle corti, libero accesso alla giustizia e *due process of law*)», rinvenibili in queste costituzioni con il riferimento al concetto di “stato di diritto”, anche R. TARCHI, *L'approdo europeo del Rule of Law. Riflessioni introduttive e di sintesi*, in R. TARCHI, A. GATTI (a cura di), *Il Rule of law in Europa*, Consultaonline, 2023, 17

¹⁷ In tal senso, v. J. FREITAS ROCHA, *Direito pós-moderno, patologias normativas e proteção da confiança*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2010, 2.

compongono l'ordinamento la cui applicazione, da parte di specifici organi, è soggetto a controllo di conformità da parte di altri organi a ciò specificamente deputati. Questa costruzione coincide con ciò che la dottrina portoghese riconosce come certezza giuridica «connessa ad elementi oggettivi dell'ordinamento giuridico – ossia, garanzia della stabilità giuridica, certezza della guida e attuazione della legge», a differenza della tutela del legittimo affidamento più legata alle componenti soggettive della certezza¹⁸. In quest'ultimo caso, il principio di certezza del diritto in senso soggettivo, ossia, il legittimo affidamento, pur trovando sempre, a dire dello stesso *Tribunal constitucional*, implicito fondamento nel principio di Stato di diritto democratico¹⁹, comporta soprattutto l'idea per i cittadini di “prevedibilità” delle norme intesa, in sostanza, come modo di orientare la loro vita, poiché i cittadini hanno diritto a un «minimo di certezza e di sicurezza riguardo ai diritti e alle aspettative legittimamente create nello sviluppo dei rapporti giuridico-privati»²⁰. Sotto quest'ultimo profilo, è sulla base dell'art. 2 Cost. e del suo principio dello Stato di diritto democratico, essendo «certamente uno stato di certezza del diritto»²¹, che il giudice delle leggi è fermo nel condannare quelle normative, adottate in «violazione del principio della certezza»²², non dettate dall'esigenza di tutelare diritti o interessi costituzionalmente garantiti da considerarsi prevalenti (in virtù del principio di proporzionalità, esplicitamente sancito, come si dirà, in materia di diritti, libertà e garanzie, dal comma 2 dell'art. 18 Cost.). Queste norme, al contrario, recano un rinvio «intollerabile, arbitrario, oppressivo o eccessivamente pronunciato»²³ a quegli *standard* minimi di certezza e sicurezza che le persone, la comunità e la legge devono rispettare, «come dimensioni essenziali dello Stato di diritto democratico»²⁴.

¹⁸ Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1998, p. 257.

¹⁹ TC 568/2016, 19 ottobre 2016, p. 5.

²⁰ TC 365/1991, 7 agosto 1991, p. 2.3.

²¹ Ancora, TC 568/2016, cit., p. 5.

²² Esplicitamente, tra gli altri, TC n. 12/2012, 12 gennaio 2012, p. 9

²³ *Ibidem*.

²⁴ TC 187/2013, 5 aprile 2013, punto 29. Si tratta peraltro di una pronuncia particolarmente rilevante che ha suscitato diverso interesse giacché, a fronte della crisi finanzia-

Peraltro anche negli altri ordinamenti in questo lavoro esaminati, ove la certezza del diritto non è mai espressamente richiamata in Costituzione, questo principio sembra assumere particolare rilevanza, ritenuto consustanziale all'idea di Stato di diritto quale, espressamente o implicitamente, positivizzato. È questo il caso della Costituzione tedesca che pure, come già detto, si è affermata come modello per le democrazie europee, soprattutto per il suo equilibrio tra stabilità e garanzie democratiche, oltre che per la particolare tutela dei diritti fondamentali.

Il principio della certezza del diritto sembra trovare nel *Grundgesetz* una sua base giuridica, a dire della stessa dottrina che lo considera fondamentale²⁵ leggendolo spesso anche come strumentale alla tutela dei diritti fondamentali²⁶, in particolare in quelle disposizioni in cui si invoca, più o meno direttamente, lo Stato di diritto, ovvero, più specificamente, negli artt. 20 e 28 GG, in quest'ultimo caso allorché espressamente si stabilisce che «l'ordinamento costituzionale dei *Länder* deve

ria e della necessità di ridurre le spese, in particolare legate ai pensionamenti e ai dipendenti pubblici, in attuazione degli impegni assunti dal Portogallo nel quadro dell'assistenza finanziaria concordata a livello internazionale e nell'ambito dell'Unione Europea nel 2011, della solidarietà c.d. *austerity*, il *Tribunal constitucional* ha dichiarato l'incostituzionalità di diverse norme della legge per violazione, tra l'altro, dei principi di uguaglianza, legittimo affidamento e proporzionalità. V., in merito, per un ampio commento, A. P. ANTUNES, *Breves notas ao acórdão do Tribunal constitucional n° 187/2013 quanto à contribuição extraordinária de solidariedade*, in *e-Pública*, 2014, 438. La pronuncia, che si è distinta nel panorama europeo per aver risposto con rapidità e anche con fermezza, ha avuto eco anche in dottrina italiana. V., T. ABBATE, *L'Acórdão 187/2013: la punta di un iceberg per la giurisprudenza costituzionale europea sulla crisi?* in *DirittiComparati*, 2013. In precedenza sulla stessa questione, v. TC 352/2012, 5 luglio 2012. In senso ampio, v. anche A. COSTA PINTO, C. PEQUITO TEIXEIRA (a cura di), *Political Institutions and Democracy in Portugal. Assessing the Impact of the Eurocrisis*, Switzerland, 2019.

²⁵ V., in particolare, Cfr. B. GRZESZICK, *Art. 20 GG*, in T. Maunz, G. Düring (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, München, 2018, nonché H. SCHULZE-FIELITZ, *Art. 20 (Rechtsstaat)*, in H. DREIER (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, Tübingen, 2006, 244 ss.

²⁶ In tal senso, B. PIEROTH, *Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes*, in JZ, 1990, part. 284. Peraltro di "sottoprincipio" dello Stato di diritto, parla A. CIAFARDONI, *Certezza del diritto e tutela dell'affidamento nell'ordinamento tedesco*, in *DPCE*, 2023, 454.

rispondere ai principi dello Stato di diritto (*Rechtsstaat*) repubblicano, democratico e sociale nello spirito di questa Legge fondamentale». La stessa giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, sin dalle prime sentenze, ha peraltro seguito un orientamento che vede lo Stato di diritto come un istituto deducibile dal *Grundgesetz* – ossia, oltre che dall'art. 20 GG, altresì da una sintesi di disposizioni costituzionali quali, in particolare, l'art. 20, c. 3 GG sul vincolo dei poteri individuali, gli artt. 1, c. 3, GG, 19, c. 4 GG e 28, c. 1 GG nonché dalla «concezione complessiva della Legge fondamentale»²⁷ – idoneo a includere, considerando chiaramente distinte le due dimensioni, «non solo la prevedibilità, ma anche la certezza del diritto e la correttezza o giustizia sostanziale»²⁸. Questi principi sono intesi dal *Bundesverfassungsgericht* come elementi che seppure non trovano specifici obblighi o divieti di rango costituzionale, «chiaramente definiti in ogni dettaglio», essendo per lo più ricavati implicitamente dall'assetto costituzionale generale²⁹, in ogni caso «devono essere preservati» costituendo, a dire dello stesso giudice costituzionale tedesco, «elementi fondamentali dello Stato di diritto»³⁰. Detto in altri termini, secondo anche qualche pronuncia più recente, questo è un “principio” ascrivibile, insieme ad altri quali quello di legalità o il divieto di retroattività, tra gli «elementi di garanzia strutturalmente simili al principio dello Stato di diritto»³¹. Il principio della certezza in senso oggettivo, in alcuni autori tedeschi ritenuto tuttavia talora secondario rispetto al legittimo affidamento e alla dimensione soggettiva³², costituisce insomma, alla luce dell'attività creativa del giudice costituzionale tedesco³³, come pure si è sostenuto in dottrina³⁴, «uno degli elementi essen-

²⁷ BVerfGE 2, 380, *Haftentschädigung*, 1° luglio 1953, par. 85.

²⁸ BVerfGE 7, 89, *Hamburgisches Hundesteuergesetz*, 24 luglio 1957, in part. par 18.

²⁹ BVerfGE 97, 67, *Schiffbauverträge*, 3 dicembre 1997, punto 41.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ BVerfGE 109, 133, *Langfristige Sicherheitsverwahrung*, 5 febbraio 2004, par. 141.

³² V., in proposito, in maniera approfondita, K. SOBOTA, *Rechtssicherheit in Das Prinzip Rechtsstaat: verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*, Tübingen, 1997, 156.

³³ Su questa tendenza fortemente criticata dalla dottrina, v. F. REIMER, *Verfassungsprinzipien: Ein Normtyp im Grundgesetz*, Berlin, 2001, 468 ss.

³⁴ Sul punto vedi, anche tra gli altri, P. KUNIG, *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen, 1986, 417.

ziali dello Stato di diritto»³⁵, ovvero, un «principio ancorato al requisito dello Stato di diritto»³⁶. Spesso si va poi chiaramente evidenziando altresì quella connessione costituente l'essenza del diritto data dal legame tra la certezza del diritto e la «pace giuridica» considerati entrambi di fondamentale importanza per lo Stato di diritto³⁷. In alcuni casi dal principio dello stato di diritto di cui all'art. 20 GG deriva infine, ad avviso ancora del Tribunale costituzionale federale tedesco, secondo una visione affermata da lungo tempo, anche una sorta di mandato costituzionale³⁸ alla «chiarezza e giustiziabilità» nonché alla «precisione», in base al quale le disposizioni di legge debbono essere formulate in modo tale da conseguire diversi effetti, ovvero, non solo quello di consentire ai loro destinatari di comprendere il loro significato e di regolare di conseguenza la loro condotta, ma sotto il profilo più strutturale e oggettivo, come dirà anche la corte costituzionale italiana, di dare certezza alle fonti normative in particolare a quelle subordinate alla legge. La chiarezza e precisione dovuta dal legislatore permette di disciplinare e limitare efficacemente l'attività della pubblica amministrazione, non potendo questa «decidere in modo indipendente»³⁹ e consentendo, poi, all'autorità giudiziaria di esercitare il proprio potere di controllo di conformità dell'attività dell'amministrazione⁴⁰.

Il problema, già visto nell'analisi della dogmatica, circa il rapporto tra certezza e giustizia è senza dubbio un tema presente nella giurisprudenza costituzionale tedesca. Questo emerge, per la verità, in particolare nei primi tempi allorché il principio della certezza del diritto, inteso come legalità (anche costituzionale), sembra poter entrare in conflitto, sul piano concreto, con la giustizia effettiva. La memoria recente è ancora quella del regime nazionalsocialista e, con questa, quella di un legislatore che può creare «ingiustizia» stabilendo regole «inique»⁴¹, in particolare, in tema di diritti ed eguaglianza. Ben si osserva così, in alcune pronunce adottate poco dopo la fine della Seconda

³⁵ BVerfGE 45, 142, *Rückwirkende Verordnungen*, 8 giugno 1977, par. 73.

³⁶ BVerfGE 84, 133, *Warteschleife*, 12 marzo 1991, par. 97.

³⁷ BVerfGE 2, 380 – *Haftentschädigung*, 1° giugno 1953, par. 56.

³⁸ BVerfGE 110, 33 – *Zollkriminalamt*, 3 marzo 2004, par. 116.

³⁹ BVerfGE 45, 400 – *Oberstufenreform*, 22 giugno 1977, par. 69.

⁴⁰ *Ibidem*

⁴¹ BVerfGE 3, 225, cit., par. 21.

guerra mondiale, quale riflesso dei tempi, che la certezza del diritto, intesa come «elemento essenziale del principio dello Stato di diritto»⁴², se da un canto è una «delle scelte fondamentali della Legge fondamentale tesa a realizzare autentici postulati di giustizia», dall'altra può anche entrare in conflitto con «l'esigenza di giustizia materiale»⁴³, ovvero, con la giustizia dei singoli casi concreti⁴⁴. Citando espressamente la tesi di Radbruch, si arriva perciò a sostenere, in una pronuncia del lontano 1953, che la norma che neghi o comunque trascuri «in maniera intollerabile» quella che è considerata la «funzione intrinseca del diritto», ovvero, il «preservare la pace», garantita dalla certezza del diritto, potrebbe essere considerata nulla «anche nella forma di norma costituzionale originaria»⁴⁵. In questa pronuncia, come in altre successive, per la verità sempre più sporadiche, si finisce tuttavia per attribuire, in caso di «intollerabile contraddizione tra diritto positivo e giustizia», maggiore importanza al principio di giustizia sostanziale rispetto a quello della certezza del diritto, ben potendo quest'ultimo avere un «peso minore»⁴⁶ e limitandosi a trovare espressione, a dire ancora del giudice costituzionale tedesco, «nella validità del diritto positivo come regola empirica»⁴⁷. Del resto, l'idea per cui la legge dovrebbe essere così «specifica da consentire di prevedere con quasi assoluta certezza la soluzione giuridica del singolo caso» appare, secondo il giudice costituzionale tedesco, «irrealizzabile»⁴⁸.

A ogni buon conto, nel caso di conflitto tra certezza del diritto e giustizia sostanziale deve essere innanzitutto compito del legislatore risolvere il contrasto, «ora a favore della certezza del diritto, ora a favore della giustizia materiale»⁴⁹, e solo dopo spetterà al giudice intervenire. Questa visione viene ripresa, peraltro, anche in tempi più recenti, sia pure senza più alcun riferimento alla tesi radbruchiana, allor-

⁴² BVerfGE 3, 225, cit., par. 33.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ BVerfGE 15, 313, *Rückwirkende Gewerbesteuer*, 14 marzo 1963, par. 19.

⁴⁵ BVerfGE 3, 225, cit., par. 33.

⁴⁶ BVerfGE 95, 96, cit., par. 141. V., in merito, anche, S. ARNOLD, M. WAGNER-EGELHAAF, *Begründung und Geltung*, cit. 186.

⁴⁷ BVerfGE 3, 225, cit., par. 33.

⁴⁸ BVerfGE 3, 225, cit., par. 43.

⁴⁹ BVerfGE 3, 225, cit., par. 33.

ché si osserva che lo stato di diritto comprende non solo la giustizia sostanziale ma anche la certezza del diritto. Dotati entrambi di rango costituzionale⁵⁰, questi elementi talora o, meglio, come si afferma, «spesso» sono in conflitto ed è compito primario del legislatore risolvere il contrasto⁵¹.

2.1. *La certezza come valore costituzionale. Il caso francese e italiano.*

Discorso in parte diverso si deve fare per il caso francese e italiano.

Se entrambi i contesti condividono la mancanza nei propri testi costituzionali di un richiamo esplicito non soltanto alla certezza ma anche allo Stato di diritto, in Francia, in più, il concetto di *sécurité juridique* risulta completamente assente anche dalla giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*⁵² richiamandosi questo semmai ad altri valori⁵³. Sia nel caso italiano che in quello francese alla certezza del diritto sembra poi generalmente ascrivibile più la natura di mero valore che quella di vero e proprio principio costituzionale, con la conseguente implicazione che non frequentemente viene utilizzato come parametro ai fini della valutazione di conformità costituzionale.

Nel caso francese, come si diceva, di certezza non parla né la Dichiarazione dei diritti dell'uomo né i preamboli, né la Costituzione⁵⁴ laddove neanche il *Conseil constitutionnel*, come si anticipava, la prende in considerazione. Il giudice costituzionale francese si è sempre “rifiutato” di consacrarla espressamente come principio costituzionale⁵⁵, negando, talora

⁵⁰ BVerfGE 166, 359, *Wiederaufnahme*, 31 ottobre 2023, par. 78.

⁵¹ 2 BvR 2136/17 – 13 febbraio 2019, par. 20.

⁵² V., in merito, anche O PFERSMANN, *Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand*, cit., 238.

⁵³ Per una ricostruzione anche in chiave storica del principio, si rinvia a A-L. VALEMBOS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Paris, 2005, 4 ss.

⁵⁴ Almeno formalmente, come sostiene qualche A. che guardando alla giustizia amministrativa evidenzia come questa spesso abbia fatto riferimento a questo principio per tutelare i soggetti ricorrenti. B. PACTEAU, *La sécurité juridique, un principe qui nous manque?*, in *AJDA*, 1995, 151 ss.

⁵⁵ Così, M. OLIVIER DUTHEILLET DE LAMOTHE, *La sécurité juridique. Le point de vue du juge constitutionnel*, in www.conseil-constitutionnel.fr nonché F. GRECH, *Le principe de sécurité juridique dans l'ordre constitutionnel français*, in *RFDC*, 2/2015, 405 ss.

l'esistenza di un principio costituzionale di retroattività connesso alla certezza senza tuttavia mai citarla⁵⁶. Il *Conseil constitutionnel* effettua tutt'al più un riferimento solo implicito ad essa con riguardo, cioè, essenzialmente alla necessità di «chiarezza e precisione delle disposizioni»⁵⁷, attribuendovi addirittura, in questo caso, rilevanza costituzionale. La tecnica legislativa considerata inadeguata, rendendo «incerto il contenuto della norma che deve applicarsi», finisce con il violare il «requisito costituzionale di chiarezza della legge»⁵⁸ quale discendente dall'art. 34 Cost., requisito successivamente associato allo «obiettivo di valore costituzionale di intelligibilità e accessibilità della legge, che deriva dagli articoli 4, 5, 6 e 16 della Dichiarazione del 1789»⁵⁹. Quest'ultimo obiettivo va così confondendosi con il principio della chiarezza⁶⁰, divenuto nel frattempo lo strumento principalmente utilizzato dal *Conseil constitutionnel* per promuovere la qualità formale delle leggi⁶¹, tuttavia raramente ritenuto violato dal legislatore. È del resto quest'ultimo il soggetto chiamato, come puntualizza il giudice costituzionale francese, in piena linea con il principio della separazione dei poteri sancito all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo sia pure qui non espressamente invocato, ad «esercitare appie-

⁵⁶ V., specificamente, Cons. const., 29 dicembre 1984, n. 84-184 DC laddove in riferimento a quanto sostenuto dai ricorrenti – ovvero, allorché essi sostengono che «la modifica retroattiva mediante una legge finanziaria di esercizio di una disposizione tributaria è peraltro contrario alla certezza del diritto che è alla base dei diritti degli individui in democrazia» - si limita al cons. 32 a sostenere che «nessun principio o norma di valore costituzionale impedisce che una norma tributaria abbia carattere retroattivo; che la circostanza che una tale disposizione sia contenuta in una legge finanziaria non può impedire tale retroattività; che i testi invocati non hanno lo scopo di impedirlo (...)».

⁵⁷ Cons. const., 10 giugno 1998, n. 98-401 DC e poi, tra gli altri, anche Cons. const., 7 dicembre 2000, 2000-435 DC.

⁵⁸ Cons. const., 13 gennaio 2000, n. 99-423 DC, cons. 19, come poi confermato n°2000-435 DC, cit., cons. 53.

⁵⁹ Cons. const., 29 luglio 2004, n. 2004-500 DC, cons. 13. Sul punto v., in particolare, M. O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, cit., 7.

⁶⁰ Si pone in maniera critica la dottrina sull'utilizzo di questo principio associato a quello dell'intelligibilità risultando «difficile distinguere tra i due strumenti». V., in particolare in merito L. MILANO, *Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi*, in RDP, 2006, 643.

⁶¹ Cfr. A. L. CASSARD-VALEMBOIS, *L'exigence de sécurité juridique et l'ordre juridique français: «je t'aime, moi non-plus...»*, in *Conseil constitutionnel*, 2/2020.

no i poteri che gli sono conferiti dalla Costituzione e, in particolare, dall'art. 34 della stessa», contenente, come si dirà, la riserva di legge/legislatore e perciò tenuto ad osservare il principio (costituzionale) della chiarezza che ne deriva. Gli si impone così l'obbligo di adottare «disposizioni sufficientemente precise e inequivocabili al fine di evitare il rischio di arbitrarietà, senza trasferire alle autorità amministrative o giudiziarie il compito di stabilire norme la cui determinazione è affidata dalla Costituzione esclusivamente alla legge»⁶². Una consacrazione espressa trova il principio della certezza solo nella giurisprudenza amministrativa e in particolare, per la prima volta, in una pronuncia del Consiglio di Stato adottata nel 2006⁶³. Quest'orientamento del giudice costituzionale francese che vede un implicito riferimento alla certezza giuridica collegata, peraltro, in numerose pronunce alla tutela dei diritti di cui all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo, si rivela ben differente dall'approccio seguito dalla Corte costituzionale italiana.

In verità anche quest'ultima si richiama, talora, al principio della chiarezza normativa definita, specificamente, in qualche sentenza, «contributo essenziale alla certezza del diritto»⁶⁴ oppure, ancora, affiancata all'eguaglianza dei cittadini, quali principi di «preminente interesse costituzionale»⁶⁵ allorché si discute di leggi interpretative aventi

⁶² Cons. const., 29 dicembre 2013, n. 2013-685 DC, cons. 33, richiamata, da ultimo, da Cons. const., 15 marzo 2018, n. 2018-762 DC, cons. 4.

⁶³ Cons. d'État, 26 marzo 2006, n. 288460, *Société KPMG et autres*.

⁶⁴ Corte cost., 15 maggio 1987, n. 171, riprendendo una pronuncia precedente (sentenza n. 31/1983) ove pure si afferma che «la chiarezza del dettato legislativo contribuisce alla certezza del diritto e riduce le occasioni di controversie, mentre formulazioni disputabili favoriscono la crescita del contenzioso». Peraltro, anche di recente nel dichiarare non fondata una questione sollevata da una regione che contestava la validità di un atto normativo la Corte invoca in un'endiadi «i principi di chiarezza normativa e di certezza del diritto». Corte cost., 3 dicembre 2015, n. 253. Sul punto v. S. SCAGLIARINI, *La Corte e la tecnica legislativa*, in *Consultaonline*, III, 2023, 838 ss. Parte della dottrina esprime, tuttavia, perplessità su questo tipo di controllo, ritenendosi che l'esigenza di una buona qualità delle leggi non «possa essere sciolto con la spada della dichiarazione d'incostituzionalità». V., spec., F. SORRENTINO, *Incertezza del diritto o mera oscurità della legge?*, in *Giur. cost.*, 1986, 565, nonché, *ex multis*, R. ROMBOLI, *Tecnica legislativa e qualità della legislazione: l'inidoneità del giudizio costituzionale a verificarne i vizi*, in *Foro it.*, 2008, I, 1423.

⁶⁵ Corte cost., 2 aprile 2012, n. 78, p. 12 del *Cons. in diritto*.

lo scopo di chiarire «situazioni di oggettiva incertezza del dato normativo».

La Corte costituzionale italiana, tuttavia, invoca anche spesso espressamente, a differenza del *Conseil constitutionnel*, il principio della certezza del diritto, a prescindere dalla questione della chiarezza, sia pure con atteggiamento cauto e raramente utilizzandolo come unico parametro di costituzionalità. L'orientamento in merito varia, per la verità, anche a seconda della fase storica. È soprattutto nel periodo tra la fine degli anni '70 e '80, anni in cui il principio è stato peraltro, come visto, messo in forte discussione dalla dottrina, che si mostra una certa difficoltà nel riconoscerne il carattere giuridico-costituzionale: lo si configura talora come elemento attinente più al «merito della normativa» e alla discrezionalità del legislatore⁶⁶ quando poi non lo si sviscila, negli stessi anni, a limite rientrante tra «i fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento»⁶⁷, o addirittura a mero «mito»⁶⁸. Sono anni incerti per il principio in cui il giudice delle leggi italiano, seppure talora sostiene che «l'assoluta, illuministica certezza della legge sempre più si dimostra assai vicina al mito»⁶⁹, talaltra va nel senso opposto elevando il principio comunque a elemento fondamentale o ancora, sia pure più raramente, per poi ridimensionarlo, a «interesse costituzionalmente protetto» riconducibile nell'alveo degli artt. 3 e 2 della Costituzione, in particolare «sotto il profilo della lesione dell'affidamento legittimamente posto nella certezza dell'ordinamento giuridico»⁷⁰. La visione va tuttavia cambiando negli ultimi tempi.

⁶⁶ Corte cost., 6 luglio 1971, n. 158, p. 2 del *Cons. in diritto*, in particolare laddove si afferma che «attiene infine, al merito della normativa, riservato alle scelte discrezionali del legislatore, l'affermazione del giudice *a quo* secondo cui l'esclusione dall'adottabilità, ai sensi dell'art. 6, opererebbe in danno di coloro che "hanno necessità e bisogno di una certezza giuridica che li leghi al nucleo familiare nel quale sono da grandissimo tempo integrati».

⁶⁷ Corte cost., 23 novembre 1994, n. 397.

⁶⁸ Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364, p. 18 del *Con. in diritto*.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Per un commento v. P. MAURIELLO, *Ancora sul principio dell'affidamento nella sicurezza giuridica*, in *Giur. it.*, 5/2003, 842 e in particolare laddove l'auspicio è quello che in futuro «la giurisprudenza della Corte possa compiere ulteriori passi in avanti

Diverso è l'orientamento che sembra andare sviluppando nei tempi più recenti, come meglio si approfondirà nella parte riguardante il rapporto tra fonti interne e fonti eurounitarie, allorché la Corte costituzionale sembra recuperare il principio della certezza del diritto anche come prevedibilità delle decisioni, assicurata dal giudizio di legittimità costituzionale. Nell'affermare la rilevanza del sindacato di costituzionalità in grado di assicurare, trascendendo il caso concreto, «in modo efficace la certezza del diritto», sotto il profilo di una maggiore uniformità applicativa del diritto, la Corte accorda alla certezza «valore di sicuro rilievo costituzionale»⁷¹. Peraltro anche rispetto a un altro aspetto, più squisitamente strutturale, tale principio sembra tornare ad assumere rilievo e, in particolare, quando è invocato osservandosi che un modo di legiferare caotico e disorganico, «pregiudica la certezza del diritto»⁷². In questa direzione ancora si va, sotto il profilo strutturale di un «quadro normativo frammentario»⁷³ che richiama in causa la responsabilità del legislatore⁷⁴ (regionale), in un altro caso, decisamente rilevante per la prospettiva da noi scelta del tema, laddove l'eccezione/conformità della tecnica legislativa scadente, «foriera di incertezza», si realizza rispetto al profilo non già della qualità/chiarizia della norma ma dell'instabilità dell'assetto normativo costituito. L'assenza di stabilità strutturale come certezza giuridica finisce con incidere, specifica bene la Corte costituzionale, anche sui profili contenutistici giacché orienta in modo «non univoco l'esercizio della discrezionalità legislativa»⁷⁵. Attraverso un esercizio «irrazionale»

nell'ampliare la sfera di tutela dell'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, giungendo a considerare pervenute ad un sufficiente grado di maturazione, e quindi a proteggere, anche quelle situazioni giuridiche che, come nel caso in esame, non possono oggi essere ancora salvaguardate».

⁷¹ Corte cost., 19 novembre 2024, n. 181, p. 6.5 del *Cons. in diritto*.

⁷² Corte cost., 25 luglio 2024, n. 146, p. 8 del *Cons. in diritto*.

⁷³ Corte cost., 8 aprile 2013, n. 70, p. 1 del *Cons. in diritto*.

⁷⁴ Specificamente sul punto, P. MAZZINA, *Qualità della legislazione e competitività: alcune riflessioni intorno ad una recente esperienza campana*, in *Osservatorioaic.it*, 2013, 4 ss.

⁷⁵ *Ibidem*. V., in merito, ritenendo tuttavia che la pronuncia del 2013 determinare «una confusione fra il problema politico del contenuto di una norma e il problema giuridico della forma e della tecnica normativa utilizzata dal legislatore», M. PICCHI, *Tecniche normative e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione: dalla*

della funzione, il legislatore ha dato così luogo a una «normativa difficilmente ricostruibile da parte dell'amministrazione, continuamente mutevole»⁷⁶. La connessione, del tutta nuova⁷⁷, tra tecnica/chiarezza legislativa e instabilità sino a toccare la pubblica amministrazione e il suo obbligo di imparzialità, porta, in ultimo, a tradurre questa mancanza di stabilità «in cattivo esercizio delle funzioni affidate alla cura della pubblica amministrazione»⁷⁸ in contrasto con l'art. 97 Cost.

La tendenza più generale, in ogni caso, nell'ordinamento italiano, soprattutto a partire dal nuovo secolo, è quella già vista anche negli altri casi sinora esaminati, ad eccezione della Francia, vale a dire, quella di considerare la certezza come un fattore connaturato allo stato di diritto, in particolare, allorché si proclama più specificamente che «è da intendersi quale elemento fondamentale dello stato di diritto»⁷⁹. La certezza del diritto, letta anche come affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, è, insomma, «essenziale elemento»⁸⁰ per l'affermazione dello Stato di diritto, pur costituendo, come si anticipava, difficilmente il solo parametro di sindacato di costituzionalità⁸¹ e configurandosi spesso in connessione con il principio della ragionevolezza⁸². Solo raramente sembra meritare tutela anche come principio costituzionale. In questo caso, quando interpretato soprattutto come

Corte costituzionale un nuovo impulso per preservare la certezza del diritto. Osservazioni a margine della sentenza n. 70/2013, in Federalismi.it, 2013, 11.

⁷⁶ Corte cost., n. 70/2013, cit., p. 4 del *Cons. in diritto*.

⁷⁷ Così, D. PARIS *Il controllo del giudice costituzionale sulla qualità della legislazione nel giudizio in via principale*, in *Le Regioni*, 4, 2013, 840 ss.

⁷⁸ Corte cost., n. 70/2013, p. 5 del *Cons. in diritto*.

⁷⁹ Corte Cost., 26 luglio 1995, n. 390, p. 2 del *Cons. in diritto*, come poi riaffermato in diverse pronunce successive, *ex plurimis*, sentenze n. 236 del 2009, n. 209 e 302 del 2010, n. 216 e n. 56 del 2015, n. 219 del 2014, n. 154 del 2014, n. 310 e n. 83 del 2013, n. 166 del 2012, 108/2019 nonché da ultimo 216 del 2023.

⁸⁰ Corte Cost., 24 ottobre 2002, n. 446, p. 6 del *Cons. in diritto*.

⁸¹ P. DAMIANI, *La certezza del diritto come parametro nei giudizi di costituzionalità. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, in *Giur. cost.*, 3/1999, 2359 ove si sostiene che «nel sistema italiano è precluso alla Corte annullare una legge richiamando espressamente il solo principio di certezza».

⁸² Corte cost., 8 maggio 1995, n. 153, laddove al punto 3.3. del *Cons. in diritto*, la dichiarazione di incostituzionalità si fonda, senza alcuna ulteriore spiegazione, su «ragioni essenziali di certezza del diritto».

valore del legittimo affidamento riposto nella sicurezza giuridica, trovando copertura costituzionale nell'art. 3 Cost., ciò non è già comunque «in termini assoluti e inderogabili»⁸³.

2.2. *Un primo quadro comparativo sulla certezza del diritto.*

Appare evidente, alla luce di questa prima analisi, come il principio della certezza del diritto si configuri in maniera diversa a seconda degli ordinamenti.

Per quanto possa dirsi, in virtù delle norme costituzionali che lo invocano espressamente come, nei casi qui esaminati, della Spagna e in qualche modo anche del Portogallo, un principio privo di un contenuto «concreto»⁸⁴ e piuttosto «astratto»⁸⁵ rispetto ad altri principi che presentano di per sé un carattere di maggiore concretezza – come è il caso del principio della legalità oppure di quello della gerarchia nella stessa disposizione spagnola richiamati – la certezza giuridica sembra assumere in queste ipotesi costituzionali una natura che va ben oltre il mero valore o interesse costituzionale. Non sembra questo invece il caso francese, in questa ultima ipotesi mai espressamente invocato dalla giurisprudenza costituzionale e assumendo piuttosto le vesti della tutela della chiarezza.

Nell'ipotesi italiana, di contro, la certezza, intesa in generale, quale principio immanente alla Costituzione ed elemento essenziale dell'ordinamento, ha un qualche rilievo costituzionale. Sembra tuttavia mostrare, in coerenza del resto con un testo costituzionale che non la prevede espressamente, una forza giuridica limitata, operando raramente come autonomo parametro di legittimità costituzionale nel giudizio sulle leggi⁸⁶ e configurandosi invece *ad adiuvandum* con altri

⁸³ Corte cost., 31 marzo del 2015, n. 56, p. 4.1 del *Cons. in diritto*, come riaffermato successivamente con sentenza n. 89 del 2018

⁸⁴ In questi termini, F. A. CASTILLO BLANCO, *El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza*, cit., 33.

⁸⁵ Così, I. LIFANTE VIDAL, *Ignorancia de la ley*, cit., 18.

⁸⁶ Per una critica a questo atteggiamento ritenuto troppo cauto della Corte costituzionale e di gran parte della dottrina v., R. PINARDI, S. SCAGLIARINI, *Sindacato sulle leggi e tecnica legislativa: un giudizio senza parametro?*, in AA.VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, III, Napoli, 2008, 1771 ss.

principi come quello della ragionevolezza o della intellegibilità. Discorso in parte diverso è per l'ordinamento tedesco ove il principio, pur non vedendo una Costituzione che lo consacri in modo espresso, è fortemente tutelato grazie all'attività creativa del giudice costituzionale, supportata dal riferimento costituzionale esplicito allo Stato di diritto e da meccanismi tecnico-procedurali per la redazione delle norme come nel caso, ad esempio, come si vedrà, del nucleo essenziale dei diritti. In ogni caso è chiara la differenza con l'ordinamento spagnolo e lusitano.

In questi ultimi due contesti, presentandosi come un principio costituzionale per lo più espresso, la certezza del diritto può meglio consentire una pronuncia di incostituzionalità per quei provvedimenti normativi che si pongano in qualche modo in sua violazione. Ciò è anche, a dire della dottrina in particolare spagnola, nel caso di lesione di principi ad esso connessi potendosi configurare anche come «certezza legale»⁸⁷, ovvero come certezza della legge⁸⁸ che deve qualificare i futuri comportamenti in modo da rendere «certi» i diritti⁸⁹. In definitiva,

⁸⁷ In questo senso, la certezza del diritto, come prevedibilità delle azioni, ovvero della loro valutazione, implica la classificazione futura dei possibili comportamenti in modo che si possa prevedere gli effetti della stessa condotta. «Una volta concepita l'azione, è necessario che ciascuno sappia, non quale sarà il suo esito storico, che varrebbe quanto conoscere l'assoluto, ma almeno come l'azione sarà qualificata e come sarà questa azione inserita nella vita storica della società». Così F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma 1942, 74, poi ripubblicato diverse volte e tradotto anche nella versione spagnola.

⁸⁸ In merito allo stretto rapporto tra legalismo e certezza, anche sotto il profilo storico con riferimento alla nascita dello Stato moderno, si veda, ancora, M. CORSALE, *Certezza del diritto I*, cit., 2 s.

⁸⁹ Sulla capacità di specificare le 'caratteristiche' delle libertà e dell'uguaglianza, si v. M. ATIENZA, *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1985, 118. L'A. distingue invero tre 'livelli' di sicurezza: quello dell'ordine, quello della certezza e infine quello della certezza in senso stretto, laddove il legame è, nella prima ipotesi, a qualsiasi altro sistema di controllo sociale (quali, ad esempio, la religione o i costumi e usi sociali) mentre nel secondo è ai principi riconosciuti in tutti gli ordinamenti giuridici evoluti (tra cui, legalità, pubblicità, gerarchia, cosa giudicata). Solo il livello chiamato certezza del diritto in senso stretto fa riferimento alla «capacità di un certo ordine di rendere prevedibili, cioè certi i valori della libertà e dell'uguaglianza». Specificamente sulla stretta connessione tra seguridad jurídica e gli altri componenti della giustizia assumendo «carácter de valor adjetivo», v. M. ATIENZA, *Seguridad jurídica y formación ju-*

per dirla con parole del *Tribunal Constitucional* spagnolo, la norma nel dettato costituzionale della Spagna, con il suo esplicito richiamo all'art. 9, c. 3 Cost., come è anche nella costituzione del Portogallo, ha senza dubbio il merito, a differenza di altri testi costituzionali che nulla dispongono in merito, di avere individuato una sorta di «parametro»⁹⁰ costituzionale espresso sia pure, essendo privo di contenuto, minimo.

3. *La definizione dei rapporti tra Costituzione e altre fonti. Il diritto internazionale e il grado gerarchico nella Costituzione spagnola, portoghese e francese.*

Andando a questo punto più specificamente al nostro tema della certezza sotto il profilo strutturale e alla serie di criteri previsti da norme costituzionali riguardanti il regime dei rapporti tra le singole fonti, i testi costituzionali spesso non danno indicazioni chiare in proposito. Quest'assetto è così definibile per lo più grazie all'elaborazione della dottrina e delle Corti costituzionali che lo desumo con riferimento al complessivo sistema normativo e a singoli criteri/principi ordinatori e limitativi delle forme normative secondo i modi di produzione nonché di modificazione gerarchicamente determinati⁹¹. Quando poi in qualche modo le carte costituzionali vi fanno riferimento, ciò si traduce spesso nella invocazione di principi generali senza alcuna specificazione del contenuto e quindi senza un chiaro e diretto apporto per la certezza giuridica, come nel caso che si esaminerà nel Capitolo Terzo del principio di legalità e della riserva di legge.

Discorso in parte diverso riguarda il rapporto con le fonti sovranazionali, siano esse internazionali o europee.

A differenza di Costituzioni che, aprendosi agli *standard* internazionali nell'idea di uno Stato, definito da Häberle, «costituzionale

dicial, in C. CRUZ MORATONES, C. FERNÁNDEZ BLANCO Y J. FERRER BELTRÁN (a cura di), *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica*, Madrid, 2015, 155 ss.

⁹⁰ Così, STC 27/1981, cit. Per un commento in merito vedi, tra gli altri, J. I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, *El concepto y alcance de la seguridad jurídica*, cit., 20.

⁹¹ Vedi, in tal senso, anche O. PFERSMANN, *Autriche*, cit., 112.

cooperativo»⁹², spesso non trattano in modo esplicito o preciso il rapporto con il diritto internazionale⁹³, i diversi testi costituzionali presi in considerazione in questo lavoro, ciascuno a vario livello, rivelano disposizioni puntuali quanto meno in merito alle “limitazioni” delle norme, nonché, salvo il caso italiano che si mostra meno esplicito, anche per i rapporti tra fonti.

Generalmente le Costituzioni oggetto qui di indagine sembrano basarsi, almeno in partenza, sull’idea classica dualistica⁹⁴ – non già monistica – che vuole il rapporto tra diritto internazionale e diritto nazionale come un rapporto tra due ordinamenti giuridici diversi: il diritto internazionale dei trattati non è già considerato come un diritto applicabile direttamente all’interno degli ordinamenti dei diversi Paesi, vale a dire senza un atto di approvazione, ma necessita di specifiche disposizioni costituzionali che fanno sì, in definitiva, che la natura di questo rapporto e delle limitazioni delle forme normative interne possa essere determinata, secondo disposto costituzionale, soltanto dal «diritto nazionale stesso» e dal suo legislatore⁹⁵.

Sotto l’aspetto dell’attuazione del diritto pattizio internazionale nell’ordinamento interno e degli eventuali vincoli si possono così rilevare differenze. Se qualche costituzione europea, qui non analizzata, come quella olandese, prevede la necessità di approvazione di tutte le convenzioni internazionali da parte del Parlamento, in ogni caso, senza alcuna distinzione quanto all’oggetto, nella maggior parte degli altri paesi l’autorizzazione all’ingresso del diritto sovranazionale non sempre spetta all’organo democraticamente eletto. Nelle costituzioni qui

⁹² Cfr. P. HÄBERLE, *Der Kooperative Verfassungsstaat*, in *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/Ts., 1980, 306.

⁹³ Così A. PETERS, *The Globalization of State Constitutions*, in J. Nijman, A. Nolkaemper (a cura di), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford, 2007, 260.

⁹⁴ Tesi sostenuta da Triepel agli inizi del secolo scorso. V., in merito, B. FASSBENDER, *Heinrich Triepel und die Anfänge der dualistischen Sicht von «Völkerrecht und Landesrecht» im späten 19. Jahrhundert*, in L. Gschwend (a cura di), *Recht im digitalen Zeitalter. Festgabe Schweizerischer Juristentag*, Gallen, 2015, 449. Criticata tuttavia nella letteratura spagnola. V., in particolare, spec. J. RODRÍGUEZ ZAPATA, *Constitución, tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho*, Bolonia, 1976, 28.

⁹⁵ BVerfGE 111, 307, *EGMR-Entscheidungen*, 14 ottobre 2004, par. 34.

esaminate, ad eccezione del Portogallo che richiede genericamente la risoluzione dell'Assemblea (art. 134, lett. b, Cost.), ma solo allorché riguardano «questioni di sua competenza riservata» o al più quando «il Governo ritiene di sottoporre alla sua attenzione» (art. 161, lett. i, Cost.), la legge interviene solamente in casi specifici. Nelle disposizioni della Spagna (art. 94, c. 1, Cost.), della Francia (art. 53, c. 1, Cost.), Italia (art. 80, Cost.) e Germania (art. 59, c. 2, GG), si puntualizza che la fonte di autorizzazione/approvazione delle convenzioni – la “legge” – opera soltanto allorché vengano in considerazione precisi fattori, quali ad esempio, la materia e, quindi, il rapporto del Trattato con la legge. Ciò è, ad esempio, nel caso il trattato disciplini «materie della legislazione federale (nel *Grundgesetz*), oppure se comporta emendamenti alle leggi come è nella costituzione francese, allorché si «modificano disposizioni di natura legislativa», o in quella italiana per le «modificazioni di leggi». La legge interviene peraltro anche se le norme pattizie vanno a toccare materie di più o meno rilevanza politica la cui determinazione varia, spaziando dai soli «rapporti politici della Federazione» (nel caso tedesco), ovvero qualora si tratti di accordi di «natura politica» (nelle costituzioni italiane e spagnole), sino a prevedere «arbitrati o regolamenti giudiziari» nell'ipotesi italiana ivi rientrando anche questioni che toccano la integrità territoriale e oneri finanziari dello Stato come è, del resto, nella Costituzione francese e spagnola, in quest'ultima ipotesi aggiungendosi anche questioni di «natura militare». Nella prassi non sempre si è osservato tuttavia il disposto abilitativo.

È accaduto talora, come nel caso italiano, che si sia fatto ricorso, ai fini dell'attuazione negli ambiti costituzionalmente riservati al legislatore, ad accordi in forma semplificata da parte del Governo, ponendo un problema di rispetto delle competenze del Parlamento (chiamato a intervenire solo successivamente alla ratifica governativa)⁹⁶. Nel siste-

⁹⁶ Questa consuetudine che riconosceva al Governo la competenza a stipulare accordi internazionali se ha trovato qualcuno in dottrina assumere posizione favorevole (R. MONACO, *La ratifica dei trattati nel quadro costituzionale*, in *Riv. dir. intern.*, 1976, 661 ss.), fu nella maggior parte dei casi oggetto di critiche (cfr. S. MARCHISIO, *Sulla competenza del Governo a stipulare trattati internazionali in forma semplificata*, in *Riv. dir. inter.*, 1975, 532 ss. nonché A. CASSESE, *Annotazione agli artt. 80 e 87*, n. 8, volumi II e III del *Commentario alla Costituzione del Curato di Giuseppe Branca*, Bologna-Roma, 1979).

ma tedesco si è invece manifestata, all'opposto, una certa «tendenza ad una maggiore parlamentarizzazione del processo decisionale nel campo della politica estera», stante la rilevanza che assume in questo ordinamento il principio di democrazia, principio che tuttavia, a dire dello stesso Tribunale costituzionale federale tedesco, non deve neanche essere inteso come un «monismo dei poteri» con una «prerogativa parlamentare onnicomprensiva»⁹⁷. In ragione di una democrazia *costituzionale* che, nel rapporto tra gli organi statali, significa anche «democrazia con separazione dei poteri»⁹⁸, il *Bundesverfassungsgericht*, propone allora un'interpretazione restrittiva dell'art. 59, c. 2 GG, richiamando la legittimità dell'esecutivo come «organo politico e la sua responsabilità nei confronti del Parlamento»⁹⁹.

In alcune ipotesi costituzionali poi, allorché l'accordo internazionale riguardi una delle materie viste, si prevede altresì, ancora da un punto di vista organico-procedurale, la partecipazione di altri soggetti costituzionali oltre quelli tradizionali: oltre al Parlamento – in qualche raro caso, come quello spagnolo, con un ruolo non limitato a concedere o rifiutare l'autorizzazione ma più attivo, potendo arrivare a presentare proposte in relazione ai Trattati internazionali¹⁰⁰ – è chiamato a ratificare l'atto internazionale anche il Governo nonché il Presidente della Repubblica ovvero il Re «per esprimere il consenso dello Stato ad essere vincolato internazionalmente» secondo l'art. 63 Cost. spagnola. In quest'ultima costituzione si dispone, anche nella fase finale di una procedura alquanto «complessa»¹⁰¹, l'intervento, obbligatorio, del-

⁹⁷ BVerfGE 68, 1, *Atomwaffenstationierung*, 17 luglio 1984, par. 144. V., in merito, A. STEINBACH, *Die antizipierte Zustimmung des Gesetzgebers bei Änderungen völkerrechtlicher Verträge nach Art. 59 Abs. 2 GG*, in DÖV, 2007, 555 nonché, più ampiamente, J. HETTICHE, *Die Beteiligung der Legislative bei Vorbehalten zu und Kündigung von völkerrechtlichen Verträgen*, Jus Internationale et Europaeum Bd. 140, Tübingen, 2018.

⁹⁸ BVerfGE 68, 1, cit., par. 144.

⁹⁹ BVerfGE 68, 1, cit., par. 143.

¹⁰⁰ Come previsto da Regolamento parlamentare che porta a configurare, da questo punto di vista, il sistema spagnolo, a dire di qualche autore, «come uno dei più avanzati nel diritto comparato», cfr. A. REMIRO BROTONS, *El poder exterior del Estado*, in *Documentación Administrativa*, n.° 205, 1985, 80.

¹⁰¹ Così, D. DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1985, 112.

le *Cortes Generales* deputate ad esprimere, alla luce del criterio materiale¹⁰², una volta valutata sotto il profilo della “convenienza politica” la decisione del Governo, l’«autorizzazione» alla convenzione (art. 94 Cost.). Questa preventiva autorizzazione, ai fini della conclusione dei trattati, in questo caso specifico, se sembra assumere una posizione «chiave»¹⁰³ solleva tuttavia al contempo, a dire di parte della dottrina spagnola, dubbi sulla qualificazione delle convenzioni da un punto di vista giuridico¹⁰⁴.

Discorso diverso è da farsi invece per il ruolo attribuibile alle Corti supreme che effettuano un controllo di convenienza/legittimità costituzionale al fine di consentire la limitazione delle norme.

Nel caso francese o ancora spagnolo, le costituzioni, rispettivamente, nel primo caso all’art. 54 Cost. e 95, Cost. nell’ipotesi spagnolo, è previsto il controllo di costituzionalità dell’impegno internazionale sia pure soltanto allorché richiesto dai soggetti individuati nella stessa costituzione: in queste ipotesi il *Conseil constitutionnel* o il *Tribunal Constitucional* sono chiamate a rilevare se l’accordo contiene disposizioni «contrarie alla Costituzione» per cui, di conseguenza, affinché si possa avere l’autorizzazione a ratificare o approvare tale impegno, quest’ultimo come specificato solo nella costituzione francese, sarà necessaria la revisione della Costituzione.

Poche Carte costituzionali, in generale, specificano il livello gerarchico delle convenzioni internazionali rispetto alle fonti interne¹⁰⁵, ad eccezione di alcune Costituzioni in questo lavoro considerate.

Generalmente, secondo l’interpretazione della dottrina e della giurisprudenza, il recepimento “mediato” delle norme del diritto interna-

¹⁰² Giacchè legato alla verifica delle materie previste dalla costituzione, A. REMIRO BROTONS, *El poder exterior del Estado*, cit., 74.

¹⁰³ Così, F. DORADO FRÍAS, *La autorización parlamentaria de la conclusión de los tratados internacionales*, in *Revista de las Cortes Generale*, 1997, 46.

¹⁰⁴ Cfr. A. REMIRO BROTONS, *La autorización parlamentaria de la conclusión de los tratados internacionales: el problema de la calificación*, in *Revista española de derecho internacional*, 1980, 123 ss.

¹⁰⁵ V., in merito, C. DOMINICÉ, F. VOEFFRAY, *L’application du droit international général dans l’ordre juridique interne*, in P. M. EISEMANN (a cura di), *The integration of international and European Community law into the national legal order*, London, 1996, 51 ss.

zionale da norme ordinarie interne comporta che ad esse sia attribuito lo stesso rango della norma chiamata ad attuarla, operando così la trasformazione da norma del diritto interazionale a norma interna *scriptu senso* al fine di consentirne l'ingresso e la limitazione di norme nazionali. In alcuni casi tuttavia l'introduzione della norma internazionale nell'ordinamento interno avviene immediatamente, non appena essa diventa perfetta, senza alcun atto di esecuzione. In quest'ultimo senso dispone, ad esempio, tra le costituzioni qui esaminati, il testo lusitano. Al secondo comma dell'art. 8 Cost. nello specificarsi alcuni aspetti riguardanti il valore giuridico si puntualizza che le norme delle convenzioni internazionali ratificate o approvate «avranno valore nazionale una volta che saranno state pubblicate ufficialmente». Questo caso non sembra diverso da quello spagnolo allorché, all'art. 96 Cost., si dispone che le norme dei trattati «validamente conclusi», una volta pubblicati, «diventeranno parte dell'ordinamento giuridico interno», attribuendosi così direttamente, in maniera implicita, l'efficacia di legge nazionale valida¹⁰⁶. Opera in questo senso anche la costituzione francese che tuttavia sembra attribuire un valore diverso alle fonti internazionali: all'art. 55 della Cost. francese si puntualizza che i trattati/accordi ratificati o approvati, al momento della pubblicazione, hanno «autorità superiore a quella delle leggi».

La costituzione lusitana, infine, a differenza delle altre due carte costituzionali e al pari di quelle italiane e tedesche, come vedremo, prevede, sin dal suo testo originario, espressamente, all'art. 8, Cost., in particolare al c. 1, che «le norme e i principi del diritto internazionale generale o comune sono parte integrante del diritto portoghese». Ciò, a detta della dottrina prevalente¹⁰⁷, introduce una sorta di clausola automatica di ricezione del diritto internazionale di tipo generale, comprensivo, cioè, dei principi generali del diritto e della consuetudine, a prescindere dall'oggetto.

¹⁰⁶ F. SANTAOLALLA LÓPEZ, *Los tratados como fuente del Derecho en la Constitución*, in *Revista de administración pública*, 1979, 15.

¹⁰⁷ J. J. GOMES CANOTILHO E V. MOREIRA *Constituição da República Portuguesa Anotada. Artigos 108º a 296º*, vol. II, 2014, 254 nonché MEDEIROS R., MIRANDA J. *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra, 2005, 89.

3.1. Il rapporto con il diritto internazionale nelle carte costituzionali tedesca e italiana.

Discorso diverso deve farsi per le costituzioni italiana e tedesca.

In entrambe le ipotesi, nonostante si riconosca, in qualche modo, il primato del «diritto internazionale generale», di cui a breve diremo, non è stabilito nulla espressamente quanto alla posizione gerarchica attribuibile alle norme internazionali convenzionali¹⁰⁸, salvo, nel caso italiano, a seguito della riforma del 2001, non farvi riferimento indirettamente.

L'assenza di una garanzia di natura generale sui trattati ha comportato, in tutte e due gli ordinamenti, che la norma pattizia non potesse avere rilievo nell'ordinamento interno finché non fosse stato emanato un atto interno di "esecuzione" che così ne autorizzasse il rilievo anche da un punto di vista formale. Alla luce di questo meccanismo, la dottrina e la giurisprudenza, in entrambe le ipotesi, riconduceva così il rapporto nel sistema "comune" delle fonti, attribuendo alle norme pattizie nell'ordinamento interno lo stesso rango dell'atto normativo con il quale erano state immessa. Conseguentemente, in caso di conflitto tra una norma interna e una norma di queste convenzioni, trovava attuazione il criterio generale di successione delle norme nel tempo e l'assioma *lex posterior*. Questo è senza dubbio tutt'oggi nel caso tedesco.

Qui, la giurisprudenza consolidata, riaffermata anche di recente, non ritiene, invero, che l'art. 59 GG possa limitare, rispetto ai trattati internazionali, la «validità del principio della *lex posterior*»¹⁰⁹, ben potendo le norme pattizie, che hanno «lo *status* di leggi federali (ordinarie)»¹¹⁰, essere sostituite da leggi federali successive e contraddittorie a meno che la «disposizione precedente non sia più specifica di quella più recente o non si rinunci all'applicazione del principio *lex posterior*»¹¹¹. Il diritto convenzionale internazionale incontra tuttavia dei li-

¹⁰⁸ Nel caso tedesco non si menziona espressamente neanche attualmente il principio di coerenza rispetto al diritto internazionale. V., in merito, T. ABEND, *Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit*, Göttingen, 2019, 33 ss.

¹⁰⁹ BVerfGE, 141, 1 – *Völkerrechtsdurchbrechung*, 15 dicembre 2015, par. 49.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ V., in merito, P. ZUNIG, R. UERPMANN-WITZACK, *Zweiter Abschnitt Völkerrecht und staatliches Recht*, in A. Proelß (a cura di), *Völkerrecht*, Berlin, Boston, 2024, 107.

miti: non solo quello, come pure in maniera erronea si era ritenuto, dei principi tutelati dall'art. 79, c 3, GG, contenente la clausola di eternità¹¹², di cui si dirà, ma anche il limite derivante dal principio di democrazia *ex* art. 20, c. 1 e 2, GG, intendendosi tutelare la «libertà decisionale del legislatore»¹¹³. Ciò non toglie, come dichiarato anche in una recente sentenza, che la legge fondamentale tedesca persegua comunque l'obiettivo di «apertura del diritto interno al diritto internazionale» pur senza imporre la subordinazione ad esso del suo sistema giuridico, non intendendosi affermare il «primato incondizionato del diritto internazionale sul diritto costituzionale»¹¹⁴.

Successivamente al novellato art. 117 Cost. nel 2001, anche la costituzione italiana sembra colmare una lacuna, sia pure in punto non già di adattamento quanto piuttosto, in qualche modo, di rapporto tra fonti. In quest'ottica, le norme contenute in accordi internazionali – che devono sempre essere oggetto di una legge ordinaria di ricezione com'è il caso delle norme della CEDU – se non acquistano rango costituzionale sembrano vedere, quanto meno, l'attribuzione, sotto il profilo gerarchico, di un grado diverso da quello della legge ordinaria: nel positivizzare costituzionalmente il principio di coerenza del diritto interno al diritto internazionale, quale d'altronde già affermato nella dottrina italiana *ante* riforma¹¹⁵, l'obbligo internazionale *ex* art. 117 Cost. sembrerebbe assumere nell'ordinamento interno, a dire soprattutto della Corte costituzionale non stabilendo espressamente nulla il disposto costituzionale, il valore di “norma interposta”. Questa, in quanto tale, sarebbe sovraordinata rispetto alla legge ordinaria, sia essa di emanazione statale o regionale, ma formalmente subordinata alla carta costituzionale e soggetta perciò a verifica di compatibilità con le norme della Costituzione stessa. La norma interposta, avente in definitiva rango «sub-costituzionale», dotata rispetto alla legge ordinaria di una forza passiva superiore, opera attraverso il meccanismo del «rinvio

¹¹² BVerfGE 6, 309, *Reichskonkordat*, 26 marzo 1957, par. 51.

¹¹³ Cfr. B. KEMPEN, *Artikel 59*, in H. MANGOLDT, F. KLEIN, C. STARCK (a cura di), *Kommentar zum Grundgesetz*, Munchen, vol. 2, 2010, 37.

¹¹⁴ BVerfGE 112, 1, *Land Reform III*, 2004, par. 92.

¹¹⁵ In merito, D. ANZILOTTI, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905, ora in ID., *Opere. Scritti di diritto internazionale pubblico*, I, Padova, 1956, 517, laddove si affermava il «rapporto di subordinazione dello Stato al diritto internazionale».

mobile», come vincolo esterno alla funzione legislativa dello Stato e delle Regione¹¹⁶ cosicché non solo il legislatore ma anche i giudici saranno tenuti a rispettare la fonte internazionale e la loro interpretazione a livello sovranazionale.

Queste due ultime costituzioni prevedono, infine, come già visto nel caso lusitano, anche un meccanismo automatico di adattamento, cd. di «ricezione automatica», sia pure limitato alle «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute» (secondo l'art. 10 Cost. italiana), trasformandole automaticamente in diritto nazionale, stando l'obbligo dell'ordinamento giuridico italiano di «conformarsi» ad esse. Anche in Germania le «norme generali del diritto internazionale» costituiscono direttamente «parte integrante del diritto federale» (art. 25 GG)¹¹⁷.

Ai fini della stabilità normativa e, quindi, della certezza del diritto si pone, anche in queste ipotesi, la necessità di individuare la posizione gerarchica delle fonti. Se invero nel *Grundgesetz* si precisa che le norme consuetudinarie internazionali saranno «anteposte alle leggi e

¹¹⁶ Così, oltre alla pronuncia n. 348, Corte cost. n. 349 del 24/2007, p. 6.2 del *Cons. in diritto*, c.d. «sentenze gemelle», su cui si tornerà, ove si sono affrontati vari profili relativi ai rapporti tra trattati e ordinamento interno, assumendosi la valenza generale dell'art. 117, 1° comma, Cost. quale garanzia costituzionale degli obblighi internazionali, in specie pattizi. In particolare poi qui la Corte costituzionale ha affrontato la questione della compatibilità di norme interne con la pertinente norma della Cedu, nell'interpretazione datane dalla Corte europea. In merito, v., *ex multis*, F. SALERNO, *La coerenza dell'ordinamento interno ai trattati internazionali in ragione della Costituzione e della loro diversa natura*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 1/2018, sp. 8, N. PIGNATELLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la dilatazione della tecnica della "interposizione" (e del giudizio costituzionale)*, in *Quaderni Cost.*, n.1, 2008, 140 nonché M. CARTABIA, *Le sentenze gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur.cost.*, 2008, 3564.

¹¹⁷ Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte Costituzionale nonché l'opinione prevalente in dottrina, l'espressione costituzionale «norme generali del diritto internazionale» comprende le norme di diritto internazionale consuetudinario ovvero le norme di diritto internazionale che sono vincolanti per la stragrande maggioranza degli Stati sulla base della prassi generale e della corrispondente convinzione giuridica. V., in merito, T. MAUNZ, G. DÜRIG, *Art. 25*, in V. Epping, C. Hillgruber (a cura di), *Grundgesetz-Kommentar*, München 2009, 1781.

creano immediatamente diritti e doveri per gli abitanti del territorio federale», nel caso italiano non si specifica nulla a riguardo.

In mancanza di espresso disposto costituzionale, è così l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale italiana ad attribuire alle «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», rango costituzionale¹¹⁸. Secondo la Corte costituzionale italiana e la dottrina, le norme consuetudinarie, essendo immesse automaticamente nell'ordinamento italiano, per disposto normativo costituzionale, assumono anche esse grado costituzionale, ponendosi a un livello sovraordinato rispetto alle leggi ordinarie. Queste ultime, stante la presunta valutazione positiva circa la loro conformità a Costituzione operata dagli stessi Costituenti¹¹⁹, quanto meno delle norme consuetudinarie precedenti alla carta costituzionale, in caso di conflitto con una norma consuetudinaria, saranno soggette a pronuncia di illegittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale¹²⁰ come pure accaduto, tra l'altro in un caso del 2008¹²¹. Questo meccanismo di adeguamento automatico, per quanto potente, non può tuttavia operare illimitatamente. Il giudice delle leggi italiano, riaffermando il carattere accentrato del sistema italiano di giustizia costituzionale anche rispetto al diritto internazionale, come del resto rispetto alla CEDU di cui si

¹¹⁸ Corte cost., 18 giugno 1979, n. 48. In diritto tedesco, di recente, BVerfGE 111, 307, cit., par. 34.

¹¹⁹ E che perciò hanno previsto il meccanismo di automatico adattamento all'art. 10 Cost. V., in merito, R. NANIA, *Nota a prima lettura alla sent. n. 48 del 1979*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 378. In maniera critica circa le sentenze n. 48/1979 si pone M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, 207.

¹²⁰ Così Corte cost. n. 48/1979, cit.

¹²¹ Corte cost., 30 luglio 2008, n. 306, laddove si è dichiarata l'incostituzionalità delle leggi italiane che escludevano l'indennità di accompagnamento a persone disabili, legittimamente soggiornanti in Italia ma prive della 'carta di soggiorno', per mancanza di requisiti reddituali. La Corte costituzionale ha affermato che tale disciplina violava l'art. 10, 1° c., Cost., «dal momento che tra le norme del diritto internazionale generalmente riconosciuto rientrano quelle che, nel garantire i diritti fondamentali della persona indipendentemente dall'appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato». V., in merito, anche VILLANI, U., *Limitazioni di sovranità, "controlimiti" e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, 491.

dirà¹²², è fermo nel ritenere, sin dalla prime pronunce su eventuali conflitti tra norme internazionali e norme nazionali, che non si può «in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, operando in un sistema costituzionale che ha i suoi cardini nella sovranità popolare e nella rigidità della Costituzione (art. 1, secondo comma e Titolo VI della Costituzione)»¹²³. Questi ultimi principi, costituendo un “limite all’ingresso” anche delle norme internazionali generalmente riconosciute ex art. 10, c. 1, Cost. e ponendosi come “controlimiti”, a quanto meglio si vedrà, all’introduzione delle norme dell’Unione europea, escludono l’operatività del rinvio alla norma internazionale con la conseguenza, come pure sostenuto per la prima volta in una pronuncia del 2014¹²⁴,

¹²² Come affermato nella sentenza del 2014 (Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 238, p. 3.1 del *Cons. in diritto*) ed evidenziato da T. GROPPI, *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in *Giurcost.it*, Studi, 2015/I, 3.

¹²³ Corte cost. n. 48/1979, cit., p. 3.

¹²⁴ Corte cost. 22 ottobre 2014, n. 238, p. 3.2 del *Cons. in diritto*. Si tratta di una sentenza storica, sotto il profilo dell’applicazione della dottrina dei controlimiti, in relazione all’immunità dello Stato dalla giurisdizione civile per i crimini di guerra. La vicenda si presenta molto interessante vedendo peraltro anche l’intervento della Corte internazionale di Giustizia e vale perciò la pena qui riassumerla brevemente. La questione parte da una pronuncia della Corte di Cassazione italiana che, nel 2004, nega alla Germania il beneficio dell’immunità giurisdizionale, riconoscendo come prevalente il diritto delle vittime a ottenere il risarcimento del danno subito a causa dei crimini nazisti nonché dalla conseguente pronuncia della Corte internazionale di giustizia che accoglie il ricorso della Germania che riteneva violata la norma consuetudinaria sull’immunità giurisdizionale degli Stati dalla giurisdizione straniera. La questione apparentemente chiusa trova tuttavia, in seguito, un giudice ordinario, il Tribunale di Firenze, dubbioso circa la legittimità costituzionale della norma consuetudinaria reputando violato il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale, tutelato dagli articoli 2 e 24 Cost., e che perciò solleva alla Corte costituzionale questione di legittimità costituzionale. La letteratura in merito è ampissima. *Ex multis*, v. a T. GROPPI, *La Corte costituzionale e la storia profetica*, cit.; M. LUCIANI, *Controlimiti e l’eterogenesi dei fini*, in *Questione Giustizia*, 2015, 84; A. RUGGERI, *La Corte aziona l’arma dei “controlimiti” e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all’ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in *Consultaonline*, 2014 nonché S. LIETO, *Il diritto al giudice e l’immunità giurisdizionale degli Stati nella sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014.

che la norma internazionale, per quanto consuetudinaria e dotata di rango costituzionale, non può entrare a far parte, per la parte confligente con i principi ed i diritti inviolabili, dell'ordinamento italiano e non può quindi essere applicata. Questo è a differenza delle comuni norme pattizie, incluse quelle della CEDU per le quali operano, come si vedrà, come limite «tutte le norme costituzionali»¹²⁵.

Diverso è invece il grado gerarchico accordato alle «norme generali del diritto internazionale» in Germania. Queste, ad avviso del *Bundesverfassungsgericht*, acquisiscono, alla luce del dettato costituzionale, lo *status* di legge federale, sia pure da considerare come «prioritarie rispetto al diritto statutario ordinario ma non già al diritto costituzionale»¹²⁶, assumendo, in qualche modo, una posizione simile a quella che si riconosce, nel caso italiano, alla norma interposta di cui all'art. 11 Cost. e 117 Cost. Ciò si traduce nella impossibilità di trovare applicazione per quelle leggi nazionali che si mostrino in conflitto con le norme generali del diritto internazionale, avendo queste ultime «rango superiore alle leggi (ordinarie)»¹²⁷ ma mostrandosi al contempo di grado «inferiore alla Costituzione (rango intermedio), conformemente alla formulazione di cui all'art. 25, c, 2, GG»¹²⁸. Le norme internazionali generali devono essere perciò conformi alle disposizioni del *Grundgesetz* stesso¹²⁹. In un'ottica propria del principio di cooperazione con la comunità internazionale, sia anche non espressamente costituzionalizzato, anche qui, come nel caso italiano, sia il potere legislativo che giudiziario sono così chiamati a tenere conto del diritto internazionale quando stabiliscono le norme e le applicano. La formulazione di cui all'art. 25 GG che vuole la creazione di «diritti e doveri direttamente per gli abitanti del territorio federale», sembra chiarire poi la posizione che la stessa Costituzione assume in merito: in questo caso la carta co-

¹²⁵ Così, M. LUCIANI, *Controlimiti*, op. ult. cit., 92.

¹²⁶ BVerfGE 6, 309, cit., par. 243 come confermato da BVerfGE 41, 88, *Gemeinschaftsschule*, 17 dicembre 1975, par. 110 nonché, di recente, BVerfGE 111, 307, cit., par. 33.

¹²⁷ BVerfGE 112, 1, *Bodenreform III*, 26 ottobre 2004, par. 88.

¹²⁸ BVerfGE, 141, 1, cit., par. 41.

¹²⁹ Cfr. R. HOFMANN, *Zur Bedeutung von Art. 25 GG für die Praxis deutscher Behörden*, in W. FÜRST, R. HERZOG, D.C. UMBACH (a cura di), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Baden-Baden, 1987, 1885.

stituzionale, ad avviso anche del *Bundesverfassungsgericht*, sembrerebbe implicitamente ammettere come l'osservanza delle norme generali del diritto internazionale possa essere portata, laddove necessario, dinanzi allo stesso Tribunale costituzionale federale in virtù dell'art. 100, c. 2 GG¹³⁰.

Alla luce di questa ricostruzione appare chiaro così che se in generale, l'ammissione dell'applicazione diretta delle norme generali del diritto internazionale, mira a favorire l'integrazione degli ordinamenti, sia esso italiano che tedesco, nella comunità internazionale, con una forte apertura agli ordinamenti giuridici internazionali, in uno spirito di pace e di cooperazione con altri Paesi e organizzazioni interstatali, non sembra tuttavia voler determinare la perdita della sovranità, sotto il profilo gerarchico, delle Costituzioni, *in toto*, salvaguardando almeno alcuni principi fondamentali.

Pur avendo il costituente, con questo riconoscimento diretto e automatico, accettato i rischi che derivano dall'incorporazione delle norme generali del diritto internazionale nel diritto interno senza alcuna mediazione del legislatore, attribuendogli un rango superiore alle leggi, senza peraltro prevedere alcuna limitazione, non sembra possibile, ad avviso delle Corti supreme, non opporre alcuna garanzia costituzionale, lasciando l'ultima parola alle stesse Corti. A fronte di consuetudini internazionali in continua evoluzione, gli eventuali dubbi sulla portata di una norma generale di diritto internazionale, dovendosi limitare al minimo i rischi derivanti dall'integrazione per «l'autorità del legislatore e la certezza del diritto»¹³¹, come afferma il giudice costituzionale tedesco, devono trovare soluzione in una pronuncia giurisdizionale che non può essere tuttavia quella del singolo giudice, con i suoi effetti *inter partes*, ma solo ed esclusivamente delle Corti supreme interne. Subentrando al legislatore¹³², queste, attraverso la loro decisione vincolante e uniforme, opereranno nello stesso interesse del legislatore, puntualizza il *Bundesverfassungsgericht*, nell'ottica dell'affermazione della «certezza del diritto»¹³³.

¹³⁰BVerfGE 112, 1, cit., par. 78.

¹³¹BVerfGE 23, 288, *Kriegsfolgelasten II*, 14 maggio 1968, par. 131.

¹³²In tal senso, su questo punto, M. RUFFERT, *Der Entscheidungsmaßstab im Normverifikationsverfahren nach Art. 100 II GG*, in JZ, 2001, 56, 634.

¹³³BVerfGE 23, 288, cit., par. 133

Seppure la evoluzione giurisprudenziale, in particolare tedesca, sembra mostrare, in nome dell'obbligo di conformità al diritto internazionale ritenuto interesse preminente, un utilizzo minore e talora «restrittivo» della garanzia giuridica della procedura di verifica delle norme¹³⁴, chiedendosi al giudice *a quo* il rinvio allorché ricorrano sì dubbi ma solo se «seri»¹³⁵ e ammettendosi margini di non rinvio per «errore», il sindacato accentrato resta un meccanismo in questi casi doveroso, impedendo un'applicazione divergente, da giudice a giudice, della norma, «nell'interesse sia dell'uniformità e dell'affidabilità delle norme generali di diritto internazionale tra gli Stati, sia della certezza del diritto interno»¹³⁶.

Questo stesso ragionamento sembra riecheggiare in qualche modo, peraltro, in tempi molto recenti nelle pronunce della Corte costituzionale italiana, di cui si dirà, allorché si va sviluppando la preferenza per il controllo del giudice specializzato rispetto soprattutto al diritto eurounitario.

3.2. *L'internazionalizzazione dei diritti fondamentali e l'interpretazione conforme.*

Dalla Seconda guerra mondiale in poi si è iniziata ad affermare l'idea che gli esseri umani, stante la comune appartenenza all'umanità, avessero diritto agli stessi diritti fondamentali e che quindi esistessero, malgrado gli specifici patrimoni culturali, valori universali da riconoscere in tutto il mondo. In quest'ottica, si è andata così proclamando e realizzando l'internazionalizzazione dei diritti fondamentali¹³⁷. Il conseguente moltiplicarsi degli attori giudiziari chiamati a tutelarli, ponendo dar luogo a contrasti interpretativi, ha visto così alcune Costituzioni, soprattutto di generazione più recente, disporre specificamente in merito, affinché l'interpretazione non venga limitata alla visione locale del singolo giudice nazionale. Ciò salvo, come vedremo, le corti

¹³⁴ Così, M. RUFFERT, cit., 634.

¹³⁵ BVerfGE 96, 68, *DDR-Botschafter*, 10 giugno 1997, par. 33.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ V. S. CASSESE, *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, in *Ars Interpretandi*, n. 1, 2015, 21.

specializzate non intervengano nel tentativo di riportare il sistema interno al principio dell'interpretazione conforme piuttosto a Costituzione¹³⁸.

Il criterio interpretativo, almeno per un ambito specifico, viene così ad assolvere al ruolo di garante della stabilità e certezza del diritto anche interno laddove si prevede che, nello specifico caso di diritti e libertà fondamentali, l'interpretazione deve essere "conforme" a quella elaborata a livello più ampio, ovvero a livello sovranazionale, quale derivante dalla lettura delle Convenzioni sui diritti umani.

La logica della cooperazione con altri Stati e organizzazione interstatali, al fine anche del perseguimento della pace, trova espressione attraverso la garanzia di una maggiore uniformità non solo sul piano dell'affermazione della tutela ma anche sul terreno dell'applicazione e dell'interpretazione ai fini di una maggiore certezza/stabilità dei diritti a livello internazionale. L'obiettivo ultimo è quello di garantire un'interpretazione coerente a livello sovranazionale, attribuendo una minore importanza all'origine formale delle norme per superare, sostiene qualche autore, l'idea di gerarchia delle fonti¹³⁹ oppure, come è a nostro avviso, per implicitamente ammetterla, salvo poi non ridimensionarla ponendo limiti.

L'auspicata convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali verso visioni e approcci ermeneutici condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, pone invero chiaramente un problema di rapporti tra fonti.

In quest'ottica, come si anticipava e vedremo, se alcune costituzioni prevedono espressamente in merito ai profili ermeneutici in un'ottica più ampia, in altre ipotesi, pur non disponendosi nulla, è comunque attraverso un sistema plurale di attori giudiziari che si attua, senza alcun rapporto di subalternità del giudice interno rispetto a

¹³⁸ Ciò è evidente quando l'interpretazione conforme forzerebbe il testo costituzionale senza modificarlo. Sulla connessione nonché correlazione tra i limiti dell'attività interpretativa e le modificazioni costituzionali, si rinvia a M.L. BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, 1997, 34.

¹³⁹ Così, A. PETERS, *The Globalization of State Constitutions*, in JANNE E. NIJMAN, A. NOLLKAEMPER (a cura di), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, Oxford, 2007, 251.

quelli internazionali¹⁴⁰, il “confronto” a diversi livelli, all'interno e all'esterno dello Stato¹⁴¹. Anche se non previsto costituzionalmente, si arriva per questa via alla definizione più o meno “uniforme” dei diritti fondamentali e così tendenzialmente, allo stesso risultato delle costituzioni che hanno positivizzato l'interpretazione conforme.

In termini espliciti, tra quelle in questo lavoro esaminate, si esprime la Costituzione spagnola che all'art. 10, c. 2 Cost., stabilisce che «le norme relative ai diritti e alle libertà fondamentali riconosciuti dalla Costituzione saranno interpretate in conformità con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e con i trattati e gli accordi internazionali ratificati dalla Spagna nelle stesse materie» così come la Costituzione portoghese che tuttavia limita, all'art. 16, c. 2 Cost., l'interpretazione conforme delle «disposizioni costituzionali e normative relative ai diritti fondamentali alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo».

L'intento qui, attraverso la previsione di un'interpretazione rispettosa della ermeneutica giuridica internazionale in campo dei diritti umani, è evidentemente non tanto quello di considerare questi trattati come un criterio per giudicare la costituzionalità delle leggi nazionali quanto piuttosto quello di ammettere, nell'ambito specifico dei diritti fondamentali, la valutazione anche di altri diritti stabiliti dalle norme internazionali favorendo l'apertura più ampia possibile alla comunità internazionale e alla relativa tutela dei diritti. Nella Costituzione portoghese questo è peraltro espressamente stabilito dallo stesso art. 16 Cost., al comma 1, allorché si dispone che “i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione non escludono altri diritti derivanti dalle leggi e dalle norme di diritto internazionale applicabili”, così puntualizzandosi in qualche modo che l'apertura, come sostiene anche la dottrina lusitana maggioritaria, non è ristretta alla mera interpretazione. Questo pone un distinguo rispetto al sistema costituzionale spagnolo. In quest'ultimo caso la disposizione di cui all'art 10, c. 2, Cost. modificata rispetto al progetto iniziale che faceva invece riferimento alla «integra-

¹⁴⁰ Si interroga in merito, nella dottrina italiana, R. CONTI, *Cedu e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in *Federalismi.it* n. 6/2010.

