Comparazione giuridica e forme di produzione normativa nel pensiero di Alessandro Pizzorusso

di Giuseppe Martinico

Abstract: Legal comparison and forms of legal production in the thought of Alessandro Pizzorusso – This paper analyses the intellectual legacy of Alessandro Pizzorusso in the national and international debate on the topic of sources of law. In doing so, it focuses on four macro-themes: the relationship between comparison and the study of sources of law; transnational law; soft law and legal hybridisation; and European constitutional law

Keywords: Sources of law; Effectiveness; Diachronic comparison; European constitutional law.

1. Diritto delle fonti e comparazione giuridica. Obiettivi dello scritto

È impossibile analizzare in maniera organica le varie ragioni che confermano l'attualità della riflessione di Alessandro Pizzorusso sul tema delle fonti del diritto. Ai fini di questo scritto, ho deciso, quindi, di soffermarmi su quattro aspetti che mi sembrano più rilevanti o meno esplorati di altri, nella consapevolezza di risultare inevitabilmente selettivo e quindi di non rendere giustizia a quella miniera di spunti che è il pensiero del Professor Pizzorusso.

Vi è un altro *caveat* che rende la prospettiva del mio intervento ancora più limitata¹. Nel cercare di analizzare il contributo del Professor Pizzorusso al dibattito sulle fonti del diritto, infatti, cercherò di adottare la prospettiva del comparatista, anche se mai come in questo caso è impossibile scindere i campi del sapere giuridico.

Del resto, citando l'esempio di Virgilio Andrioli, lo stesso Alessandro Pizzorusso ribadiva sempre come il diritto fosse uno² e come fosse necessario

* L'Autore desidera ringraziare Giacomo Delledonne, Fabio Pacini, Rolando Tarchi ed Emanuele Rossi per i loro consigli e i *referee* anonimi per i loro commenti.

¹ In maniera analoga a quanto fatto, con riferimento ad altri settori, da Romboli: R. Romboli, *Alessandro Pizzorusso ed il suo apporto al diritto costituzionale ed europeo*, 2017, www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf/1_2017_Romboli.pdf

² A. Pizzorusso, *Premessa alla ristampa degli studi sulla giustizia costituzionale. Presentazione*, in A. Proto Pisani (cur.), *L'affetto, l'umanità e l'intransigenza morale di un maestro: Virgilio Andrioli. Ricordi dei suoi allievi e lettere a cura di Andrea Proto Pisani*, Napoli, 2020, 29. Sul rapporto fra Pizzorusso e Andrioli si veda la bella intervista di V. Antonio Poso ad Andrea Proto Pisani, intitolata *Ancora oggi in compagnia e a colloquio con il mio Maestro Virgilio Andrioli* e disponibile su *Giustizia insieme*, 2020, www.giustiziainsieme.it/it/le-interviste-di-giustizia-

anche per il cultore del diritto costituzionale entrare nei meandri del sistema giuridico tutto.

Con riferimento alla struttura del saggio, sono quattro i temi che svilupperò in questo contributo.

Il primo tema ha a che fare con la prospettiva comparatistica offerta da Pizzorusso al dibattito italiano sulla nozione di fonte del diritto. Si trattava, come noto, di un dibattito essenzialmente diviso in due posizioni, quella dommatica e quella teorica (*infra*). La prima era ancorata alle particolarità del sistema nazionale di riferimento; l'altra, invece, era più propensa alla costruzione di macrocategorie.

La prospettiva del comparatista permette di collocarsi a metà: l'attenzione prestata al contesto, infatti, non esclude la possibilità di comparare, dato che la comparazione è un processo che non implica la perfetta identità delle entità confrontate.

Il secondo tema che cercherò di sviluppare ha a che fare con il diritto transnazionale, a cui il Professor Pizzorusso dedicò importanti pagine anche nella seconda edizione delle sue *Fonti del diritto*³, che, come noto, furono concepite all'interno del Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca curato da Francesco Galgano. Quel volume, oltre a rappresentare l'ultimo grande scritto del Professore, ha il merito di evidenziare alcuni importanti ripensamenti sul diritto all'indomani della crisi (forse del tramonto) del modello vestfaliano, su cui lui aveva già scritto, ad esempio, ne *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*⁴.

Il terzo punto che vorrei offrire riguarda la nozione di *soft law*, a cui il Professore aveva riservato alcuni interessanti passaggi nella seconda edizione delle sue *Fonti del diritto*. Si tratta di uno di quei temi che il Professore non riuscì probabilmente a sviluppare del tutto, ma che lo aveva appassionato moltissimo nella stesura del volume.

