

CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

FABIANA FALATO

Fonti, interpretazioni e sistema di tutela multilivello delle situazioni giuridiche soggettive

I rapporti tra ordinamenti si sono progressivamente consolidati e modellati grazie ad un dialogo sviluppatosi nel tempo tra giudici nazionali e Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo soprattutto nell'ambito della tutela dei diritti e delle libertà fondamentali. La scoperta di una intima coerenza tra tradizioni giuridiche ed istituzioni giudiziarie (nazionali e altre); i dubbi (non sempre fondati) rispetto alla tenuta della garanzia dettata dalla Costituzione (art. 101, 2° co., Cost.) della giurisdizione e delle leggi che la governano, ai suoi regolamenti, al suo modo di essere, ai suoi rapporti "esterni", alla sua sensibilità verso la socialità del diritto; la convinzione che parlare di "fonti" significa osservare le "interpretazioni" sono altrettante occasioni per riflettere sugli effetti che il profondo cambiamento dei rapporti istituzionali e delle esperienze politiche ha prodotto sui concetti di "legalità" e di "certezza del diritto".

Sources, interpretations and multilevel protection system subjective legal situations.

Relations between legal systems have progressively consolidated and shaped thanks to a dialogue that has developed over time between national judges and the Court of Justice and the European Court of Human Rights, especially in the context of the protection of fundamental rights and freedoms. The discovery of an intimate coherence between legal traditions and judicial institutions (national and other); doubts (not always well-founded) with respect to the guarantee required by the Constitution (Article 101, 2nd co., Constitution) of the jurisdiction and the laws that govern it, its regulations, its way of being, its relationships "external", to its sensitivity towards the sociality of law; the conviction that speaking of "sources" means observing the "interpretations" are so many occasions to reflect on the effects that the profound change in institutional relations and political experiences has produced on the concepts of "legality" and "legal certainty".

SOMMARIO: 1. Gli indirizzi politici dell'esperienza giuridica contemporanea. 2. Il valore metodologico del moltiplicarsi delle fonti e dell'ampliarsi del diritto giurisprudenziale nella reiscrizione dei concetti di "legalità" e di "certezza del diritto".

1. *Gli indirizzi politici dell'esperienza giuridica contemporanea.* Esistono interazioni tra diritto, mutamenti istituzionali e trasformazioni culturali: «il diritto fisiologicamente non è (o non è mai soltanto) né un insieme di forme coartanti il divenire della vita sociale, né un insieme di regole autoritarie a presidio del potere costituito, non è cioè un artificio ma possiede un significato squisitamente ontologico, affonda nelle scaturigini più intime d'una civiltà e ne esprime radici e valori»¹. Sussistono interrelazioni tra "storia" e "politica" che non possono essere trascurate, dal momento che «quell'intreccio offre indirizzi, non solo di metodo; rivela radici ed esperienze, sociali ed istituzionali; evidenzia mai lineari dinamiche dei ceti interessati alle sorti della giurisdizione e del Paese; smuove le fallaci appartenenze, al ceto o alla funzione; sorreg-

¹ GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, Roma-Bari, 2011, 12.

ge le necessità del *cives* chiamato a far fronte, giorno dopo giorno, a quella trascinata stasi del paese»². Perciò, «di fronte a siffatta realtà, l'interprete non può più isolarsi nell'angusto contesto nazionale, ma deve necessariamente alzare lo sguardo per cercare quella che è stata opportunamente chiamata una "osmosi" tra le diverse formulazioni della normativa europea di natura convenzionale, del diritto eurounitario e di quella nazionale, ordinaria e costituzionale (...) senza dimenticare che le norme "esterne" vivono anche, se non soprattutto, nella interpretazione eminente che forniscono loro le giurisdizioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea»³.

Non meravigli l'approccio. Il rapporto tra normazione, storia e politica è da sempre un riflesso delle organizzazioni giudiziarie e delle istituzioni giurisdizionali di epoche e di regimi diversi: il giusnaturalismo ha dominato nell'epoca pre-moderna finché è mancato un sistema formalizzato di fonti fondato sul monopolio statale della produzione normativa; il giuspositivismo si è affermato dopo le codificazioni e la nascita dello Stato moderno, mentre il costituzionalismo novecentesco⁴ si è caratterizzato con la introduzione della garanzia giurisdizionale della rigidità delle Costituzioni. Dunque, tre modelli di diritto, tre culture, ciascuna corrispondente ad un diverso sistema politico: l'*ancien regime*, lo stato legislativo di diritto, lo stato costituzionale di diritto. Nell'ultimo, caratterizzante l'epoca contemporanea, la relazione tra regime costituzionale e diritti fondamentali della persona si inverte, facendo precedere questi rispetto alla instaurazione di quello, in maniera del tutto coerente con l'affermarsi della tendenza al riconoscimento ed alla tutela delle situazioni soggettive (diritti e libertà) nell'ordinamento comunitario e nel sistema internazionale, in un rapporto di ordine dommatico e giuridico capace di arginare eventuali derive giusnaturalistiche⁵.

L'avvenimento segna l'abbandono del "sovrano" dei diritti fondamentali a

² RICCIO, *Garantismo e dintorni. A proposito della crisi della Giustizia*, Napoli, 2015, 13.

³ GAITO, MARZADURI, MAZZA, DINACCI, *Prefazione*, in *Principi europei del processo penale*, a cura di Gaito, Roma, 2016, XXIII.

⁴ RIDOLA, *Il costituzionalismo: itinerari storici e percorsi concettuali*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, vol. III, Torino, 2005, 293 ss.

⁵ LABRIOLA, *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, in *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, a cura di Bilancia, Di Marco, Milano, 2004, 180.

Sul rapporto tra costituzionalismo e diritto dell'Unione europea, da ultima, IAMICELI, *Effettività delle tutele e diritto europeo: il ruolo del giudice nel prisma della Carta dei diritti fondamentali*, in *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, a cura di Iamiceli, Napoli, 2020, 2.