¹⁴¹ Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Towards a Truly Common Law: Europe as a Laboratory for Legal Pluralism*, Cambridge, 2002, 14.

zione», sembrerebbe stabilire una sorta di «linea guida o un criterio interpretativo preferenziale»¹⁴², non estendersi all'incorporazione dei diritti «altri», al fine di costituzionalizzare i relativi Trattati¹⁴³. Il *Tribunal Constitucional* di quest'ultimo ordinamento è piuttosto chiaro su questo punto allorché afferma che non è di sua competenza esaminare «il rispetto o l'inosservanza, di per sé, dei testi internazionali» dovendo piuttosto verificare l'osservanza o la violazione dei precetti costituzionali che riconoscono diritti fondamentali: in virtù dell'art. 10, c. 2 Cost., quello che è costituzionalmente vincolante è invero «l'interpretazione delle disposizioni costituzionali in materia di diritti in conformità», tra l'altro, ai trattati e accordi internazionali ratificati¹⁴⁴. Anche in tempi recenti, il *Tribunal Constitucional*, sembra ribadire questa posizione, osservando che l'art. 10, c. 2, Cost. che sollecita al «dialogo» tra le Corti preposti all'interpretazione del relativo diritto – nel caso specifico, la Corte europea dei diritti dell'uomo in qualità di interprete della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – non implica «la sostituzione della Costituzione come punto di riferimento per i diritti fondamentali»¹⁴⁵ la cui tutela ultima è affidata al Tribunale costituzionale nazionale. Nel caso del Portogallo, invece, ove i giudici comuni, oltre alla Corte costituzionale, a differenza degli altri sistemi qui analizzati, hanno accesso diretto alla Costituzione, nell'analizzare un caso, devono tenere conto ai fini dell'interpretazione ma anche della tutela dei diritti non soltanto direttamente tutelati dalla Costituzione, ma anche di quelli del diritto internazionale, compresi i diritti stabiliti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Questi ultimi, secondo il disposto costituzionale, possono ben andare a integrare il testo costituzionale lusitano¹⁴⁶. La stessa carta costituzionale prevedendo, insomma, la ricezione e l'incorporazione di diritti sanciti da al-

¹⁴² Così F. SANTAOLALLA LOPEZ, *Los tratados como fuente del derecho de la constitucion.*, in *Rev. adm. publ.*, 1979, 21.

¹⁴³ Ancora, F. SANTAOLALLA LOPEZ, *op. ult. cit.*, 22.

¹⁴⁴ STC, 11 novembre 1991, n. 214, FJ. 1.

¹⁴⁵ STC, 29 giugno 2022, n. 89, FJ 3.

¹⁴⁶ In questi termini, laddove «questa «apertura agli altri», sia in termini di titolarità dei diritti fondamentali che del loro contenuto» è inteso come «probabilmente uno degli aspetti più rilevanti e positivi dell'ordinamento giuridico-costituzionale portoghese», v. M. R. CANOTILHO, *El sistema constitucional de Portugal*, in *ReDCE*, 2010, 119.

tre fonti, finisce con l'attribuirgli lo stesso grado costituzionale e regime applicativo previsto all'art. 18 Cost¹⁴⁷. Attraverso le disposizioni costituzionali si arriva così in Portogallo, secondo anche la dottrina lusitana, ad istituire una sorta di clausola "aperta"¹⁴⁸ che può ampliare il catalogo dei diritti costituzionalmente garantiti. Allo stesso tempo l'interpretazione conforme in un sistema costituzionale misto¹⁴⁹ assicura un grado di maggiore stabilità.

In ogni caso tutto questo segna una certa differenza rispetto ad altri ordinamenti come quello italiano e tedesco ove nulla si dispone "espressamente" in merito e la giurisprudenza delle convenzioni internazionali non è, almeno costituzionalmente, vincolante per la Corte costituzionale. Nel sistema tedesco, la dottrina e la giurisprudenza, sembra dedurre tuttavia un principio d'interpretazione conforme ai diritti umani internazionali dall'art. 1, c. 2, GG. È per questa via che, con i trattati, anche la giurisprudenza degli organi internazionali chiamati ad applicarli, possono costituire importanti parametri di concretizzazione del diritto interno nonché dei diritti costituzionali¹⁵⁰.

3.3. *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo.*

Discorso in parte diverso deve farsi per la Convenzione europea dei diritti dell'uomo-CEDU, pure inquadrabile, alla luce delle norme costituzionali, tra gli accordi internazionali.

Se da un punto di vista gerarchico la posizione attribuibile può variare da Paese a Paese, in alcuni ordinamenti qui non considerati, come l'Austria e i Paesi Bassi, riconoscendosi un grado pari alla norma

¹⁴⁷ M. R. CANOTILHO, cit., 120

¹⁴⁸ Così, specificamente rispetto alla Costituzione lusitana, J. M. M. CARDOSO COSTA, *A Hierarquia das Normas Constitucionais e a sua Função na Protecção dos Direitos Fundamentais*, Lisboa, 1990.

¹⁴⁹ V., spec., anche, M. BELLETTI, *Il sistema di giustizia costituzionale portoghese*, cit., 267.

¹⁵⁰ V., in particolare, K. P. SOMMERMAN, *Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung. Die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1989, 419 nonché dello stesso A., *Artikel 20*, in H. MANGOLDT, F. KLEIN, C. STARCK (a cura di), *Kommentar zum Grundgesetz*. Band 2, München 2010, 143 ss.

costituzionale, mentre comunque nella maggior parte dei sistemi giuridici, inclusi quelli oggetti di studio in questo lavoro, si accorda alla CEDU, come nel caso di qualunque trattato internazionale, un grado inferiore alla Costituzione, è tuttavia ai fini della verifica di conformità costituzionale che essa sembra assumere particolare rilievo.

In linea di principio, nella specifica ipotesi italiana ma anche tedesca, le disposizioni della CEDU non configurandosi nella gerarchia delle fonti come superiori alle leggi ordinarie, non costituiscono un parametro diretto di validità delle stesse leggi ordinarie. Questa Convenzione non rientra, secondo una giurisprudenza consolidata e una dottrina largamente dominante in Italia e in Germania, tra le “norme del diritto internazionale generalmente riconosciute”, ovvero, tra le “norme generali del diritto internazionale”, e non è perciò soggetta alla disciplina di cui all’art. 10 Cost. it e all’art. 25 GG, con il relativo adeguamento automatico, necessitando, come pure è avvenuto, di una legge ordinaria per divenire esecutiva nei rispettivi ordinamenti.

La mancanza di una garanzia generale dei trattati internazionali nel testo costituzionale, in particolare in quello originario italiano (prima della riforma del 2001) e quello tedesco, quanto al rapporto tra fonti, faceva sorgere diversi dubbi circa l’eventuale effetto abrogativo che sarebbe potuto conseguire dall’introduzione di nuove norme interne nella materia regolata dal trattato nonché dallo stesso CEDU. Quest’ultimo atto convenzionale, dal canto suo, si distingue notevolmente rispetto alla generalità degli accordi internazionali dal momento che non si limita a dettare un catalogo di diritti ed obblighi, sia pure reciprocamente da osservare da parte degli Stati contraenti, ma ha visto la creazione di «un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali»¹⁵¹. In questo sistema l’applicazione (e connessa interpretazione) delle disposizioni convenzionali spetta in primo luogo ai giudici interni a ciascun Stato membro. L’obiettivo della giustizia e della pace nel mondo fondata su una «concezione comune» insieme a un «comune rispetto» dei diritti per assicurarne infine una «garanzia collettiva»¹⁵²,

¹⁵¹ Corte cost., n. 349/2007, cit., p. 6.2 del *Cons. in diritto*.

¹⁵² Come affermata anche dalla Corte europea dei diritti dell’uomo a più riprese. *In primis*, Corte EDU, *Belilos c. Svizzera*, 29 aprile 1988, par. 40-60 nonché, in tempi più recenti, Corte EDU, *Grande Stevens c. Italia*, 4 marzo 2014, par. 204-211.

come del resto previsto dallo stesso Preambolo della CEDU, fa sì anche, al contempo, che il ruolo assegnato all'organo appositamente istituito a tal fine abbia una notevole rilevanza. La Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo persegue il fine di garantire, come giudice di ultima istanza, l'uniformità e quindi stabilità/certeza nell'interpretazione e applicazione della Convenzione (*ex art.32 Conv.*)¹⁵³.

In quest'ottica, secondo la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco, le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, stante il principio dello Stato di diritto *ex art. 20, c. 3, GG* nonché l'*art. 59, c. 2, GG* sono da ritenersi «in linea di principio vincolanti» per tutte le autorità pubbliche tedesche, compresi i giudici¹⁵⁴. I suoi disposti e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo devono essere utilizzati, ad avviso del *Bundesverfassungsgericht*, a livello costituzionale come «strumenti interpretativi» per «determinare il contenuto e la portata dei diritti fondamentali e dei principi costituzionali della stessa Legge fondamentale»¹⁵⁵, pur poi chiarendosi che tali decisioni potrebbero dover essere integrate per adattarsi all'ordinamento giuridico nazionale. Per questa via, malgrado non vi sia una norma costituzionale che espressamente stabilisca l'obbligo di interpretazione conforme, come è invece nel caso spagnolo e lusitano, il giudice comune è così ben chiamato a interpretare la norma interna sul diritto fondamentale «in modo conforme agli obblighi di diritto internazionale della Repubblica Federale di Germania»¹⁵⁶.

Anche d'altronde nell'ordinamento della Spagna e del Portogallo, i giudici insieme ai Tribunali costituzionali, dovendo tenere conto, secondo il dettato costituzionale, degli accordi internazionali e della relativa giurisprudenza¹⁵⁷, non hanno mancato di riprendere la dottrina della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁵⁸ nelle proprie pronunce. In

¹⁵³ In questo senso, anche V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in Osservatorio AIC, 2015, 9.

¹⁵⁴ BVerfGE 111, 307, cit., par. 45.

¹⁵⁵ BVerfGE 74, 358, *Unschuldsvermutung*, 26 marzo 1987, par. 39.

¹⁵⁶ BVerfG, 10 giugno 2005, 1 BvR 2790/04, par. 34.

¹⁵⁷ V., STC, 19 giugno 1995, n. 91, FJ 4.

¹⁵⁸ Spec. per la Spagna, v. STC, 21 maggio 1996, n. 85.

Spagna, tuttavia, la dottrina ritiene generalmente che il richiamo deve svolgere una funzione di “integrazione” del significato del diritto, offrendo un senso diverso e ultimo alle disposizioni costituzionali utilizzate come parametro per giudicare la costituzionalità di atti o disposizioni normative impugnate¹⁵⁹. Discorso in parte diverso si deve fare per il Portogallo ove invece la Convenzione, come già visto, può essere invocata non solo come, espressamente dice il *Tribunal constitucional*, per «chiarire il significato dei diritti fondamentali previsti dalla Costituzione, ai sensi dell'art. 16 della Costituzione portoghese»¹⁶⁰ ma altresì, secondo il disposto costituzionale, per eventualmente ampliare il catalogo dei diritti. Di fatto, sebbene alcuni diritti previsti dalla Costituzione lusitana non trovino una piena corrispondenza nel diritto europeo o internazionale, il numero di diritti sanciti dagli strumenti internazionali non direttamente previsti dalla Costituzione portoghese appare, ad avviso della dottrina, scarso con la conseguenza che raramente il *Tribunal constitucional* ha accordato un valore costituzionale autonomo alle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹⁶¹. Il giudice costituzionale lusitano, nel caso in cui la disposizione non aggiunga nulla a quella già presente nel dettato costituzionale, ritiene «inutile valutare un eventuale divario tra la norma di diritto interno e la norma della Convenzione»¹⁶².

Anche la Corte costituzionale italiana, peraltro, nel caso specifico di contrasto tra una norma interna e una norma della CEDU, ritiene esistente, in particolare a seguito delle sentenze del 2007, un vincolo giuridico all'interpretazione del diritto interno in modo conforme al trattato internazionale che obbliga lo Stato italiano e, con questo, i suoi giudici¹⁶³: del resto, come si osserva, le norme della CEDU – «nel significato loro attribuito dalla Corte europea» – vanno ad integrare, assumendo la funzione di “norme interposte”, il parametro costituzio-

¹⁵⁹ STC, 14 luglio 1981, n. 6, FJ 5.

¹⁶⁰ TC 281/2011, 7 giugno 2011, p. 4.4

¹⁶¹ Così C. MÁXIMO, L. PINTO, M. CANOTILHO, A. DE ARAÚJO, C. VEIGA, L. M. NOGUEIRA DE BRITO, M. RODRIGUES, A. DE FARIA MAURÍCIO, *The Criteria of the Limitation of Human Rights in the Practice of Constitutional Justice*, XIII Congress of the Conference of European Constitutional Courts, Cyprus, 2005.

¹⁶² TC 185/10, 12 maggio 2010, p. 3.3.

¹⁶³ Corte cost., 12 marzo 2010, n. 93, p. 4 del *Cons. in diritto*.

nale espresso dall'art. 117, c. 1, Cost., nella parte in cui si impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali»¹⁶⁴. Tutto ciò tuttavia, non si tradurrebbe, lo dice chiaramente ancora il giudice delle leggi italiano, nell'attribuzione di «una sovraordinazione gerarchica delle norme CEDU» in sé, scollegata dalla funzione, rispetto alle leggi ordinarie e, tanto meno, rispetto alla Costituzione¹⁶⁵. L'art. 117, c. 1. come riformato, non riguardando tecnicamente «l'adattamento»¹⁶⁶ e definendo piuttosto soltanto un vincolo esterno alla funzione legislativa dello Stato e delle Regioni, vuole sì attribuire una posizione sovraordinata al trattato CEDU, come ad ogni trattato internazionale, ma per altri profili che quelli squisitamente strutturali-gerarchici. La giurisprudenza costituzionale cerca in qualche modo di andare oltre l'orientamento espresso in passato, allorché la Costituzione non era stata ancora modificata, in particolare nella pronuncia nota come decisione “Baldassarre”, ove si affermò che l'attuazione della CEDU nell'ordinamento italiano concerneva «norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria»¹⁶⁷. Attraverso il richiamo al “rinvio mobile”, possibile grazie al novellato art. 117 Cost., il giudice delle leggi riesce a dare finalmente giustificazione – sul piano delle fonti – al vincolo dell'interpretazione conforme del diritto interno¹⁶⁸. L'orientamento che va assumendo la Corte costituzionale italiana, non senza tuttavia ripensamenti, è quello di voler assicurare così una maggiore stabilità/certezza dei diritti grazie alla «applicazione del livello uniforme di tutela all'interno dell'insieme dei Paesi

¹⁶⁴ Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, p. 7 del *Cons. in diritto*. Per un commento, in merito, v. A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, in *Foro dei quaderni cost.*, 2009 nonché O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art 10, c.1, Cost. e bilanciamento “bidirezionale”: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in *Forum dei Quaderni cost.*, 2009.

¹⁶⁵ Corte cost., 317/2009, cit., p. 7 del *Cons. in diritto*.

¹⁶⁶ Cfr. U. VILLANI, *Limitazioni di sovranità, “controlimiti” e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017, 505.

¹⁶⁷ Corte cost., 19 gennaio 1993, n. 10, p. 2 del *Cons. in diritto*.

¹⁶⁸ Così, F. SALERNO, *La coerenza dell'ordinamento interno ai trattati internazionali*, cit., 10.

membri»¹⁶⁹ garantito dalla Corte di Strasburgo nonché dai giudici ordinari. Non entra in gioco qui la Corte costituzionale. Questa può essere chiamata in causa solo se il giudice interno, malgrado lo sforzo compiuto per assicurare l'interpretazione della norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti «nei quali ciò è permesso dai testi delle norme»¹⁷⁰, continui a nutrire dubbi. Nel rispetto dell'interpretazione della Corte europea, è tenuta così a verificare se le norme CEDU sono compatibili e «garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana»¹⁷¹ e/o se si pongano «eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione»¹⁷². La regola imposta è «inventata»¹⁷³, con non poche critiche in dottrina¹⁷⁴, avviene, come è evidente, con il sacrificio del ruolo di garante dei diritti costituzionali della Corte costituzionale.

Anche il giudice costituzionale tedesco cerca, peraltro, di fare chiarezza su questi aspetti, individuando un meccanismo non diverso da quello italiano che per la verità, a sua volta, allo stesso giudice tedesco si è ispirato. Si specifica così che, malgrado il dialogo tra giudici veda come fondamentale le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, in virtù altresì del «principio della compatibilità della Legge fondamentale con il diritto internazionale»¹⁷⁵, alla relativa fonte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo va comunque attribuita «lo *status* di legge federale a livello nazionale ed è pertanto subordinata alla Legge fondamentale»¹⁷⁶. Anche in questa ipotesi, come nel caso italiano, è così sotto il profilo ermeneutico che si vuole creare un vincolo giuridico e stabilità/certezza ai fini di una interpretazione del diritto interno uniforme e conforme al trat-

¹⁶⁹ Corte cost. n. 349/2007, cit., p. 6.2 del del *Cons. in diritto*.

¹⁷⁰ Corte cost. 24 luglio 2009, n. 239, p. 3 del *Cons. in diritto*.

¹⁷¹ Corte cost., n. 349/2007, cit., par. 6.2.

¹⁷² Corte cost., 93/ 2010, cit., p. 4 del *Cons. in diritto*.

¹⁷³ Così, quanto specificamente all'obbligo a conformarsi alla giurisprudenza EDU non presente in costituzione, L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?* in *Dir. um. e dir. intern.*, 2008, 309 ss.

¹⁷⁴ V., spec., M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Federalismi.it*, 2007.

¹⁷⁵ BVerfGE 4. Maggio 2011 – 2 BvR 2365/09, par. 82

¹⁷⁶ BVerfGE, 2 BvR 2365/09, cit., par. 86

tato internazionale. Seppure non sono in grado di comportare «un cambiamento immediato della situazione giuridica, soprattutto a livello di diritto costituzionale», le pronunce si mostrano in tal modo, ad avviso del *Bundesverfassungsgericht*, ben capaci di «acquisire un significato giuridicamente rilevante per l'interpretazione della Legge fondamentale» nei limiti in cui quest'ultima, puntualizza ancora il giudice costituzionale, «consente tale margine di interpretazione»¹⁷⁷ da parte dei giudici ordinari. Questi allorché dubitano, solo nel tentativo di arrivare a «un'interpretazione ammissibile secondo i principi interpretativi riconosciuti e compatibile con la Costituzione»¹⁷⁸, della compatibilità devono investire della questione di legittimità costituzionale il Tribunale costituzionale. Quest'ultimo, come del resto nel caso italiano, chiamato alla tutela dei diritti tuttavia soltanto costituzionali, è tenuto ad accertare l'eventuale contrasto e, in caso positivo, a non già sindacare l'interpretazione della norma CEDU data dalla Corte di Strasburgo, non spettando al giudice costituzionale questo ruolo. Questi orientamenti sembrano, del resto, aver influenzato anche altri giudici costituzionali, incluso quello del Portogallo.

Il *Tribunal constitucional*, a fronte di un ordinamento costituzionale che pure consente, come visto, l'inclusione di altri diritti, ben evidenzia, in una importante pronuncia del 2018, la diversità di ruoli e di valutazioni che le due Corti sono chiamate ad effettuare, con parametri di riferimento diversi, laddove la Corte EDU, a differenza del giudice costituzione interno, «non effettua alcun controllo astratto della compatibilità delle norme giuridiche con determinati parametri» costituzionali¹⁷⁹. Un'eccezione, rispetto a questa ricostruzione, sembra venire dal caso francese.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ BVerfGE 69, 1 – *Kriegsdienstverweigerung II*, 30 gennaio 1985, par. 120.

¹⁷⁹ TC 225/2018, 24 aprile 2018, p. 11. Nella sentenza, la Corte Costituzionale analizza l'anonimato del donatore del seme, nella maternità surrogata, e il diritto alla conoscenza delle origini genetiche nel diritto internazionale, sulla base delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo (tra cui, in particolare, CEDU, *Odievre c. Francia*, 13 febbraio 2002, no. 42326/98), e nel diritto comparato (in particolare, Germania, Svezia, Svizzera, Islanda, Paesi Bassi, Norvegia, Regno Unito, Spagna, Francia), sottolineando come in tutta Europa vi sia un progressivo riconoscimento del diritto all'accesso ai dati sulle proprie origini, compresa l'identità dei donatori, come necessaria conseguenza della tutela costituzionale conferita al diritto all'identità e alla storia personale. Per un ampio commento, M. E. VÁSQUEZ TAVERAS DE CONDE, *Co-*

Nel sistema francese, sin dalle primissime sentenze, il *Conseil constitutionnel*, intendendo in termini restrittivi l'oggetto del controllo costituzionale di cui all'art. 61 Cost., ha escluso la propria competenza ad «esaminare la conformità di una legge alle disposizioni di un trattato o di un accordo internazionale»¹⁸⁰, pur l'art. 55 Cost. accordando all'atto internazionale un'autorità superiore a quella delle leggi ordinarie. In quest'ottica se il controllo della superiorità dei trattati sulle leggi non può essere effettuato nell'ambito del controllo di costituzionalità delle leggi, spetterà ai «diversi organi dello Stato», secondo il giudice costituzionale francese, «vigilare sull'applicazione di queste convenzioni internazionali nell'ambito delle rispettive competenze» nonché, quindi, ai giudici ordinari con l'accertamento ultimo della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato¹⁸¹. Questi ultimi, se per lungo tempo, si sono sottratti dall'obbligo di un sindacato, a seguito della pronuncia del *Conseil constitutionnel*, hanno iniziato a effettuare tale controllo, attribuendo in primo luogo al giudice ordinario la competenza ad esercitare la verifica¹⁸². Anche se non sono mai richiamate espressamente, salvo in un caso che vede citata una pronuncia della Corte EDU del 2004¹⁸³, le norme della Convenzione europea e, con questa, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sembrano ispirare, in molti casi, la giurisprudenza del giudice costituzionale francese¹⁸⁴, pur continuando queste due Corti a «ignorarsi»¹⁸⁵ completamente a vicenda. Malgrado il rifiuto di esercitare il proprio sindacato utilizzando come parametro le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il

mentario Sentencia No 225-2018 del 24 de abril de 201, del Tribunal Constitucional de la República de Portugal, in *Rev. de bio. y derecho*, 2018, 179.

¹⁸⁰ Cons. const., 15 gennaio 1975, n. 74-54 DC, cons. 4.

¹⁸¹ Cons. const., 3 settembre 1986, n. 86-216 DC del 3 settembre 1986.

¹⁸² Cour de Cassation, 24 maggio 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre* nonché Cons. d'État, Assemblée plénière, 20 octobre 1989.

¹⁸³ Cons. const., 19 novembre 2004, n° 2004-505 DC che richiama, in particolare, la Cedu n. 4774/98, *causa Leyla Sabin contro Türkiye*, 29 giugno 2004.

¹⁸⁴ Così, O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, *L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le conseil constitutionnel*, in *Nouv. Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, 6.

¹⁸⁵ Cfr. O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, *La Convention européenne et le Conseil constitutionnel*, in *RIDC*, 2008, 295.

Conseil constitutionnel lascia peraltro immutato il proprio ruolo di controllo al fine della integrazione del diritto internazionale con quello interno, anche nel caso della CEDU¹⁸⁶. Quest'atto, come qualunque altro impegno internazionale, non può contenere, secondo lo stesso art. 54 Cost., «una clausola contraria alla Costituzione», e mettere in «discussione i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti» oppure ledere le «condizioni essenziali per l'esercizio della sovranità nazionale» salvo non imporre una revisione costituzionale.

In diverse pronunce delle Corti costituzionali, comprese, come visto, quella tedesca, spagnola nonché italiana, sia pure in quest'ultimo caso seguendo un orientamento che sembra tuttavia andare mutando anche allorché non utilizza il parametro interposto CEDU ma solo quello interno¹⁸⁷, si finisce con il precisare che il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU non può tuttavia forzare il testo costituzionale, comportando una modifica implicita, non testuale.

L'interpretazione conforme della CEDU è insomma «subordinata al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»¹⁸⁸. Questa lettura può allontanarsi dalla linea interpretativa seguita dalla Corte Edu anche quando ricorrano alcuni degli indizi indicati dalla stessa Corte costituzionale in particolare italiana¹⁸⁹. Figura, tra questi indici, in particolare quello circa «il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridi-

¹⁸⁶ Con la pronuncia n. 2005-524/525 DC del 13 ottobre 2005, il *Conseil constitutionnel* proclama che «il Protocollo n. 13 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali relativo all'abolizione della pena di morte in ogni circostanza non è contrario alla Costituzione».

¹⁸⁷ Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162. Sul punto v. P. ROSSI, *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?* in *osservatoriosullefonti*, 2018, 4 ss.

¹⁸⁸ Corte cost. 26 marzo 2015, n. 49, p. 4 del *Cons. in diritto*. Per un commento, ex multis, v. D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2015.

¹⁸⁹ D. TEGA, cit.

co nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano». Sembra qui riecheggiare quella «identità costituzionale» pure affermata in Germania e in Francia, come meglio si dirà, come limite all'integrazione tra fonti sovranazionali e ordinamento interno. Non si esclude così nello specifico caso italiano, qualora non sia possibile una lettura conforme alla Costituzione, trattandosi comunque di fonte gerarchicamente a questa subordinata, la dichiarazione di incostituzionalità per violazione della Costituzione – nel caso italiano del suo art. 117, 1 c. – di esclusiva competenza del giudice delle leggi, come anche nel caso tedesco. In quest'ultimo caso, tuttavia, giurisprudenza costituzionale consolidata sembra assumere una posizione più cauta. Si stabilisce invero che se «l'annullamento di una norma porta ad una situazione che corrisponderebbe ancora meno all'ordinamento costituzionale»¹⁹⁰ perché si creerebbe un «vuoto giuridico» e quindi, infine, «incertezza sulla situazione giuridica»¹⁹¹, il Tribunale costituzionale federale tedesco può dichiarare anche semplicemente «l'incompatibilità e ordina nel contempo la continuazione dell'applicazione delle norme rilevanti per un determinato periodo di tempo»¹⁹².

Seppure la struttura gerarchica delle norme, così come è intesa e stabilita da ogni Stato nel suo ordinamento giuridico interno, sembra, in questo caso, passare in secondo piano, volendosi dare prevalenza all'uniforme interpretazione dei diritti internazionali¹⁹³, è evidente come essa non venga mai veramente meno. Le costituzioni con grado di apertura/stabilità maggiore – quasi tutte a partire dal Portogallo – o minore – come sembra essere la Francia – agli ordinamenti giuridici internazionali, restano, in ogni caso, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale, la fonte suprema nel sistema giuridico. Nella visione dei giudici costituzionali nazionali, per quanto propensi a pro-

¹⁹⁰ BVerfGE 116, 69, *Jugendstrafvollzug*, 1° marzo 2006, par. 75.

¹⁹¹ BVerfGE 37, 217, *Staatsangehörigkeit von Abkömmlingen*, 21 maggio 1974, par. 135.

¹⁹² BVerfGE, 2 BvR 2365/09, cit., par. 168.

¹⁹³ Cfr. V. BERGER, *Les Cours constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Nouv. Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 32, 2011.

muovere l'uniforme interpretazione internazionale, la carta costituzionale rimane un atto superiore che prevale, nel caso di difformità ad essa, rispetto alle norme di diritto internazionale inclusa la stessa CEDU. Discorso diverso merita il Portogallo, ove la minore stabilità data dall'interpretazione costituzionale dei giudici comuni che, in un sistema misto, ha effetti limitati allo stesso caso concreto, può essere temperata, per disposto costituzionale, attraverso questo meccanismo dell'interpretazione conforme come anche della tutela dei diritti del diritto internazionale, compresi quelli stabiliti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il fine di un'efficace e uniforme tutela dei diritti fondamentali con una missione fondamentale comune non solo delle corti internazionali dei diritti, ma anche delle stesse corti costituzionali nazionali, vede comunque in generale ancora ruoli separati: in questi ordinamenti ispirati, in generale, alla dottrina del «duty to take into account»¹⁹⁴, le Corti, pur influenzandosi e dialogando¹⁹⁵, si mostrano custodi distinti, l'uno della Convenzione nel suo ruolo di *ius commune* dei diritti fondamentali in Europa, gli altri delle carte costituzionali¹⁹⁶, laddove, co-

¹⁹⁴ V. in generale, M. KUMM, *Democratic Constitutionalism Encounters International Law: Terms of Engagement*, in S. Choudhry (a cura di), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2007, 292 laddove si evidenzia che le regole di ingaggio, che sostituiscono quelle di conflitto, «assumono tipicamente la forma di un dovere di impegnarsi, del dovere di prendere in considerazione alcuni elementi rilevanti o presunzioni di qualche tipo».

¹⁹⁵ D. SZYMCAK, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel*, Bruylant, 2006, 54. Sulla crisi del dialogo, quantomeno italiano, v., *ex aliis*, M. MANCINI, *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di efficacia della CEDU: verso un modello di rapporti tra Corti di tipo realmente dialogico?* in *Federalismi.it*, 2018, 2 ss. In generale, per l'ordinamento italiano, si può anche vedere il num- spec. fasc. 1/2018, *I Trattati nel sistema delle fonti a 10 anni dalle sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale*, in *osservatoriosullefonti.it*.

¹⁹⁶ Invero, il meccanismo di controllo istituito dalla Convenzione, non sostituisce neppure i sistemi nazionali, poiché è necessario il previo esaurimento dei ricorsi interni affinché un ricorso a Strasburgo superi la soglia di ammissibilità. Per tale ragione la Corte EDU vigila affinché il rimedio costituzionale diretto, quando esiste, sia esercitato correttamente. V. M. MELCHIOR, *Les cours constitutionnelles et l'épuisement des voies de recours interne au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national. Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bruylant, 2003, 231.

me è evidente, è quest'ultima, nella gerarchia assiologica, a prevalere sulla CEDU.

4. *Il diritto europeo e il primato sul diritto interno degli Stati membri.*

Particolare rilievo assume, per il nostro tema, il problema del recepimento del diritto europeo nell'ordinamento costituzionale di ciascun Paese del diritto UE e gli eventuali limiti costituzionali.

È piuttosto noto il principio che vuole il primato delle fonti europee¹⁹⁷ rispetto a quelle interne, introdotto dalla Corte di giustizia dell'unione europea, nella prima fase dell'integrazione europea attraverso l'interpretazione, non essendo espressamente previsto dai trattati e solo nel 2004 codificato nel Trattato costituzionale all'art. I-6. Piuttosto risaputa è anche l'affermazione, sviluppata in risposta dalle Corti nazionali praticamente in quasi tutti gli ordinamenti europei, della dottrina dei controlimiti¹⁹⁸, in base a una visione "dualista" degli ordinamenti nazionali ed europeo in opposizione a quella "monista" propugnata dalla stessa Corte europea, e del suo principio gerarchico.

In questa parte del lavoro non si intende perciò offrire un esame

¹⁹⁷ Con la nota sentenza *Flaminio Costa contro ENEL* del 15 luglio 1964, causa c-14/64, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha affermato, elevandolo a principio generale, il "primato" – detto anche "preminenza" o "supremazia" – del diritto dell'Unione, che garantisce la propria superiorità rispetto tutte le leggi nazionali degli Stati membri. In risposta alla sentenza della corte costituzionale italiana e all'individuazione del criterio cronologico come criterio idoneo a risolvere eventuali contrasti tra fonte (Corte cost., sent. n. 14 del 1964) ma che, già all'epoca, dalla dottrina maggioritaria fu ritenuto come «non coerente alle premesse da cui parte». In merito E. SPAGNA MUSSO, *Costituzione scritta e fonti atipiche*, Napoli 1966, ora in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, I, Milano 2008, 997 ss.

¹⁹⁸ Secondo l'espressione utilizzata per la prima volta dalla dottrina italiana e in particolare da P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. Cost.*, 1973, 2416, per cui se il diritto dell'Unione europea costituisce un limite alla sovranità dello Stato, alle limitazioni di sovranità si oppongono dei "controlimiti" elaborati e dati dal rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana. Questo insegnamento è stato poi consolidato in giurisprudenza italiana, a partire dalla sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 1984 (cosiddetta *Granital*).

specifico della vicenda che ha portato all'affermazione di questi profili a livello europeo e nazionale poiché questo, oltre a richiedere molto più tempo e spazio di quanto sia consentito da dedicare in questa analisi, sposterebbe eccessivamente l'attenzione dal tema di nostro interesse, volendosi invece restare concentrati sul punto dei meccanismi tesi a garantire una maggiore stabilità al diritto e ai diritti (costituzionali). Spostare il rapporto tra forme-normative interne e quelle esterne dallo schema per cui una forma normativa prodotta ha una relativa stabilità rispetto ad un'altra, a seconda del modo di modifica determinato nel quadro gerarchico, a quello della mera autorizzazione a produrre norme, secondo il criterio della competenza, al di fuori di qualunque struttura gerarchica, può generare problemi della individuazione della forma-norma prevalente, della stabilità/certezza nonché del sindacato. Ciò è evidente soprattutto quando, per dirla con le parole in particolare del giudice costituzionale italiano, l'effetto collegato alla vigenza di una forma-normativa europea di diretta applicazione non è quello della caducazione della forma-norma con quella incompatibile «ma semplicemente di impedire che la norma venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale»¹⁹⁹, senza che si abbia alcun effetto abrogativo ma neanche di modifica o deroga delle norme interne confliggenti.

Queste in-certezze emergeranno chiaramente dalla nostra analisi così come risulterà chiara come sia soprattutto la interpretazione delle Corti costituzionali a influenzare sulle dinamiche di maggiore o minore stabilità del diritto (costituzionale).

Alla luce di questa premessa, lo scopo dell'analisi in questa parte sarà allora quello di verificare il rapporto tra fonti innanzitutto come previsto dalle carte costituzionali e poi quale interpretato dagli attori giudiziari: evidenziandosi una certa tendenza di questi ultimi, spesso in replica ai giudici sovranazionali (in particolare alla Corte di giustizia

¹⁹⁹ Corte cost., 5 giugno 1984, n. 170, p. 5 del *Cons. in diritto*. Diverse critiche, anche quanto il criterio scelto, sono mosse da A. RUGGERI, *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. 170/84, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla "teoria" della separazione alla "prassi" della integrazione intersistemica?* in *Giur. cost.*, 2/1991, 1583 ss., ora in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, I, Torino 1992, spec. 258 ss.

europea), a utilizzare la giurisprudenza straniera, anche senza citarla, come fonte di ispirazione per la risoluzione di questioni giuridiche sostanziali simili, emergerà una certa omogeneità tra le Corti nazionali quanto al regime tra fonti e alla definizione di vincoli al fine di tutelare garanzie costituzionali, finendo per affermarne, più o meno direttamente, la prevalenza gerarchica.

Quello che si mostra interessante qui è constatare anzitutto come la costruzione europea sia proseguita per lungo tempo, attraverso tappe fondamentali come l'Atto unico europeo, senza che le costituzioni abbiano mai rappresentato un ostacolo effettivo, né quanto alla fonte di legittimazione né quanto al rapporto con il diritto interno. L'interpretazione "conciliante" delle Corti costituzionali che hanno spesso invocato, in assenza di testuali disposizioni in Costituzione, articoli non specifici (e magari pensati per altre finalità come nel caso italiano e l'art. 11 Cost.²⁰⁰), rifiutandosi per lungo tempo di ricorrere al rinvio pregiudiziale alla Corte europea e offrendo un'interpretazione a dir poco "estensiva" del dato costituzionale, ha consentito un processo di integrazione del diritto UE nel diritto interno che è andato anche oltre le stesse disposizioni costituzionali, in nome di una stabilità del diritto euronitario. Ciò salvo non sviluppare, rispetto al principio del primato del diritto europeo, come si anticipava, la teoria dei controlli-miti di cui pure si farà cenno, oltre a sostenere lo strumento della mera disapplicazione che, seppure può essere intesa come "modalità" della prevalenza del diritto comunitario, priva di effetti la norma interna soltanto nel caso concreto. Nel caso di conflitto tra forma-norma UE di diretta applicazione e forma-norma nazionale, la risoluzione innanzi al giudice ordinario con la non applicazione della norma interna confliggente non determina la sua abrogazione lasciando così "incerta" la disciplina per altri rapporti. Questo se si eccettua la possibilità accordata al giudice del caso concreto di ricorrere allo strumento della questione

²⁰⁰ Ove, appunto, «non v'è traccia di riferimenti all'Unione europea», trattandosi «di "fatti" che si sono materializzati nei decenni successivi al varo della Carta costituzionale e che all'epoca dei lavori della Costituente non erano neanche immaginabili. Resta però un dato incontrovertibile: non avendo nel frattempo attivato la procedura aggravata, il Parlamento ha lasciato intatto il dettato costituzionale relativamente a quelle parti che avrebbero potuto "ospitare" simili fatti sopravvenuti». V., in merito, Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio della Costituzione*, in *Diritto e Società*, 2/2014, 275 ss.

pregiudiziale di interpretazione in modo da soddisfare «la fondamentale esigenza di certezza giuridica (...) che impone eguaglianza e uniformità»²⁰¹ quanto all'applicazione della norma in tutta la comunità europea.

In generale si rivela, così, che il diritto europeo, a fronte di testi costituzionali che, seppure talora dettano regole in merito, risultano spesso poco chiari, se sembra assumere la natura di primazia, secondo l'idea che va emergendo, come vedremo, dalla maggior parte delle corti costituzionali nazionali, sia pure con qualche oscillazione di orientamento qua e là, ciò è solo in conformità ad alcune condizioni della costituzione e ai principi posti a tutela della certezza del diritto costituzionale interno. Questo significa che il primato dipende, in ultima analisi, indirettamente dalle stesse carte costituzionali. La prevalenza, nella misura in cui questo primato è riconosciuto ovvero è «conferito»²⁰² dalle stesse costituzioni, nei confronti del diritto ordinario interno come anche di specifiche norme costituzionali (ad eccezione della tutela dei principi e diritti fondamentali), è nel rispetto delle condizioni stabilite, e come poi interpretate dai giudici costituzionali, dalle stesse norme costituzionali nazionali. Questa primazia, come meglio si vedrà, seppure sembrerebbe rilevare soprattutto come priorità applicativa²⁰³ sembra configurarsi, in definitiva, non già come espressione di un principio di competenza ma quale «specificazione del principio di legalità costituzionale, dal quale trae legittimazione e sul quale è destinato ad incidere secondo la gerarchia interna degli atti aventi forza di legge»²⁰⁴, talvolta tuttavia reso inoperante attraverso i controlimiti.

Elaborati da diverse corti costituzionali, tra le quali in particolare quella tedesca e italiana, senza tuttavia alcun fondamento nelle carte costituzionali, questi ultimi sono attivati in quasi tutti gli ordinamenti giuridici europei talora con diversi gradi di impatto, in momenti temporali diversi e a fasi alterne, con periodi anche di quiescenza: essi so-

²⁰¹ Corte cost. n. 170 del 1984, p. 6 del *Cons. in diritto*.

²⁰² Così M. POIARES, *Las formas del poder constitucional en la Unión Europea*, in *Revista de Estudios Políticos*, 2003, 13.

²⁰³ Cfr. H.P. IPSEN, *Europaeisches Gemeinschaftsrecht*, Tuebingen, 1972, 288.

²⁰⁴ Così P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, 151.

no sembrati addirittura superati, quasi ovunque, in particolare allorché si è ritenuto che i diritti fondamentali potessero trovare già nell'UE un livello di protezione pari a quello degli ordinamenti interni nazionali, portando le corti costituzionali a ritirarsi dalla funzione di controllo della costituzionalità, come è specificamente ancora oggi nel caso lusitano, di cui meglio si dirà. Diventano nondimeno nuovamente stringenti quando l'avanzare del processo di integrazione, spingendosi verso ambiti tradizionalmente riservati alla sovranità dello Stato, come è nel caso del diritto penale e della tutela dei diritti fondamentali quale attivata con l'adozione della Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza nel 2000²⁰⁵, sollecita i massimi interpreti e garanti costituzionali a invertire la rotta e intervenire²⁰⁶. Nel caso di conflitto tra fonti interne e diritto europeo relativo, in particolare, alla Carta dei diritti, ritenuta di applicazione diretta, ben è sembrato per lungo tempo che potesse trovare attuazione, da parte del giudice ordinario, quella via della disapplicazione del diritto interno, anche se costituzionale, a favore della Carta europea. Questo ha finito sì con il garantire una maggiore stabilità del diritto esterno ma anche con il destituire di fatto, stante l'esclusione del giudizio di costituzionalità, il giudice costituzionale dal suo fondamentale ruolo di custode della costituzione e dei diritti fondamentali, a differenza, come visto, del caso delle norme CEDU che invece ben possono vedere l'instaurazione di un giudizio di costituzionalità quale «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU»²⁰⁷.

Le forme di controllo costituzionale pure sulla normativa europea tornano, invece, ad essere riattivate in tempi recenti anche grazie al ricorso, da parte delle Corti costituzionali, al rinvio pregiudiziale: que-

²⁰⁵ In tal senso V. G. SCACCIA, *Il controllo della legittimità costituzionale del diritto dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, 2022, 147, il quale osserva che può essere proprio la «presenza di questa insidia teorica e pratica per il controllo di legittimità costituzionale posto a tutela dei diritti fondamentali ad avere impresso un accentuato dinamismo alla giurisprudenza delle Corti costituzionali degli Stati membri, contribuendo a rinnovare le forme del controllo sulla disciplina europea e affinando le strategie attraverso le quali si realizza il dialogo con la Corte di giustizia di Lussemburgo».

²⁰⁶ Va in questo senso la tesi che, nel nostro lavoro si adotta, di G. SCIACCA, *op. ult. cit.*, 132.

²⁰⁷ Corte cost. n. 49/2015, cit., p. 4 del *Cons. in diritto*.

sto, da strumento per lungo tempo rifiutato, dagli stessi giudici costituzionali, non ritenendosi dotati del potere di attivarlo giacché non «organi giurisdizionali» (come previsto all'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea-TFUE), diviene mezzo utilizzato sempre più spesso, talora anche come semplice «sistema di avviso in via preventiva»²⁰⁸, giacché teso a mettere in allarme sull'eventuale applicazione di un controlimite. A partire dalla Corte italiana²⁰⁹, seguita dal Tribunale costituzionale tedesco²¹⁰ nonché poi dal *Tribunal Consti-*

²⁰⁸ Così I. MASSA PINTO, *Il giudizio di incostituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, in *Riv. gr. Pisa*, 2019, 76, nonché, ancora, G. SCACCIA, *op. ult. cit.* 147.

²⁰⁹ Nel caso italiano, è a partire dal 2008 che la Corte, che aveva negato sino quel momento di essere una giurisdizione con potere di rinvio, ha instaurato un dialogo diretto con il Giudice dell'Unione, disponendo il primo rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE con ordinanza n. 103/2008 mentre con l'ordinanza 207/2013, ha proposto rinvio pregiudiziale anche nell'ambito di un giudizio incidentale.

²¹⁰ Il tribunale costituzionale federale tedesco ha sollevato il suo primo rinvio solo nel 2014 nel caso OMT (2 BvR 2728/13, 14 gennaio 2014), accolto con favore in dottrina tedesca. V., in merito, M. WENDEL, *Exceeding Judicial Competence in the Name of Democracy: The German Federal Constitutional Court's OMT Reference*, in *Eur. Const. Law Rev.* 2014, Vol. 10, 253 ss. Questa sentenza deriva, peraltro, dalla decisione adottata nel 2013 (BVerfG, ordinanza del 17 dicembre 2013, BVerfG, 2 BvR 1390/12) con cui il *Bundesverfassungsgericht* decise di separare le questioni principali aventi ad oggetto il Trattato sul Meccanismo europeo di stabilità (ovvero la compatibilità costituzionale di questo Trattato, poi decisa nel 2014 (2 BvR 1390/12, 18 marzo 2014) da quelle aventi ad oggetto le questioni relative all' OMT, il programma annunciato dalla BCE. Queste ultime hanno condotto, peraltro, non solo al primo suddetto rinvio pregiudiziale e alla relativa pronuncia della Corte di Giustizia (Causa C-62/14, *Gauweiler et alii c. Governo federale tedesco*) che conferma la validità del programma OMT (v., in merito, il numero speciale a cura di F. FABBRINI, *The European Court of Justice, the European Central Bank, and the Supremacy of EU Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, Vol. 1) ma anche a una pronuncia definitiva sulla questione nel 2016 (2 BvR 2728/13, 21 giugno 2016) con cui il Tribunale di *Karlsruhe* fa salvo il programma OMT, nell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia, non rappresentando uno sconfinamento manifesto delle competenze attribuite dai Trattati, e quindi non passibile di conflitto per *ultravires*. V., tra i diversi commenti, altresì per una ricostruzione della vicenda, A. STEINBACH, *Die EZB-Krisenpolitik nach dem OMT-Urteil des Bundesverfassungsgericht*, in *JZ*, 71, November 2016, 1045 nonché M. RUFFERT, *Das OMT-Urteil des BVerfG: Europa rechtlich überzeugend, verfassungsprozess rechtlich fragwürdig*, in *VerfBlog*, 2016.

tucional spagnolo²¹¹, dal *Conseil Constitutionnel*²¹², e infine dal *Tribunal Constitucional* lusitano²¹³, sia pure impiegato da queste ultime molto più timidamente avendolo utilizzato, almeno sinora, una sola volta, si vanno riaffermando i limiti materiali inderogabili e talora impliciti delle carte costituzionali, quali proclamati dalle rispettive Corti supreme, non mostrandosi più, ovvero, solo come una mera minaccia²¹⁴ e intendendosi garantire una maggiore stabilità del diritto interno.

I controlimiti vanno rivitalizzandosi ovunque negli ordinamenti europei, assumendo un significato nuovo²¹⁵ e consentendo ai giudici costituzionali di mantenere salda la sovranità non solo delle costituzioni, quanto meno nel loro nucleo essenziale, ma ancor prima, con queste, come dice espressamente, il Tribunale costituzionale federale tedesco, come si vedrà, del popolo²¹⁶. Tutto questo, talora, senza che siano intervenute “esplicite” modifiche nelle costituzioni. Nessuna differenza appare porsi così tra quei testi costituzionali riformati che, come nel caso italiano con il suo art. 117, c. 1, Cost., sembrano avere

²¹¹ STC, 9 giugno 2011, n. 86. V., in merito il commento F. J. MATIA PORTILLA, *Primacía del derecho de la Unión y derechos constitucionales. En defensa del Tribunal Constitucional*, in *Rev. esp. der. cons.*, 2016, 479 nonché F. J. DONAIRE VILLA, *Supremacía de la Constitución versus primacía del derecho de la UE en materia derechos fundamentales: concordancias y discordancias entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la UE en el asunto Melloni*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 2017, 653 laddove, in particolare si conclude osservando che, seppure si tratta di un solo caso, questa pronuncia resta importante per riaprire il dialogo con la Corte di Giustizia.

²¹² Cons. const., 4 aprile 2013, n. 2013-314P QPC. Per un commento che tuttavia evidenzia il potere limitato del rinvio, X. MAGNON, *La révolution continue: le Conseil constitutionnel est une juridiction... au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, in *RFDC*, 2013, 917.

²¹³ TC 711/2020, 9 dicembre 2020. Per un commento, v. R. TAVARES LANCEIRO, *The first referral of the Portuguese Constitutional Court to the Court of Justice: historical moment or nothing out of the ordinary?*, in *EU Law Live*, 2021.

²¹⁴ Venendo ritenuti addirittura un «fastidioso ingombro». In merito M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n.2/2016, 5 ss.

²¹⁵ Rispetto all'originaria formulazione, come proposta in dottrina, questo concetto non è più inteso come mera «resistenza degli Stati-persona ai processi di integrazione sovranazionale e internazionale, ma rigorosa affermazione della sovranità popolare». M. LUCIANI, cit., 7.

²¹⁶ Nel caso italiano, alla luce dell'art. 11 Cost., v. ancora in dottrina, M. LUCIANI, cit.

affermato la supremazia delle fonti internazionali e sovranazionali senza tuttavia alcuna individuazione di limiti stringenti, presupponendo magari vincoli derivanti dai controlimiti elaborati in precedenza dalla giurisprudenza²¹⁷, e altre costituzioni qui esaminate che pongono norme più nette come è ad esempio l'art. 23 della legge fondamentale tedesca e l'art. 96 della costituzione spagnola.

4.1. Il rapporto tra il diritto eurounitario e il diritto costituzionale. La costituzione francese e il Grundgesetz tedesco.

Come è noto diverse Costituzioni europee dettano, anche a seguito delle modifiche apportate al testo originario, disposizioni specifiche relative all'integrazione del rispettivo ordinamento in quello dell'Unione Europea come poi interpretate dalle relative Corti supreme. Qui, senza voler ripercorrere la complessa evoluzione giurisprudenziale interna a ciascun ordinamento se non integrando aspetti su cui tale questione potrebbe avere un impatto, sarà perciò interessante analizzare il dettato delle costituzioni mettendo in rilievo i principali snodi essenziali della giurisprudenza costituzionale.

²¹⁷ Corte cost., 28 marzo 2006, n. 129, p. 5.3 del *Cons. in diritto* laddove si dichiara, rispetto all'art. 117 Cost., che «la norma costituzionale citata, collocata nella Parte seconda della Costituzione, si ricollega al principio fondamentale contenuto nell'art. 11 Cost. e presuppone il rispetto dei diritti e dei principi fondamentali garantiti dalla Costituzione italiana». Vedi, anche, Corte cost., 24 giugno 2010, n. 227 ove si afferma che «l'art. 117, primo comma, Cost. ha dunque confermato espressamente, in parte, ciò che era stato già collegato all'art. 11 Cost., e cioè l'obbligo del legislatore, statale e regionale, di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario». In dottrina sul carattere non innovativo della riforma costituzionale del 2001 riguardate l'art. 117 Cost. non stabilendo nulla quanto al significato e alla modalità con cui si determinano i «vincoli» derivanti dall'ordinamento internazionale e comunitario, v. C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, 145. Così anche P. CARETTI, *Il limite degli obblighi internazionali e comunitari per la legge dello Stato e delle regioni*, in *Stato, Regioni ed enti locali*, 2003, 5, laddove l'A. osserva che «nessun riflesso la disposizione produce sull'attuale assetto dei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario», tutt'al più rendendo superfluo il suo radicamento nell'art. 11 Cost., quanto all'affermazione della supremazia del diritto comunitario sul diritto interno.

Oltre alla costituzione francese nonché al *Grundgesetz*, modificati entrambe nel 1992 per adeguare il testo ai cambiamenti derivanti dal Trattato di *Maastricht*, disciplinano in modo espresso e specifico il rapporto tra l'ordinamento giuridico dell'Unione europea e l'ordinamento giuridico nazionale anche la costituzione portoghese e spagnola mentre quella italiana si limita, come si anticipava, a un riferimento al diritto europeo, oltre internazionale, come mero vincolo esterno alla funzione legislativa dello Stato e delle Regioni.

Peculiare si rivela il "limite" previsto dal sistema francese quanto al processo di integrazione internazionale (art. 55 Cost.) e il connesso controllo di costituzionalità (art. 54 Cost.), impedendo, peraltro, al giudice costituzionale, a detta anche della dottrina, almeno sino a qualche tempo fa, di proporre una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea²¹⁸: se gli impegni assunti, alla luce delle disposizioni costituzionali francesi sui trattati e del controllo del *Conseil constitutionnel*, risultano contenere «una clausola contraria alla Costituzione» (come specificamente sancito all'art. 54 Cost.), oppure, se incidono sulle «condizioni essenziali per l'esercizio della sovranità nazionale»²¹⁹, come pure ha aggiunto lo stesso *Conseil* andando oltre il dettato costituzionale attraverso la sua attività, a nostro avviso criticabile, «ricreativa» della costituzione²²⁰, sarà necessario una revisione della Costituzione al fine dell'autorizzazione a ratificarli. Questo combinato disposto ha in tal modo effettivamente portato, nel 1992²²¹, ad una revisione costituzionale, con l'introduzione di un intero capito-

²¹⁸ Sul punto, F.-X. MILLET, *How much lenience for how much cooperation? On the first preliminary reference of the French Constitutional Council to the Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 2014, 19 ss.

²¹⁹ Cons. const., 9 aprile 1992, n. 92-308 DC.

²²⁰ In merito, con un atteggiamento non certo critico, D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, 9e éd., Paris, 2010, in part. 449. Sulla giurisprudenza costituzionale creativa che avrebbe introdotto i «cambiamenti costituzionali», ovvero «informali», v. O. BEAUD, *Les mutations de la Ve République, ou comment se modifie une constitution écrite*, in *Pouvoirs*, 2001, 211. Sulla necessità di intervento del legislatore costituzionale, con le sue 25 riforme, anche per formalizzare l'interpretazione creatrice del *Conseil constitutionnel*, dando «stabilità alla legge fondamentale» da alcuni criticata, v. F. MÉLIN SOUCRAMANINEN, *Constitution de la République française*, Paris, 2023, 50.

²²¹ Legge costituzionale n. 92-554 del 25 giugno 1992.

lo dedicato alla «Comunità europee e dell'Unione europea» e molteplici articoli che vanno dall'art. 88-1 all'art. 88-7 Cost., seguita da un'altra riforma nel 1999²²² nonché nel 2008²²³ allorché si è trattato di ratificare, rispettivamente, il Trattato di Amsterdam e di Lisbona, stante le relative decisioni di incompatibilità adottate, alla luce della normativa costituzionale, dal *Conseil constitutionnel*²²⁴.

Sotto il profilo della gerarchia delle fonti questo processo costituzionale sembra assumere particolare rilievo.

Secondo l'idea affermata dallo stesso giudice costituzionale francese anche di recente, le revisioni costituzionali, inclusa la penultima che ha peraltro introdotto il controllo di costituzionalità successivo e la conseguente possibilità per il giudice delle leggi francese di proporre rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, non hanno voluto accordare primazia assoluta e *a priori* agli impegni sovranazionali UE. Nel sancire l'esistenza di un ordinamento giuridico dell'Unione europea «integrato nell'ordinamento giuridico interno, distinto dall'ordinamento giuridico internazionale», si è comunque voluto preservare al «vertice dell'ordinamento giuridico interno»²²⁵ la Costituzione, assicurandogli in ultimo maggiore stabilità. La primazia, in quest'ottica che si rivela poco chiara, va assumendo allora carattere di «*primauté minimisée*»²²⁶.

Alla luce di questo ragionamento, il giudice costituzionale francese, a fronte della disposizione di cui all'art. 88-1 Cost. che ammette il mero esercizio congiunto degli Stati partecipanti all'UE di alcuni poteri senza tuttavia definirli, accoglie così, sull'esempio della Germania e

²²² Legge costituzionale n. 99-49 del 25 gennaio 1999 si è modificato gli artt. 88-2 et 88-4 della Costituzione.

²²³ Legge costituzionale n° 2008-103 del 4 febbraio 2008, a modifica del titolo XV della Costituzione.

²²⁴ Cons. const., 31 dicembre 1997, n. 97-394 DC, sul trattato di Amsterdam e Cons. const., 20 dicembre 2007, decisione n° 2007-560 DC sul Trattato di Lisbona. Su queste diverse e specifiche riforme, tutte dirette a trasferimenti di competenze all'Unione europea tali che «lo Stato non è più il livello appropriato per determinare alcune politiche pubbliche», v. A. LEVADE, *La révision du 23 juillet 2008. Temps et contre-temps*, in *RFDC*, 2009, 78, 302 ss.

²²⁵ Cons. const., 31 luglio 2017, n. 2017-749 DC, cons. 10.

²²⁶ Così, H. LABAYLE, J.-L. SAURON, *La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe*, in *RFDA*, 2005, 1 ss.

in particolare della sua pronuncia *Solange II*, la dottrina della «protezione equivalente» dei diritti per cui «nella misura in cui il diritto UE»²²⁷ – nello specifico la Carta dei diritti – garantisce un livello di protezione dei diritti fondamentali pari a quello interno, il relativo atto eurounitario non può considerarsi contrario a Costituzione (e non richiede perciò una «revisione della Costituzione»). È andato, nondimeno, affermando anche due riserve costituzionali. Queste, «costruite»²²⁸ dalla stessa giurisprudenza costituzionale, operano come limiti al processo di integrazione europea. Il trasferimento di competenze che mettono in discussione tali parametri, non presenti nel testo costituzionale²²⁹ e comunque utilizzati dal giudice delle leggi francese per monitorare l'integrazione del diritto dell'Unione europea, finirà con il richiedere una nuova riforma costituzionale, in particolare allorché si evidenzierà un contrasto con quel limite che, riecheggiando quello elaborato dalla giurisprudenza costituzionale tedesco, si identifica con la «identità costituzionale della Francia»²³⁰. Quest'ultimo parametro, affermato dal giudice delle leggi francesi soprattutto a seguito del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa del 2003 che pure a questo limite identitario fa riferimento²³¹, opera tuttavia soprattutto rispetto a disposizioni dell'accordo rientranti nella competenza esclusiva dell'UE. Di recente, viene tuttavia utilizzato anche nel controllo preventivo di costituzionalità e poi, dal 2008, a *posteriori* per le leggi di recepimento delle direttive europee²³².

²²⁷ Cons. const., n° 2004-505, cit., cons. 17.

²²⁸ Così, X. MAGNON, *Souveraineté, identité, et Europe: autour des articles 1, 2 et 3 de la Constitution. De l'échec d'une formalisation d'une souveraineté interne à une reconnaissance inévitable d'une souveraineté internationale de l'État*, in *Hal science*, 2018, 3 ss.

²²⁹ Così M. GUERRINI, *Identité constitutionnelle et conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale*, in *RFDC*, 2023, 911.

²³⁰ Cons. const., 30 novembre 2006, n. 2006-543 DC, laddove la Corte costituzionale francese evidenzia, tra l'altro, il contrasto della normativa UE con una norma o un principio inerente «all'identità costituzionale della Francia». Sul punto, ancora, M. GUERRINI, *op. ult. cit.*, 918.

²³¹ All' articolo I-5 1 come osserva X. MAGNON, cit., 15.

²³² V., in merito, F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres*, in *LGDJ*, 2013, 365 ss.

Rispetto alla normativa europea non dotata di efficacia diretta, ben si era ribadito invero, in diverse pronunce, sin dall'inizio, che il recepimento di una direttiva «non può essere in contrasto con una norma o un principio inerente all'identità costituzionale della Francia», spettando pertanto alle autorità giudiziarie nazionali, allorché il giudice costituzionale all'epoca non poteva svolgere un controllo successivo di costituzionalità, «se del caso, il potere di adire in via pregiudiziale alla Corte di giustizia delle Comunità europee»²³³. Solo successivamente, in presenza di «contestazione» di una norma e/o principio inerente all'identità costituzionale della Francia, il *Conseil constitutionnel* si è riconosciuto competente, come accaduto del resto in altri ordinamenti incluso quello italiano, a controllare la «conformità ai diritti e alle libertà garantiti dalla Costituzione»²³⁴ non già della direttiva dell'Unione europea ma delle disposizioni legislative recettive. Ciò perché, sostiene lo stesso giudice costituzionale francese, la «trasposizione nell'ordinamento interno di una norma dotata di efficacia indiretta» deriva da una «esigenza costituzionale»²³⁵ che impone comunque una verifica al fine di garantire la certezza del diritto interno. Il ragionamento seguito è che la legge interna di adempimento è soggetta, in quanto tale, a sindacato per cui se essa contiene «un'espressa disposizione contraria contenuta nella Costituzione»²³⁶ il suo ingresso può essere impedito. In questo senso si è andati, del resto, anche nel caso del 2013 che ha visto il *Conseil constitutionnel* sollevare un ricorso, in via pregiudiziale, alla Corte europea di giustizia: in questa ipotesi, malgrado l'art. 88-2 della Costituzione francese fosse stato introdotto al fine di rimuovere gli ostacoli costituzionali diretti a impedire l'adozione di disposizioni legislative derivanti dagli atti europei relativi al mandato d'arresto europeo, si è affermata l'esistenza di un contrasto della legge interna con una decisione europea proprio sul mandato d'arresto, spettando comunque al giudice costituzionale il potere di verificare la conformità delle fonti esterne con i diritti e le libertà garantiti dalla Costituzione²³⁷.

²³³ Cons. const., 27 luglio 2006, n. 2006-540 DC, cons. 19.

²³⁴ Cons. const., 17 dicembre 2010, n. 2010-79 QPC, cons. 3.

²³⁵ Cons. const., 10 giugno 2004, n. 2004-496 DC, cons. 7.

²³⁶ Cons. const., n. 2004-496 DC, cit., cons. 7.

²³⁷ Cons. const., n. 2013-314P, cit., punto 5. Per un commento, oltre a X. MAGNON,

Nel caso invece di disposizioni convenzionali qualora queste siano relative a una competenza concorrente o esclusiva degli Stati, assumerà rilievo, a parere sempre del *Conseil constitutionnel*, l'incompatibilità con la Costituzione allorché quelle disposizioni contengano, come previsto all'art. 54 Cost., una clausola contraria alla Costituzione oppure quando mettano in discussione i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti, oppure ancora, infine, quando pregiudichino l'altro limite creato, non presente nel testo costituzionale, come si diceva, costituito dalle «condizioni essenziali per l'esercizio della sovranità nazionale»²³⁸ quale principio cardine della Costituzione francese.

In maniera diversa sembra porsi invece la Germania, sia pure, per la verità, esclusivamente sotto il profilo riformatore ma non già quanto alla linea giurisprudenziale adottata. Senza dubbio, anche questo ordinamento mostra invero, in merito allo sviluppo del processo di integrazione tra ordinamenti, un percorso intenso e impegnativo²³⁹ che, in maniera non differente da quello francese, porta il giudice costituzionale tedesco a sostenere, talora, la prevalenza e la maggiore stabilità della Costituzione allorché quest'ultima, più o meno esplicitamente, prevede disposizioni incompatibili con le regole UE.

In quest'ottica, come si anticipava, piuttosto che attivare, sotto il controllo del giudice delle leggi, in maniera sistematica, un processo di revisioni preliminari alla ratifica dei nuovi trattati, sia pure lasciando comunque il pieno controllo al Parlamento per la loro approvazione, come avviene nel caso francese, la legge fondamentale tedesca acconsente anticipatamente ai trasferimenti di sovranità che saranno realiz-

La révolution continue, cit., v. anche, in dottrina italiana, S. CATALANO, *Il primo rinvio pregiudiziale del Conseil constitutionnel alla Corte di giustizia dell'Unione europea: contesto e ragioni di una decisione non rivoluzionaria*, in *Oss. costituzionale*, 2013.

²³⁸ Cons. const., 31 luglio 2017, n. 2017-749 DC, cons. 13 e 14.

²³⁹ La prima volta che il *Bundesverfassungsgericht* (BverfG) è stato chiamato ad esprimersi sulla preminenza del diritto comunitario su quello nazionale si ha con la pronuncia del 18 ottobre 1967 (BVerfGE 22, 293). Qui si dichiarò inammissibile il ricorso presentato contro alcune disposizioni di due regolamenti CEE che sembravano ledere alcuni diritti fondamentali come riconosciuti agli artt. 2, c. 1, 3, c. 1, 12, c. 1, e 14 della Grundgesetz (GG). V., in merito, B. WENGLER, *Anmerkung zu BVerfGE 22, 293*, in *JZ*, 1968, 99 nonché M. ZULEEG, *Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration*, in *JZ*, 1994, 2 ss.

zati dai trattati europei sia pure individuando, a tal fine, termini stringenti. In particolare qui a rilevare è l'art. 23 GG, quale modificato nel 1992²⁴⁰, con la sua disposizione relativa alla cd. clausola europea, contenente parametri ben definiti²⁴¹, utilizzabili dalla Corti costituzionali, federale e dei Länder, per sindacare il diritto europeo. Si precisa in questa disposizione, al contempo, non solo quale è la fonte di diritto – una legge approvata dal *Bundestag* e dal *Bundesrat* – ma anche la procedura di modifica o di integrazione dei trattati attivabile in virtù della norma di cui all'art. 79 GG, quale pure utilizzata nel contesto della giurisprudenza costituzionale tedesca ai fini del processo di integrazione europea. Su queste disposizioni il Tribunale costituzionale ha fondato, d'altronde, la propria autorità di controllo degli atti normativi dell'Unione Europea.

La preventiva cessione di sovranità non ha implicato affatto, come pure si sottolinea nella giurisprudenza del *Bundesverfassungsgericht*, una rinuncia alla verifica della «compatibilità» del diritto europeo con la Legge fondamentale, secondo quanto sostenuto peraltro soprattutto nella nota sentenza *Lissabon*²⁴². Quest'ultima pronuncia è considerata particolarmente rilevante ai fini del ripensamento del rapporto tra ordinamento giuridico europeo e ordinamento tedesco – e, quindi, an-

²⁴⁰ Legge di modifica costituzionale, 21 dicembre 1992.

²⁴¹ Si rinvia, in merito, anche a H. SAUER, *Der neue Kontrollzugriff des Bundesverfassungsgerichts auf das Unionsrecht*, in *Europarecht*, 2017, 186.

²⁴² Vedi, in particolare, BVerfGE 123, 267, *Lissabon*, 30 giugno 2009, par. 225 laddove si sottolinea, tra l'altro, che alla luce dell'art. 23 GG «la Legge fondamentale mira all'integrazione europea e all'ordine internazionale pacifico: pertanto, non vale solo il principio di compatibilità con il diritto internazionale, ma anche quello di compatibilità con il diritto europeo». Per un commento v., tra i tanti, C. SCHÖNBERGER, *Die Europäische Union zwischen "Demokratiedefizit" und Bundesstaatsverbot, Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in *Der Staat*, 2009, 535; C. SCHÖNBERGER, *Die Europäische Union zwischen "Demokratiedefizit" und Bundesstaatsverbot, Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in *Der Staat*, 2009, 535 nonché, in tono fortemente critico, A. GROSSER, *The Federal Constitutional Court's Lisbon Case: Germany's "Sonderweg". An Outsider's Perspective*, in *German Law Journal*, 2009, 1263 ss. Nella dottrina italiana, tra i primi, della dottrina in lingua italiana si vedano C. PINELLI, *Forzature e silenzi del Tribunale costituzionale tedesco sul Trattato di Lisbona*, in *Giur. cost.*, 2009, 5153 ss.

che per i sistemi giuridici degli altri Stati membri²⁴³ – riportando il giudice costituzionale tedesco ad un atteggiamento più prudente rispetto agli sviluppi di integrazione europea, inducendolo a riaffermare, tra l'altro, la rilevanza del sindacato costituzionale e con questo del diritto interno. Questo controllo, non contraddicendo affatto, come afferma lo stesso Tribunale costituzionale tedesco, il principio di leale cooperazione come sancito all'art. 4(3) TUE di Lisbona²⁴⁴, è stato effettuato, con lo sviluppo della dottrina dei limiti costituzionali, in più occasioni.

L'integrazione, possibile grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia che ha imposto i principi di "applicabilità diretta" e del "primato" del diritto comunitario fin dall'inizio degli anni '60, in diverse pronunce, nonché all'assenza delle pronunce pregiudiziali da parte dei giudici costituzionali nazionali, almeno come già detto sino al 2008, incontra invero, fin da subito, una certa opposizione nella giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca che, ergendosi a custode della Costituzione, avvia un «sospettoso cammino europeo»²⁴⁵. In quest'ottica, il giudice costituzionale tedesco non si è mai sottratta dal verificare se fosse stata preservata «l'identità dell'attuale Costituzione della Repubblica Federale di Germania»²⁴⁶, quale affermata sin dalla prima volta nel lontano 1974, nella famosa pronuncia *Solange I*, alla luce dell'allora art. 24 GG, relativo al trasferimento dei poteri sovrani a «organizzazioni interstatali»: questa disposizione costituzionale, da

²⁴³ V., ad esempio, P. FARAGUNA, *Taking Constitutional Identities Away from the Courts*, in *Journal of International Law*, 2016, 573, laddove si propone di comparare «l'elenco delle questioni sensibili all'identità costituzionale», come elaborate dal *Bundesverfassungsgericht* nel suo *Lissabon-Urteil*, con le questioni sostanziali affrontate in diverse pronunce dei giudici costituzionali di vari ordinamenti. Anche T. WINZEN, C. ROEDERER-RYNNING, F. SCHIMMELFENNIG, *Parliamentary co-evolution: national parliamentary reactions to the empowerment of the European Parliament*, in *Journal of European Policy*, 2015, Vol. 22, 87. In dottrina italiana, in tal senso, J. LUTHER, *Il Trattato di Lisbona trattato a Karlsruhe: Just Law in the Books?*, in *www.astrid-online.it*. nonché E. CANNIZZARO e M. E. BARTOLONI, *Continuità, discontinuità e catastrofismo. Sulle reazioni della dottrina al Lissabon- Urteil*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, 1 ss.

²⁴⁴ BVerfGE 123, 267, cit., par. 240.

²⁴⁵ Così, P. FARAGUNA, *Il "sospettoso" cammino europeo del Bundesverfassungsgericht da Solange a Gauweiler*, in *La cittadinanza europea*, 2016, 211 ss.

²⁴⁶ BVerfGE 37, 271 – *Solange I*, 29 maggio 1974, par. 43.

leggere e interpretare nel «contesto dell'intera costituzione», impediva qualsiasi modifica del Trattato che avrebbe finito con l'abolire tale identità «intromettendosi nelle sue strutture costitutive»²⁴⁷. L'identità costituzionale, a seguito soprattutto della modifica costituzionale del 1992, viene ad assumere valenza di «nucleo essenziale», quale previsto poi dalla cosiddetta «clausola di eternità» *ex art. 79, 3 c. GG*, di cui si dirà, operando come limite, in combinato all'art. 23 GG, ben estensibile all'integrazione e alle questioni europee, limite che nemmeno un emendamento costituzionale può, in teoria, rimuovere. Il caso tedesco, sotto questo profilo, diviene così un modello, da qualcuno ritenuto «vincente»²⁴⁸, che migra in diversi altri ordinamenti, compreso quello francese, come già visto, condizionando le relative Corti costituzionali.

La tutela del contenuto fondamentale inviolabile della identità della Costituzione diviene peraltro poi, nella pronuncia *Solange II*, «identità dell'ordinamento costituzionale della Legge fondamentale»²⁴⁹ nonché nel sindacato costituzionale del 1993, ai sensi dell'allora appena novellato art. 23 c. 1 GG, in combinato disposto con l'art. 79, c. 3, GG, «identità nazionale degli Stati membri»²⁵⁰. Seppure il *Grundgesetz*

²⁴⁷ *Ibidem*.

²⁴⁸ P. FARAGUNA, *Taking Constitutional Identities*, cit., 503.

²⁴⁹ BVerfGE, 73, 339, *Solange II*, 23 ottobre 1986, par. 104. In particolare in questa sentenza, la Corte costituzionale federale afferma che, finché il diritto UE e la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee garantiranno un'effettiva tutela dei diritti fondamentali contro il potere sovrano delle Comunità, essa non eserciterà più la sua giurisdizione sull'applicabilità del diritto comunitario derivato e non controllerà quindi più tale diritto alla luce dei diritti fondamentali della Legge fondamentale. Per un commento si rinvia, *ex aliis*, in particolare a P. KIRCHHOF, *Gegenwartsfragen an das Grundgesetz*, in JZ, 1989, 453 nonché H. H. RUPP, *Urteilsanmerkungen*, in JZ, 1987, 241 ss.

²⁵⁰ BVerfGE 89, 155, *Maastricht-Urteil*, 12 ottobre 1993, par. 161. Qui, il giudice costituzionale tedesco, chiamato in particolare ad esprimersi sulla conformità del Trattato alla Legge Fondamentale e, in particolare, all'art. 23 GG nonché poi all'art. 38 GG., coglie l'occasione per esprimersi sulla natura giuridica dell'Unione, ritenendo comunque che l'osservanza del principio di sussidiarietà nonché il rispetto del ruolo del *Bundestag* siano le condizioni indispensabili per la legittima attribuzione delle competenze all'ordinamento europeo e per l'applicabilità del diritto europeo nel territorio tedesco. Vedi, tra i molti commenti, su questi aspetti C. TOMUSCHAT, *Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts*, in *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 1993, 489 nonché N. MACCORMICK, *The Maastricht-Urteil: Sove-*

mira, come sostiene il Tribunale costituzionale federale, a integrare la Germania «nella comunità giuridica degli stati liberi e pacifici», questo non vuol dire che si «rinuncia alla sovranità», dovendosi comunque lasciare l'ultima parola alla Costituzione tedesca, come «diritto di un popolo a prendere decisioni costitutive sulle questioni fondamentali della propria identità»²⁵¹. Più che la preoccupazione sul riequilibrio tra i poteri e sul rafforzamento dell'autorità del parlamento, l'interesse qui prevalente è quello relativo alla questione di quale sia l'autorità giudiziaria legittimata ad avere l'ultima parola²⁵²: conseguenza del mantenimento della sovranità (costituzionale) degli Stati membri è il controllo che il Tribunale costituzionale federale tedesco deve effettuare al fine di verificare se i diritti sovrani, «esercitati all'interno o all'esterno di quelli trasferiti», comportano una violazione della «identità costituzionale inderogabile ai sensi dell'art. 79, c. 3 GG»²⁵³. Si arriva così in tempi più recenti, per questa via, anche in questo ordinamento, a una pronuncia sul mandato d'arresto europeo, adottata successivamente a quella francese del 2013, che seppure ritiene preservata «l'identità nazionale» – giacché non si prevede «un'armonizzazione generale dei sistemi penali degli Stati membri» – come anche salvaguardata la «statualità in uno spazio giuridico europeo unificato» – in cui assume rilievo «soprattutto il principio di sussidiarietà (di cui all'art. 23, c. 1, GG)» –, vede comunque l'incostituzionalità della normativa di attuazione della decisione europea: questa volta ad assumere rilievo ai fini

reignty Now, in *European Law Journal*, 1995, Vol. 1, 259 ss.

²⁵¹ BVerfGE 123, 267, cit., par. 340.

²⁵² Così C. MÖLLERS, *Was ein Parlament ist, entscheiden die Richter*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 2009, 27.

²⁵³ BVerfGE 123, 267, cit., par. 339. Si conclude così osservando che «la responsabilità di integrazione europea» deve soddisfare i requisiti costituzionali e in particolare quelli dell'art. 23 (1) della Legge fondamentale che nel caso di specie non risultano soddisfatti giacché i «diritti di partecipazione del *Bundestag* tedesco e del *Bundesrat* non sono stati sviluppati nella misura richiesta». Ciò porta il Tribunale costituzionale federale tedesco a ritenere non già la legge di ratifica del trattato di Lisbona ma la legge di accompagnamento alla legge di ratifica «parzialmente incostituzionale». La Corte segue, in realtà, l'argomentazione sostenuta da Mayer che ha rappresentato il *Bundestag* nei negoziati. F. C. MAYER, *Der Eugh als feind? Die Debatte um das soziale Europa in der europäischen Rechtsprechung*, in *Integration*, 2009, 246 ss.

della compatibilità tra fonti esterne e fonti interne è l'altro controlimite dato dalla tutela dei diritti fondamentali²⁵⁴.