Il quarto tema riguarda il diritto comunitario, in particolare quelle fonti che sono le tradizioni costituzionali comuni, argomento a cui ha dedicato tanti lavori interessanti, a partire da *Il patrimonio costituzionale europeo*⁵ e, in inglese, dal primo *Sant'Anna Legal Studies Research Paper*⁶, con cui venne lanciato nel 2008 il progetto STALS, nato dall'intuizione del Professor Paolo Carrozza che con Pizzorusso aveva già collaborato

[insieme/1383-ancora-oggi-in-compagnia-e-a-colloquio-con-il-mio-maestro-virgilio-andrioli?hitcount=0](https://www.insieme.it/1383-ancora-oggi-in-compagnia-e-a-colloquio-con-il-mio-maestro-virgilio-andrioli?hitcount=0)

³ A. Pizzorusso, *Fonti del diritto. Seconda edizione*, Bologna-Roma, 2011.

⁴ A. Pizzorusso, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2009. Una versione preliminare e parziale di questo scritto è rinvenibile online al seguente URL: www.astrid-online.it/static/upload/protected/La-p/La-produzione-normativa-in-tempi-di-globalizzazione-22_07_08.pdf

⁵ A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.

⁶ A. Pizzorusso, *Common constitutional traditions as Constitutional Law of Europe?*, *STALS Research paper*, 2008, www.stals.santannapisa.it/sites/default/files/stals_Pizzorusso_0.pdf

all'interno degli *Italian Studies in Law*⁷.

Questo *paper* STALS venne anche pubblicato negli studi in onore di Charles-Albert Morand⁸. Riemergono in questi studi le considerazioni del Professore sul tema delle fonti culturali, data l'importanza del formante giurisprudenziale nella genesi del diritto costituzionale europeo, evidenziata, fra gli altri, dagli studi di Cappelletti⁹ (che Pizzorusso di fatto sostituì all'Università di Firenze durante gli anni del giurista di Folgaria all'Istituto Universitario Europeo e a Stanford) e ancora prima di Stein¹⁰.

La struttura di questo scritto seguirà l'analisi di questi quattro temi, sviluppando il filo conduttore rappresentato dall'importanza del principio di effettività, un concetto chiave nel ragionamento di Pizzorusso¹¹.

⁷V. Varano, *Paolo Carrozza e la comparazione giuridica*, DPCE On line, 2021, www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/1366

⁸A. Auer (cur.), *Aux confins du droit: essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Basilea, 2001.

⁹In particolare nella famosa opera in più volumi: M. Cappelletti, M. Seccombe, J.H.H. Weiler (cur.), *Integration through Law: Europe and the American Federal Experience*, Berlino-New York, 1985.

¹⁰E. Stein, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, *American Journal of International Law*, 1981, 1.

¹¹A questo approccio interessato agli effetti si lega anche l'interesse di Pizzorusso al precedente in ordinamenti di *civil law*, grazie alla distinzione fra efficacia di precedente ed efficacia di giudicato. Sulla scia degli scritti di Cross (R. Cross, J. Harris, *Precedent in English Law*, Oxford, 1961, 101-103) è stato infatti precisato (A. Pizzorusso, *L'organizzazione della giustizia in Italia: la magistratura nel sistema politico e istituzionale*, Torino, 1990, 157-158) che, mentre il precedente riguarda la *ratio decidendi* della sentenza (il ragionamento del giudice in punto di diritto che ha spinto il giudice ad emanare una certa pronuncia), l'efficacia di giudicato attiene al *decisum* (la statuizione che essa contiene). Da ciò discende la necessità di distinguere gli effetti della decisione dal punto di vista di una successiva lite (*ratio decidendi*) che interessa parti diverse, e l'effetto rispetto alle parti della controversia medesima (*res iudicata*). È solo l'accertamento in punto di fatto ed in punto di diritto, contenuto nella sentenza, a passare in giudicato e a fare stato fra le parti, i loro eredi o i loro aventi causa, mentre la forza normativa del precedente consiste nel vincolo che grava su un giudice circa l'applicazione al nuovo caso dello stesso principio di diritto che fu applicato allora. Il problema che si poneva Pizzorusso, quindi, non riguardava la possibilità di parlare di precedenti (nel senso inglese), ma di capire se e quale forza normativa avessero tali pronunce in un contesto diverso. A questo filone di ricerca si collegano anche gli scritti di diritto comparato sugli effetti delle pronunce di incostituzionalità, a partire dal famoso articolo pubblicato sull'*American Journal of Comparative Law* (A. Pizzorusso, *Italian and American Models of the Judiciary and of Judicial Review of Legislation: A Comparison of Recent Tendencies*, *American Journal of Comparative Law*, 1990, 373) in cui si mettevano a confronto i simili effetti prodotti *di fatto* dalle decisioni di incostituzionalità in ordinamenti fondati su premesse diversissime (effetto *erga omnes* stabilito dalla Costituzione nel caso italiano versus effetto meramente *inter partes* accompagnato dalla regola dello *stare decisis* nel caso statunitense).