favore dell' "integrazione ", nel cui ambito, il legame tra dimensione giuridica, culturale e normativa dei fenomeni giuridici origina dall'ampliamento dei nessi tra culture diverse e differenti sistemi⁶. E tratteggia un contesto che: riconosce al diritto dell'Unione europea, la natura di «cerchio supplementare di legalità, oltre la legge e oltre la Costituzione di un singolo stato membro»⁷ ed al sistema della C.E.D.U., quella di fonte sub-costituzionale; promuove il processo di riposizionamento della Corte costituzionale nel sistema costituzionale⁸, da un lato, legittimando la ricerca di centralità da parte della stessa Corte, da intendersi come affermazione di una robusta posizione di raccordo, non di esclusività⁹, nella tutela giurisdizionale della Costituzione, specie a fronte dello sviluppo del ruolo delle magistrature nazionali e delle Corti di Strasburgo e di Lussemburgo¹⁰ e, dall'altro, riaffermandone il ruolo di garante dei valori affermati nella Carta costituzionale, cui si è aggiunto quello sincrono di custode dei diritti fondamentali affermati a livello sovranazionale ed internazionale¹¹. Favorisce il rapporto tra le Corti dei diritti in termini di "dialogo", nel quale sono centrali il confronto tra il giudice costituzionale ed il giudice euromunitario, tra il primo ed il giudice convenzionale; le "relazioni verticali" tra Corti nazionali e Corti europee, convergenti nei principi generali e sulla tutela dei diritti fondamentali; lo «Stato di diritto in rete»¹², ovvero, "le relazioni orizzontali" tra le Corti italiane e le Corti di altri Paesi. Un dialogo «coope-

⁶ Il fenomeno, nell'ambito della scienza giuridica penale, dunque, rispetto ai diritti procedurali fondamentali dell'indagato/imputato, è "anticipato" da GAITO, *Un processo penale verso il modello europeo*, in *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di Gaito, 2006, il quale, successivamente, ne offre una panoramica poliedrica, anche in prospettiva *de iure condendo*, attraverso cui ricostruisce i complessi rapporti tra assetto interno e principi sovranazionali, evidenziandone dubbi interpretativi e profili di criticità: GAITO, *Presentazione, Regole europee e Processo penale*, a cura di Gaito, Chinnici, Padova, 2018, XIII, spec., GAITO, CHINNICI, *Le resistenze interne agli imperativi europei*, 5-8 e 39 ss. (nell'edizione del 2016, il profilo era stato affrontato sempre da GAITO, CHINNICI, *Comandamenti europei e resistenze interne*, 5-11. 24 ss.); GAITO, *L'adattamento del diritto interno alle fonti europee*, in *Procedura Penale*, Torino, 2020, 30-52.

Sui prodromi dell'innesto della normativa di matrice europea nel sistema penale nazionale, già MAZZA, *Giustizia penale in trasformazione: profili d'indagine*, in *questa Rivista*, 2012, n. 1, 1.

⁷ TESAURO, *Prefazione*, in *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di Bronzini, Cosio, Milano, 2017, XVIII.

⁸ STAIANO, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, in *federalismi.it*, 100 ss.

⁹ In senso contrario, DONATI, *La questione prioritaria di costituzionalità*, in *federalismi.it*.

¹⁰ DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio del sistema*, in *federalismi.it*, IV.

¹¹ CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 8.

¹² PIANA, *Lo Stato di diritto in rete. Il dialogo orizzontale delle Corti fra modelli e prassi*, in *giustizia-amministrativa.it*

rativo» che, a sua volta, dà luogo ad «un insieme di garanzie che travalicano i confini nazionali e che pur tuttavia dentro a quei confini sono inverate grazie all'azione puntuale di un giudice tessitore»¹³ capace di costruire «ponti e dialoghi fra norme che non sono fra loro né sistematizzate, né sistematizzabili»¹⁴, una «Global Community of Courts»¹⁵. E, infine, che si pone l'obiettivo di assicurare la «massima espansione delle garanzie di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione reciproca»¹⁶, tramite il mutuo compimento delle Carte nei fatti interpretativi¹⁷, aprendo, cioè, alla omogeneizzazione delle diverse giurisprudenze, resa possibile dal carattere tendenzialmente universale dei diritti fondamentali¹⁸, al di là della varietà delle formulazioni

¹³ VOGLIOTTI, *Production du droit en réseau et juge "tisseur". De quelques épiphanies de l'expérience juridique médiévale au sein de la justice pénale internationale*, in *Les sources du droit international pénal, Société de législation comparée*, a cura di Delmas-Marty, Fronza, Lambert-Abdelgawad Paris, 2004, 361 ss.

¹⁴ PIANA, *Lo Stato di diritto in rete*, cit.

¹⁵ SLAUGHTER, *A Global Community of Courts*, in *Harvard International Law Journal*, 2003, vol. 44.

¹⁶ A partire da Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349 e Id., 4 dicembre 2009, n. 317. Successivamente, Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264; Id., 4 luglio 2013, n. 170; Id., 18 luglio 2013, n. 202; Id., 4 luglio 2014, n. 191; Id., 26 settembre 2014, n. 227; n. 223 del 2014; Id., 26 marzo 2015, n. 49.

Per un quadro di sintesi, CAMPEIS, DE PAULI, *Giudice comune, diritti fondamentali, corti europee*, Pisa, 2020, 1 ss.

¹⁷ «I diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione: non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 della Costituzione (...) ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione»: Corte cost., n. 388 del 1999.

¹⁸ «Propongo una definizione teorica, puramente formale o strutturale, di «diritti fondamentali»: sono «diritti fondamentali» tutti quei diritti soggettivi che spettano universalmente a «tutti» gli esseri umani in quanto dotati dello status di persone, o di cittadini o di persone capaci d'agire; inteso per «diritto soggettivo» qualunque aspettativa positiva (a prestazioni) o negativa (a non lesioni) ascritta ad un soggetto da una norma giuridica, e per «status» la condizione di un soggetto prevista anch'essa da una norma giuridica positiva quale presupposto della sua idoneità ad essere titolare di situazioni giuridiche e/o autore degli atti che ne sono esercizio. Questa definizione è una definizione teorica in quanto, pur essendo stipulata con riferimento ai diritti fondamentali positivamente sanciti da leggi e costituzioni nelle odierne democrazie, prescinde dalla circostanza di fatto che tali diritti siano formulati in carte costituzionali o in leggi fondamentali, e perfino dal fatto che essi siano enunciati in norme di diritto positivo. Non si tratta, in altre parole, di una definizione dogmatica 2 cioè formulata con riferimento alle norme di un concreto ordinamento, come per esempio la costituzione italiana o quella spagnola. In base ad essa diremo che sono «fondamentali» i diritti ascritti da un ordinamento giuridico a tutte le persone fisiche in quanto tali, o in quanto cittadini o in quanto capaci d'agire. Ma diremo anche, senza che la nostra definizione sia in alcun modo inficiata, che un dato ordinamento giuridico, per esempio totalitario, è privo di diritti fondamentali. La previsione di tali diritti da parte del diritto positivo di un determinato ordinamento è insomma condizione della loro esistenza o vigore in quell'ordinamento, ma non incide sul significato del concetto di diritti fondamentali. Meno ancora incide su tale significato la loro previsione in un testo costituzionale, che è solo una garanzia della loro osservanza da parte del legislatore ordinario: sono