Questi ultimi protetti, dal canto loro, anche quali “nucleo essenziale” dell'assetto costituzionale tedesco, hanno seguito anche essi, come il controlimite della identità nazionale, una interessante evoluzione interpretativa. Se in una prima fase, con la pronuncia *Solange I*, sono considerati come un parametro che deve essere rispettato integralmente dagli organi della Comunità europea, almeno fino a quando in ambito comunitario non venga «garantita una sufficiente protezione dei diritti fondamentali»²⁵⁵, successivamente, ripensandosi alla rigida impostazione dualista e andandosi verso l'idea di una costruzione gerarchica del diritto tutt'oggi non veramente «superata»²⁵⁶, non sembrano più intesi come limiti “operativi”. Il *Bundesverfassungsgericht*, pur continuando a far riferimento ai diritti fondamentali come a un vincolo da rispettare, non li ritiene più esclusi dall'intervento del diritto comunitario purché questo intervento comporti una tutela che garantisca il rispetto del contenuto costituzionale “essenziale”. Si sostiene, anzi, che finché il diritto UE e la giurisprudenza della Corte di giustizia garantiranno «un'effettiva tutela dei diritti fondamentali contro il potere sovrano delle Comunità», il Tribunale costituzionale federale tedesco non eserciterà più la sua giurisdizione sull'applicabilità del diritto comunitario derivato e non controllerà più, di conseguenza, tale diritto alla luce dei diritti fondamentali del *Grundgesetz*²⁵⁷. Questo implica chiaramente una garanzia di maggiore stabilità per il diritto UE a discapito della certezza costituzionale. Con la pronuncia *Maastricht* del 1992 si va tuttavia verso un ulteriore cambiamento quanto alla concezione del parametro dei diritti fondamentali: si va affermando, qui, un potere di controllo del giudice costituzionale esercitabile anche solo nei limiti della garanzia degli «irrinunciabili *standards* dei diritti fondamentali»²⁵⁸, ben consentendo l'art. 23, c. 1, GG la partecipazione

²⁵⁴ BVerfGE 113, 273, *Europäischer Haftbefehl*, 18 luglio 2005, par. 75

²⁵⁵ BVerfGE 37, 271, cit.

²⁵⁶ Così, «offrendo una griglia di analisi sufficientemente elaborata» J. P. DERO-SIER, *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne: étude comparée: Allemagne, France, Italie*, Paris, 2015, 516.

²⁵⁷ BVerfGE, 73, 339, 23 cit., par. 104.

²⁵⁸ BVerfGE 89, 155, cit., par. 80.

all'Unione europea ma soltanto allorché questa «garantisca una tutela dei diritti fondamentali sostanzialmente paragonabile a quella della legge fondamentale». In quest'ottica di confronto tra Corti supreme, tra quella nazionale e quella europea, a cui peraltro guarderanno anche altri ordinamenti, vedendo la realizzazione di una «multilateralità del dialogo»²⁵⁹, si lascia aperta, in qualche modo, una porta alla prevalenza della tutela costituzionale e, con questa, alla maggiore certezza/stabilità del diritto interno: se è vero che si può presumere che i diritti a livello UE sono tutelati al pari della Costituzione tedesca, questa presunzione può tuttavia essere messa in discussione a fronte di prova contraria.

Oltre all'apertura all'Europa e alla decisione di un controllo con *self-restraint* (*zurueckhaltend*), questa sentenza evidenzia così, al contempo, un atteggiamento di difesa dei valori costituzionali nazionali, atteggiamento che sarà poi portato avanti anche nelle pronunce *Lissabon* del 2009, come già detto, nonché *Honeywell* del 2010. In quest'ultimo caso il *Bundesverfassungsgericht* rivendica, in particolare, la propria competenza a sottoporre gli atti dell'Unione ad una duplice verifica, vale a dire a un controllo *ultra vires* – con riguardo al principio di attribuzione e dunque alle norme di competenza stabilite nei Trattati – nonché a un controllo di “identità” rispetto al nucleo indeffettibile della Legge Fondamentale²⁶⁰. Se, perciò, a condizione di un bilanciamento tra gli «obiettivi di interesse pubblico dell'ordinamento giuridico comunitario con la garanzia del contenuto essenziale dei diritti fondamentali» e della «effettività» della loro tutela²⁶¹, non sarebbe più intervenuto, come affermato anche nel 2000 con la nota sentenza sul “mercato delle banane”, per controllare il diritto comunitario alla luce dello *standard* dei diritti fondamentali costituzionali, il *Bundesver-*

²⁵⁹ Per riprendere un'espressione di G. LATTANZI, *Dialogo tra le Corti e il caso Taricco*, in L.-A. Sicilianos Iulia, A. Motoc, R. Spano, R. Chenal (a cura di), *Regards croisés sur la protection nationale et internationale des droits de l'homme / Intersecting Views on National and International Human Rights Protection. Liber Amicorum Guido Raimondi*, WLF, 2019, 420 ss.

²⁶⁰ V., in merito, anche A. ANZON, *La Corte costituzionale è ferma sui "controlimiti", ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in OsservatorioAIC, 2017, 8

²⁶¹ BVerfGE, 102, 147, *Bananenmarktordnung*, 7 giugno 2000, par. 58.

fassungsgericht si riserva comunque di esercitare il proprio controllo, attivato mediante ricorso costituzionale, in alcuni casi. Pur ribadendo di trovarsi in piena collaborazione con la Corte di giustizia europea, «completandosi a vicenda»²⁶², il Tribunale costituzionale dichiara di non potersi sottrarre dall'esprimersi allorché il ricorrente dimostri che la tutela è scesa sotto lo «*standard* minimo essenziale dei diritti fondamentali»²⁶³ oppure quando ricorrano «severi requisiti di motivazione»²⁶⁴, come sostenuto in altra sentenza del 2017, rispetto ai diritti fondamentali del *Grundgesetz*, lasciati «dormienti e attivi» a cospetto del diritto europeo.

Oltre a queste sentenze in cui si cerca, in definitiva, di verificare, con un orientamento che muta nel tempo, soprattutto se il diritto europeo è compatibile con lo standard/limite di protezione dei diritti fondamentali della Costituzione tedesca, assumono rilievo anche altre pronunce, più recenti, ove la preoccupazione si va spostando su altri limiti: in queste ipotesi la concezione del giudice costituzionale tedesco, quanto ai rapporti tra fonti, viene riportata ad una visione non più gerarchica ma della competenza, volendosi assicurare, conseguentemente, una maggiore stabilità al diritto costituzionale interno a discapito di quello esterno europeo. Secondo una dottrina già affermata proprio nella sentenza *Lissabon* ma che nella pronuncia del 2010 appare più «equilibrata»²⁶⁵ quanto meno rispetto all'*ultra vires*, il sindacato appare invero teso a verificare, tra l'altro, anche se gli atti delle istituzioni e degli organi europei sono fondati su un «palese superamento delle competenze o sull'esercizio di competenze nell'ambito non trasferibile dell'identità costituzionale»²⁶⁶,

²⁶² BVerfGE 89, 155, cit., par. 80.

²⁶³ BVerfGE, 102, 147, cit.

²⁶⁴ BVerfGE 276/17, 6 novembre 2019, par. 48.

²⁶⁵ Così, C. CALLIESS, *Constitutional identity in Germany: one of three or three in one?* in C. Calliess, G. van der Schyff (a cura di), *Constitutional identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, 2020, 170 ss. Il testo contiene un'ottima ricostruzione anche delle diverse pronunce adottate nel tempo dal Tribunale costituzionale federale tedesco.

²⁶⁶ BVerfGE 126, 286, *Ultra-vires-Kontrolle Honeywell*, 6 luglio 2010, 55. Sulla pronuncia e sul ricorso alla competenza tra fonti, in tono critico, si rinvia, in particolare, a M. TOBIAS, *Die dreidimensionale Reservekompetenz des BVerfG im Europarecht. Von der Solange-Rechtsprechung zum Honeywell-Beschluss*, in JA, 2012, 515.

avendo gli Stati membri trasferito solo «poteri sovrani limitati»²⁶⁷. Qui tuttavia, l'esplicita assenza di volontà di ledere il «principio sovranazionale dell'integrazione» e il conseguente controllo *ultra vires* da effettuarsi «con moderazione»²⁶⁸, almeno in questi primi passi nel monitoraggio, spinge il Tribunale costituzionale federale tedesco ad elaborare il criterio più restrittivo della «violazione sufficientemente grave»²⁶⁹ per attivare il contrasto tra le due Corti per ragioni *ultra vires*, di cui risulta tuttavia non ancora chiaro il legame con l'art. 79, c. 3 GG²⁷⁰. Ciò nella consapevolezza che il «primato del diritto comunitario o dell'Unione», non può garantire uno degli «elementi essenziali del principio dello stato di diritto» quale è la «certezza del diritto»²⁷¹, principio cardine compromesso, ad avviso del *Bundesverfassungsgericht*, non solo allorché la legge è dichiarata retroattivamente invalida dal Tribunale costituzionale federale ma anche dalla dichiarazione retroattiva della sua inapplicabilità da parte della Corte di giustizia. La giurisprudenza costituzionale tedesca sempre più va evolvendosi nel senso dell'affermazione di limiti costituzionali a favore di una maggiore certezza del diritto interno.

In questo senso il giudice delle leggi tedesco va così fermamente sostenendo, in particolare in una delle quattro pronunce relative alla crisi dell'euro, che il legislatore, nel rivedere l'art. 23 del *Grundgesetz*, ha voluto chiarire come il mandato diretto a sviluppare l'Unione europea sia in ogni caso «vincolato al rispetto permanente di determinati requisiti strutturali costituzionali (art. 23, c. 1, GG)»²⁷², quali quelli relativi ai principi democratici, costituzionali, sociali e federali nonché al principio di sussidiarietà e alla tutela dei diritti fondamentali. L'art. 79,

²⁶⁷ BVerfGE 126, 286, cit., 65. Sul punto, v. F. C. MAYER, M. WALTER, *Die Europarechtsfreundlichkeit des BVerfG nach dem Honeywell-Beschluss*, in *Jura* 2011, 532 ss.

²⁶⁸ BVerfGE 126, 286, cit., par. 66

²⁶⁹ BVerfGE 126, 286, cit., par. 71

²⁷⁰ Cfr. M. LUDWIGS E P. SIKORA, *Der Zweite Senat zwischen Selbstbehauptung und Kooperation – Das OMT-Urteil des BVerfG, vom 21. 6. 2016* in *EWs*, 4/2016, in particolare 219, laddove si osserva che dalla precedente giurisprudenza della Corte costituzionale non era possibile «dedurre alcun legame stretto tra il controllo *ultra vires* e l'art. 79, 3 c., del *Grundgesetz*».

²⁷¹ BVerfGE 126, 286, cit., par. 81.

²⁷² BVerfGE 129, 124, *EFS*, 7 settembre 2011, par. 101, relativo al Fondo europeo di stabilità finanziaria.

c. 3, GG, in combinato con l'art. 23, c. 1, GG, pone un «limite assoluto per proteggere l'identità della Costituzione», che non può essere superato «salvo nei casi di minaccia di presa del potere totalitaria»²⁷³. La garanzia permanente ed effettiva di alcuni diritti fondamentali, in quanto indispensabili soprattutto per il funzionamento della democrazia e dell'ordine costituzionale²⁷⁴ il cui *deficit*, come affermato da lungo tempo dalla giurisprudenza costituzionale tedesca, provoca una lesione di quella identità costituzionale della legge fondamentale «al di fuori della portata sia della revisione costituzionale (*verfassungsänderungsfest*) (art. 79, c. 3 GG) sia dell'integrazione europea (*integrationsfest*)»²⁷⁵, va sempre più collegandosi al controllo *ultra vires*. Quest'ultimo diviene così, in qualche modo, un'espressione particolare della riserva generale di identità, ovvero un «caso speciale di applicazione della tutela generale dell'identità costituzionale»²⁷⁶. In quest'ottica, entrambe le riserve sembrano derivare dall'art. 79, c. 3, GG, quale limite costituzionale o meglio controlimite, sia pure continuando a restare procedure autonome: il controllo di identità rimane distinto dal sindacato *ultra vires*, quest'ultimo volto specificamente a verificare se gli atti europei superano i limiti dell'integrazione europea democraticamente legittimata ai sensi dell'art. 23, c. 1, GG in modo «manifesto e strutturalmente significativo»²⁷⁷, violando il principio della sovranità popolare.

È del resto alla luce di questo ragionamento che il Tribunale costituzionale federale tedesco, in un dialogo con la Corte di Giustizia UE, nel suo primo rinvio pregiudiziale, ha avvertito, in maniera più ferma che in passato, che esisteva la possibilità che lo stesso Tribunale

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ Spec., in merito, M. HERDEGEN, *Art. 79*, in T. MAUNZ, G. DÜRING, cit., 125.

²⁷⁵ Cfr. 2 BvR 2728/13, cit., par. 121.

²⁷⁶ Ancora, 2 BvR 2728/13, cit., laddove si afferma al par. 153 che se è vero che il «controllo dell'identità da un lato e il controllo *ultra vires* dall'altro coesistono come procedure di verifica indipendenti», giacché «eccessi di competenza sufficientemente qualificati incidono anche sull'identità della Costituzione (cfr. paragrafi 121 e segg.), il controllo *ultra vires* rappresenta un caso speciale di applicazione della tutela generale dell'identità costituzionale da parte della Corte costituzionale federale». V., sul punto anche, M. LUDWIGS, P. SIKORA, cit., 219

²⁷⁷ 2 BvR 2728/13, cit., 157.

avrebbe potuto dichiarare norme di diritto europeo "*ultra vires*", per violazione del principio di identità costituzionale, ritenendole inapplicabili nell'ordinamento tedesco²⁷⁸. Nel percorso che l'ha poi portato effettivamente a tale dichiarazione (in particolare rispetto a una decisione della BCE, convalidata dalla Corte di giustizia), invocando la "clausola di eternità" ex art. 79, c. 3 GG, di cui si dirà, e i principi in esso tutelati, il *Bundesverfassungsgericht* arriva così a riaffermare la prevalente tutela della sovranità costituzionale del popolo, secondo un orientamento già espresso in precedenza: in particolare si rileva la violazione della «legittimazione democratica del potere pubblico esercitato in Germania dal popolo» da intendersi come «parte essenziale del principio della sovranità popolare» e costituente perciò «identità costituzionale della Legge fondamentale», che si pone, in quanto tale, come affermato anche in una recente pronuncia, «al di fuori della portata dell'integrazione europea» ai sensi dell'art. 23, c. 1, GG in combinato con l'art. 79, c. 3, GG²⁷⁹.

Nei decenni di giurisprudenza, il *Bundesverfassungsgericht* ha in tal modo sviluppato e affinato quella che la dottrina tedesca chiama la

²⁷⁸ Il BVerfG, con un rinvio pregiudiziale del 18 luglio 2017, aveva chiesto alla Corte di giustizia di stabilire se la Banca centrale europea, con le decisioni contestate, avesse violato il divieto di finanziamento monetario ex art. 123 TFUE e, nel contempo, leso la sfera di sovranità di cui gli Stati membri dispongono con riguardo alle scelte di politica economica e di bilancio. La CGUE, con sentenza dell'11 dicembre 2018 (CGUE, 11 dicembre 2018, causa C-493/17, *Weiss*), aveva escluso la sussistenza dei profili di illegittimità prospettati dal giudice *a quo*, ritenendo che il Programma di acquisto dei titoli di stato non violi il divieto di finanziamento monetario (art. 123 TFUE) e non ecceda le competenze della BCE. Con la sentenza del 5 maggio 2020, se anche il BVerfG ha riconosciuto che il Programma della BCE non viola il divieto di finanziamento monetario, lo vede tuttavia poi in posizione contraria alla pronuncia della Corte di Giustizia, quanto all'*ultra vires* (avendo superato i limiti dei suoi poteri, per violazione del principio di attribuzione (art. 5, § 1, TUE) e non vincolante.

²⁷⁹ BVerfGE, sentenza 5 maggio 2020, n. 2 BvR 859/15, par. 101. Su questa pronuncia, sull'*ultra vires* e l'identità come parametri della giurisprudenza costituzionale tedesca, sviluppati in un lungo e complesso percorso, si rinvia a R. PRACHT, *Residualkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts: ultra vires, Solange II, Verfassungsidentität*, 2022. Anche in dottrina italiana è stata diffusamente commentata e talora criticata. Per una ricostruzione della vicenda a commento della pronuncia, con ampia dottrina ivi citata, V. DONATI F., *La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020 sul PSPP: quale impatto sul processo di integrazione europea?* in *Eurojus*, 2020, 172.

«triade delle riserve»²⁸⁰ giacché attinenti non solo alla salvaguardia dei diritti fondamentali e al rispetto dell'identità costituzionale ma anche alla tutela delle competenze (*ultra vires*), non “autorizzando” la legge fondamentale gli organi statali a trasferire in ogni caso le competenze all'Unione. Quest'ultimo parametro, rilevante ai fini della valutazione della compatibilità²⁸¹, al pari degli altri due, ha tuttavia effetti, laddove lesivo, che possono rivelarsi più forti. L'*ultra vires*, stante l'atto dell'Unione europea che superi i limiti costituzionalmente previsti, se, come negli altri due controlimiti, non partecipa «al primato dell'applicazione del diritto UE»²⁸², a differenza specificamente della identità costituzionale nazionale relativa solo al «rapporto bilaterale»²⁸³ tra l'ordinamento giuridico di un singolo Stato membro e l'ordinamento giuridico dell'UE, riguarda il diritto dell'UE nei confronti di tutti gli ordinamenti degli Stati membri.

4.2. *Le fonti europee e le carte costituzionali spagnola e lusitana.*

Anche la Costituzione lusitana, come si diceva, detta puntuali disposizioni in merito al rapporto tra fonti interne ed europee a seguito soprattutto di revisioni costituzionali. Il percorso riformatore sembra in questo caso tuttavia alquanto complesso.

Il testo costituzionale portoghese contiene oggi diverse forme di integrazione relative alle norme “altre” nell'ordinamento interno portoghese, vedendo esso varie modifiche nel tempo, pur senza comportare trasformazioni dell'identità costituzionale del Portogallo che sembra rimanere tutto sommato la stessa, a parere di qualche studioso addirittura mostrandosi rafforzata²⁸⁴. Conseguentemente anche la disciplina

²⁸⁰ R. PRACHT, *Residualkompetenzen*, cit., 10

²⁸¹ V., BVerfGE 75, 223, 23, *Kloppenburger Order* nonché BVerfGE 89, 155, cit., 188 e BVerfGE 123, 267, cit., 302.

²⁸² 2 BvR 859/15, cit., par. 234.

²⁸³ Così F.C. MAYER, *To Boldly Go Where No Court Has Gone Before. The German Federal Constitutional Court's ultra vires Decision of May 5, 2020*, in *German Law Journal*. 2020, 1116 ss.

²⁸⁴ Così, in definitiva, nella misura in cui la revisione costituzionale conserva i suoi principi strutturali (Stato di diritto, democrazia, solidarietà) e i diritti fondamentali che caratterizzano il testo, J. MIRANDA, *A originalidade e as principais características da*

(e interpretazione) dei rapporti tra ordinamento europeo e interno è variata, anche notevolmente, nel tempo. In aggiunta alle disposizioni generali sul diritto internazionale si introducono espresse norme tese ad agevolare il processo di costruzione e rafforzamento dell'Unione europea: oltre a una revisione dell'art. 8 al comma 3, Cost. nel 1989²⁸⁵, si è introdotto invero, con la revisione costituzionale del 1992²⁸⁶, il comma 6 dell'art. 7, Cost. relativo alle condizioni in base alle quali il Portogallo, in reciprocità e «nel rispetto del principio di sussidiarietà», può accettare di esercitare congiuntamente i poteri necessari per la costruzione dell'Unione europea, poi modificato tuttavia successivamente, insieme al comma 7 dello stesso art. 7, Cost. nel 2001²⁸⁷ per arrivare alla modifica di cui si dirà nel 2004 che pure ha consentito un cambio di passo importante nella giurisprudenza costituzionale lusitana. Finché tuttavia non è intervenuta quest'ultima riforma, il riferimento ai fini del processo di integrazione europea ai soli commi 1 e 2, Cost. dell'art. 8 Cost. è sembrato tradursi, come osservato dalla dottrina lusitana in tono critico²⁸⁸, nell'accoglimento in maniera implicita, quanto al rapporto tra fonti, del principio del primato del diritto dell'Unione europea sul diritto interno, senza alcuna eccezione. Dal dettato costituzionale sembrava emergere un riconoscimento gerarchico superiore al diritto eurounitario, a cui si è inteso perciò accordare maggiore stabilità a discapito del diritto interno. Questa visione risulta altresì, in qualche modo, dalla giurisprudenza costituzionale lusitana, seppure non sempre sembri essere accolta nel senso tradizionale, quale affer-

Constituição Portuguesa", in *Cuestiones Constitucionales*, 2007, 278. In senso in parte contraria, v. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., 203 laddove si afferma che «nel complesso, i compromessi costituzionali hanno reso possibile un progetto costituzionale che è servito a risolvere in modo ragionevole i problemi legati a pluralismo politico, la complessità sociale e la democrazia conflittuale».

²⁸⁵ Legge Costituzionale n. 1/89, 8 giugno.

²⁸⁶ Legge Costituzionale n. 1/92, 25 novembre. Una buona e approfondita analisi di questa riforma, in dottrina italiana, è lo studio di G. VAGLI, *Relazioni tra ordinamento portoghese e Trattato sull'Unione Europea: problematiche e soluzioni della revisione costituzionale del 1992*, in *Quad. cost.*, 1997, 495.

²⁸⁷ Legge Costituzionale n. 1/2001, 20 novembre.

²⁸⁸ V., in merito, J. J. GOMES CANOTILHO, V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, 251.

mata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, fondata sull'autonomia e sull'uniformità assoluta del diritto comunitario. In ogni caso, alla luce della propria Costituzione, il *Tribunal constitucional*, a differenza delle altre corti nazionali supreme, non sembra aver sviluppato, per lungo tempo, una storia particolarmente importante quanto agli eventuali limiti costituzionali.

Il giudice costituzionale del Portogallo non assume mai una posizione fortemente critica rispetto al processo di integrazione comunitario, ponendosi al contrario, sin da subito, già qualche anno dopo l'adesione alla Comunità europea nel 1986, come un giudice che, più di altre corti costituzionali, si è mostrato aperto, almeno sul piano teorico²⁸⁹, al dialogo con la Corte delle Comunità a cui esso stesso avrebbe potuto sollevare, se del caso, una «questione preliminare di interpretazione»²⁹⁰. In questa visione, in linea peraltro con la Costituzione, di stretta di integrazione tra ordinamenti, che non sembra affatto «mettere in discussione la concezione gerarchica del diritto»²⁹¹ e che guarda alla Corte europea come ad una giurisdizione dotata di competenza esclusiva specificamente tesa a garantire «l'applicazione uniforme e la prevalenza delle sue norme»²⁹², il *Tribunal constitucional* ha rifiutato perciò il controllo del diritto comunitario derivato. L'idea del «primato» del diritto esterno intesa come superiorità gerarchica delle norme di diritto sovranazionale sul diritto interno quale sembra derivare dall'art. 8, in particolare c. 3 Cost., per il diritto derivato, nonché c. 2 Cost., per il diritto convenzionale²⁹³, sembra in tal modo avvalorata. In quest'ottica il giudice costituzionale, in altre ipotesi, ancora, non limitandosi a distinguere, come in alcune pronunce, tra violazione diretta di una norma o un principio contenuto nella costituzione, e casi in cui tale violazione si verifica indirettamente²⁹⁴, ha invocato la clauso-

²⁸⁹ Così A.M. GUERRA MARTINS – M. PRATA ROQUE, *A tutela multinível dos direitos fundamentais*, relazione portoghese alla XVI Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali spagnola, italiana e portoghese, 2014, 43 ss. in *tribunalconstitucional.pt*.

²⁹⁰ TC n. 163/1990, del 23 maggio, p. 13.

²⁹¹ Così, in dottrina, M. POIARES MADURO, *O superavit democrático europeu*, in *Análise Social*, 2001, 144 ss.

²⁹² TC n. 621/1998, del 3 novembre, p. 11.

²⁹³ V., in merito, anche M. L. AMARAL, *A Forma da República*, Coimbra, 2012, p. 415.

²⁹⁴ TC n. 277/92, 14 luglio, p. 10.

la costituzionale di cui all'art. 8, c. 1 e 2, Cost. posta a consacrazione del principio della "ricezione generale automatica" delle norme di diritto internazionale convenzionale nel diritto domestico e delle conseguenze che ne derivano. Tale clausola, determinando la recezione del diritto comunitario nella sua «complessità» inclusi i «meccanismi istituzionali che mirano specificamente a garantirne l'applicazione»²⁹⁵, richiede, nel caso di conflitto tra norme, il ricorso al "rinvio pregiudiziale" innanzi alla Corte di Giustizia ed esclude che la «qualificazione dell'incompatibilità del diritto interno con il diritto comunitario» possa configurarsi come situazione di «incostituzionalità la cui valutazione compete al Tribunale costituzionale»²⁹⁶. Come nel caso francese anche in questa ipotesi, sia pure per ragioni diverse sin qui viste compresa quella della presenza di un sistema di tipo misto che non vede il *Tribunal constitucional* unico giudice della legittimità costituzionale, non è risultato frequente il riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia nelle decisioni del Tribunale costituzionale lusitano. Quest'ultimo, ritraendosi per lungo tempo, come detto, dall'intervenire su questioni relative al diritto comunitario, non ha prodotto ampia giurisprudenza in tema di rapporti tra fonti, finendo con il lasciare emergere una visione «nettamente favorevole alla cooperazione giuridica internazionale, che si allontana da una posizione strettamente nazionalista»²⁹⁷, quale è quella legata alle competenze, per facilitare l'efficacia e la stabilità degli impegni internazionali e sovranazionali assunti nel diritto interno.

Questo è senza dubbio sino ai primi anni del nuovo secolo.

Successivamente anche l'orientamento giurisprudenziale lusitano sembra andare modificandosi.

Con la revisione costituzionale del 2004²⁹⁸, la sesta revisione costituzionale adottata, sono state introdotte, anche alla luce della propria giurisprudenza e quella degli altri ordinamenti, due nuove disposizioni

²⁹⁵ TC n. 621/1998, cit. Il Tribunale cita qui, allo stesso punto, la dottrina portoghese e in particolare J.M. CARDOSO DA COSTA, *O Tribunal Constitucional português e o Tribunal de Justiça das Comunidades europeias*, in AA. VV., *Ab Uno Ad Omnes*, 75 anos da Coimbra Editora, 1920-1995, Coimbra, 1998, 1363 ss.

²⁹⁶ TC n. 621/1998, del 3 novembre, p. 11.

²⁹⁷ V., in merito, J.M. CARDOSO DA COSTA, cit, 1366.

²⁹⁸ Legge Costituzionale n. 1/2004, 24 giugno.

costituzionali tese a definire in maniera più chiara i rapporti tra il diritto eurounitario e il diritto interno portoghese, aiutando, al contempo, anche il *Tribunal Constitucional* a meglio comprenderli. Oltre all'art. 7, c. 6, Cost., dedicato alle relazioni internazionali e alla «cooperazione» nel processo di integrazione europeo, è in particolare la norma di cui al comma 4 dell'art. 8, Cost. che si mostra decisamente rilevante ai fini dei termini in cui l'esercizio dei poteri del processo di integrazione europea possono essere definiti. Qui se si prevede che «le disposizioni dei Trattati europei e le norme emanate dalle sue istituzioni nell'esercizio delle rispettive competenze sono applicabili nell'ordinamento interno» (art. 8, c. 4), ciò non sembra avvenire senza limiti, a detta dello stesso *Tribunal Constitucional*, come meglio si dirà, avendoli il legislatore costituzionale stesso previsti testualmente all'art. 8, c. 4.

Si va in tal modo affermando, dalla revisione costituzionale in poi, non senza critiche da parte di diversi studiosi che non ritengono la disposizione così chiara quanto alla definizione del rapporto tra fonti²⁹⁹, che l'applicazione del diritto sovranazionale nell'ordinamento interno deve essere sì realizzata «nei termini definiti dal diritto stesso dell'Unione», ma altresì «nel rispetto dei principi fondamentali dello Stato di diritto democratico di cui all'art. 8, c. 2 Cost.»³⁰⁰. In quest'ottica, ovvero, secondo l'idea della tutela dello stato di diritto quale espressamente sancito anche all'art. 2 Cost., il giudice delle leggi lusitano può finalmente invocare i controlimiti, altrove tanto richiamati. Se si proclama, per la prima volta³⁰¹, la «dimensione del principio del primato», corrispondente al confronto delle norme interne di diritto ordinario – dette, riprendendo come vedremo l'idea spagnola – «infra-costituzionali» degli Stati membri con il diritto dell'UE, quale trova inequivocabile espressione nell'art. 8, c. 4 Cost., non si può tuttavia accettare tale principio in termini assoluti, dovendo porsi dei limiti.

²⁹⁹ Così, M. DE FÁTIMA PACHECO, *op. ult. cit.*, 3.

³⁰⁰ TC TC 422/2020, 15 luglio 2020, p. 2.5.1.

³⁰¹ Lo sottolinea, a commento della decisione TC 422/2020, C. SANTOS BOTELHO, *O lugar da Constituição portuguesa no constitucionalismo transconstitucional contemporâneo – A propósito de um subsídio à exportação*, in R. COSTA (coord.), *Direito das Empresas – Reflexões e Decisões*, Coimbra, 2022, 345 ss.

La Costituzione del Portogallo, in questa nuova fase, sembra tornare ad essere, sia pure solo in alcuni casi, quando, cioè, entrano in azione le eccezioni-controlimiti, la fonte al “vertice” della gerarchia delle fonti cui va assicurata stabilità anche rispetto al processo di integrazione europea, come pure sosteneva da lungo tempo parte della dottrina anche prima della riforma costituzionale³⁰².

Va cambiando, con questa visione, come si anticipava, la concezione del primato del diritto europeo.

La norma costituzionale portoghese di cui specificamente al comma 2 dell'art. 8 Cost., continua ad essere intesa come disposizione che, nello stabilire la validità nell'ordinamento giuridico interno delle norme internazionali così come anche di quelle europee, autorizza costituzionalmente la prevalenza del diritto dell'Unione ma ciò, si precisa in una pronuncia del 2013³⁰³, sull'esempio francese, come già visto, soltanto nelle materie di sua competenza, quale conseguenza naturale della natura auto-vincolante dello Stato. Seguendo questa via il *Tribunal Constitucional* compie un ulteriore passo verso il controllo e, in un giudizio di conformità ai principi costituzionali di una norma di diritto derivato dell'Unione europea del 2020, piuttosto che ritrarsi da valutazioni di costituzionalità rinnegando la propria competenza, afferma che può ben essere chiamata a giudicare e respingere l'applicazione di una norma di diritto eurounitario: ciò sia pure solo quando la disposizione comunitaria, alla luce della norma di cui all'art. 8, c. 4 da intendersi in termini “restrittivi”³⁰⁴, sia incompatibile con un principio fondamentale dello Stato democratico. Finalmente giunge così a prendere

³⁰² V. C. ALVES, *Sobre o possível efeito directo das directivas comunitárias*, in *Revista de Direito e Economia*, n. 9, 1983, 214. Sostiene, invece, la natura “sovracostituzionale” del diritto UE, implicitamente stabilito dall'art. 8, c. 3, cost., con la decisione di aderire ad altri ordinamenti, A. GONÇALVES PEREIRA, F. QUADROS, *Manual de direito internacional público*, Coimbra, 1993, 130.

³⁰³ TC 187/2013, cit., laddove al par. 29 il Tribunale sostiene che “come affermato anche nella sentenza n. 353/2012, tali «memorandum sono vincolanti per lo Stato portoghese, nella misura in cui si basano su strumenti giuridici – i Trattati istitutivi delle entità internazionali che vi hanno partecipato e di cui il Portogallo è parte – di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea, riconosciuti dalla Costituzione, fin dall'inizio nell'articolo 8, comma 2”.

³⁰⁴ TC 422/2020, cit.

una posizione chiara ed esplicita sul principio del primato del diritto UE e sulla conseguente esclusività del controllo della sua validità da parte della Corte di Giustizia, precisando i casi, i presupposti nonché soprattutto i “limiti” affinché gli sia possibile giudicare della conformità del diritto eurounitario alla Costituzione portoghese.

Nel soffermarsi sulle “particolarità” del caso portoghese, da cui emerge l’esistenza di una «chiara opzione del legislatore costituzionale di accettare il primato pressoché nella sua piena portata con le conseguenze affermate dalla CGUE»³⁰⁵ (sottolineato della sentenza), di cui alla prima parte dell’art. 8, c. 1, il Tribunale costituzionale portoghese sembra accogliere tuttavia, al contempo, quell’affermazione della dottrina, tedesca e italiana, nella stessa pronuncia citata, relativa all’esistenza di un «confine» tra i due piani di incidenza del controllo costituzionale che coesistono nel comma 4 dell’art. 8 Cost, come visto: questo confine porta così, negli specifici casi di lesione dei diritti e principi fondamentali, a non consentire che possa operare quella «immunità dal sistema costituzionale di controllo di costituzionalità»³⁰⁶, tipica del principio del primato del diritto UE. In questo modo anche in questo ordinamento si va asserendo che, rispetto alla tutela dei limiti stabiliti dalla Costituzione portoghese all’applicabilità del diritto dell’Unione europea nell’ordinamento interno, la «parola finale non può che essere riservata al Tribunale costituzionale»³⁰⁷, vale a dire, secondo l’art. 221 Cost., al «Tribunale specificamente incaricato di amministrare la giustizia nelle questioni di natura giuridico-costituzionale».

Il principio del primato, che pure continua ad essere sostenuto anche in questa nuova fase, e addirittura proclamato a chiare lettere, non appare più inteso in senso così assoluto e rigido, secondo un’impostazione monista dei rapporti tra ordinamenti, andandosi al

³⁰⁵ TC 442/2020, cit. 2.6.3. In termini critici, su questo punto, v. R. MEDEIROS, *The primacy of European Union law over the Portuguese constitution according to the constitutional court – comment on constitutional court judgment no. 422/2020*, in *Católica Law Review*, 2021, 120.

³⁰⁶ J. CANOTILHO, V. MOREIRA, *CRP. Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2007 p. 270.

³⁰⁷ R. MEDEIROS, *A Constituição Portuguesa Num Contexto Global*, Lisbona, 2015, 389 come citato dalla stessa pronuncia al punto 2.6.2.2

contrario a sottolineare, del diritto dell'unione europea, «la sua autonomia rispetto all'ordinamento giuridico interno», laddove neanche quest'ultimo è influenzato, «in termini di validità, dalle norme europee»³⁰⁸. L'ordinamento giuridico europeo, ci dice ancora il giudice costituzionale lusitano in una pronuncia molto recente, si deve collocare in uno «spazio di interazione tra il piano internazionale e il piano costituzionale»³⁰⁹.

Alla luce di ciò, come in altri ordinamenti, anche in questo sistema si sostiene la distinzione, discutibile, tra primato delle fonti e primato sul piano dell'applicazione. Sarebbe questo primato applicativo del diritto UE, in una logica talvolta anche di cooperazione tra ordinamenti³¹⁰ e non solo di competizione, attraverso un dialogo tendenzialmente «costruttivo»³¹¹ tra Corti, a rilevare pur incontrando i limiti dei valori fondamentali della Costituzione³¹². Il principio dell'autonomia del diritto dell'Unione europea si concretizzerebbe, secondo il Tribunale costituzionale lusitano, nell'esistenza, a livello europeo, «di meccanismi propri di interpretazione, controllo e applicazione»³¹³ che nulla hanno a che vedere, sostiene parte della dottrina, con il «paradigma piramidale»³¹⁴. L'eventuale conflitto non porta perciò, afferma lo stesso *Tribunal Constitucional*, alla nullità o all'abrogazione delle norme nazionale ma deve essere risolta a «livello di efficacia»³¹⁵. In definitiva, anche qui, come negli altri ordinamenti europei, incluso quello italiano, la *primauté* del diritto dell'Unione rispetto al diritto nazionale non è intesa come prevalenza gerarchica o di validità, ma come una priorità nell'applicazione che non comporta la caducazione della norma con-

³⁰⁸ TC 268/2022, 19 aprile 2022, p. 8.1.

³⁰⁹ TC 198/2023, 18 aprile 2023, p. 8.

³¹⁰ In tal senso, v. M. L. DUARTE, *A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados membros*, Lisbona, 1997, 689 ss.

³¹¹ Così M. J. RANGEL de Mesquita, *Introdução ao Contencioso da União Europeia*, Coimbra, 2018, 279.

³¹² M. RODRIGUES CANOTILHO, cit., 120.

³¹³ TC 268/2022, cit., par. 8.1

³¹⁴ Così N. PIÇARRA, *A justiça constitucional da União Europeia*, in AA.VV., *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Lisbona, 2006, 479.

³¹⁵ TC 268/2022, cit., par. 8.1

fliggente. Questa idea che vede la norma (esterna) dotata di una certa stabilità sul piano applicativo/efficacia meno sotto il profilo della validità, in concorrenza con quella interna, non sembra tuttavia favorire la “certezza del diritto” intesa come certezza oggettiva relativa all’attuazione di una procedura specificamente prestabilita dal sistema costituzionale ai fini della legittima produzione e modifica, in un certo periodo temporale, delle disposizioni normative, accordando un certo “grado” di stabilità alla norma stessa e alla sua efficacia.

Si vanno affermando peraltro, contestualmente, come si diceva, anche i controlimiti costituzionali.

In virtù proprio del novellato art. 8, c. 4, il *Tribunal constitucional* giunge così persino a ritenere incostituzionali norme attuative di impegni europei per violazione in particolare del principio di proporzionalità ritenuto implicito nello stesso art. 2 Cost.³¹⁶. Si sostiene che, a fronte di normativa adottata in attuazione degli impegni assunti dal Portogallo, nel quadro dell’assistenza finanziaria concordata nell’ambito dell’Unione Europea nel 2011, la necessità dell’efficacia delle misure adottate per fronteggiare la situazione di grave difficoltà economica non può costituire una valida ragione «per esentare il legislatore dall’assoggettamento ai diritti fondamentali e ai principi strutturanti dello Stato di diritto, in particolare a parametri quali il principio di uguaglianza proporzionale».

Principi come quello dell’uguaglianza sono particolarmente tutelati dalla Costituzione e il *Tribunal constitucional* «deve farli rispettare»³¹⁷ in ogni caso, compreso quello relativo al rapporto con le norme UE: se l’art. 8 Cost., costituisce l’accettazione del primato del diritto dell’Unione europea, il suo comma 4, pone «un’eccezione (una deroga) alla limitazione»³¹⁸, eccezione qualificata espressamente nella pronuncia del 2020 come «uno dei contro-limiti alla restrizione»³¹⁹, citan-

³¹⁶ TC 187/2013, cit.

³¹⁷ TC 352/2012, 5 luglio 2012, par. 5.

³¹⁸ TC 422/2020, cit., p. 2.6.2. Per un commento, sul punto, v. M. DE FÁTIMA Pacheco, *Revisitar a primazia do Direito da União Europeia no quadro das relações entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e os Tribunais Constitucionais – algumas considerações sobre o acórdão n.º 422/2020 do Tribunal Constitucional Português*, in *JusGov Research*, 2023.

³¹⁹ Espressamente definiti tali anche dalla dottrina lusitana e, in particolare, M.

dosi in merito la dottrina italiana, sviluppata a seguito della sentenza Frontini, ma anche i precedenti giurisprudenziali tedeschi, costituenti, insieme a quelli italiani, la «fonte ispiratrice»³²⁰. La formula “contro-limite”, sostiene il *Tribunal Constitucional* nella prima sentenza espressa in merito rimasta piuttosto isolata, assume un significato che presenta un «suggestivo parallelismo con il segmento finale del comma 4 dell'art. 8», segmento che serve a «derogare, a determinate condizioni, a tale primato»³²¹. La ricostruzione altresì della giurisprudenza tedesca, effettuata richiamando le pronunce *Solange I* e *Solange II*, porta il giudice costituzionale lusitano finalmente a invocare come limite, alla luce dell'interpretazione combinata dell'art. 8, c. 4 con il comma 6 dell'art. 7 Cost., gli «elementi caratteristici dell'identità costituzionale della Repubblica»³²² o, anche, «una materia in cui sono in discussione impegni costituzionali, la cui garanzia, per la loro essenzialità o particolarità può essere efficacemente assicurata solo dal custode della Costituzione»³²³. Quando questi limiti entrano in gioco si pone in discussione la possibilità stessa di «[...] concordare l'esercizio in comune, in cooperazione o da parte delle istituzioni dell'Unione dei poteri necessari alla costruzione e all'approfondimento dell'Unione Europea» di cui al c. 1 dell'art. 8³²⁴, trattandosi di limiti così rilevanti da far considerare addirittura “inalienabile” il potere di controllo ascrivibile alla giurisdizione della Corte costituzionale. Quest'ultimo si riappropria così di quello che la dottrina lusitana, citata dallo stesso giudice costituzionale lusitano, definisce «competenza della competenza»³²⁵.

Anche il Tribunale costituzionale portoghese, come le altre Corti supreme dei vari ordinamenti, non sembra più, per questa via, voler

CANOTILHO, *Os Tribunais Constitucionais Enquanto Atores Do Constitucionalismo Europeu*, 2023, in *cuatrilateral.tribunalconstitucional.es*.

³²⁰ TC 422/2020, cit., p. 2.5.1.

³²¹ TC 422/2020, cit., p. 2.5.1.

³²² TC 422/2020, cit., p. 2.6.2.

³²³ TC 422/2020, cit., p. 2.6.4.1

³²⁴ *Ibidem*

³²⁵ V., in merito, M. GALVÃO TELES, *A competência da competência do Tribunal Constitucional*, in AA.VV., *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coimbra, 1995, 111, laddove si definisce tale «la competenza a dichiarare se si è o meno competenti a decidere sulla competenza di altri tribunali.»

rinunciare al proprio potere di verifica e, seppure continua a respingere la possibilità di includere norme di diritto europeo nei parametri di incostituzionalità³²⁶, si va riservando sempre la questione della compatibilità quando in discussione è la tutela dei diritti e principi fondamentali.

Il *Tribunal constitucional* diviene in tal modo anch'esso attore giudiziario sempre più attivo nell'acceso dibattito sui rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno rispetto alla tutela dei diritti fondamentali nel processo di integrazione europeo, processo caratterizzato, come visto già peraltro nel caso tedesco, da più fasi. Ad una prima in cui si è riconosciuta l'estensione del principio di costituzionalità alle norme europee, è seguita infatti una seconda fase, sulla scia di quella precedente, che ha visto l'esclusione di un controllo *a priori*³²⁷ delle questioni riguardanti i diritti fondamentali così da autolimitare, sulla base di una presunzione di rispetto dei diritti fondamentali da parte delle norme UE, il potere di controllo del giudice costituzionale. In queste fasi la stabilità e certezza del diritto europeo gode, in questo ordinamento, di un grado relativamente buono, sia pure con il sacrificio del tribunale costituzionale al suo ruolo di garante della costituzione.

Il cambio di rotta nell'ultima fase, come avvenuto del resto in tutti gli ordinamenti europei, sia pure in periodi temporali non sempre coincidenti e per ora comunque nel caso lusitano non così radicale, risultando piuttosto rare le pronunce del giudice lusitano tese ad affermare controlimiti e dichiarare illegittimità, potrebbe rivelarsi importante allora anche ai fini della certezza del diritto costituzionale e al suo ritorno a quello locale-interno. Non solo non si esclude più la competenza della giurisdizione costituzionale in relazione al giudizio di conformità del diritto ue “[con] la Costituzione o [con] i principi in essa sanciti”, quale «zona di confine»³²⁸ della competenza del *Tribunal constitucional*, ma si vanno affermando l'esistenza di controlimiti costituzionali che la Corte costituzionale non può esimersi dal rilevare restando escluso il potere di controllo della Corte di giustizia: gli ambiti

³²⁶ Spec. anche 268/2022, cit., p. 8.1.

³²⁷ In merito, per la divisione in tre fasi, J. Miranda, *A constituição europeia e a ordem jurídica portuguesa*, in *Rev. jur. ministério público*, vol. 6, 2006, 19.

³²⁸ TC 442/2020, cit. par. 2.6.4

costituzionali interessati intesi come «valori costituzionali» vanno infatti oltre la convenzione dello «[...] esercizio, in comune, in cooperazione o da parte delle istituzioni dell'Unione, dei poteri necessari alla costruzione e all'approfondimento dell'Unione Europea»³²⁹.

Andando alle ultime due carte costituzionali, ovvero quella spagnola e italiana, queste, a differenza della legge fondamentale tedesca e lusitana, non dispongono nulla espressamente quanto al rapporto tra fonti e alla posizione del diritto dell'Unione europea nell'ordinamento giuridico nazionale, prevedendosi tutt'al più nel caso italiano, come si è detto e si vedrà, un vincolo esterno alla legislazione interna. Nello specifico caso spagnolo troveranno invece applicazione le disposizioni relative agli accordi internazionali di cui in particolare agli artt. 93 e 96 Cost. Alla luce di queste disposizioni, il giudice costituzionale spagnolo, come anche quello lusitano, ha mostrato una certa reticenza ad intervenire sulle questioni concernenti eventuali conflitti tra fonti, rivelando una posizione in qualche modo più «morbida»³³⁰ rispetto agli altri giudici costituzionali³³¹. Sulla base dell'idea che si tratta di ordinamenti giuridici che operano su piani diversi, potendosi aprire perciò difficilmente un conflitto tra essi³³², il *Tribunal Constitucional* spagnolo nega sin dalle sue prime sentenze la propria competenza a utilizzare il diritto comunitario come parametro di legittimità nei giudizi costituzionali, pur non mancando, sotto altro profilo legato all'interpretazione, dal ricorrere al diritto europeo e alla giurisprudenza della Corte di giustizia a livello argomentativo. Come già visto, l'art.

³²⁹ TC 442/2020, cit. par. 2.6.4.1

³³⁰ Di diverso avviso è invece, F. BALAGUER CALLEJÓN, *A relação dialética entre identidade constitucional nacional e europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu*, in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017, 113 laddove si sofferma soprattutto sull'identità costituzionale come controlimite.

³³¹ Per uno studio comparativo sull'applicazione del diritto comunitario in diversi paesi europei inclusa la Spagna, si può rinviare a J. TAJADURA e J. DE MIGUEL (a cura di), *Justicia Constitucional y Unión Europea: un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal, Cuadernos y Debates*, CEPC, Madrid, 2008.

³³² Così, in definitiva, S. ESTEVE, *La posición del Tribunal Constitucional español relativa a la posible contradicción entre el Derecho constitucional interno y el Derecho europeo*, in *Criterio Jurídico*, vol. 9, núm. 1, 2009, 39 ss.

10, c. 2, Cost., vuole espressamente che le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà sancite da Costituzione siano interpretate in maniera conforme alla «Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e ai trattati e alle convenzioni internazionali sulle stesse materie ratificati dalla Spagna». Il *Tribunal constitucional* iberico, seguendo in definitiva quell'idea tipica del principio primato del diritto UE che sottomette competenze tra giurisdizioni specifiche ai vari ambiti e livelli e quindi separate, mai completamente modificata sia pure con qualche ripensamento, come invece è accaduto nel caso del Portogallo, ha finito con lo escludere che il processo di integrazione europeo possa andare ad incidere direttamente sulla sua giurisdizione e sul suo mandato di garante della Costituzione che ha continuato a svolgere senza grandi sconvolgimenti³³³: l'art. 93 Cost. non ha del resto, ad avviso del giudice costituzionale, almeno sino alla pronuncia del 2004, alcuna valenza "sostanziale" e non ha conferito in alcun modo «rango e forza costituzionale alle norme del diritto comunitario europeo»³³⁴, sia esso originario o derivato.

A partire dalle prime pronunce adottate, a seguito dell'adesione della Spagna all'UE nel 1985, il giudice costituzionale spagnolo ha valutato così la compatibilità costituzionale del diritto eurounitario in un numero decisamente ridotto di casi e nell'ipotesi dei Trattati dell'UE solo in due occasioni, entrambe per volontà del governo, ovvero nel caso del Trattato di Maastricht del 1992 e del Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa nel 2004³³⁵, laddove, nel primo caso, solo per una lieve incompatibilità ha richiesto la modifica costituzionale³³⁶.

³³³ Cfr. anche X. ARZOZ, *Avoiding the rain or learning to dance in it: the hesitations of the Spanish Constitutional Court*, Preprints series, n. 1/2023, Center for European Studies Luis Ortega Álvarez and Jean Monnet Chair of European Administrative Law in Global Perspective, in *blog.uclm.es*.

³³⁴ STC, 14 febbraio 1991, n. 28, FJ 4.

³³⁵ Dichiarazione, 13 Dicembre 2004, n. 1. In tono critico, a commento, v. GC RODRÍGUEZ IGLESIAS, *No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea: la Declaración del Tribunal Constitucional*, in *Rev. der. com. eur.*, 2005, 5.

³³⁶ Dichiarazione, 1° luglio 1992, 1, allorché si afferma che il Trattato che istituisce la Comunità economica europea, come modificato dal Trattato sull'Unione europea, è contrario all'art. 13, c. 2 Cost. relativo all'attribuzione del diritto al suffragio

Ascrivendo alla norma costituzionale di cui all'art. 93 Cost. natura meramente «organico-procedurale»³³⁷, che si limita, cioè, a disciplinare le «modalità di conclusione» dei Trattati, quale fonte della loro «validità formale», il Tribunale costituzionale ha finito con l'escludere qui qualsiasi conflitto tra il diritto derivato dell'Unione europea e la Costituzione spagnola. In virtù di questa interpretazione, il *Tribunal Constitucional* ha perciò rifiutato, in caso di contrasto tra normativa nazionale e diritto comunitario, qualsiasi competenza a intervenire attraverso la questione di costituzionalità. Richiamandosi al principio del primato affermato dalla Corte di giustizia, trattandosi di verificare «solo l'adeguamento di una norma nazionale ad un'altra del diritto comunitario»³³⁸, ha riconosciuto il compito di risolvere il contrasto in capo ai giudici ordinari eventualmente mediati dalla Corte di Giustizia. Si sostiene, insomma, che l'eventuale violazione della normativa europea da parte delle leggi interne «non trasforma affatto in contrasto costituzionale ciò che non costituisce altro che un conflitto tra norme infra-costituzionali»³³⁹, risolubile, in quanto tale, innanzi non di certo al *Tribunal Constitucional*, garante della Costituzione e non già del primato del diritto europeo, bensì alla giurisdizione ordinaria. Alla luce di questo ragionamento, configurandosi il parametro per determinare la norma applicabile al caso in questione, nell'ipotesi di conflitto tra i due ordinamenti, come un limite non previsto dalla Costituzione, altrimenti sorgerebbe la competenza del Tribunale costituzionale, alcuni studiosi osservano che invece il conflitto non sarebbe da intendere come infra-costituzionale ma *extracostituzionale*³⁴⁰. Per la verità, il ra-

passivo nelle elezioni comunali ai cittadini dell'Unione Europea che non siano cittadini spagnoli. V., in merito, a commento G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *Tribunales Constitucionales y derecho comunitario*. In: *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, 1993, 1175.

³³⁷ STC 28/1991, cit., FJ 4, come ribadito STC, 9 Maggio 1994, n. 143, FJ 8.

³³⁸ STC, 13 dicembre 1993, n. 363, FJ 7.

³³⁹ STC 28/1991, cit., FJ 4.

³⁴⁰ Sul punto, in particolare ritenendo che sia corretto parlare di «conflicto extra-constitucional», E. L. PANIAGUA, *El principio de competencia como ordenador de las relaciones entre el Derecho de la Unión y los Derechos de los Estados miembros: el caso de España. El principio de primacía como principio procedimental*, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2011, 31 ss.

gionamento del *Tribunal Constitucional* si mostra poco lineare anche per altri versi.

Se inizialmente proclama il primato, parlando poi di conflitto tra norme infra-costituzionale e presupponendo in qualche modo un rapporto gerarchico, tuttavia escludendo l'applicazione del processo di *amparo* come altri processi costituzionali, giacché l'art. 93 Cost. non avrebbe attribuito alle norme del diritto comunitario «rango e forza costituzionale»³⁴¹, in seguito, in una pronuncia più recente, sostiene invece che il primato, che pure continua ad affermare, non si fonda sulla «gerarchia». Piuttosto ad operare sarebbe il criterio della «distinzione tra ambiti di *applicazione* di norme diverse» (corsivo nostro), per cui entrambe sono valide in linea di principio, ma solo una o alcune di esse hanno la «capacità di soppiantare altre in virtù della loro applicazione preferenziale o prevalente per ragioni diverse»³⁴², con la conseguenza ultima che il giudice ordinario, o anche la pubblica amministrazione, a seconda dei casi, deve applicare la norma prevalente e disapplicare l'altra norma anche se questa non è espunta dall'ordinamento. Questo scollamento tra validità ed efficacia determina, come nel caso lusitano, instabilità sotto il profilo della certezza oggettiva. Solo da un certo momento in poi, a partire dagli inizi del nuovo secolo infine, il *Tribunal Constitucional* pur continuando a rifiutare il ruolo di custode del primato del diritto comunitario europeo, ammette l'eccezione legata all'ipotesi di conflitto tra diritto europeo e diritto interno che implichi «una questione di diritti fondamentali tutelabili»³⁴³, nel qual caso tuttavia la decisione è da affrontare alla luce della costituzione spagnola.

Questa ricostruzione si mostra ben diversa da quella offerta dal giudice costituzionale italiano come meglio vedremo. La nostra Corte costituzionale non si sottrae da un eventuale controllo di legittimità costituzionale rispetto alla normativa europea, anche dotata di efficacia diretta, ma soltanto allorché come parametro di riferimento della violazione è la normativa costituzionale e in particolare l'art. 117, 1° c.,

³⁴¹ STC, 25 febbraio, 2002, n. 41, FJ 2.

³⁴² STC 2 luglio 2012, n. 145, FJ 4.

³⁴³ STC, 19 aprile 2004, n. 58, FJ 10.

e l'art. 11 Cost.³⁴⁴, proponendo nel caso di dubbio essa stessa un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Pur mostrandosi rispettosa del principio del primato, non rinuncia mai completamente, al pari del *Bundesverfassungsgericht*, al sindacato costituzionale del diritto comunitario come invece fa il *Tribunal constitucional* spagnolo e lusitano, tranne non mostrare in entrambi casi qualche cambiamento dal 2000 in poi tuttavia non costante nel tempo. Ciò anche se per molto tempo, tanto il giudice costituzionale italiano quanto quello tedesco, adottando la dottrina della tutela "equivalente", non hanno esercitato la propria giurisdizione nella misura in cui il diritto UE e la Corte di giustizia si mostravano in grado di garantire la tutela dei diritti fondamentali equivalente a quella del diritto interno. Il Tribunale costituzionale spagnolo, all'opposto, ha sempre escluso il proprio controllo, salvo non frequenti ammiccamenti a limiti costituzionali, giacché il diritto comunitario, a dire dello stesso giudice spagnolo che riprende le parole della Corte di Giustizia, costituisce un suo proprio ordinamento giuridico, "integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri"³⁴⁵ e vincola i suoi organi giurisdizionali lasciando fuori il Tribunale costituzionale. Nel suo «splendido isolamento»³⁴⁶ dal diritto eurounitario, il *Tribunal constitucional* non solo non applicherà mai direttamente le norme del diritto dell'UE ma effettuerà solo molto raramente un controllo indiretto rispetto, cioè, a quegli atti nazionali che eventualmente attuano il diritto eurounitario³⁴⁷, assumendo un atteggiamento definito in dottrina come «discreta indifferenza»³⁴⁸ e addirittura «solipsismo

³⁴⁴ Come ribadito di recente, Corte cost., 19 novembre 2024, n. 181, p. 6.1 del *Cons. in diritto*.

³⁴⁵ STC, 15 giugno 1998, n. 120, FJ 4.

³⁴⁶ Così JL REQUEJO PAGÉS, *Algunas consideraciones sobre la relevancia constitucional del Derecho de la Unión*, ARROYO JIMÉNEZ L, BELADIEZ ROJO M, ORTEGA CARBALLO M, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO JM (a cura di), *El juez del Derecho administrativo*, Madrid, 493 ss.

³⁴⁷ In questi termini, X. ARZOZ, cit., 7.

³⁴⁸ Cfr. M. AZPITARTE SÁNCHEZ, *El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución nacional: su relación con el Tribunal de Justicia*, in A.M. CARMONA CONTRERAS (a cura di), *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, Aranzadi, 2008, 192.

costituzionale»³⁴⁹, disinteressandosi quasi completamente del processo di integrazione e del diritto UE.

Questa posizione non sembra cambiare “sostanzialmente” neanche agli inizi del nuovo secolo, come accaduto negli altri ordinamenti, continuando il *Tribunal constitucional* a porre l'integrazione europea sul sicuro terreno costituzionale ovvero “infracostituzionale” e così affermando il primato del diritto eurounitario. Incominciano tuttavia ad affacciarsi anche nella sua giurisprudenza, in particolare nella decisione del 2004 sul Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, elementi che si possono porre in rottura con quell'idillio che lo spinge a nutrire la ferma convinzione che la «comunanza di valori» dei Trattati europei con quelli della Costituzione spagnola escludono la possibilità di un conflitto tra la Costituzione e il diritto dell'UE. Nella «improbabile eventualità» che questo accada, il conflitto vedrebbe tuttavia la «supremazia»³⁵⁰ della Costituzione stessa: per la prima volta non solo si attribuisce all'art. 93 Cost. una «dimensione sostanziale o materiale», oltre alla funzione “procedurale” di disciplina del trasferimento di poteri a un'organizzazione sovranazionale, ma si introduce la dottrina dei controllimiti, ovvero i “limiti materiali”, non «espressamente inclusi nel precetto costituzionale», ma derivanti «implicitamente dalla Costituzione»³⁵¹. Questi si traducono, afferma ancora il giudice costituzionale iberico, nel rispetto della sovranità dello Stato, delle strutture costituzionali fondamentali e del sistema di valori e principi fondamentali sanciti dalla Costituzione³⁵². Su questa via vanno anche altre successive pronunce che sembrano definire «nuove linee giurisprudenziali»³⁵³ volte alla «flessibilizzazione»³⁵⁴ della primazia del diritto comuni-

³⁴⁹ Così, BAQUERO CRUZ J, *Cooperación, competencia, deferencia: la interacción entre el Tribunal de Justicia y los tribunales constitucionales en el ámbito de los derechos fundamentales*, in B. PÉREZ JM (a cura di), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo II, Aranzadi, 2009, 148.

³⁵⁰ Dichiarazione 1/2004, cit., punto 4.

³⁵¹ Dichiarazione 1/2004, cit., punto 2.

³⁵² *Ibidem*.

³⁵³ Così, J.M. BAÑO LEÓN, *El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, 467.

³⁵⁴ V. FERRERES COMELLA, *La Constitución española ante la cláusula de primacía*

tario, aprendosi alla possibilità del controllo delle decisioni giudiziarie contenenti aspetti del diritto dell'UE, come nel caso di un ricorso di *amparo*, attraverso il parametro costituzionale della «tutela giurisdizionale effettiva»: il *Tribunal Constitucional* non può esimersi dal sindacare la valutazione giudiziale dell'eventuale contrasto tra diritto comunitario e diritto interno quando questo comporti la violazione di uno qualsiasi dei diritti fondamentali e delle libertà costituzionali, sia pure dovendo la «dichiarazione di incompatibilità essere munita di certe cautele e garanzie»³⁵⁵.

Restano in ogni caso le esitazioni del *Tribunal Constitucional* spagnolo.

Seppure, anche in questo ordinamento, la materia penale e l'istituto del mandato di arresto europeo, come in altri ordinamenti, porta il giudice costituzionale a superare il tradizionale disinteresse per il diritto eurounitario, spingendolo a sollevare una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea come avviene nel caso *Melloni*³⁵⁶, questo non determina un ulteriore sviluppo della “svolta europea” nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo³⁵⁷, avviata qualche anno prima nel 2004, che sembra invece arrivare al capolinea da lì a breve. Già all'indomani della sentenza preliminare nel caso *Melloni* della Corte di Giustizia, nell'adottare una pronuncia per coordinarsi con la giurisdizione di Bruxelles³⁵⁸, il *Tribunal Constitucional* «chiude il dialogo»³⁵⁹, tornando sui suoi passi e all'affermazione del primato del diritto eurounitario. La teoria dei controlimiti va scomparendo e si invoca, per giudicare l'eventuale conflitto tra il diritto

del Derecho de la Unión Europea, in AA.VV., *Constitución española y Constitución europea*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 2005, 86 ss.

³⁵⁵ STC 58/2004, del 19 aprile, punto 11. Per un commento Baño León, J.M., cit., 467

³⁵⁶ STC 86/2011, cit.,

³⁵⁷ Così X. ARZOZ, cit. 4.

³⁵⁸ STC 26/2014, del 13 febbraio

³⁵⁹ Così F. J. DONAIRE VILLA, *Supremacía de la constitución versus primacía del derecho de la UE en materia derechos fundamentales: concordancias y discordancias entre el Tribunal constitucional y el Tribunal de justicia de la UE en el asunto Melloni*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 2017, 654. L'A. ritiene tuttavia, con un certo ottimismo, che possa riaprirsi allorché si profili un'antinomia “con i precetti della Costituzione spagnola sui diritti fondamentali e in particolare con quelli soggetti ad *amparo*”.

to europeo e la tutela costituzionale interna dei diritti fondamentali, lo «standard minimo di protezione»³⁶⁰ come garanzia dei minimi contenuti su cui ogni diritto e libertà può svilupparsi, dichiaratamente in opposizione, si afferma nelle sue pronunce, alla via della «protezione equivalente» dei diritti come sviluppata dalla giurisprudenza tedesca e seguita da quella francese, pure richiamate. Ritornandosi a ribadire quanto sia «caso improbabile»³⁶¹ che il diritto dell'Unione europea risulti inconciliabile con la Costituzione spagnola, persino quest'ultimo parametro inizia ad essere trascurato nelle ultime pronunce³⁶², creando ambiguità sul controllo di costituzionalità giacché lascia fuori la questione del procedimento di dichiarazione di incostituzionalità³⁶³. La certezza del diritto esterno, maggiormente garantita qui rispetto ad altri ordinamenti, è assicurata a discapito del sindacato di costituzionalità.

Tra le Corti costituzionali degli Stati membri dell'Unione europea che hanno talora posto in discussione l'affermazione del primato del diritto comunitario sul diritto costituzionale non si può includere allora, oltre a quelle della Germania e dell'Italia, nonché in misura minore il *Conseil* francese, anche il Tribunale costituzionale spagnolo come anche quello lusitano, anche se quest'ultimo sembra andare cambiando atteggiamento. Il *Tribunal constitucional* iberico resta ben saldo nella sua proclamazione della primazia del diritto comunitario, alla luce dello stesso dettato costituzionale che senza dubbio supporta questa affermazione, sia pure secondo quell'idea, poco lineare, per cui questo primato non si fonda, per dirla con sue parole, «necessariamente sulla gerarchia», quanto piuttosto «sulla distinzione tra ambiti di applica-

³⁶⁰ STC 26/2014, cit., FJ 3.

³⁶¹ *Ibidem*.

³⁶² STC 89/2022, cit. La Corte costituzionale spagnola si è trovata a dover affrontare la questione dell'integrazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CFR) nella propria giurisdizione costituzionale e ha seguito la strada del mandato interpretativo dell'art. 10, c. 2 Cost. Per un commento v. P. CRUZ VILLALÓN, *De la persistencia de un viejo dictum: la STC 89/2022, en contexto*, in Fromage D (a cura di), *Jacques Ziller a European scholar*, Florence, 2022, 235.

³⁶³ Per concentrarsi sul ricorso di *amparo*. In termini critici, v. CRUZ VILLALÓN, P., *El dilema de la jurisdicción constitucional de amparo ante la irrupción de la Carta de Derechos Fundamentales*, in *Anales de Derecho*, 2023, 7.

zione di norme diverse»³⁶⁴, non integrando perciò il diritto eurounitario il canone di costituzionalità.

4.3. *Lo specifico caso italiano.*

Diversamente si pone il giudice costituzionale italiano, già dalle sue prime pronunce, a fronte di un testo costituzionale che pur mostrandosi sin dalla sua versione originaria caratterizzato da una certa apertura³⁶⁵ agli ordinamenti giuridici sovranazionali e internazionali, poi non stabilisce espressamente, come nel caso spagnolo, quale sia il rango da accordare alle fonti eurounitarie. Come visto nella costituzione italiana se si ammette il meccanismo automatico di adeguamento alle disposizioni del diritto internazionale consuetudinario di cui all'art. 10 Cost. e le limitazioni di sovranità, in condizioni di parità con gli altri Stati, di cui all'art. 11 Cost., al fine di realizzare un ordinamento che assicuri la pace, al contempo non si specifica il tipo di rapporto tra fonti né il grado gerarchico riconosciuto alle fonti sovranazionali e, in particolare comunitarie, rispetto alla Costituzione. Questo impianto non muta neanche in seguito alla revisione costituzionale del 2001 e alla modifica, in particolare, dell'art. 117, c. 1 Cost., realizzata non tanto per chiarire questo aspetto ma per la funzione ben specifica da cui la norma, come dirà pure la Corte costituzionale, non può essere svincolata, quale è quella di imporre al legislatore, statale e regionale, i «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali» (art. 117, c. 1, Cost.).

Alla luce di questo quadro il nostrano giudice costituzionale se ammette, come nel caso tedesco, le limitazioni della sovranità di cui in particolare all'art. 11 Cost. – inteso sin dall'inizio quale disposizione avente peraltro valore non soltanto «sostanziale ma anche procedimentale»³⁶⁶ in grado di legittimare perciò con legge ordinarie l'esecuzione dei Trattati senza alcuna revisione costituzionale – e la conseguente

³⁶⁴ STC, 2 luglio 2012, n. 145, FJ 5.

³⁶⁵ Sul “principio di apertura”, v. A. RUGGERI, *Primato del diritto sovranazionale versus identità costituzionale? (Alla ricerca dell'araba fenice costituzionale: i «controllimiti»)*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controllimiti*, cit., 19 ss.

³⁶⁶ Corte cost., 18 dicembre 1973, n.183, p 6 del *Cons. in diritto*.

introduzione di norme idonee ad incidere direttamente nell'ordinamento giuridico italiano, esclude che ciò possa avvenire senza alcuna limitazione. Si va affermando in tal modo la dottrina dei controlimiti³⁶⁷. È piuttosto noto che il primo tribunale costituzionale nazionale ad aver teorizzato riserve costituzionali interne, costituenti «sfide»³⁶⁸ alla *primauté* del diritto dell'UE, è stata proprio la Corte costituzionale italiana. Non sarà qui ripreso il lungo percorso italiano che ha visto lo sviluppo di questa teoria, in opposizione a quella della Corte di Giustizia che ha affermato il primato del diritto comunitario su quello interno, e non soltanto per ragioni di economia di spazio e tempo ma anche perché ritenuto aspetto non centrale. Si farà invece riferimento, di questo percorso, solo ad alcuni passaggi essenziali della giurisprudenza costituzionale italiana, come peraltro già fatto negli altri casi, ritenuti importanti per i profili attinenti al rapporto tra fonti e quindi alla certezza giuridica. Quest'ultimo aspetto appare del resto una necessità tenuta in grande considerazione sin da subito dalla giurisprudenza costituzionale italiana così come in quella innovativa degli ultimi tempi.

Nella pronuncia c.d. Frontini del 1973, ben emerge infatti la consapevolezza che l'ammissione della piena applicazione all'interno degli ordinamenti nazionali di norme comunitarie di diretta efficacia come i regolamenti risponde ad «esigenze fondamentali di eguaglianza e di

³⁶⁷ La dottrina in merito è sterminata. Si può, tra gli altri, vedere, il volume di A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti*, cit. e in particolare ivi i saggi di A. RUGGERI, cit., 19 ss.; E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, 45 s. nonché R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, 291 ss. Sull'idea di "europeizzazione" dei controlimiti, v. A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino, 2006, 827 ss. Per una prospettiva comparata che guarda anche ad altri paesi oltre a quelli in questo lavoro considerati, anche con un tentativo di classificazione nel rapporto col principio di primazia, si v. l'interessante lavoro di T. GROPPI, *La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato* in *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 2006, 428.

³⁶⁸ M. POIARES MADURO, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. WALKER (a cura di), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003, 501 ss.

certezza giuridica»³⁶⁹. Tuttavia ciò, in una logica di ordinamenti comunque ritenuti, dalla Corte costituzionale, autonomi l'uno dall'altro, non può avvenire senza alcun limite costituzionale: le restrizioni della sovranità consentite dall'art. 11 Cost. non possono in alcun caso avere un «inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordine costituzionale o i diritti umani inalienabili». Nel caso remoto in cui possa emergere una «tale aberrante interpretazione (...)»³⁷⁰ deve perciò essere assicurata la garanzia di un controllo costituzionale da parte della Corte Costituzionale sul permanere della compatibilità del Trattato con i principi fondamentali».

La certezza giuridica è, in definitiva, legata, attraverso l'idea di primazia, alla stabilità del diritto comunitario, che sembra presupporre a sua volta, secondo una visione mai accettata dalla corte costituzionale italiana, una struttura gerarchica di prevalenza degli atti europei. Questi ultimi, la cui produzione la stessa struttura gerarchica organizza, possono tuttavia entrare in conflitto con altri atti che in casi "eccezionali" possono non risultare "inferiori", come è nel caso delle costituzioni, ovvero, di sue specifiche disposizioni.

Questa è in definitiva l'essenza della nota "dottrina dei controllimiti" giustificata invece generalmente in virtù della visione dualistica del rapporto tra ordinamenti e del criterio di competenza. In ogni caso, è grazie a questa dottrina che la Corte costituzionale italiana ha cercato di imporre dei limiti (quantomeno in teoria e sino alla prima attivazione nel 2014) al processo di integrazione della normativa comunitaria nell'ordinamento giuridico italiano al fine di tutelarne l'identità, dottrina in cui un ruolo fondamentale è stato svolto soprattutto, come già visto, dal giudice costituzionale tedesco che l'ha sviluppata, quale custode severo del modello costituzionale incentrato sullo Stato di diritto democratico: la tesi italiana ha trovato così evoluzione, come già visto, attraverso una serie di decisioni tedesche fondamentali, a partire dalla sentenza *Solange I* nel 1974, e seguita, tra le altre, dalle sentenze cd. *Solange II*, Maastricht, dalla pronuncia sul mercato delle banane, *Lisbona* nonché *OMT*.

³⁶⁹ Corte cost. n. 183/1973, cit., p. 7 del *Cons. in diritto*.

³⁷⁰ Corte cost. n. 183/1973, cit., p. 9 del *Cons. in diritto*.

L'apertura internazionale dell'ordinamento giuridico italiano trova compensazione nella difesa, non negoziabile, dei valori fondamentali della Costituzione, individuati come valori capaci di resistere a eventuali, seppur rari, sconfinamenti provenienti dal diritto internazionale o sovranazionale e detti perciò controlimiti. Questi ultimi si identificano con i principi fondamentali coincidenti, oltre che con l'unico limite esplicito presente nel testo costituzionale, con i limiti cosiddetti impliciti³⁷¹, giacché non previsti espressamente dalla Costituzione, dotati di una forza passiva superiore rispetto a quella di altri principi costituzionali, non considerabili supremi, e conseguentemente immuni da revisione costituzionale. È in questo modo, del resto, che si è potuto tracciare, per questi principi e per i diritti fondamentali, se non una «rigida gerarchia», non prevista dalla stessa Costituzione, come neanche un «ordine gerarchico assoluto»³⁷², una sorta di gerarchia sostanziale relativa. Quest'ultima, ritenuta da alcuni mobile, si porrebbe all'interno delle medesime norme costituzionali che hanno le stesse caratteristiche formali, vedendo al vertice i principi supremi dell'ordine

³⁷¹ Cfr. M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995 nonché F. DONATI, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1995. I principi inviolabili coincidono, oltre che con quelli espressamente affermati dalla Costituzione stessa come limite assoluti al potere di modifica costituzionale, come la forma di governo repubblicana (articolo 139 Cost.), anche con i principi che, pur non essendo esplicitamente menzionati tra quelli non modificabili costituzionalmente, appartengono a quella che è considerata l'essenza dei valori supremi su cui si fonda la Costituzione italiana. La giurisprudenza della Corte Costituzionale ha individuato diversi principi costituzionali supremi: ad esempio, il diritto al soccorso giudiziario (sentenza n. 18 del 1982), il diritto alla comunicazione libera e segreta (sentenza n. 366 del 1991), il diritto alla vita (sentenza n. 35 del 1997) e il principio di laicità (sentenza n. 508 del 2000). Anche la letteratura ha ampliato il catalogo dei principi supremi generali, che include principi che appaiono indispensabili per poter considerare democratico un determinato sistema: la sovranità popolare, la natura elettiva e rappresentativa delle istituzioni, il voto libero ed eguale, la libertà di informazione, l'insieme dei diritti umani inviolabili che concretizzano il concetto stesso di dignità umana e la natura unitaria e indivisibile della Repubblica. Di diverso avviso è O. CHESSA, *Meglio tardi che mai La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, in *forumcostituzionale*, 2016, 7. L'A. ritiene che per controlimite debba intendersi «qualsiasi norma costituzionale che il legislatore nazionale avrebbe dovuto osservare se avesse trattenuto a sé la competenza anziché trasferirla all'ordinamento dell'Unione».

³⁷² Corte cost., 85/2013, cit., p. 9 del *Cons. in diritto*.

costituzionale e i diritti inalienabili dell'individuo. Non trattandosi tuttavia di valori "assoluti", anche questi principi sono soggetti, per quanto una disposizione costituzionale gli attribuisca il carattere di "fondamentale" o la Corte li riconosca come «valori primari»³⁷³, a delicate operazioni di «bilanciamento al fine di individuare un equilibrio, di volta in volta, variabile per preservare il loro nucleo essenziale»³⁷⁴. Per queste ragioni la gerarchia, di tipo contenutistico e non formale, è ritenuta non già fissa ma dinamica.