2. La necessaria contestualizzazione e la comparazione non esclusa dalla relatività del concetto di fonte del diritto

Già Kelsen¹² aveva sottolineato come quella di fonte del diritto fosse “una espressione figurata e perciò ambigua”¹³ e proprio per rimediare a queste ambiguità la dottrina ha cercato di giungere a una nozione *selettiva* di fonte, elaborando le note teorie sostanzialistiche e formalistiche¹⁴. Può essere utile, in questo ideale itinerario, prendere le mosse da una delle definizioni di fonte del diritto che si possono ritrovare negli scritti di Pizzorusso:

“Il termine ‘fonti del diritto’ è impiegato in questi casi – con un’efficace metafora – per indicare gli atti o fatti dai quali le norme che regolano la produzione giuridica fanno derivare la creazione, la modificazione o l’abrogazione di principi o regole, ovvero di disposizioni o norme, suscettibili di valere come ‘diritto’ *nell’ambito di un determinato ordinamento giuridico*”¹⁵.

Come noto, infatti, il concetto di fonte del diritto rinvia al problema della “qualificazione”, dell’identificazione delle fonti attraverso le norme sulla produzione giuridica che valgono nell’ambito di un determinato ordinamento. Il concetto di fonte del diritto, del resto, si presenta estremamente problematico proprio perché legato anche alle diverse concezioni del diritto, come ricordava David¹⁶. La particolarità dell’approccio di Pizzorusso, come si cercherà di chiarire in questa sezione del contributo, consisteva proprio nell’aver prestato attenzione alle peculiarità dei diversi ordinamenti giuridici senza rinunciare, tuttavia, alla comparazione in questo ambito¹⁷.

Del resto, per Pizzorusso lo studio delle fonti si presentava anche come prospettiva privilegiata per analizzare le interazioni e i collegamenti esistenti fra l’ordinamento statale e gli altri ordinamenti. Non a caso, nel pensiero del Professore, un ruolo particolare veniva lasciato alle “fonti derivanti da raccordi dell’ordinamento giuridico dello Stato italiano con altri ordinamenti giuridici”¹⁸, fra le quali spiccavano quelle derivanti da raccordi con

¹² H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1962, 130 e H. Kelsen, *Lineamenti di Dottrina pura del diritto*, Torino, 1952, 95.

¹³ H. Kelsen, *Lineamenti*, cit., 109.

¹⁴ L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 20-25.

¹⁵ “E per diritto, in questo contesto, si intende un complesso di principi e regole, fissati in vista della futura attività dei soggetti dell’ordinamento giuridico di cui trattasi, per essere obbligatoriamente osservati da coloro che ne risultano destinatari, per lo più (ma non sempre) con comminatoria di sanzioni per il caso di inosservanza”, A. Pizzorusso, *La produzione normativa*, cit.

¹⁶ R. David, *The legal systems, comparison and their unification*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 2, Leiden, 1981, 2.

¹⁷ A. Pizzorusso, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino, 2005, 42. A. Pizzorusso, *Sistema delle fonti e forma di Stato e di governo*, *Quaderni costituzionali*, 1986, 217.

¹⁸ A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, cit., 747.

“ordinamenti giuridici internazionali, sovranazionali o transnazionali”¹⁹.

In questo contesto troviamo già una conferma del prezioso contributo del pensiero di Pizzorusso, il quale, partendo dagli studi della dottrina processualistica sul *giudicato* - dalla lettera dell'art. 2909 del Codice civile - e dalla forza che l'art. 1372 del Codice civile riconosce al contratto, riteneva di poter distinguere il *fatto* (e l'*atto*) *normativo* da quello *non normativo* (*ma comunque rilevante per il diritto e dunque giuridico*) sulla base della capacità di esercitare effetti *erga omnes*.

Il principio di effettività, inoltre, acquisisce un ruolo centrale nella produzione di Pizzorusso e inevitabilmente galvanizza il ruolo della comparazione, la cui funzione è anche e soprattutto quella critica, volta, cioè, a relativizzare le indicazioni del diritto positivo²⁰.