fondamentali, per esempio, anche i diritti di difesa ascritti all'imputato dal codice di procedura penale, che pure è una legge ordinaria. In secondo luogo la nostra definizione è una definizione formale o strutturale, nel senso che prescinde dalla natura degli interessi e dei bisogni tutelati con il loro riconoscimento quali diritti fondamentali, e si basa unicamente sul carattere universale della loro imputazione: inteso «universale» nel senso puramente logico e avalutativo della quantificazione universale della classe dei soggetti che ne sono titolari. Di fatto sono tutelati come universali, e quindi fondamentali, la libertà personale, la libertà di pensiero, i diritti politici, i diritti sociali e simili. Ma ove tali diritti fossero alienabili e quindi virtualmente non universali, come avverrebbe per esempio in una società schiavista o interamente mercantile, essi non sarebbero universali né quindi fondamentali. Inversamente, se fosse stabilito come universale un diritto assolutamente futile, come per esempio il diritto ad essere salutati per strada dai propri conoscenti o il diritto di fumare, esso sarebbe un diritto fondamentale. Sono evidenti i vantaggi di una tale definizione. In quanto prescinde da circostanze di fatto, essa è valida per qualunque ordinamento, indipendentemente dai diritti fondamentali in esso previsti o non previsti, inclusi gli ordinamenti totalitari e quelli premoderni. Ha quindi il valore di una definizione appartenente alla teoria generale del diritto. In quanto è indipendente dai beni o dai valori o dai bisogni sostanziali che dai diritti fondamentali sono tutelati, essa è inoltre ideologicamente neutrale. È perciò valida qualunque sia la filosofia giuridica o politica condivisa: giuspositivista o giusnaturalistica, liberale o socialista, e perfino illiberale e anti-democratica. E tuttavia questo carattere «formale» della nostra definizione non toglie che essa sia sufficiente a identificare nei diritti fondamentali la base dell'uguaglianza giuridica. Grazie ad esso, infatti, l'universalità espressa dalla quantificazione universale dei (tipi di) soggetti che di tali diritti sono titolari viene a configurarsi come un loro connotato strutturale, che come vedremo comporta il carattere inalienabile e indisponibile degli interessi sostanziali in cui essi consistono»: FERRAJOLI, *Una definizione del concetto di diritti fondamentali*, in *ristretti.it* In tema, dello stesso A., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari (1989), 4^a ed. 1998, 950-963; ID., *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in *La cittadinanza. Appartenenza identità diritti*, a cura di Zolo, Roma-Bari 1994, 263-292; ID., *Aspettative e garanzie. Prime tesi di una teoria assiomatica del diritto*, in *Logos dell'essere, logos della norma*, a cura di Lombardi, Valiauri, Bari 1998; ID., *Diritti fondamentali*, in FERRAJOLI, *Un dibattito teorico*, a cura di Vitale, Roma-Bari, 2001; ID., *Principia iuris. Teoria giuridica della democrazia*, vol. I, Roma-Bari, 2007, 361 ss. e, da ultimo, ID., *Giurisdizione e democrazia. Una critica dell'ermeneutica giuridica*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale. ricordando Massimo Nobile*, a cura di Iasevoli, Napoli, 2020, 97 ss.

Specularmente: «Sul piano politico, il garantismo è debole, tanto come teoria che come pratica, se agisce solo come un limite, e non anche come un progetto: se si limita a dire cosa non si deve fare [...] e non offre anche indicazioni positive per una politica di protezione dei diritti, per una politica rivolta, cioè, a modificare variabili comportamentali, situazionali e sociali che influiscono o possono influire su di essi». Occorrono «progetti di politiche integrate, multi agenziali, per rispondere ai diversi problemi della sicurezza in modo differenziato e adeguato alla complessità di ciascuno di essi». «Nel suo significato più ampio, il garantismo è l'emancipazione di tutti i bisogni reali, la protezione di tutti i diritti fondamentali di fronte ad ogni tipo di repressione e di violazione, non soltanto nei confronti del potere punitivo dello Stato. In questo significato il garantismo dovrebbe essere la bandiera stessa delle forze progressiste». «Il garantismo come progetto politico ha un consenso potenziale molto più grande di quello che non è riuscita ad ottenere, finora, la critica garantistica della comunità scientifica dei penalisti», purché esso sia garanzia dei diritti di tutti, e non «pseudo garantismo», ovvero garanzia solo dei potenti dall'intervento penale, all'infuori di qualunque progetto di emancipazione sociale e di eguaglianza, che richiede interventi attivi da stato sociale di diritto»: CAVALIERE, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla "cultura del penale"*, in *questa Rivista*, 2018, n. 3, 16; i richiami virgolettati appartengono a BARATTA, *Prefazione a* MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, I, Napoli 1995, XXIV-XXVI.

Cfr., DONINI, *Garantismo penale oggi*, in *Criminalia*, 2019, spec. 3 e MOCCIA, *Massimo Nobile: il costume della legalità*, cit., 31 ss.

lessicali.

Il livello di protezione assicurato, a sua volta, si manifesta nei vincoli derivanti dall'ordinamento sovranazionale e dagli obblighi internazionali (artt. 11 e 117, 1° co., Cost.) - temperati, rispettivamente, dai controlimiti¹⁹ e dal margine di apprezzamento²⁰ - e nel segmento normativo (di recente codificazione²¹ ma di antica origine²²) degli artt. 6, parr. 1 e 3, T.U.E. (67, par. 1, T.F.U.E.); 19, par.

Sul *garantismo* riferito alle situazioni giuridiche soggettive protette nel processo penale, per l'approfondimento, si rinvia a MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011; sulla sua crisi, da ultimi, a BENE, *L'anima inquisitoria del legislatore*, in IASEVOLI (a cura di), *Scenari e trasformazioni*, cit. 299 ss.; GAITO, LA ROCCA, *Vent'anni di "giusto processo e trent'anni di "codice vassalli": quel (poco) che rimane*, in *questa Rivista*, 2019, n. 3; LA ROCCA, *La prima delega del decennio per la riforma del processo penale: una corsa folle contro il tempo che ora scorre senza contrappesi*, *ivi*, 2020, n. 1; MAZZA, *Tradimenti di un codice*, *ivi*, 2019, n. 3; ID., *Tradimenti di un codice*, cit., 3-8; RICCIO, *La crisi della giustizia tra pressioni comunitarie e recessioni interne*, in *questa Rivista*, 2019, n. 3.

¹⁹ A partire da Corte cost., n. 183 del 1973 e Id., n. 232 del 1989.

²⁰ Corte cost., n. 317 del 2009.