Per la verità, il rapporto tra i due ordinamenti e le relative fonti, nella visione del giudice delle leggi italiane, passa attraverso fasi diverse che se vedono applicate inizialmente il principio della successione nel tempo³⁷⁵ e poi il criterio gerarchico³⁷⁶ arrivano poi, recependo i *dicta*, in taluni casi identificati da parte della dottrina più come *diktat*³⁷⁷, della Corte di Giustizia³⁷⁸, come è peraltro in tutti gli altri Paesi qui analizzati, alla dottrina "dualistica" dei due ordinamenti, ritenuti autonomi e distinti ma coordinati, secondo il riparto di competenze fissato dai Trattati. Affermata in particolare nella c.d. sentenza *Granital* del 1984, questa teoria riconosce a fonti come il regolamento comunitario effetti in quanto tali, o meglio quali atti dotati di «forza e valore di legge»³⁷⁹: queste fonti normative, come qualunque altro atto comunitario, non sono comunque sottratti al sindacato, spettante alla Corte costituzionale, in riferimento ai principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e ai diritti fondamentali, al fine di accertare, in caso di contrasto tra norme interne e norme comunitarie, se il «legislatore ordinario abbia ingiustificatamente rimosso alcuno dei limiti della sovranità statuale, da esso medesimo posti, mediante la legge di esecuzione del

³⁷³ Come accaduto in una pronuncia del 30 luglio 1993, n. 365 laddove la Corte definì l'ambiente e la salute come «valori primari».

³⁷⁴ Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85, p. 9 del *Cons. in diritto*.

³⁷⁵ Corte cost. 7 marzo 1964, n. 14, p. 6 del *Cons. in diritto*.

³⁷⁶ Corte cost. 22 ottobre 1975, n. 232.

³⁷⁷ Così A. BENARDI, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2017 allorché ha parlato di *diktat* della Corte di Giustizia, piuttosto che dialogo tra Corti.

³⁷⁸ V., in particolare, Corte di Giustizia, 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal*.

³⁷⁹ Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170, p. 4 del *Cons. in diritto*.

Trattato, in diretto e puntuale adempimento dell'art. 11 Cost.»³⁸⁰. La linea della separazione dualista degli ordinamenti italiano ed europeo non appare tuttavia seguita costantemente e non certo in una successiva pronuncia. Qui nel sostenersi che le norme eurounitarie, non per forza rispettose della disciplina nazionale, fatti salvi i principi costituzionali fondamentali e i diritti umani, «se hanno derogato a disposizioni di rango costituzionale, debbono ritenersi equiparate a queste ultime, in virtù del disposto dell'art. 11 Cost.»,³⁸¹ sembra si finisca addirittura con l'attribuire alle norme comunitarie rango costituzionale³⁸².

In ogni caso, ne viene fuori da questo lungo percorso giurisprudenziale, non sempre lineare, un impianto di risoluzione dei conflitti tra diritto nazionale e diritto europeo che sembra mantenersi tutt'oggi e che si mostra caratterizzato da due vie. Oltre a quella ordinaria a favore dell'applicazione diretta a «prescindere dalla struttura normativa della disposizione»³⁸³ e della conseguente stabilità/certezza del diritto europeo, con disapplicazione, sempre più frequente, da parte dei giudici comuni, del diritto interno confliggente, assume rilievo la via eccezionale. In questo caso la stabilità/certezza assicurata è quella del diritto costituzionale e, con questo, del diritto interno che lo attuano, percorribile attraverso il sindacato costituzionale per violazione dei «principi supremi» e dei «diritti inviolabili» consentendo questi, quali controlimiti, il controllo della legge di esecuzione del Trattato secondo l'art. 11 Cost. nonché dal 2001, a seguito della riforma costituzionale, in virtù dell'art. 117, c. 1 Cost. Quest'ultimo parametro, quale limite

³⁸⁰ Corte cost. n. 170/1984, cit., p. 7 del *Cons. in diritto*.

³⁸¹ Corte cost., 11 novembre 1987, n. 399, p. 2 del *Cons. in diritto*.

³⁸² Così, in definitiva, O. CHESSA, cit., 19., in termini critici. In precedenza, altrettanto criticamente, v. F. SORRENTINO, *Ammissibilità del conflitto e "cammino comunitario" della Corte. Un passo avanti o due indietro?*, in *Giur. cost.*, 1987, 2818 laddove si osserva che «se è ben difficile fondare il valore costituzionale del diritto comunitario primario sulla sua semplice idoneità a derogare a norme della costituzione, ancor più ardua si presenta la dimostrazione, sulla base delle medesime premesse, per il diritto comunitario derivato, la cui autonoma capacità derogatoria di norme costituzionali trova, negli stessi richiamati precedenti della Corte, più smentite che conferme».

³⁸³ Così C. CARUSO, *Granital reloaded o di una «precisazione» nel solco della continuità*, in AA.VV., *Granital revisited. L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, C. CARUSO, F. MEDICO, A. MORRONE (a cura di), in *Annali di Diritto costituzionale*, Bologna 2020, 28.

imposto all'esercizio della funzione legislativa, è soltanto, a parere della stessa Corte Costituzionale degli ultimi anni, uno dei elementi costituzionali rilevanti quanto al rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione europea che non sembra aver aggiunto nulla di più, dal punto di vista dei controlimiti e, quindi, delle limitazioni di sovranità, se non aver fornito «base costituzionale»³⁸⁴ a vincoli già stabiliti nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE e della Corte costituzionale italiana.

Il rapporto tra il diritto domestico e quello comunitario, considerato quest'ultimo nel suo complesso, trova così ancora «sicuro fondamento»³⁸⁵ nell'art. 11 Cost. Se a seguito della riforma si è introdotto soprattutto un vincolo in capo al legislatore con la connessa responsabilità internazionale dello Stato, restano in ogni caso, in particolare per i giudici, tutte le conseguenze, affermate già in precedenza alla revisione costituzionale e derivanti dalle limitazioni di sovranità consentite, sul piano sostanziale e processuale, soltanto dall'art. 11 Cost.

Allora, in definitiva, a differenza delle norme internazionali convenzionali, comprese quelle come visto della CEDU, «l'esercizio dei poteri normativi delegati all'Unione europea trova un limite esclusivamente nei principi fondamentali dell'assetto costituzionale e nella maggior tutela dei diritti inalienabili della persona (sentenze n. 102 del 2008, n. 284 del 2007, n. 169 del 2006)»³⁸⁶, quale attivato per la prima volta, in particolare rispetto al diritto internazionale consuetudinario di diretta applicazione nel 2014³⁸⁷, superando ostacoli di diritto interno e internazionale³⁸⁸ e poi, rispetto al diritto europeo primario, nel caso Taricco del 2017³⁸⁹. Quest'ultima vicenda è piuttosto nota e non

³⁸⁴ Così G. SCACCI, cit., 140.

³⁸⁵ Corte cost., 24 giugno 2010, n. 227, p. 6 del *Cons. in diritto*.

³⁸⁶ *Ibidem*.

³⁸⁷ Corte cost., n. 238/2014. V., in merito qui, nota 409.

³⁸⁸ V., in merito, A. RUGGERI, *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria*, in *Consultaonline*, Studi, 2014.

³⁸⁹ Si tratta di un caso particolarmente rilevante per il diritto costituzionale italiano che finiva con il toccare l'art. 25 Cost. e il principio di legalità penale. Esso prende l'avvio da una questione pregiudiziale rivolta da un giudice italiano alla Corte di Giustizia, nell'ambito di un procedimento penale, a proposito della conformità al diritto

si vuol perciò riportarne l'intero sviluppo giurisprudenziale, ma solo alcuni passaggi particolarmente rilevanti per il tema di nostro interesse. In questo caso, invero, non solo la Corte costituzionale ha proposto un rinvio pregiudiziale interpretativo ma nel contempo, nella stessa ordinanza di rinvio, ha operato una sorta di anticipazione del controllo-limite che si sarebbe attivato allorché la Corte di giustizia non avesse modificato la regola Taricco, offrendo un'interpretazione conforme a quella delineata dalla stessa Corte costituzionale, al fine di «preservare l'identità costituzionale della Repubblica»³⁹⁰: il diritto dell'Unione europea e le pronunce della Corte di giustizia tese a specificarne il significato ai fini di un'uniforme applicazione e della stabilità, non possono spingersi al punto tale da «imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale». Si conferma qui la teoria dei controlimiti letti, questi ultimi, alla luce peraltro del principio della separazione dei poteri, in collegamento diretto sia con la riserva di legge, evocata in verità «en passant»³⁹¹, sia con il principio di determinatezza³⁹². Quest'ultimo è un altro punto di particolare interesse anche per il tema della certezza del diritto. Il principio della legalità, quale controlimite, viene invero declinato, in maniera più “accettabile”

eurounitario, in particolare all'art. 325 TFUE, della disciplina nazionale della prescrizione, per la parte in cui si stabilisce che in nessun caso l'interruzione della prescrizione può comportare l'aumento di più di un quarto del tempo necessario a prescrivere per costituzione ed organizzazione di associazione a scopo di commettere più delitti in materia di Iva, con conseguente lesione degli interessi finanziari. Peraltro, a questo proposito, di «norma di principio», e perciò «di difficile applicazione al caso concreto» parla R. CALVANO, *La Corte costituzionale e i “Controlimiti”* 2.0, in *Federalismi.it*, n. 1/2016, 8.

³⁹⁰ Corte cost., 26 gennaio 2017, ordinanza n. 24, p. 8 del *Cons. in diritto*. Anche sul caso Taricco e su questa ordinanza la letteratura è ampissima. Si segnala in particolare il volume di A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017.

³⁹¹ Così F. VIGANÒ, *Le parole e i silenzi. Osservazioni sull'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale sul caso Taricco, volendosi, in senso critico, come si finisca per dare meno rilievo alla legalità interna*, in A. BERNARDI, C. CUPELLI (a cura di), cit., 584.

³⁹² Questo collegamento è messo in evidenza da F. PALAZZO, *La Consulta risponde alla “Taricco”: punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 286 ss.

rispetto allo stesso principio e alla riserva di legge statale³⁹³, in termini di “prevedibilità”, inteso come principio irrinunciabile del diritto penale costituzionale, legato alla formulazione di norme di diritto penale sostanziale «in termini chiari, precisi e stringenti»³⁹⁴: a dover essere «sufficientemente determinata»³⁹⁵ è la disposizione scritta dal momento che è sul piano normativo – e non già su quello giurisprudenziale – che va definita la fattispecie penale e le sue componenti³⁹⁶ così da consentire all’individuo di determinare le conseguenze della propria condotta e, al contempo, di evitare l’arbitrio applicativo del giudice, in applicazione del principio di legalità penale. In gioco è in definitiva, come pure afferma la Corte costituzionale invocando la Corte di Giustizia e una sua pregressa pronuncia, il principio della «previsione legale dei reati e delle pene»³⁹⁷ che, costituendo, come sostiene la stessa CEDU, corollario del principio di certezza del diritto³⁹⁸, fa «parte dei principi generali di diritto poiché si trova alla base delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»³⁹⁹. Su questa linea si prosegue in una sentenza dello stesso anno⁴⁰⁰ che arriva, peraltro, ad assegnare ai giudici comuni, forse per «sfiducia»⁴⁰¹ nei loro confronti, un ruolo più marginale.

³⁹³ Così, C. CUPELLI, *Il caso Taricco e l'ordinanza 24 del 2017: prove di dialogo a senso unico*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018, 272 ss.

³⁹⁴ Corte cost., ord. 24/2017, cit., p. 5 del *Cons. in diritto*.

³⁹⁵ V. M. BIGNAMI, *Note minime a margine dell'ordinanza Taricco*, in A. Bernardi, C. Cupelli (a cura di), cit., 37.

³⁹⁶ Così M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio AIC*, 2017, 8 laddove si osserva che il problema essenziale non è tanto il «diritto dell'imputato di non veder allungati i termini per la prescrizione o – meglio – la prevedibilità della fattispecie penale in ogni sua componente (essa pure essenziale, perché connessa alla certezza del diritto), bensì la definizione normativa e non giurisprudenziale della fattispecie penale e delle sue componenti».

³⁹⁷ CUGE sentenza 12 dicembre 1996, cause C-74/95 e C-129/95, punto 25.

³⁹⁸ *Ibidem*.

³⁹⁹ Corte cost., ord. 24/2017, cit., p. 5 del *Cons. in diritto*.

⁴⁰⁰ Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269.

⁴⁰¹ In questi termini, R.G. CONTI, *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *Forum di Quad. cost.*, 28 dicembre 2017, 11, in www.forumcostituzionale.it. Di «chiaro richiamo all'ordine per i giudici comuni» parla invece D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in *Quad. cost.*, 1/2018, 198.

La Consulta, nel suo lungo percorso di integrazione europea, oltre a confermare la valenza dei diritti fondamentali come controlimita e, con questi, il primato non già del diritto europeo ma della Costituzione e la sua stabilità, cerca altresì di recuperare, negli ultimi tempi, quella centralità di ruolo nella salvaguardia dei diritti costituzionali messa in qualche modo a rischio dall'utilizzo sempre più frequente del rinvio pregiudiziale, in un dialogo divenuto sempre più fitto con la Corte dell'Unione⁴⁰², da parte dei giudici ordinari. Questi potranno proseguire nell'utilizzo di questo strumento ma solo «per aspetti diversi rispetto a quelli esaminati e dichiarati infondati dalla Corte costituzionale»⁴⁰³. Il giudice comune, nei casi di c.d. doppia pregiudizialità⁴⁰⁴, è tenuto a sollevare una questione di costituzionalità, prima di disapplicare la norma nazionale incompatibile con una disposizione, in particolare, della Carta dei diritti fondamentali UE dotata di effetti diretti, o di rivolgersi alla Corte di giustizia. Il giudice delle leggi italiano, in deroga rispetto a quanto sostenuto secondo consolidata giurisprudenza⁴⁰⁵, allineandosi peraltro alla visione di altre giurisprudenze costituzionali pure nella sentenza richiamata, avoca in definitiva a sé il potere di giudicare della legittimità costituzionale degli atti lesivi di un diritto fondamentale sancito sia dalla Costituzione, che dalla Carta di Nizza. La verifica, di volta in volta, – «alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei (*ex artt. 11 e 117 Cost.*)»⁴⁰⁶ – è se la tutela accordata ai due livelli sia la medesima⁴⁰⁷, giungendo poi a dichiarare,

⁴⁰² In questi termini, in definitiva, A. RUGGERI, *Il futuro dei diritti fondamentali, sei paradossi emergenti in occasione della loro tutela e la ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio*, in *Consulta Online*, n. 1/2019, 51.

⁴⁰³ Così R. ROMBOLI, *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 2018, 2232.

⁴⁰⁴ Ricorrente allorché sussistono «controversie che possono dare luogo a questioni di illegittimità costituzionale e, simultaneamente, a questioni di compatibilità con il diritto dell'Unione». Così Corte cost. 269/2017, cit., punto 5.2. Si veda, *ex multis*, M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, 222.

⁴⁰⁵ Cfr. R. ROMBOLI, cit., 2226.

⁴⁰⁶ Corte cost., 269/2017, p. 5.2 del *Cons. in diritto*.

⁴⁰⁷ Così, in definitiva, F. SALMONI, *Controlimiti, Diritti con lo stesso nomen e ruolo accentratore della Consulta. L'integrazione del parametro con le fonti europee di diritto derivato e il sindacato sulla «conformità» alla Costituzione e la mera «compatibilità» con*

in caso negativo, l'illegittimità costituzionale delle norme lesive del diritto dotato di maggiore stabilità. Un punto rilevante per il nostro tema è qui quello della certezza giuridica che va sempre più nel senso di quella statutale.

Con l'inversione dell'ordine delle pregiudiziali che vede ora prima il sindacato della Corte costituzionale, e poi eventualmente il rinvio al giudice di Lussemburgo, la Corte intende non solo riaccentrare la giustizia costituzionale e riguadagnare un ruolo nella tutela dei diritti fondamentali, ma altresì assicurare una maggiore certezza del diritto, «massima negli effetti *erga omnes* delle sentenze della Corte costituzionale, mentre la non applicazione lascia sopravvivere la norma interna»⁴⁰⁸.

Seguendo il nuovo percorso, tracciato anche in altre pronunce alla luce altresì della certezza, il giudice delle leggi italiano ribadisce così che deve essere sempre «preservata l'opportunità di un intervento con effetti *erga omnes*» della Corte costituzionale grazie al sindacato accentrato di legittimità costituzionale posto a fondamento dell'architettura costituzionale⁴⁰⁹ allorché i principi e diritti fondamentali enunciati dalla Carta dei diritti fondamentali UE intersecano principi e diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. Seppure un qualche temperamento⁴¹⁰ a questo nuovo indirizzo sembra arrivare dalle pronunce successive, l'idea di una certezza giuridica meno europea e più nazionale non sembra venir completamente meno. Nel caso di conflitto tra una legge interna con le norme europee riferibile alla Carta o ad atti dell'Unione a questa strettamente collegati, permane lo strumento del controllo di costituzionalità, sebbene non più obbligatoriamente da seguire e lasciandosi al giudice comune la facoltà di scegliere la via interna oppure quella esterna⁴¹¹: il sindacato accentrato, dal canto suo, non si configura come uno strumento «alternativo»⁴¹² ovvero “in antitesi” con un meccanismo diffuso di attuazione del diritto europeo,

la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, in *Federalismi.it*, 2019, 10 ss.

⁴⁰⁸ Così A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, 2018, 149.

⁴⁰⁹ Corte cost., sent. 20 del 2019, cit., p. 2.1, del *Cons. in diritto*.

⁴¹⁰ In questi termini v. G. PISTORIO, *Verso nuove forme di “convivenza” fra ordinamento UE e ordinamento nazionale per la tutela sistemica dei diritti*, in AIC, 2014.

⁴¹¹ Corte cost. n. 67/2022, p. 11 del *Cons. in diritto*.

⁴¹² Corte cost., 10 maggio 2022, n. 149, p. 2.2.2 del *Cons. in diritto*.

«ma con esso coopera a costruire tutele sempre più integrate»⁴¹³. Resta ferma, nell'ipotesi di incompatibilità di fonti normative UE con efficacia diretta ma che non intersecano i diritti, la regola affermata dalla pronuncia *Granital* in poi della disapplicazione della contrastante disposizione nazionale da parte del giudice comune non potendo questi sollevare la questione di legittimità costituzionale ma eventualmente adire la Corte di Giustizia, stante la «centralità del rinvio pregiudiziale», al fine di garantire piena efficacia e uniformità al diritto dell'Unione⁴¹⁴.

In questa nuova fase, aperta in particolare dalla sentenza n. 269 del 2017, che in qualche modo «turba»⁴¹⁵ il quadro, in precedenza rasserenato con la vicenda Taricco, dei rapporti tra i due ordinamenti nonché tra le due Corti supreme, l'efficacia diretta della norma non obbliga più unicamente alla disapplicazione del diritto interno in nome della stabilità del diritto europeo, ben potendo il giudice comune sollevare questione di legittimità costituzionalità, senza essere «sanzionato» dalla pronuncia di inammissibilità⁴¹⁶, per difetto di rilevanza. Ciò purché si tratti di questioni relative alla tutela dei diritti fondamentali, quali riconosciuti tanto dalla Costituzione, quanto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁴¹⁷, oppure allorché la questione, come si precisa, da ultimo, in termini più generali che sembrano voler ampliare l'ambito di competenza, «presenti un tono costituzionale, per il nesso con interessi o principi di rilievo costituzionale»⁴¹⁸. In un'ottica di arricchimento degli strumenti di tutela dei diritti fonda-

⁴¹³ Corte cost., 12 febbraio 2024, n. 15, p. 7.3.3 del *Cons. in diritto*. Per un commento, v. A. RUGGERI, *Ancora in tema di tecniche di risoluzione delle antinomie tra norme interne e norme sovranazionali self executing (a prima lettura di Corte cost. n. 15 del 2024)*, in *Consulta on line*, 17 febbraio 2024, 305.

⁴¹⁴ Corte cost., 11 marzo 2022, n. 67, p. 10 del *Cons. in diritto*.

⁴¹⁵ Così, U. VILLANI, *Il nuovo "cammino comunitario" della Corte costituzionale*, in *rivista.eurojus.it*, 2024, 82.

⁴¹⁶ Così, G. PISTORIO, cit.

⁴¹⁷ Corte sent. 11 aprile del 2024, n. 100, p. 5.3 del *Cons. in diritto*.

⁴¹⁸ Corte cost. 19 novembre 2024, n. 181, p. 6.3 del *Cons. in diritto*. V., in merito, a commento, F. FERRARO, *La Consulta si affida al "tono costituzionale" per estendere il suo controllo (anche) sulle norme dell'Unione provviste di effetto diretto*, in *EJ*, n. 4, 2024, 160.

mentali⁴¹⁹ che, «per definizione, esclude ogni preclusione»⁴²⁰, il giudice comune potrà scegliere il rimedio ritenuto più “appropriato”. Sembra tuttavia da preferirsi, tornando a suo supporto il tema della certezza, la pronuncia con effetti *erga omnes* al fine dello «sradicamento»⁴²¹ una volta per tutte della legge in conflitto.

5. *Un primo tentativo classificatorio.*

Alla luce di quest’analisi ricostruttiva si vuole qui provare a effettuare una prima classificazione delle Costituzioni quanto al grado di certezza/stabilità del diritto assicurato nel rapporto tra fonti interne ed esterne. Questo tentativo non risulta, per la verità, un’operazione molto agile emergendo con evidenza, da quanto sin qui esaminato, un certo “scollamento” tra il dato formale delle Costituzioni degli Stati membri e quello che viene definito diritto costituzionale vivente allorché formato dalle norme costituzionali scritte e dalla giurisprudenza costituzionale chiamate a interpretarle. Non solo, ma l’altra difficoltà è legata alla stessa idea sottesa alla certezza del diritto come stabilità alternandosi questa, alla luce di una giurisprudenza costituzionale ricreativa talora incostante, tra una stabilità del diritto statutale e stabilità del diritto esterno e in particolare dell’Unione europea, quest’ultima, a sua volta, assicurata attraverso non soltanto l’uniforme applicazione ma altresì l’interpretazione conforme alle fonti sovranazionali (nonché internazionali) prevista, per il diritto europeo, convenzionalmente ovunque e testualmente nella costituzione spagnola e in quella lusitana. Nell’ordinamento del Portogallo, lo strumento interpretativo in conformità assume peraltro particolare rilievo, contribuendo ad assicurare, in un sistema costituzionale misto ove i giudici hanno accesso all’interpretazione costituzionale con effetti limitati al singolo caso, un grado di maggiore stabilità del diritto non limitato al concreto/locale ma esteso al diritto europeo nonché a quello internazionale. Quest’ultimo livello di diritto, come pure si è visto, pone meno pro-

⁴¹⁹ Corte cost. 15/2024, p. 2.2.2 del *Cons. in diritto*.

⁴²⁰ Corte cost. 20/2019, p. 2.3 del *Cons. in diritto*.

⁴²¹ Così v. A. RUGGERI, *Ancora in tema di tecniche di risoluzione*, cit., 306.

blematiche dal punto di vista della stabilità del diritto costituzionale. I giudici generalmente non accordano alle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, o, ancora, alle norme della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, valore costituzionale autonomo, non collocandosi, generalmente, in assenza di specifica disposizione costituzionale, allo stesso livello della Costituzione⁴²². Tutt'al più la giurisprudenza delle Corti costituzionali può farvi riferimento al fine dell'interpretazione delle disposizioni costituzionali sui diritti e libertà, in particolare quando quelle possono trovare un'equivalenza materiale con le garanzie previste nel testo costituzionale stando formule che «si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione»⁴²³. Anche quando poi, per disposto costituzionale come nell'ipotesi lusitana, si prevede un possibile ampliamento del catalogo dei diritti interni fondamentali integrati con quelli internazionali ciò si ritiene sia solo se si aggiungono nuovi contenuti ai diritti costituzionali previsti. Diversa è, come visto, la questione per il diritto eurounitario.

In generale il principio di *primauté* del diritto europeo su quello nazionale sembra giocare a favore di una maggiore certezza/stabilità dello stesso diritto europeo, presupponendosi in una certa maniera, nella sostanza, a prescindere qui dalle teorie moniste e dualiste degli ordinamenti, una sorta di sua sovraordinazione gerarchica rispetto alla legge e agli atti avente forza di legge nonché sulla costituzione stessa in generale, salvo quel diritto non soccombere in nome della stabilità/immodificabilità dei principi fondamentali e dei diritti costituzionali, costituenti limiti materiali talora “espressamente” previsti come nella costituzione del Portogallo, oltre che in qualche modo in quella francese e tedesca. Nel caso lusitano se la regola generale, attraverso una specie di riconoscimento automatico della validità nell'ordinamento giuridico interno delle norme internazionali così come anche di quelle europee, sembra legittimare costituzionalmente il primato del diritto dell'Unione con la sua stabilità, si ammette anche, a seguito della riforma del testo costituzionale del 2004 e in coerenza con questo, l'eccezione dei controlimiti.

⁴²² V., in particolare, «per le norme pattizie rese esecutive nell'ordinamento interno della Repubblica» a cui si riconosce «valore di legge ordinaria», Corte cost., 22 dicembre 1980, n. 188, p. 5 del *Cons. in diritto*.

⁴²³ Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 388, punto 2.1 del *Cons. in diritto*.

In un difficile tentativo di classificazione della stabilità/certezza del diritto costituzionale/europeo, considerati una serie di aspetti legati all'apertura internazionale con riconoscimento automatico, all'interpretazione conforme e ai limiti espressi, previsti dal testo costituzionale, alla luce altresì della loro interpretazione, più o meno coincidente e coerente, da parte del giudice costituzionale, è proprio l'ordinamento lusitano allora a veder garantito, a nostro parere, un grado maggiore di certezza del diritto (sovranaazionale) rispetto agli altri ordinamenti: in questi ultimi i criteri dei rapporti tra fonti, sviluppati per lo più al di fuori del testo costituzionale, tra cui quello dell'interpretazione conforme nonché dei limiti materiali – come è senza dubbio nel caso italiano e poi inizialmente anche in quello tedesco che li ha poi in parte positivizzati nella riforma costituzionale del 1992 – introdotti attraverso decisioni giurisprudenziali, rivelano un minor grado di certezza/stabilità giacché più soggetti a variare a seconda dell'indirizzo giurisprudenziale seguito.

Nell'ordinamento lusitano, alla luce del testo costituzionale e della giurisprudenza costituzionale, sembra accordarsi invece un buon grado di stabilità del diritto costituzionale/europeo, stabilità che potremo dire «dinamica»⁴²⁴ ma comunque, come visto, di un grado di dinamicità inferiore rispetto agli altri ordinamenti ove invece quella stabilità si fonda essenzialmente sull'interpretazione giurisprudenziale. In questo sistema la (implicita) struttura gerarchica verticale, da qualcuno ritenuta sostituita oggi, quanto al rapporto tra norme di ordinamenti diversi, secondo una tesi che non si condivide, con una struttura orizzontale o «eterarchica»⁴²⁵, riesce a trovare un valido fondamento costituzionale. Ciò malgrado la giurisprudenza costituzionale mostri, anche in questo caso, una logica che vorrebbe distinti i due piani, in realtà niente affatto separati ma costituenti il rovescio della stessa medaglia, del primato formale delle fonti costituzionali, secondo la tradizionale visione della gerarchia delle fonti e della validità, e del primato sul piano dell'applicazione e dell'efficacia del diritto ue. La dottrina portoghese ha in questo senso coniato, da tempo, in particolare a proposito dei diritti fondamentali, i concetti di «intercostituzionalità» e «internor-

⁴²⁴ C. SANTOS BOTELHO, *O lugar*, cit. 360.

⁴²⁵ V., in particolare, D. SCHNEIDERMAN, *A new global constitutional order*, in T. GINSBURG E R. DIXON (a cura di), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, 2011, 189,

matività»⁴²⁶, volendo privilegiare, secondo una visione che va contro quella legata alla struttura gerarchica tradizionale, una concezione che ammette l'interazione tra i vari ambiti della normatività costituzionale come in un dialogo aperto e multipolare, in cui l'auto ed eteroconformazione degli ordinamenti giuridici sono coinvolti per raggiungere un'unica soluzione⁴²⁷.

Il discorso si mostra in parte diverso per quegli ordinamenti ove le carte costituzionali, come quella spagnola ma soprattutto francese, prevedono un controllo *a priori* di costituzionalità sui trattati internazionali, compresi il diritto europeo originario. Qui, come visto, questo sindacato preventivo porta poi a ritenere sottratti dal controllo di costituzionalità gli atti eurounitari una volta entrati nell'ordinamento a seguito di una revisione costituzionale, salvo nel caso di leggi di recepimento delle direttive europee in contrasto con la "identità costituzionale" o qualche ripensamento soprattutto nell'ipotesi spagnola. Ebbene in questi casi, il meccanismo costituzionale seppure sembra presupporre che resti al vertice, lo dice espressamente il *Conseil constitutionnel*, la Costituzione, al contempo, è in grado di assicurare un certo grado di stabilità al diritto eurounitario, quale legittimato appunto dalla Costituzione e dal giudice costituzionale, che si mostra sì ad un grado inferiore a quello lusitano ma comunque superiore rispetto ai restanti due ordinamenti.

In questo contesto, come pure abbiamo visto, il quadro si va tuttavia complicando soprattutto a seguito dell'adozione e applicazione della Carta dei diritti UE che ben può generare dei profili problematici, in particolare in quegli assetti ordinamentali ove il sistema accentrato di controllo di costituzionalità scelto, tra l'altro, come è nel caso ita-

⁴²⁶ Tra i primi, si v. F. L. PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, 1997 come ripreso e sviluppato da M. L. DUARTE, *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*, Lisboa, AAFDL, 2006, nonché J. J. G. CANOTILHO, "Brançosos" e *Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, 2008.

⁴²⁷ V., in merito, anche A. MELRO, *Interconstitucionalidade entre Portugal e a União Europeia no acesso ao sistema judiciário: compreensão da linguagem e competências infocomunicacionais*, in *Rev. dir. inter.*, 2023, 182, laddove si sostiene che «l'integrazione europea promuove, in primo luogo, la riconfigurazione delle tradizionali concezioni giuridiche e politiche».

liano, per «la fondamentale esigenza di certezza del diritto» quale «costante nel sistema di valori al quale si ispirava l'opera del Costituente»⁴²⁸, vede sentenze della Corte costituzionale con effetti *erga omnes* e non ammette la «rigorosa logica del precedente».

Questo discorso assume particolare rilievo proprio nell'ordinamento italiano che, da un punto di vista della Costituzione scritta, seppure mostra grande apertura al diritto internazionale con la clausola della ricezione automatica del diritto consuetudinario, risulta poi silente⁴²⁹ sia in merito al rapporto tra fonti che quanto ai limiti materiali, finendo con il porre in evidenza un testo costituzionale che, tra gli altri, sembra assicurare un minor grado di certezza giuridica. Qui è evidente la forte «divaricazione fra testo e norme che risultano dall'interpretazione di quel testo»⁴³⁰ laddove è la giurisprudenza costituzionale, come visto, che si è adoperata cercando di interpretare la Costituzione con il suo art. 11 Cost., al limite del dato normativo, per trovare copertura costituzionale sia al primato del diritto eurounitario sia alle tecniche per garantirlo sia infine, con l'art. 117 Cost., ai limiti materiali⁴³¹.

Negli ultimi anni, alla luce di un testo costituzionale invariato in tema di rapporti tra diritto interno e diritto eurounitario ma in virtù di una giurisprudenza costituzionale che, soprattutto da questo punto di vista, ha consentito una «continua e profonda trasformazione»⁴³²

⁴²⁸ Così C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del Costituente* (1979), Napoli 2014, spec. 103. Sul punto, si veda la rassegna delle ragioni che portano ad “accentrare” un sistema di giustizia costituzionale, fatta da M. DANI, *Giurisdizione e ruolo delle corti costituzionali nel processo di integrazione europea: un'introduzione*, in *DPCE*, 3/2019, 718 s., laddove si distingue tra le «ragioni storico-culturali che hanno influito sulla scelta di istituire le corti costituzionali nazionali» da quelle «che oggi inducono a difendere questa scelta».

⁴²⁹ In tal senso, Q. CAMERLENGO, *Nel silenzio*, cit., 275, laddove si osserva che «non è inesatto affermare che oggi su quelle tematiche la Costituzione tace [...]».

⁴³⁰ Così, S. BARTOLE, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e costituzione vivente*, in *Rivista AIC*, 1/2019, 341.

⁴³¹ In questi termini, fortemente critico, parlando di «addizioni, sostituzioni e complessive manipolazioni di cui il parametro costituzionale» effettuate dalla Corte costituzionale, A. RUGGERI, *Lacune costituzionali*, in *Rivista AIC*, 2/2016, 29 s.

⁴³² Così, a proposito di “modifiche tacite”. Cfr. A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, Annali VIII (2015), 351.

dell'ordinamento, e quindi anche ripensamenti di indirizzi, si va affermando poi la rilevanza della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma di legge, con i suoi effetti: ciò è sempre per violazione dell'art. 117, 1° c., Cost. giacché non si è osservato un «obbligo comunitario», ma talora, soprattutto in alcune recenti pronunce, lasciandosi in ombra le limitazioni di sovranità di cui all'art. 11 Cost., non citato come parametro⁴³³.

A fronte di una sovranità (di atti e organi) che, a tratti, si rivela poco cooperativa e piuttosto «competitiva»⁴³⁴, variabile, in un processo di integrazione che non ha ancora trasformato la composizione di stati in sistema federale⁴³⁵, il giudizio di legittimità costituzionale, in nome anche della certezza/stabilità soprattutto costituzionale, si presenta allora particolarmente vantaggioso: questo «proprio perché trascende il caso concreto da cui ha tratto origine, salvaguardando in modo efficace la certezza del diritto, valore di sicuro rilievo costituzionale (sentenza n. 146 del 2024, punto 8 del Considerato in diritto), di cui i singoli giudici e questa Corte sono egualmente garanti»⁴³⁶. Non solo ma al contempo, per l'appunto sotto il profilo della «certezza e della sua uniforme applicazione», si ritiene che il sindacato costituzionale vada ad offrire «un *surplus* di garanzia al primato del diritto dell'Unione europea», giacché consente di rimuovere dall'ordinamento, con l'efficacia vincolante propria delle sentenze di accoglimento, quelle norme che siano in contrasto con il diritto dell'Unione europea⁴³⁷.

⁴³³ In particolare l'assenza di menzione si evidenzia nella pronuncia n. 181/2024, apparendo un fatto sorprendente per una pronuncia «che ambisce a fornire una ricostruzione di ampio respiro dei presupposti teorici e delle implicazioni pratiche del principio del primato del diritto europeo». Così, R. MASTROIANNI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 2024 in tema di rapporti tra ordinamenti, ovvero la scomparsa dell'articolo 11 della Costituzione*, in AISDUE, 2025, 21 ss.

⁴³⁴ N. MACCORMICK, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in *The Modern Law Review*, 2002, 317.

⁴³⁵ In questo senso critico, ritenendo che la CUGE «è andata troppo oltre nel suo zelo integrazionista e ha portato la dottrina della supremazia assoluta» del diritto dell'Unione «a un punto che sarebbe giustificabile solo in uno Stato federale e in uno Stato federale con tendenza centralizzatrice», v. J. MIRANDA, *Anotação ao artigo 8*, in *Constituição Portuguesa*, cit., 174.

⁴³⁶ Corte cost. 181/2024, p. 6.5 del *Cons. in diritto*.

⁴³⁷ *Ibidem*.

CAPITOLO III

LA CERTEZZA DEL DIRITTO E LA STABILITÀ (RELATIVA) SECONDO L'ABILITAZIONE NORMATIVA E IL MODO DI MODIFICAZIONE DELLE NORME INTERNE

SOMMARIO: 1. La certezza “oggettiva” del diritto, gli strumenti di stabilità e la tutela dei diritti fondamentali. – 1.1 Il principio di legalità. Le nuove trasformazioni in atto e il rapporto con le fonti sovranazionali – 1.2 La “recessione” dei legislatori e la preminenza delle Corti. – 2. Il livello di maggiore stabilità costituzionale nel rapporto con la fonte “legge”. L’ordinamento portoghese, spagnolo e tedesco. – 2.1 Le Costituzioni con minor grado di stabilità. L’ipotesi francese e italiana. – 3. La riserva di legge come certezza del diritto a tutela dei diritti fondamentali ai vari gradi di stabilità. – 3.1 La riserva di legge nell’ordinamento portoghese e la determinazione delle materie. – 3.2 Il caso francese e la competenza ripartita tra parlamento e governo. – 3.3 La riserva di legge nelle costituzioni spagnola, italiana e tedesca. – 3.3.1 La *Wesentlichkeitstheorie*. – 4. La stabilità della “essenza” dei diritti fondamentali. Il caso della Germania, Portogallo e Spagna. – 5 I principi e i diritti fondamentali ai gradi di maggiore stabilità. Le garanzie di eternità e i limiti assoluti impliciti tra potere costituente e gerarchizzazione dei valori costituzionali. – 5.1 Le clausole di “eternità” nelle Costituzioni portoghese e tedesca. – 5.2 La “stabilità” limitata alla forma di governo repubblicana nelle ipotesi francese e italiana. I limiti impliciti. – 5.3 La costituzione spagnola e l’assenza di clausole formali di intangibilità. – 6. Alcune considerazioni finali.

1. La certezza “oggettiva” del diritto, gli strumenti di stabilità e la tutela dei diritti fondamentali.

La certezza del diritto intesa in senso oggettivo-strutturale come sistema giuridico che organizza la possibilità – o meno - di modificare le norme vigenti, garantendo un certo grado di stabilità della norma/diritto e coerenza sistemica, evitando cambiamenti nel breve tempo, vede come essenziale, alla luce del criterio di competenza come autorizzazione alla produzione normativa, il principio di legalità e con

questo quello della riserva di legge. Questi due istituti, mirando a rispondere all'esigenza di certezza allorché si determina con più o meno elevato grado di precisione e in anticipo gli atti regolari degli organi chiamati ad applicare la legge, costituiscono, si potrebbe ritenere in una certa misura, il primo grado di certezza oggettiva.

Oltre a questi istituti quali strumenti funzionali alla struttura normativa nonché alla sua "relativa" stabilità e che potremo dire "ordinari" giacché presenti, in qualche modo, in tutti gli ordinamenti costituzionali democratici liberali dell'Europa occidentale, alcune Costituzioni prevedono meccanismi in più. Questi strumenti, sempre sotto il profilo formale-strutturale, sono volti ad irrigidire ulteriormente il diritto rendendo più complesse le sue modifiche e così assicurando un grado di certezza e stabilità maggiore soprattutto nell'ambito dei diritti fondamentali.

Questi ultimi, rappresentando un valore giuridico oggettivo della Costituzione, richiedono che l'ordinamento costituzionale li protegga da eventuali violazioni dei poteri attraverso strutture organizzative e procedurali che ne garantiscano l'osservanza e la realizzazione, attribuendo ai destinatari una certezza oggettiva. I diritti fondamentali, se vedono così, in una prima fase, delle carte costituzionali contenere un catalogo dei diritti la cui determinazione esatta viene affidata al legislatore, diventano, in un secondo momento, materia riservata in virtù di un criterio che varia a seconda della riserva di legge. In un momento successivo, ancora, considerabile il terzo in questa analisi delle dinamiche dello sviluppo dei diritti, a seguito della seconda guerra mondiale e della previsione del sindacato di costituzionalità, alcune costituzioni si arricchiscono di formule dirette a porre, con l'abilitazione alla disciplina, un limite allo stesso legislatore attraverso la tutela "rafforzata" di un contenuto essenziale dei diritti fondamentali. Questi diritti, si anticipa qui, seppure tutelati al fine di assicurare maggiore stabilità nel loro nucleo essenziale, non saranno comunque sottratti dal tentativo, avviato soprattutto dalle Corti costituzionali in un quarto periodo, di trovare una "graduazione" della protezione dei diritti, ricorrendo, come pure si vedrà, alla teoria della «proporzionalità».

Alla luce di questa breve premessa, in questa parte del lavoro, partendosi dall'esame del principio di legalità e della riserve di legge, legate specificamente all'autorizzazione alla produzione normativa, si pas-

serà allora all'analisi di quegli istituti previsti al fine di garantire, di volta in volta, una maggiore stabilità ai diritti fondamentali rispetto allo stesso principio di legalità, pur essendo a questo riconducibili costituendo una sua declinazione: è questo il caso, ad esempio, delle "questioni essenziali" e dell'assegnazione al Parlamento di quelle aree di regolamentazione ritenute essenziali per la realizzazione dei diritti fondamentali, sottraendole ai poteri dell'amministrazione. Altro istituto, oggetto specifica di disamina in questo capitolo, è poi quello cosiddetto dell'essenza dei diritti, di cui si faceva cenno. Così, infine, sono anche i principi fondamentali costituenti limiti espliciti e impliciti alla revisione costituzionale e, con questi, le cosiddette clausole di eternità volte a sottrarre il relativo contenuto da qualsiasi modifica anche costituzionale, garantendo in ultimo l'irrigidimento e la stabilità del diritto al massimo grado.

1.1. Il principio di legalità. Le nuove trasformazioni in atto e il rapporto con le fonti sovranazionali.

Ai fini dei parametri della certezza il principio di legalità, inteso come abilitazione a produrre norme quale prefissata in un sistema gerarchico, assicura un certo grado di stabilità a seconda dello specifico modo di modificazione che sia per via diretta – ovvero operata dallo stesso organo, quale, ad esempio, il legislatore da intendere questo, e anche su questo sarà opportuno indagare, in senso *lato* oppure *stricto sensu* – o in via indiretta attraverso un atto derogatorio dotato di forza superiore o un atto di controllo. Questi sono tutti profili su cui in questa parte del lavoro, riguardante più specificamente il rapporto tra fonti del diritto interno, sarà opportuno concentrare la nostra attenzione.

In generale, il principio di legalità può essere considerato come un istituto posto a garanzia dei singoli di fronte soprattutto agli atti singoli e concreti delle pubbliche autorità, configurandosi spesso, sotto il profilo del modo di produzione, come un principio «strettamente connesso al principio della certezza del diritto»¹. Storicamente è andato tuttavia assumendo un senso variabile. Inteso come supremazia della legge (ossia, preferenza della legge) laddove un atto amministrativo non può

¹ Così, specificamente nel caso spagnolo, STC, 29 giugno 2021, n. 474, FJ 6.

contraddire la legge, questo principio non si mostra più invero, nello stato di diritto costituzionale, con un'accezione esclusivamente negativa come era invece nello Stato liberale, cominciando ad assumere una connotazione positiva e venendo ad acquistare, secondo la concezione sviluppatasi nell'Europa continentale e in particolare in Germania, una duplice declinazione. Oltre a quella di non contrarietà alla legge, si aggiunge l'accezione di riserva di legge² per cui determinati ambiti possono essere disciplinati soltanto dalla legge, restando esclusi i regolamenti dell'esecutivo.

La differenza tra l'istituto della riserva di legge e il principio di legalità si rivela così sottile.

Guardandosi alle formule dal punto di vista procedurale-organizzativo e quindi alla distribuzione delle competenze/abilitazione, si può ascrivere la distinzione al fatto che in un caso, quello del principio di legalità, la norma opera in particolare rispetto all'azione amministrativa di cui costituisce il fondamento, il criterio e il limite³ come anche, al contempo, dell'autorità, nell'ipotesi invece della riserva di legge, si vuole qualcosa di ulteriore. In quest'ultimo caso, si richiede in più che sia la legge a «regolare essa stessa in tutto o in parte, ma comunque in modo sufficientemente preciso così da limitare la discrezionalità amministrativa, le materie che sono oggetto»⁴, in particolare nel caso dei diritti fondamentali. Si passa così dalla legalità (solo) formale alla legalità (anche) sostanziale, che vincola il potere legislativo non solo nella forma ma anche quanto al rispetto di determinati contenuti predefiniti nelle norme ad esso sovraordinati⁵, soprattutto allorché si tratta di diritti e libertà fondamentali. Questi ultimi intesi,

² Cfr. T. WÜLFING, *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken*, Berlino 1981. Così, anche J. TRÉMEAU, *La réserve de loi: Compétence législative et constitution*, Paris 1997 nonché, per la letteratura italiana recente, G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovratatuali*, Torino, 2019.

³ In questo senso anche M. JOÃO ESTORNINHO, *A fuga para o direito privado*, Coimbra, 1999, 55 nonché D. FREITAS DO AMARAL, J. CAUPERS, J. MARTINS CLARO, J. RAPOSO, *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, 2007, Coimbra, 40 ss.

⁴ Così, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative*, Torino, 1984, 58.

⁵ Vedi, in particolare, L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007, vol. I, Teoria del diritto, 17.

nelle costituzioni adottate a seguito della seconda guerra mondiale, come valori da preservare con una certa stabilità nel tempo, non sono più rimessi alla completa decisione del legislatore ma diventano materia riservata, «tecnicamente limitazioni della competenza dello stesso legislatore»⁶, in virtù di un criterio che varia a seconda della riserva di legge diretto ad assicurare, come vedremo, una maggiore certezza, per arrivare, in un momento successivo, ad essere ritenuti talmente rilevanti, quanto meno sotto il profilo della necessità di preservare il loro nucleo fondamentale, da essere preservati in alcune costituzioni dall'intervento dello stesso legislatore ordinario.

In ogni caso, questo principio, tornando più specificamente alla legalità, va di nuovo assumendo, da qualche decennio in qua, connotazioni specifiche con importanti cambiamenti determinati per lo più dal “depotenziamento” del diritto.

Diverse sono le cause della decadenza della legge. Sotto l'aspetto più strettamente strutturale, si può evidenziare senza dubbio la crisi della sua qualità⁷, della rappresentanza, della legittimità parlamentare, nonché anche, sotto il profilo delle fonti del diritto, la sua concorrenza con una pluralità di altre fonti ed istituzioni in rete⁸ (secondo l'idea di un costituzionalismo “multilivello”⁹ o “cosmopolita”¹⁰ che si è andata

⁶ Così, O. PFERSMANN, E. IMPARATO, *L'emergenza nello stato di diritto democratico. Una prima tassonomia della distribuzione delle competenze secondo il modo di produzione*, in *federalismi.it* 15/2023, 178.

⁷ V., in merito, M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana e non solo*, in *RivistaAIC*, 2012, 4. L'A collega la crisi della legge e quella della qualità ad «un parallelo abbassamento della qualità della classe politica e degli stessi apparati serventi della politica (...). E il difetto di qualità della legge non si è riflesso solo nella sua difficile leggibilità, ma anche e soprattutto nella sua credibilità».

⁸ Su questa idea di “rete” in Europa che si spinge al punto di ritenere le costituzioni nazionali «come elementi di una rete costituzionale europea» per cui «la questione della compatibilità da parte di ogni singola Corte costituzionale non può essere fatta senza tenere conto di ciò che le costituzioni nazionali hanno in comune con le costituzioni europee», si v. I. PERNICE, *La Rete Europea di Costituzionalità – Der Europäische Verfassungsverbund und die Netzwerktheorie*, in *ZaöRV* 70, 2010, 51, 52.

⁹ Secondo la nota definizione di N. WALKER, *Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate*, European Institute, London, 2009.

¹⁰ Così, A. DE JULIOS-CAMPUZANO, *El Horizonte constitucional. Ciencia jurídica, Derechos humanos y constitucionalismo cosmopolita*, Madrid, 2014, 405.

affermando nel tempo), fonti specificamente di natura internazionale oppure europee¹¹, sia pure nel primo caso con minore effetti sul principio di legalità, giacché generalmente, salvo eccezioni, non si accorda grado costituzionale alle fonti internazionali. Anche quando poi, come visto nel caso lusitano¹², espressamente si prevede nella stessa Costituzione, oltre all'interpretazione conforme, l'integrazione con i diritti previsti dal diritto internazionale con possibile ampliamento del contenuto costituzionale, si esclude tuttavia la valutazione se non «aggiungono nulla a quanto già contenuto nella Costituzione», salvaguardando così, conseguentemente, la riserva di legge, presente allorché la «costituzione deliberatamente e intenzionalmente lascia dipendente l'attuazione di un certo principio o diritto da esso riconosciuto, ovvero rimanda al legislatore»¹³. Peraltro, a livello internazionale, il principio di legalità se è anche in generale accolto assume valenze diverse.

In ambito CEDU, questa nozione, pure recepita all'art. 7, par. 1, della Carta europea dei diritti dell'uomo, non appare accolta in senso formale. Piuttosto essa sembra intesa nella sua accezione materiale¹⁴: la legge, per sua natura tenuta a dettare norme generali e astratte, non può essere redatta, ad avviso della Corte europea dei diritti dell'uomo, in modo tale da garantire una «certezza assoluta» e «coprire ogni even-tualità», con «il rischio che la preoccupazione della certezza generi un'eccessiva rigidità», risultando perciò necessarie altre fonti che la in-

¹¹ Si rinvia sul punto nonché sulla differenza quanto all'evoluzione del principio tra i Paesi appartenenti all'area di *civil law* e a quella di *common law*, a A. PIZZORUSO, *Fonti, procedure ed attuazione delle leggi in Italia*, in *Quaderno Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 1995, n.6, 118. Peraltro anche nella dottrina francese si esprime perplessità quanto alla capacità delle autorità europee di produrre atti superiori alle leggi parlamentari, sostenendosi addirittura, richiamandosi all'art. 6 della *Déclaration des droits de l'homme* che presume la volontà sovrana, «ou bien la loi nationale n'est plus l'expression de la volonté du peuple ou bien le peuple n'est pas souverain». Cfr. M. TROPER, *En guise d'introduction: La théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n. 9, 93.

¹² TC 160/95, 15 marzo 1995, p. 11.

¹³ TC 90/84, 30 luglio 1984, p. 4.

¹⁴ Così, R. CHENAL, *Il principio di legalità e la centralità dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Fattore tempo e diritti fondamentali. Corte di cassazione e CEDU a confronto*, Roma, 2017, 64.

tegrano e lasciano alle autorità un certo margine di discrezionalità¹⁵. Il discorso cambia tuttavia notevolmente, quanto agli effetti negativi sul principio di legalità, nel caso dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea il cui primato, come visto, finisce con l'avere un impatto importante anche sulle norme costituzionali¹⁶, salvo i limiti eventualmente posti, come già evidenziato, dai giudici nazionali attraverso la clausola dei "controlimiti".

Se il principio di legalità e, come meglio vedremo, la riserva di legge non sembrano perdere di senso di fronte alle norme CEDU e alla loro tutela dei diritti fondamentale, derivando, in definitiva, da queste certamente obblighi per gli Stati contraenti, ma non già, salvo eccezioni, «l'incorporazione dell'ordinamento giuridico in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, *omisso medio*, per tutte le autorità interne degli Stati membri»¹⁷, le cose si mostrano differenti rispetto alle fonti dell'Unione europea ritenute ben in grado, dalle stesse Corti costituzionali e in particolare da quella italiana¹⁸, di intervenire in ambiti riservati alla legge. Le carte Costituzionali non sembrano essere così più in grado, in alcune ipotesi, di assolvere al «compito loro spettante in fatto di fonti»¹⁹, quantomeno in via esclusiva: stante livelli sovranazionali in coordinamento, pur contenendo principi e riserve, esse non verrebbero violati da atti, a cui pure, in generale, si ascrive natura di "atti aventi forza e valore di legge" o comunque, nel caso spagnolo, "infra-costituzionale": questi atti, quali emanati formalmente da «una fonte di produzione autonoma,

¹⁵ Corte EDU, *Silver e altri c. Regno Unito*, 25 marzo 1983, n. 7136/75, par. 88.

¹⁶ V. C. YANNAKOPOULOS, *L'influence du droit de l'Union européenne sur le système de contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois: les paradigmes français et grec*, in *RFDCl*, 2012, 537 ss.

¹⁷ Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348.

¹⁸ Corte cost., 18 dicembre 1973, n. 183, p. 8 del *Cons. in diritto*. Questa pronuncia si è rivelata "cruciale" non soltanto ai fini dell'elaborazione della c.d. "dottrina dei controlimiti", ma anche al fine della definizione, come suddetto, del rapporto tra riserve di legge e fonti europee. V., in merito, P. BARILE, *Il cammino*, cit., 2416.

¹⁹ Sulla tesi che «le Carte costituzionali italiane, vale a dire le Costituzioni in senso formale del termine, non abbiano pienamente assolto – né ieri né oggi – il compito loro spettante in fatto di fonti» v. L. PALADIN, *Saggio sulle fonti del diritto italiano: le problematiche della definizione e dell'individuazione*, in *Quad. cost.*, 1983, 229.

propria di un ordinamento distinto da quello interno», sul piano sostanziale non comportano la violazione della garanzia della riserva «dal momento che i regolamenti comunitari debbono statutariamente corrispondere ai principi e criteri direttivi stabiliti dal Trattato istitutivo della Comunità»²⁰. Questo porta addirittura alcuni studiosi a parlare di «dipendenza reciproca»²¹ cosicché la legittimità di un atto «non deriva solo dal suo ordinamento giuridico costitutivo, ma anche dal contesto più ampio»²².

A livello di diritto comunitario il principio di legalità, sia pure specificamente dei reati e delle pene, è poi senza dubbio accolto in particolare all'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, per quanto inteso in senso restrittivo. Solo di recente infatti, a seguito peraltro di un tormentato percorso, arriva ad essere inteso in quell'accezione più ampia che vuole salvaguardate le relative garanzie «di prevedibilità, determinatezza e irretroattività» della legge applicabile²³. La Corte di giustizia, accogliendo l'invito al dialogo formulato

²⁰ Corte cost. 183/1973, p. 8 del *Cons. in diritto*. Su questa pronuncia e sul punto rapporto tra fonti, v., anche R. Monaco, *Sulla recente giurisprudenza costituzionale e comunitaria in tema di rapporti fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. dir. eur.*, 1978, 287 ss.

²¹ Così, C. GRABENWARTER, *National Constitutional Law Relating to the European Union*, in A. VON BOGDANDY AND J. BAST (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2009, 85.

²² Cfr. A. VON BOGDANDY, *The transformation of European law: the reformed concept and its quest for comparison*, MPIL Research paper series, 2016, 17.

²³ CGUE (Grande sezione), 5 dicembre 2017, causa C-42/17, *M.A. S. e M. B.*, par. 53. La Corte costituzionale italiana, a sua volta sollecitata, aveva chiesto al giudice europeo, con ordinanza n. 24/2017, di chiarire la portata della sentenza *Taricco* (causa C-105/14, 8 settembre 2015) al fine di escludere che l'art. 325 TFUE, come interpretato nella stessa sentenza *Taricco*, comportasse l'ingresso nell'ordinamento giuridico di una regola in conflitto con il principio di legalità in materia penale quale sancito dall'art. 25 della Costituzione. La pronuncia costituzionale ha aperto un ampio dibattito. Anche in questo caso gli scritti sono tantissimi. Volendosi rinviare solo ai primi commenti si veda, *ex multis*, A. MASSARO, *Taricco 2 – Il ritorno (sui propri passi?)*. I controlimiti come questione che “spetta ai giudici nazionali”: cambiano i protagonisti, ma la saga continua, in *Giur. pen.*, 2017; M. BASSINI, O. POLLICINO, *Defusing the Taricco bomb through fostering constitutional tolerance: all roads lead to Rome*, in *VerfBlog*, 2017, <http://verfassungsblog.de>; C. CUPELLI, *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir. pen. contemp.*, 2017 nonché, in genera-

dalla Corte costituzionale italiana, al fine di evitare l'opposizione dei controlimiti tesi a neutralizzare il primato del diritto UE²⁴, sembra raggiungere un equilibrio, sia pure alquanto precario, riconoscendo agli Stati membri un maggior margine di manovra in merito alla legalità rispetto al passato. In nome della «certezza del diritto» nonché del principio di legalità, si ritiene che le conseguenze pratiche del primato del diritto UE, nei singoli casi, debbano essere «controbilanciate e armonizzate»²⁵ con questi stessi valori, ben potendo gli Stati accordare un livello di tutela maggiore e quindi un grado di stabilità maggiore, in base alle proprie Costituzioni nazionali, rispetto a quanto previsto dalla Carta, ai diritti fondamentali nonché al principio di legalità come ivi inteso, con i suoi corollari.

A tutte queste ragioni relative all'apparente indebolimento del principio si deve aggiungere ancora, infine, anche il non meno importante motivo di crisi della legalità ordinaria dato dall'affiancamento del piano della «legalità legale»²⁶ a quello della legalità costituzionale, piani intesi, soprattutto dai giudici, come separati.

1.2. La “recessione” dei legislatori e la preminenza delle Corti.

In questo nuovo contesto si va accordando un ruolo preminente, rispetto allo stesso legislatore, alle Corti costituzionali che sempre più, come emerge anche in questo lavoro, assumono una valenza politica-legislativa²⁷, fissando talvolta principi oltre il testo Costituzionale, alla

le, AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, A. Bernardi (a cura di), Napoli, 2017.

²⁴ Così, A. F. MASIERO, *Le soglie di punibilità dei reati tributari al vaglio della Corte di giustizia*, in *Giur. it.*, 2018, 2741.

²⁵ Cfr. Conclusioni dell'Avv. Gen. M. Bobek, presentate il 13 luglio 2017 nella causa C-574/15, par. 144, a seguito di domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal GIP presso il Tribunale di Varese con riferimento alla compatibilità della modifica introdotta dal d. lgs. 24 settembre 2015, n. 158 all'art. 10-ter del d. lgs. n. 74 del 2000, che ha innalzato la soglia di punibilità per la fattispecie di omesso versamento IVA, con l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, l'articolo 325 TFUE, la direttiva IVA e la Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee.

²⁶ Così, M. LUCIANI, *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, vol. II, 501.

²⁷ La funzione collaterale della Corte costituzionale, rispetto alla legislazione par-

luce di prassi interpretative, consuetudini costituzionali, convenzioni della costituzione e giurisprudenziali raccordate a quello stesso testo costituzionale²⁸, quale diritto costituzionale “vivente”. Anche i giudici comuni peraltro, attraverso l’interpretazione cd. adeguatrice²⁹, concorrendo in «funzione servente»³⁰ all’esercizio della giurisdizione costituzionale, vanno assumendo il ruolo di giudici dei diritti piuttosto che della legalità³¹, in una logica di attivismo giuridico, o meglio, per richiamare Slaughter, di «globalizzazione giudiziaria»³². Questo non sempre comporta però una maggiore certezza/stabilità dei diritti fondamentali.

Questi ultimi, invero, non sono più interpretati come valori normativi posti da decisioni oggettive costituzionalizzate ma come norme soggette a ponderazione/bilanciamento. Questo se comporta una crisi

lamentare, «non toglie che essa abbia e non possa non manifestare una sua valenza politico-legislativa», per cui si va costruendo e rafforzando «il suo ruolo politico di mediatrice degli interessi sostanziali e di moderatrice dei conflitti». F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. BARILE E. CHELI. S. GRASSI (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982, 19 ss.

²⁸ S. S. BARTOLE, *Considerazioni in tema, op. ult. cit.*, 342.

²⁹ Sul punto la letteratura italiana è vastissima. Si richiama tuttavia qui in particolare lo scritto di Guastini che critica l’interpretazione adeguatrice «almeno ogniqualvolta non sia conforme al senso comune delle parole e/o all’intenzione del legislatore – è frutto di una scelta discrezionale: altamente discutibile, peraltro, sia sotto il profilo della legalità, sia sotto quello della opportunità politica». Così, R. GUASTINI, *Specificità dell’interpretazione costituzionale?*, in *Analisi e diritto* 1996. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1996.

³⁰ Così, R. TARCHI, *Il ricorso diretto individuale a tutela dei diritti fondamentali: prospettiva comparata e sistema italiano di giustizia costituzionale*, in R. TARCHI (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Torino, 2012, 3 ss.

³¹ Sul rapporto fra giudice e legislatore e, in particolare, sull’accentuazione del ruolo di «giudice dei diritti» rispetto a quello di «giudice della legalità», v. F. G. PIZZETTI, *Il giudice nell’ordinamento complesso*, Milano, 2003, 225 ss. Ancor prima sulla crisi della legalità a fronte di giudici che non si limitano ad «applicare» la norma, S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.* XXIII, 1973, 672 ss.

³² Cfr. A. M. SLAUGHTER, *A Global Community of Courts*, in *Harvard International Law Journal*, 2003, 44, laddove, peraltro, in una prospettiva di una giurisprudenza costituzionale mondiale, si evidenzia l’uso di argomenti di diritto comparato nell’interpretazione dei diritti fondamentali.

del dato normativo formale a favore di una soggettiva decisione da parte dei giudici e della “valutazione” quanto all’identificazione del contenuto contribuisce, al contempo, a rafforzare il ruolo dei giudici a discapito della “legge” di qualunque grado esso sia.

Si tratta del noto e annoso dibattito relativo all’accettabilità e ai limiti della funzione creativa del diritto da parte delle Corti che, attraverso il richiamo alla Costituzione e ai principi in essa più o meno contenuti, pongono in essere, contro un’interpretazione formale del diritto connessa all’esigenza di certezza del diritto³³, la grande trasformazione del ruolo del diritto nelle moderne società del benessere³⁴. La convergenza tra legislatore e Corti costituzionali comporta inevitabilmente il rischio di passare, a detta di alcuni, dalla «giurisdizione applicativa della legge alla giurisdizione costituzionale», ovvero dallo Stato costituzionale allo Stato giurisdizionale³⁵.

Questo peraltro è rispetto non solo al piano interno ma anche a quello esterno teso in particolare alla realizzazione dell’ordinamento comunitario. In nome di questa costruzione e del principio del primato del diritto europeo a scapito tuttavia della legge, si tende non solo a derogare in diversi casi, unitamente al principio di legalità, all’istituto della riserva di legge ma anche ad accordare sempre più rilievo, con le fonti europee, alle Corti sovranazionali. Queste ultime, dal canto loro, come è in particolare nel caso della Corte di giustizia³⁶, adottano decisioni che vedono giudici interni, stante il valore vincolante del precedente in senso verticale, obbligati ad osservare, a prescindere dal giudice che ha sollevato l’istanza, mostrando così una convergenza sem-

³³ Così, R. ROMBOLI, *Il ruolo del giudice in rapporto all’evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell’ordinamento giudiziario*, in *Quaderno del Seminario* 2005, Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Torino.

³⁴ Cfr. M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?* Milano, 1984, 22 ss.

³⁵ E. W. BÖCKENFÖRDE, cit., 25.

³⁶ «Se per un verso a ciascun giudice nazionale è consentito di interagire «direttamente» con la Corte comunitaria, richiedendone una pronuncia, per altro verso, la risposta in termini di diritto giurisprudenziale che la Corte comunitaria elabora non si rivolge soltanto al giudice che ha sollevato l’istanza, ma ha ricadute ed effetti potenzialmente su tutti gli altri giudici e sulla loro giurisprudenza, vuoi dello stesso, vuoi degli altri ordinamenti giuridici degli Stati membri». Cfr. F. G. PIZZETTI, cit., 2003, 306.

pre più forte verso un modello di giustizia di tipo americano³⁷. In una rete di fonti del diritto divenuta complessa con un'integrazione «inarrestabile»³⁸ di fonti normative interne - a loro volta spesso in concorrenza con altre, per lo più regolamentari, incompatibili in teoria con il principio di legalità - con quelle sovranazionali e internazionali, sono divenuti preminenti, oltre al diritto normativo oggettivo, i diritti individuali e, con questi, le relative Carte e Tribunali di tutela.

Nell'epoca attuale, a fronte del declino del ruolo dei legislatori nazionali con il contemporaneo crescente protagonismo dei giudici e delle fonti sovranazionali, secondo una tendenza generale non riguardante solo l'Italia³⁹ ma anche altri Paesi, principi consolidati su cui pure si fondano le democrazie moderne, come quello di legalità e quindi anche quello della certezza del diritto, potrebbero sembrare ormai privi di rilevanza.

Il nostro lavoro, muovendo dal presupposto teorico che un ordinamento costituzionale continua a vedere come indispensabile l'insieme di regole che consentono di ordinare, gerarchicamente, i modi di produzione normativa⁴⁰, assume di dover ancora tenere ferma quella distinzione tra piani costituente uno dei caposaldi dello stato di diritto costituzionale, ovvero tra il sistema delle fonti, da una parte, e l'interpretazione e la sua teoria dall'altra. In quest'ultimo caso, l'internazionalizzazione dei diritti fondamentali con le sue Corti, non arriva di certo a “cancellare” il ruolo e l'importanza dei Tribunali nazionali, pure chiamati ad accordare tutela ai diritti, alla luce della Costituzione e delle leggi, nonché, eventualmente, del diritto dell'Unione

³⁷ Si veda su questo punto in una prospettiva comparata rispetto alle corti costituzionali, F. SEGADO, *La justicia constitucional en el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, 2004 in part. 52.

³⁸ Così, A. RUGGERI, *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?* in *Osservatorio sulle fonti*, 2021, II, 596.

³⁹ V., in proposito, specificamente, R. TARCHI, *Democrazia e istituzioni di garanzia*, in *RivistaAIC*, 2018, 983, laddove poi si illustrano le cause che «forse sono rimaste più in ombra» legate all'aumento della complessità sociale nonché all'esistenza di ordinamenti sovranazionali ove la funzione giurisdizionale assume un ruolo predominante.

⁴⁰ V., in particolare, O. PFERSMANN, E. IMPARATO, *L'emergenza nello stato di diritto democratico*, cit., 161.

europea⁴¹. In ogni caso è evidente che il diritto costituzionale non è automaticamente annullato, vedendo ancora come primo protagonista, quanto meno sotto il profilo cronologico, le Corti nazionali⁴².

Nel quadro di questo processo di trasformazione, ancora in atto, volto alla evidente decostruzione del principio di legalità, inteso come strumento privilegiato di limitazione del potere pubblico⁴³, accompagnato dal valore della costituzionalità, si ritiene allora che ad oggi non si è ancora arrivati alla sua totale negazione ben restando, con il suo richiamo esplicito in alcune carte costituzionali, quella concezione che vuole la norma giuridica interna trovare propriamente la sua fonte di produzione nella legge (e negli atti equiparati), in atti, cioè, di competenza esclusiva degli organi del potere legislativo.

Il principio di legalità, come quello della riserva di legge a questo connesso, continua ad essere uno dei classici pilastri degli ordinamenti costituzionali senza dubbio dell'Europa continentale, ordinamenti che restano influenzati, come vedremo, da una prospettiva positivistica del diritto, in un'ottica di garanzie di sistema. I mutamenti in atto, per quanto possano sollecitare l'ordinamento costituzionale, non giungono allora a porre fine alle «costruzioni teoriche generali, così perfette talora da rendere difficile persino riproporne l'essenza, che non richiedono rielaborazioni e fanno quasi da premessa al tema»⁴⁴.

Secondo una tesi ampiamente sostenuta a cui si aderisce⁴⁵, non può esistere un sistema formale organizzato, in senso prescrittivo, delle fonti normative, queste ultime ancorate alla legislazione, con possibilità di modificare nel tempo e di concretizzarle nei casi concreti, senza il collegamento tra fonte del diritto e principio democratico, separazione dei poteri nonché, ancora, soggezione del giudice alla legge. In questo scritto l'analisi ricostruttiva della nozione di legalità e dei suoi corollari come prevedibilità e certezza, trova la sua centralità insomma non già nel livello di tutela dei diritti del caso concreto, come avviene innanzi

⁴¹ Così, G. LATTANZI, cit., 417

⁴² *Ibidem*.

⁴³ R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Quarta edizione, 1994, 89.

⁴⁴ Così, L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, Milano, 2008, 537.

⁴⁵ V., tra gli altri, R. BIN, *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021, 7 ss.

alla Corte europea, ma nella teoria delle fonti del diritto e nell'assetto istituzionale.

Pur sullo sfondo allora delle problematiche di cui si è fatto cenno, si cercherà di verificarne il permanere dell'attualità del principio alla luce innanzitutto dei testi costituzionali e poi della giurisprudenza costituzionale, partendo da quelle carte costituzionali che, nel tentativo di assicurare maggiore stabilità all'ordinamento, dettano principi e disposizioni disciplinanti il rapporto tra fonti interne ovvero i "principi giuridici della legislazione" intesi, in particolare dal giudice costituzionale lusitano, come «veri e propri imperativi costituzionali, postulando il loro rispetto da parte del legislatore come principi materiali inerenti allo Stato di diritto democratico»⁴⁶. Il legame è appunto tra determinazione intesa come "precisione" delle leggi e riserva di legge. Come si vedrà rilevante si mostrerà l'intervento dei giudici costituzionali che dal canto loro talora, pur nell'intento di affermare il principio di legalità, finiscono poi di contro con il contribuire ad accrescere l'idea di costituzionalismo quale corroborata dal richiamo a valori fondamentali assunti dalla Costituzione grazie a un'interpretazione decisamente ampia di quest'ultima⁴⁷. Ovviamente questa ricostruzione può variare anche a seconda del rapporto del giudice costituzionale con i giudici ordinari. Ci sono invero ordinamenti, come è quello francese, in cui il giudice costituzionale, ma solo allorché effettua un controllo *a priori*, non può imporre le sue interpretazioni ai tribunali ordinari chiamati a controllare la legittimità e la costituzionalità dei soli atti amministrativi e giurisdizionali nonché della legge rispetto alla Convenzione europea⁴⁸. Chiaramente in questa ipotesi il giudice costituzionale, alimentando una tensione tra giustizia costituzionale, giudici e parlamento democraticamente legittimato che si rivela più ridotta rispetto ad altri ordinamenti, concorre in misura minore a quella funzione di accrescimento del ruolo dei giudici costituzionali e del processo di costituzio-

⁴⁶ TC 285/1992, 17 agosto 1992 n. 285, p. 5.

⁴⁷ In questo senso, vedi anche, L. FAVOREU, *Légalité et constitutionnalité*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 3, 1997.

⁴⁸ Cons. const., 15 gennaio 1975, n. 74-54 DC, cons. 5 laddove si sostiene fermamente che «non spetta al Consiglio costituzionale, quando gli viene demandato ai sensi dell'articolo 61 della Costituzione, esaminare la conformità di una legge alle disposizioni di un trattato o di un accordo internazionale».

nalità quale invece risulta ben sviluppata in altri sistemi giuridici incluso quello italiano. Tutto questo salvo non si tratti, sempre nel caso francese, di lesione di “diritti e libertà garantiti dalla Costituzione”: a seguito della riforma costituzionale del 2008, si possono utilizzare in tal caso, ai sensi dell’art. 61-1 Cost., anche nell’ordinamento francese, meccanismi simili a quelli di cui dispongono i giudici costituzionali tedesco, spagnolo o italiano, sia pure per il tramite del solo Consiglio di Stato o della Corte di cassazione. Si vuole in tal modo, sull’esempio di altri ordinamenti, riportandosi la Costituzione al vertice dell’ordinamento giuridico francese, consentire anche nel rapporto col diritto eurounitario⁴⁹, non solo la disapplicazione da parte dei giudici di una legge nazionale per motivi di incostituzionalità, ma anche invocare il rispetto della Costituzione dinanzi agli stessi⁵⁰.

2. Il livello di maggiore stabilità costituzionale nel rapporto con la fonte “legge”. L’ordinamento portoghese, spagnolo e tedesco.

Un richiamo espresso al principio di legalità è presente, a differenza delle altre costituzioni in questo libro esaminate che non lo menzionano affatto, nella carta costituzionale spagnola nonché in quella portoghese e in particolare, rispettivamente, all’art 9, c. 3, Cost. e all’art. 3, c. 2, Cost. Per quanto invocato in entrambe le carte quale principio fondamentale dell’ordinamento (nel caso spagnolo configurandosi addirittura come primo tra i principi enumerati nel precetto di cui all’art. 9, c. 3 Cost.), esso tuttavia non trova, come è del resto nel caso del principio della certezza del diritto sempre in queste carte proclamato, alcuna chiara indicazione quanto al contenuto, generando così dubbi sulla sua definizione ed estensione. In qualunque contesto il principio di legalità si mostra invero, come sostenuto anche in dottrina italiana,

⁴⁹ Sulle influenze del diritto dell’Unione europea e degli altri ordinamenti, v. C. YANAKOPOULOS, *L’influence du droit de l’Union européenne sur le contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois: les paradigmes français et grec*, in RFDC, 2012, 237.

⁵⁰ Evidenzia l’anomalia sotto questo profilo J. BONNET, *Le Juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d’un refus*, Paris, 2009, 520 ss.

non già un'idea «semplice»⁵¹, venendo inteso in modo non univoco dalla dottrina come anche dalla giurisprudenza, in particolare quanto alle sue possibili declinazioni. Letto tuttavia in combinato con altri principi costituzionali espressamente invocati, il principio di legalità può offrire in qualche caso delucidazioni in merito al regime tra fonti a supporto della certezza del diritto.

Nel caso della carta costituzionale lusitana, in maniera espressa si afferma, così, insieme alla «legalità democratica», anche la «supremazia della Costituzione» come puntualizzata poi, successivamente, dal richiamo al principio dell'ordine gerarchico. Qui invero non ci si limita a citare il principio, come è invece nella Costituzione spagnola che invoca in proposito una formula troppo generica («La Costituzione garantisce... la gerarchia normativa», *ex art. 9 Cost.*), ma si adotta una disposizione chiara che sottende l'esistenza di una struttura gerarchica e ben supporta quella lettura della legalità, in particolare “costituzionale”, declinata almeno in senso formale. Ivi si stabilisce espressamente, al terzo comma dell'art. 3, Cost., che «La validità delle leggi e degli altri atti dello Stato, delle regioni autonome, degli enti locali e di qualsiasi altro ente pubblico dipende dalla loro conformità alla Costituzione». Nel quadro di questa lettura sistemica delle disposizioni costituzionali, il principio di legalità, quale abilitazione alla produzione del diritto mediante atti legislativi, ovvero attraverso norme generali ed astratte, conformi alla forma-norma superiore quale è la costituzione, si configura così, in maniera più o meno esplicita, “fonte” di legittimazione del potere pubblico. Quest'ultimo è peraltro letto dal giudice costituzionale lusitano alla luce anche di altre disposizioni costituzionali, vale a dire, oltre a quella di cui all'art. 3 Cost., l'art. 2 riguardante, a dire del giudice costituzionale, il «principio della certezza del diritto inerente a uno Stato democratico di diritto» e l'art. 18, c. 3, contenente un «regime speciale a cui sono sottoposte le limitazioni dei diritti, delle libertà e delle garanzie»⁵². In quest'ottica il principio di legalità, se vede una certa discrezionalità nell'azione dell'amministrazione, richiede comunque norme giuridiche che contengano un «minimo di criteri oggettivi che delimitino il margine di libertà di scelta

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² TC 285/1992, cit., punto 5.

dell'amministrazione stessa», al fine di dare agli individui un «quadro giuridico chiaro e certo circa la prevedibilità delle opzioni dell'amministrazione» contemporaneamente indicando ai giudici sufficienti elementi oggettivi per emettere una sentenza «certa sulla legalità delle decisioni amministrative»⁵³. Particolare rilievo assumono qui tuttavia, come vedremo, ai fini della certezza del diritto, le espresse previsioni costituzionali che, attraverso l'individuazione di materie destinate al parlamento, riconoscono la competenza riservata al legislatore parlamentare. Contrariamente a quanto accade nella maggior parte delle democrazie costituzionali, nell'ordinamento costituzionale del Portogallo, come è del resto in quello francese, l'organo parlamentare e quello governativo hanno poteri legislativi concorrenti, ben godendo anche il Governo, secondo l'art. 198 Cost., di un'ordinaria competenza legislativa residuale.

Il legame del principio di legalità con la certezza del diritto e lo stato di diritto è posto in evidenza anche nel caso spagnolo.