Nelle pagine dei suoi *Sistemi giuridici comparati* l'effettività viene definita come “fondamento dell'attività di produzione giuridica”²¹. Ciò anche perché “nulla esclude che possano aversi fenomeni di vera e propria produzione giuridica in contrasto con le norme sulle fonti del diritto [...]”. Ove tali fenomeni ottengano sul piano pratico risultati tali da consentire di ravvisare una reale modificazione del sistema teoricamente vigente è da ritenere che, in applicazione del principio di effettività, tali forme di produzione giuridica operino come fonti del diritto *extra ordinem*, inserendo nuove forme fra quelle teoricamente previste dall'ordinamento”²².

Sono cioè fonti quegli atti o fatti che hanno come loro caratteristica quella di introdurre regole efficaci nei confronti di tutti coloro che sono soggetti all'ordinamento. In relazione ad essi “non ci sono terzi”²³. Vale la pena di sottolineare come tale caratteristica, che guarda più al *contenuto nella dinamica del fatto normativo* che al *contenuto nella stasi* dello stesso, non porti, ai fini della classificazione, agli stessi esiti in quanto:

“Questa distinzione non può confondersi con quella fondata sull'astrattezza o la generalità, dal momento che nulla esclude che una statuizione potenzialmente dotata di efficacia generale ed astratta sia in realtà operante soltanto *inter partes* (come, ad esempio, avviene nel caso in cui si disapplichi una legge o un regolamento per un motivo che comporterebbe la loro inapplicabilità nei confronti di chiunque, ma con una sentenza dotata di efficacia di giudicato soltanto *inter partes*), così come nulla esclude che una statuizione relativa ad un rapporto particolare possa assumere invece efficacia *erga omnes* (come nel caso delle leggi-

¹⁹ A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, cit., 767.

²⁰ Sulla funzione sovversiva della comparazione si veda: G. Fletcher, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, *American Journal of Comparative Law*, 1998, 683.

²¹ A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*. Seconda edizione, Milano, 1998, 106.

²² A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 14.

²³ S. Romano, *Osservazioni sull'efficacia della legge*, in *Scritti minori*, I, Milano, 1950, 397.

provvedimento)”²⁴.

La sua nozione di atto o fatto normativo integra la definizione che comunemente si dà di fonte del diritto e si basa su premesse metodologiche diverse da quelle comunemente adottate poiché, pur muovendo dall’analisi dell’ordinamento interno, cerca di dare un’indicazione che possa valere anche per gli altri ordinamenti.

Si possono qui scorgere due caratteristiche centrali dell’approccio di Pizzorusso al tema delle fonti: l’attenzione data agli effetti, innanzitutto, e, soprattutto, l’interesse prestato al diritto privato. Si tratta di un elemento in linea con l’insegnamento di Andrioli, con il profilo di Pizzorusso stesso - che fu anche magistrato - e che, in parte, può anche essere ricondotto a quello che Pegoraro chiamerebbe il “parassitismo metodologico dei costituzionalisti”²⁵ con riferimento alle categorie civilistiche.

Ovviamente questo si giustifica per il ruolo pionieristico che molti privatisti avevano avuto negli studi sulle fonti e sulla comparazione²⁶. Tuttavia, come noto, l’atteggiamento di Pizzorusso era anche caratterizzato da una certa insoddisfazione per le classificazioni e la manualistica prodotta da questo approccio, proprio perché tendente ad escludere alcuni istituti e fattori molto interessanti per i giuspubblicisti²⁷. In questo, il suo sforzo tese all’integrazione delle due prospettive, come dimostra anche il ruolo svolto all’interno dell’Associazione italiana di diritto comparato, di cui fu anche presidente²⁸.

Per evidenziare come si inserisce l’approccio di Pizzorusso nel dibattito italiano vale la pena di riprendere la distinzione fra visione dommatica e visione teorica delle fonti²⁹. È interessante, in particolare, ricostruire il “dialogo” con Paladin, a cui Pizzorusso dedicò un saggio negli scritti in sua memoria, dal titolo *Problemi metodologici in tema di studio delle*

²⁴ A. Pizzorusso, *Le decisioni di accoglimento della Corte costituzionale*, in A. Pizzorusso, *La manutenzione del libro delle leggi ed altri studi sulla legislazione*, Torino, 1999, 123.

²⁵ L. Pegoraro, *Le categorie civilistiche e il parassitismo metodologico dei costituzionalisti nello studio del diritto comparato*, *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2013, 305.

²⁶ Basti pensare agli studi di David e, in Italia, a quelli di Gorla e Sacco.