²¹ A seguito del 50° anniversario della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, celebrato nel dicembre 1998, il Consiglio europeo di Colonia (3-4 giugno 1999) decise di avviare i lavori per la redazione di una Carta dei diritti fondamentali. Si voleva in tal modo raccogliere in un unico testo i diritti fondamentali in vigore a livello dell'Unione (e basati sui trattati comunitari, sulle convenzioni internazionali e sulle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri), in modo da conferire loro maggiore visibilità. L'elaborazione venne affidata ad una speciale Assemblea - che decise di darsi il nome di Convenzione - composta da 62 membri, rappresentanti dei Parlamenti nazionali, del Parlamento europeo, dei governi degli Stati membri e del Presidente della Commissione europea. I lavori ebbero inizio il 17 dicembre 1999 e terminarono con la proclamazione, *a latere* del Consiglio europeo di Nizza, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, il 7 dicembre 2000, nella forma di solenne Dichiarazione congiunta del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, con l'auspicio che alla Carta fosse data la più ampia diffusione possibile presso i cittadini dell'Unione (in *GUCE*, C-364 del 18 dicembre 2000). La sua originaria natura di dichiarazione interistituzionale, proclamata dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione, non riconducibile né alla tipologia delle fonti del diritto primario né a quelle del diritto derivato, ha determinato da un lato, l'assenza di formale valore vincolante, e dall'altro, ha fatto sì che la Corte di giustizia vi facesse (inizialmente) riferimento soltanto a fini interpretativi per la ricostruzione dei diritti fondamentali in quanto principi generali di diritto (in tal senso le conclusioni dell'avvocato generale Juliane Kokott del 15 dicembre 2005 nella causa C-10/05, dell'8 settembre 2005 nella causa C-540/03 e del 14 ottobre 2004 nelle cause riunite C-387/02, C-391/02 e C-403/02; le conclusioni dell'avvocato generale Poiares Maduro del 29 giugno 2004 nella causa C-181/03; dell'avvocato generale Mischo del 20 settembre 2001 nelle cause riunite C-20/00 e C-64/00; dell'avvocato generale Tizzano dell'8 febbraio 2001 nella causa C-173/99; dell'avvocato generale Léger del 10 luglio 2001 nella causa C-353/99 P. Hautala e dell'avvocato generale Alber del 24 ottobre 2002 nella causa C-63/01. Cfr. pure Corte cost., 24 aprile 2002, n. 135 e Corte giust. UE, 5 maggio 2003, C-138/01, C-139/01, C-465/00; Id., 18 ottobre 2002, C-232/02; Tribunale di prima istanza, 20 febbraio 2001, T-112/98; Id., 30 gennaio 2002, T-54/99; Id., 3 maggio 2002, T-177/01; Id., 27 settembre 2002, T-211/02; Id., 15 gennaio 2003, T-377/00; Id., 9 luglio 2003, T-223/00 e T-224/00). Con la riforma dell'ordinamento dell'U.E. ad opera del Trattato di Lisbona, la Carta ha acquisito rango di diritto primario, dal momento che l'art. 6, par. 1, T.U.E., le ha espressamente riconosciuto lo stesso valore giuridico dei Trattati.

²² La protezione dei diritti, in ambito comunitario, non fu, in origine, autonomamente assicurata. Anzi,

1, prima parte, T.U.E.; 19, par. 1, seconda parte, T.U.E.; 51-53 C.D.F.U.E.; 53 C.E.D.U., nell'art. 6, par. 3, T.U.E.²³, in cui il rapporto "fonti-

in una prima fase, nell'autonomia dell'ordinamento comunitario rispetto ai sistemi giuridici nazionali, la Corte di giustizia trovò la ragione per negarla (Corte giust. UE, 4 febbraio 1959, C-1/58; Id., 17 dicembre 1970, C-11/70). La soluzione giurisprudenziale, tuttavia, era destinata ad essere abbandonata, anche in ragione dell'intensificazione e dell'ampliamento dell'integrazione comunitaria, non potendosi ammettere che la Comunità europea conseguisse le proprie finalità attraverso norme dotate delle caratteristiche del primato e dell'effetto diretto e per settori crescenti della vita economica e sociale degli Stati membri in una sorta di zona franca dal rispetto dei diritti fondamentali, ai quali le esperienze giuridiche nazionali e alcune fra esse in particolare, attribuivano importanza capitale. CONDINANZI, *Il "livello comunitario" di tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*, in *La tutela multilivello dei diritti*, cit., pp. 36-37.

Significativo è l'orientamento della Corte costituzionale italiana, che, come noto, fin da subito individuò un irriducibile ostacolo alle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost. nel fatto che esse sono possibili purché avvengano «senza pregiudizio del diritto del singolo alla tutela giurisdizionale», essendo «questo diritto (...) tra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2» (Corte cost., n. 98 del 1965). La teoria dei "controlimiti" alla prevalenza del diritto comunitario ha trovato più ampie e puntuali formulazioni nella giurisprudenza costituzionale successiva. In particolare, nella sentenza n. 183 del 18 dicembre 1973 (nello stesso senso, anche, Corte cost., n. 170 del 1984 e Id., 21 n. 232 del 1989), nella quale la Corte precisò che «deve escludersi che siffatte limitazioni» - vale a dire, quelle consentite dall'art. 11 Cost. - «possano comunque comportare per gli organi della CEE un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana». Nel caso «improbabile ma non impossibile» (Corte cost., n. 232 del 1989) in cui il contrasto dovesse verificarsi, «sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale» della Corte costituzionale «sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali» (Corte cost., 26 marzo 1993, n. 115). Altrettanto nota è la posizione del Bundesverfassungsgericht, la quale, dapprima critica sull'equivalenza della protezione comunitaria dei diritti fondamentali con quella considerata irrinunciabile e pretesa dal *Grundgesetz* (BVerfG 37, 271-*Solange I*), solo nel 1986 con la decisione *Solange II*, riconobbe che la tutela era assicurata nei due sistemi a livelli paragonabili. Il risultato conseguito dalla giurisprudenza costituzionale tedesca non ha però fatto venir meno la pretesa del Bundesverfassungsgericht di esercitare la propria giurisdizione, sia pure in cooperazione con la Corte di giustizia, per garantire la effettiva protezione dei diritti fondamentali (BVerfG, *Maastricht-Urteil*, 1993), anche se solo in quei casi in cui la violazione dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione nazionale sia indicata e dimostrata quale esito di un generale affievolimento del livello di protezione (BVerfG, *Bananenmarkt-Beschluss*, 2000).