Anche in quest'ultima ipotesi, secondo la dottrina, la *seguridad jurídica* si rivela come una «esigenza oggettiva» del riconoscimento della legalità⁵⁴, vale a dire come un interesse che trova la sua garanzia nel «principio di legalità»⁵⁵. Ciò è peraltro anche nella visione del giudice delle leggi, allorché il principio di legalità è considerato «dogma fondamentale di ogni sistema democratico» ove pure «il potere legislativo è subordinato alla Costituzione»⁵⁶. Questo principio, come nel sistema portoghese, deve essere letto in connessione con altre disposizioni regolanti i rapporti tra fonti e in particolare con l'art. 103, c. 1, Cost. sul regime delle fonti amministrative, contenente una norma che, peraltro, si ispira chiaramente, come si vedrà, al regime dettato dalla legge fondamentale tedesca all'art. 20, c. 3, senza tuttavia estenderlo anche alla magistratura⁵⁷: qui si specifica, invero, che l'amministrazione «agisce

⁵³ TC 285/1992, cit., punto 5.2.

⁵⁴ Cfr. M. R. PIÑERO Y BRAVO-FERRER, *Constitución, legalidad y seguridad jurídica*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997, 162.

⁵⁵ Così, J. REMÓN PEÑALVER, *La lucha por la seguridad jurídica*, in *Actualidad jurídica* Uría Menéndez, 2006, 66.

⁵⁶ STC, 29 luglio 1986, n. 108, FJ 18.

⁵⁷ In questi termini, in tono critico, E. G. DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, *Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y construc-*

(...) con piena soggezione alla legge e al diritto» come anche, più in generale, quanto alle funzioni esecutive e ai poteri regolamentari del Governo, esercitate, *ex art. 97 Cost.*, «in conformità alla Costituzione e alle leggi». Questo combinato di disposizioni se comporta così, da un lato, la sottomissione degli atti amministrativi specifici alle disposizioni vigenti di carattere generale implica anche, al contempo, che gli organi che dettano disposizioni generali siano sottoposti anch'essi all'ordine gerarchico delle fonti del diritto⁵⁸. In ogni caso, in questo assetto normativo costituzionale, la dottrina dei «poteri inerenti o impliciti», valida nell'ambito dell'organizzazione delle competenze territoriali tra Stato e Comunità autonome⁵⁹, risulta, come sostenuto dal *Tribunal constitucional*, «difficilmente concepibile nell'azione dei poteri strettamente sottoposti al principio di legalità, quali quello esecutivo e quello giudiziario»⁶⁰ che dovranno sempre trovare la loro fonte quanto meno formale nella legge.

Il disposto combinato di più articoli mostra in entrambe le carte costituzionali aspetti rilevanti.

Invero, sia nel caso lusitano che in quello spagnolo, seguendosi il costruito logico-giuridico garante della validità sistemica per cui gli atti giuridici conformi a quelli che li precedono nella sequenza sono atti da considerare validi e legittimi, si dà rilievo all'ordine gerarchico delle norme, trovando questa espressione non solo in principi ma anche in disposizioni specifiche sulla «conformità» di atti, al contempo, mostrandosi come un'esigenza costituzionale del principio di legalità. In una prima fase, come osserva specificamente la dottrina spagnola di quel tempo anche prima della costituzione del 1978, la legalità si configura come una «tecnica ineludibile del principio della certezza»⁶¹ al

tivas de la jurisprudencia en la Constitución, in M. DEL CARMEN IGLESIAS CANO, L. Díez DEL CORRAL (a cura di), *Historia y pensamiento: homenaje a Luis Díez del Corral*, Madrid, 1, 1987, 320.

⁵⁸ V., in merito, F. GARRIDO FALLA, *Artículo 9*, in F. GARRIDO FALLA [et al.] (a cura di), *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed. – Madrid, 2001, 155.

⁵⁹ Peraltro, come sottolineato dalla stessa Corte costituzionale spagnola, la sua estensione al campo delle relazioni tra organi costituzionali è molto dubbia. V., in merito, STC del 23 maggio 1985, n. 66, FJ 12.

⁶⁰ STC 108/1986, cit., FJ 25.

⁶¹ Così, S. DE BUJANDA, *Reflexiones sobre un sistema de Derecho tributario español*, in *Hacienda y Derecho*, III, Madrid, 1963, 320.

fine di limitare l'arbitrarietà degli organi statuali quale sarà poi vietata espressamente dalla costituzione spagnola allo stesso art. 9, c. 3 Cost. In entrambi i testi costituzionali, adottati in un momento storico che non vede ancora, per le diverse ragioni accennate in precedenza, la sua decostruzione, il principio di legalità, associato ad altri principi e disposti, rimandando alla prevedibilità dell'azione anche amministrativa, vuole effettivamente costituire un'obiettivo manifestaione di quel valore «nella cui realizzazione consiste la funzione del diritto»⁶², vale a dire, il valore della certezza del diritto. La certezza giuridica viene in questo modo bilanciata, per dirla con parole anche della dottrina tedesca, con il «requisito sostanziale della legalità dell'atto»⁶³.

Discorso non diverso si può fare peraltro, anche a quest'ultimo proposito, proprio rispetto al *Grundgesetz*. Qui pur non essendovi alcun esplicito richiamo al principio di legalità e/o a quello gerarchico, si stabilisce comunque in maniera espressa il primato della legge in particolare allorché si dispone all'art. 20 GG, c. 3, che il potere esecutivo e quello giudiziario è vincolato non solo all'ordinamento costituzionale, ma anche alla legge e alla giustizia⁶⁴. Strettamente inteso qui il principio si riferisce alla «preminenza» della legge avendo un rango superiore rispetto agli atti dell'esecutivo, come confermato dall'art. 80, c. 1, GG. Secondo quest'ultima disposizione, l'adozione di un *Rechtsverordnungen*, ovvero, di un decreto legislativo simile a quello italiano, specificamente da parte del «governo federale, di un ministro federale o dei governi dei Länder» necessita, anche ai fini della «certezza del diritto»⁶⁵, di una legge formale.

⁶² Così, N. BOBBIO, *Legalità* (voce), in N. BOBBIO, N. MATTEUCCI E G. PASQUINO, *Dizionario di politica*, Torino, 1983, 581 ss.

⁶³ Cfr. A. ARNAULD, *Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts*, Tübingen, 2006, 637 ss.

⁶⁴ In questi termini, L. KUHLEN, *Das Gesetzlichkeitsprinzip in der deutschen Praxis*, in E. HILGENDORF, G. LIANG (a cura di), *Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht. Ein deutschchinesischer Vergleich*, Tübingen, 2013, 55.

⁶⁵ Ciò è evidentemente, come sostenuto, a fini di certezza del diritto visto che il «Parlamento può emettere delle leggi autorizzatorie anche per semplici regolamenti amministrativi, è fondamentale che, nell'atto, si evidenzi che la legge formale autorizzi un RVO nel senso normativo e non in un senso prettamente amministrativo». Cfr. A. GATTI, R. TARCHI, *Il potere normativo del governo federale nell'ordinamento costituzionale della Germania*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3/2018, 25.

Quest'ultima, in piena attuazione del principio di legalità, secondo lo stesso Tribunale costituzionale federale tedesco, deve determinare, come previsto dallo stesso art. 80 GG, «il contenuto, lo scopo e la misura delle autorizzazioni» concesse⁶⁶.

In questo quadro costituzionale il principio di legalità inteso anche, come si anticipava, come principio della “supremazia della legge”, oltre che come principio democratico⁶⁷, è considerato più specificamente in dottrina come base giuridica per le azioni dell'amministrazione laddove quest'ultima, essendo “vincolata” alla legge, secondo il disposto dello stesso art. 20 GG, c. 3, ha l'obbligo di agire conformemente alle leggi esistenti⁶⁸. Dal principio di supremazia della legge – considerato come legalità in senso negativo⁶⁹, applicabile senza eccezione per tutta l'attività dell'esecutivo che trovi espressione in un atto amministrativo o in una normazione sub-legislativa - deriverebbe, insomma, contestualmente, l'obbligo per l'amministrazione di agire ed eseguire le leggi esistenti – ovvero l'obbligo di applicazione - e l'obbligo di non svincolarsi dal contenuto delle leggi esistenti, cioè, di applicarle «correttamente» in virtù del divieto di discostarsi⁷⁰. Ne consegue che il principio di legalità richiede al legislatore stesso, come osserva il giudice costituzionale tedesco, di individuare i poteri e i doveri degli individui nel contenuto legislativo, non potendoli lasciare alla discrezione dell'amministrazione⁷¹.

2.1. Le Costituzioni con minor grado di stabilità. L'ipotesi francese e italiana.

La carta costituzionale francese, al pari della legge fondamentale tedesca ma anche della costituzione italiana, non sancisce espressamente il principio di legalità. La Costituzione d'oltralpe tuttavia, più di quella nostrana, non omette di disciplinare in più punti il regime del

⁶⁶ Vedi anche la giurisprudenza costituzionale e in particolare, BVerfGE 40, 237, *Justizverwaltungsakt*, 28 ottobre 1975.

⁶⁷ In questi termini, E. SCHMIDT-AßMANN, *Das Demokratieprinzip*, in FS U. Battis, 2014, 85.

⁶⁸ Così, A. VOßKUHL, *Grundwissen – Öffentliches Recht: Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes*, in *Ius*, 2007, 118.

⁶⁹ Così, M. WALLERATH, *Allgemeines Verwaltungsrecht. Lehrbuch*, Berlin, 2009, 218.

⁷⁰ Cfr. R. WEHR, *Grundfälle zu Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*, in *JuS*, 1997, 231 ss.

⁷¹ BVerfGE 21, 73, *Grundstücksverkehrsgesetz*, 12 gennaio 1967, par. 17.

rapporto tra fonti: non solo attribuisce, come meglio vedremo, ambiti della normazione, in generale o per principi, al parlamento (art. 34) lasciando al governo la disciplina, mediante regolamento, delle «materie non riservate alla legge» (art. 37 Cost.) ma disciplina anche il rapporto tra libera amministrazione degli enti locali e legge, quest'ultima chiamata ai sensi dell'art. 72, c. 2, Cost., a stabilirne le condizioni⁷².

In questo quadro il principio di legalità, quale dedotto dalla Costituzione, sembra assumere un rilievo maggiore rispetto alla certezza del diritto, spesso messa in discussione. Questa, invero, se è considerata, da parte della dottrina, anche come baluardo di difesa contro la «brutale applicazione del principio di legalità»⁷³ e perciò da ritenere prevalente, da altra parte è invece vista anche con diffidenza, considerando la non solo come difficile da realizzare⁷⁴ ma altresì, nel timore dello spettro del governo dei giudici, come uno strumento utilizzabile dai giudici in maniera arbitraria preferendosi il principio di legalità⁷⁵. Gli imperativi del principio di legalità si porrebbero, dal canto loro, a differenza della certezza, a tutela degli interessi pubblici⁷⁶.

La legalità non è intesa da molti studiosi come mera conformità alla legge *stricto sensu*, cioè alla norma stabilita dal potere legislativo. L'idea fermamente sostenuta anche dal *Conseil constitutionnel* è invero quella per cui il principio di legalità «esige sia il rispetto dei poteri del legislatore sia delle norme superiori di diritto tra le quali la Costituzione»⁷⁷. In questo senso tale principio implica conformità alla legge non

⁷² V., J.F. BRISSON, *Le contrôle de légalité dans la loi du 13 août 2004 A la recherche des illusions perdues*, in *AJDA*, 2005, 126, in particolare sulla funzione di controllo del prefetto, non più delegato del governo, ma rappresentante di tutte le componenti del governo nel dipartimento.

⁷³ Cfr. C. BOUCHARD, P. FUMENIER, *De la question préjudicielle de constitutionnalité: vers une société de confiance*, in *Revue de droit fiscal*, 2008, 111.

⁷⁴ Cfr. V. TCHEN, *L'introuvable principe de sécurité juridique*, Paris, 1996, 433.

⁷⁵ Sul rapporto tra questi principi v., più ampiamente, D. LABETOULLE, *Principe de légalité et sécurité juridique*, in *Mélanges Guy Braibant*, Paris, 1996, 403 nonché B. PACTEAU, *La sécurité juridique, un principe qui nous manque?* in *AJDA*, 1995, 151.

⁷⁶ In questi termini, J. MOLINIER, *Principes généraux*, in *Répertoire de droit communautaire*, Paris, 2016, 114.

⁷⁷ Cons. const. 25 febbraio 1982, n. 82-137 DC, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*.

in senso stretto ma *lato sensu*⁷⁸, cioè a tutte le disposizioni superiori incluse quelle non solo della Costituzione, posta in ogni caso «al vertice dell'ordinamento giuridico interno»⁷⁹, ma anche del *bloc de constitutionnalité*⁸⁰. Quest'ultimo si identifica coll'insieme delle norme giuridiche esterne al testo costituzionale e contenuti in altri testi a cui il giudice costituzionale francese attribuisce valore costituzionale facendovi riferimento per esercitare il controllo di costituzionalità, quali, ad esempio, secondo sue specifiche pronunce, il preambolo costituzionale⁸¹ o la Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789⁸². Il principio di legalità (costituzionale) costituisce così un limite non solo dell'amministrazione ma dello stesso potere legislativo. Alla luce di ciò si tende perciò ad attribuire in Francia alla legalità in generale un significato simile a quello della gerarchia delle norme.

Lo stesso *Conseil constitutionnel*, quale giudice della costituzionalità degli atti legislativi e, non in linea di principio, di quella degli atti regolamentari, raramente si riferisce al principio di legalità facendo piuttosto genericamente riferimento alle «esigenze proprie della gerar-

⁷⁸ Sulla distinzione tra *légalité stricto sensu* e *légalité lato sensu* si rinvia a C. EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, in *EDCE*, 1957, 25 ss. nonché dello stesso A., *Ecrits de droit administratif*, Paris, 2013, 241 ss con posizione critica circa l'ampiamiento del termine anche a fonti non scritte.

⁷⁹ In occasione dell'esame del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, il Consiglio costituzionale ha affermato chiaramente che la valutazione deve essere fatta tenendo conto del «posto, al vertice dell'ordinamento giuridico interno, della Costituzione francese» (n. 2004-505 DC, cit.). Questa visione è stata ribadita successivamente nella sentenza sul Trattato di Lisbona. (Cons. const. n. 2007-560, cit.).

⁸⁰ Quest'espressione dottrinale non è mai stata utilizzata dal *Conseil constitutionnel* salvo in una pronuncia del 1999 (n. 99-421 DC del 16 dicembre 1999), quando il giudice costituzionale riproduce *a priori* le argomentazioni dei proponenti il rinvio ma senza mai appropriarsene. V. in proposito, tra gli altri, B. BONNET, A. ROBLOT-TROIZIER, *Repenser le bloc de constitutionnalité sous l'effet des rapports entre ordres juridiques: pour une redéfinition des sources de la constitutionnalité*, in *Les rapports entre ordres juridiques*, dir. B. Bonnet, LGDJ, 2016, p. 409. Assume una posizione critica, in particolare, per la confusione che si genera tra fonti e norme costituzionali, D. BARANGER, *Comprendre le bloc de constitutionnalité*, in *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit, Jus Politicum*, 2019, 103.

⁸¹ Cons. const., 16 luglio 1971, n. 71-44 DC, cons. 2.

⁸² Cons. const., 27 dicembre 1973, n. 73-51 DC, cons. 3, *Taxation d'office*, relativo al principio di uguaglianza.

chia delle norme giuridiche dell'ordinamento interno» - quanto in particolare, ad esempio, alla «conformità alla Costituzione dei regolamenti delle assemblee parlamentari»⁸³ - mentre i giudici ordinari utilizzano come suo sinonimo il principio di *régularité juridique*⁸⁴, impiegato specificamente rispetto all'insieme di regole giuridiche che costituiscono nel complesso il limite esterno all'esercizio dell'azione amministrativa. L'espressione "principio di legalità", laddove ancora utilizzata, assume oggi nell'ordinamento francese un senso più restrittivo⁸⁵, venendo impiegata soprattutto nell'ambito dell'espressione molto più precisa di "principio di legalità dei reati e delle pene".

Discorso in parte diverso deve farsi per l'ordinamento italiano.

Se anche qui, come nel sistema costituzionale francese, il principio, considerato un concetto «universalmente accolto»⁸⁶ dai Costituenti, senza dubbio «legati alla tradizionale cultura del primato del legislatore»⁸⁷, non è mai stato costituzionalizzato se non quanto alla legalità nella giurisdizione (*ex art. 101, c. 2, Cost.*), in ambito dottrinario ha invece trovato ampio spazio⁸⁸. Il principio di legalità, per alcuni «forse»⁸⁹, inespresso al pari, tra gli altri, di quello del legittimo affidamento, è stato invero desunto in via interpretativa dall'ordinamento costituzionale - e in particolare dall'art. 97 Cost. quanto al profilo organizzativo della pubblica amministrazione⁹⁰ nonché dagli artt. 24 e 113

⁸³ Cons. const., 14 ottobre 1996, n. 381 e 382 DC.

⁸⁴ Cfr., P. WEIL, D. Pouyaud, *Droit administratif*, Paris, 2013, 82 ss.

⁸⁵ In tal senso, v. L. FAVOREU, *Légalité et constitutionnalité*, cit.

⁸⁶ Così, V. La ROCCA, *Assemblea Costituente, 24 ottobre 1947, seduta pomeridiana, esame degli emendamenti agli articoli del Titolo terzo della Parte seconda del progetto di Costituzione relativa a "Il Governo"*, in *nascitacostituzione.it*.

⁸⁷ Così, R. TARCHI, *Democrazia e istituzioni di garanzia*, in AIC, 2018, 907.

⁸⁸ V., *ex multis*, V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. cost.*, 1962, I, 13; L. CARLASSARE, voce *Legalità*, in *Enc. giur.*, 1991, 2 nonché S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, 1973, 659 e R. GUASTINI, *Legalità (principio di)*, cit., 84. Più di recente, F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2001 nonché F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012.

⁸⁹ Così, R. GUASTINI, *Antinomie e sistemazione del diritto*, in M. Bessone (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale, I, Regole, metodi, modelli*, Torino, 1999, 160.

⁹⁰ Tradizionalmente il principio di legalità viene, del resto, ad operare proprio rispetto all'organo esecutivo. V. anche R. GUASTINI, *Le fonti del diritto: fondamenti teo-*

Cost. laddove si prevede un controllo giurisdizionale sull'attività amministrativa, senza alcuna limitazione - ad opera proprio degli operatori giuridici, considerandolo in quell'accezione ampia per cui tutti gli organi che esercitano un ruolo pubblico sono tenuti ad agire «conformemente alla legge (intesa, ovviamente, come diritto oggettivo)»⁹¹, quest'ultima da considerare perciò preminente nel rapporto tra la medesima e l'attività degli altri poteri⁹². Ne consegue «il divieto dell'esercizio (non discrezionale, ma) arbitrario del potere»⁹³, stante il controllo giurisdizionale di «conformità» alle fonti sovraordinate⁹⁴, costituendo questa valutazione «principale strumento di garanzia del rispetto del principio di legalità dell'amministrazione»⁹⁵. Se la legge (ordinaria) nel sistema delle fonti, stante peraltro la rigidità della costituzione⁹⁶ e il processo di integrazione europea, sembra perdere la sua centralità, appare invece assumere un ruolo importante come strumento di garanzia⁹⁷. Attraverso poi la riserva di legge e ancor più se «rinforzata», viene «internamente funzionalizzata a dare attuazione alle dimensioni costituzionali dei diritti di libertà»⁹⁸. È insomma in questo

rici, Giuffrè, 2010, 97, allorché si osserva che ciò sottintende un modo di vedere ove «il problema della garanzia dei diritti nei confronti del legislativo e del giudiziario, semplicemente, non si pone».

⁹¹ Così, M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. pubbl.* n. 1/2008, 2 secondo cui il principio di legalità costituisce in definitiva il «principio generale di cui lo Stato di diritto (sia lo Stato legislativo sia lo Stato costituzionale) è una delle attuazioni» nonché S. FOIS, *Legalità (voce)*, cit., 659, laddove è inteso come principio con cui le disposizioni costituzionali rinviando l'attuazione a decisioni aventi natura politica adottate applicando il principio di maggioranza.

⁹² E in tal modo, rispetto all'amministrazione, «esprimere la preferenza della legge sugli atti di quest'ultima, e più propriamente su quelli normativi (i regolamenti) ad essa consentiti». C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1991, 341.

⁹³ Così, M. DOGLIANI, cit., 2.

⁹⁴ In tal senso, A. ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Dir. com. e degli sc. intern.*, n. 1/2008, 3.

⁹⁵ Così, S. FOIS, *Legalità (voce)*, cit., 659.

⁹⁶ Per cui la legge parlamentare non si configura più come il vertice del sistema delle fonti. Per tutti, F. MODUGNO, *Legge in generale (voce)*, in *Enc. del diritto*, XXIII, Milano, 1973, 874 ss.

⁹⁷ Cfr. R. TARCHI, cit., 942.

⁹⁸ Così, P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997, 8.

modo che si ripone al centro, al fine di evitare che il soggetto che detiene il potere possa erigere il proprio arbitrio a criterio di giudizio del giusto e dell'ingiusto⁹⁹, il legislatore sia pure ormai questi inteso «in senso ampio e sostanziale»¹⁰⁰: il principio della riserva di legge, di cui si dirà meglio in prosieguo, sembra osservato, nell'ordinamento italiano, anche allorché si ricorra a fonti che, per quanto primarie, non garantiscono, allo stesso modo di quelle ordinarie, il concorso di maggioranze e minoranze nella definizione del contenuto degli atti adottati¹⁰¹.

Nel rapporto tra fonti, secondo anche la dottrina italiana, la legge può disciplinare il contenuto di un atto (subordinato) che alla prima deve essere conforme, con differenti gradi d'intensità e quindi assicurando un diverso grado di certezza/stabilità, potendo «da un lato «limitarlo» (in negativo), circoscriverlo entro determinati confini, dall'altro «vincolarlo» (in positivo), indirizzarlo lungo una strada con una sola uscita, e dunque predeterminarlo interamente»¹⁰²: oltre a «preferenza di legge» come inderogabilità della legge (e degli atti aventi forza di legge) nei confronti dei regolamenti¹⁰³, il principio assume così la connotazione, nella prima ipotesi, di legalità formale mentre nel secondo caso, stanti i mezzi nell'ordinamento per rendere effettiva la superiorità della legge¹⁰⁴, di legalità sostanziale.

La Corte costituzionale italiana, dal canto suo, oltre a sostenere l'importanza del principio soprattutto in ambito penalistico, non ha mancato dal fornirne un'interpretazione estensiva. La legalità non solo non sembra limitarsi alla mera non contrarietà alla legge¹⁰⁵ intesa, se-

⁹⁹ Così, N. BOBBIO, *Governo degli uomini o governo delle leggi*, in *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, 169.

¹⁰⁰ Ancora, R. TARCHI, cit., 956.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Si riporta R. GUASTINI, *Legalità*, cit., 87.

¹⁰³ Quale desumibile, non essendo esplicitamente formulato nel testo costituzionale, dagli artt. 70, 117 e 134 Cost. Così, F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2023, 40

¹⁰⁴ Così, L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1996, 123.

¹⁰⁵ Per cui l'amministrazione «deve porre in essere solo comportamenti compatibili con il sistema delle norme legislative, cioè che non disattendano, contraddicano o violino alcuna disposizione di legge». Così, C. EISENMANN, *Le droit administratif et le principe de légalité*, in *Conseil d'État, Études et documents*, 11, Parigi, 1957, 25.

condo una struttura gerarchica, in un più stretto rapporto tra le fonti, come “conformità” alla legge, poiché «uno dei termini è il modello, l’archetipo che l’altro deve realizzare»¹⁰⁶, ma va oltre anche all’idea di legalità in senso formale. Chiamato ad esprimersi in merito al rapporto tra ordinanze di ordinaria amministrazione (e perciò non derogatorie, come è invece nel caso di ordinanze di necessità e urgenza, di norme legislative o regolamenti¹⁰⁷) e leggi, il giudice costituzionale italiano ben precisa che tali ordinanze devono sottostare al «principio di legalità sostanziale» e alla regola della riserva di legge quest’ultima rappresentando l’elemento di giudizio e valutazione della norma impugnata¹⁰⁸. La Corte costituzionale afferma «l’imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto»¹⁰⁹. Questo principio non consente invero «l’assoluta indeterminatezza del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa»¹¹⁰, ossia «disposizioni normative in bianco» che non salvaguardano il principio di legalità¹¹¹ e hanno l’effetto di attribuire, nel concreto, una «totale libertà»¹¹² al soggetto od organo investito della funzione. Piuttosto richiede che sia definito il contenuto e le modalità di esercizio, non essendo sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore ma è indispensabile che il suo esercizio sia “determinato” nel contenuto e nelle modalità in modo da mantenere costantemente una pur elastica copertura legislativa dell’azione amministrativa¹¹³.

¹⁰⁶ Così, L. CARLASSARE, cit., 114.

¹⁰⁷ Consentite, peraltro, secondo la Corte costituzionale, solo se «temporalmente delimitate» (ex plurimis, sentenze n. 127 del 1995, n. 418 del 1992, n. 32 del 1991, n. 617 del 1987, n. 8 del 1956) e comunque, nei limiti della «concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare» (sentenza n. 4 del 1977).

¹⁰⁸ Corte cost., 4 aprile 2011, n. 115, p. 6 del *Cons. in diritto*.

¹⁰⁹ Corte cost., cit.,

¹¹⁰ *Ibidem*

¹¹¹ Corte cost., 29 luglio 1982, n. 150, p. 9 del *Cons. in diritto*. V., in proposito, L. CARLASSARE, *Atti governativi di indirizzo e coordinamento tra principio di legalità e riserva di legge*, in *Le Regioni*, 1983, 1190 ss.

¹¹² In merito, Corte cost., 7 ottobre 2003, n. 307, p. 11 del *Cons. in diritto*, ove si sostiene che in tal modo si configura un «potere amministrativo in contrasto con il principio di legalità sostanziale».

¹¹³ Così, Corte cost. 115/2011, cit., p. 6 del *Cons. in diritto*.

Talora tuttavia la stessa Corte costituzionale, di fronte all'insufficiente delimitazione dei poteri governativi da parte della legge, invoca, al fine di sottrarre gli atti adottati da qualsiasi controllo giurisdizionale¹¹⁴, l'istituto dell'atto cosiddetto politico come anche accaduto molto di recente¹¹⁵. Malgrado, proprio la Corte abbia osservato in passato che, comunque, allorché «il legislatore predetermina canoni di legalità, ad essi la politica deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto»¹¹⁶, intendendosi così ridurre gli spazi di discrezionalità politica, afferma poi, in una pronuncia invece del 2024, che «l'attività regolata è di tipo politico» e che è ragione da considerarsi sufficiente per cui «non può dirsi costituzionalmente necessario che la legge precisi» il contenuto¹¹⁷. Si finisce così per sottrarre l'atto di

¹¹⁴ Vedi, in particolare, nell'ordinamento italiano, l'art. 7, c. 1, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, recante il Codice del processo amministrativo che accoglie l'art. 31 del t.u. delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, risalente al periodo fascista, nel punto in cui espressamente si dispone che «Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico». In generale, sull'istituto, tra i tanti, si v. P. BARILE, *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, 1959, 220 allorché in tono critico osserva che «il problema dell'esistenza e della configurazione degli atti di governo e degli atti politici va studiato [...] sotto il profilo della (pretesa o parziale) insindacabilità degli atti amministrativi medesimi, i quali, se realmente fossero sempre e tutti insindacabili, si porrebbero come degli autentici limiti all'esercizio delle situazioni soggettive attive anche se garantite dalla Costituzione».

¹¹⁵ Sul rapporto tra atti politici «d'imperio» e giurisdizione, la politica non potendo più godere di uno «spazio naturalmente sottratto alla giurisdizione», V., M. LUCIANI, *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Pol. dir.*, 1998, 365 ss.

¹¹⁶ Corte cost., 5 aprile 2012, n. 81, p. 4.2 del *Cons. in diritto* laddove si afferma espressamente che «(...) gli spazi della discrezionalità politica trovano i loro confini nei principi di natura giuridica posti dall'ordinamento, tanto a livello costituzionale quanto a livello legislativo». In dottrina, per un commento, si rinvia a M.G. RODO-MONTE, *Equilibrio di genere, atti politici e Stato di diritto nella recente sentenza n. 81 del 2012 sulla equilibrata presenza di donne e di uomini nella Giunta della Regione Campania*, in *Federalismi.it*, n. 13/2012.

¹¹⁷ Corte cost., 3 dicembre 2024, n. 192. La Corte, con questa sentenza, si pronuncia su diverse questioni sollevate nei confronti dell'intera l. n. 86 del 2024, che ha inteso dare attuazione all'art. 116, c. 3, Cost. riguardante la cd. autonomia differenziale, e di molteplici sue disposizioni nonché nei confronti, in ulteriore subordine,

Governo previsto dalla norma legislativa alla insindacabilità con limiti per l'effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche anche se tutelate costituzionalmente¹¹⁸.

3. *La riserva di legge come certezza del diritto a tutela dei diritti fondamentali ai vari gradi di stabilità.*

A contribuire alla determinazione di un ordine sistemico tra le fonti nonché alla certezza del diritto in senso oggettivo e strutturale come stabilità in particolare dei diritti è anche, oltre al principio di legalità, l'istituto della riserva di legge.

Quale fondamentale istituto di garanzia anche dei diritti costituzionali, stante la natura democratica dell'organo da cui la legge proviene¹¹⁹, la riserva di legge è volta ad assicurare con ragionevole prevedibilità quale soggetto, con quali condizioni e modalità, è legittimato a porre limiti alle libertà. In ogni ordinamento, come si vedrà, esso è concepito come un istituto essenziale per garantire la certezza del diritto e soprattutto per la tutela dei diritti e delle libertà dei cittadini. In

dell'art. 116, c.3, della Costituzione, come novellato dall'art. 2 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3. La legge è dichiarata parzialmente incostituzionale, in particolare, provando qui a sintetizzare, a causa della genericità delle norme sui trasferimenti di funzioni, della delega al Governo priva di criteri sufficienti, della previsione dell'impiego di d.p.c.m. per la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni-LEP nonché, infine, dell'adeguamento delle compartecipazioni basato sulla spesa storica. Per un commento, in *astrid* 2024, diverse note, si v. C. PINELLI, *Sulla premessa alla motivazione della decisione della Corte costituzionale sull'autonomia differenziata* (sent. n. 192 del 2024); E. BALBONI, *Un esigente ed ambizioso manuale per l'uso della autonomia differenziata: una traccia culturale* nonché C. BUZZACCHI, *Pluralismo, differenze, sussidiarietà ed eguaglianza: dalla sentenza n. 192 del 2024 il modello per il sistema regionale «differenziato»*. V., anche, A. POGGI, *Il referendum sul regionalismo differenziato: i principi, l'attuazione, le Corti e la sovranità popolare*, in *Federalismi.it*.

¹¹⁸ Sul punto v. M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in G. Brunelli, G. Cazzetta (a cura di), *Dalla costituzione «inattuata» alla costituzione «inattuale»? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, Milano, 2013, 57 ss.

¹¹⁹ Così, A. DI GIOVINE, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969, 57 ss.

quest'ottica, parte della dottrina, segnatamente italiana, lo considera come uno strumento diretto a garantire un «determinato valore sostanziale»¹²⁰ individuato dalla Costituzione, stimolando il Parlamento a non sottrarsi dalle sue «responsabilità»¹²¹. In alcuni ordinamenti, come in particolare quello italiano e spagnolo a differenza di quello tedesco, come vedremo, lo stretto legame (fiduciario) esistente tra Parlamento e Governo va tuttavia mostrando una certa incidenza anche sull'istituto della riserva di legge che, a sua volta, sempre più va configurandosi come rapporto non già tra organi, come pure era in origine, ma tra atti, con la conseguente fungibilità della legge con gli atti avente forza di legge. Questo istituto, affermatosi all'epoca successiva alla rivoluzione francese, trae storicamente le fondamenta proprio dall'antagonismo tra il Parlamento e il monarca e dal fine di tutelare la società civile, in determinati ambiti, attraverso la "legge" - intesa appunto come atto derivante da un procedimento predeterminato, il cui contenuto è costituito dalla volontà delle Assemblee rappresentative - dalle interferenze dell'amministrazione allorché questa poteva adottare ordinanze in assoluta autonomia, senza l'intervento dell'organo assembleare. Lo specifico carattere rappresentativo del Parlamento costituisce allora, almeno all'inizio, l'essenza stessa della riserva di legge. Questa, stante questo ontologico legame¹²², si traduce perciò anche come riserva a favore dell'organo legislativo¹²³. A differenza del principio di legalità collegata più alla determinazione in anticipo degli atti degli organi chiamati ad applicare la legge, la riserva di legge risulta strettamente connessa alla possibilità che il legislatore rinunci alla funzione legislativa in determinati oggetti o determinate materie, riservate dalla costituzione alla sua competenza, sottraendosi dalle sue responsabilità e trasferen-

¹²⁰ Così F. SORRENTINO, *Lezioni sulla riserva di legge*, I, Genova, 1980, 119.

¹²¹ Così, R. GARCÍA MACHO, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ed. Ariel, Barcelona, 1988, 20.

¹²² V., tra I tanti, nel diritto tedesco, M. BRENNER, *Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union*, Tübingen, 1996, 241, in particolare laddove si effettua una sintetica ricostruzione storica del principio. Nella dottrina italiana, R. BALDUZZI-F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, 1207.

¹²³ Giacché nata «in funzione di difesa delle prerogative dell'organo legislativo nei confronti dell'Esecutivo». V., in merito, A. D'ATENA, *Le lezioni sulla riserva di legge del giovane Sorrentino*, in *Diritto e Società*, 4/2021, 651.

do al governo le funzioni¹²⁴. La riserva di legge si risolve insomma nel rendere «indisponibile»¹²⁵ a tutti gli altri poteri, compresi il Parlamento, la competenza legislativa, con la conseguenza che ogni questione ad essa relativa deve essere risolta e non può non essere risolta che in sede di giudizio di costituzionalità delle leggi. Aspetto non secondario poi, infine, della garanzia legata alla riserva di legge, oltre quello soggettivo, è quello procedurale esistendo differenze di non poca importanza tra una norma elaborata attraverso un dibattito pubblico in Parlamento e una elaborata invece in segreto come nel caso degli atti dell'esecutivo¹²⁶.

Anche questo istituto, come la legalità, sembra tuttavia attualmente entrato in crisi non solo perché, come nello specifico caso italiano, va mutandosi «in strumento per il perseguimento dell'indirizzo politico del Governo»¹²⁷, ma anche a causa dell'integrazione dell'ordinamento costituzionale nel contesto sovranazionale europeo ove pure i diritti e libertà trovano tutela. Malgrado una trasformazione che lo vede sia concorrere con altre fonti, interne ed esterne, che con altri organi chiamati non solo a produrre norme ma anche ad applicarle, esso continua a configurarsi come un istituto tradizionale della teoria del diritto costituzionale. In alcuni ambiti, poi, come emergerà ancora in particolare nel caso italiano, la riserva di legge opera come un "limite" identitario anche rispetto ai processi di integrazione europea.

In linea generale, come si vedrà, la distribuzione delle materie può avvenire attraverso, potremo dire, "livelli progressivi" (*Stufenfolge* nell'ordinamento tedesco), costituiti da riserva assoluta/rinforzata, riserva semplice e/o relativa e materie poste al di fuori della riserva di legge, secondo una scala decrescente, derivante da una valutazione effettuata preventivamente dal costituente sulla "essenzialità" della determinata materia (o anche dell'oggetto specifico) per il bene comune e per gli interessi di ciascun individuo. Il costituente cerca, in alcuni casi, di dare così alla materia una maggiore certezza giuridica e stabili-

¹²⁴ Così, ancora, R. GARCÍA MACHO, cit., 20.

¹²⁵ Così, L. FAVOREAU, *Préface* al volume di TRÉMEAU, J., *La réserve de loi*, Paris, 1997, 5.

¹²⁶ V., anche, R. GARCÍA MACHO, cit. 114.

¹²⁷ *Ibidem*.

tà - legata a una norma generale e astratta, adottata secondo il modo di produzione gerarchicamente prestabilito, modificabile a sua volta soltanto da una norma con medesime caratteristiche - attraverso questo istituto, escludendo l'incertezza giuridica legata alla determinazione, caso per caso, dell'amministrazione. La conseguente tipizzazione costituzionale delle materie impone, stante quel principio definito nella giurisprudenza lusitana, come vedremo, di determinatezza/certezza, *standard* definizioni variabili. Questa "graduazione" coincide, in definitiva, con un dovere che va decrescendo, quanto alla determinazione del contenuto normativo (vale a dire, citando sempre il diritto tedesco, di *Regelungsdichte*)¹²⁸, da parte del soggetto autore della stessa norma cui corrisponde, al contempo, un decrescente grado di certezza giuridica. In quest'ottica maggiore è l'importanza della materia e, conseguentemente, il rigore della norma, maggiore sarà la certezza/stabilità mentre minore sarà il margine di libertà lasciata all'amministrazione nel determinare, quale soggetto esecutore (attraverso l'adozione di regolamenti come anche di atti concreti), i presupposti decisionali o di stabilire il contenuto.

Restando invariate le Carte costituzionali che pure spesso prevedono tale principio e la sua «significativa stabilità»¹²⁹ almeno dal punto di vista della sua accezione, si ritiene opportuno esaminare, ai fini del nostro lavoro, il principio alla luce innanzitutto delle diverse carte costituzionali e poi dell'interpretazione delle Corti costituzionali per verificarne l'attuale significato, funzionalità e operatività.

3.1. La riserva di legge nell'ordinamento portoghese e la determinazione delle materie.

In virtù di questa breve premessa, volendosi partire da quelle carte costituzionali che determinano con precisione le materie oggetto di riserva di legge assicurando un maggior grado di certezza giuridica, per lo meno nominale, è alla Costituzione del Portogallo che occorre in-

¹²⁸ V., in merito, R. DREIER, *Konstitutionalismus und Legalismus Zwei Arten juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat*, in A. Kaufmann (a cura di), *Rechtsstaat und Menschenwürde*, Frankfurt am Main, 1988, 87 ss.

¹²⁹ Così, R. BALDUZZI-F. SORRENTINO, cit., 1207 ss.

nanzitutto guardare. In questa ipotesi, a differenza della legge fondamentale tedesca e della costituzione italiana, si individuano espressamente le materie riservate alla “competenza legislativa” dell’Assemblea della Repubblica. Al pari poi del caso francese, come pure vedremo, la funzione legislativa è anche qui ripartita con il Governo allorché questi, attraverso una clausola residuale, è legittimato, secondo l’art. 198 Cost., ad adottare autonomamente atti legislativi – *decretos leyes* – aventi, di norma, lo stesso valore delle leggi *strictu sensu* (ex art. 112, c. 2). In generale la riserva della competenza legislativa assembleare può essere di due tipi.

Secondo il dettato costituzionale lusitano, invero, se alcune materie, quali previste in particolare all’art. 164 Cost., sono soggette a riserva assoluta e quindi di competenza esclusiva dell’assemblea, altre invece, stante specificamente l’art. 165 Cost., sono coperte da riserva di tipo relativa (entrambi gli elenchi, peraltro, sono stati rivisti nella riforma del 2005). In quest’ultimo caso la competenza esclusiva dell’organo parlamentare di legiferare su determinate materie, tassativamente elencate, tra cui si include “diritti, libertà e garanzie”, trova un’eccezione allorché si consente, attraverso «autorizzazione al Governo», a quest’ultimo di legiferare¹³⁰.

Il *Tribunal constitucional*, dal canto suo, chiamato ad intervenire su questioni che vanno a toccare l’istituto della riserva di legge, in diverse sue pronunce, rifacendosi altresì alla dottrina che tuttavia talora si pone in termici critici rispetto all’istituto considerandolo come un mero “pretesto” dell’amministrazione per ampliare la propria sfera decisionale¹³¹, sembra finire per il sovrapporlo al principio di legalità. Questa

¹³⁰ V., in merito, C. SANTOS BOTELHO, J. MIRANDA, *Anotação ao artigo 164.º da Constituição. Reserva absoluta de competência legislativa*, in J. MIRANDA, R. MEDEIROS (a cura di), *Constituição Portuguesa Anotada II*, Lisboa, 2018, 52 ss.

¹³¹ Cfr. P. OTERO, *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2007, 275. Per l’A, «l’invocazione del principio della separazione dei poteri è stato un semplice pretesto per costruire un modello di contenzioso in cui l’amministrazione avrebbe giudicato se stessa, con l’obiettivo di garantire un’effettiva estensione della sfera di libertà decisionale della pubblica amministrazione, rendendo la sua attività immune da qualsiasi controllo giudiziario: c’è qui una perfetta continuità tra il modello di controllo amministrativo adottato dalla Rivoluzione francese e quello prevalente nell’*Ancien Régime*, perché, come diceva Tocqueville, “in questa materia troviamo solo la formula; l’*Ancien Régime* ha l’idea”».

tendenza si mostra peraltro piuttosto diffusa anche in altri ordinamenti in questo lavoro esaminati. In Portogallo tuttavia, più che altrove, come meglio vedremo, il tribunale costituzionale, nel ritenere il principio di legalità rilevante ai fini della certezza giuridica, mette in evidenza la «confusione terminologica e l'instabilità di significato, nella tradizione del diritto pubblico europeo», dei termini ¹³² e compie perciò un certo sforzo nel tentativo di fare chiarezza ed effettuare una classificazione del principio di legalità collegato alla riserva di legge rispetto ai regolamenti dell'esecutivo.

Attraverso la definizione dello «ambito della riserva»¹³³, si propone così una graduazione del principio comprensiva di tre livelli¹³⁴. In questa costruzione, il grado più rigido appare essere proprio quello che vede la legalità coincidente con la riserva di legge in senso stretto, per cui l'intera disciplina legislativa è riservata all'organo parlamentare in quelle materie in cui la normativa, secondo Costituzione, come è per le materie riguardanti i diritti fondamentali, può essere stabilita solo con una «legge in senso formale». La materia dei diritti è peraltro nel sistema lusitano talmente tutelata dal giudice costituzionale che questi, talora, piuttosto che restringere l'ambito di applicazione della riserva di legge, come pure accade, ad esempio, come vedremo in Germania nell'applicazione della *Wesentlichkeitstheorie*, la estende anche alle dimensioni strettamente oggettive dei diritti di libertà, ossia, anche in assenza di un autentico diritto soggettivo fondamentale, in relazione cioè a un mero «valore o bene oggettivo»¹³⁵ dei diritti. In ogni caso, tornando al primo livello, la riserva sembra qui assumere più propriamente il significato di «riserva di legge formale», o per meglio dire ri-

¹³² Spec. TC 474/2021, cit., p. 6.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ Vedi, in dottrina, anche, in part., J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 1993, 673.

¹³⁵ TC 75/2010, 23 febbraio 2010, p. 12 laddove si afferma che «(...) la posizione della Corte secondo cui la norma contenuta nell'art. 24, c. 1, Cost. tutela la vita umana intrauterina come valore o bene oggettivo, senza la concomitante attribuzione di un autentico diritto soggettivo fondamentale, non priva il regime giuridico dell'interruzione volontaria di gravidanza del carattere di disciplina normativa in materia di diritti, libertà e garanzie, ai fini della delimitazione dell'ambito della riserva di legge».

serva «totale»¹³⁶. Come per la riserva assoluta italiana anche in questa ipotesi non si esclude il regolamento governativo che tuttavia non può intervenire “autonomamente”, invadendo materie riservate al legislatore parlamentare¹³⁷. Seppure l’istituto a questo livello sembra inteso come “riserva parlamentare”, operante peraltro non solo nel caso di limitazioni dei diritti ma anche, sostiene il *Tribunal constitucional*, per «tutte le questioni connesse ai diritti»¹³⁸, ben si ammette il regolamento governativo ma ciò soltanto allorché sia il legislatore a demandare la disciplina al Governo. Quest’ultimo adotterà così un regolamento di mera «esecuzione»¹³⁹ e non già «autonomo»¹⁴⁰, riguardante aspetti che tuttavia che non possono essere «restrittivi dei diritti, delle libertà e delle garanzie o, eventualmente, di altri aspetti» e a condizione che siano «sufficientemente definiti dalla rispettiva legge delega»¹⁴¹. La di-

¹³⁶ Così, nell’opinione dissenziente, TC 474/2021.

¹³⁷ TC 538/2015, 20 ottobre 2015, p. 19 allorché si chiarisce che il «principio di riserva del diritto parlamentare assume, come è noto, nell’ordinamento giuridico-costituzionale portoghese un duplice significato: da un lato, vieta all’amministrazione di invadere materie riservate senza espressa autorizzazione del legislatore parlamentare, dotato di una maggiore intensità di legittimità democratica; dall’altro, vieta al legislatore di delegare all’amministrazione poteri regolamentari su aspetti propri della disciplina normativa primaria, limitando l’ambito dell’azione normativa dell’amministrazione agli aspetti tecnici o secondari, nella forma di regolamenti attuativi».

¹³⁸ TC 248/1986, 16 luglio 1986, p. 12, ove pure si sostiene che anche «nella parte in cui (...) non contiene una vera e propria limitazione del diritto alla libera manifestazione del pensiero (...), essa è incostituzionale, poiché la regolamentazione dei diritti, delle libertà e delle garanzie deve essere essa stessa fatta dalla legge o in base alla legge, e non può essere lasciata ai regolamenti (...) come qualcosa di più di dettagli attuativi».

¹³⁹ Ai sensi dell’art. 199 Cost., il Governo, nell’esercizio della sua funzione amministrativa, ha il potere di «adottare i regolamenti necessari alla corretta esecuzione delle leggi».

¹⁴⁰ TC 307/88, 21 dicembre 1988. Qui, nel distinguere i due tipi di regolamenti, chiaramente si stabilisce che «[L]a riserva di legge in materia di diritti, libertà e garanzie costituisce il quinto limite del potere regolamentare, poiché l’Amministrazione non può emanare regolamenti (indipendenti o autonomi) nell’ambito di tale riserva. Gli unici regolamenti consentiti nelle materie riservate alla legge sono in regolamenti esecutivi (...) cioè quelli che si limitano a chiarire e specificare il significato delle leggi o determinati dettagli necessari per la loro corretta esecuzione».

¹⁴¹ TC 189/2016, 30 marzo 2016 come ribadito, in seguito, TC 73/2019, 29 gennaio 2019.

sciplina di quella che si rivela una “condivisione di competenze” specificamente in materia di diritti e libertà è peraltro rinvenibile non soltanto nell’art. 18, c. 2 e 3, Cost. ma anche nell’art. 165 Cost., in particolare c. 1, lett. *b*. Un limite importante in questo caso, a dire del Tribunale costituzionale e di parte della dottrina, è quello derivante dal fatto che la Costituzione lusitana, non prevedendo espressamente un elenco di contenuti tematici esclusi dalla possibilità di divenire oggetto di norme regolamentare, non stabilisce poi alcuna delimitazione materiale tra l’ambito legislativo e quello regolamentare, né fornisce alcun criterio diretto che possa essere utilizzato a tale scopo¹⁴². In ogni caso qui il regolamento governativo, in particolare “esecutivo”, in linea di massima privo di contenuto innovativo rispetto all’atto normativo che intende regolamentare come previsto nella legge svolge l’importante funzione, secondo lo stesso tribunale costituzionale, di «contribuire alla certezza del diritto per i singoli, tanto più importante quanto meno chiare e precise sono le disposizioni di legge»¹⁴³. Ciò, secondo ancora il giudice costituzionale, giacché il regolamento esecutivo ha l’obiettivo di garantire l’uniforme applicazione della legge da parte degli organi amministrativi, quale deducibile dall’espressione costituzionale di “corretta esecuzione delle leggi”.

Gli altri due gradi, meno “rigidi” e assoluti, legati sempre al ruolo che la legge assume rispetto al potere regolamentare, sembrerebbero a loro volta rinvenire la propria disciplina generale nell’art. 112 Cost. dedicato agli “atti normativi” riguardante, tra l’altro, il rapporto tra fonti normative siano esse di pari grado (leggi e i decreti-legge), di grado rafforzato (tra cui le leggi organiche) oppure subordinate come nel caso qui di interesse del regolamento governativo di cui specificamente ai commi 6¹⁴⁴ e 7¹⁴⁵, Cost. Al livello di grado “medio”, la riserva di competenza legislativa è limitata al regime generale mentre al livello

¹⁴² In questo senso, J. J. GOMES CANOTILHO, V. MOREIRA, cit., 501.

¹⁴³ TC 474/2021, cit. punto 11.

¹⁴⁴ Secondo cui “I regolamenti del Governo rivestono la forma di decreto regolamentare quando ciò sia determinato dalla legge che li prevede così come nel caso dei regolamenti indipendenti”.

¹⁴⁵ Ove si precisa “I regolamenti devono indicare espressamente le leggi che intendono regolamentare o che definiscono la competenza oggettiva e soggettiva per la loro emissione”.

di grado minimo la competenza riservata riguarda essenzialmente le basi generali della materia. Secondo quest'ultimo livello, il più elastico, detto anche della "preferenza di legge", il regolamento, il cui fondamento sembra trovare il suo presupposto direttamente nelle norme costituzionali, per essere valido deve essere comunque compatibile con la legge che, avendo la priorità assoluta rispetto ad esso, non può essere dal regolamento modificata, sospesa o revocata¹⁴⁶. Al livello di grado medio il principio di legalità assume invece la connotazione di "riserva di legge meramente formale" – noi diremo relativa – indicata anche come principio del "primato della legge", secondo cui il regolamento deve essere autorizzato da una legge (che presuppone e che perciò è obbligato a citare quale base giudica che lo abilita¹⁴⁷ a pena di invalidità¹⁴⁸). Quest'ultima, a sua volta, configurandosi come legge cosiddetta delega, deve stabilire la competenza oggettiva e soggettiva dell'esercizio regolamentare al fine di limitare «un ampio grado di libertà nel conformarsi delle regole normativa dell'amministrazione»¹⁴⁹.

Malgrado un'attenta ricostruzione, derivante per lo più dall'interpretazione del giudice costituzionale, che non evidenzia un forte scostamento fra testo e norme risultanti dall'interpretazione del testo stesso, tuttavia qui non solo si introduce tacitamente il regolamento esecutivo laddove la Costituzione fa riferimento esclusivamente alla legge, come peraltro avviene nel caso italiano, ma si rivela anche una certa difficoltà a individuare con chiarezza i vari livelli contro quell'idea di certezza pure voluta dai costituenti portoghesi allorché si optò per la determinazione della materie riservate al legislatore¹⁵⁰. In

¹⁴⁶ Ancora, J. J. GOMES CANOTILHO, cit., 672.

¹⁴⁷ V., in merito, J. J. GOMES CANOTILHO E V. MOREIRA, *Constituição*, cit., 75 alorché si sottolinea che «Il principio del primato o della precedenza della legge (...) stabilisce: (a) la precedenza della legge rispetto a tutta l'attività regolativa; (b) l'obbligo di citare la legge abilitante per tutti i regolamenti. Questo duplice requisito rende illegittime non solo le norme prive di qualificazione giuridica, ma anche quelle che, pur avendo una probabile base giuridica, non identificano espressamente tale base».

¹⁴⁸ Espressamente affermato in giurisprudenza costituzionale come, ad esempio, a proposito dei regolamenti locali, nella pronuncia TC, 25 giugno 1996, 96-802-1.

¹⁴⁹ Così, J. J. GOMES CANOTILHO E V. MOREIRA, *Constituição*, cit., 75.

¹⁵⁰ V., in merito, J. MIRANDA, *Fontes e trabalhos preparatórios da Constituição*, Lisboa, 1989.

quest'ottica, resta così aperta anche un'altra questione, quella relativa, cioè, al grado di "ampiezza" della norma anche quando si può individuare nel dettato costituzionale lusitano una riserva di legge parlamentare. Il punto che continua a presentare problematiche è quello cioè del grado di determinatezza normativa delle leggi che incidono sui diritti fondamentali. Nella carta costituzionale non trova alcuna risposta la questione del possibile margine di libera valutazione e decisione che la legge può concedere all'amministrazione per evitare l'incostituzionalità della legge per inadempimento del dovere di *densificação*¹⁵¹ normativo richiesto dalla riserva di legge totale. Nessuna disposizione costituzionale sembra determinare il contenuto costituzionale del dovere legislativo di tutela¹⁵², lasciando in tal modo la scelta al legislatore, libero di attribuire poteri discrezionali all'amministrazione.

3.2. *Il caso francese e la competenza ripartita tra parlamento e governo.*

Anche la Costituzione francese cerca di definire in modo chiaro gli ambiti di materie e i soggetti legittimati a disciplinarle.

Come nel caso lusitano, diversamente dagli altri ordinamenti in questo lavoro esaminati, si individua chiaramente, in particolare all'art. 34 Cost., l'ambito di applicazione della legge mediante un elenco di materie di cui la legge «determina i principi fondamentali» e quelle di cui «fissa le norme»¹⁵³. Ancora, al pari della Costituzione del Portogallo, espressamente si lasciano poi alla fonte normativa dell'esecutivo – nel caso specifico francese il regolamento (*ex art. 37*) – tutte le materie colà non espressamente enumerate¹⁵⁴. In quest'ottica, se la prima si

¹⁵¹ TC 474/2021, cit.

¹⁵² TC 75/2010, 23 febbraio 2010, p. 11.4.3, laddove espressamente si dice che «Le inevitabili scelte da compiere in questo ambito sono, pertanto, responsabilità del legislatore ordinario, che si trova di fronte a uno spettro di soluzioni normative di diversa portata e di diseguale intensità protettiva».

¹⁵³ La distinzione sembra sfumare in entrambi casi essendo necessario che figuri nella legge l'«elemento determinante della norma». Così, in merito alla pronuncia costituzionale Cons. const., 27 novembre 1959, n. 59-1 L, v. B. MATHIEU, *La part de la loi, la part du règlement*, in *Revue franç. d'études const. et politiques*, 2005, 75.

¹⁵⁴ V., anche sul processo storico che ha portato a questa scelta costituzionale nel 1958, L. FAVOREU, *Le domaine de la Loi et du Règlement*, Paris, 1981, 15.

traduce in una vera e propria riserva di legge sia pure limitata alle materie elencate - salvo poi non ritenere tale elenco non esaustivo e perciò progressivamente ampliarlo grazie all'interpretazione 'estensiva' del *Conseil constitutionnel*¹⁵⁵ - la seconda si configura come una sorta di riserva di regolamento ampia, stante la clausola residuale. In tal modo nell'ordinamento francese la riserva, malgrado trovi le sue radici storiche proprio in questo sistema con la Rivoluzione francese che pure portò, in attuazione del principio della separazione dei poteri inteso in termini rigidi, all'esclusione di qualunque funzione normativa per l'esecutivo, sembra oggi operare più a favore del regolamento che della legge. Parte della dottrina tende perciò a parlare di un sistema di riserva a prevalenza regolamentare¹⁵⁶. In realtà, per alcuni versi, ad essere effettivamente "rafforzata" in questo sistema costituzionale, anche grazie all'interpretazione del *Conseil Constitutionnel* che sulla base dell'art. 34 è riuscita, come a breve diremo, a spostare il confine di separazione delle competenze a favore del Parlamento, non risulta la riserva regolamentare quanto piuttosto proprio la riserva di legge. Quest'ultima è intesa dal giudice costituzionale francese in senso assoluto e rigido, a differenza di altri ordinamenti che ammettono invece, come nel caso spagnolo, eccezioni sia pure "blande", stante la indisponibilità per qualunque potere, compreso quello parlamentare, delle materie. Peraltro tra le materie oggetto di riserva di legge figura anche quella dei diritti e libertà la cui disciplina o eventuali limitazione è così riservata all'intervento dell'organismo democraticamente eletto mentre la tutela, a seguito della riforma del 2008, viene assicurata altresì dal *Conseil Constitutionnel*. A rafforzare la riserva di legge concorre, peraltro, anche un'altra lettura del dato costituzionale effettuata dal giudice costituzionale francese che porta la dottrina a parlare di «incom-

¹⁵⁵ Secondo il *Conseil Constitutionnel* altre disposizioni della Costituzione e il suo preambolo regolano le materie legislative tra cui la dichiarazione di guerra, lo stato d'assedio, l'autorizzazione di ratifica di determinati trattati, le disposizioni degli artt. da 72 a 74 relative alle collettività locali. La Carta dell'ambiente, che rinvia alla legge (in particolare ai suoi artt. 3, 4 e 7), amplia anche essa la competenza del legislatore.

¹⁵⁶ Cfr. J. TREMEAU, *La réserve de loi: compétence législative et constitution*, Aix-Marseille-Parigi, 1997, 2, sostenendosi però che questo è solo in apparenza stante le diverse caratteristiche attribuibili alla riserva di legge date dall'ampliamento del campo, dall'imperatività e dalla indisponibilità.

petenza positiva»¹⁵⁷: se l'esecutivo non può invadere il campo della legge senza autorizzazione parlamentare lo stesso non vale nel senso contrario, ben potendo il legislatore invadere la competenza del potere regolamentare. Il *Conseil constitutionnel* ritiene che la Costituzione, nel disporre la separazione tra ambiti, «non ha inteso dichiarare incostituzionale una norma di natura regolamentare contenuta invece in una legge», volendo piuttosto riconoscere, accanto alla sfera riservata alla legge, una «specificità competenza all'autorità regolamentare e conferire al Governo, mediante l'attuazione delle specifiche procedure di cui agli artt. 37, c. 2, e 41 Cost., il potere di assicurarne la tutela contro eventuali ingerenze nella legge»¹⁵⁸. In questo modo il giudice costituzionale francese, seppure in linea di principio è responsabile di garantire il rispetto degli ambiti tra il potere legislativo e regolamentare, quale delimitazione disposta dalla Costituzione (in particolare agli artt. 34 e 37 Cost.), da parte del Governo come anche del Parlamento, finisce con il sottrarsi dal sanzionare l'intervento della legge nell'ambito regolamentare. La giurisprudenza costituzionale francese, attraverso la sua interpretazione estensiva in un caso, restrittiva nell'altro, finisce per l'attribuire alla separazione tra ambiti, quale voluta dalla Costituzione del 1958 anche al fine di trasformare la norma emanata dall'esecutivo in fonte concorrente alla legge, una notevole flessibilità a discapito anche delle esigenze di certezza del diritto¹⁵⁹ su cui pure la sua giurisprudenza si è concentrata sia anche non considerandola direttamente ma per i profili ad essa connessi. In nome di questa esigenza ha ribadito spesso la necessità della intelligibilità della legge, come visto, elemento questo che ha contribuito, al contempo, però ad ap-

¹⁵⁷ Così, A. ROBLOT-TROIZIER, *Droit administratif et droit constitutionnel*, in *Iuspublicum.com*, 2010, 6.

¹⁵⁸ V., Cons. const., 30 luglio 1982, 82-143 DC, cons. 11, messa in discussione in qualche modo in una sentenza del 2005 riguardante più la qualità della legge. Tuttavia, come sottolineato in dottrina, «[l]a decisione del 2005 costituisce una decisione specifica, emessa nel contesto particolare di un dibattito sulla qualità della legge. Non aveva precedenti e il Consiglio Costituzionale non ha ritenuto necessario darle seguito. La giurisprudenza del Consiglio Costituzionale rimane basata sulla decisione n. 82-143 DC del 30 luglio 1982». Così D. CHAMUSSY, *La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, 37 ss.

¹⁵⁹ In tal senso B. MATHIEU, *La part*, cit. 78.

portare correzione alla linea di demarcazione tra gli ambiti di materie rendendola sempre più mobile. Peraltro, alla luce di questa lettura giurisprudenziale, anche il principio della separazione dei poteri viene indebolito, non mirando più a garantire il rispetto del riparto di competenze normative¹⁶⁰.

Contribuisce a tracciare una linea di confine incerta anche inoltre l'ultima caratteristica addotta alla riserva di legge vale a dire quella per cui si vorrebbe implicita in essa un "dovere" per il legislatore ad adempiere quale si è andato evolvendo, come a breve diremo, nel tempo.

In quest'ottica, una disposizione di legge può essere dichiarata incostituzionale allora oltre che perché demanda al potere regolamentare¹⁶¹ «il compito di stabilire norme, la cui determinazione è affidata dalla Costituzione solo alla legge»¹⁶², anche allorché non preveda tutte le norme rilevanti per la materia di sua competenza. Si parla a tal proposito di «incompetenza negativa»¹⁶³. Utilizzata come «tecnica giurisprudenziale»¹⁶⁴ dal giudice costituzionale francese al fine di proteggere i poteri del legislatore previsti dalla Costituzione¹⁶⁵, l'incostituzionalità per incompetenza negativa è eccepibile solo nel caso in cui sia leso un diritto o una libertà garantita dalla Costituzione¹⁶⁶, non rientrando *a priori* nell'ambito di applicazione di una questione prioritaria di legittimità costituzionale. Specificamente viene proclamata quando l'autorità competente, il legislatore, non utilizza «pienamente»¹⁶⁷ i poteri ad essa attribuiti dal testo costituzionale¹⁶⁸, ignorando

¹⁶⁰ Così, A. ROBLLOT-TROIZIER, *Un concept moderne: séparation des pouvoirs et contrôle de la loi*, in *Pouvoirs*, 2012, 89.

¹⁶¹ Cons. const., 26 luglio 1984, n. 84-173 DC, cons. 3.

¹⁶² Cons. const., 17 dicembre 2021, n. 2021-829 DC, cons. 29.

¹⁶³ Così, espressamente, Cons. cons., 18 giugno 2010, n. 2010-5 QPC, cons. 2. A commento v. J. BOUCHER, *L'incompétence négative du législateur*, in *RFDA*, 2010, 704. Per prima v. Cons. const., 19 giugno 2008, n. 2008-564 DC, cons. 53.

¹⁶⁴ Cfr. P. RRAPI, *L'incompétence négative dans la QPC: de la double négation à la double incompréhension*, in *Nouv. Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, 25.

¹⁶⁵ In questo senso, v., ancora, J. TRÉMEAU, cit., 266.

¹⁶⁶ Come si precisa a partire dalla decisione Cons. const., 18 giugno 2012, n. 2012-254 QPC, cons. 3. Sul punto v., anche, D CHAMUSSY, cit., 40 ss.

¹⁶⁷ Cons. const., 28 luglio 2011, n. 2011-639 DC, cons. 7.

¹⁶⁸ Così, G. SCMITTER, *L'incompétence négative du Législateur et des autorités administratives*, in *AIJC.*, 1989, 137 ss.

così l'estensione della propria competenza e privando delle garanzie giuridiche necessarie nella materia riservata relativa in particolare ai diritti fondamentali¹⁶⁹. La competenza legislativa non esaurita finisce, ad avviso del *Conseil Constitutionnel*, per attribuire alle autorità chiamate ad applicare la norma, amministrativa o giudiziaria, «il più ampio potere discrezionale»¹⁷⁰, divenendo fonte di arbitrio e di incertezza. Nell'incompetenza negativa rientra poi altresì l'ipotesi di disposizioni imprecise¹⁷¹ o ambigue. Si ritiene invero che il potere legislativo dovendo esercitare «pienamente i poteri conferitigli dalla Costituzione e, in particolare, dall'art. 34 Cost.»¹⁷² da cui peraltro deriverebbe, ad avviso del giudice costituzionale, anche il principio della chiarezza della legge¹⁷³, ha l'obbligo di adottare disposizioni «sufficientemente precise e formule inequivocabili»¹⁷⁴ per tutelare i soggetti di diritto da un'interpretazione contraria alla Costituzione o dal rischio di arbitrarietà, senza demandare alle autorità amministrative o giudiziarie il compito di stabilire norme la cui determinazione è affidata dalla Costituzione alla sola legge¹⁷⁵.

Il concetto di incompetenza negativa si va sempre più caratterizzando così, a detta di gran parte della dottrina, per «una certa ambiguità»¹⁷⁶, in quanto, se all'inizio riguardava le ipotesi in cui il legislatore non esauriva la propria competenza affidando al potere regolamentare materie ad esso riservate, è stato esteso ai casi in cui la legge, con le sue inadeguatezze o imprecisioni, priva le garanzie giuridiche dei diritti e delle libertà fondamentali. Piuttosto che affrontare la questione dal punto di vista della competenza esclusiva del legislatore, concentrandosi sul testo di legge al fine di verificarne la «efficacia» della tute-

¹⁶⁹ Così Cons. const., n. 2021-829, cit., cons. 32.

¹⁷⁰ V., in particolare, Cons. const., 22 settembre 2010, n. 2010-33 QPC, cons. 4.

¹⁷¹ Cons. const., 17 dicembre 2021, n. 2021-829 DC, cons. 33.

¹⁷² Cons. const., 29 luglio 2004, n° 2004-500 DC, cons. 13.

¹⁷³ V. Cons. const. n. 2001-455 DC, cit., cons. 9. V., a commento, J.-E. SCHOETTL, *La loi portant création d'un dispositif de soutien à l'emploi des jeunes en entreprise devant le Conseil constitutionnel*, in *Petites Affiches*, 2002, 15.

¹⁷⁴ Cons. const., 21 giugno 2018, n. 2018-766 DC.

¹⁷⁵ Cons. const., n° 2004-500 DC, cit., cons. 13.

¹⁷⁶ Così J. ARRIGHI DE CASANOVA, *Quel avenir pour la jurisprudence Kimberly Clark?* in *Nouv. Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015, 29.

la garantita¹⁷⁷ o se invece vi siano violazioni di diritti e libertà fondamentali, giacché privati delle garanzie giuridiche o anche esposti all'arbitrarietà¹⁷⁸, il *Conseil Constitutionnel* finirebbe così col compiere valutazioni di opportunità politica sulla sufficienza del testo che non gli spettano¹⁷⁹. Ne risulta, anche in questo caso, in misura maggiore di quello lusitano, malgrado il tentativo della carta costituzionale di ripartire le competenze normative, un quadro incerto ove peraltro, la questione della separazione dei poteri non è letta insieme a quella del riparto di competenze normative. Nonostante il controllo dell'attività normativa del Parlamento nelle materie ad esse riservate e non, non sia estraneo al concetto di separazione dei poteri, nella giurisprudenza costituzionale francese risulta completamente assente riferimento a tale principio nelle decisioni relative al rispetto degli artt. 34 e 37 della Costituzione¹⁸⁰.

3.3. La riserva di legge nelle costituzioni italiana, spagnola e tedesca.

A differenza della Costituzione lusitana e francese, con la loro espressa previsione di materie di competenza legislativa riservate all'organo parlamentare, la Costituzione italiana, come del resto le carte costituzionali tedesche e spagnole, a quanto vedremo, non contiene alcuna clausola generale sulla riserva di legge con materie indicate. Le riserve di legge vengono così desunte da quelle specifiche disposizioni costituzionali dirette a prescrivere che determinate materie o specifici oggetti, in particolare nell'ambito dei diritti fondamentali, devono essere regolati da "legge"¹⁸¹. Stante tuttavia l'uso di una terminologia

¹⁷⁷ Così ancora, J. ARRIGHI DE CASANOVA, cit., 29. Anche questo autore è critico rispetto all'utilizzo del canone dell'incompetenza negativa in materia dei diritti fondamentali che svia il *Conseil Constitutionnel* «dall'essenziale, vale a dire sulla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali».

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ Sulla distinzione tra esaurimento della competenza legislativa e sufficienza del testo di legge, P. RRAPPI, cit.

¹⁸⁰ V., in tal senso, A. ROBLOT-TROIZIER, *Un concept moderne*, cit. 89 ss.

¹⁸¹ Sull'evoluzione storica ai tempi della monarchia costituzionale, si rinvia a A. ALBERTI, *Preminenza e riserve di legge nel sistema costituzionale delle fonti*, Jovene, Napoli, 2023, 47.

non univoca e talora ambigua, si tende generalmente a interpretare i diversi articoli costituzionali come norme recanti un'implicita distinzione tra disposizioni che prevedono riserve di legge di tipo assoluto, «poste a presidio dei diritti di libertà, contenute negli artt. 13 e seguenti della Costituzione»¹⁸², tese tendenzialmente perciò ad escludere, rispetto alla materia o all'oggetto riservati, altri atti normativi di rango subordinato alle leggi salvo che non si limitino alla mera esecuzione della legge, e disposizioni che invece prevedono una riserva relativa. In quest'ultimo caso si impone comunque al legislatore di non attribuire la totale determinazione del contenuto della materia al potere regolamentare, dovendo egli stesso stabilire i fondamenti¹⁸³: quegli deve, cioè, precisare i «criteri e limiti»¹⁸⁴ che, pur potendo variare nel concreto, da caso a caso, devono essere «nel loro complesso, idonei a delimitare la discrezionalità dell'amministrazione»¹⁸⁵ al fine di garantire un certo grado di certezza del diritto, ovvero «sufficienti garanzie»¹⁸⁶ per gli individui. Insomma in questa ipotesi la disposizione normativa di rango primario, pur lasciando all'amministrazione un ampio margine, deve stabilire «anche se non in dettaglio, i contenuti e i modi»¹⁸⁷ di quella che poi sarà l'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini. Rispetto alla riserva assoluta, il grado di certezza giuridica intesa come determinazione legislativa è qui minore stante la preventiva necessaria determinazione solo di «sufficienti criteri direttivi di base e linee generali»¹⁸⁸ idonee a limitare la discrezionalità amministrativa nella produzione di fonti secondarie, al fine di assicurare che la determinazione amministrativa non si trasformi in arbitrio¹⁸⁹.

Peraltro, un caso tipico ed esclusivo dell'ordinamento italiano è quello della delegificazione inteso come fenomeno che vede il trasferimento del potere normativo, in settori determinati, dalla legge al re-

¹⁸² Corte cost., 7 aprile 2011, 115, p. 5 del *Cons. in diritto*.

¹⁸³ V., in merito, A. D'ATENA, *Le lezioni sulla riserva di legge*, cit., 650.

¹⁸⁴ Corte cost. 23 maggio 1962, n. 26.

¹⁸⁵ Corte cost. 8 luglio 1957, n. 122.

¹⁸⁶ Corte cost. 122/1957, cit.

¹⁸⁷ Corte cost. 13 luglio 2017, n. 174, p. 3.2 del *Cons. in diritto*.

¹⁸⁸ Corte cost., 26 ottobre 2007, n. 350, p. 3 del *Cons. in diritto*.

¹⁸⁹ Corte cost., n. 350/2007, cit., p. 4 del *Cons. in diritto*.

golamento governativo¹⁹⁰. Previsto non già dalla Costituzione ma da legge ordinaria (e in particolare all'art. 17, c. 2, della legge n. 400/1988), sia pure solo in materie non coperte da riserva assoluta di legge come disciplinate dalla Costituzione, questo strumento vede leggi che, autorizzando l'esercizio della potestà regolamentare del Governo¹⁹¹, possono determinare le norme generali regolatrici della materia, prevedendo «genericamente»¹⁹² l'abrogazione delle norme vigenti, con effetto dall'entrata in vigore delle norme regolamentari, in un'ottica di «pretesa ridefinizione dei concetti tradizionali e delle loro possibili connessioni»¹⁹³.

Non sempre tuttavia si considera, come è invece nel caso tedesco come si dirà, la riserva di legge come riserva di Parlamento.

La stessa giurisprudenza costituzionale ha inteso, come del resto anche parte della dottrina, sin dalle prime pronunce in termini non già restrittivi il riferimento costituzionale alla “legge” come atto parlamentare. Nella visione della Corte costituzionale la parificazione alle leggi formali degli atti “aventi forza di legge” abilita tali atti a «incidere validamente, al pari delle leggi, nelle materie a queste riservate»¹⁹⁴. Ammettendosi la totale fungibilità tra legge e atti aventi forza di legge e così spostandosi il *focus* dal rapporto tra organi a quello tra atti¹⁹⁵,

¹⁹⁰ Secondo la definizione elaborata da G. DEMURO, *Le delegificazioni: modelli e casi*, Torino, 1995, 24.

¹⁹¹ In generale, sulle questioni legate al rapporto tra riserva di legge e delegazione legislativa v., anche, C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012.

¹⁹² Laddove prevedere genericamente «l'abrogazione di tutte le disposizioni che risultino incompatibili col regolamento significherebbe attribuire tale potere al Governo e ciò in contrasto con l'art. 76 Cost., che chiaramente ammette tale possibilità solo mediante decreto legislativo». Cfr. F. MODUGNO, *A mò di introduzione. Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa, II, Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000, 15.

¹⁹³ Così, A.A. CERVATI, *A proposito di «regolamenti delegati», «regolamenti autorizzati» e delegificazione, in un'attribuzione di potestà normativa all'esecutivo che suscita molti interrogativi*, in *Giur. cost.*, 1995, 1858 ss.

¹⁹⁴ Corte cost., 19 giugno 1974, n. 184, p. 5 del *Cons. in diritto*.

¹⁹⁵ In merito, v. L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, laddove si osserva che «il rapporto è tra organi, non tra atti e un atto dotato della forza di legge non incide meno pesantemente da uno che ne sia sprovvisto. Anzi, è

piuttosto che frenare si favorisce la «crisi delle garanzie proprie del procedimento legislativo»¹⁹⁶. Sembra al contempo venir meno, attraverso un'interpretazione che guarda ad essa più come una «riserva di livello normativo» che come una «riserva di organo»¹⁹⁷, pure quella pretesa funzione garantista data dall'intervento del Parlamento a tutela degli individui¹⁹⁸ al fine di sottrarre determinati ambiti all'arbitrio dell'esecutivo. Favorisce questa interpretazione, sotto questo profilo meno garantista, anche lo spostamento dell'attenzione dal Parlamento alla garanzia processuale del sindacato della Corte costituzionale¹⁹⁹, comune tanto alla legge quanto agli atti primari del governo, ma così negandosi, come evidenziato da parte della dottrina²⁰⁰, il plusvalore politico-democratico.

Discorso specifico si deve fare per la riserva di legge in materia penale laddove la Carta costituzionale italiana all'art. 25 Cost. sembrerebbe attribuire in questo settore il monopolio della produzione normativa al Parlamento, per evitare possibili arbitri da parte del potere esecutivo. Contrariamente al dato testuale, anche in questo ambito, il giudice costituzionale ben ritiene che possano essere adottati atti aventi forza di legge, come la decretazione d'urgenza, «purché nel rigoroso rispetto dei presupposti costituzionali ad essi inerenti», potendosi poi compensare, come si accenna nella stessa pronuncia, il «rischio di sottrarre al Parlamento potere e responsabilità delle scelte in materia penale» con l'avvenuta conversione parlamentare²⁰¹ al contempo constatandosi, altresì, l'assenza di riserva di legge ordinaria in materia pro-

vero il contrario: per le fonti secondarie la legge è inderogabile, mentre decreti-legge e decreti legislativi non sono tenuti a rispettarla».

¹⁹⁶ Così, G. PICCIRILLI, *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovratatuali*, Torino, 2019, 75.

¹⁹⁷ Ancora, G. PICCIRILLI, cit., 40.

¹⁹⁸ In questo senso, intendendo la riserva di legge come istituto a garanzia dei diritti individuali, anche, R. G. DE FRANCO, *Riserva di legge*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1969, 105 ss.