²⁷ *Gli scritti e gli studi di carattere “comparatistico”*, in *Bibliografia ragionata degli scritti di Alessandro Pizzorusso a cura degli allievi*, Torino, 2005, 298. “Un elemento caratterizzante della produzione scientifica di P. può essere visto nella specifica volontà di riconoscere il ruolo importante del diritto costituzionale nell’ambito delle discipline giuridiche, anche in quanto disciplina più giovane e meno radicata di altre”, R. Romboli, *Alessandro Pizzorusso*, cit. Su questo si veda anche M. C. Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Parigi, 2021, 50.

²⁸ R. Tarchi, *Alessandro Pizzorusso: un gigante della comparazione giuridica senza aggettivazioni*, *DPCE On Line*, 2017, www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/391

²⁹ Riconosce l’importanza del suo contributo anche F. Modugno, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, Relazione al convegno “Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione”, Università di Roma Tre, 27-28 novembre 2008, su www.associazionedeicostituzionalisti.it

*fonti del diritto*³⁰. Come noto, nelle prime pagine delle sue *Fonti del diritto italiano*, Livio Paladin³¹ introduceva il lettore alla tematica del volume sottolineando l'incoerenza delle teorie *sostanzialistiche*. Queste, infatti, pur accettando nella premessa la distinzione fra la visione *dommatica* e quella *teorica delle fonti* (già presente in Crisafulli³²), finivano sempre per privilegiare una nozione *logica* di fonte (come tale, assoluta). In questo modo violavano il principale elemento di differenziazione fra i due approcci ricordati, ovvero il *principio di relatività del concetto di fonte*³³ secondo cui:

“[...] la determinazione delle varie specie di fonti e dei loro reciproci rapporti è il frutto di scelte altamente politiche, proprie di ciascuno Stato (e anzi di ciascun ordinamento originario): con tanto maggiore evidenza in quanto il regime delle fonti interferisce con la forma di governo, che lo condiziona e ne viene condizionato a sua volta”³⁴.

Nella visione *dommatica* ciò che si evidenzia è il carattere “legale, interno e relativo di quest’ultima nozione”³⁵. Sulla scia di queste precisazioni si definisce come *fonte legale* “quell’atto o fatto da cui viene posto e continuamente rinnovato un certo ordinamento giuridico”³⁶.

Per comprendere i fini del presente scritto va chiarita una premessa: non si tratta qui di smentire il *principio di relatività del concetto di fonte* (conciliabile, del resto, con *l’occhio del comparatista*³⁷), né di contestare il complesso rapporto sussistente fra la *teoria* e la *dommatica* (che si assottiglia, comunque, quando si parla di quella *fonte fatto per eccellenza* che è la consuetudine).

La ricostruzione di Paladin prendeva le mosse da una definizione che ragionava in termini di *fonte legale*, da un assetto culturale e giuridico che aveva riconosciuto, per ragioni storiche, la preminenza di fonti *scritte proceduralmente riconoscibili*, da un sistema come quello italiano che non esclude le fonti non legali, ma che non sa definirle se non in termini residuali. Rimedia a tale residualità il pensiero di Pizzorusso, consegnando, se vogliamo, autonomia concettuale anche alle fonti non legali, ma vigenti in virtù del principio di effettività. In questo senso l’approccio di Pizzorusso non è alternativo, ma complementare a quello di Paladin (e viceversa

³⁰ A. Pizzorusso, *Problemi metodologici in tema di studio delle fonti del diritto*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, 1687.

³¹ L. Paladin, *Le fonti del diritto*, cit., 20-25.

³² V. Crisafulli, voce: “*Fonti del diritto (dir. cost.)*”, in *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Milano, 1968, 925.

³³ Su questo si vedano anche le considerazioni di G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale. Volume primo. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1987, 6.

³⁴ L. Paladin, *Le fonti del diritto*, cit., 21.

³⁵ L. Paladin, *Le fonti del diritto*, cit., 21.

³⁶ L. Paladin, *Le fonti del diritto*, cit., 21.

³⁷ Dal titolo di un famoso articolo di P.G. Monateri, *L’occhio del comparatista sul precedente giudiziario in Italia*, *Contratto e Impresa*, 1988, 192.

ovviamente).

Inserendosi in questo dibattito con sensibilità di comparatista, Pizzorusso raggiungeva, nei fatti, una posizione mediana: la relatività delle fonti non esclude la comparabilità senza giungere, tuttavia, alle astrazioni proprie della teoria generale. In questo, a dispetto di quanto scritto da alcuni, diritto comparato e teoria generale del diritto sono ancora distinguibili³⁸.