²³ Strasburgo/Bruxelles, 29 settembre 2020 - Il Segretario generale del Consiglio d'Europa di 47 nazioni, Marija Pejčinović Burić e il vicepresidente per i valori e la trasparenza della Commissione europea, Věra Jourová, hanno rilasciato la seguente dichiarazione relativa alla ripresa dei negoziati sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: «*The European Union's accession to the European Convention on Human Rights will be an important milestone in the protection of human rights and fundamental freedoms across Europe. For 70 years, the Convention has been a unique and invaluable tool protecting millions of Europeans and supporting our shared values of human rights, democracy and the rule of law. The EU's accession to the Convention, which is a legal requirement under the Lisbon Treaty, will further strengthen human rights protection in Europe. Accession will help to guarantee coherence and consistency between EU law and the Convention system. It will also ensure that the EU is subjected to the same international oversight on human rights as its 27 member states and 20 other Council of Europe countries which are not members of the EU. It means that citizens will be able to challenge the EU's actions before the European Court of Human Rights. The EU will also be able to join its member states in proceedings at the European Court of Human Rights concerning*

interpretazioni” penetra il sistema giuridico e definisce i profili di tutela delle posizioni soggettive e delle situazioni che vi si riferiscono, assicurando, da un lato, sulla sussistenza, nella materia, di un patrimonio comune a cui attingono le Corti nazionali, sovranazionali ed internazionali e, dall’altro, che l’ambito delle garanzie è determinato tenendo conto del livello istituzionale in grado di tutelare e di garantire con maggiore effettività, rispetto ad altri, l’esercizio di un diritto o di una libertà.

Si assiste, dunque, alla tessitura di uno *ius commune* compiuta attraverso un fitto reticolo di principi generali – piuttosto che tramite il confronto tra discipline positive – che non si sovrappongono bensì si affiancano ai diritti nazionali, secondo una «logica di integrazione ed assimilazione, che si riversa in particolare nella tematica dei diritti fondamentali»²⁴.

Sicché, quella combinazione normativa non comporta dismissioni ed erosioni della potestà statale in materia di diritti; non altera (non può) i rapporti tra giurisdizione nazionale (soprattutto, costituzionale) e giurisdizioni sovranazionali ed internazionali; né implica che la prima perda rilievo a fronte di una espansione delle seconde; e nemmeno determina il declino degli Stati nazionali e la perdita del ruolo normativo del diritto interno.

Allo stesso modo, la logica di una tutela a diversi livelli ma omogenea nel contenuto valoriale, non genera confusione né pericolose commistioni tra “fenomeni” e “situazioni”. Non pregiudica lo stato di diritto nel suo paradigma legislativo (principio di legalità come fonte esclusiva del diritto valido ed ancor prima esistente) e neanche nel suo significato costituzionale (subordinazione della legge ordinaria alla Costituzione). Non provoca la deriva dei principi di legalità²⁵ e della certezza del diritto²⁶. Ne contestualizza soltanto l’ontologia dei

alleged violations resulting from EU law. The European Convention on Human Rights represents everything that the Council of Europe and the European Union stand for. In these difficult times, the resumption of these crucial negotiations sends a strong signal about the commitment of our two organisations, and our member states, to the fundamental values that we cherish. We very much hope that the negotiations can be brought to a speedy and successful conclusion for the benefit of Europe as a whole.

²⁴ PATRONI GRIFFI, *Corti nazionali e Corti europee: un problema di confini?*, in *federalismi.it*, 33.

Cfr., FERRARESE, *I confini e la voglia di attraversarli*, in TORCHIA (a cura di), *Attraversare i confini del diritto*, Bologna, 2016, 55 ss.

²⁵ In riferimento al processo penale, sono critici, tra gli altri, MAZZA, *Conciliare l’inconciliabile: il vincolo del precedente nel sistema di stretta legalità (civil law)*, in *questa Rivista*, 2018, 724 ss; VALENTINI, *Contro l’invenzione del diritto: piccolo elogio della legalità processuale, ricordando Piero Calamandrei*, *ivi*, 2018, n. 2.

Stigmatizza il «trionfo del diritto vivente sul diritto vigente», FERRUA, *La lenta agonia del processo accusatorio a trent’anni dall’entrata in vigore: trionfante nella Carta costituzionale, moribondo nel reale*, in *Proc. pen. giust.*, n. 1, 2020, 7 ss. Allo stesso modo, NEGRI, *Diritto costituzionale applicato: destinazio-*

rispettivi lemmi.

2. *Il valore metodologico del moltiplicarsi delle fonti e dell'ampliarsi del diritto giurisprudenziale nella riscrittura dei concetti di "legalità" e di "certezza del diritto"*. L'operazione sviluppa una «legalità di livello internazionale, affiancata più che sopraordinata alla legalità degli Stati nazionali, cui ha corrisposto, con la creazione di corti sovranazionali e il fenomeno crescente del dialogo tra corti nazionali e corti sovranazionali, un'ulteriore espansione della giurisdizione e dell'argomentazione interpretativa»²⁷. Contestualizza il pensiero crisafulliano, la concezione dialettica delle regole giuridiche funzionali a ricondurre il "diritto vivente" in seno al divenire dell'ordine giuridico, secondo cui la "norma" non è da considerare come racchiusa nella disposizione, quasi che quest'ultima possa essere ridotta ad un involucro che già contenga *in nuce* tutte le possibilità interpretative che potranno in futuro essere ad essa ricollegate ma è ogni volta il risultato di un'attività interpretativa volta, appunto, ad intendere il senso della regola nel diritto vivente²⁸. Contribuisce allo sviluppo dell'ordinamento giuridico interno, aprendolo al confronto, alle alternative, ai mutamenti della giurisprudenza delle Corti interne, di quelle europee e dei giudici comuni. Legittima la nozione "dinamica" di giurisdizione,

ne e destino del processo penale, in *Proc. pen. giust.*, 2019, n. 2, 553.

In tema, da ultimi, GROSSI, *A proposito de "il diritto giurisprudenziale"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2020, 1 ss.; ILLUMINATI, *Principio di legalità e processo penale*, in IASEVOLI (a cura di), *Scenari e trasformazioni*, cit. 69 ss. e LUPO, *Il rapporto tra legis-latio e iuris-dictio*, cit., 51 ss.

²⁶ Sulla *certezza del diritto*, PUNZI, *L'insostenibile pluralità della giurisprudenza. Il giovane Schmitt e la certezza del diritto*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1, 2018, 27 ss. (il richiamo è all'opera di SCHMITT, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, 1912): «Calandosi nel cuore dell'esperienza giuridica, però [...] Schmitt sembra non trovare ciò che in realtà andava cercando: l'univocità di una decisione che, con potenza quasi divina, potesse ricondurre ad ordine la dinamica e conflittuale realtà sociale. E ciò, potrebbe dirsi, per la natura della cosa: nella giurisprudenza, infatti, le decisioni sono intrecciate ad interpretazioni e motivazioni, sono governate dalla logica del probabile, dunque prive di irrefutabile certezza, si traducono in pronunce spesso soggette a revisione che, anche quando assurgono a "cosa giudicata", continuano ad essere oggetto di rivisitazione critica da parte di dottrina e giurisprudenza successive. Il vero è che le decisioni nella giurisprudenza rimangono sempre legate al luogo da cui nascono – la dimensione plurale del contraddittorio e l'ordine che può scaturire dalla soluzione del conflitto, se esiste, può essere solo plurivoco».