¹⁹⁹ Giustifica questa concorrenza di atti, A. DI GIOVINE, *Introduzione alla riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969, 48 ss.

²⁰⁰ Cfr. L. CARLASSARE, *Legge*, cit., 1 ss.

²⁰¹ Corte cost., 11 luglio 1996, n. 330, p. 3.1 del *Cons. in diritto*.

cessuale penale²⁰². Oltre a sorgere qui dubbi sulla fonte prevista e tuttavia legittimata oltre il dato costituzionale, perplessità si pongono, quanto ai profili legati sempre alla certezza giuridica, anche rispetto all'immediata entrata in vigore del precetto, rivelandosi questo potenzialmente lesivo del principio della "conoscibilità" della legge penale²⁰³, baluardo di garanzia della libertà personale²⁰⁴: ai fini della preventiva conoscibilità del rischio penale e della certezza delle conseguenze della propria condotta, non essendo rimproverabile al consociato la mancata osservanza di un precetto penale inconoscibile al tempo della condotta²⁰⁵, si rivela fondamentale una pubblicità adeguata secondo, del resto, la regola di cui all'art. 73, c. 3 Cost.

A minare le fondamenta dell'istituto sembra sopraggiungere, in ultimo, anche la concorrenza con altre fonti, esterne, nonché con altri organi non solo deputati adottarle ma altresì chiamati ad applicarle e interpretarle.

Come visto, l'influenza e in alcuni casi i "vincoli" del diritto sovranazionale ed europeo nei singoli ordinamenti nazionale, sono diventati sempre più determinanti. Ciò sembra anche in ambito penale, andando ad erodere il legame della legalità con la sovranità statuale. Anche in queste ipotesi, peraltro, se sembra saltare la *ratio* democratica sottesa alla riserva di legge, si profila comunque un tentativo di recuperare il principio della legalità e la sottesa certezza giuridica attraverso la sua espressione massima data dalla necessaria garanzia processuale del sindacato della Corte costituzionale. Al banco di prova della eventuale prevalenza anche in materia penale di norme sovranazionali, in particolare della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il giudice costituzionale italiano, come già visto, sostiene, nelle pronunce n. 348 e n. 349 del 2007, che le fonti esterne prive di efficacia diretta non possono vedere la mera disappli-

²⁰² Ordinanza n. 185/1996.

²⁰³ Specificamente, in merito, V. MAIELLO, 'Riserva di codice' e decreto-legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice, in CrD, 2000, 345

²⁰⁴ Così G. CANALE, *Riserva di legge e atti con forza di legge: prime riflessioni*, in AAVV, *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, 2015, 348 ss.

²⁰⁵ V., sul punto, P. SCEVI, *Prevedibilità e legalità nel diritto penale: alternativa o binomio garantistico?* in *La legislazione penale*, 2020, 24.

cazione da parte del giudice comune delle eventuali norme nazionali in contrasto, come sarebbe invece possibile nel caso del diritto comunitario. Le norme della Convenzione quale fonte interposta (*ex art. 117 Cost.*), avrebbero, secondo una visione gerarchica «piramidale»²⁰⁶, rango sub-costituzionale, imponendo, di conseguenza, un raffronto tra esse e la Costituzione. L'eventuale dubbio di costituzionalità che ne derivi, se non superabile con interpretazione aderente a quella adottata dalla Corte di Strasburgo, sia pure solo a condizione che segua un indirizzo «consolidato»²⁰⁷ e comunque subordinata «al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme»²⁰⁸, imporrà così un sindacato di costituzionalità da parte della Corte che, in caso di contrasto, ha il «dovere di dichiarare la inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano»²⁰⁹.

A questa ipotesi, sempre a livello sovranazionale, si aggiunge infine quella riguardante le norme comunitarie in ambito penale ove pure il primato del diritto UE può incontrare i controllimiti, tra gli altri, della riserva di legge e delle garanzie del singolo²¹⁰.

Se la regola della disapplicazione del diritto nazionale contrastante con le norme dell'UE trova in generale applicazione anche in materia penale, si ammette tuttavia in questa ipotesi un'eccezione allorché le norme di parte generale del diritto penale interno possono produrre effetti in *malam partem*, idonei cioè a provocare «l'espansione dell'ambito del penalmente rilevante», andando a violare quel principio di cui all'art. 25 Cost.

²⁰⁶ Così, con tono critico, A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 327.

²⁰⁷ Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49. Solo nel caso in cui si trovi in presenza di un «diritto consolidato» o di una «sentenza pilota», il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di «ogni strumento ermeneutico a sua disposizione», ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale.

²⁰⁸ Corte cost. 49/2015, p. 4 del *Cons. in diritto*. Vedi in merito ampiamente, G. COCCO, *Riserva di legge e controllo di costituzionalità. Breve rassegna della giurisprudenza costituzionale*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2023, 10.

²⁰⁹ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, p. 4.7 del *Cons. in diritto*.

²¹⁰ Così, G. COCCO, *Il «primato» della riserva di legge parlamentare in materia penale affermato da Corte cost. n. 115/2018 e il diritto europolitano*, 2019, 1092.

che «riserva al solo legislatore la definizione dell'area di ciò che è penalmente rilevante»²¹¹. La legge parlamentare si mostra così unica fonte del diritto penale italiano, costituendo la riserva una componente dell'identità costituzionale²¹², in particolare in quelle ipotesi ove il meccanismo giuridico in discussione, come è nel caso della prescrizione, si configura come istituto di diritto penale sostanziale, non dipendente dal diritto europeo, ma esclusivamente da quello nazionale²¹³. In queste ipotesi, l'applicazione di norme UE che violino l'art. 25, c. 2, Cost. non può essere allora consentita neppure alla luce del primato del diritto dell'Unione, dovendosi qui lasciar riemergere piuttosto la *supremacy* dell'ordinamento nazionale²¹⁴. A sbarrare la strada, senza eccezioni, all'ingresso della norma sulla prescrizione dei reati come interpretata dalla Corte di giustizia, cd. "regola Taricco"²¹⁵, è anche il principio di "determinatezza" dei reati e delle pene,

²¹¹ Corte cost., 22 aprile 2022, n. 105, p. 6.3 del *Cons. in diritto*.

²¹² Corte cost. ordinanza 24/2017, cit.

²¹³ Così A. ANZON DEMMING, cit., 20.

²¹⁴ Cfr. G. REPETTO, *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritti Comparati*, 2017, laddove si osserva che tale concetto non chiama in causa «una logica di sovra- o subordinazione, ma piuttosto misura l'occasionale ritrarsi dell'ordinamento rispetto all'immissione di regole che si pongano in contrasto con principi di primario rilievo costituzionale».

²¹⁵ CGUE (Grande sezione), 8 settembre 2015, causa C105/14, *Taricco*, ove la Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale in ordine alla interpretazione di una disposizione del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (l'art. 325, comma 1, TFUE), ha esortato i giudici nazionali alla disapplicazione di talune disposizioni in materia di prescrizione del reato (artt. 160, ultimo comma, e 161 comma 2, cp) allorché questa normativa impedisca al giudice di infliggere «sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione (...)». La regola generale indicata dalla Corte di Lussemburgo basata come era su un criterio valutativo quantitativo ambiguo, riferito al parametro del «numero considerevole dei casi» non quantificabile *a priori*, creava tuttavia incertezza, spingendo la Corte costituzionale a presentare, con l'ordinanza n. 24 del 2017, un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia stessa, affinché rivedesse la regola che, ad avviso del giudice costituzionale italiano, andava a determinare una violazione dell'art. 25 Cost. Alla pronuncia successiva della Corte di Lussemburgo che, con la sentenza nel caso *M. A. S. e M. B. 50*, riaffermava in sostanza il dovere di disapplicare le disposizioni contrastanti con il diritto europeo, sia pure salvaguardando la possibilità per il giudice nazionale di svincolarsi da tale obbligo quando ciò comportasse una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene, fa seguito una nuova pronuncia della Corte costituzionale, la n. 115 del 31 maggio 2018, ove il nostro giudice

principio fondamentale ai fini della tutela della certezza del diritto garantendo la “prevedibilità” delle conseguenze della condotta del consociato. Si sostiene che una «situazione di incertezza nell’ordinamento giuridico italiano», quale derivante dalla «confusione»²¹⁶ generata dalla pronuncia Tarrico, quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile, «incertezza che contrasterebbe con il principio della determinatezza della legge applicabile»²¹⁷, non è ammissibile perché ciò viola la Costituzione e la tutela dei diritti fondamentali della persona. Questo «principio supremo dell’ordine costituzionale italiano»²¹⁸, inerente, insieme a quello della prevedibilità e della irretroattività, alla riserva di legge/principio di legalità di cui all’art. 25 Cost., costituisce così, in quanto appartenente alle “tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”²¹⁹, un controlimite. Non potendo trovare soluzione nell’obbligo, per il giudice comune, della mera disapplicazione delle norme interne, si richiederà necessariamente l’intervento del legislatore, aprendosi così la strada a un diritto penale europeo «certo», su base legislativa²²⁰.

È evidente in questa vicenda come l’istituto della legalità/riserva di legge, con il connesso principio, tra gli altri, della determinatezza, rivelandosi come un cardine del nostro ordinamento che segna senza dubbio l’identità costituzionale dello Stato, si mostri, anche alla luce di un dialogo piuttosto diplomatico²²¹ con la Corte di Giustizia, come un «corollario del principio di certezza del diritto»²²².

delle leggi ha affermato che la “regola Taricco” è in contrasto con il principio di determinatezza in materia penale consacrato dall’art. 25, c.2, Cost. La letteratura in merito è sterminata. Per i primi commenti si può rinviare ai contributi raccolti in AA.VV., *Atti del Convegno “Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo”*, svoltosi a Roma, Istituto Luigi Sturzo, il 4 ottobre 2016, in *Aic*, 4/2016.

²¹⁶ In merito, v. I. PELIZZONE, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: principio di determinatezza, separazione dei poteri e ruolo del giudice penale*, in *Quad. cost.*, 1/2017, 112.

²¹⁷ CUGE, causa C-42/17, cit., par. 59.

²¹⁸ Corte cost. n. 115/2018, cit., p. 7 del *Cons. in diritto*.

²¹⁹ CGUE, causa C-42/17, cit., par. 53.

²²⁰ Così, C. CUPELLI, *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo “certo”*, in *Dir. pen. contemp.*, 2017, 227.

²²¹ In questi termini, C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla corte di giustizia*, in *Dir. pen. contemp.*, 2017. Mostrano una visione più critica, in merito, A. BERNARDI, *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, in *Quad. cost.* n. 1/2017, 109 e ss. nonché A. RUGGERI, *Ul-*

Nell'ordinamento italiano, sia pure specificamente per l'ambito penalistico, emerge chiara allora, dal dettato costituzionale in accordo con la giurisprudenza costituzionale, la rilevanza della riserva di legge ponendosi a garanzia della certezza in senso oggettivo, quanto alle strutture predeterminate, ma anche soggettivo come prevedibilità e "sicura percezione" per i consociati di una dei possibili profili di illiceità penale della propria condotta. Trattandosi di diritti fondamentali sostanziali, connessi alla libertà dell'individuo, la certezza/stabilità non può rivelarsi di un grado così relativo da essere rimesso, quanto meno in sistemi di *civil law*, non già alla previsione generale del legislatore²²³, ma ad un apprezzamento, peraltro concretamente difficoltoso²²⁴, variabile caso per caso, a seconda del giudice, finendo perciò per essere annullata.

L'assenza di una clausola generale e il collegamento tra istituti che talora si trasforma in una loro sovrapposizione, risulta peraltro evidente anche nell'ordinamento tedesco.

Alla luce del quadro costituzionale derivante in particolare dagli artt. 20, c. 3, GG nonché 80, c. 1, GG e del conseguente vincolo del potere esecutivo al *Bundestag* (e ai parlamenti statali), la riserva di legge è considerata come un principio connesso al principio di legalità²²⁵,

timatum della Consulta alla Corte di giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non ancora oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017), in Consulta Online, 2017, 81 e ss. che parla di «vero e proprio ultimatum».

²²² Così, Corte cost. ordinanza 24/2017, p. 5. del *Cons. in diritto*. Sul punto, v. anche M. LUCIANI, *Intelligenti pauca*, cit., 8. Più in generale, vedi anche, A. Bernardi, C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco*, cit.

²²³ Sull'importanza della separazione tra il "dominio del giudice e quello del legislatore" ove "l'andar dal diritto al fatto sarebbe proprio delle tradizioni giuridiche di diritto civile", v. M. LUCIANI, *Chi ha paura dei controlimiti?* in AA.VV., *Aspettando la Corte costituzionale. Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, in *rivistaaic.it*, 4/2016, 74.

²²⁴ Così, D. TEGA, *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue di*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2017, 4.

²²⁵ V., tra gli altri, E. W. BÖCKENFÖRDE, R. GRAWERT, *Sonder- verordnungen zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse*, in *AöR Bd.*, 95, 1970, 1 e ss. Più di recente, citando anche ampia giurisprudenza, S. DETTERBECK, *Öffentliches Recht. Staatsrecht, Verwaltungsrecht, Verwaltungsprozessrecht und Europarecht mit Übungsfällen*, München, 2022, 14.

non disciplinata costituzionalmente da una disposizione generale, come è anche nel caso italiano, e trovando espressione invece attraverso il rinvio, per determinati ambiti- quali sono generalmente i diritti fondamentali- a leggi federali, leggi generali o a basi giuridiche per la regolamentazione, attuazione ed eventuale limitazione. Nella visione del *Bundesverfassungsgericht*, quale giudice della legittimità costituzionale degli atti legislativi e giurisdizionali ed eventualmente della loro legalità come è peraltro nel caso spagnolo, si è andata così sviluppando, specificamente in materia di diritti costituzionali, la cd. “teoria dell’essenzialità” (*Wesentlichkeitstheorie*)²²⁶, come vedremo, in particolare a partire dalla sentenza del 1972 relativa ai diritti fondamentali dei prigionieri²²⁷.

Come nel caso italiano, si è poi sviluppata una tassonomia della riserva di legge quale declinabile in *einfache Gesetzesvorbehalt* e *qualifizierte Gesetzesvorbehalt*, mentre per i diritti esclusi da ogni riserva si parla *Vorbehaltlose Grundrechte*. Qui tuttavia la riserva di legge è intesa in termini molto più rigorosi. Nella prima ipotesi, trattandosi di riserva di legge semplice, non si vincola il legislatore quanto al contenuto della legge ma, stante l’implicito divieto per l’esecutivo di disciplinare il relativo diritto fondamentale (con la conseguente illegittimità dell’atto del Governo eventualmente adottato), ben si ammette l’intervento legislativo dell’esecutivo, mediante decreto legislativo, sia pure solo previa autorizzazione della legge. Quest’ultima a sua volta è disciplinata, per gli aspetti sostanziali, dall’art. 80, c. 1, GG laddove si dispone che il contenuto, lo scopo e la portata dell’autorizzazione devono essere determinati dalla legge.

Diversamente è, come vedremo, la riserva legislativa per gli “aspetti essenziali” considerata, dalla giurisprudenza costituzionale almeno in una prima fase, come riserva parlamentare, giacché l’organo rappresentativo non può, in virtù del principio dello stato di diritto e di quello della democrazia, «cedere completamente il proprio potere legislativo», rinunciando in modo totale alla «propria influenza sul contenuto delle norme emanate dagli enti pubblici»²²⁸. Successivamente, la riser-

²²⁶ Si veda, in merito, per una sintetica ricostruzione anche M. BRENNER, cit., 242.

²²⁷ BVerfGE 33, 1, *Strafgefangene*, 14 marzo 1972.

²²⁸ BVerfGE 61, 260, *Hochschulorganisation*, 20 ottobre 1982, par. 67. In merito e

va di legge, identificata con la teoria dell'essenzialità²²⁹, non sembra più imporre l'atto del Parlamento: essa non può essere intesa, in estrema sintesi, come "assoluta" non contenendo la legge fondamentale alcuna disposizione in merito²³⁰ come neanche «una regola di competenza che stabilisca che tutte le decisioni "oggettivamente essenziali" debbano essere prese dal legislatore»²³¹. In alcuni casi - come quelli dei diritti fondamentali, ove pure è possibile rinvenire nelle varie disposizioni una "speciale clausola legislativa", tuttavia difficilmente identificabile, a dire del giudice costituzionale in questa fase, come "riserva parlamentare" - si ritiene operante una riserva di legge che sia tale non per forza nella forma ma nella «sostanza»²³² essendo sufficiente un atto legislativo o anche un decreto dell'esecutivo²³³.

L'altro tipo di riserva, definibile come "riserva di legge qualificata", paragonabile alla riserva di legge rafforzata italiana, impone, invece, ulteriori *standard* alla legge limitativa. In questa ipotesi, il diritto fondamentale, proprio come nel caso italiano, può essere ristretto solo allorché ricorrano determinate situazioni, scopi o mezzi costituzionalmente prescritti. Restano infine i diritti fondamentali "incondizionatamente garantiti" giacché sottratti alla riserva legislativa salvo non ricollarli, in dottrina, alla riserva di legge di cui all'art. 2 GG concernente la libertà personale, considerata come diritto più generale della libertà, distinguendosi tra diritti di natura individuale o collettiva²³⁴.

a favore di una interpretazione "democratica", con riserva a favore del legislatore, nelle materie essenziali, B. PIEROTH, B. SCHLINK, *Grundrechte, Staatsrecht II*, in C. F. MÜLLER, Heidelberg, 2005, 264.

²²⁹ BVerfGE 68, 1, cit., par. 78.

²³⁰ BVerfGE 68, 1, cit., par. 191.

²³¹ *Ibidem*

²³² Sulla distinzione tra legge formale e legge sostanziale, v., tra tutti, M. WIENBRACKE, *Staatsorganisationsrecht*, Springer, 2017, 33. Una legge in senso formale è qualsiasi atto sovrano emanato come legge dal Parlamento (*Bundestag, Landtag*) secondo la procedura prevista dalla rispettiva Costituzione (a livello federale, in particolare artt. 76 e segg. della Legge fondamentale).

²³³ In dottrina, vedi anche, H. HERBERT, cit., 1241.

²³⁴ V., sul punto, P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, Heidelberg 1983, 188.

La riserva di legge è qui intesa, a differenza del principio di supremazia della legge, come legalità in senso positivo²³⁵, laddove si richiede alla legge di disciplinare l'azione amministrativa in modo che possa essere ricondotta a una legge in senso formale. In virtù dell'art. 20 GG, il *Bundesverfassungsgericht* ritiene addirittura, soprattutto in una prima fase, che esista in capo al legislatore un vero e proprio "obbligo" ad adottare tutte le "decisioni essenziali" in ambiti normativi fondamentali: è così «nella misura in cui ciò sia accessibile alla regolamentazione statale»²³⁶ e in particolare nell'ambito dell'esercizio dei diritti fondamentali, giacché «la decisione su tutte le questioni fondamentali che riguardano direttamente i cittadini deve essere presa per legge»²³⁷. La questione della portata contenutistica del potere organizzativo del governo e dell'amministrazione in quanto potere non soggetto alla legge si mostra qui rilevante. Attraverso la riserva di legge, il fine espressamente affermato è quello di non lasciare questi ambiti alla «discrezionalità dell'autorità amministrativa»²³⁸. Quest'ultima può agire in determinati casi e a specifiche condizioni solo se è autorizzato da una legge formale. In virtù di questo principio che vuole, in estrema sintesi, le "decisioni essenziali" soggette al diritto parlamentare, o meglio alla riserva di legge intesa, sia pure in maniera non costante anche in questa fase, come «riserva parlamentare»²³⁹, si impone al legislatore di «specificare il programma legislativo all'autorità chiamata a regola-

²³⁵ Così, M. WALLERATH, cit., 219.

²³⁶ V., spec., BVerfGE 49, 89, *Kalkar* I, 8 agosto 1978, par. 76 laddove si richiama la precedente pronuncia BVerfGE 34, 165, 26 settembre 1972.

²³⁷ BVerfGE 40, 237, cit., par. 45. Sul punto, v., anche, K. BOCK, M. ENGELER, *Die verfassungsrechtliche Wesensgehaltsgarantie als absolute Schranke im*, in DVBl, 2016, 593.

²³⁸ In particolare, BVerfGE 34, 165, 26 settembre 1972, par. 109.

²³⁹ Vedi, in proposito, BVerfGE 57, 295, 24 marzo 1981, allorché al par. 106 si afferma "Questa riserva di legge è una riserva parlamentare (statale) (cfr. BVerfGE 47, 46 [79]): gli elementi essenziali per garantire la libertà di radiodiffusione devono essere determinati dallo stesso Parlamento; non deve lasciare la decisione in merito all'esecutivo, ad esempio sotto forma di un'autorizzazione generale che comprenda il potere di imporre condizioni, né in modo tale che ciò avvenga non espressamente ma sostanzialmente mediante norme non sufficientemente definite. La garanzia della libertà di radiodiffusione non può essere lasciata alla regolamentazione degli statuti o degli accordi contrattuali degli organizzatori".

mentare»: questo perché, come puntualizza lo stesso giudice costituzionale tedesco, il «principio di certezza rappresenta il necessario complemento e la concretizzazione del principio della riserva di legge»²⁴⁰.

In generale, non potendosi più limitare quest'istituto a quella concezione costituzionale «borghese-liberale dello Stato nel XIX secolo»²⁴¹ secondo cui una legge è necessaria solo quando si tratta di intervenire sulle libertà e proprietà, si ammette l'estensione della riserva generale di legge su «tutte le questioni fondamentali che riguardano direttamente i cittadini»²⁴² e quindi la legge formale²⁴³ quale approvata dal Parlamento. In una forma di stato ove l'idea della democrazia parlamentare vede tutto il potere statale emanare dal popolo (art. 20, c. 2, GG), si afferma una sorta di supremazia del parlamento²⁴⁴, cosicché è questo l'organo che deve intervenire in determinati ambiti, essendo dotato della «legittimità democratica più diretta rispetto alla mera azione amministrativa». La procedura parlamentare del resto «garantisce un grado più elevato di dibattito pubblico e di processo decisionale e quindi anche maggiori opportunità di bilanciare interessi contrastanti»²⁴⁵. La legge legittima, insomma, l'amministrazione dal punto di vista oggettivo ad agire e le conferisce i necessari poteri di intervento nei confronti dei cittadini²⁴⁶, delimitandone l'azione ai casi specificamente disciplinati e rendendo così prevedibile il comportamento dell'amministrazione per il cittadino²⁴⁷. Questo si traduce, in fasi stori-

²⁴⁰ BVerfGE 58, 257, 3. *Rundfunkentscheidung*, 20 ottobre 1981, par. 93.

²⁴¹ BVerfGE 8, 155, 6 maggio 1958, par. 68.

²⁴² BVerfGE 40, 237, cit., par. 45

²⁴³ Vedi, ancora, BVerfGE 40, 237, cit., al par. 45 allorché si osserva che «La dipendenza del potere esecutivo e di quello giudiziario dal diritto e dalla giustizia, cioè il primato della legge, perderebbero il loro significato se la Costituzione stessa non richiedesse già ora che l'azione dello Stato in determinati ambiti fondamentali è lecita solo se legittimata da una legge formale».

²⁴⁴ V., in questi termini, M. KLOEPFER, *Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel*, in JZ, 1984, 686 ss.

²⁴⁵ BVerfGE 40, 237, cit., par. 45.

²⁴⁶ In tono critico, sul potere di controllo della legge, v. W. HOFFMANN-RIEM, *Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch*, in AöR, 2005, 5.

²⁴⁷ Così C. OHLER, *Der institutionelle Vorbehalt des Gesetzes*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 131, 2006, 341.

che variabili nel tempo, in ossequio anche al principio della separazione dei poteri, in una estensione della riserva di legge generale oltre i limiti tradizionali, «anche al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 80 GG»²⁴⁸, sia anche con limiti escludendosi che alla legge "formale" si riservi la regolamentazione «nei minimi dettagli delle responsabilità delle autorità e della procedura amministrativa»²⁴⁹.

Un ultimo importante punto a cui si vuole fare cenno è la riserva di legge penale (*ex art. 103, c. 2, GG*), particolarmente rilevante anche in questo ordinamento, da cui deriva peraltro il «divieto di analogia» in materia penale.

Il Giudice costituzionale nella più volte citata pronuncia *Lissabon*, pur non facendovi espresso riferimento, tocca in qualche modo la questione laddove si richiama allo «stretto legame tra il diritto penale e la libertà individuale» per cui la competenza penale riservata tradizionalmente allo Stato, in linea di principio, si mostra «resistente all'integrazione». Alla luce di ciò si è così ribadita l'importanza, dal punto di vista del diritto costituzionale tedesco, di garantire in questo settore sensibile il «necessario grado di legittimità democratica nei confronti dei parlamenti degli Stati membri», grado che nel caso tedesco può essere assicurato solo attraverso un maggiore coinvolgimento del parlamento: il rappresentante tedesco nel Consiglio deve adottare un comportamento «minimalista»²⁵⁰ e partecipare ai negoziati su istruzione del *Bundestag* tedesco e, nella misura in cui le disposizioni legislative lo richiedono, del *Bundesrat*. Se in precedenti pronunce ha sorvolato sulla questione della eventuale invasione da parte del diritto europeo della funzione legislativa penale statale²⁵¹, mentre poi ha ritenuto compatibile con la Costituzione l'approvazione del Trattato di riforma di Lisbona, il tribunale costituzionale federale in questo caso, in maniera ferma, segnala diversi elementi costitutivi della indisponibile identità costituzionale tedesca, segnando un precedente importante

²⁴⁸ BVerfGE 40, 237, cit., par. 45.

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ BVerfGE 123, 267, cit., par. 365

²⁵¹ BVerfGE 115, 276 – *Sportwetten*, 28 marzo 2006, par. 77, laddove si ritiene che giacché il diritto europeo va ad incidere su diritti che «non appartengono ai diritti fondamentali o equiparati ai diritti fondamentali» resta esclusa la giurisdizione dello stesso giudice costituzionale.

anche per altri ordinamenti europei. Qui si impone una interpretazione “restrittiva” del Trattato che deve rispettare parametri identitari quale il principio democratico (ovvero, la «autodeterminazione del popolo tedesco»), espressione della sovranità statale²⁵² e quindi l'esigenza di non estromettere il Parlamento dalle scelte in ambito di “norme minime” di reati.

3.3.1. La *Wesentlichkeitstheorie*.

Oltre agli istituti detti “ordinari” tesi, funzionalmente, alla struttura normativa e alla sua “relativa” stabilità, in alcune Costituzioni si prevedono, come si anticipava, meccanismi ulteriori, relativi sempre essenzialmente alla legittimazione a produrre norme e ad attuarle nei casi concreti ma tesi anche ad assicurare, sotto il profilo procedurale e funzionale, un maggior grado di certezza oggettiva/stabilità. È questo il caso della teoria della materialità (detta anche della “essenzialità”) elaborata in Germania dalla dottrina tra gli anni settanta e ottanta²⁵³ e poi sviluppata dal Tribunale costituzionale federale tedesco, alla luce dell'art. 80 GG, come corollario del principio di legalità, sulla base di una formula che si rivela, come vedremo, a dire della stessa dottrina, alquanto generica²⁵⁴.

²⁵² V., in merito, più approfonditamente in tema M. BÖSE, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale*, in *Criminalia*, 2009, 270.

²⁵³ Probabilmente questa teoria deve il suo nome allo studioso tedesco Oppermann che ne parla a proposito della riserva di legge laddove quest'ultima se prima si applicava solo agli interventi nella sfera della cittadinanza e in particolare nel rapporto generale cittadino-stato, successivamente si estende anche al diritto scolastico. V., T. OPPERMAN, *Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen?* in *Gutachten DJT*, 1976, 82. Per una ricostruzione del principio anche nella giurisprudenza, dei primi tempi, v. J. STAUPE, *Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis. Zur „Wesentlichkeitstheorie“ und zur Reichweite legislativer Regelungskompetenz, insbesondere im Schulrecht*, Berlino, 1986, 24 e, in part., per la giurisprudenza costituzionale, 132. Più di recente, si può rinviare anche a C. OHLER, *Der institutionelle*, cit. 336.

²⁵⁴ Qualche A. in realtà critica fortemente la teoria ritenendo che si adotti una formula “vuota” (*Leerformel*). V., in merito, W. KREBS, *Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes*, in *Jura* 1979, 304.

Se la riserva di legge può definirsi, in generale, come l'istituto attraverso il quale la legge dà ai cittadini la «certezza di azione e la possibilità di pianificare il proprio comportamento»²⁵⁵, non lasciandosi alla sola amministrazione la determinazione delle norme giuridiche nel caso concreto e facilitandosi poi il sindacato di conformità del giudice, la dottrina dell'essenzialità, nel tentativo di assegnare al Parlamento quelle aree di regolamentazione che sono «essenziali per la realizzazione dei diritti fondamentali»²⁵⁶, presuppone l'assenza non solo di riserva di legge assoluta ma altresì della prerogativa parlamentare di delegare all'esecutivo²⁵⁷, autorizzandolo ad emanare ordinanze legislative (*Rechtsverordnungen*), attraverso la legge.

La *Wesentlichkeitstheorie* si rivela così, sin dalle prime pronunce, come una declinazione del principio di legalità in senso formale e sostanziale giacché letto in stretta connessione con la necessità della “prevedibilità” dell'azione amministrativa per il cittadino e quindi con la certezza del diritto.

Il “principio di legalità”, espressamente invocato a questo riguardo dal Tribunale costituzionale federale in una primissima pronuncia sulla tutela della “essenza” dei diritti fondamentali, non richiede «un potere qualsiasi, ma un potere limitato e precisamente definito da parte dell'esecutivo per compiere atti amministrativi gravosi», giacché lo scopo del principio è quello di «rendere quanto più prevedibili possibile gli interventi delle autorità pubbliche»²⁵⁸. In ragione di ciò nonché del principio della separazione dei poteri pure richiamato²⁵⁹, la legge forma-

²⁵⁵ Così, C. OHLER, *Der institutionelle*, cit., 341.

²⁵⁶ BVerfGE 45, 400, cit., par. 69. Secondo il Tribunale costituzionale federale, essenziale significa anche, da un altro lato, che «il legislatore è tenuto a regolamentare questioni che rivestono una notevole importanza per lo Stato e la società». Così, in particolare, BVerfGE 150, 1, cit., punto 194. Questa teoria non si applica tuttavia ai rapporti giuridici tra cittadini e persone giuridiche di diritto privato, BVerfGE 84, 212, cit., punto 41. Sul punto e sui vari casi anche in ambito privatistico, v. C. a C. OHLER, *Der institutionelle*, cit. 336.

²⁵⁷ Così W. CREMER, *Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG und Parlamentsvorbehalt. Dogmatische Unstimmigkeiten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *AöR*, 1997, Vol. 122, 1997, 252 ss.

²⁵⁸ BVerfGE 8, 274, *Preisgesetz*, 12 novembre 1958, par. 200.

²⁵⁹ BVerfGE 8, 274, cit., par. 201.

le, in particolare di delega di cui all'art. 80 GG, deve disciplinare il contenuto delle attività dell'amministrazione non già limitandosi a stabilire principi generali, non essendo «sufficiente un vincolo giuridico meramente formale dell'amministrazione d'intervento» ma dovendo sufficientemente definire, ai sensi dello stesso art. 80 GG, contenuto, scopo e portata dell'azione²⁶⁰. Alla luce di questo ragionamento si osserva che perciò una «vaga clausola generale» che lasci alla «discrezione dell'esecutivo la determinazione dettagliata dei limiti della libertà non è compatibile con il principio di legalità dell'amministrazione»²⁶¹.

Se questa è la lettura generale dell'istituto, la sua interpretazione e applicazione vede tuttavia un orientamento giurisprudenziale non sempre coerente, che va modificandosi a seconda della fase storica e/o della materia in discussione.

Così, se in un primo momento, la riserva di legge, quale desunta dall'art. 20, GG, secondo l'interpretazione offerta dal *Bundesverfassungsgericht*, deve essere «liberata dal suo attaccamento a forme superate (invasione della libertà e della proprietà)»²⁶² e vedere ridefinita, in nome della funzione democratica costituzionale, la propria portata e ambito di applicazione per andare in un senso estensivo, lasciando pochi margini all'esecutivo anche nel caso delle questioni essenziali di cui all'art. 80 GG, in una seconda fase l'orientamento sembra in qualche modo modificarsi. Successivamente, a partire dalla metà degli anni ottanta e in particolare dalla sentenza *Eurocontrol*, allorché si va rafforzando il processo di integrazione europeo ed elaborando, come visto, la teoria della tutela equivalente dei diritti, il Tribunale costituzionale federale, seppure continua a sostenere la dottrina dell'essenzialità tende tuttavia, a seconda dell'oggetto trattato, talora a restringerne, piuttosto che ampliarne, il campo d'applicazione²⁶³. In questo periodo inizia, peraltro, un processo di erosione della riserva statutaria costituzionale (come è, in particolare, come vedremo, nel caso di cui all'art.

²⁶⁰ BVerfGE 8, 274, cit., par., 181.

²⁶¹ BVerfGE 8, 274, cit., par. 200.

²⁶² BVerfGE 47, 46, 21 dicembre 1977, par. 117.

²⁶³ Cfr. H. HERBERT, *Zur »Wesendichkeitstheorie« des Bundesverfassungsgerichts Einige Anmerkungen zum Parlamentsvorbehalt*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1987, 1242, con un'attenta ricostruzione anche delle varie pronunce.

24, c. 1, GG), non solo per questo istituto ma anche per la riserva di legge in generale ove pure si va allentando il legame tra essa (nel caso di specie, per i trasferimenti dei diritti di sovranità) e la legge formale stessa, sia pure a condizioni limitate.

In questi anni l'interpretazione dei due istituti, quello della riserva di legge e quello della essenzialità, ancora talora sovrapposti, se porta a individuare dei distinguui, vede anche un'interpretazione più flessibile.

Così, rispetto ad esempio alla riserva di legge in generale, al di fuori cioè dei casi di cui all'art. 80 GG, è in questa seconda fase che, come si anticipava, il Tribunale costituzionale federale, interpretando in termini meno rigidi quest'istituto in diverse pronunce, sostiene che non è concepibile un «monismo di poteri» quale sarebbe «falsamente derivato»²⁶⁴, come addirittura espressamente si afferma, «dal principio di democrazia sotto forma di una riserva parlamentare onnicomprensiva» oppure «esaustiva»²⁶⁵. Qualora sia pure possibile individuare «inequivocabilmente» una riserva parlamentare resta comunque aperta, afferma in più pronunce il giudice delle leggi tedesche, la questione della portata e ampiezza di contenuto della legge stessa. In quest'ultimo caso, seppure la riserva generale di legge, sancita dall'art. 20 GG, comporta l'obbligo del legislatore «indipendentemente dalla natura dell'ingerenza, a provvedere all'esercizio dei diritti fondamentali», quale poi meglio puntualizzato dalle specifiche riserve giuridiche contenute nelle varie disposizioni sui diritti fondamentali al fine anche dell'adozione delle eventuali decisioni sulle questioni essenziali, quella stessa riserva nulla dice circa il «grado di dettaglio» della disciplina legislativa rispetto all'intervento dell'esecutivo²⁶⁶. La riserva di legge determina, invero, semplicemente «il se e il come dell'azione legislativa».

Nel caso invece delle decisioni essenziali, se si continua a sostenere anche in una pronuncia molto recente relativa alla legislazione sul censimento, «l'obbligo del legislatore di adottare autonomamente le decisioni essenziali in tutti gli ambiti normativi fondamentali»²⁶⁷, con il conseguente «tipico divieto di delega di norme e la richiesta di una maggio-

²⁶⁴ BVerfGE 68, 1, cit., par. 144.

²⁶⁵ BVerfGE 98, 218, 14 luglio 1998, par. 137.

²⁶⁶ V. spec. BVerfGE 77, 170, 29 ottobre 1987, par. 146.

²⁶⁷ BVerfGE 150, 1, 19 settembre 2018, par. 191.

re precisione contenutistica normativa da parte del legislatore parlamentare»²⁶⁸, in un'altra pronuncia, risalente, riguardante il conflitto tra organi, in particolare tra il *Bundestag* e Governo, la posizione assunta appare in parte diversa. Si tratta del caso, di natura internazionale, in cui il Governo ha acconsentito ad equipaggiare le forze armate della NATO sul territorio tedesco senza che sia stata emanata alcuna legge del *Bundestag* che lo autorizzasse espressamente, come pure sembrava richiedere il *Grundgesetz* all'art. 59 nonché agli artt. 24 e 25 GG.

È attraverso soprattutto questa pronuncia che la riserva parlamentare per decisioni essenziali assume connotazioni più elastiche.

Al "legislatore ordinario", che in quanto tale non può «delegare le decisioni essenziali ad altri organismi normativi», né essere sostituito dalla "commissione comune" di cui all'art. 53²⁶⁹, è riservato l'intervento, sostiene lo stesso Tribunale costituzionale federale, solo in alcune ipotesi costituzionali, tra le quali, si afferma, oltre «alla riserva di legge per la riorganizzazione del territorio federale», di cui all'art. 29, c. 2, nonché per l'istituzione dell'UE secondo l'art. 23, c. 1, si deve includere «l'art. 24, c. 1 GG». Quest'ultima disposizione riguarda specificamente il trasferimento di «diritti di sovranità a organizzazioni internazionali mediante legge»: l'espressione "per legge", stante la chiara distinzione tra gli enunciati "per legge" e "in base alla legge" nella legge fondamentale, secondo la tradizione costituzionale tedesca, al pari di quella italiana, lascerebbe intendere, senza ombra di dubbio, che il consenso del legislatore ad un atto di trasferimento non può essere dato che con legge formale²⁷⁰. Ad avviso del *Bundesverfassungsgericht* solamente questi casi e in particolare quest'ultima ipotesi contiene «l'unica riserva di legge a favore della legislatura ordinaria, alla quale non si può rinunciare neanche in caso di emergenza (articolo 115e, c. 2, GG)»²⁷¹.

²⁶⁸ *Ibidem*.

²⁶⁹ Ai sensi del succitato art., c. 1 «La commissione comune è formata per due terzi da deputati del *Bundestag* e per un terzo da membri del *Bundesrat*. I deputati vengono eletti dal *Bundestag* proporzionalmente alla consistenza dei gruppi parlamentari; essi non possono far parte del Governo federale. Ogni *Länd* è rappresentato da un membro del *Bundesrat* da esso designato; tali membri non sono vincolati da direttive (...)».

²⁷⁰ Così, in definitiva, BVerfGE 58, 1, *Eurocontrol* I, 23 giugno 1981, par. 105.

²⁷¹ BVerfGE 68, 1, cit., par. 217.

Qui, pur ammettendosi che il legislatore è tenuto a intervenire per la disciplina delle questioni “essenziali” in ragione della riserva di legge quale derivante dal principio della separazione dei poteri e da quello di democrazia costituzionale (di cui all’art. 20, c. 1 e 2, GG) nonché dal principio di stato di diritto desumibile, a dire dello stesso Tribunale costituzionale federale, dall’art. 20, c. 3, GG, in combinato, si puntualizza, con la riserva “statutaria” per i diritti fondamentali (prevista in particolare, tra l’altro, all’art. 2, c. 2, art. 3, art. 5, c. 2, art. 8, art. 10, c. 2, art. 11, c. 2, GG), si afferma poi anche che ciò non può comportare l’attribuzione al Parlamento della disciplina di tutte le azioni e decisioni. Se queste ultime, «in sé o per le loro conseguenze, hanno un’importanza politica (anche estera) di vasta portata o esistenziale», l’intervento del Parlamento non può essere totale né tali azioni devono trovare espressione in ogni caso «nella forma della legislazione»²⁷².

Invocandosi il principio della separazione dei poteri si finisce così, talora, come sostenuto anche nella giurisprudenza costituzionale dissenziente, con il mettere in discussione lo stesso diritto/dovere del legislatore di agire nel proprio ambito, definendosi il quadro legislativo autorizzatorio (di cui in part. all’art. 59 GG) in modo più o meno restrittivo, a seconda di quanto si ritiene «opportuno»²⁷³. Ciò è peraltro anche in quegli unici casi ove pure si afferma, in generale, che il soggetto obbligato ad adottare le decisioni essenziali è da intendersi in termini restrittivi²⁷⁴.

In ultimo anche nella legge fondamentale tedesca come negli altri testi costituzionali sin qui visti, seppure si può in qualche modo rintracciare quella concezione sottesa al principio di legalità per cui risulta necessaria la legge per determinati ambiti e per questioni essenziali, si pone comunque come una questione non risolta, secondo quanto sostenuto dallo stesso Tribunale costituzionale federale tedesco, il *quantum* del contenuto di legge, ovvero l’estensione che tale contenuto

²⁷² BVerfGE 68, 1, cit., par 148. Sulla libertà di azione del Governo nella politica estera e sulla sentenza, v. J. MENZEL, *Verfassungsrechtsprechung: ausgewählte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive*, Tübingen, 2017, 393 ss.

²⁷³ In questi termini l’opinione dissenziente del Tribunale costituzionale federale e in particolare del giudice Mahrenholz nella stessa sentenza BVerfGE 68, 1, cit., par. 215.

²⁷⁴ Specificamente per l’art. 24 GG, v. C. TOMUSCHAT, *Kommentierung des Art. 24 Abs. 1 GG*, in *Kommentar zum Bonner Grundgesetz*, Hamburg 1981, spec. 94

deve avere rispetto al potere esecutivo a tutela dello Stato di diritto e dei diritti fondamentali.

4. *La stabilità della “essenza” dei diritti fondamentali. Il caso della Germania, Portogallo e Spagna.*

A un grado di maggiore certezza oggettiva del diritto, in particolare nell’ambito dei diritti fondamentali, rispetto al principio di legalità e riserva di legge, punta la protezione “rafforzata” del nucleo essenziale.

In alcune costituzioni, al fine di garantire una maggiore stabilità ad un contenuto fondamentale dei diritti fondamentali, evitando abusi del legislatore²⁷⁵, si dispone invero espressamente, come limite materiale al potere “restrittivo” del legislatore ordinario – ma non anche a quello costituzionale che ben potrebbe apportarvi modifiche – il rispetto del “contenuto essenziale” dei diritti fondamentali, lasciandosi presupporre che in qualche modo questo contenuto dei diritti possa essere desunto dagli stessi precetti costituzionali²⁷⁶. In quest’ottica qualunque intervento legislativo volto ad attenuare, incidere e, in definitiva, restringere il contenuto, l’estensione e la portata ovvero le condizioni di godimento, fruizione o esercizio di una posizione giuridica soggettiva di vantaggio, come anche diretto ad accentuare posizioni giuridiche soggettive di svantaggio²⁷⁷, sembra incontrare il limite del nucleo essenziale dei diritti e delle libertà fondamentali stante la “riserva di legge materiale”. In questo senso dispone invero la Legge Fondamentale tedesca, in particolare, all’art. 19, c. 2, GG nonché le costituzioni a questa ispirata del Portogallo all’art. 18, c. 2 e 3, Cost. ma anche della Spagna all’art. 53, c. 1, Cost., che, a differenza delle altre due carte, collega espressamente la riserva di

²⁷⁵Così F. BALAGUER CALLEJÓN, *Capacidad creativa y límites del legislador en relación a los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos*, in M. Á. APARICIO (a cura di), *Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico*, Estudios constitucionales y políticos, Barcelona, 2001, 96 ss.

²⁷⁶Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*, Coimbra, 2012, 187 ss.

²⁷⁷Cfr. V. CANAS, *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*, Coimbra, 2017, 482 ss.

legge generale con il divieto di pregiudicare il contenuto essenziale dei diritti fondamentali²⁷⁸.

Il limite del contenuto/nucleo essenziale mira in questi testi costituzionali a salvaguardare e a mantenere più “salda” la sostanza dei diritti fondamentali da qualsiasi «manipolazione»²⁷⁹ o «ingerenza incondizionata del legislatore ordinario»²⁸⁰, configurandosi come una «vera garanzia»²⁸¹, o meglio, come una sorta di «barriera»²⁸² protettiva, insuperabile²⁸³, giacché senza tale zona di tutela si potrebbe anche arrivare «allo svuotamento completo e all’eliminazione in concreto del diritto fondamentale»²⁸⁴. In quest’ottica se le restrizioni dei diritti fondamentali sono considerate legittime mostrandosi necessarie, poste nell’interesse pubblico prevalente, giacché l’individuo, in quanto cittadino nella comunità, entra in comunicazione con altri, per altro verso, incontrano anche una specie di limite inviolabile al di fuori della disponibilità del legislatore. Si afferma così, soprattutto nella dottrina tedesca, l’esistenza di un’essenza dei diritti fondamentali (individuali), ovvero, per dirla con parole del giudice costituzionale spagnolo, di una parte del diritto «assolutamente necessaria affinché gli interessi giuridicamente tutelabili che danno vita al diritto siano salvaguardati in modo autentico, concreto ed efficace»²⁸⁵, degna perciò di protezione assoluta, al di là di ogni considerazione da parte del legislatore²⁸⁶, non potendo quest’ultimo stesso andarci oltre.

²⁷⁸ In questi termini, L. PAREJO ALFONSO, *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a proposito de la sentencia del Tribunal constitucional de 8 de abril de 1981*, in *Rev. esp. der. const.*, 1981, 180 ss.

²⁷⁹ Così J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., 398.

²⁸⁰ Cfr. H. DREIER, *Grundgesetz-Kommentar*, Verlag München, 2013, 1721.

²⁸¹ V. J. C. VIERA DE ANDRADE, cit., 212.

²⁸² Cfr. H. SODAN, *Art. 19 Grundrechtseinschränkung: Grundrechtsträger; Rechtsschutz*, in A. Haratsch, W. G. Leisner, R. P. Schenke, S. Schmahl, H. Sodan (a cura di), *Grundgesetz. Beck'scher Kompakt-Kommentar*, Verlag München, 2009, 196.

²⁸³ L. PAREJO ALFONSO, *El contenido esencial*, cit., 177.

²⁸⁴ *Ibidem*.

²⁸⁵ STC, 8 aprile 1981, n. 11, FJ7. Per un commento v. L. PAREJO ALFONSO, *El contenido esencial*, cit., 169 ss.

²⁸⁶ In questi termini M. SACHS, *Einführung, Vorbemerkung zu Abschnitt I, Kommentierung der Art. 19*, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, 3, München, 2003, 20.

Anche in questo caso, tuttavia, si devono evidenziare indirizzi giurisprudenziali che vanno modificandosi, in ciascuno di questi tre ordinamenti, a seconda della fase storica, condizionati anche dal processo di integrazione europea laddove l'affermazione del primato del diritto europeo vede piuttosto recessivo il diritto interno e, con questo, le garanzie costituzionali.

Solo raramente invero l'intangibilità/stabilità assoluta dell'essenza dei diritti fondamentali è da considerarsi irrinunciabile.

In particolare è nell'ordinamento tedesco che si incomincia a proporre una visione di disponibilità anche del nucleo essenziale dei diritti fondamentali che si scontra con quell'idea dell'inviolabilità affermata, sia pure solo in via eccezionale, nella giurisprudenza costituzionale soprattutto sino alla fine degli anni ottanta allorché si sostenne che il nucleo essenziale può essere inficiato semplicemente se «proceduralmente viene impedito che esso possa essere fatto valere efficacemente»²⁸⁷, mentre si affermava che non può essere toccato neanche allorché ricorrano «gravi interessi pubblici»: nemmeno questi interessi potevano giustificare interventi in questo ambito né, conseguentemente, dare luogo a un bilanciamento secondo il principio di proporzionalità²⁸⁸. A quest'ultimo proposito, nello stesso periodo si andava tuttavia pure ammettendo che i «limiti» imposti al legislatore derivano direttamente dal principio di proporzionalità, rispettati i quali «non può esserci violazione dell'art. 19, c. 2 GG»²⁸⁹, quasi a voler sottolineare la preminenza di questo principio rispetto anche a quello del nucleo essenziale, che sembra passare così in secondo piano. Sono anni questi particolari, anni in cui l'ordinamento tedesco sta compiendo uno sforzo importante al fine della costruzione di un sistema integrato con il diritto sovranazionale e internazionale, laddove talora gli atti comunitari pure si vanno intersecando con i diritti fondamentali interni e perciò, al contempo, si va proclamando la teoria della tutela "equivalente". Sono anni antecedenti al Trattato di *Maastricht* e alla relativa pronuncia diretta a verificarne la conformità rispetto alla Costituzione anche sotto il profilo del «requisito di una sufficiente certezza del diritto

²⁸⁷ BVerfGE 61, 82, *Sasbach*, 8 luglio 1982, par. 97.

²⁸⁸ BVerfGE 80, 367, *Tagebuch*, 14 settembre 1989, par. 25.

²⁸⁹ BVerfGE 58, 300, 15 luglio 1981, par. 204

dei diritti sovrani concessi» all'Unione europea²⁹⁰: questo requisito è ritenuto, peraltro, non violato stante l'assenza di un "automatismo incontrollabile" di trasferimento delle competenze in capo alla Comunità, esistendo al contrario procedure di autorizzazione, con atto legislativo, che vede una "responsabilità politica" del *Bundestag*, insieme al *Bundesrat*, nell'attribuzione di eventuali competenze ai sensi del rinnovato art. 23 GG., che impedisce che l'Unione europea stessa possa «trasformarsi in un'unione politica con poteri sovrani imprevedibili senza ulteriori ordini parlamentari per l'attuazione delle norme»²⁹¹. In questo quadro che si va strutturando, la Corte di giustizia UE, dal canto suo, ha ben riconosciuto, applicandoli nella sua costante giurisprudenza, come sostiene lo stesso *Bundesverfassungsgericht*, i principi costituzionali, tra l'altro, di proporzionalità considerati alla stregua di «principi generali del diritto nel bilanciamento degli obiettivi del bene comune dell'ordinamento giuridico comunitario con la garanzia dell'essenza dei diritti fondamentali»²⁹², in conformità a quanto previsto dalla Legge fondamentale tedesca.

Così, in questo cambio di passo riguardante non solo la Germania ma tutti gli ordinamenti aderenti al progetto di costruzione della comunità europea, se l'approccio interpretativo che sottende una visione "assolutistica" della tutela del nucleo/contenuto essenziale dei diritti fondamentali con una sorta di quota «fissa»²⁹³ trova raramente conferma, nella maggior parte delle pronunce siano esse tedesche ma anche portoghesi e spagnole, seppure in tempi diversi, va sempre più assumendo una connotazione relativistica.

Il richiamo frequente, quanto al grado della tangibilità del nucleo essenziale, tangibilità che viene così ammessa, è al principio di proporzionalità²⁹⁴ che, entrando in gioco, impone di trovare un equilibrio tra

²⁹⁰ BVerfGE 89, 155, cit., par. 122.

²⁹¹ BVerfGE 89, 155, cit., par. 116.

²⁹² BVerfGE, 73, 339, cit., par. 112. Tra i diversi commenti, si v. in particolare, H. RUPP, *Urteilsanmerkungen*, in JZ, 1987, 241 ss.

²⁹³ Cfr. N. SCHAKS, *Die Wesensgehaltsgarantie, Art. 19 II GG*, in *JuS* 55 (5), 2015, in part. 408. Qui l'A. sostiene che, secondo la teoria assolutistica, il contenuto essenziale ha una quantità fissa, indipendente dal caso singolo e dalla questione concreta.

²⁹⁴ Secondo il giudice costituzionale tedesco occorre, invero, riconoscere al principio di proporzionalità valore costituzionale. In una primissima sentenza in merito si

l'obiettivo dell'interferenza e la gravità della compromissione. Il principio della tutela del nucleo essenziale finisce per risultare, in tal modo, ben accostabile, stante il criterio della ponderazione, o meglio, del "bilanciamento"²⁹⁵ degli interessi contrapposti, a quello della proporzionalità, con questo risultando in alcuni casi conciliabile mentre in altre ipotesi addirittura soccombendogli.

Anche peraltro, come si diceva, la disciplina dell'esercizio solo con legge dei diritti fondamentali, che «deve in ogni caso rispettarne il contenuto essenziale» dell'ordinamento spagnolo nonché il divieto di «ridurre la portata e l'ambito del contenuto essenziale dei precetti costituzionali» della costituzione lusitana iniziano a non essere più intesi in termini così rigidi. Nello specifico caso del Portogallo, il *Tribunal Constitucional* va sostenendo che è il «processo di interpretazione e applicazione» dei precetti costituzionali, nel caso concreto teso alla soluzione dei conflitti tra diritti o interessi costituzionalmente protetti²⁹⁶, a individuare la "essenza" dei diritti, non più considerabile come un interesse oggettivo e determinabile «*prima facie* o *a priori*». Secondo la visione del giudice costituzionale del Portogallo, essendoci «sempre circostanze o presupposti di fatto in cui il diritto fondamentale viene riconosciuto e che ne costituiscono il contenuto essenziale», il divieto contenuto nell'ultima parte del comma 3 non può non considerarsi coincidente con la «conseguenza del principio di armonizzazione» realizzabile, afferma il giudice citando la dottrina²⁹⁷, «attraverso un criterio di proporzionalità nella distribuzione dei costi del conflitto»²⁹⁸, secondo una prospettiva di necessità e adeguatezza. Si tratta in definitiva, anche nel caso lusitano come in quello tedesco, di effettuare un giudizio di ponderazione degli interessi contrapposti, al fine di operare l'armonizzazione, «presupponendo il rispetto del nucleo essenziale di

afferma che esso «deriva dal principio dello Stato di diritto, anzi dalla natura stessa dei diritti fondamentali, i quali, in quanto espressione del diritto generale di libertà del cittadino nei confronti dello Stato, possono essere limitati dall'autorità pubblica solo nella misura in cui ciò sia indispensabile per la tutela degli interessi pubblici». BVerfGE 19, 342, *Wencker*, 15 dicembre 1965, par. 17.

²⁹⁵ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, 1993, 87.

²⁹⁶ TC, 254/99, 4 maggio 1999, par. 11.

²⁹⁷ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos*, cit., 220.

²⁹⁸ TC, 288/98, 17 aprile 1998, par. 4.

ogni diritto fondamentale»²⁹⁹. Anche nell'ipotesi del Portogallo si arriva tuttavia, per questa via, a far venir meno, a detta di parte della dottrina³⁰⁰, la stessa ragion d'essere dell'idea costituzionale di nucleo essenziale quale parte fondamentale dei diritti da preservare e intoccabile, divenendo invece oggetto di un giudizio soggettivo di valore non previsto dalle fonti.

In parte diverso sembra l'approccio seguito dalla giurisprudenza costituzionale spagnola che seppure non sembra mai essersi posta il problema della relatività o assolutezza della teoria del nucleo essenziale³⁰¹ comunque ammette un'operazione di bilanciamento. In quest'ottica se si riconosce che la Costituzione all'art. 53, c.1 Cost. ha voluto che solo la legge potesse stabilire i limiti dei diritti fondamentali, questi tuttavia non sono intesi come assoluti, potendo naturalmente, cedere il passo a beni, e persino a interessi costituzionalmente rilevanti, a condizione che la restrizione che subiscono non vada «oltre quanto è ragionevolmente necessario»³⁰² e si riveli indispensabile per raggiungere il fine legittimo perseguito, proporzionale al suo raggiungimento³⁰³. In ogni caso, sembra farsi salvo qui il contenuto essenziale del diritto fondamentale limitato, dovendo questo essere rispettato. Non risulta tuttavia molto chiaro come possa essere conciliabile il giudizio di proporzionalità con il contenuto essenziale che si va così trasformando, secondo parte dottrina che segue il criterio dottrinale della giurisprudenza del Tribunale costituzionale spagnolo, «in un argomento vuoto, ovvero in un 'argomento' che sviluppa una missione discorsiva e argomentativa»³⁰⁴.

In generale, il problema sembra derivare per questo istituto, ad avviso della dottrina dei diversi ordinamenti, non solo dal fatto che non esisterebbe un diritto assoluto, immune da restrizioni ma altresì dall'adozione, nelle carte costituzionali, di una formula troppo vaga,

²⁹⁹ *Ibidem*.

³⁰⁰ Cfr. J. REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra 2010, 569 ss.

³⁰¹ In tal senso, L. PAREJO ALFONSO, *El contenido esencial*, cit., 185.

³⁰² STC, 22 febbraio 1999, n. 18, FJ 2.

³⁰³ STC, 30 novembre 2000, n. 292, FJ 8.

³⁰⁴ Così A. CARRASCO PERERA, *El "juicio de razonabilidad" en la justicia constitucional*, in *Rev. esp. der. const.*, n.11, 1984, 45.

non esplicita³⁰⁵, che finisce, secondo alcuni, per trovare specificazione solo nei casi concreti attraverso il giudizio di proporzionalità³⁰⁶ della giurisprudenza costituzionale, chiamata, in ultimo, a determinare il nucleo essenziale intoccabile. Anche il tribunale costituzionale federale tedesco che, più degli altri, sembra essersi impegnato in merito, in realtà si limita, talora, ad affermare che questo nucleo «deve essere determinato per ogni diritto fondamentale a partire dal suo significato particolare nel sistema complessivo dei diritti fondamentali»³⁰⁷, senza alcun'altra precisazione, se non talvolta arrivando, attraverso il richiamo al principio di proporzionalità, alla contraddizione rispetto all'idea stessa di un nucleo permanente per cui «la relazione è l'essenza della sostanza»³⁰⁸.

In ogni caso, alla luce della visione dei giudici costituzionali dei diversi sistemi giuridici, i due principi, quello di proporzionalità e quello del nucleo essenziale, non appaiono così incompatibili, mostrandosi in grado di coesistere e trovare punti di incontro. Talora addirittura, come si anticipava, questa compresenza nell'osservanza dei limiti reciproci sembra, soprattutto nelle sentenze più recenti e in particolare in quelle tedesche, venir meno, a discapito del nucleo essenziale. In alcuni casi, in maniera decisamente chiara, si sostiene invero che la «essenza inviolabile di un diritto fondamentale» non esclude una loro restrizione, quest'ultima ipotesi, verificabile quando «interessi rilevanti di terzi siano tali da legittimare l'ingerenza», essendo sufficiente, in tale ipotesi, che venga rispettato il principio di proporzionalità³⁰⁹, quale radicato, secondo sempre il giudice delle leggi specificamente tedesco, nello stato di diritto.

Peraltro, come già visto altrove, all'inizio del nuovo secolo cambia nuovamente lo scenario sovranazionale e internazionale.

L'adozione della Carta dei diritti fondamentali UE porta a sviluppare quella tesi che vuole la tutela dei diritti dalla carta disciplinata in maniera essenzialmente identica a quella che esigono come irrinunciabile le carte

³⁰⁵ Così, M. LOTHAR, *El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?* in *Revista de Derecho Constitucional europeo*, 2009, 178.

³⁰⁶ Così, G. SÁNCHEZ RUBÉN, *El principio de proporcionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, 112.

³⁰⁷ BVerfGE 109, 133, cit., par. 96 ma ancor prima, BVerfGE 22, 180, cit., par. 141

³⁰⁸ Così N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution*, 2019, Berlin, 18.

³⁰⁹ BVerfGE 109, 133, *Langfristige Sicherheitsverwahrung*, 5 febbraio 2004, par. 96.

costituzionali interne anche allorché queste includono, come appunto nel caso tedesco, spagnolo e lusitano, la protezione dell'essenza dei diritti fondamentali. Malgrado il primato e quindi la maggiore stabilità del diritto eurounitario, può tuttavia anche accadere che i conflitti di valori riguardanti i diritti fondamentali possano essere risolti sulla base dei diritti fondamentali del diritto interno degli stati membri a cui si finisce per accordare così maggiore certezza. Non stabilendo il diritto dell'Unione, a parere specifico del Tribunale costituzionale lusitano, «un requisito di uniformità in tale ambito», ben si può ritenere, invocandosi a supporto della tesi l'omologo Tribunale tedesco e una sua pronuncia del 2019 relativa al diritto all'oblio³¹⁰, che il livello europeo di tutela dei diritti fondamentali ammette, «entro i limiti esterni definiti dal diritto dell'Unione, una diversità di diritti fondamentali»³¹¹. Stante tuttavia, come già visto, un'applicazione nell'ordinamento portoghese dei diritti fondamentali comprensiva della interpretazione “conforme alla Carta EDU” nonché il principio di leale cooperazione - che a sua volta trova il suo fondamento normativo nell'art. 4, par. 3, del Trattato sull'Unione Europea, quale derivante altresì dagli art. 7, par. 6, e 8, par. 4, della Costituzione portoghese - le restrizioni all'esercizio dei diritti e delle libertà, nel rispetto del contenuto essenziale di cui allo stesso art. 52 CEDU, «possono essere introdotte solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui»³¹².

5. I principi e i diritti fondamentali ai gradi di maggiore stabilità. Le garanzie di eternità e i limiti assoluti impliciti tra potere costituente e gerarchizzazione dei valori costituzionali.

A un grado ultimo di certezza oggettiva relativa al profilo strutturale, si pongono infine tutti quegli istituti costituzionali che irrigidi-

³¹⁰ BvR 16/13, 6 novembre 2019.

³¹¹ BvR 16/13, cit., par. 28.

³¹² TC 548/2024, 11 luglio 2024, par. 7.4.2 Vedi in merito, anche, V. CANAS, O *Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos*, Almedina, 2017, 103 ss.

scono il diritto rendendo le modifiche, sotto il profilo procedurale, o molto più complesse o addirittura impossibili. In quest'ultimo caso le eventuali modifiche delle norme, non collegabili al sistema di produzione normativa finora vigente³¹³, determinerebbero una rottura dell'ordine costituito, intesa come «discontinuità costituzionale»³¹⁴. A dispetto della non revisionabilità assoluta e totale che avrebbe come effetto quello di “cristallizzare” la Carta costituzionale, indebolendo, con essa, anche la scelta costituente piuttosto che rafforzandola, il parametro della stabilità dato da un limite sì assoluto ma “parziale” alla revisione garantisce un «pezzo di continuità senza tempo»³¹⁵ a quegli elementi ritenuti l'essenza, le fondamenta, la struttura portante. Operano in questo senso le cosiddette clausole di eternità.

Oltre a queste garanzie di eternità si pongono, al medesimo grado di maggiore certezza, i principi fondamentali.

Il carattere “fondamentale” di alcuni principi e diritti, a cui in quanto tali si ritiene debba essere garantito un grado di stabilità in più rispetto ad altri, può essere dato in questi casi non solo dal riconoscimento nominalistico della natura di “fondamentale” ma anche dall'esistenza di norme che stabiliscono espressamente diverse opzioni rispetto alla normale procedura di modifica costituzionale e vale a dire: o l'esclusione assoluta di qualsiasi modifica costituzionale che incida su di essi attribuendo un grado di certezza oggettiva massima, oppure anche la previsione di una revisione che, allorché realizzabile, deve essere attuata con forme di super aggravamento idonee a garantire

³¹³ Si v., in merito, specificamente O. PFERSMANN, *Révolutions constitutionnelles, analyses doctrinales et justifications jurisprudentielles*, in P. CHARLOT, C. KLEIN (a cura di), *Émergences de nouveaux modèles de démocratie constitutionnelle Afrique*, Proche-Orient, Collection Néo-rétro constitutionnalisme Paris, 2019, 29.

³¹⁴ Sulla dottrina elaborata da Schmitt quanto alla rottura e alla sua distinzione tra quella derivante dal rispetto del procedimento di revisione costituzionale (*verfassungsgachtende*) e quella che consegue dall'inosservanza di tale procedura (*verfassungsmißachtende Verfassungsdurchbrechung*), si rinvia a M. LUCIANI, *Carl Schmitt ed il concetto di “dittatura”*, in *Diritto e società*, Vol. III, 1975, 545 ss.

³¹⁵ In questi termini, A. VORKEHLE, *Verfassungsstil und Verfassungsfunktion*, in *AöR*, Vol. 119, 1994, 52, laddove si osserva che la Costituzione quale «polo di riferimento dell'insieme», attraverso clausole di stabilità è destinata a «incarnare un pezzo di continuità senza tempo».

un grado di rigidità, e conseguente stabilità, più intenso rispetto a quello dell'ordinario aggravamento procedurale o, ancora, infine l'adozione di un nuovo testo costituzionale. In questo senso le norme di revisione, che una parte della dottrina, tuttavia minoritaria, talora qualifica come norme «supercostituzionali»³¹⁶, volendo attestare non tanto l'esistenza di un «luogo preordinato di proiezione delle forze costituenti»³¹⁷ quanto piuttosto una sorta di grado formale più elevato del potere normativo costituito (e in quanto tale soggetto a limiti³¹⁸),

³¹⁶ Per la Francia, v. G. VEDEL, *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, in *Pouvoirs*, 1993, n°67, 84. Di diversa opinione si mostra tuttavia la dottrina tedesca. Cfr. M. SACHS, *Einführung, Vorbemerkung zu Abschnitt I, Kommentierung der Art. 79*, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, 4, München 2007, 721. Anche secondo gran parte della dottrina italiana, le norme sul procedimento di revisione non sono sovraordinate ma gerarchicamente e materialmente pari-ordinate alle altre norme costituzionali. V., tra gli altri, G. MORTATI, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc.dir.*, XI, Milano, 1962, 208 nonché E. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II.1, *Le fonti normative*, ed. aggiornata 1993, 101.

³¹⁷ In questi termini, v. T. GROPPI, *Commento all'articolo 138*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 2721. Il potere di revisione come potere intrinsecamente limitato ha visto la dottrina italiana far leva, sin dall'inizio, sulla opposizione concettuale tra potere costituente e potere costituito. V., su questo punto specifico, C. MORTATI, *Costituzione*, cit., spec. 207, in particolare allorché si osserva che «l'esigenza del limite assoluto verrebbe ad essere compromessa se questo non rivestisse un'indole tale da imporsi allo stesso organo costituente». Lo stesso A., in altro lavoro, sottolinea la necessità di non vincolare, pur nel rispetto dei principi fondamentali, le generazioni future al testo costituzionale, (*La Costituente. La teoria. La storia. Il problema italiano*, Roma, Darsena, 1945, 16). In senso opposto, v. P. G. GRASSO, *Potere costituente* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, 1966, 643, per il quale il potere costituente è un potere *extra ordinem* non attribuito. In Francia, per l'opposizione tra potere costituente e potere costituiti, ove, cioè, «l'atto costitutivo e l'atto di revisione sono, al pari dei poteri ad essi connessi, fondamentalmente distinti e opposti», v. O. BEAUD, *Maastricht et la théorie constitutionnelle. La nécessaire et inévitable distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision constitutionnelle*, in *Les Petites Affiches*, 1993, 15 nonché G. BURDEAU, *Droit constitutionnel*, in F. HAMON, M. TROPER (a cura di), Paris, L.G.D.J., 1988, 76, laddove si sostiene che «(...) le pouvoir constituant (...) dont la tâche est de faire la constitution».

³¹⁸ Legata alla questione della sovracostituzionalità è ovviamente quella, ampiamente dibattuta in diversi ordinamenti, che vorrebbe il potere di revisione, in quanto incarnante il potere costituente, necessariamente limitato. Si invoca a tal proposito, il

rappresentano il parametro non solo procedurale ma anche “materiale” di controllo riguardante specificamente le modifiche delle norme costituzionali.

Qualche volta, in alcuni casi, anche queste ultime disposizioni, come quelle relative alla procedura di revisione costituzionale, sono peraltro qualificate, da parte della dottrina, come supercostituzionali.

Questi meccanismi sembrano invero introdurre, ad avviso di alcuni costituzionalisti, se si esclude la dinamica potere costituente-potere costituito³¹⁹, una sorta di gerarchizzazione, interna alle stesse norme di rango costituzionale, di tipo “sostanziale”, che andrebbe ad affiancare quella “formale” e che comporta l’esistenza di «un nucleo duro di valori irriducibile ed irrinunciabile, a pena dell’alterazione della identità stessa dell’ordinamento»³²⁰. La soluzione qui di un eventuale contrasto non si troverà così ricorrendosi, come sinora visto, al principio di proporzionalità con la sua distribuzione dei costi del conflitto, in una pro-

noto paradosso di Ross, secondo cui ogni alterazione della disposizione che stabilisce le condizioni del mutamento costituzionale, in quanto norma che si pone a un livello superiore a quella da modificare, comporterebbe una nuova manifestazione del potere costituente. A. ROSS, *On Law and Justice*, Londra, 1958, 78 ss. In generale, si rinvia anche H. L. A. HART, *Self-referring Laws*, in H. L. A. HART (a cura di), *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford University Press, New York, 1983, 170. Sulle diverse concezioni in dottrina italiana, tra quella parte che include la materia del procedimento di revisione tra quelle «sottratte allo stesso procedimento di revisione (secondo il ben noto paradosso di Ross) e che, anche per chi ammette in via di principio la rivedibilità, non può tollerare interventi meramente derogatori», v. A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI – R. TARCHI, *In difesa dei valori della Costituzione*, in *Foro it.*, 1994, 380.

³¹⁹ Laddove «l’esistenza e le attribuzioni dei poteri costituiti riposano sulla costituzione, legge fondamentale, da cui traggono ragione e dipendono *simul stabunt simul cadent*», a differenza del potere costituente che non è altro che un potere *extra ordinem* non attribuito, né disciplinato da alcuna norma preesistente. V. P. G. GRASSO, cit., 643.

³²⁰ Cfr. S. BARTOLE, *La Corte pensa alle riforme istituzionali?* in *Giur. cost.*, I, 1988, 5572. Nella dottrina francese, sulle differenze di grado definibili come «differenziazione gerarchica» nella revisione della Costituzione, v. X. MAGNON, *Quelques mots encore à propos des lois de révision constitutionnelle: limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence. En hommage au doyen Louis Favoreu*, in *RFDC.*, 2004, n° 59, 604 ss. nonché O. PFERSMANN, in LOUIS FAVOREU (a cura di), *Droit constitutionnel*, Paris, coll. Précis, 2006, 145.

spettiva di necessità e adeguatezza³²¹, nel presupposto del rispetto, allorché sancito, del “nucleo essenziale” dei diritti fondamentali. Piuttosto ci si dovrà avvalere di clausole costituzionali che presumono una valutazione del costituente di garanzia di maggiore stabilità come fissità dei valori tutelati rispetto ad altri valori, soggetti questi ultimi invece, a loro volta, a un processo di armonizzazione, di ponderazione: ossia, ancora, secondo la dottrina costituzionale lusitana, all’“accordo pratico tra questi beni”³²² quale finalità perseguita dal giudice costituzionale quando deve risolvere una contrapposizione tra due o più interessi che la Costituzione protegge simultaneamente ponendoli sullo stesso piano.

La tesi della gerarchia interna tra valori costituzionali si rivela tuttavia alquanto controversa tra gli stessi studiosi di diversi paesi, venendo poi raramente seguita dalle Corti costituzionali.

In alcuni ordinamenti, seppure si afferma la primazia di taluni valori costituzionali, autorevole dottrina - in particolare italiana più attenta alla inevitabile “dinamica” costituzionale - ritiene che non si possa sostenere l’esistenza di una “chiara” gerarchia, osservandosi che anche quando sostenuta dalle Corti suprema, essa non può essere mai intesa in maniera “rigida” e men che mai «generale»³²³. Anche nella giuspubblicistica francese, peraltro, la questione è alquanto controversa. Se qui si sostiene l’esistenza della «gerarchia delle norme secondo l’ordine della produzione», si osserva anche che la Costituzione, quale norma suprema di un ordinamento giuridico, è norma «la cui validità

³²¹ Così, espressamente, J. C. VIERA DE ANDRADE, cit., 220.

³²² Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria*, cit., 1098, laddove si osserva che «ridotto alla sua essenza, il principio di concordanza pratica impone il coordinamento e la combinazione di beni giuridici contrastanti, al fine di evitare il sacrificio (totale) di alcuni rispetto ad altri». Ciò è perché «alla base di questo principio c’è l’idea dell’uguale valore dei beni costituzionali (e non di una differenza di gerarchia) che impedisce, come soluzione, il sacrificio di alcuni rispetto ad altri, e impone di stabilire limiti e condizioni reciproche al fine di raggiungere un’armonizzazione o un accordo pratico tra tali beni».

³²³ Così, M. LUCIANI, *La Cour constitutionnelle italienne*, in *La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux. Rapport portugais présenté à la VIIIe Conférence des Cours constitutionnelles européennes*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990, 172.

non può essere spiegata da nessun'altra norma effettivamente emanata», prevedendo perciò la propria revisione³²⁴. Non manca tuttavia chi osserva come il *Conseil Constitutionnel*, nel legittimare il blocco di costituzionalità, abbia finito con lo stabilire una sorta di «gerarchia materiale» quanto in particolare ai diritti fondamentali garantiti³²⁵.

Non sempre chiaro e lineare si mostra, per la verità, il ragionamento seguito dalle Corti costituzionali in merito all'idea di supremazia delle norme costituzionali e al sotteso criterio gerarchico.

Invero, se taluni valori dei beni costituzionali considerati il nucleo cd. forte del patto costituzionale, comunemente identificati dalle giurisprudenze costituzionali e dalla dottrina dei vari ordinamenti, inclusi quelli in questo lavoro esaminati, con il “nucleo fondamentale” dei diritti costituzionali e i principi supremi, sono ritenuti, in quanto intangibili, come inviolabili - o altrimenti detto, secondo la Corte costituzionale italiana, come valori «supremi»³²⁶ dell'ordinamento costituzionale, presupponendo una sorta di superiorità gerarchica - ciò poi non sembra conferire loro una posizione “privilegiata” all'interno dell'ordinamento costituzionale. Ad avviso, ad esempio, del giudice delle leggi italiano questo riconoscimento vuole solo indicare che «non possono essere sacrificati ad altri interessi», sia pure costituzionalmente tutelati, non implicando affatto una «rigida» gerarchia tra diritti fondamentali³²⁷. La stessa Corte costituzionale italiana tuttavia, talaltra

³²⁴ Cfr. O. PFERSMANN, *La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale: théorie, pratique, limites*, in *La révision de la constitution*, (Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes), Paris, 1993, 15.

³²⁵ Cfr. S. ARNÉ, *Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles? Contribution à l'étude des droits fondamentaux et de la constitutionnalité*, in *Revue du droit public*, 1993, 493.

³²⁶ Corte cost., 15 dicembre 1988, n. 1146, p. 2.1 del *Cons. in diritto*, laddove si sostiene che la Costituzione italiana «contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale». A commento v., S. BARTOLE, *La Corte pensa alle riforme istituzionali?* cit., 5565

³²⁷ Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, p. 9 del *Cons. in diritto*, in *Giust. cost.*, 2013. Ivi, v., ex aliis, le note di V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente*, 1494; D. PULITANÙ, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA*, 1498 nonché R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nola alla sentenza "Uva"*, 1505.

volta, sostiene apertamente che la supremazia dei valori comporta la sussistenza di una «gerarchia fra norme e norme della stessa Costituzione» secondo «un ordine che conduce a conferire preminenza ad alcune di esse rispetto ad altre»³²⁸, o meglio, una «gerarchia tra i valori costituzionalmente garantiti»³²⁹. Questi, sarebbero, in quanto tali, dotati di «una valenza superiore» ovvero di una «posizione prioritaria»³³⁰ rispetto ad altri valori costituzionali, giacché, con la loro eliminazione o modifica, la Costituzione risulterebbe irrimediabilmente o comunque profondamente modificata nella sua identità. Questi principi, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli sottratti al procedimento di revisione costituzionale, non sono così, secondo una costruzione dogmatica quale recepitata dalla Corte costituzionale del nostro ordinamento, soggetti a revisione costituzionale giacché «appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana»³³¹. Affianco ai principi che esplicitamente la stessa Costituzione italiana prevede, come vedremo, quali limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, si pongono allora quei principi individuabili come limiti impliciti, di cui si è già detto a proposito dei «controlimiti», ritenuti supremi dell'ordinamento costituzionale, dotati di «una valenza superiore rispetto alle altre norme o leggi di rango costituzionale»³³² e quindi caratterizzati da una maggiore stabilità giuridica.