Lo stesso può dirsi per quelle teorie che vedono nelle fonti gli atti che esprimono “formalmente processi di integrazione politica”³⁹. Ai sostenitori di queste ricostruzioni Pizzorusso ricordava l'importanza delle fonti culturali, veri vettori di energia normativa che procede in maniera carsica contribuendo alla vita dell'ordinamento⁴⁰.

Per altro, la comparazione risulta utile non soltanto nella sua accezione sincronica, ma anche storica (o diacronica⁴¹). Si tratta di un dato legato a considerazioni che hanno a che fare anche con lo sviluppo tecnologico e con la sempre maggiore interazione fra Stati:

“Il riconoscimento della giuridicità di tali rapporti e di tali effetti e la crescente frequenza con cui soluzioni di questo genere vengono concretamente impiegate nell'epoca contemporanea, in virtù della sempre maggiore facilità che essi presentano ormai per effetto degli straordinari progressi realizzati dalla tecnica delle comunicazioni, hanno reso necessario, anche ai fini dello studio dei singoli ordinamenti giuridici, dedicare maggiore attenzione di quanto apparisse doveroso in passato alla collocazione che un singolo ordinamento giuridico che ci si proponga di descrivere nel quadro complessivo degli ordinamenti giuridici che operano al di fuori dell'ordinamento di riferimento.

Da queste considerazioni emerge la necessità, anche nell'ambito di una trattazione del tema delle fonti del diritto italiano, di dedicare almeno qualche sommario riferimento ai precedenti storici ed ai raffronti comparatistici, muovendo da una sommaria rassegna dei vari tipi di fonte che trovano

³⁸ O. Pfersmann, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, *Revue internationale de droit comparé*, 2001, 275. Sul legame fra teoria generale del diritto e comparazione (e sulle differenze esistenti) si veda A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 150.

³⁹ G. Zagrebelsky, *Manuale*, cit., 14-19, ma anche G. Zagrebelsky, *Il sistema costituzionale delle fonti*, Torino, 1984.

⁴⁰ La visione di Zagrebelsky si presenta, comunque, di straordinario fascino perché legata all'idea di integrazione, motore e segreto della mitezza del diritto e della politica (G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992), perché ancorata alla visione della democrazia come regime delle possibilità e del dubbio, dove il dialogo fra le diversità allontana lo spettro di dogmi imposti come verità (G. Zagrebelsky, *Il “Crucifige” e la democrazia*, Torino, 1995). La sua idea di fonte si cala perfettamente in questo sistema di pensiero e ne è testimonianza fedele e coerente.

⁴¹ Lo stesso Professor Pizzorusso chiarisce il rapporto fra comparazione giuridica e storia del diritto: entrambe le discipline studiano “una molteplicità di ordinamenti giuridici”. Negli studi di comparazione la conoscenza “dei vari ordinamenti costituisce il presupposto dell'indagine vera e propria e la comparazione lo scopo principale di essa”, A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 149.

applicazione nell'epoca contemporanea o che l'hanno trovata in passato e che quindi possono aver influenzato la formazione del diritto attualmente"⁴².

Insomma, per Pizzorusso lo studio delle fonti doveva procedere anche “attraverso la storia del diritto e attraverso la comparazione”⁴³. Il tentativo di Pizzorusso era quello di conferire agli studi sulla comparazione “un'impronta culturale”⁴⁴, “rovesciando l'impostazione che intendeva attribuire agli istituti di diritto privato indispensabile centralità ai fini della classificazione dei vari ordinamenti”⁴⁵. Questo tipo di approccio viene galvanizzato dalle possibilità offerte dalle organizzazioni macroregionali o sovranazionali. Infatti nel pensiero di Pizzorusso il diritto dell'Unione europea si presentava come un vero e proprio laboratorio per il cultore del diritto comparato, come già era stato per Cappelletti. La filosofia di Cappelletti, Weiler e Secombe, i curatori di *Integration Through Law*, poggiava infatti sulla premessa della *comparative analysis* come “terza via” negli studi sull'integrazione⁴⁶, contrapposta a quella del (*legal*) *positivism* e del *natural law approach*. Da qui emergeva, appunto, l'idea della comparazione come laboratorio che fornisce una base di dati su cui fondare “concrete speculazioni”⁴⁷, ma che, allo stesso tempo, permette anche di superare i pericoli del mero empirismo e del giuspositivismo.