Sul principio calato nell'esperienza giuridica penale, in particolare, sul profilo politico-sociologico dell'intervento giudiziario, sull'esercizio del potere dinanzi ai valori, sul rapporto tra ermeneutica e ricerca processuale, per tutti, le note critiche di SCALFATI, *Prefazione*, in *Giudizio penale e ragionevole dubbio*, a cura di Incampo, Scalfati, Bari, 2017, 7 ss.

²⁷ FERRAJOLI, *Argomentazione interpretativa e argomentazione equitativa. Contro il creazionismo giurisprudenziale*, in *Teoria et derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n. 20, 64-95 (successivamente in *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti*, cit., 168).

²⁸ CRISAFULLI, *Disposizione e norma*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano 1964, spec. 168.

per cui è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale ma anche quella che dà contenuto a quel potere, stabilendo le forme di tutela attraverso le quali si estrinseca²⁹. La sua sintesi, infine, contestualizzata, è evocata dalla distinzione (di cui si ammette la equivocità) tra “diritti” e “principi”, proposta dall'art. 52, par. 5, C.D.F.U.E., ai sensi del quale questi, a differenza di quelli, non sarebbero in linea generale invocabili direttamente davanti ai giudici se non come elemento interpretativo o parametro della legalità degli atti che vi danno attuazione³⁰. In questo perimetro, si inseriscono gli arresti costituzionali in tema di “doppia pregiudizialità”³¹, che impongono di «prendere atto che la Carta dei diritti [fondamentali dell'Unione europea] costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale» e che «i principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri)»³²; che dispongono, nel caso di contrasto di una disposizione legislativa interna rispetto ad una della Carta dei diritti U.E. di garanzia di un diritto fondamentale³³, da sola³⁴ o in combinazione con una norma di diritto derivato ad essa collegata, oppure una qualsiasi norma europea corrispondente per contenuto ad una disposizione della Costituzione³⁵, la opportunità (non la obbligatorietà) che il giudice solleciti, prima di investire la Corte di giustizia di un dubbio interpretativo o di validità e/o prima di disapplicare la legge qualora ritenga che la norma europea sia dotata di un effetto diretto, un intervento *erga omnes* della Corte costituzionale, la quale, nella sua discrezionalità, valuterà se affrontare prima il de-

²⁹ Cass., Sez. un. civ., 19 ottobre 2020, n. 19598.

In dottrina, da ultimo, CURTI GIALDINO, *La Corte di giustizia e la sindacabilità da parte delle SS. UU. della Cassazione delle violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione europea per “motivi inerenti alla giurisdizione”*, in *Federalismi.it*, 3/2021, 12 ss.

³⁰ Cfr., le *Spiegazioni relative all'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali* (art. 52, par. 7).

In dottrina, tra gli altri, JACQUÉ, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: présentation générale*, in ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione europea*, Milano 2002, 72-75; HILSON, *Rights and Principles in EU Law: A Distinction Without Foundation?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 15, 2008, 193-215. In senso critico, ANDERSON, MURPHIL, *The Charter of Fundamental Rights*, in BIONDI, ECKOUT, RIPLEY (a cura di), *EU Law After Lisbon*, Oxford, 2012, p. 155, spec. 162.

In giurisprudenza, Corte giust. UE, 22 giugno 2011, C-161/11.

³¹ Corte cost., n. 269 del 2017; Id., n. 20 del 2019; Id., n. 63 del 2019; Id., n. 112 del 2019; Id., n. 117 del 2019; Id., n. 245 del 2019; Id., n. 11 del 2020; Id., n. 44 del 2020; Id., n. 182 del 2020.

³² Corte cost., n. 269 del 2017, cit.

³³ Corte cost., n. 20 del 2019, cit.

³⁴ Corte cost., n. 269 del 2017, cit.

³⁵ Corte cost., n. 11 del 2020, cit.; Id., n. 44 del 2020, cit.

nunciato contrasto della legge con il diritto europeo, parametro interposto, oppure con il parametro costituzionale, ed eventualmente dichiarare incostituzionale la legge per l'una o per l'altra, o per entrambe le ragioni³⁶.

L'orientamento segna il definitivo tramonto della sovranità statale come inevitabile epilogo di "giurisdizionalizzazioni" su vasta scala della tutela multilivello delle situazioni soggettive, nonostante la Corte non rinunci alla propria cen-

³⁶ In sintesi, l'evoluzione delle argomentazioni della Corte costituzionale: «La Corte ritiene che laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE»: Corte cost., n. 269 del 2017, cit. La sentenza n. 20 del 21 febbraio 2019, cit. (allineata a Corte giust. UE, 20 dicembre 2017, C-322/16) chiarisce che «in generale, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera (...) un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione»; sicché, «resta fermo che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria». Dunque, la regola: i giudici comuni hanno la facoltà e non l'obbligo di rivolgersi previamente alla Corte costituzionale; dunque, essi possono formulare quesiti pregiudiziali senza limitazione alcuna, sia anteriormente sia successivamente che contemporaneamente (Corte app. di Napoli, sez. lav., 18 settembre 2018, rg. 2784/2018) all'incidente costituzionale. Altre specificazioni si ricavano da Corte cost. n. 63 del 21 marzo 2019 e n. 117 del 10 maggio 2019, cit.: di fronte ai casi di *doppia pregiudizialità*, vale a dire di controversie che possono dare luogo a questioni di illegittimità costituzionale e, simultaneamente, a questioni di compatibilità con il diritto dell'Unione, la Corte costituzionale, in qualità di organo giurisdizionale nazionale ai sensi dell'art. 267 TFUE, «potrà dunque valutare se la disposizione censurata violi le garanzie riconosciute, al tempo stesso, dalla Costituzione e dalla Carta, attivando il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ogniqualvolta ciò sia necessario per chiarire il significato e gli effetti delle norme della Carta; e potrà, all'esito di tale valutazione, dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata, rimuovendo così la stessa dall'ordinamento nazionale con effetti *erga omnes*. Ciò fermo restando che i giudici comuni possono sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, sulla medesima disciplina, qualsiasi questione pregiudiziale a loro avviso necessaria, anche al termine del procedimento incidentale di legittimità costituzionale; e fermo restando, altresì, il loro dovere - ricorrendone i presupposti - di non applicare, nella fattispecie concreta sottoposta al loro esame, la disposizione nazionale in contrasto con i diritti sanciti dalla Carta». Infine, nella sentenza n. 182 del 30 luglio 2020, cit. sempre la Corte ricorda che il «rinvio pregiudiziale si colloca in un quadro di costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia, nel quale le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di giustizia affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico (art. 53 CDFUE). L'intervento chiarificatore che si richiede alla Corte di giustizia è funzionale, altresì, alla garanzia di uniforme interpretazione dei diritti e degli obblighi che discendono dal diritto dell'Unione».