Perplessità peraltro si possono esprimere anche rispetto ad altri ordinamenti.

Se in Italia questa altalenante visione contribuisce, tra l'altro, all'insorgenza di dubbi circa limiti non espressamente previsti in Costituzione e la conseguente «possibilità, sia teorica (...) che pratica (...) di tutelare attraverso la garanzia giurisdizionale il rispetto di quei prin-

³²⁸ Corte cost., 14 luglio 1971, n. 175.

³²⁹ Corte cost., 22 maggio 1987, n. 278, p. 5 del *Cons. in diritto*.

³³⁰ Corte cost., n. 278, cit. V., in merito, F. MODUGNO, *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in A. S. AGRÒ, F. MODUGNO, *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, II ed., Torino, 1991.

³³¹ Corte cost., 29 dicembre 1988, n. 1146, p. 2.1 del *Cons. in diritto*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 5565 con nota di S. BARTOLE, *La Corte pensa alle riforme istituzionali?*

³³² Corte cost., 1146/1988, cit.

cipi, considerandosi limiti assoluti al potere di revisione»³³³, sganciati come sono dalla volontà storica delle forze costituenti³³⁴, non da meno si mostra la più “lineare” visione della giurisprudenza costituzionale tedesca e lusitana per le quali, come vedremo, l’idea di intangibilità dei valori non appare così assoluta.

Il *Bundesverfassungsgericht*, di fronte al giudice ricorrente che parla di «norme superiori della certezza del diritto» e della separazione dei poteri³³⁵, preferisce esprimersi in termini diversi.

Intendendo la legge fondamentale «come unità» e ritenendo perciò inconcepibile che si possa affermare l’esistenza di «norme superiori e inferiori nel senso che potrebbero essere misurate l’una rispetto all’altra», il giudice costituzionale federale tedesco sostiene l’esistenza di un diverso significato e «peso» intrinseco delle singole norme. Perciò mentre alcune disposizioni normative appaiono «soggette in una certa misura alla discrezionalità del legislatore ordinario», in particolare nel caso di una riserva di legge, altre, al contrario, si rivelano escluse dalla modifica costituzionale dall’art. 79, c. 3, GG «venendo così dichiarate inviolabili»³³⁶. Queste ultime sebbene vengano spesso definite come «super-norme», sostiene ancora il Tribunale costituzionale federale tedesco, sono da considerarsi come disposizioni semplicemente dotate del «carattere della specialità»³³⁷. In questa direzione si muove peraltro anche il giudice costituzionale del Portogallo.

Nel caso di disposizioni costituenti un limite materiale, si tratta, sostiene il *Tribunal constitucional* lusitano, non già di gerarchia ma di

³³³ V., in proposito, più in generale, M. DOGLIANI, *La sindacabilità delle leggi costituzionali, ovvero la ‘sdrammatizzazione’ del diritto costituzionale*, in *Le Regioni*, 1990, n. 3, 775. Interessante è ivi anche la ricostruzione effettuata della dottrina italiana sui limiti impliciti pregressa alla sentenza n. 1146/1988, ove si parla perciò di «diritto costituzionale giurisprudenziale, o meglio scientifico-giurisprudenziale, perché sancisce un principio ormai (seppure dopo una originaria divaricazione di opinioni) largamente affermato nella giuspubblicistica».

³³⁴ Così, O. CHESSA, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 892.

³³⁵ BVerfGE 3, 225, *Gleichberechtigung*, 18 dicembre 1953, par. 18.

³³⁶ BVerfGE 3, 225, cit., par. 20.

³³⁷ Ancora, BVerfGE 3, 225, cit., par. 20.

un «grado speciale di protezione e di garanzia o della speciale efficacia giuridica di cui la Costituzione investe alcune delle sue norme»³³⁸.

5.1. *Le clausole di “eternità” nelle Costituzioni portoghese e tedesca.*

Alla luce di queste premesse, tra i testi costituzionali in questo lavoro esaminati quelli che più cercano di garantire maggiore stabilità attraverso clausole di eternità costituenti una sorta di “garanzia di eternità”, giacché alcune parti della struttura delle costituzioni sarebbero immutabili, sono la legge fondamentale tedesca attraverso, in particolare, le norme di cui all’art. 79, c. 3 GG e, su questo esempio, la costituzione lusitana e, specificamente, l’art. 288 Cost. Entrambe le carte costituzionali contemplano diverse materie sottratte al potere del legislatore di modificare la costituzione, sia pure nel caso del Portogallo in numero decisamente più elevato di quello tedesco. Come vedremo a breve, malgrado la decisione del costituente di escludere precisi ambiti e materie dal processo di revisione del legislatore costituzionale, attraverso queste c.d. *perpetuity clause*, la prassi costituzionale non sembra tuttavia rispettare questa volontà stante poi il sostegno, esplicito o anche implicito allorché non si affronta direttamente la questione, da parte del giudice costituzionale.

La costituzione del Portogallo è considerata, in dottrina, “iper-rigida”³³⁹, sotto il profilo sia qualitativo che quantitativo, includendo molteplici limiti, procedurali e materiali, posti come condizioni per la revisione costituzionale (tra cui, tra l’altro, due processi di revisione

³³⁸ V. J. M. CARDOSO DA COSTA, *Rapport général*, in *La hiérarchie des normes constitutionnelles*, cit., 190.

³³⁹ Così, J. PENIM PINHEIRO, *O Problema dos Limites Materiais da Revisão Constitucional na Doutrina Portuguesa*, in *Julgaronline*, 2023, 5. Diversamente, ritenendo l’irrilevanza giuridica dei limiti materiali, P. OTERO, *A Democracia Totalitária – Do Estado Totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI*, Cascais, 2001, 243. Altra parte della dottrina sostiene, invece, una tesi che si pone come via di mezzo, detta anche “della doppia revisione”, caldeggiando l’idea della rilevanza relativa dei limiti materiali per cui possono essere modificati i limiti materiali di cui all’art. 288 Cost. aprendo la possibilità di rivedere, in un secondo momento, i contenuti protetti dai limiti stessi. In tal senso, v. J. MIRANDA, *Curso de Direito Constitucional*, Vol. I, Lisboa, 2016, 181.

costituzionale all'art. 284 Cost., di cui uno ordinario al comma 1, Cost. e l'altro straordinario, al comma 2). La carta costituzionale lusitana espressamente accorda una importanza tale a un'ampia serie di specifiche norme e principi costituzionali da inserirli tra i cosiddetti "limiti materiali alla revisione" del testo costituzionale. Si contempla, cioè, un lungo elenco di materie non modificabili, a differenza della Italia e Francia che, come vedremo, prevedono espressamente un solo limite, ritenendosi che i valori ad esse sottese rappresentano il nucleo essenziale ovvero l'identità dell'ordinamento costituzionale lusitano (*ex art. 288 Cost.*).

Questi valori, basati su convinzioni fondamentali, maturate nel lungo processo di sviluppo storico e perciò sottratti per volontà dei costituenti dalla disponibilità del legislatore di revisione costituzionale, non possono essere svuotati o sovvertiti materialmente, tramite «rivoluzioni interne»³⁴⁰, neanche dalle norme europee: tali norme trovando applicazione nell'ordinamento interno, come visto, alla luce dell'art. 8, c. 4, Cost., quale introdotto dalla revisione costituzionale del 2004, «nei termini definiti dal diritto dell'Unione, nel rispetto dei principi fondamentali dello Stato di diritto democratico», vedono il riconoscimento del primato del diritto europeo sul diritto interno portoghese, compreso lo stesso diritto costituzionale sia pure nei limiti dei principi fondamentali.

La Costituzione del Portogallo stabilisce, in definitiva, che non è ammissibile alcuna procedura di modifica che finisca con il toccare un certo numero, decisamente ampio, di materie che vanno, essenzialmente, dai principi che caratterizzano e organizzano il regime e lo Stato (indipendenza, unità, laicità, forma di governo repubblicana), alla garanzia della superiorità e parametricità costituzionale attraverso il controllo di costituzionalità, sino ai diritti fondamentali e alle basi dell'organizzazione del potere politico e dell'economia.

Qui l'idea dell'assoluta rilevanza di tali limiti, non passibili, a loro volta, di essere eliminati con modifica costituzionale è la tesi seguita dalla gran parte della dottrina ritenendosi, a giusta ragione, che il potere di revisione, derivando da un potere costituente, vede un divieto, o meglio, il «divieto eteronomo di un comportamento» che «implica logicamente, per

³⁴⁰ V. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria*, cit., 827.

il destinatario, il divieto di eliminare il divieto stesso»³⁴¹. Tuttavia, malgrado la norma contenente la clausola di eternità con i suoi limiti materiali questa stessa ha visto una modifica sostanziale: con revisione costituzionale del 1989, si è provveduto, rispetto alla sua versione originale, a ridurre i limiti materiali quali sanciti dall'art. 288 Cost. Peraltro anche i principi costituzionali sono stati oggetto, nel tempo, di varie modifiche *ad hoc* introdotte dalle successive leggi di revisione costituzionale che, finendo con l'incidere sugli stessi principi "fondamentali" contenuti nelle disposizioni normative dagli articoli 1 a 11 della costituzione, hanno comportato cambiamenti importanti al medesimo originario testo costituzionale³⁴². Già invero con la prima revisione costituzionale del 1982³⁴³, la forte componente ideologico-programmatica che caratterizzava la versione iniziale della Costituzione del 1976 è stata ridimensionata a seguito delle diverse modifiche normative - sia terminologiche che di contenuto - riguardanti la parte relativa anche ai principi fondamentali come è stato, ad esempio, con l'introduzione del concetto di «democrazia economica, sociale e culturale» all'art. 2, poi divenuto uno dei fondamenti testuali richiamato a sostegno dell'affermazione del principio solidarista. Nondimeno si può dire, d'altronde, per le altre revisioni costituzionali che pure sono andate ad incidere su libertà e diritti fondamentali³⁴⁴. A quest'ultimo proposito è stato chiamato ad esprimersi anche il *Tribunal constitucional*.

³⁴¹ Così, J. J. GOMES CANOTILHO e V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada. Artigos 108º a 296º*, cit., 1060. Sull'assoluta rilevanza v., tra i tanti, altresì J. DE MELO ALEXANDRINO, *Lições de Direito Constitucional*, Vol. I, 3ª edição, Lisboa, 2017, 235 nonché V. MOREIRA, *Constituição e Revisão Constitucional*, Lisboa, 1980, 102 laddove si osserva la "contraddizione" di un'eventuale riforma dei limiti materiali rispetto al «patto irrevocabile tra la generazione costituente e le generazioni future».

³⁴² La dottrina portoghese ha criticato questa riforma ritenendo che il potere di revisione dovesse necessariamente rispettare i limiti che definiscono l'identità costituzionale vigente in Portogallo. Si osserva in particolare che «ciò che il legislatore costituente può (...) pretendere dal potere di revisione è la solidarietà tra i principi della Costituzione e i principi della Costituzione». V. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., 1031 e ss.

³⁴³ Operata con Legge Costituzionale n. 1/82 del 30 settembre.

³⁴⁴ Si veda, ad esempio, la revisione costituzionale del 2001 che, tra l'altro, ha portato alla modifica della formulazione di cui all'art. 34, c. 3, per prevedere la possibilità di perquisizioni domiciliari notturne in caso di terrorismo. Si trattava di una restrizione esplicita all'inviolabilità del domicilio, ritenuta perfettamente compatibile con il

Il giudice delle leggi del Portogallo³⁴⁵, intervenuto allorché fu modificato, successivamente alla citata riforma del 1982, anche l'art. 37 Cost. relativo alla libertà di espressione, quale libertà fondamentale, sostiene chiaramente che una revisione costituzionale non comporta di per sé «alcuna rottura con il quadro essenziale di valori in vigore fino a quel momento» laddove solo se ciò accadesse si potrebbe parlare di una nuova costituzione. Ammettendo implicitamente la possibilità di modificare anche gli ambiti materiali di cui all'art. 288, *lett. d*, concernente *diritti, libertà e garanzia dei cittadini*, come nel caso di specie, il giudice costituzionale osservò che con la modifica costituzionale la Costituzione comunque «rimane la stessa»³⁴⁶. A dire del *Tribunal constitucional* l'esercizio del potere di revisione su questa parte non comporta affatto l'esercizio di un potere costituente originario, trattandosi semplicemente di un atto di «autoconservazione e di autorigenrazione della legge fondamentale», che si traduce nell'eliminazione di norme che nel frattempo si sono rivelate «inadeguate e nell'aggiunta di altre che nuove esigenze hanno imposto come condizione per rivitalizzare la stessa legge fondamentale»³⁴⁷. In un altro caso che pure riguardava le conseguenze che le modifiche apportate dalla revisione del 1997 avrebbero potuto determinare quanto alla violazione dei limiti materiali relativi ai diritti finendo con il comportare una loro “compressione”, il giudice costituzionale decide invece semplicemente di sorvolare sulla questione sostenendo che «la questione posta, per quanto interessante dal punto di vista accademico, non è rilevante per la valutazione del merito del ricorso»³⁴⁸.

limite materiale previsto dall'art. 288(d) Cost. Vedi, in merito, S. TAVARES DA SILVA, *Direito Constitucional* I, Coimbra, 2016, 40.

³⁴⁵ TC 81/84, 18 luglio 1984. In particolare con la riforma costituzionale si dispose la sostituzione, nella formulazione originaria, della frase “saranno sottoposti al regime sanzionatorio della legge generale”, con l'espressione “saranno sottoposti ai principi generali del diritto penale”. V., in merito, anche M. A. ESTEVES PINTO, *Liberdade de Expressão nas Redes Sociais e a Sua Influência no Contrato de Trabalho*, Coimbra, 2020.

³⁴⁶ TC 81/84, cit., p. 4.

³⁴⁷ Ancora, TC 81/84, cit., p. 4.

³⁴⁸ TC 460/2011, 11 ottobre 2011, p. 2.1. Per un commento, v., J. MIRANDA, *O tribunal constitucional em 2011*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*,

Anche il *Grundgesetz* prevede, come dicevamo, diverse materie, sia pure in numero decisamente ridotto rispetto a quello lusitano, per le quali «non è ammissibile una modifica della Legge fondamentale» e rispetto alle quali si può addirittura dare origine a un «diritto costituzionale incostituzionale»³⁴⁹, introducendosi così, secondo parte della dottrina, una sorta di gerarchizzazione del diritto costituzionale.

La previsione di questo nucleo essenziale materiale a prova di revisione è figlia, peraltro, anche dei fatti storici legati al regime nazional-socialista. Nell'idea dei Costituenti, come riportata da alcuni studiosi, la istituzione di limiti vincolanti avrebbe dovuto, invero, perseguire lo scopo di impedire alle forze anticonstituzionali di operare, come accaduto con la Costituzione di *Weimar*, sotto la «maschera della legalità»³⁵⁰ protettiva. Secondo invece altra autorevole dottrina, questo limite, seppure non sarebbe stato capace di impedire violazioni, avrebbe comunque fornito un «marcatore ottico»³⁵¹.

In ogni caso, tornando al testo costituzionale, alla luce dell'art. 79, c. 3, GG, risultano oggi vietate tutte quelle modifiche costituzionali che finiscono con il «toccare» la divisione della Federazione in *Länder*, la partecipazione fondamentale dei *Länder* alla legislazione o i principi stabiliti ne-

n. 16, 2012, 475 ss.

³⁴⁹ In generale, v. O. BACHOF, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?* in *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, 1951, 163 come richiamato da S. UNGER, *Das Verfassungsprinzip der Demokratie*, Mohr Siebeck, 2008, 193. Peraltro la Corte costituzionale tedesca sin dal 1953 ha fatto riferimento alla «possibilità teorica di norme costituzionali incostituzionali» che tuttavia per quelle «originarie equivale quasi a un'impossibilità pratica». BVerfGE 3, 225, cit., par. 23. Più di recente, la sentenza del Secondo Senato del 3 maggio 2016 – 2 BvE 4/14, al par. 111 e 112, nell'affermare che la figura giuridica del diritto costituzionale incostituzionale si rivela generalmente controversa, sostiene che la clausola di eternità si riferisce a una «costellazione eccezionale». Sulla «irrilevanza» della clausola nel caso specifico, M. ROSSI, K. EBERHARD v. BVerfG, 3. 5. 2016 – 2 BvE 4/14. *Keine spezifischen Oppositionsfraktionsrechte – Keine Absenkung der Quoren zur Ausübung parlamentarischer Minderheitenrechte*, Juristen-Zeitung, 2016, spec. 1167.

³⁵⁰ Cfr., spec., M. F. FELDKAMP, *Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle*, Oldenbourg, Berlin, 2009, 1118 ss.

³⁵¹ Così, P. HÄBERLE, *Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien*, in Y. HANGARTNER, S. TRECHSEL (a cura di), *Völkerrecht im Dienste des Menschen, Festschrift für Hans Haug*, Berlin, 1986, 81.

gli articoli 1 e 20 GG. La disposizione di cui all'art. 1, GG, inclusa tra i "principi costituzionali fondamentali", che permea tutte le disposizioni della Legge fondamentale, include innanzitutto il dovere di rispettare e proteggere la dignità umana (in particolare al suo c. 1, GG), considerato come il «valore giuridico più alto»³⁵² del sistema dei valori costituzionali. Qui è contemplato poi, insieme al rispetto della libera personalità umana, anche l'impegno per i diritti umani inviolabili e inalienabili intesi «come fondamento di qualsiasi comunità umana, della pace e della giustizia» (c. 2, dell'art. 1, GG). Questi principi, in combinazione con il riferimento ai «seguenti diritti fondamentali» esplicitamente previsto al comma 3 dello stesso art. 1 GG, godono di garanzie per cui, a dire dello stesso giudice costituzionale tedesco, essi risultano «fondamentalmente esenti da restrizioni nella misura in cui sono indispensabili per il mantenimento di un ordine in conformità con l'art. 1 c. 1 e 2 della Legge fondamentale»³⁵³. Al pari del legislatore costituzionale originario, il legislatore che voglia modificare la Costituzione non potrà allora ignorare, a quest'ultimo proposito, i principi fondamentali di giustizia che ben includono il principio di uguaglianza giuridica e il divieto di arbitrio³⁵⁴. Rientrano infine nella clausola di eternità, gli elementi fondamentali del principio dello *Stato di diritto* e del principio dello *Stato sociale*, espressi nell'art. 20, c 1 e 3, GG, nonché quindi altresì, insieme al principio di separazione dei poteri, il principio di legalità. È quest'ultimo principio che vincolando, come già visto, gli organi del potere statale all'ordinamento costituzionale è in grado di offrire una tutela effettiva alla libertà e dei diritti dell'individuo. Il combinato dell'art. 1 con l'art. 20 GG, alla luce del principio di legalità nonché della separazione dei poteri e del conseguente mandato di tutela giuridica conferito ai giudici, fa sì così che la Costituzione tedesca non solo attribuisca all'uomo, con i suoi diritti, un posto privilegiato nel suo sistema di valori, ma gli assicuri altresì protezione, protezione, che a dire dello stesso giudice costituzionale nelle primissime pronunce, deve essere «la più ampia possibile contro la violazione della sfera giuridica del singolo da parte di interventi delle autorità pubbliche»³⁵⁵.

³⁵² BVerfGE 6, 32, *Elfes*, 16 gennaio 1957, par. 24.

³⁵³ BVerfGE 84, 90, *Bodenreform I*, 23 aprile 1991, par. 131.

³⁵⁴ BVerfGE 3, 225, *Gleichberechtigung*, 18 dicembre 1953, par. 22.

³⁵⁵ BVerfGE 8, 274, cit., par. 202.

Ebbene, in questo quadro, seppure non si disconosce la valenza delle clausole di eternità non si esclude tuttavia anche nel caso tedesco la loro modificabilità.

Il *Bundesverfassungsgericht* si è espresso, a differenza dell'omologo lusitano, in molte occasioni sui limiti materiali, a cui ha attribuito, secondo un'interpretazione restrittiva, natura di "eccezioni"³⁵⁶ che si pongono come «ostacolo»³⁵⁷ alla modifica della Costituzione: è nella «natura» del potere costituente, sostiene il Tribunale costituzionale federale tedesco, il potere di stabilire, rispetto alle proprie norme fondamentali, eccezioni, da osservare «secondo la regola del primato della norma specifica su quella generale»³⁵⁸. In quest'ottica di disposizioni eccezionali soggette a un'interpretazione in senso "restrittivo", secondo una visione giurisprudenziale consolidata, che influenzerà in qualche modo, come visto, anche quella espressa dal *Tribunal constitucional*, se al legislatore costituzionale sono posti dei limiti, ciò non va tuttavia inteso come un impedimento assoluto alla modifica, quest'ultima essendo ben possibile sia pure solo a determinate condizioni.

Partendo dal lemma utilizzato all'art. 79, c. 3, GG, in particolare laddove si precisa che non è ammissibile una modifica costituzionale che "tocchi" uno dei limiti materiali, il *Bundesverfassungsgericht* legge la disposizione nel senso per cui ad essa non può essere ascritto un «significato più rigoroso della formula di cui all'art. 19, par. 2 GG» che pure impone, al legislatore ordinario e non certo costituzionale come è nel caso dell'art. 79, GG, di rispettare un diritto fondamentale

³⁵⁶ BVerfGE 30, 1, *Abbörrurteil*, 7 luglio 1970, par. 24. Nel ricondurre la tutela giurisdizionale, che si vorrebbe lesa nel caso di specie, all'interno del principio dello Stato costituzionale di diritto (rientrante tra quelli intangibili) – affermò che «i principi tutelati dall'art. 79, comma 3, non vengono violati nella loro consistenza di principi quando questi vengano tenuti almeno tendenzialmente in considerazione [dal legislatore], ma siano oggetto di una deroga per una situazione eccezionale (...)». Sul punto v., B.O. BRYDE, *Art. 79*, in I. VON MÜNCH, P. KUNIG (a cura di), *Grundgesetz-Kommentar*, 1992, München.

³⁵⁷ BVerfGE 30, 1, cit., par. 99. Su questo caso nonché su altri connessi alla restrizione dei diritti fondamentali, v. H. MÖLLER, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes und die Schranken der Verfassungsrevision: Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG und zur verfassungsgebenden Gewalt nach dem Grundgesetz*, Berlin, 2004, 136 ss.

³⁵⁸ BVerfGE 3, 225, cit., par. 20.

che «non può essere intaccato nel suo contenuto essenziale in nessuna circostanza»³⁵⁹. A differenza poi dell'art. 19, c. 2, GG, la clausola di cui all'art. 79, c. 3, GG, ha come scopo non già quello di impedire qualunque modifica ma di evitare che, attraverso una legge di revisione costituzionale, possa essere rimosso «l'ordine costituzionale esistente nella sua sostanza, nelle sue fondamenta»³⁶⁰. Anche qui, come nel caso lusitano che ne segue l'esempio, si arriva perciò a ritenere che possono senza dubbio essere ammesse modifiche dei principi fondamentali anche se soltanto nei limiti di una «situazione particolare in base alla sua natura specifica per motivi evidentemente appropriati»³⁶¹. Questa idea è, come si diceva, espressa sin dalle primissime pronunce allorché, già all'indomani dell'adozione della Legge Fondamentale, si sostenne che le norme richiamate all'art. 1 e 20 GG, in quanto speciali, sono a «libera disposizione del legislatore costituzionale» sia pure «soltanto nella misura in cui non vengono superati i limiti ultimi della giustizia stessa»³⁶².

Anche in tempi più recenti, peraltro, si ammette espressamente che l'art. 79, c. 3, GG, quale «norma eccezionale da interpretare restrittivamente», non può essere intesa come disposizione che impedisce al legislatore costituzionale di modificare «per motivi appropriati le espressioni giuridiche positivi dei principi»³⁶³. Anche altrove poi non si esclude che la clausola di eternità di cui all'art. 79, c. 3, GG possa essere soggetta a possibili revisioni purché si rispetti il limite formale-procedurale relativo alla partecipazione del Consiglio federale³⁶⁴ e i postulati fondamentali della giustizia nonché i principi dello stato di diritto e dello stato sociale³⁶⁵. Quest'idea viene ribadita altresì, infine, in occasione della pronuncia relativa alla legge sul Trattato che istituisce il meccanismo europeo di stabilità del 2 marzo 2012 e il conseguente dubbio di lesione dell'autonomia e della responsabilità di bilancio del *Bundestag* tedesco. Qui ben si sostiene che l'art. 79, c. 3, GG «non garantisce l'immutata

³⁵⁹ BVerfGE 30, 1, cit., par. 99.

³⁶⁰ Ancora, BVerfGE 30, 1, cit., par. 99.

³⁶¹ BVerfGE 30, 1, cit., par. 99.

³⁶² BVerfGE 3, 225, cit., par. 22.

³⁶³ BVerfGE 109, 279, *Großer Lauschangriff*, 1° luglio 2003, par. 111.

³⁶⁴ BVerfGE 4/14, 3 maggio 2016, par. 43.

³⁶⁵ BVerfGE 84, 90, cit., par. 131.

esistenza del diritto applicabile, bensì strutture e procedure che mantengano aperto il processo democratico»³⁶⁶.

Al fine di definire la limitazione del potere del legislatore di revisore costituzionale derivante dalla norma eccezionale di cui all'art. 79, c. 3 GG³⁶⁷ e quindi di individuare ciò che rientra nel contenuto di garanzia dell'art. 1, c. 1 GG relativo ai singoli diritti fondamentali, deve entrare in gioco un'attività di determinazione da svolgere «in modo indipendente», ovvero, specifica il giudice costituzionale, attraverso «l'interpretazione della rispettiva norma sui diritti fondamentali»³⁶⁸. Il contenuto fondamentale dei limiti materiali tutelati dall'art. 79, c. 3, GG può essere elaborato insomma, secondo il *Bundesverfassungsgericht*, soltanto attraverso l'interpretazione costituzionale laddove le modifiche anche di principi fondamentali della Costituzione «intrinseci al sistema» possono ritenersi non incompatibili con l'art. 79, c. 3, GG³⁶⁹.

5.2. La “stabilità” limitata alla forma di governo repubblicana nelle ipotesi francese e italiana. I limiti impliciti.

Comune a più ordinamenti è il divieto di revisione della forma repubblicana. La tutela di questa forma di governo a cui garantire una stabilità rafforzata, rendendola immutabile, oltre ad essere rinvenibile nel testo costituzionale portoghese all'art. 288, c. 3, Cost. unitamente ad altri limiti materiali di cui si è già fatto cenno, è disciplinato anche nelle costituzioni francese e italiana a differenza di quella tedesca che, come si diceva, ritiene invece intangibile, tra l'altro, esclusivamente la struttura federale dello Stato.

Nel caso italiano e francese questa peraltro rappresenta l'unica limitazione materiale esplicita al potere di revisione costituzionale, se si esclude, quella temporale e relativa giacché legata alle circostanze, disposta al fine di evitare revisioni sotto la pressione degli eventi esterni

³⁶⁶ BVerfGE 132, 195, *Europäischer Stabilitätsmechanismus*, 10 luglio 2012, par. 117. Per un commento su questa pronuncia in generale si rivia, tra gli altri, a U. KARPEN, *Demokratie und parlamentarische Kontrolle der Entscheidungen im Europäischen Stabilitäts-Mechanismus und Fiskalpaket* in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, n. 3, 2013, 645 ss.

³⁶⁷ BVerfGE 30, 1, cit., par. 99.

³⁶⁸ BVerfGE 109, 279, cit., par. 100.

³⁶⁹ BVerfGE 30, 1, cit., par. 107.

allorché « l'integrità del territorio è minata » all'art. 89, c. 4, Cost. oppure durante il periodo transitorio della presidenza della Repubblica³⁷⁰ (secondo l'art. 7 Cost.), presenti entrambi nel testo costituzionale francese. Una differenza non di poco conto è qui quella relativa alla collocazione delle disposizioni.

La carta costituzionale italiana, diversamente dalla costituzione francese che introduce l'inviolabilità della forma di governo repubblicana al comma 5 dell'art. 89 Cost., prevede, non a caso, lo stesso divieto a conclusione del testo costituzionale all'art. 139, Cost. volendosi sottolineare che in nessun modo, neanche attraverso il più elevato grado del potere normativo costituito, può essere rivista la decisione fondamentale ivi prevista: la scelta in favore della Repubblica è il risultato della volontà popolare, a seguito del referendum del 2 giugno 1946, e perciò recepita in Costituzione che la consacra peraltro per la prima volta diversamente dall'ordinamento d'oltralpe che già a partire dalla legge del 1884³⁷¹ vede Costituzioni che proibiscono la revisione della forma di governo repubblicana.

In discussione in entrambi i sistemi è poi l'ampiezza della nozione di "forma repubblicana".

Se invero per alcuni autori, siano essi francesi³⁷² o italiani³⁷³, la norma, in quanto eccezione alla regola generale che vuole revisionabili tutte le disposizioni della Costituzione, sarebbe da interpretare in senso restrittivo alludendo unicamente, quale disposizione attenta alle

³⁷⁰ V., in particolare, B. BRANCHET, *La révision de la Constitution sous la Ve République*, Paris, L.G.D.J., 1994, 62, laddove si evidenzia come lo scopo della disposizione sia quello di « impedire al Parlamento di approfittare, o anche solo di trarre profitto, dall'inattesa vacanza della Presidenza della Repubblica per procedere ad una frettolosa revisione della Costituzione e tende a mettere in discussione l'elezione del Presidente della Repubblica a suffragio universale diretto ».

³⁷¹ Con la legge del 14 agosto 1884, recante revisione parziale delle leggi costituzionali, si introdusse l'art. 2. che disponeva, rispetto alla carta costituzionale di cui alla legge del 25 febbraio 1875, l'integrazione del terzo comma del suo art. 8, con la formula « La forma di governo repubblicana non può essere oggetto di proposta di revisione ».

³⁷² V., in particolare, M. F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, 1985, 45.

³⁷³ Soprattutto nella dottrina costituzionalistica fino agli anni '70, del secolo scorso. V., in particolare, P. BARILE, *La revisione della Costituzione*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Firenze, 1950.

forme della legittimazione costituzionale, al carattere elettivo e non ereditario dell'organo di vertice dello Stato, per la maggior parte della dottrina deve invece essere intesa in senso estensiva.

Nella dottrina costituzionale italiana, sulla base della premessa che rivedere la forma repubblicana significa, comunque, dar vita ad «un fatto rivoluzionario, ad un colpo di stato, sia esso attuato con mezzi e modi pacifici o violenti, legali o illegali»³⁷⁴, si è poi cercato di interpretare l'art. 139 Cost. come disposizione non già isolata ma unitamente ad altri articoli. Letto in combinato disposto con gli artt. 1 e 2, Cost. con i principi costituzionali fondamentali nonché con le norme costituzionali poste a tutela dei diritti umani fondamentali, si è finiti così con l'individuare un articolato nucleo di principi ed istituti considerati «coessenziali alla forma repubblicana e pertanto qualificati dal suo grado di immutabilità»³⁷⁵.

Anche gli studiosi francesi si sono peraltro sforzati di interpretare il concetto di forma repubblicana in un senso più ampio. Secondo la visione di alcuni, questa presupponendo «logicamente»³⁷⁶ lo Stato, implicherebbe altresì la tutela dello Stato sovrano. L'intangibilità prevista dal comma 5 dell'art. 89 tutelerebbe perciò non solo la forma repubblicana, ma altresì la stessa natura statutale della Repubblica francese. Letta quest'ultima disposizione in combinato con l'art. 2 e i valori fondamentali ivi sanciti³⁷⁷, essa potrebbe includere anche i principi essenziali dell'ordine democratico e, quindi, principi quali il suffragio universale, il regime rappresentativo nonché la separazione dei poteri³⁷⁸. Non così estensiva appare invece l'interpretazione dei limiti materiali proposta dal *Conseil constitutionnel* in particolare nella pronuncia del 1992 riguardante il Trattato di *Maastricht*, fortemente critica da

³⁷⁴ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Commento dell'art. 139 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna – Roma, 1981, 743.

³⁷⁵ Così, ancora, A. PIZZORUSSO, cit., 744.

³⁷⁶ Cfr. O. BEAUD, *La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht*, in *RFDA*, 1993, 1062.

³⁷⁷ Cfr. L. FAVOREU, *Commentaire sous la décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, «Maastricht II»*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1992, 738.

³⁷⁸ In questi termini, D. MAUS, *Sur 'la forme républicaine du gouvernement'*, *Commentaire sous la décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992*, in *RFDC*, n°11, 1992, 412.

una parte della dottrina proprio per questa lettura restrittiva³⁷⁹. In questa pronuncia l'atteggiamento del giudice costituzionale si rivela, infatti, opposto rispetto a quello assunto per l'altra ipotesi relativa ai limiti, pure nella stessa pronuncia considerati, riguardanti più propriamente i periodi in cui vige il divieto di revisione costituzionale, in quest'ultimo caso finendosi per desumere dal testo costituzionale, attraverso un'interpretazione decisamente estensiva, un principio costituzionale di inviolabilità espressamente non previsto³⁸⁰. Secondo il giudice costituzionale francese, invero, se è senza dubbio consentito in via generale al revisore costituzionale di «abrogare modificare o integrare disposizioni di valore costituzionale nella forma che egli ritenga opportuna»³⁸¹, devono tuttavia essere «fatti salvi» i vincoli derivanti dalle prescrizioni di cui al quinto comma dell'art. 89 Cost. e quelli relativi ai periodi durante i quali non può essere realizzata una revisione costituzionale. Questi ultimi risultano, ad avviso del *Conseil constitutionnel*, non soltanto dai menzionati artt. 7, 89, c. 4, Cost. ma altresì dall'art. 16³⁸² Cost., che tuttavia, dal canto suo, nulla dice in merito, come si anticipava, alla irrevocabilità della Costituzione nei casi emergenziali dallo stesso articolo disciplinati. Alla luce di ciò, il giudice costituzionale francese ribadisce così che, escluse queste ipotesi eccezionali intese in senso lato, niente impedisce di introdurre nel testo della Costituzione nuove disposizioni che possano anche derogare, in maniera espressa o implicita, a una norma o a un principio di valore costituzionale³⁸³.

³⁷⁹ Cons. cons., 2 settembre 1992, *Maastricht II*, n. 92--312 DC.

³⁸⁰ In questo senso, F. LUCHAIRE, *L'Union européenne et la Constitution*, in *Rev.dr. publ.*, 1992, 1592, come richiamato da K. GÖZLER, *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, 1997, 152.

³⁸¹ Cons. cons., n° 92--312 DC, cit, cons. 19.

³⁸² Taluni autori deducono tale divieto non dal testo ma dallo *scopo* dell'art. 16 Cost. che attribuisce al Presidente della Repubblica poteri eccezionali al fine di «assicurare che le autorità pubbliche costituzionali dispongano dei mezzi per assolvere al più presto la loro missione», ovvero di ripristinare l'ordine costituito normale relativo alle «istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del suo territorio o l'esecuzione dei suoi impegni internazionali». Cfr. B. BRANCHET, cit., 63. Per un commento, in termini critici, alla pronuncia del *Conseil Constitutionnel* che «senza porsi domande (...)», si rinvia a L. FAVOREU, *Commentaire*, cit., 737.

³⁸³ Cons. cons., n° 92312, cit., punto 19.

Comunque sia, affianco a questi limiti, la dottrina dei due paesi ne ha identificato altri definibili come “inespressi”. Al fine di giustificare la limitazione del potere di revisione costituzionale, vengono individuati, invero, una serie di limiti non previsti espressamente dalla Costituzione ma in qualche modo da questo stesso testo derivanti. Nel caso italiano questi limiti – detti più propriamente “impliciti” – pur non avendo alcuna attinenza diretta con l’obbligo costituzionale di designazione elettiva del capo dello Stato, sembrano comunque originati dalla Costituzione venendo imposti dall’esigenza di tutela di «valori supremi sui quali si fonda la Costituzione»³⁸⁴. A differenza tuttavia dell’ipotesi italiana, nel caso francese questi principi/limiti inespressi, denominati qui più specificamente “principi sovracostituzionali” perché ritenuti principi dotati di valore superiore alla Costituzione³⁸⁵, non sembrano trarre origine in alcun modo dalla carta costituzionale. Questi ultimi – identificati per lo più con i principi del diritto naturale che includono, tra l’altro, la tutela dei diritti umani³⁸⁶ – differiscono da quelli inclusi nel blocco di costituzionalità – chiamati anche “para-supra-costituzionali” oppure “sovracostituzionalità incompleta”³⁸⁷ – giacché, pur essendo gerarchicamente ritenuti anch’essi di grado più elevato rispetto alle altre disposizioni costituzionali, non hanno alcuna «base diretta o derivata in un testo di valore costituzionale»³⁸⁸. Ciò a differenza, come si diceva, dei principi che si inscrivono nel *bloc de constitutionnalité*, quest’ultimo includendo, tra l’altro, il Preambolo della Costituzione del 1946 nonché la Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789. Comunque sia, queste due tipologie di limiti, pur non condividendo la fonte materiale – diversa dalla Costituzione nell’ipotesi dei principi sovracostituzionali del blocco di costituzionalità mentre risulta, in definitiva, inesistente nel caso di

³⁸⁴ Corte cost. 1146/1988, cit., punto 2.1 del *Cons. in diritto*.

³⁸⁵ Così, G. VEDEL, cit. 82. Si rinvia altresì a L. FAVOREU, *Souveraineté et supra-constitutionnalité*, in *Pouvoirs*, 67, 1993, 71.

³⁸⁶ Cfr. L. HAMON, *La souveraineté nationale, la Constitution... et les négociations 'européennes' en cours*, Sirey, 1991, 43e Cahier, 303 laddove afferma che «oggi parliamo di diritti umani fondamentali e ammettiamo che una Costituzione – una revisione costituzionale – è legittima solo se rispetta questi diritti».

³⁸⁷ G. VEDEL, cit., 83

³⁸⁸ Così, ancora, G. VEDEL, cit., 83.

quelli derivanti dal diritto naturale - hanno comunque in comune, al pari dei limiti espressi, la finalità di accordare maggiore stabilità e certezza ad alcune disposizioni costituzionali.

Comune si mostra, in ogni caso, nella visione della dottrina di entrambi i Paesi, la natura dei limiti non espressamente menzionati fra quelli sottratti al procedimento di revisione costituzionale. Tra questi occorre includere, tra gli altri, sia i principi supremi sia i diritti fondamentali, questi ultimi rientranti nel caso francese più specificamente nel blocco della costituzionalità piuttosto che nei principi detti "sovra-costituzionali". Interessante è l'atteggiamento osservato in proposito dai due giudici costituzionali.

La Corte Costituzionale italiana, senza mai accogliere l'idea di una tutela del diritto naturale e dei "suoi" diritti inviolabili quali diritti sovracostituzionali³⁸⁹, ha fatto propri i limiti impliciti elaborati dalla dottrina e ben include ivi, sia pure con atteggiamento prudente quanto alla loro individuazione³⁹⁰, i «principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale» appartenenti «all'essenza dei valori supremi» costituzionali nonché i «diritti inalienabili della persona umana»³⁹¹. Peraltro, anche nel caso francese, il *Conseil constitutionnel* se ha sviluppato la teoria del blocco di costituzionalità, escludendovi tuttavia i principi generali del diritto a cui pure parte della dottrina accordava valore costituzionale³⁹², si è sempre guardato bene dall'ascoltare le «sirene della sovracostituzionalità»³⁹³. Anzi il giudice francese, con una pronuncia del 2003 relativa alla decentralizzazione, nel dichiararsi incompetente a pronunciarsi sulla conformità della revisione costituzionale alla Costituzione, sembra porre fine non solo al mito della «sovracostituzionalità»³⁹⁴ ma, al contempo, anche alla questione relativa al controllo delle leggi di riforma costituzionale. L'esistenza esplicita nel testo della Co-

³⁸⁹ In questi termini, M. LUCIANI, *La Cour constitutionnelle*, cit., 166.

³⁹⁰ V. F. MODUGNO, *I 'nuovi diritti' nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 93 ss.

³⁹¹ Corte cost. 1146/1988, cit., p. 2.1 del *Cons. in diritto*.

³⁹² V., L. FAVOREU, *Bloc de constitutionnalité*, in O. Duhamel, Y. Meny (a cura di), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, 1992, 88.

³⁹³ Così, G. VEDEL, cit., 95.

³⁹⁴ Così, J. P. CAMBY, *Supra-constitutionalité: la fin d'un mythe*, in *Revue du droit public*, 119(3), 2003, 671.

stituzione di limiti materiali alle leggi di revisione costituzionale non è invero sempre ritenuto sufficiente a vedere poi garantito un sindacato di costituzionalità di tale leggi.

Se in generale la Corte costituzionale italiana, come del resto il Tribunale costituzionale federale tedesco, nelle sentenze per la prima volta adottate in merito³⁹⁵, non si è mai sottratta dalla funzione di verifica del rispetto dei limiti materiali delle leggi costituzionali, il giudice costituzionale francese nega la propria competenza a svolgere tale sindacato³⁹⁶, facendo venir meno, nello stesso tempo, la garanzia che anche il potere di revisione rispetti i limiti e la supremazia della Costituzione. Anche se non espressamente previsto, tale controllo deve ritenersi realizzabile, sostiene la dottrina francese, non in virtù di norme sovracostituzionali ma nell'ambito del quadro costituzionale, ovvero, alla luce della Costituzione presa «nel suo complesso e nella sua interezza»³⁹⁷. A differenza del *Conseil constitutionnel* francese, la Corte costituzionale italiana si è invece sempre riconosciuta competente, come si diceva, ad effettuare il sindacato di conformità anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale sia delle leggi di revisione costituzionale, sia delle altre leggi costituzionali non aventi effetti di revisione testuale, per evitare che si potesse arrivare «all'assurdo di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore»³⁹⁸.

5.3. La costituzione spagnola e l'assenza di clausole formali di intangibilità.

La carta costituzionale spagnola, a differenza delle altre costituzioni sinora esaminate, non sembra contenere, secondo una visione pres-

³⁹⁵ In particolare, nel caso tedesco, BVerfGE 30, 1, cit. mentre in quello italiano, Corte cost. 1146/1988, cit.

³⁹⁶ Cons. const., 26 marzo 2003, n. 2003-469 DC in particolare allorché si afferma che il «Consiglio costituzionale non ha il potere di pronunciarsi su una revisione costituzionale dell'art. 61, dell'art. 89 o di qualsiasi altra disposizione della Costituzione».

³⁹⁷ Così, O. BEAUD, *Un plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 27, janvier 2010.

³⁹⁸ Corte cost. 1146/1988, cit.

soché unanimemente condivisa in dottrina, alcun tipo di clausola “espressa” di intangibilità materiale. Alla luce tuttavia delle disposizioni concernenti le modifiche costituzionali parte della dottrina spagnola giunge ad affermare l’esistenza di limiti impliciti chiamati, anche da alcuni studiosi, limiti «assoluti»³⁹⁹: all’art. 168 Cost.⁴⁰⁰, pur prevedendosi in generale la possibilità di revisione costituzionale, si stabilisce espressamente l’adozione di una procedura più aggravata rispetto all’ordinaria di cui all’art. 167 Cost. nel caso di una revisione totale ma anche parziale di precetti, equivalente a una revisione totale della Costituzione, che vada ad incidere su una serie di garanzie, tra cui, la tutela delle libertà e dei diritti dei cittadini. Il potere di revisione qui, sia pure seguendo una procedura aggravata, sembrerebbe tuttavia giuridicamente svincolato, sotto il profilo formale, nella manifestazione della propria volontà di modifica al pari del potere costituente. La stabilità/certezza non appare così, neanche per le ipotesi soggette a questa speciale procedura, di tipo assoluto ma solo di un grado maggiore rispetto a quello garantito normalmente.

La formulazione di cui all’art. 168 Cost., ritenuta da alcuni *desafortunada*, ha dato luogo tuttavia ad ampie controversie dottrinali. Si sono viste così contrapposte posizioni di studiosi che negano la possibilità di dedurre da tali disposizioni limiti materiali impliciti⁴⁰¹ a quella di

³⁹⁹ Piuttosto che distinguere tra limiti espressi e limiti impliciti, alcuni studiosi spagnoli, ritenendo che in ogni caso ci si trovi di fronte ad una limitazione all’attività revisionistica del testo costituzionale, sostiene che la differenziazione dipenderà dal grado di superamento di tale limitazione e distingue perciò tra limiti assoluti o relativi. V. P. DE VEGA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985, 242.

⁴⁰⁰ All’art. 168, comma 1, si dispone che «Ove venga proposta la revisione totale della Costituzione o quella parziale riferita al Titolo Preliminare, al Capitolo secondo, Sezione prima, del Titolo I o al Titolo II, dovrà procedersi all’approvazione in via di principio con maggioranza dei due terzi di ogni Camera e quindi all’immediato scioglimento delle Cortes». Al comma 2 si stabilisce invece che «Le Camere elette dovranno approvare quanto deciso e procedere allo studio del nuovo testo costituzionale, che dovrà venire approvato e a maggioranza dei due terzi in ogni Camera». Infine al comma 3, si proclama «La riforma approvata dalle Cortes Generali sarà sottoposta a referendum per ratifica».

⁴⁰¹ Cfr. J. PÉREZ ROYO, *La reforma de la Constitución*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987, 211. L’A. ritiene infatti che il vero problema dell’art. 168 risiede nel-

quanti che invece ammettono un'attività revisionale soggetta a limitazioni invocando a tal proposito la distinzione tra la competenza onnipotente derivante dal potere costituente e la competenza del potere costituito, «incapace di eliminare la stessa base giuridica su cui si fonda»⁴⁰² oppure la «straordinaria rigidità»⁴⁰³ dell'art. 168 Cost. La procedura speciale di riforma sarebbe in grado di soddisfare «di fatto», ad avviso dei giuristi spagnoli, l'obiettivo di evitare la modifica dei contenuti affidati a questa stessa procedura. Per parte della dottrina, la modifica costituzionale non può non essere intesa allora come un'operazione giuridica formalmente e materialmente limitata, giacché se fosse «priva di limiti materiali, sarebbe impossibile distinguerla da un'azione rivoluzionaria del potere costituente»⁴⁰⁴. Secondo altri autori, ancora, questo limite prescinderebbe invece dall'art. 168 Cost.

Alla luce di quest'ultima tesi, alcune disposizioni fondamentali, costituenti il nucleo attorno al quale si fonda «la coerenza ultima del sistema costituzionale», rappresentano di per sé, come è nel caso italiano, un limite cosicché una norma costituzionale «contraria a tali premesse sollevarebbe apertamente [...] il problema della costituzionalità o incostituzionalità della Costituzione stessa»⁴⁰⁵. Secondo questa visione, il costituente, nello stilare la costituzione, avrebbe cercato di individuare «con maggiore o minore precisione un nucleo costituzionale irriducibile, oggetto della difesa costituzionale non giurisdizionale»⁴⁰⁶. Ad avviso di alcuni, la Costituzione può allora senza dubbio includere limiti assoluti al potere di riforma nel suo titolo preliminare o anche in

la grave difficoltà di realizzare – dato il suo eccessivo grado di rigidità – adeguate riforme della norma costituzionale, e finendo con l'accordare un ampio margine alla discrezionalità della Corte costituzionale, obbligata così ad intervenire ed entrare in questioni di natura politica.

⁴⁰² V. P. DE VEGA, *op. ult. cit.*, 28.

⁴⁰³ Così, J. L. REQUEJO PAGÉS, *Comentarios a la Constitución Española*. XXX Aniversario, Madrid, 2008, 2765.

⁴⁰⁴ Cfr. J. TAJADURA TEJADA, *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*, Madrid, 2018, 14.

⁴⁰⁵ Cfr. Á. GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Murcia, 1980, 177 ss.

⁴⁰⁶ Così, M. V. GARCÍA-ATANCE, *La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad*, in *Rev. Der. Pol.*, 1992, 325.

altre norme diverse da quelle che regolano la procedura di riforma, pur senza dotarsi della tipica struttura formale della clausola di intangibilità o comunque malgrado l'assenza di una previsione di limiti detti "espressi" perché formulati esplicitamente come tali sebbene privi della clausola di intangibilità⁴⁰⁷. Non di questo avviso si mostra tuttavia il *Tribunal constitucional*.

Quest'ultimo, in più occasioni, ha ribadito che la Costituzione spagnola, «a differenza delle Costituzioni francese o tedesca», non esclude alcuna delle sue disposizioni dalla possibilità di riforma, né sottopone il potere di revisione costituzionale a limiti espressi, diversi da quelli strettamente formali e procedurali⁴⁰⁸. In virtù di questa interpretazione il giudice costituzionale ha così ammesso, per esempio, chiaramente che è possibile accogliere le aspirazioni secessioniste di alcuni territori, sia pure nel rispetto dei limiti procedurali. Quest'ultima eventuale modifica, comportando la ridefinizione dell'ordine stabilito dalla volontà sovrana della Nazione, non può non essere realizzata secondo la via costituzionale che altro non è che quella della revisione totale della Costituzione attraverso l'art. 168 della Costituzione spagnola⁴⁰⁹. Incidere sull'ordine costituito o addirittura «sul fondamento stesso dell'ordinamento costituzionale», è ben lecito – «certamente fattibile nel nostro ordinamento» dice il *Tribunal constitucional* – purché siano osservate due condizioni quanto ai processi di riforma, vale a dire: «non siano predisposti o difesi mediante un'attività che violi i principi democratici e i diritti fondamentali» e la loro concreta attuazione deve avvenire, come si diceva, attraverso «le procedure di riforma della Costituzione», non sussistendo limiti materiali al controllo di costituzionalità⁴¹⁰. In ragione di questa assenza e in un'ottica di tutela del sistema democratico, ritenuto il «più completo del diritto costituzionale comparato», si ammette così quella garanzia procedurale per cui solo i cittadini, necessariamente agenti al termine

⁴⁰⁷ In questi termini, I. GONZÁLEZ GARCÍA, *La indivisibilidad de la nación: límite expreso a la reforma de la Constitución española de 1978*, Valencia, 2023, 170.

⁴⁰⁸ STC, 12 marzo 2003, n. 48, FJ 7.

⁴⁰⁹ STC, 11 settembre 2008, n. 103, FJ 4. Per un ampio commento v., F. J. CORCUERA ATIENZA, *Los límites del "derecho a decidir" (comentario de la STC 103/2008): soberanía y autonomía*, in *Rev. Esp. der. Const.*, 2009, 303.

⁴¹⁰ STC 48/2003, cit., punto 7, come richiamata altresì da STC 103/2008.

del processo di riforma mediante *referendum ex art. 168 Cost.*, possano esercitare il «potere supremo», cioè il potere di modificare la Costituzione stessa senza limiti (secondo l'art. 168 Cost.)⁴¹¹. Alla luce di questo ragionamento, il giudice delle leggi spagnolo giunge, di conseguenza, a ritenere che anche l'art. 2 Cost. e, in particolare, la condizione indissolubile/indivisibile della nazione spagnola ivi prevista, per quanto inserito nel titolo preliminare ritenuto dalla dottrina un limite implicito al potere di emendamento, sia modificabile attraverso il procedimento previsto dall'art. 168 Cost., non configurandosi affatto come un limite inespresso⁴¹². La Costituzione è intesa in questo caso, come del resto in altre occasioni, come un «quadro di coincidenze sufficientemente ampio da accogliere opzioni politiche di natura molto diversa»⁴¹³, in grado di decidere, in quanto tale, direttamente la secessione di un territorio o addirittura di inserire una clausola che riconosca il diritto delle comunità autonome alla secessione.

Un punto essenziale nella giurisprudenza costituzionale spagnola si mostra, infine, il collegamento tra la fattibilità delle revisioni che toccano gli stessi fondamenti della Costituzione attraverso una riforma costituzionale e il modello di democrazia: questo modello è ritenuto dal giudice costituzionale di tipo «non militante» a differenza di quanto sostenuto dalla dottrina che, al contrario, lo considera un modello di democrazia militante, rinvenendo la sua essenza nel rispetto delle libertà e dell'uguaglianza, eliminabili solo allorché il potere costituente «rinasca»⁴¹⁴. Il Giudice delle leggi, pur sostenendo il primato della Costituzione, ritiene perciò che tale primazia non possa essere affatto intesa e confusa con l'esigenza di adesione positiva alla norma fondamentale, dal momento che nell'ordinamento costituzionale non si in-

⁴¹¹ STC 103/2008, cit., FJ 1.

⁴¹² Cfr. F. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, *Federación y reforma*, Valencia, 2020, 164, laddove si afferma, a commento della pronuncia costituzionale, che «chiunque sostenga che l'unità politica dello Stato costituisca un limite implicito al potere di emendamento deve giustificare la propria posizione non solo attraverso un'interpretazione del testo costituzionale, ma deve anche spiegare perché un limite espressamente respinto dall'assemblea costituente debba essere tacitamente recepito nella Costituzione».

⁴¹³ STC, 8 aprile 1981, n. 11, FJ 7.

⁴¹⁴ Così, B. ALÁEZ, *La CE de 1978: ¿ruptura o reforma constitucional?* in *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario*, 9, 1997, 60 ss.

travede alcun margine per un modello di democrazia militante⁴¹⁵, un modello, cioè, in cui ciò che si impone non è soltanto il rispetto, ma «l'adesione totale» all'ordinamento giuridico e, in primo luogo, alla Costituzione⁴¹⁶. In quest'ottica non risulta costituzionalmente previsto, si sostiene ancora, alcun presupposto essenziale di un nucleo normativo inaccessibile alle procedure di riforma costituzionale (le clausole di intangibilità esplicite o implicite), costituente, proprio per la sua inviolabilità, un «autonomo parametro di correttezza giuridica» rispetto cui qualunque tentativo di incidere su di esso renderebbe illecita qualsiasi attività di modifica seppure aderente scrupolosamente alle procedure normative⁴¹⁷.

In definitiva, al di là di qualsiasi valutazione ermeneutica, in contrapposizione alla dottrina che ritiene il procedimento disciplinato all'art. 168 Cost. assolutamente compatibile con l'eventuale esistenza di clausole di intangibilità materiale quali si potrebbero rinvenire in alcune parti del testo costituzionale e specificamente nelle disposizioni altamente rilevanti del titolo preliminare della Costituzione⁴¹⁸, la tesi, consolidata, del *Tribunal constitucional*, è quella che vuole il procedimento di revisione totale come un procedimento che si mostra particolarmente aggravato proprio per compensare l'assenza di qualsiasi clausola di intangibilità, esplicita come implicita. In ragione di ciò non sembrano sussistere allora, in questo ordinamento, disposizioni costituzionali dotati di grado di stabilità di tipo assoluto ma solo alcune che rivelano una maggiore stabilità rispetto ad altre.

⁴¹⁵ In primis, STC 48/2003, cit., FJ 7 (come poi richiamata in successive sentenze tra cui SSTC, 16 gennaio 2004, 5/2004 nonché, del 28 giugno 2010, 31/2010, FJ 4). Per un ampio commento sul punto v. M. NEBRERA, *"Patriotismo" y mutación constitucionales (En torno a la L.O. 6/2002 de Partidos Políticos y la STC 48/2003)*, in *Rev. est. políticos*, 2004, 239 ss.

⁴¹⁶ STC, 25 marzo 2014, n. 42, FJ 4.

⁴¹⁷ STC 5/2004, cit., FJ 17

⁴¹⁸ Queste le conclusioni, a seguito di attenta ricostruzione della giurisprudenza costituzionale spagnola, di I. GONZÁLEZ GARCÍA, *Una revisión de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la relación entre los artículos 2 y 168.1 CE, a la luz de sus trabajos parlamentarios*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2024, 491.

6. *Alcune considerazioni finali.*

Il presupposto da cui si è partiti in questo lavoro è che il diritto, dovendo rispondere alle esigenze che la vita consociata pone, soggette come sono inevitabilmente a variazione con il tempo, si caratterizza, come è ovvio, per un certo dinamismo, con una certezza giuridica ontologicamente dipendente, quindi, dal modo in cui la norma o un suo insieme è sottoposto a un certo grado di rigidità derivante, a sua volta, dal livello di modificabilità in un dato tempo. Il cambiamento tramite una (pre)determinata procedura in un periodo temporale relativamente breve, rendendo a sua volta, parimenti, solo relativamente certo il diritto, comporta che la certezza non è (quasi) mai assoluta ma sempre relativa, salvo clausole di eternità.

Superandosi l'alternativa certezza (assoluta) e incertezza, l'idea di certezza del diritto, nella sua gradualità, che si è perciò qui intesa indagare attiene al profilo strutturale del diritto, alla dimensione oggettiva, o meglio, per dirla con Mathieu⁴¹⁹ e Pérez, a quel profilo «funzionale» collegato a un complesso di caratteristiche oggettive dell'ordinamento giuridico.

La regolarità funzionale dell'ordinamento come garantita dalle «sue regole e istituzioni»⁴²⁰ ci ha portati a chiedere quali criteri strutturali-procedurali siano previsti nelle Costituzioni esaminate affinché possa essere garantita una certa rigidità alla norma/diritto, evitando cambiamenti nel breve tempo e risolvendo eventuali contrasti tra le fonti normative. L'analisi, svolta sotto un profilo comparatistico, alla luce delle carte costituzionali e della relativa giurisprudenza, ha riguardato i criteri disciplinanti il rapporto tra fonti normative, non solo rispetto a quelle esterne ma anche tra quelle interne, guardandosi al grado, più o meno ampio, di stabilità del diritto e, quindi, dei diritti tutelati, derivante dalla modalità di cambiamento nel tempo: questi criteri sono legati al criterio di competenza intesa, quest'ultima, come autorizzazione a produrre norme secondo «riserve stabilite dalla Costituzione»⁴²¹ ma anche quello gerarchico quanto al modo di modifica-

⁴¹⁹ Così, B. MATHIEU, *France*, cit., 155.

⁴²⁰ Così, A. E. PÉREZ LUÑO, *op. ult. cit.*, 29.

⁴²¹ Cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 85, allorché si evi-

zione normativa (più o meno esplicitamente previsto), nei limiti imposti dalla tutela dei diritti fondamentali. Il principio generale dell'innovazione del diritto trova un limite nella legittima aspettativa legata ai diritti fondamentali, quest'ultima venendo così a costituire l'eccezione.

Ai fini della tutela di questa eccezione le Costituzioni europee hanno sviluppato diversi strumenti normativi, funzionali alla struttura normativa e alla sua "relativa" stabilità, quali innanzitutto gli istituti, considerati in questo lavoro come "ordinari", giacché più o meno presenti in tutti gli ordinamenti costituzionali democratici liberali dell'Europa occidentale, come il principio di legalità e la riserva di legge. Quest'ultima, come visto di vario livello e sviluppata, nella dottrina come nella giurisprudenza costituzionale, più come "riserva di livello normativo" che come "riserva di organo", pur talora disposta attraverso clausole generali espresse, come nel caso lusitano e francese, al fine di dare maggiore stabilità/certezza al diritto, ripartendo chiaramente la competenza normativa tra parlamento ed esecutivo, al banco di prova della giurisprudenza costituzionale rivela un quadro decisamente incerto.

Particolare rilievo assumono poi altresì strumenti "speciali", come pure li definisce il *Tribunal constitucional* lusitano, diretti alla tutela del nucleo essenziale dei diritti nonché a disciplinare le clausole cd. di eternità.

La certezza oggettiva del diritto come sistema di regole generali, modificabili secondo criteri e procedure prestabilite, volte, in diversi ambiti e modi, a restringere nei limiti del possibile, come sostiene Gianformaggio riprendendo il pensiero di Aarnio, il campo di ciò che può essere rispetto alla singola situazione concreta⁴²² nella decisione della pubblica amministrazione come dei giudici, in modo correttamente verificabile, garantisce così una certa stabilità dell'ordinamento giuridico e prevedibilità dell'azione. L'accezione che va assumendo la certezza giuridica da questo punto di vista, tendendo al più forte legame tra pace, Stato e il suo apparato, è quella di "sicurezza" ben evidente in quegli ordinamenti costituzionali che ricorrono a tale espres-

denzia, anche in considerazione delle fonti subcostituzionali, come la categoria della competenza si presenti come «una espressione polivalente».

⁴²² In tal senso, L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, cit., 277.

sione: in queste ipotesi si configura pertanto, secondo quanto pure emerso, come uno stretto corollario dello Stato di diritto, come è nel caso tedesco ma anche lusitano che pure al modello costituzionale tedesco ha guardato per la stesura della propria carta costituzionale continuandovisi poi ad ispirare anche ai fini della sua lettura giurisprudenziale. Questa visione risulta ben chiara del resto anche al *Bundesverfassungsgericht* che, come visto in quest'ultimo capitolo, eleva la certezza (anche oggettiva), sottesa al principio espressamente costituzionalizzato dello Stato di diritto, a parametro di sindacato di costituzionalità: qui la conciliazione dell'esigenze di «affidabilità»⁴²³ dell'ordinamento e della sua necessaria modificabilità del diritto comporta che quest'ultima, più o meno agevolata, deve avvenire, secondo il principio dello Stato di diritto, vale a dire, lo dice chiaramente il giudice costituzionale tedesco, nel rispetto delle procedure stabilite - procedure, a loro volta, chiaramente definite, consentendo un certo grado di rigidità.

Centrale diviene qua, con evidenza, allora il profilo della «validità» intesa questa come conformità della norma rispetto alle esigenze espresse dalla norma superiore, a prescindere da valutazioni di equità come pure effettuate, ad esempio, nella giurisprudenza costituzionale tedesca, subito dopo la Seconda guerra mondiale, poi in parte modificate nel tempo⁴²⁴, allorché si evocava talora, più o meno espressamente, la formula di *Radbruch*. Quest'idea della delimitazione della validità, come conformità all'ordinamento, risulta ben evidente nelle carte costituzionali lusitana e in parte della Spagna.

Nella Costituzione del Portogallo, più che in quella spagnola caratterizzata per lo più da affermazioni di principio, le disposizioni specifiche sulla «conformità» di atti, come poi interpretate anche dal *Tribunal Constitucional*, evidenziano un costrutto logico-giuridico diretto

⁴²³ BVerfGE 63, 343, cit., punto 64.

⁴²⁴ V., ad esempio, BVerfGE 95, 96, *Mauerschütze*, 24 ottobre 1996, par. 141, laddove si afferma che l'inefficacia di una norma perché ingiusta può tuttavia «acquisire validità giuridica attraverso il suo elemento normativo intrinseco e creare così certezza del diritto». Su questo interessante punto, v. anche S. ARNOLD, M. WAGNER-EGELHAAF, *Begründung und Geltung. Rhetorische Verflechtungen von Recht und Literatur*, in M. WAGNER-EGELHAAF, S. ARNOLD, M. SCHNETTER, G., HEGER (a cura di), *Rhetoriken zwischen Recht und Literatur. Literatur und Recht*, Berlin, 2023, spec. 186.

a garantire la “validità sistemica” per cui gli atti giuridici conformi agli atti che li precedono nella sequenza sono atti da considerare validi e legittimi, dando così particolare rilievo all’ordine gerarchico delle norme e al principio di legalità. In generale nella carta costituzionale lusitana che pure sembra garantire, alla luce della nostra analisi, un buon grado di stabilità (unitamente alla legge fondamentale tedesca e poi spagnola nonché, a seguire, agli altri due testi costituzionali francese e italiano), malgrado si possa in qualche modo rintracciare la concezione sottesa al principio di legalità per cui risulta necessaria la legge per determinati ambiti (nonché nel caso tedesco per le “questioni essenziali”), si pone il problema del *quantum* del contenuto di legge. Insomma, in nessuna carta, laddove non si escludono espressamente gli atti dell’esecutivo, si stabilisce fino a che punto, per evitare l’arbitrio – stante il citato «divieto di arbitrio» espressamente citato all’art. 9 della Cost. spagnola - pur nella tolleranza dell’esercizio discrezionale della funzione legislativa, si debbano “vincolare” gli organi che esercitano un potere pubblico.

Oltre a questi istituti, sono volti ad irrigidire ulteriormente il diritto, sotto il profilo formale-strutturale, rendendo più complesse le sue modifiche e così assicurando un grado di certezza e stabilità maggiore soprattutto nell’ambito dei diritti fondamentali, come visto, strumenti diretti a “rafforzare” la garanzia dei diritti costituzionali.

Con la tutela del nucleo essenziale dei diritti, prevista nel testo costituzionale lusitano, tedesco e anche spagnolo, nel momento in cui si autorizza il legislatore ad organizzare l’esercizio della specifica libertà, si pone un limite alla stessa riserva di legge attraverso la protezione rafforzata di un contenuto essenziale dei diritti fondamentali. Seppure tutelati costituzionalmente al fine di assicurare maggiore stabilità nel loro nucleo essenziale, questi diritti non risultano tuttavia sottratti dal tentativo, avviato soprattutto dalle Corti costituzionali a partire dalla fine degli anni Ottanta, allorché si va rafforzando il progetto di costruzione della comunità europea, di trovare una “graduazione” della loro protezione attraverso la teoria della «proporzionalità». L’approccio interpretativo delle Corti costituzionali, nella maggior parte delle pronunce, a partire da quelle tedesche e a seguire quelle portoghesi e spagnole, non è più quello assolutistico, pure presente in una prima fase, teso a ritenere esistente, in ossequio al dettato costituzionale, una sorta

di “quota fissa”, intoccabile, dei diritti ma propone una visione di disponibilità anche del nucleo essenziale.

Il bilanciamento tra due valori, confliggenti, rendendo possibile una “gerarchia assiologica mobile”⁴²⁵, va tuttavia oltre, nel caso del nucleo essenziale, le stesse disposizioni costituzionali che vorrebbe invece attribuire ai diritti fondamentali «natura inamovibile nella sostanza»⁴²⁶, al contempo disattendendo la sottesa idea di certezza/stabilità come fissità. I diritti anche nel nucleo essenziale non sono più interpretati allora come norme oggettive, posti, per dirla con le parole usate da Böckenförde a proposito della giurisprudenza costituzionale tedesca, da un «ordinamento oggettivo di valori» (*objektive Wertordnung*⁴²⁷) valido, in quanto universali, per tutti gli ambiti del diritto interno, come pure peraltro intesi in una prima fase dell’interpretazione del *Bundesverfassungsgericht*, andandosi ad affermare una lettura dei diritti costituzionali considerati alla stregua di «norme oggettive fondamentali» (*objektivrechtliche wertentscheidende*⁴²⁸), soggette a ponderazione/bilanciamento. Questo se comporta una crisi del dato normativo/costituzionale formale a favore di una decisione soggettiva delle Corti e della loro “valutazione” quanto all’identificazione del contenuto contribuisce, al contempo, al rafforzamento del ruolo dei giudici a discapito della “legge” (anche costituzionale).

L’interpretazione dottrinale e la creatività dell’applicazione del diritto nelle decisioni giudiziali, nel tentativo di mantenere al contempo la coerenza del sistema giuridico, costante delle teorie giuridiche europee contemporanee, emerge chiaramente da questa analisi.

⁴²⁵ Così, a proposito del principio di proporzionalità, R. GUASTINI, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996, 142 ss.

⁴²⁶ Cfr. H. C. NIPPERDEY, *Die Würde des Menschen*, in F. L. NEUMANN, H. C. NIPPERDEY, U. SCHEUNER (a cura di), *Die Grundrechte*, Bd II Berlin 1954, in apt. 50.

⁴²⁷ Così, E. W. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechte Als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, in *Der Staat*, 1990, Vol. 29, No. 1, 4. L’A. si richiama in proposito a una nota sentenza del Tribunale costituzionale federale (BVerfGE 49, 89 dell’8 agosto 1978) laddove, al punto 115, si sosteneva che i diritti fondamentali non sono solo «diritti difensivi soggettivi dell’individuo contro l’autorità pubblica», ma contemporaneamente «decisioni oggettive di valore giuridico della Costituzione che si applicano a tutti i settori dell’ordinamento giuridico e forniscono linee guida per la legislazione, l’amministrazione e la giurisdizione».

⁴²⁸ *Ibidem*.

I criteri che regolano il rapporto tra le fonti e la coerenza tra norme trovano spesso una “ridefinizione”, attraverso un’elaborazione ermeneutica che talora va oltre lo stesso testo costituzionale, nella giustizia costituzionale dei diversi ordinamenti costituzionali esaminati. Questo processo appare evidente anche nel caso delle cd. clausole di eternità introdotte nelle carte costituzionali tedesca e portoghese.

L’idea di fondo qui è che, a fronte della necessità «fisiologica»⁴²⁹ relativa alla modificabilità del testo costituzionale al fine di evitare che questo, nel tempo, diventi insensibile al mutare dei rapporti politici e della coscienza sociale finendo con il restare inattuabile o, peggio ancora, sostanzialmente eroso a vantaggio esclusivo della «costituzione reale» («gli effettivi rapporti di potere in un paese»⁴³⁰), la garanzia di eternità, per alcuni aspetti essenziali, crea invece continuità: ciò è in particolare quando, come sostiene la dottrina tedesca a proposito delle proprie clausole costituzionali vincolanti, «si tratta di affermazioni di contenuto fondamentali che costituiscono identità» della Costituzione⁴³¹. Malgrado queste clausole, tuttavia, tanto il *Tribunal constitutionnel* quanto il *Bundesverfassungsgericht*, attraverso una interpretazione “ricreativa” diretta a restringere la portata delle garanzie di eternità, intendendole come “eccezioni” ovvero come clausole «speciali», finiscono con il non ritenere illegittime le revisioni costituzionali, come pure avvenute, che vanno a “toccare” i contenuti coperti dalla garanzia, salvo che la revisione costituzionale non sia volta a rimuovere «l’ordine costituzionale esistente nella sua sostanza, nelle sue fondamenta»⁴³². In quest’ottica, al fine di evitare interpretazioni arbitrarie del *Grundgesetz* nei singoli casi, e sviluppare invece strutture dogmati-

⁴²⁹ Così, M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Osservatorio delle fonti*, 1/2013, 5.

⁴³⁰ Cfr., F. LASSALLE, *Über Verfassungswesen* in E. BERNSTEIN (a cura di), *Gesammelte Reden und Schriften*, vol. II, Berlin, 1919, 38.

⁴³¹ Così, A. VORKEHLE, *Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung – Die Pflege des verfassungsrechtlichen Quellcodes «durch das Bundesverfassungsgericht*, in C. HILLGRUBER, C. WALDHOFF (a cura di), *60 Jahre Bonner Grundgesetz – eine gelungene Verfassung?*, Bonn, 2010, in part., 100 ss. laddove si osserva che, in quanto portatori di identità, la sezione dei diritti fondamentali e i principi della struttura dello Stato «costituiscono il nucleo indisponibile dell’identità della Costituzione».

⁴³² Ancora, BVerfGE 30, 1, cit., par. 99.

che affidabili, possibile grazie a una giurisprudenza costituzionale consolidata, il Tribunale costituzionale federale tedesco, come sempre ma ancor più in questo caso, si sforza di ricorrere a frequenti autocitazioni e a riferimenti espressi a decisioni precedenti, effettuando pochi cambiamenti espliciti nella propria giurisprudenza⁴³³.

Questa attività creativa appare evidente, infine, anche nel caso dei limiti costituzionali, allorché le giurisprudenze costituzionali, a fronte di testi costituzionali invariati, hanno operato modifiche tacite, al di fuori della procedura costituzionale, come è in particolare nel caso italiano a differenza di quello spagnolo: quest'ultimo, in ossequio al proprio dettato costituzionale, ha sempre ammesso la possibilità di riforma di tutte le sue disposizioni non ritenendo esistenti altri limiti oltre quelli strettamente formali e procedurali⁴³⁴. I limiti materiali toccano d'altronde profondamente il tema della certezza giuridica.

Il problema della "certezza" configurandosi qui come una questione fondamentale finisce con il legittimare, dall'interno dello stesso sistema giuridico, principi/assiomi mediante suoi elementi procedimentali-materiali⁴³⁵. In quest'ottica, la violazione di norme costituzionali che stabiliscono l'immodificabilità di altre norme costituzionali non potrebbe essere considerato più un atto costituzionale ma rientrerebbe in un caso di rottura costituzionale⁴³⁶. Insomma, la condizione affinché

⁴³³ Così, A. VOßKUHL, *Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung*, cit., 102.

⁴³⁴ STC, 12 marzo 2003, n. 48, FJ 7.

⁴³⁵ Si può citare qui, a tal proposito, il Teorema di Gödel laddove l'A. prova l'esistenza di «problemi relativamente semplici della teoria dei numeri interi ordinari che non possono essere derivati dagli assiomi». L'A. denuncia il vizio degli assiomi all'interno di un sistema chiuso, nello specifico caso esaminato di tipo matematico ma valido, come dice lo stesso A., per qualunque altro sistema, utilizzati come metodo di dimostrazione, «senza ricorrere a presupposti concettuali esterni al sistema stesso e ai suoi assiomi». Sulla necessità di trovare una soluzione al problema della "certezza", in particolare alla luce della giurisprudenza costituzionale italiana fondata sul principio di ragionevolezza e sui principi che informano l'ordinamento giuridico qualificati come fondamentali, e la difficoltà di conciliarla con l'idea di un sistema chiuso (secondo il Teorema di Gödel), v. G. RAZZANO, *Principi fondamentali, supremi, essenziali e inviolabili*, in *Dir. Soc.*, 2006, 587 ss.

⁴³⁶ In questi termini, quanto alla Costituzione del Portogallo, J. J. GOMES CANO-TILHO, *Direito Constitucional e Teoria*, cit., 1059. Ma anche M. REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional I – Introdução à Teoria da Constituição*, Braga, 1979, spec. 83.

la revisione costituzionale non si risolve «nel rovesciamento dell'ordine costituzionale»⁴³⁷ è data dal rispetto delle clausole di eternità e, con queste, dei principi fondamentali aventi valore identitario. La questione resta tuttavia, evidentemente, aperta.

Peraltro anche il 'policentrismo' della produzione normativa, della sua interpretazione ed applicazione, come pure visto soprattutto nel Capitolo Secondo, unitamente al «politeismo degli interessi»⁴³⁸ in ambito sociale, può mettere profondamente in crisi la certezza del diritto. Malgrado la molteplicità delle fonti normative, che peraltro si susseguono rapidamente, quantitativamente e qualitativamente complesse, disposizioni normative eccezionali e transitorie nonché, sotto il profilo qualitativo, altamente tecniche (come sono nel caso delle disposizioni fiscali oppure ambientali) quando non soggette al fenomeno di "scadimento"⁴³⁹ e "degrado", il quadro che sembra emergere dalla nostra analisi non sembra tuttavia a tinte così fosche.