Queste considerazioni sarebbero state riprese nel 1994 da Dehousse, che esprimeva la necessità di una comparazione fra il livello sovranazionale e quello statale negli studi europei, seppure consapevole delle difficoltà di confrontare livelli diversi (“the problem of the level of analysis”⁴⁸); non farlo vorrebbe dire chiudersi in un isolamento simile a quello dei giuristi di diritto interno e implicherebbe l'“assolutizzazione” del livello europeo⁴⁹.

Al contrario, Autori come Ward criticano quelle impostazioni che, di fronte all'insufficienza degli strumenti (“tools”) “inherited from our forfathers”⁵⁰, cercano una chiave di lettura prendendola a prestito da altre discipline o da altre esperienze costituzionali.

Ward chiama questo approccio *comparativism* e, pur non dandogli un'accezione negativa, lo presenta come antitetico a quello prescelto

⁴² A. Pizzorusso, *La produzione normativa*, cit.

⁴³ A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, cit., 45.

⁴⁴ *Gli scritti e gli studi di carattere “comparatistico”*, cit., 289.

⁴⁵ *Gli scritti e gli studi di carattere “comparatistico”*, cit., 290.

⁴⁶ M. Cappelletti, M. Secombe, J.H.H. Weiler, *A General Introduction*, in M. Cappelletti, M. Secombe, J.H.H. Weiler (cur.), *Integration*, cit., 3, 5.

⁴⁷ M. Cappelletti, M. Secombe, J.H.H. Weiler, *A General Introduction*, cit., 5.

⁴⁸ R. Dehousse, *Comparing National and EC Law: The Problem of the Level of Analysis*, *American Journal of Comparative Law*, 1994, 761.

⁴⁹ “In many respects, the situation of Community lawyers is similar to that of a scholar who would have confined himself to the study of his domestic legal system [...] In other words, one could argue that comparative research is indispensable if Community law is to move to a more advanced level of scholarship”, R. Dehousse, *Comparing National*, cit., 764.

⁵⁰ I. Ward, *A Critical Introduction to European Law*, Londra, 1996, 181.

(“comparativism in law is invariably used as an alternative to jurisprudence”⁵¹). Torneremo su queste considerazioni nell’ultima parte del contributo, ma da quanto scritto ci pare evidente che l’approccio privilegiato dal Professor Pizzorusso si presti ancora oggi molto bene a descrivere le dinamiche giuridiche di un contesto caratterizzato da processi integrativi molto pronunciati, che, tuttavia, necessitano degli attori statali.

Anche per questo, in fondo, gli studi di Pizzorusso non si sono limitati alle fonti del diritto di questo o quell’ordinamento, ma hanno rappresentato una gigantesca indagine sul tema delle “forme di produzione normativa”⁵², come mostra l’interesse per il diritto transnazionale, globale⁵³ e, ovviamente, sovranazionale. Si tratta di una formula più ampia, utilizzata anche dai romanisti, fra cui Orestano⁵⁴ e questo consente, in qualche modo, di aggirare il problema della qualificazione formale di cosa sia fonte, prestando attenzione al piano dell’effettività. Anche in questo, Alessandro Pizzorusso, a sua volta, evitava di cadere nel puro dommatismo del giuspositivismo:

“Nella ricostruzione di numerosi istituti, infatti, il dato positivo, cui si continua a fare comunque riferimento, viene integrato da altri elementi, che potremmo definire, seppure con formula non esaustiva, di tipo realista”⁵⁵.

Come Pizzorusso coglieva, l’ordinamento dell’UE si presenta come campo perfetto per testare anche le interazioni esistenti fra sistemi e famiglie giuridiche diverse.

Del resto, l’ordinamento dell’Unione europea non manca di rinviare agli altri ordinamenti nella giurisprudenza della Corte di giustizia⁵⁶ e nei Trattati: l’art. 340 del TFUE rinvia ai “principi generali comuni ai diritti degli Stati membri”, il TUE all’articolo 6 si rifà alle “tradizioni costituzionali

⁵¹ I. Ward, *A Critical*, cit., 181.

⁵² “Se tuttavia ciò comporta che, nello studio delle forme di produzione normativa, non sia più ammissibile condurre ricerche avendo esclusivo riguardo alla situazione esistente nell’ambito dello Stato di riferimento di chi conduce le ricerche stesse (come si tendeva a fare all’epoca di massimo sviluppo dell’impostazione influenzata dal positivismo e dal nazionalismo), non si può certamente nemmeno sostenere che l’evoluzione determinata dalla globalizzazione sia già pervenuta a imporre di considerare il ruolo degli ordinamenti giuridici statali come parificato a quello di tutti gli altri individuabili in base alla formula *ubi societas ibi jus*, essendo al contrario evidente che il ruolo degli Stati è ancora quanto meno più importante di quello degli altri ordinamenti giuridici, sia che si tratti di quelli qualificabili come sovra-statali, sia di quelli qualificabili come infra-statali. Quello che però è ormai assolutamente necessario, per non condurre una ricerca manchevole o parziale, è che si tenga conto che ciascun ordinamento giuridico statale non può più essere considerato (se mai ha potuto esserlo in passato) come una monade isolabile da ogni altra entità di questo tipo”, A. Pizzorusso, *La produzione normativa*, cit.