Cfr., Corte giust. UE, 20 dicembre 2017, C-322/16; Id., 5 aprile 2016, C-689/13; Id., 4 giugno 2015, C-5/14. E Cass., sez. lav., 17 giugno 2019, n. 16163; Id., sez. lav., 10 gennaio 2019, n. 451; Id., II civ., 6 dicembre 2018, nn. 31632 e 31633; Id., sez. lav., 30 maggio 2018, n. 13678; Id., sez. lav., 17 maggio 2018, n. 12108; Id., sez. lav., 21 febbraio 2018, n. 4223; Id., II civ., 16 febbraio 2018, n. 3831.

In dottrina, per tutti, LAMARQUE, *I poteri del giudice comune nel rapporto con la Corte costituzionale e le Corti europee*, in *Quest. Giust.*. Per una lettura critica, si rinvia a COSENTINO, *Doppia pregiudizialità, ordine delle questioni, disordine delle idee*, *ivi*.

tralità, a rappresentare, cioè, il punto di raccordo tra i diversi livelli di garanzia dei diritti dell'individuo in termini di equilibrato contemperamento tra esigenze comunitarie e bisogni nazionali. Compendia la realtà connessa alla complessa articolazione di un ordinamento multilivello che al criterio di gerarchia (delle fonti) affianca (giammai sostituisce) quello della "competenza"; che disciplina i conflitti in un quadro assertivo di una "competizione regolata", da un lato, e di una "collaborazione necessaria" tra i soggetti coinvolti, dall'altro. Dimostra che le criticità dell'attuale ordinamento non sono dovute - come pure si ritiene³⁷ - alla moltiplicazione delle fonti normative e ad una difficile compatibilità tra norme interne e disposizioni europee, scaturendo, piuttosto, dal dissesto della produzione legislativa sia sul piano quantitativo che qualitativo.

L'insieme di *realità* rappresentate e le loro reciproche interferenze condizionano il perimetro del principio di soggezione del giudice soltanto alla legge. È inevitabile, posto (s'è visto) che, nello scenario attuale, caratterizzato dalla progressiva integrazione delle competenze interne con quelle dell'Unione europea (finanche nella materia penale: artt. 82 e 83 T.F.U.E.), l'incidenza delle fonti esterne sull'ordinamento nazionale è fenomeno immanente non più futuribile e la "costituzionalizzazione" degli obblighi e dei vincoli comunitari ed internazionali (art. 117, 1° co., Cost.) riconosce progressiva vincolatività all'interpretazione adeguatrice del diritto domestico al diritto altro³⁸. Per cui, appare fisiologico che il principio di legalità assuma connotati innovati, innestati dalle fonti senza disposizione, soprattutto dai principi generali ricavabili dalle Carte dei diritti o reperibili negli ordinamenti/sistema e dal "diritto vivente" delle Corti sovranazionali e che i relativi effetti si riverberino (tra l'altro) sulla definizione dell'attività argomentativa giudiziale con riguardo, principalmente, ai profili del diritto immediatamente confinanti con il tema dei diritti fondamentali³⁹. Specificamente, sulla tecnica del bilanciamento⁴⁰ (ragionevolezza/proporzionalità) tra "situazioni soggettive" e "valori"; la quale, rispondendo alla logica dell'uguaglianza (ulteriormente avvertita dal giudice

³⁷ VIDIRI, *La certezza del diritto tra "positivismo giuridico" e "giusnaturalismo"*, in *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti*, cit., 10.

³⁸ In senso critico, GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Interpretazione e diritto giudiziale. Regole, modelli, metodi*, a cura di Bessone, Torino, 1999, 321.

³⁹ PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & Politica/Ethics & Politics*, 2006, 1.

⁴⁰ Conosciuta e praticata prima nella cultura giuridica nordamericana, poi in quella tedesca, la tecnica argomentativa del bilanciamento è stata portata all'attenzione della cultura giuridica italiana da BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992 e ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992.

nazionale a seguito delle istanze promosse dalle giurisdizioni europee⁴¹), assicurata, anche per questa via ed indipendentemente chi la pratici⁴², la “certezza del diritto”. Nella dimensione, il principio si libera da connotazioni giuspositivistiche che riducevano il diritto alla legge e relegavano il giudice al ruolo di notaio, per esaltare il valore della giurisdizione e delle decisioni interpretative che da essa originano; per rinnovare il rapporto tra “diritto vigente” del legislatore e “diritto vivente” dei giudici. E per riscrivere, sotto una ulteriore angolazione, il concetto di “certezza del diritto” deputata alla effettività della tutela delle posizioni soggettive, la cui efficienza si gioca (anche) sul terreno ermeneutico: sul fronte delle norme interne, principalmente, tramite l’opera nomofilattica della cassazione (art. 65 ord. giud.); sul fronte delle disposizioni esterne, garantendo i principi di effettività e di equivalenza⁴³ della tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario⁴⁴, e inoltre, attraverso il metodo teleologico⁴⁵ della interpretazione conforme al diritto dell’Unione⁴⁶ (nei limiti stabiliti dalla Corte di giustizia⁴⁷) ed al diritto consolidato (oltre che

⁴¹ Per tutte, Corte giust. UE, 20 maggio 2003, C-465/00, C-138/01 e C-139/01.

⁴² Vale la pena ricordare che si tratta di un fenomeno comune alle giurisdizioni nazionali e sovranazionali, che si manifesta sia nella giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 2 del 1999), di legittimità (SS. UU., 25 ottobre 2010, n. 21799) e del giudice comune (Cass., sez. un., 9 dicembre 2015, n. 24822), quanto in quella di Lussemburgo (tra le altre, Corte giust. UE, G.C., 29 gennaio 2008, C-275/06) e di Strasburgo (tra le altre, Corte EDU, 8 dicembre 2009, *Previti c. Italia*).

⁴³ Il sistema italiano offre adeguata ed eguale tutela a tutte le posizioni giuridiche soggettive, sia interne che di derivazione sovranazionale. Allo stesso modo, a proposito del principio di effettività, in ordine al quale, la giurisprudenza della Corte ripete da tempo che le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività). Invero, nell’ordinamento italiano lo stesso è ampiamente garantito dalla circostanza che il ricorrente ha a disposizione due gradi di giudizio per far valere le proprie ragioni (oltre al ricorso per cassazione per i motivi inerenti alla giurisdizione).