Dalla lettura delle carte costituzionali e delle pronunce giurisprudenziali, per quanto spesso restrittive, se non ricreative, del dato formale/costituzionale, appare evidente, in ogni caso, come il principio della certezza del diritto, inteso soprattutto nell'accezione oggettiva, non sia solo un principio generale, meramente «formalistico»⁴⁴⁰ quanto piuttosto «organizzativo»⁴⁴¹ "del" sistema (e non solo "nel" sistema): questo è percepito come un istituto che, attraverso diversi criteri e parametri, è rivolto, in maniera più o meno diretta, agli organi pubblici chiamati, dall'ordinamento costituzionale, a produrre ed applicare le norme "regolari" a beneficio dei destinatari delle stesse norme e delle legittime aspettative, fondamento del sistema tedesco, invocato spesso dalla giurisprudenza come vero e proprio limite anche al potere legislativo.

⁴³⁷ Cfr. M. LUCIANI, *Dottrina*, 5.

⁴³⁸ Così, G. PALOMBELLA, *Dopo la Certezza – Il Diritto in Equilibrio tra Giustizia e Democrazia*, Bari, 2006, 11.

⁴³⁹ Così, F. CARNELUTTI, *La certezza del Diritto*, cit., 82.

⁴⁴⁰ Cfr. I. LIFANTE VIDAL, *Seguridad jurídica y previsibilidad*, in *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 36, 2013, 85.

⁴⁴¹ Così, G. PECES-BARBA, *Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española*, in AA. VV., *Funciones y fines del Derecho. Estudios en Honor del Profesor Mariano Hurtado Bautista*, Universidad de Murcia, 1992, 255.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, A. Bernardi (a cura di), Napoli, 2017.

AARNIO A., *The Rational as Reasonable: A treatise on legal justification*, Boston 1987.

ABBIATE T., *L'Acórdão 187/2013: la punta di un iceberg per la giurisprudenza costituzionale europea sulla crisi?* in *DirittiComparati*, 2013.

ABEND T., *Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit*, Göttingen, 2019.

ADINOLFI A., *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Dir. com. e degli sc. intern.*, n. 1/2008.

ALÁEZ B., *La CE de 1978: ¿ruptura o reforma constitucional?* in *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario*, 9, 1997.

ALBERTI A., *Preminenza e riserve di legge nel sistema costituzionale delle fonti*, Jovene, Napoli, 2023, 47.

ALEXY R., *Teoría de los derechos fundamentales* (1986), Madrid, 1993.

ALLORIO E., *Certezza del diritto dell'economia*, in *Riv. dir. econ.*, 1956.

ALVES C., *Sobre o possível efeito directo das directivas comunitárias*, in *Revista de Direito e Economia*, n. 9, 1983.

AMARAL M. L., *A Forma da República*, Coimbra, 2012.

AMARAL M. L., *O modelo português de justiça constitucional. Análise crítica*, in *An. Iberoamericano Just. Const.*, 2007.

ANTUNES A. P., *Breves notas ao acórdão do Tribunal constitucional nº 187/2013 quanto à contribuição extraordinária de solidariedade*, in *e-Pública*, 2014.

ANZILOTTI D., *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905, ora in ID., *Opere. Scritti di diritto internazionale pubblico*, I, Padova, 1956.

ANZON A., *La Corte costituzionale è ferma sui "controlimiti", ma rovescia sulla Corte europea di Giustizia l'onere di farne applicazione bilanciando esigenze europee e istanze identitarie degli Stati membri*, in *OsservatorioAIC*, 2017.

ARCOS RAMÍREZ F., *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Madrid, 2000.

ARNAULD A., *Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts*, Tübingen, 2006.

ARNOLD S., WAGNER-EGELHAAF M., *Begründung und Geltung. Rhetorische Verflechtungen von Recht und Literatur*, In: M. Wagner-Egelhaaf, S. Arnold, M. Schnetter, G., Heger (a cura di), *Rhetoriken zwischen Recht und Literatur. Literatur und Recht*, Berlin, 2023.

ARRIGHI DE CASANOVA J., *Quel avenir pour la jurisprudence Kimberly Clark?* in *Nouv. Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015.

ARZOZ X., *Avoiding the rain or learning to dance in it: the hesitations of the Spanish Constitutional Court*, Preprints series, n. 1/2023, Center for European Studies Luis Ortega Álvarez and Jean Monnet Chair of European Administrative Law in Global Perspective, in *blog.uclm.es*.

ASCARELLI T., *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in Id., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955.

ASCARELLI T., *Introduzione. Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica*, in *Th. Hobbes, A dialogue between a philosopher and a student of the Common Law of England / Leibniz, G.W., Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum – De casibus perplexis – Doctrina conditionum – De legum interpretatione*, 1960, Milano.

ASCARELLI T., *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in Id., *Studi di diritto comparato e in tema d'interpretazione*, Milano, 1952.

ATIENZA M., *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1985.

ATIENZA M., RUIZ MANERO J., *Sobre principios y reglas*, in *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 1991.

ATIENZA M., *Seguridad jurídica y formación judicial*, in C. Cruz Moratones, C. Fernández Blanco y J. Ferrer Beltrán (a cura di), *Seguridad jurídica y democracia en Iberoamérica*, Madrid, 2015.

ÁVILA H., *Teoría de la seguridad jurídica*, Madrid, 2012.

AZPITARTE SÁNCHEZ M., *El Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución nacional: su relación con el Tribunal de Justicia*, in AM Carmona Contreras (a cura di), *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, Aranzadi, 2008.

BACHOF O., *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?* in *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, 1951, 163 come richiamato da S. UNGER, *Das Verfassungsprinzip der Demokratie*, Mohr Siebeck, 2008.

BALAGUER CALLEJÓN F., *A relação dialética entre identidade constitucional nacional e europeia, no quadro do Direito Constitucional Europeu*, in A.

Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2017.

BALAGUER CALLEJÓN F., *Capacidad creativa y límites del legislador en relación a los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos*, in M. Á. Aparicio (a cura di), *Derechos Constitucionales y formas políticas. Actas del congreso sobre derechos constitucionales y estado autonómico*, Estudios constitucionales y políticos, Barcelona, 2001.

BALAGUER CALLEJÓN M.L., *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, 1997.

BALDUZZI R. - SORRENTINO F., *Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989.

BAÑO LEÓN J.M., *El Tribunal Constitucional, juez comunitario: amparo frente al no planteamiento de cuestión prejudicial (STC 58/2004)*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004.

BAQUERO CRUZ J, *Cooperación, competencia, deferencia: la interacción entre el Tribunal de Justicia y los tribunales constitucionales en el ámbito de los derechos fundamentales*, in B. Pérez JM (a cura di), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Tomo II, Aranzadi, 2009.

BARANGER D., *Comprendre le bloc de constitutionnalité*, in *La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit, Jus Politicum*, 2019.

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

BARBERA A., *Relazione del Presidente della Corte costituzionale*, in *cortecostituzionale.it*.

BARBERA A., *Voce Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, Anali VIII, 2015.

BARCELLONA P. (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, I, *Scienza giuridica e analisi marxista*; II, *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Roma-Bari, Laterza, 1973.

BARILE P., *Atto di governo (e atto politico)*, in *Enc. dir.*, 1959.

BARILE P., *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. Cost.*, 1973.

BARILE P., *La revisione della Costituzione*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Firenze, 1950.

BARTOLE S., *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e costituzione vivente*, in *Rivista AIC*, 1, 2019.

BARTOLE S., *La Corte pensa alle riforme istituzionali?* in *Giur. cost.*, I, 1988.

BASSINI M., POLLICINO O., *Defusing the Taricco bomb through fostering constitutional tolerance: all roads lead to Rome*, in *VerfBlog*, 2017.

BEAUD O., *La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht*, in *RFDA*, 1993.

BEAUD O., *Les mutations de la Ve République, ou comment se modifie une constitution écrite*, in *Pouvoirs*, 2001.

BEAUD O., *Maastricht et la théorie constitutionnelle. La nécessaire et inévitable distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision constitutionnelle*, in *Les Petites Affiches*, 1993.

BEAUD O., *Un plaidoyer modéré en faveur d'un tel contrôle*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 27, janvier 2010.

BELLETTI M., *Il sistema di giustizia costituzionale portoghese*, in L. Mezzetti (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009.

BENARDI A., *La Corte costituzionale sul caso Taricco: tra dialogo cooperativo e controlimiti*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2017.

BENVENUTI F., *Caso e incertezza del diritto*, in *Scritti Giannini*, II, Milano, 1988.

BERGEL M., *Théorie générale du droit*, 5 e éd, *Méthodes du droit*, Paris, 2012.

BERGER V., *Les Cours constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Nouv. Cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 32, 2011.

BERMEJO VERA J., *El declive de la seguridad jurídica en el Ordenamiento Plural*, Madrid, 2005.

BERNARDI A., CUPELLI C. (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017.

BERTEA S., *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Catanzaro, 2002.

BIN R., *Critica della teoria delle fonti*, Milano, 2021.

BINDI E., *L'insegnamento delle conferenze messicane: il giudice quale motore di trasformazione sociale*, in *Dem. e dir. soc.*, 1, 2024.

BOBBIO N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994.

BOBBIO N., *Governo degli uomini o governo delle leggi*, in *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984.

BOBBIO N., *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996.

BOBBIO N., *La certezza del diritto è un mito?* in *Riv. int. fil. dir.*, 1951.

BOBBIO N., *Legalità* (voce), in N. Bobbio, N. Matteucci e G. Pasquino, *Dizionario di politica*, Torino, 1983.

BOBBIO N., *Legge naturale e legge civile nella filosofia politica di Hobbes*, in AA.VV., *Studi in memoria di Gioele Solari*, Torino, 1954.

BOBBIO N., *Ritratti critici di contemporanei*, Tullio Ascarelli (continuazione e fine dal precedente fascicolo), in *Belfagor*, n. 5, 1964.

BOCK K., ENGELER M., *Die verfassungsrechtliche Wesensgehaltsgarantie als absolute Schranke im*, in *DVBl*, 2016.

BÖCKENFÖRDE E. W., Grawert R., *Sonder- verordnungen zur Regelung besonderer Gewaltverhältnisse*, in *AöR Bd.*, 95, 1970.

BÖCKENFÖRDE E. W., *Grundrechte Als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik*, in *Der Staat*, 1990, Vol. 29, No. 1.

BODENHEIMER E., *Jurisprudence*, Cambridge, 1978.

BONNET B., ROBLLOT-TROIZIER A., *Repenser le bloc de constitutionnalité sous l'effet des rapports entre ordres juridiques: pour une redéfinition des sources de la constitutionnalité*, in *Les rapports entre ordres juridiques*, dir. B. Bonnet, LGDJ, 2016.

BONNET J., *Le Juge ordinaire français et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Analyse critique d'un refus*, Paris, 2009.

BÖSE M., *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona e il suo significato per la europeizzazione del diritto penale*, in *Criminalia*, 2009.

BOUCHARD C., FUMENIER P., *De la question préjudicielle de constitutionnalité: vers une société de confiance*, in *Revue de droit fiscal*, 2008.

BOUCHER J., *L'incompétence négative du législateur*, in *RFDA*, 2010.

BOUKEMA H. J. M., *Legal Realism and Legal Certainty*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, No. 4, 1980.

BOULOUIS V. J., *Quelques observations à propos de la sécurité juridique*, in *Mélanges Pescatore*, 1987.

BRANCHET B., *La révision de la Constitution sous la Ve République*, Paris, L.G.D.J., 1994.

BRENNER M., *Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union*, Tübingen, 1996.

BRISSON J.F., *Le contrôle de légalité dans la loi du 13 août 2004 A la recherche des illusions perdues*, in *AJDA*, 2005.

BRYDE B.O., *Art. 79*, in I. Von Münch - P. Kunig (a cura di), *Grundgesetz-Kommentar*, München, 1992.

BURDEAU G., *Droit constitutionnel*, in F. Hamon, M. Troper (a cura di), Paris, L.G.D.J., 1988.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ F., *Federación y reforma*, Valencia, 2020.

CALAMANDREI P., *Appunti sul concetto di legalità*, ora in *Opere Giuridiche*, Vol. III, *Diritto e processo costituzionale*, Roma, 2019.

CALAMANDREI P., *Il Giudice e lo storico*, in *Riv. di dir. proc. civ.*, XVII-XVIII, Padova, 1939.

CALAMANDREI P., *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità* (1921), in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, a c. di M. Cappelletti, vol. III, Napoli 1968.

CALAMANDREI P., *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, Milano, 1942.

CALAMANDREI P., *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955.

CALAMANDREI P., *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965.

CALAMANDREI P., *Non c'è libertà senza legalità*, Roma – Bari, 2013.

CALLIESS C., *Constitutional identity in Germany: one of three or three in one?* in C. Calliess, G. van der Schyff (a cura di), *Constitutional identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge, 2020.

CALVANO R., *La Corte costituzionale e i "Controlimiti" 2.0*, in *Federalismi.it*, n. 1, 2016.

CALVO GONZÁLEZ J., *Certeza jurídica y ignorancia del derecho*, in *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2007.

CAMBY, J. P., *Supra-constitutionalité: la fin d'un mythe*, in *Revue du droit public*, 119(3), 2003.

CAMERLENQO Q., *Nel silenzio della Costituzione*, in *Diritto e Società*, 2, 2014.

CANALE G., *Riserva di legge e atti con forza di legge: prime riflessioni*, in AAVV, *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, 2015.

CANAS V., *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformar e no Controlo de Atos Legislativos*, Coimbra, 2017.

CANNIZZARO E., BARTOLONI M. E., *Continuità, discontinuità e catastrofismo. Sulle reazioni della dottrina al Lissabon- Urteil*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010.

CANOTILHO J. J. G., *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, 2008.

CANOTILHO J., MOREIRA V., *CRP. Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 2007.

CANOTILHO M. R., *El sistema constitucional de Portugal*, in *ReDCE*, 2010.

CANOTILHO M., *Os Tribunais Constitucionais Enquanto Atores Do Constitucionalismo Europeu*, 2023, in *cuatrilateral.tribunalconstitucional.es*.

CAPOGRASSI G., *Il dibattito sulla certezza. Considerazioni conclusive*, nella riedizione dell'opera di F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, Milano, 1968.

CAPPELLETTI M., *Giudici legislatori?*, Milano, 1984.

CAPPELLETTI M., *Judicial Review in Comparative Perspective*, in *Calif. L. Rev.*, 58, 1970.

CARBONNIER J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10 ed., France, 2001.

CARDOSO COSTA J. M. M., *A Hierarquia das Normas Constitucionais e a sua Função na Protecção dos Direitos Fundamentais*, Lisboa, 1990.

CARDOSO DA COSTA J.M., *O Tribunal Constitucional português e o Tribunal de Justiça das Comunidades europeias*, in *AAVV, Ab Uno Ad Omnes, 75 anos da Coimbra Editora, 1920-1995*, Coimbra, 1998.

CARETTI P., *Il limite degli obblighi internazionali e comunitari per la legge dello Stato e delle regioni*, in *Stato, Regioni ed enti locali*, 2003.

CARLASSARE L., *Fonti del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, *Annali II*, Milano, 2008.

CARLASSARE L., *Legge (riserva di)*, in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990.

CARLASSARE L., *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1996.

CARLASSARE L., *voce Legalità*, in *Enc. giur.*, 1991.

CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, III ed., 1951.

CARNELUTTI F., *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1943.

CARPENTIER M., *Pour de nouveaux modèles de justice constitutionnelle*, in *RIDC*, 2016.

CARRASCO PERERA A., *El "juicio de razonabilidad" en la justicia constitucional*, in *Rev. esp. der. const.*, n.11, 1984.

CARTABIA M., *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997.

CARTABIA M., *Le sentenze gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2008.

CARTABIA M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995.

CARUSO C., *Granital reloaded o di una «precisazione» nel solco della continuità*, in AA.VV., *Granital revisited. L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, C. Caruso, F. Medico, A. Morrone (a cura di), in *Annali di Diritto costituzionale*, Bologna 2020.

CASSARD-VALEMBOS A. L., *L'exigence de sécurité juridique et l'ordre juridique français: «je t'aime, moi non-plus...»*, in *Conseil constitutionnel*, 2, 2020.

CASSESE A., *Annotazione agli artt. 80 e 87, n. 8, volumi II e III del Commentario alla Costituzione del Curato di Giuseppe Branca*, Bologna-Roma, 1979.

CASSESE S., *Fine della solitudine delle corti costituzionali, ovvero il dilemma del porcospino*, in *Ars Interpretandi*, n. 1, 2015.

CASTILLO BLANCO F. A., *El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho*, in *Documentación Administrativa*, 2002.

CATALANO S., *Il primo rinvio pregiudiziale del Conseil constitutionnel alla Corte di giustizia dell'Unione europea: contesto e ragioni di una decisione non rivoluzionaria*, in *Oss. costituzionale*, 2013.

CERVATI A. A., *A proposito di «regolamenti delegati», «regolamenti autorizzati» e delegificazione, in un'attribuzione di potestà normativa all'esecutivo che suscita molti interrogativi*, in *Giur. cost.*, 1995.

CHAMUSSY D., *La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel*, in *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2013, 37 ss.

CHELI E., *Diritto, processo e giustizia nel pensiero di Piero Calamandrei*, in *Dem. dir. soc.*, 1, 2024.

CHENAL R., *Il principio di legalità e la centralità dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Fattore tempo e diritti fondamentali. Corte di cassazione e CEDU a confronto*, Roma, 2017.

CHESSA O., *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in *Dir. pubbl.*, 2004.

CHESSA O., *Meglio tardi che mai La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, in *forumcostituzionale*, 2016.

CIAFARDONI A., *Certezza del diritto e tutela dell'affidamento nell'ordinamento tedesco*, in *DPCE*, 2023.

COCCO G., *Il "primato" della riserva di legge parlamentare in materia penale affermato da Corte cost. n. 115/2018 e il diritto eurounitario*, 2019.

COCCO G., *Riserva di legge e controllo di costituzionalità. Breve rassegna della giurisprudenza costituzionale*, in *Resp. civ. e previdenza*, 2023.

CONDORELLI L., *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?* in *Dir. um. e dir. intern.*, 2008.

CONTI R., *Cedu e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la corte di strasburgo?* In *federalismi.it* n. 6, 2010.

CONTI R., *La Cassazione dopo Corte cost. n. 269/2017. Qualche riflessione, a seconda lettura*, in *Forum di Quad. cost.*, 28 dicembre 2017.

CORSALE M., *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, 1979.

CORSALE M., *Certezza del diritto. Profili teorici*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988.

CORSALE M., *Il problema della certezza del diritto in Italia dopo il 1950*, in (F. López De Oñate), Milano, 1968.

COSSUTTA M., *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulle declinazioni dell'interpretazione giuridica: a partire dall'uso alternativo del diritto*, Trieste, 2011.

COSTA P., *La certezza del diritto fra fascismo e repubblica: a proposito di Flavio Lopez de Oñate*, *Specula Iuris*, 2023.

COSTA PINTO A., PEQUITO TEIXEIRA C. (a cura di), *Political Institutions and Democracy in Portugal. Assessing the Impact of the Eurocrisis*, Switzerland, 2019.

CREMER W., *Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG und Parlamentsvorbehalt. Dogmatische Unstimmigkeiten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in *AöR*, 1997, Vol. 122, 1997.

CRISAFULLI V., *I principi costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, I, Padova, 1940.

CRISAFULLI V., *Lezioni di diritto costituzionale. II. L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative*, Torino, 1984.

CRISAFULLI V., *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. cost.*, 1962.

CRISAFULLI V., *voce Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968.

CRUZ VILLALÓN P., *De la persistencia de un viejo dictum: la STC 89/2022, en contexto*, in Fromage D (a cura di), *Jacques Ziller a European scholar*, Florence, 2022.

CRUZ VILLALÓN P., *El dilema de la jurisdicción constitucional de amparo ante la irrupción de la Carta de Derechos Fundamentales*, in *Anales de Derecho*, 2023.

CUPELLI C., *Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir. pen. contemp.*, 2017.

CUPELLI C., *Il caso Taricco e l'ordinanza 24 del 2017: prove di dialogo a senso unico*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2018.

CUPELLI C., *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla corte di giustizia*, in *Dir. pen. contemp.*, 2017.

CUPELLI C., *La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo 'certo'*, in *Dir. pen. contemp.*, 2017.

D'AMICO M., *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, p. 3 ss.

D'ATENA A., *Le lezioni sulla riserva di legge del giovane Sorrentino*, in *Diritto e Società*, 4/2021.

DAMIANI P., *La certezza del diritto come parametro nei giudizi di costituzionalità. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, in *Giur. cost.*, 3, 1999.

DANI M., *Giurisdizione e ruolo delle corti costituzionali nel processo di integrazione europea: un'introduzione*, in *DPCE*, 3, 2019.

DE BUJANDA S., *Reflexiones sobre un sistema de Derecho tributario español*, in *Hacienda y Derecho*, III, Madrid, 1963.

DE CRISTOFARO E., *La certezza del diritto nello Stato fascista*, in *Specula Iuris*, 2, 2022.

DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE E. G., *Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución*, in M. del Carmen Iglesias Cano –L. Díez del Corral (a cura di), *Historia y pensamiento: homenaje a Luis Díez del Corral*, Madrid, 1, 1987.

DE FÁTIMA PACHECO M., *Revisitar a primazia do Direito da União Europeia no quadro das relações entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e os Tribunais Constitucionais - algumas considerações sobre o acórdão n.º 422/2020 do Tribunal Constitucional Português*, in *JusGov Research*, 2023.

DE FRANCO R. G., *Riserva di legge*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1969.

DE JULIOS-CAMPUZANO A., *El Horizonte constitucional. Ciencia jurídica, Derechos humanos y constitucionalismo cosmopolita*, Madrid, 2014.

DE MELO ALEXANDRINO J., *Lições de Direito Constitucional*, Vol. I, 3ª edição, Lisboa, 2017.

DE VEGA P., *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, 1985.

DE VELASCO D., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1985.

DELMAS-MARTY M., *Towards a Truly Common Law: Europe as a Laboratory for Legal Pluralism*, Cambridge, 2002.

DEMURRO G., *Le delegificazioni: modelli e casi*, Torino, 1995.

DEROSIER P., *Les limites constitutionnelles à l'intégration européenne: étude comparée: Allemagne, France, Italie*, Paris, 2015.

DETERBECK S., *Öffentliches Recht. Staatsrecht, Verwaltungsrecht, Verwaltungsverfahren und Europarecht mit Übungsfällen*, München, 2022.

DI GIOVINE A., *Introduzione alla riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969.

DI GIOVINE A., *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969.

DÍAZ E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, 1977.

DOGLIANI M., *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. pubbl.* n. 1/2008.

DOGLIANI M., *La sindacabilità delle leggi costituzionali, ovvero la 'sdrammatizzazione' del diritto costituzionale*, in *Le Regioni*, 1990, n. 3.

DOMINICÉ C., VOEFFRAY F., *L'application du droit international général dans l'ordre juridique interne*, in P. M. Eisemann (a cura di), *The integration of international and European Community law into the national legal order*, London, 1996.

DONAIRE VILLA F. J., *Supremacía de la Constitución versus primacía del derecho de la UE en materia derechos fundamentales: concordancias y discordancias entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la UE en el asunto Melloni*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 2017.

DONATI F., *La sentenza del Bundesverfassungsgericht del 5 maggio 2020 sul PSPP: quale impatto sul processo di integrazione europea?* in *Eurojus*, 2020.

DONATI F., *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1995.

DORADO FRÍAS F., *La autorización parlamentaria de la conclusión de los tratados internacionales*, in *Revista de las Cortes Generale*, 1997.

DREIER H., *Die Radbruchsche Formel. Erkenntnis oder Bekenntnis*, in H. Mayer (éd.), *Staatsrecht in Theorie und Praxis*, Vienne, 1991.

DREIER H., *Grundgesetz-Kommentar*, Verlag München, 2013.

DREIER R., *Konstitutionalismus und Legalismus Zwei Arten juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat*, in A. Kaufmann (a cura di), *Rechtsstaat und enschenwürde*, Frankfurt am Main, 1988.

DUARTE M. L., *A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados membros*, Lisboa, 1997.

DUARTE M. L., *União Europeia e direitos fundamentais: no espaço da internormatividade*, Lisboa, AAFDL, 2006.

DUTHEILLET DE LAMOTHE O., *L'influence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le conseil constitutionnel*, in *Nouv. Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011.

DUTHEILLET DE LAMOTHE O., *La Convention européenne et le Conseil constitutionnel*, in *RIDC*, 2008.

EISENMANN C., *Ecrits de droit administratif*, Paris, 2013.

EISENMANN C., *Le droit administratif et le principe de légalité*, in *Conseil d'État, Études et documents*, 11, Parigi, 1957.

ESTEVE S., *La posición del Tribunal Constitucional español relativa a la posible contradicción entre el Derecho constitucional interno y el Derecho europeo*, in *Criterio Jurídico*, vol. 9, núm. 1, 2009.

ESTEVES PINTO M. A., *Liberdade de Expressão nas Redes Sociais e a Sua Influência no Contrato de Trabalho*, Coimbra, 2020.

FABBRINI F., *The European Court of Justice, the European Central Bank, and the Supremacy of EU Law*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1, 2016.

FALLA G., *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985.

FARAGUNA P., *Il "sospettoso" cammino europeo del Bundesverfassungsgericht da Solange a Gauweiler*, in *La cittadinanza europea*, 2016.

FARAGUNA P., *Taking Constitutional Identities Away from the Courts*, in *Journal of International Law*, 2016.

FASSBENDER B., *Heinrich Triepel und die Anfänge der dualistischen Sicht von «Völkerrecht und Landesrecht» im späten 19. Jahrhundert*, in L. Gschwend (a cura di), *Recht im digitalen Zeitalter. Festgabe Schweizerischer Juristentag*, Gallen, 2015.

FAVOREAU L., *Préface* al volume di Trémeau, J., *La réserve de loi*, Paris, 1997.

FAVOREU L., *Bloc de constitutionnalité*, in O. Duhamel, Y. Meny (a cura di), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, 1992.

FAVOREU L., *Commentaire sous la décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, «Maastricht II»*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1992.

FAVOREU L., *Le domaine de la Loi et du Règlement*, Paris, 1981.

FAVOREU L., *Légalité et constitutionnalité*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 3, 1997.

FAVOREU L., *Souveraineté et supra-constitutionnalité*, in *Pouvoirs*, 67, 1993.

FELDKAMP M. F., *Der Parlamentarische Rat 1948-1949. Akten und Protokolle*, Oldenbourg, Berlin, 2009.

FERNÁNDEZ SEGADO F., *La reforma del régimen legales-procesal del recurso de amparo*, Madrid, 2008.

FERRAJOLI L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007.

FERRARO F., *La Consulta si affida al “tono costituzionale” per estendere il suo controllo (anche) sulle norme dell’Unione provviste di effetto diretto*, in *EJ*, n. 4, 2024.

FERRERES COMELLA V., *La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea*, in AA.VV., *Constitución española y Constitución europea*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 2005.

FIX-ZAMUDIO H., FERRER MAC-GREGOR E. (a cura di), *El derecho de amparo en el mundo*, Messico, 2006.

FIX-ZAMUDIO H., *voce Amparo*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988.

FOIS S., *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.* XXIII, 1973.

FRANK J., *Law and the Modern Mind*, 1930, London, 1949.

FREITAS DO AMARAL D., CAUPERS J., MARTINS CLARO J., RAPOSO J., *Código do Procedimento Administrativo Anotado*, Coimbra, 2007.

FREITAS ROCHA J., *Direito pós-moderno, patologias normativas e proteção da confiança*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2010.

FROMONT M., *Le principe de sécurité juridique*, in *A.J.D.A.*, 1996.

FULLER L. L., *The Morality of Law*, 2nd edn., New Haven, 1969.

GALIZIA M., *Esperienza giuridica libertà costituzione. Ricordi di Giuseppe Capograssi, maestro di diritto e di cattolicesimo liberale*, in *Il politico*, 2003.

GALVÃO TELES M., *A competência da competência do Tribunal Constitucional*, in AA.VV., *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, Coimbra, 1995.

GARCÍA MACHO R., *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ed. Ariel, Barcelona, 1988.

GARCÍA-ATANCE M. V., *La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad*, in *Rev. Der. Pol.*, 1992.

GARRIDO FALLA F., *Artículo 9*, in F. Garrido Falla [et al.] (a cura di), *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed. – Madrid, 2001.

GARRORENA MORALES Á., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Murcia, 1980.

GATTI A., TARCHI R., *Il potere normativo del governo federale nell'ordinamento costituzionale della Germania*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2018.

GENTILE F., *Equivoci e paradossi della giustizia politicizzata*, in *Intelligenza politica e ragione di stato*, Milano, 1983.

GIANFORMAGGIO L., *Certezza del diritto*, in *Digesto – Discipline privatistiche*, Torino, 1988.

GOMES CANOTILHO J. J., *Direito Constitucional e Teoria*, cit., 1059. Ma anche M. REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional I – Introdução à Teoria da Constituição*, Braga, 1979.

GOMES CANOTILHO J. J., MOREIRA V., *Constituição da República Portuguesa Anotada. Artigos 108º a 296º*, vol. II, 2014.

GOMES CANOTILHO J. J., MOREIRA V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993.

GOMES CANOTILHO J. J., *Direito Constitucional*, 1993.

GOMES CANOTILHO J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1998.

GOMETZ G., *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005.

GONÇALVES PEREIRA A., QUADROS F., *Manual de direito internacional público*, Coimbra, 1993.

GONZÁLEZ GARCÍA I., *La indivisibilidad de la nación: límite expreso a la reforma de la Constitución española de 1978*, Valencia, 2023.

GONZÁLEZ GARCÍA I., *Una revisión de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la relación entre los artículos 2 y 168.1 CE, a la luz de sus trabajos parlamentarios*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2024.

GÖZLER K., *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, 1997.

GRABENWARTER C., *National Constitutional Law Relating to the European Union*, in A. von Bogdandy and J. Bast (a cura di), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford, 2009.

Grasso P. G., *Potere costituente* (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, 1966.

GRECH F., *Le principe de sécurité juridique dans l'ordre constitutionnel français*, in *RFDC*, 2, 2015.

GROPPI T., *Commento all'articolo 138*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

GROPPI T., *La Corte costituzionale e la storia profetica. Considerazioni a margine della sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale italiana*, in *Giurcost.it*, Studi, 2015/I.

GROPPI T., *La primauté del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato in le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 2006.

GROSSER A., *The Federal Constitutional Court's Lisbon Case: Germany's "Sonderweg". An Outsider's Perspective*, in *German Law Journal*, 2009.

GROSSI P., *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, 2018.

GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001.

GROSSI P., *Oltre la legalità*, Bari, 2020.

GROSSI P., *Sulla odierna «incertezza» del diritto*, in Id., *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015.

GRZESZICK B., *Art. 20 GG*, in T. Maunz, G. Düring (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, München, 2018.

GUASTINI R., *Antinomie e sistemazione del diritto*, in M. Bessone (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale*, I, *Regole, metodi, modelli*, Torino, 1999.

GUASTINI R., *Dalle fonti alle norme*, 2 ed., Torino, 1992.

GUASTINI R., *Diritto, filosofia e teoria generale del (voce)*, in *Enc. Scienze sociali*, Roma, 1993, III.

GUASTINI R., *La certezza del diritto come principio di diritto positivo? in Le Regioni*, 1986.

GUASTINI R., *Le fonti del diritto: fondamenti teorici*, Giuffrè, 2010.

GUASTINI R., *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Quarta edizione, 1994.

GUASTINI R., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino, 1996.

GUASTINI R., *Specificità dell'interpretazione costituzionale?* in *Analisi e diritto* 1996. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1996.

GUERRA MARTINS A.M., PRATA ROQUE M., *A tutela multinível dos direitos fundamentais*, relazione portoghese alla XVI Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali spagnola, italiana e portoghese, 2014, 43 ss. in *tribunal-constitucional.pt*.

GUERRINI M., *Identité constitutionnelle et conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale*, in *RFDC*, 2023.

HÄBERLE P., *Der Kooperative Verfassungsstaat*, in *Die Verfassung des Pluralismus*, Königstein/Ts., 1980.

HÄBERLE P., *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, Heidelberg 1983.

HÄBERLE P., *Verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln als verfassungsstaatliche Identitätsgarantien*, in Y. Hangartner, S. Trechsel (a cura di), *Völkerrecht im Dienste des Menschen, Festschrift für Hans Haug*, Berlin, 1986.

HAMON L., *La souveraineté nationale, la Constitution... et les négociations 'européennes' en cours*, Sirey, 1991, 43e Cahier.

HART H. L. A., *Il concetto di diritto*, trad. di M. Cattaneo, Torino, 1965.

HART H. L. A., *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale* (1958), tr.it. in ID., *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964.

HART H. L. A., *Self-referring Laws*, in H. L. A. Hart (a cura di), *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford University Press, New York, 1983.

HERBERT H., *Zur »Wesendlichkeitstheorie« des Bundesverfassungsgerichts Einige Anmerkungen zum Parlamentsvorbehalt*, in *Deutsches Verwaltungssblatt*, 1987.

HETTICHE J., *Die Beteiligung der Legislative bei Vorbehalten zu und Kündigung von völkerrechtlichen Verträgen*, *Jus Internationale et Europaeum* Bd. 140, Tübingen, 2018.

HOBBS T., *Leviatano*, trad. it., *Leviathan* (1651), Firenze, 1987.

HOCHMANN T., *Motivation et justice constitutionnelle: le modèle allemande*, in *Nouv. Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017.

HOFFMANN- RIEM W., *Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch*, in *AöR*, 2005.

HOFMANN R., *Zur Bedeutung von Art. 25 GG für die Praxis deutscher Behörden*, in W. Fürst, R. Herzog, D.C. Umbach (a cura di), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Baden-Baden, 1987.

HOLMES Jr. O. W., *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review*, 1897.

HOLOUBEK M., *Verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz - allgemeine und rechtsvergleichende Überlegungen für Deutschland, die Schweiz und Österreich*, in M. Holoubek, M. Lang (a cura di), *Vertrauensschutz im Abgabenrecht*, Linde, 2004.

IMMORDINO M., *Il principio di certezza del diritto nei rapporti tra Amministrazione e cittadini*, Torino, 2003.

IMPARATO E. A., *L'eccezione nella regola. La sopravvivenza delle prerogative tra ordine pubblico e sicurezza nella transizione intra-costituzionale contemporanea*, Napoli, 2019.

IPSEN H.P., *Europaeisches Gemeinschaftsrecht*, Tuebingen, 1972.

IRTI N., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014.

IRTI N., *L'età della decodificazione*, Milano, 1989.

IRTI N., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005.

IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

JEMOLO A.C., *Attività intellettuale e vita morale*, in «*Archivio di filosofia*», XIV, 1945.

JESTAEDT M., *Phänomen Bundesverfassungsgericht: Was das Gericht zu dem macht, was es ist*, in M. Jestaedt et al., *Das entgrenzte Gericht*, Berlino, 2011.

JOÃO ESTORNINHO M., *A fuga para o direito privado*, Coimbra, 1999.

JOUANJAN O., *Modèles et représentations de la justice constitutionnelle en France: un bilan critique*, in *Jus Pol.*, n° 2, 2009.

KANTOROWICZ H.U., *La lotta per la scienza del diritto*, (Lettura di F. Roselli), Ristampa, Milano, 1988.

KANTOROWICZ H.U., *The definition of law*, Cambridge, 1959.

KARPEN U., *Demokratie und parlamentarische Kontrolle der Entscheidungen im Europäischen Stabilitäts-Mechanismus und Fiskalpakt* in *Zeitschrift für Parlamentsfragen*, n. 3, 2013.

KELSEN H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), riedizione, Torino, 2000.

KEMPEN B., *Artikel 59*, in H. Mangoldt, F. Klein, C. Starck (a cura di), *Kommentar zum Grundgesetz*, München, vol. 2, 2010.

KIRCHHOF P., *Gegenwartsfragen an das Grundgesetz*, in JZ, 1989.

KLOEPFER M., *Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel*, in JZ, 1984.

KREBS W., *Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes*, in *Jura* 1979.

KUHLEN L., *Das Gesetzlichkeitsprinzip in der deutschen Praxis*, in E. Hilgendorf, G. Liang (a cura di), *Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht. Ein deutschchinesischer Vergleich*, Tübingen, 2013.

KUMM M., *Democratic Constitutionalism Encounters International Law: Terms of Engagement*, in S. Choudhry (a cura di), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, 2007.

KUNIG P., *Das Rechtsstaatsprinzip, Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 1986.

LABAYLE H., SAURON J.-L., *La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe*, in RFDA, 2005.

LASSALLE F., *Über Verfassungswesen* in E. Bernstein (a cura di), *Gesammelte Reden und Schriften*, vol. II, Berlin, 1919.

LATTANZI G., *Dialogo tra le Corti e il caso Taricco*, in L.-A. Sicilianos Iulia, A. Motoc, R. Spano, R. Chenal (a cura di), *Regards croisés sur la protection nationale et internationale des droits de l'homme / Intersecting Views on National and International Human Rights Protection. Liber Amicorum Guido Raimondi*, WLF, 2019.

LEGAZ LACAMBRA L., *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1953.

LEVADE A., *La révision du 23 juillet 2008. Temps et contretemps*, in RFDC, 78, 2009.

LIETO S., *Il diritto al giudice e l'immunità giurisdizionale degli Stati nella sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2014.

LIFANTE VIDAL I., *Ignorancia de la ley y seguridad jurídica*, in *Teoría y derecho*, 2015.

LIPARI N., *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015.

LIPARI N., *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *Giust. civ.*, 2018.

LLEWELLYN K. N., *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston, 1960.

LOPEZ DE OÑATE F., *La certezza del diritto* (1942), edizione a cura di G. Astuti, Milano, 1968.

LOSANO G., *Il problema dell'interpretazione in Hans Kelsen*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1968.

LOTHAR M., *El contenido esencial como común denominador de los derechos fundamentales en Europa?* in *Revista de Derecho Constitucional europeo*, 2009.

LUCHAIRE F., *La sûreté: droit de l'Homme ou sabre de M. Prudhomme?*, in *RDP*, 1989.

LUCIANI M., *Carl Schmitt ed il concetto di "dittatura"*, in *Diritto e società*, Vol. III, 1975.

LUCIANI M., *Cbi ha paura dei controlimiti?* in AA.VV., *Aspettando la Corte costituzionale, Il caso Taricco e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo*, in *RivistaAic.it*, 4/2016.

LUCIANI M., *Controlimiti e l'eterogenesi dei fini*, in *Questione Giustizia*, 2015.

LUCIANI M., *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in G. Brunelli, G. Cazzetta (a cura di), *Dalla costituzione «inattuata» alla costituzione «inattuale»? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, Milano, 2013.

LUCIANI M., *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana e non solo*, in *RivistaAIC*, 2012.

LUCIANI M., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2014.

LUCIANI M., *Giurisdizione e legittimazione nello Stato costituzionale di diritto (ovvero: di un aspetto spesso dimenticato del rapporto fra giurisdizione e democrazia)*, in *Pol. dir.*, 1998.

LUCIANI M., *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2016.

LUCIANI M., *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Osservatorio AIC*, 2017.

LUCIANI M., *L'eclipse de la sécurité juridique*, in *RFDC*, 2014.

LUCIANI M., *La Cour constitutionnelle italienne*, in *La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux. Rapport portugais présenté à la VIIIe Conférence des Cours constitutionnelles européennes*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, Vol. VI, 1990.

LUCIANI M., *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione "conforme a"*, in *Federalismi.it*, 2007.

LUCIANI M., *Ogni cosa a suo posto*, Milano, 2023.

LUCIANI M., *Su legalità costituzionale, legalità legale e unità dell'ordinamento*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, 2005, vol. II.

LUDWIGS M., SIKORA P., *Der Zweite Senat zwischen Selbstbehauptung und Kooperation – Das OMT-Urteil des BVerfG, vom 21. 6. 2016* in *EWS*, 4/2016.

LUHMANN N., *Grundrechte als Institution*, Berlin, 2019.

LUTHER J., *Il Trattato di Lisbona trattato a Karlsruhe: Just Law in the Books?*, in *astrid-online.it*.

LUTHER J., *Le interpretazioni adeguatrici nel diritto tedesco vivente, Contributo al seminario "La Corte, i giudici e le interpretazioni adeguatrici"*, Roma, 6 novembre 2009, in *cortecostituzionale.it*.

LUTHER J., ROMBOLI R., TARCHI R. (a cura di), *Esperienze di giustizia costituzionale*, 2 voll., Torino 2000.

MACCORMICK N., *The Idea of Constitutional Pluralism*, in *The Modern Law Review*, 2002.

MACCORMICK N., *The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now*, in *European Law Journal*, 1, 1995.

MAGGIORE G., *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1939.

MAGNON X., *La révolution continue: le Conseil constitutionnel est une juridiction... au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, in *RFDC*, 2013.

MAGNON X., *Quelques mots encore à propos des lois de révision constitutionnelle: limites, contrôle, efficacité, caractère opératoire et existence. En hommage au doyen Louis Favoreu*, in *RFDC.*, 2004, n° 59.

MAGNON X., *Souveraineté, identité, et Europe: autour des articles 1, 2 et 3 de la Constitution. De l'échec d'une formalisation d'une souveraineté interne à une reconnaissance inévitable d'une souveraineté internationale de l'État*, in *Hal science*, 2018.

MAIELLO V., *'Riserva di codice' e decreto-legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice*, in *CrD*, 2000.

MANCINI M., *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di efficacia della CEDU: verso un modello di rapporti tra Corti di tipo realmente dialogico?* in *Federalismi.it*, 2018.

MARCHISIO S., *Sulla competenza del Governo a stipulare trattati internazionali in forma semplificata*, in *Riv. dir. inter.*, 1975.

MARTÍN V. J., DE NANCLARES P., VON BOGDANDY A., *La justicia constitucional en el espacio jurídico europeo*, Valencia, 2022.

MASIERO A. F., *Le soglie di punibilità dei reati tributari al vaglio della Corte di giustizia*, in *Giur. it.*, 2018.

MASSA PINTO I., *Il giudizio di incostituzionalità delle leggi in caso di doppio parametro (interno ed europeo): il conflitto sulle regole d'ingaggio*, in *Riv. gr. Pisa*, 2019.

MASSARO A., *Taricco 2 – Il ritorno (sui propri passi?). I controlimiti come questione che “spetta ai giudizi nazionali”: cambiano i protagonisti, ma la saga continua*, in *Giur. pen.*, 2017.

MASTROIANNI R., *La sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 2024 in tema di rapporti tra ordinamenti, ovvero la scomparsa dell'articolo 11 della Costituzione*, in *AISDUE*, 2025.

MATHIEU B., *France*, in *Table ronde “Constitution et sécurité juridique”*, in *A.I.J.C.*, 1999.

MATHIEU B., *La part de la loi, la part du règlement*, in *Revue franç. d'études const.et politiques*, 2005.

MATHIEU B., *Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique*, in *CCC*, 2001.

MATIA PORTILLA F. J., *Primacía del derecho de la Unión y derechos constitucionales. En defensa del Tribunal Constitucional*, in *Rev. esp. der. cons.*, 2016.

MAUNZ T., DÜRIG G., *Art. 25*, in V. Epping, C. Hillgruber (a cura di), *Grundgesetz-Kommentar*, München, 2009.

MAURIELLO P., *Ancora sul principio dell'affidamento nella sicurezza giuridica*, in *Giur. it.*, 5, 2003.

MAUS D., *Sur ‘la forme républicaine du gouvernement’*, *Commentaire sous la décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992*, in *RFDC*, n°11, 1992.

MÁXIMO C., PINTO L., CANOTILHO M., DE ARAÚJO A., VEIGA C., NOGUEIRA DE BRITO L. M., RODRIGUES M., DE FARIA MAURÍCIO A., *The Criteria of the Limitation of Human Rights in the Practice of Constitutional*

Justice, XIII Congress of the Conference of European Constitutional Courts, Cyprus, 2005.

MAYER E., *Rechtsphilosophie. Dritte Unveränderte Auflage*, Berlin 1933.

MAYER F. C., *Der Eugb als feind? Die Debatte um das soziale Europa in der europäischen Rechtsprechung*, in *Integration*, 2009.

MAYER F. C., WALTER M., *Die Europarechtsfreundlichkeit des BVerfG nach dem Honeywell-Beschluss*, in *Jura* 2011.

MAYER F.C., *To Boldly Go Where No Court Has Gone Before. The German Federal Constitutional Court's ultra vires Decision of May 5, 2020*, in *German Law Journal*, 2020.

MAZZINA P., *Qualità della legislazione e competitività: alcune riflessioni intorno ad una recente esperienza campana*, in *Osservatorioaic.it*, 2013.

MEDEIROS R., *The primacy of European Union law over the Portuguese constitution according to the constitutional court - comment on constitutional court judgment no. 422/2020*, in *Católica Law Review*, 2021.

MEDEIROS R., *A Constituição Portuguesa Num Contexto Global*, Lisbona, 2015.

MEDEIROS R., MIRANDA J. *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra, 2005.

MELCHIOR M., *Les cours constitutionnelles et l'épuisement des voies de recours interne au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national. Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bruylant, 2003.

MÉLIN SOUCRAMANINEN F., *Constitution de la République française*, Paris, 2023.

MELLERAY F., *L'exorbitance du droit administratif en question*, in *AJDA*, 2003.

MELRO A., *Interconstitucionalidade entre Portugal e a União Europeia no acesso ao sistema judiciário: compreensão da linguagem e competências infocomunicacionais*, in *Rev. dir. inter.*, 2023.

MENZEL J., *Verfassungsrechtsprechung: ausgewählte Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in Retrospektive*, Tübingen, 2017.

MERUSI F., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012.

MEZQUITA DEL CACHO J. L., *Seguridad jurídica y sistema cautelar*, Barcelona, 1989.

MEZZANOTTE C., *Il giudizio sulle leggi. I. Le ideologie del Costituente* (1979), Napoli 2014.

MILANO L., *Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi*, in RDP, 2006.

MILLET F.-X., *How much lenience for how much cooperation? On the first preliminary reference of the French Constitutional Council to the Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 2014.

MILLET F.-X., *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des Etats membres*, in LGDJ, 2013.

MIRANDA J., *A constituição europeia e a ordem jurídica portuguesa*, in *Rev. jur. ministério público*, vol. 6, 2006.

MIRANDA J., *A originalidade e as principais características da Constituição Portuguesa*, in *Cuestiones Constitucionales*, 2007.

MIRANDA J., *Curso de Direito Constitucional*, Vol. I, Lisboa, 2016.

MIRANDA J., *Fontes e trabalhos preparatórios da Constituição*, Lisboa, 1989.

MIRANDA J., *La justicia constitucional en Portugal*, in *An. Iberoamericano Just. Const.*, 1997.

MIRANDA J., *O tribunal constitucional em 2011*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 16, 2012.

MODERNE F., *Sûreté*, in *Dict. const.*, Paris, 1992.

MODUGNO F., *A mò di introduzione. Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa, II, Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000.

MODUGNO F., *Corte costituzionale e potere legislativo*, in P. Barile E. Cheli. S. Grassi (a cura di), *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982.

MODUGNO F., *I 'nuovi diritti' nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.

MODUGNO F., *Il diritto tra vecchie e nuove concezioni*, in *Diritto e società*, 1974.

MODUGNO F., *Legge in generale (voce)*, in *Enc. del diritto*, XXIII, Milano, 1973.

MODUGNO F., NOCILLA D., *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. soc.*, 1989.

MODUGNO F., *I principi costituzionali supremi come parametro nel giudizio di legittimità costituzionale*, in A. S. Agrò, F. Modugno, *Il principio di uni-*

tà del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, II ed., Torino, 1991.

MOLINIER J., *Principes généraux*, in *Répertoire de droit communautaire*, Paris, 2016.

MÖLLER H., *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes und die Schranken der Verfassungsrevision: Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG und zur verfassungsgebenden Gewalt nach dem Grundgesetz*, Berlin, 2004.

MÖLLERS C., *Was ein Parlament ist, entscheiden die Richter*, in *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 2009.

MONACO R., *La ratifica dei trattati nel quadro costituzionale*, in *Riv. dir. intern.*, 1976.

MONACO R., *Sulla recente giurisprudenza costituzionale e comunitaria in tema di rapporti fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. dir. eur.*, 1978.

MONTESQUIEU J., *De l'Esprit des lois*, XI, Edizione commentata da L. Versini, Paris, 1995.

MOREIRA V., *Constituição e Revisão Constitucional*, Lisboa, 1980.

MORTATI C., *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1991.

MORTATI G., *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc.dir.*, XI, Milano, 1962.

MUCKEL S., *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen*, Berlin, 1989.

NANIA R., *Nota a prima lettura alla sent. n. 48 del 1979*, in *Giur. cost.*, 1979, I.

NICOLÒ R., *L'esperienza scientifica nel diritto civile degli ultimi cinquant'anni*, In Id., *Raccolta di scritti*, vol. II., Milano, 1980.

NIPPERDEY H. C., *Die Würde des Menschen*, in F. L. Neumann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner (a cura di), *Die Grundrechte*, Bd II Berlin 1954.

OHLER C., *Der institutionelle Vorbehalt des Gesetzes*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, Vol. 131, 2006.

OLIVA E., *L'appréciation du caractère confiscatoire ou excessif de l'impôt par le Conseil constitutionnel*, in *R.F.D.A.*, 2013.

OLIVETTI M., GROPPI T. (a cura di), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003.

OLIVIER DUTHEILLET DE LAMOTHE M., *La sécurité juridique. Le point de vue du juge constitutionnel*, in *www.conseil-constitutionnel.fr*.

OPPERMANN T., *Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen?* in *Gutachten DJT*, 1976.

ORLANDO A., *Verfassungsbeschwerdee recursode amparo: quale posto per la Carta dei diritti fondamentali dell'UE?*, in *DCPEonline*, 2025.

OSSENBÜHL F., *Administrative Selbstbindung durch gesetzwidrige Verwaltungsübung*, in *Die Öffentliche Verwaltung*, 23, 1970.

OTERO P., *A Democracia Totalitária - Do Estado Totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI*, Cascais, 2001.

OTERO P., *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2007.

PACE A., *Le libertà individuali*, in M. Ruotolo (a cura di), *La Costituzione ha sessant'anni: la qualità della vita sessant'anni dopo*, Napoli, 2008.

PACTEAU B., *La sécurité juridique, un principe qui nous manque?*, in *A.J.D.A.*, 1995.

PALADIN L., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996.

PALADIN L., *Saggio sulle fonti del diritto italiano: le problematiche della definizione e dell'individuazione*, in *Quad. cost.*, 1983.

PALAZZO F., *La Consulta risponde alla "Taricco": punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto*, in *Dir. pen. proc.*, 2017.

PANIAGUA E. L., *El principio de competencia como ordenador de las relaciones entre el Derecho de la Unión y los Derechos de los Estados miembros: el caso de España. El principio de primacía como principio procedimental*, in *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2011.

PAREJO ALFONSO L., *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal constitucional de 8 de abril de 1981*, in *Rev. esp. der. const.*, 1981.

PARIS D., *Il controllo del giudice costituzionale sulla qualità della legislazione nel giudizio in via principale*, in *Le Regioni*, 4, 2013.

PEGORARO L., *Certezza del diritto e diritto costituzionale. Comparazioni diacroniche e sincroniche sui testi normativi*, in *Rev. adv. públ. fed.*, 2018.

PEGORARO L., *Il problema della certezza del diritto come problema costituzionale*, in L. Pegoraro, A. Porras Nadales (a cura di), *Qualità normativa e tecnica legislativa. Europa, Stati, enti territoriali – Calidad normativa y técnica legislativa. Europa, Estados y entidades infraestatales*, n. 6 della Center for

Constitutional Studies and Democratic Development Lecture Series, Bologna, 2006.

PEGORARO L., *La tutela della certezza giuridica in alcune costituzioni contemporanee*, in L. Gianformaggio, M. Jori (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, 1997.

PEGORARO L., *Sistemi di giustizia costituzionale*, Torino, 2019.

PELIZZONE I., *La Corte costituzionale sul caso Taricco: principio di determinatezza, separazione dei poteri e ruolo del giudice penale*, in *Quad. cost.*, 1/2017.

PENIM PINHEIRO J., *O Problema dos Limites Materiais da Revisão Constitucional na Doutrina Portuguesa*, in *Julgaronline*, 2023.

PÉREZ LUÑO A. E., *La seguridad jurídica y sus paradojas actual*, in [Teoría y derecho](#), 2012.

PÉREZ LUÑO A. E., *Las tensiones axiológicas de la seguridad*, in *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1990.

PÉREZ LUÑO A.E., *La seguridad jurídica*, 2.^a edición, Barcelona, 1994.

PÉREZ ROYO J., *La reforma de la Constitución*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1987.

PÉREZ-LUÑO A. E., *La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia*, in *Boletín de la Facultad de Derecho*, 2000.

PERLINGIERI P., *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992.

PERNICE I., *La Rete Europea di Costituzionalità – Der Europäische Verfassungsverbund und die Netzwerktheorie*, in *ZaöRV* 70, 2010.

PESCATORE M., *La logica del diritto: frammenti di dottrina e di giurisprudenza*, Torino, 1883.

PETERS A., *The Globalization of State Constitutions*, in Nijman J., Nolkaemper A. (a cura di), *New Perspectives on the Divide between National and International Law*, Oxford, 2007.

PFERSMANN O., *Autriche*, in *Ann. int. just. const.*, 1999.

PFERSMANN O., IMPARATO E., *L'emergenza nello stato di diritto democratico. Una prima tassonomia della distribuzione delle competenze secondo il modo di produzione*, in *federalismi.it* 15, 2023.

PFERSMANN O., *La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale: théorie, pratique, limites*, in *La révision de la constitution*, (Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Travaux de l'Association française des constitutionnalistes), Paris, 1993.

PFERSMANN O., *Regard externe sur la protection de la confiance légitime en droit constitutionnel allemand*, in RFDA, 2000.

PFERSMANN O., *Révolutions constitutionnelles, analyses doctrinales et justifications jurisprudentielles*, in P. Charlot, C. Klein (a cura di), *Émergences de nouveaux modèles de démocratie constitutionnelle Afrique, Proche-Orient*, Collection Néo-rétro constitutionnalisme Paris, 2019.

PFERSMANN O., *Sécurité juridique et Constitution*, Rapport pour la XIVème Table Ronde internationale d'Aix-en-Provence, septembre 1999, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* XV (1999), Paris, 2000.

PIÇARRA N., *A justiça constitucional da União Europeia*, in AA.VV., *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, Lisbona, 2006.

PICCHI M., *Tecnica normativa e tutela del buon andamento della pubblica amministrazione: dalla Corte costituzionale un nuovo impulso per preservare la certezza del diritto. Osservazioni a margine della sentenza n. 70/2013*, in *Federalismi.it*, 2013.

PICCIRILLI G., *La "riserva di legge". Evoluzioni costituzionali, influenze sovranaturali*, Torino, 2019.

PIEROTH B., *Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfas, sungserichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes*, in JZ, 1990.

PIGNATELLI N., *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la dilatazione della tecnica della "interposizione" (e del giudizio costituzionale)*, in *Quaderni Cost.*, n.1, 2008.

PINARDI R., SCAGLIARINI S., *Sindacato sulle leggi e tecnica legislativa: un giudizio senza parametro?*, in AA.VV., *Scritti in onore di Michele Scudiero*, III, Napoli, 2008.

PINELLI C., *Forzature e silenzi del Tribunale costituzionale tedesco sul Trattato di Lisbona*, in *Giur. cost.*, 2009.

PINELLI C., *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001.

PIÑERO M. R. y BRAVO-FERRER, *Constitución, legalidad y seguridad jurídica*, in *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997.

PINO G., *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2018.

PIRES F. L., *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, 1997.

PISTORIO G., *Verso nuove forme di "convivenza" fra ordinamento UE e ordinamento nazionale per la tutela sistemica dei diritti*, in AIC, 2014.

PIZZETTI F. G., *Il giudice nell'ordinamento complesso*, Milano, 2003.

PIZZORUSSO A., *Certezza del Diritto I) Profili applicativi*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988.

PIZZORUSSO A., *Commento dell'art. 139 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna – Roma, 1981.

PIZZORUSSO A., *Fonti, procedure ed attuazione delle leggi in Italia*, in *Quaderno Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, 1995, n.6.

PIZZORUSSO A., ROMBOLI R., TARCHI R., *In difesa dei valori della Costituzione*, in *Foro it.*, 1994.

POGGI A., *Il referendum sul regionalismo differenziato: i principi, l'attuazione, le Corti e la sovranità popolare*, in *Federalismi.it*.

POIARES M., *Las formas del poder constitucional en la Unión Europea*, in *Revista de Estudios Políticos*, 2003.

POIARES MADURO M., *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N Walker (a cura di), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003.

POIARES MADURO M., *O superavit democrático europeu*, in *Análise Social*, 2001.

POLLAUD-DULIAN F., *À propos de la sécurité juridique*, in *RTD civ.*, 2001.

POLLICINO O., *Margine di apprezzamento, art 10, c.1, Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in *Forum dei Quaderni cost.*, 2009.

PRACHT R., *Residualkompetenzen des Bundesverfassungsgerichts: ultra vires, Solange II, Verfassungsidentität*, 2022.

PUGLIATTI S., *Conoscenza (voce)*, in *Enc. del dir.*, IX, Milano, 1961.

RADBRUCH G., *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in *Süd-deutsche Juristen-Zeitung Jahrg. 1*, 1946.

RADBRUCH G., *La sécurité en droit d'après la théorie anglaise*, in *Arch. phil. dr.*, 1936.

RADBRUCH G., *Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, in *SJZ*, 2, 1947.

RAIMBAULT P., *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Parigi, 2009.

RANGEL DE MESQUITA M. J., *Introdução ao Contencioso da União Europeia*, Coimbra, 2018.

RAZZANO G., *Principi fondamentali, supremi, essenziali e inviolabili*, in *Dir. Soc.*, 2006.

REIMER F., *Verfassungsprinzipien: Ein Normtyp im Grundgesetz*, Berlin, 2001.

REIS NOVAIS J., *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra 2010.

REMIRO BROTONS A., *El poder exterior del Estado*, in *Documentación Administrativa*, n.º 205, 1985.

REMIRO BROTONS A., *La autorización parlamentaria de la conclusión de los tratados internacionales: el problema de la calificación*, in *Revista española de derecho internacional*, 1980.

REMÓN PEÑALVER J., *La lucha por la seguridad jurídica*, in *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 2006.

REPETTO G., *Una ragionevole apologia della supremacy. In margine all'ordinanza della Corte costituzionale sul caso Taricco*, in *Diritti Comparati*, 2017.

REQUEJO PAGÉS J. L., *Algunas consideraciones sobre la relevancia constitucional del Derecho de la Unión*, Arroyo Jiménez L, Beladiez Rojo M, Ortega Carballo M, Rodríguez de Santiago JM (a cura di), *El juez del Derecho administrativo*, Madrid.

REQUEJO PAGÉS J. L., *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Madrid, 2008.

RIDOLA P., *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997.

RIGAUX M. F., *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, 1985.

RIMOLI F., *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. II, Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000.

ROBLOT-TROIZIER A., *Droit administratif et droit constitutionnel*, in *Iuspublicum.com*, 2010.

ROBLOT-TROIZIER A., *Un concept moderne: séparation des pouvoirs et contrôle de la loi*, in *Pouvoirs*, 2012.

RODRÍGUEZ IGLESIAS G. C., *No existe contradicción entre la Constitución española y la Constitución europea: la Declaración del Tribunal Constitucional*, in *Rev. der. com. eur.*, 2005.

RODRÍGUEZ ZAPATA J., *Constitución, tratados internacionales y sistema de fuentes del Derecho*, Bolonia, 1976.

ROMBOLI R., *Dalla «diffusione» all'«accentramento»: una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Foro it.*, 2018.

ROMBOLI R., *Il ruolo del giudice in rapporto all'evoluzione del sistema delle fonti ed alla disciplina dell'ordinamento giudiziario*, in *Quaderno del Seminario* 2005, Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, 2005, Torino.

ROMBOLI R., *Tecnica legislativa e qualità della legislazione: l'inidoneità del giudizio costituzionale a verificarne i vizi*, in *Foro it.*, 2008.

ROMEO G., *Giudizio di costituzionalità e interpretazione: una prospettiva comparata*, in *DPCE online*, 2025.

Ross A., *On Law and Justice*, Londra, 1958.

ROSSI M., K. EBERHARD v. BVerfG, 3. 5. 2016 – 2 BvE 4/14. Keine spezifischen Oppositionsfraktionsrechte – Keine Absenkung der Quoren zur Ausübung parlamentarischer Minderheitenrechte, *JuristenZeitung*, 2016.

ROSSI P., *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?* in *osservatoriosullefonti*, 2018.

ROUBIER P., *Théorie générale du droit*, Sirey, 1951.

ROUSSEAU D., *Droit du contentieux constitutionnel*, 9e éd., Paris, 2010.

RRAPI P., *L'incompétence négative dans la QPC: de la double négation à la double incompréhension*, in *Nouv. Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012.

RUFFERT M., *Das OMT-Urteil des BVerfG: Europa rechtlich überzeugend, verfassungsprozess rechtlich fragwürdig*, in *VerfBlog*, 2016.

RUFFERT M., *Der Entscheidungsmaßstab im Normverifikationsverfahren nach Art. 100 II GG*, in *JZ*, 56, 2001.

RUGGERI A., *Ancora in tema di tecniche di risoluzione delle antinomie tra norme interne e norme sovranazionali self executing (a prima lettura di Corte cost. n. 15 del 2024)*, in *Consulta on line*, 17 febbraio 2024.

RUGGERI A., *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, in *Foro dei quaderni cost.*, 2009.

RUGGERI A., *Continuo e discontinuo nella giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. 170/84, in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: dalla “teoria” della separazione alla “prassi” della integrazione intersistemica?* in *Giur. cost.*, 2, 1991.

RUGGERI A., *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in *Dir. pen. cont.*, 2015.

RUGGERI A., *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?* in Osservatorio sulle fonti, 2021.

RUGGERI A., *Il futuro dei diritti fondamentali, sei paradossi emergenti in occasione della loro tutela e la ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio*, in Consulta Online, n. 1, 2019.

RUGGERI A., *La Corte aziona l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, in Consultaonline, 2014.

RUGGERI A., *Lacune costituzionali*, in Rivista AIC, 2, 2016.

RUGGERI A., *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, in S. Staiano (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino, 2006.

RUPP H. H., *Urteilsanmerkungen*, in JZ, 1987.

S. ARNÉ, *Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles? Contribution à l'étude des droits fondamentaux et de la constitutionnalité*, in *Revue du droit public*, 1993.

SACCO R., *Affidamento*, in *Enc. Dir.*, vol. I, 1958.

SACHS M., *Einführung, Vorbemerkung zu Abschnitt I, Kommentierung der Art. 79*, in M. Sachs (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, 4, München 2007.

SALERNO F., *La coerenza dell'ordinamento interno ai trattati internazionali in ragione della Costituzione e della loro diversa natura*, in *osservatoriosullefonti.it*, n. 1, 2018.

SALMONI F., *Controlimiti, Diritti con lo stesso nomen e ruolo accentrato della Consulta. L'integrazione del parametro con le fonti europee di diritto derivato e il sindacato sulla "conformità" alla Costituzione e la mera "compatibilità" con la Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Federalismi.it*, 2019.

SÁNCHEZ RUBÉN G., *El principio de proporcionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

SANTAOLALLA LÓPEZ F., *Los tratados como fuente del Derecho en la Constitución*, in *Revista de administración pública*, 1979.

SANTOS BOTELHO C., MIRANDA J., *Anotação ao artigo 164.º da Constituição. Reserva absoluta de competência legislativa*, in J. Miranda, R. Medeiros (a cura di), *Constituição Portuguesa Anotada II*, Lisboa, 2018.

SANTOS BOTELHO C., *O lugar da Constituição portuguesa no constitucionalismo transconstitucional contemporâneo – A propósito de um subsídio à exportação*, in R. Costa (coord.), *Direito das Empresas – Reflexões e Decisões*, Coimbra, 2022.

SATTA S., *Il giudice e la legge*, in *Quad. dir. proc. civ.*, 1969.

SATTA S., *Diritto processuale*, Padova, 1973.

SATTA S., *Interpretazione di Calamandrei*, in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968.

SATTA S., *Il giorno del giudizio*, Milano 1979.

SAUER H., *Der neue Kontrollzugriff des Bundesverfassungsgerichts auf das Unionsrecht*, in *Europarecht*, 2017.

SCACCIA G., *Il controllo della legittimità costituzionale del diritto dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, 2022.

SCEVI P., *Prevedibilità e legalità nel diritto penale: alternativa o binomio garantistico?* in *La legislazione penale*, 2020.

SCHAKS N., *Die Wesensgehaltsgarantie*, Art. 19 II GG, in *JuS* 55, 2015.

SCHMIDT-ÄßMANN E., *Das Demokratieprinzip*, in *FS U. Battis*, 2014.

SCHMIDT-ÄßMANN E., *Der Rechtsstaat*, in J. Isensee, P. Kirchhof (a cura di), *Handbuch des Staatsrechts* vol. I, Berlin, 2004.

SCHNEIDERMAN D., *A new global constitutional order*, in T. Ginsburg e R. Dixon (a cura di), *Comparative Constitutional Law*, Cheltenham, 2011.

SCHOETTL J.-E., *La loi portant création d'un dispositif de soutien à l'emploi des jeunes en entreprise devant le Conseil constitutionnel*, in *Petites Affiches*, 2002.

SCHÖNBERGER C., *Die Europäische Union zwischen "Demokratiedefizit" und Bundesstaatsverbot*, *Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in *Der Staat*, 2009.

SCHULZE-FIELITZ H., *Art. 20 (Rechtsstaat)*, in H. Dreier (a cura di), *Grundgesetz Kommentar*, vol. II, Tübingen, 2006.

SCHWARZE J., *European Administrative Law*, London, I ed., 2006.

SCMITTER G., *L'incompétence négative du Législateur et des autorités administratives*, in *AJJC.*, 1989.

SEGADO F., *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, 2004.

SLAUGHTER A. M., *A Global Community of Courts*, in *Harvard International Law Journal*, 2003.

SOBOTA K., *Rechtssicherheit in Das Prinzip Rechtsstaat: verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*, Tübingen, 1997.

SODAN H., *Art. 19 Grundrechtseinschränkung; Grundrechtsträger; Rechtsschutz*, in A. Haratsch, W. G. Leisner, R. P. Schenke, S. Schmahl, H. Sodan (a cura di), *Grundgesetz. Beck'scher Kompakt-Kommentar*, Verlag München, 2009.

SOMMERMAN K. P., *Artikel 20*, in H. Mangoldt, F. Klein, C. Starck (a cura di), *Kommentar zum Grundgesetz. Band 2*, München 2010.

SOMMERMAN K. P., *Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung. Die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*, in *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1989.

SORRENTINO F., *Ammissibilità del conflitto e "cammino comunitario" della Corte. Un passo avanti o due indietro?*, in *Giur. cost.*, 1987.

SORRENTINO F., *Incertezza del diritto o mera oscurità della legge?*, in *Giur. cost.*, 1986.

SORRENTINO F., *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2023.

SORRENTINO F., *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2001

SORRENTINO F., *Lezioni sulla riserva di legge*, I, Genova, 1980.

SPAGNA MUSSO E., *Costituzione scritta e fonti atipiche*, Napoli 1966, ora in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, I, Milano 2008.

STAUPÉ J., *Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis. Zur „Wesentlichkeitstheorie“ und zur Reichweite legislativer Regelungskompetenz, insbesondere im Schulrecht*, Berlino, 1986.

STEINBACH A., *Die antizipierte Zustimmung des Gesetzgebers bei Änderungen völkerrechtlicher Verträge nach Art. 59 Abs. 2 GG*, in *DÖV*, 2007.

STEINBACH A., *Die EZB-Krisenpolitik nach dem OMT-Urteil des Bundesverfassungsgericht*, in *JZ*, 71, November 2016.

STELZER M., *Was leistet das Prinzip der Rechtssicherheit? Bemerkungen zur Rücknahme rechtswidriger belastender Verwaltungsakte nach §48 VwVfG*, in *Die Verwaltung*, 1997.

SZYMCZAK D., *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel*, Bruylant, 2006.

TAJADURA J., DE MIGUEL J. (a cura di), *Justicia Constitucional y Unión Europea: un estudio comparado de las experiencias de Alemania, Austria, España, Francia, Italia y Portugal*, Cuadernos y Debates, CEPC, Madrid, 2008.

TAJADURA TEJADA J., *La reforma constitucional: procedimientos y límites. Un estudio crítico del Título X de la Constitución de 1978*, Madrid, 2018.

TARCHI R. (a cura di), *Giurisdizioni costituzionali e poteri politici. Riflessioni in chiave comparata*, in DPCE Online, SP1, 2025.

TARCHI R. (a cura di), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso diretto di costituzionalità*, Torino, 2015.

TARCHI R., *Democrazia e istituzioni di garanzia*, in RivistaAIC, 2018.

TARCHI R., *L'approdo europeo del Rule of Law. Riflessioni introduttive e di sintesi*, in R. Tarchi, A. Gatti (a cura di), *Il Rule of law in Europa*, Consultonline, 2023.

TAVARES LANCEIRO R., *The first referral of the Portuguese Constitutional Court to the Court of Justice: historical moment or nothing out of the ordinary?*, in EU Law Live, 2021.

TCHEN V., *L'introuvable principe de sécurité juridique*, Paris, 1996.

TEGA D., *Il tono dell'ordinanza della Corte costituzionale n. 24/2017 e i suoi destinatari: narrowing the dialogue di*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 2017.

TEGA D., *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in Forum di Quaderni Costituzionali, 2015.

TEGA D., *La sentenza n. 269 del 2017 e il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, in Quad. cost., 1, 2018.

TOBIAS M., *Die dreidimensionale Reservekompetenz des BVerfG im Europarecht. Von der Solange-Rechtsprechung zum Honeywell-Beschluss*, in JA, 2012.

TOMUSCHAT C., *Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts*, in Europäische Grundrechte-Zeitschrift, 1993.

TOMUSCHAT C., *Kommentierung des Art. 24 Abs. 1 GG*, in Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1981.

TRÉMEAU J., *La réserve de loi: Compétence législative et constitution*, Paris, 1997.

TROPER M., *En guise d'introduction: La théorie constitutionnelle et le droit constitutionnel positif*, in Cahiers du Conseil constitutionnel, 9, 2001.

TROPER M., *Une Théorie Réaliste de L'interprétation*, in Rev. op. jur., 2006.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA J. I., *El concepto y alcance de la seguridad jurídica en el Derecho constitucional español y en el Derecho comunitario europeo: un estudio comparado*, in Cuadernos de derecho público, 2006.

VAGLI G., *Relazioni tra ordinamento portoghese e Trattato sull'Unione Europea: problematiche e soluzioni della revisione costituzionale del 1992*, in *Quad. cost.*, 1997.

VALEMBOIS A.L., *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, in *Cahiers const.*, 2005.

VÁSQUEZ TAVERAS DE CONDE M. E., *Comentario Sentencia No 225-2018 del 24 de abril de 201, del Tribunal Constitucional de la República de Portugal*, in *Rev. de bio. y derecho*, 2018.

VEDEL G., *Souveraineté et supraconstitutionnalité*, in *Pouvoirs*, n°67, 1993.

VIEIRA DE ANDRADE J. C., *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*, Coimbra, 2012.

VILLANI U., *Il nuovo "cammino comunitario" della Corte costituzionale*, in *rivista.eurojus.it*, 2024.

VILLANI U., *Limitazioni di sovranità, "controlimiti" e diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2017.

VIOLA F., *H. Kelsen e l'interpretazione delle norme*, in F. Viola, V. Villa, M. Urso (a cura di), *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974.

VOGEL K., *Rechtssicherheit und Rückwirkung zwischen Vernunftrecht und Verfassungsrecht*, in *JZ*, 43. Jahrg., n. 18, 1988.

VON ARNAULD A., *Rechtssicherheit: perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts*, Tübingen, 2006.

VON BOGDANDY A., *The transformation of European law: the reformed concept and its quest for comparison*, MPIL Research paper series, 2016.

VOßKUHLE A., *Grundwissen - Öffentliches Recht: Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes*, in *Ius*, 2007.

VOßKUHLE A., *Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung – Die Pflege des verfassungsrechtlichen Quellcodes «durch das Bundesverfassungsgericht*, in C. Hillgruber, C. Waldhoff (a cura di), *60 Jahre Bonner Grundgesetz – eine geglückte Verfassung?*, Bonn, 2010.

VOßKUHLE A., *Verfassungsstil und Verfassungsfunktion*, in *AöR*, Vol. 119, 1994.

WALDRON J., *The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory*, in *Ratio Juris*, 1989.

WALKER N., *Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate*, European Institute, London, 2009.

- WALLERATH M., *Allgemeines Verwaltungsrecht. Lehrbuch*, Berlin, 2009.
- WEBER A., *Notes sur la justice constitutionnelle comparée: convergences et divergences*, in *AJIC*, 19, 2003.
- WEBER M., *Economy and Society*, California, 1968.
- WEBER-DÜRLER B., *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Verlag Helbing und Lichtenhahn, 1993.
- WEHR R., *Grundfälle zu Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes*, in *JuS*, 1997.
- WEIL P., Pouyaud D., *Droit administratif*, Paris, 2013.
- WENDEL M., *Exceeding Judicial Competence in the Name of Democracy: The German Federal Constitutional Court's OMT Reference*, in *Eur. Const. Law Rev.*, 10, 2014.
- WENGLER B., *Anmerkung zu BVerfGE 22, 293*, in *JZ*, 1968.
- WIENBRACKE M., *Staatsorganisationsrecht*, Springer, 2017.
- WINZEN T., ROEDERER-RYNNING C., SCHIMMELFENNIG F., *Parliamentary co-evolution: national parliamentary reactions to the empowerment of the European Parliament*, in *Journal of European Policy*, 22, 2015.
- WÜLFING T., *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken*, Berlino 1981.
- YANNAKOPOULOS C., *L'influence du droit de l'Union européenne sur le système de contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois: les paradigmes français et grec*, in *RFDC*, 2012.
- ZAGREBELSKY G., *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio AIC*, 2015.
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite*, Torino, 1992.
- ZANONI D., *Aspetti materiali ed intertemporali della riforma delle scuole di formazione delle amministrazioni centrali (a margine di Corte cost. n. 241 del 2019)*, *Osservatorio AIC*, 2020.
- ZIMMER W., *Allemagne*, in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n.15, 1999.
- ZULEEG M., *Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration*, in *JZ*, 1994.
- ZUNIG P., UERPMANN-WITZACK R., *Zweiter Abschnitt Völkerrecht und staatliches Recht*, in A. Proelß (a cura di), *Völkerrecht*, Berlin, Boston, 2024.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2025
presso Grafica Elettronica, Napoli

euro 24,00

ISBN 979-12-235-0325-6



9 791223 503256