⁴⁴ Come prescritto dalla giurisprudenza. Corte Giust. UE, 13 marzo 2007, C-432/05; Id., 17 marzo 2016, C-161/15.

⁴⁵ La definizione è di TESAURO, *Diritto dell’Unione Europea*, Padova, 2012, 84.

⁴⁶ In giurisprudenza, tra le altre, Corte Giust. UE, 10 aprile 1984, C-14/83; Id., 8 ottobre 1987, 80/86; Id., 13 novembre 1990, C-106/89; Id., 14 dicembre 1995, C-430/93 e 431/93; Id., 27 giugno 2000, C-240/98 e 244/98; Id., 15 maggio 2003, C-160/01; Id., 5 ottobre 2004, C-397/01 e 403/01; Id., G.S., 16 giugno 2005, C-105/03; Id., 4 luglio 2006, C-212/04; Id., 5 luglio 2007, C-321/05; Id., 15 aprile 2008, C-268/06; Id., 23 aprile 2009, C-378/07 e 380/07; Id., 16 dicembre 2010, C-239/09; Id., 15 settembre 2011, C-53/10; Id., 28 luglio 2011, C-69/10; Id., 6 dicembre 2012, C-356/11 e 357/11; Id., 29 giugno 2017, C-579/15; Id., 12 febbraio 2019, C-492/18

In tema, in generale, LUCIANI, voce *Interpretazione conforme*, in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, 391 ss.

⁴⁷ *Ex multis*, Corte Giust. UE, 18 dicembre 1997, C-129/96; Id., 11 novembre 2004, C-457/02; Id., 4 luglio 2006, C-212/04; Id., 10 maggio 2011, causa C-147/08; Id., 28 giugno 2012, C-7/11; Id., 11 settembre 2012, C-43/10; Id., G.S., 15 gennaio 2014, C-176/12; Id., G.S., 27 febbraio 2018, C-64/16; Id., 11 settembre 2019, C 383/18.

alle sentenze-pilota)⁴⁸ della Corte europea. In tutte le situazioni, l'obiettivo è, ancora una volta, soddisfare l'esigenza di uniformità del livello di tutela dei diritti (anche quelli procedurali) fondamentali, prevenendo antinomie e/o incongruenze assiologiche tra disposizioni e tra disposizioni e norme ed assicurando, in tal modo, la tendenziale uguaglianza di trattamento dei diritti e delle libertà.

In queste rinnovate dinamiche, si inserisce il raccordo del contenuto del 2° co. dell'art. 101 Cost. con l'essenza del principio di legalità che esprime contenuto e limite dell'attività giudiziale; la quale, a sua volta, va collegata all'abbandono del modello legale di Stato che attribuisce esclusivamente al Parlamento il compito di elaborare i contenuti normativi ed al *favor* verso una potestà normativa "diffusa", che accanto al legislatore prevede attori altri che, insieme al primo, partecipano alla costituzione dell'ordine nazionale. Di modo che, la "legge" cui fa riferimento l'articolo non è più soltanto la disposizione isolata e contingente ma la "norma" nella sua accezione sistematica, inserita nel complessivo contesto dell'ordinamento giuridico integrato, nel rispetto della innovata catalogazione delle fonti e delle competenze che lo regola, compendiata, sotto il profilo delle fonti di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, nel segmento degli artt. 11; 117, 1° co., Cost.; 6 T.U.E., in cui coesistono la Costituzione, la Carta di Nizza, la C.E.D.U., i principi generali dell'U.E., contenenti i diritti che la Corte di giustizia definisce e sviluppa sulla base delle tradizioni costituzionali comuni⁴⁹ e dei trattati internazionali a cui gli Stati membri abbiano cooperato o aderito⁵⁰.

Epperò - è opportuno precisare -, il modello garantista della pos-modernità non smarrisce il ruolo regolativo della legislazione né abbraccia la teoria normativistica kelseniana⁵¹. Essa, soltanto, relativizza i limiti ed i vincoli legali (diritto vigente), ammettendo, da un lato, la loro inidoneità ad eliminare gli spazi di discrezionalità giudiziale colmati dall'argomentazione ermeneutica (diritto vivente) e dall'altro, svelandone la natura di "condizioni di validità" del diritto di produzione giurisprudenziale⁵².

⁴⁸ Per il cui riconoscimento la Corte costituzionale nella sentenza n. 49 del 26 marzo 2015 offre alcuni indici.

⁴⁹ Corte cost., n. 80 del 2011; ma già, Id., n. 477 del 2002.

⁵⁰ Mostrando, in tal modo, di voler effettuare una ricerca tanto nel livello internazionale quanto in quello nazionale di tutela dei diritti del singolo. Per tutte, Corte Giust. UE, 14 maggio 1974, C-4/73.

In dottrina, NASCIBENE, ANDRÒ, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia: nuove sfide, nuove prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2017, 323 ss.

⁵¹ KELSEN, *Sulla teoria dell'interpretazione* (1934), in *Il primato del Parlamento*, a cura di Geraci, Milano, 1982, 162-165.

⁵² FERRAJOLI, *Argomentazione interpretativa e argomentazione equitativa*, cit., 184.

In questo senso, può affermarsi che «tradizione e dialogo sono strumenti capaci di introdurre dinamismo e flessibilità nei momenti di attrito tra sistemi, trasformandoli in spunti per una nuova evoluzione inclusiva della pluralità che contraddistingue lo spazio costituzionale europeo (...) alla ricerca dell'equilibrio dinamico tra unità e diversità»⁵³.

Epperò, se questo è il sentire, se lo stato dell'arte fin qui ricostruito evidenzia che i rapporti tra ordinamenti/sistema reggono su un delicato punto di equilibrio di volta in volta cercato in nome della leale cooperazione; se si accetta che l'«Unione ha incamerato e fatto suo il pluralismo costituzionale, presupposto su cui poggia la diversità degli assetti costituzionali, pur nella concordanza delle tradizioni comuni» (combinato disposto degli artt. 11, 117, 1° co., Cost., 6 T.U.E.) allora si deve anche accogliere la conclusione che «il sistema nel suo complesso non si basa [solo] sul diritto ma [pure] sulla fiducia»⁵⁴.

⁵³ CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali*, cit., 19.

⁵⁴ SCIARRA, *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento nel giudizio di costituzionalità*, in *federalismi.it*, 50.

Cfr., SOMEK, *The Cosmopolitan and the Federal Margins of Appreciation*, in BOBEK, ADAMS-PRASSL (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States*, Oxford, 2020.