⁵³ A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, cit., 746.

⁵⁴ R. Orestano, *Dietro la consuetudine*, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1963, 523.

⁵⁵ *Il sistema delle fonti del diritto*, in *Bibliografia ragionata degli scritti di Alessandro Pizzorusso*, cit., 163-164.

⁵⁶ Corte di giustizia, C-46 e C-48/93, *Brasserie du Pecheur e Factortame*, Racc., I-1029, par. 27.

comuni agli Stati membri”, anche se nello specifico “campo” dei diritti fondamentali, e l’art. 2 TUE al concetto di “Stato di diritto”, formula realizzatasi in maniera diversa da ordinamento a ordinamento nel continente europeo⁵⁷. Va poi citata anche la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, le cui disposizioni spesso rinviano alle “legislazioni e prassi nazionali”; è così, per esempio, agli art. 16 (libertà d’impresa), 27 (diritto dei lavoratori all’informazione e alla consultazione nell’ambito dell’impresa), 28 (diritto di negoziazione e di azioni collettive), 30 (tutela in caso di licenziamento ingiustificato), 34 (sicurezza sociale e assistenza sociale), 35 (protezione della salute).

Tali riferimenti, legati nei Trattati ad ambiti tematici ben precisi (responsabilità extracontrattuale e diritti fondamentali) sono stati poi estesi anche a settori diversi, grazie principalmente alla giurisprudenza sovranazionale. Torneremo su questi punti nell’ultima parte del contributo.

3. Diritto transnazionale e fonti culturali

I sentieri dell’effettività hanno portato Pizzorusso ad interessarsi anche del diritto transnazionale, che ha rappresentato una parte importante nel generale ripensamento della struttura delle sue *Fonti del diritto*. La fluidità nelle relazioni fra centri di potere, la fine del nazionalismo metodologico⁵⁸ che ha colpito le scienze sociali, il traffico globale dell’economia e il tramonto della dialettica interno/esterno sono tutti fenomeni che hanno dato linfa nuova al diritto non scritto, a cui i giudici di lingua e nazioni diverse hanno dato un contributo rilevante.

L’emersione, nell’ordine post-vestfalico, di quello che taluni chiamano metacostituzionalismo cosmopolita⁵⁹ è una conseguenza della rottura del fortunato binomio Stato-diritto e una conferma delle dinamiche ultrastatali del potere politico oggi: il *diritto silente* che carsicamente promana dal dialogo giurisdizionale è l’altra faccia di un potere sempre meno istituzionalizzato (da qui il rinvio alla nozione di *governance*⁶⁰).

⁵⁷ M. Rosenfeld, *Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale*, *Diritto e questioni pubbliche*, 2004, 117.

⁵⁸ U. Beck, *Che cos’è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1999, 87.

⁵⁹ N. Walker, *Postnational constitutionalism: towards a general theory of translation*, in J.H.H. Weiler, M. Wind (cur.), *European constitutionalism beyond the State*, Cambridge, 2003, 27.

⁶⁰ Come ricorda L. Bobbio (L. Bobbio, *I governi locali nelle democrazie contemporanee*, Roma-Bari, 2002) la nozione di *governance* nasce strettamente legata a quella di *government*. In inglese e francese (come *gouvernance*) il termine ha sempre indicato l’idea del governo in quanto attività, a fronte del termine *government* riguardante invece l’istituzione che esercita il governo. Oggi è possibile ricostruire almeno tredici diverse accezioni del termine *governance* come ha suggerito Kooiman (J. Kooiman, *Governance. A Social-Political Perspective*, in J.R. Grote, B. Gbikpi (cur.), *Participatory Governance. Political and Societal Implications*, Berlino, 2002, 71), a seconda dell’ambito in cui la nozione viene utilizzata (*corporate governance*, *good governance* ecc.).

Anche su questo punto la letteratura è copiosa: l'idea della rete, la fine della gerarchia⁶¹, il pluralismo, la flessibilità sono tutti tentativi di definire ciò che sta accadendo e non sono mancati gli studi che, andando oltre il piano descrittivo, abbiano cercato di analizzare da una prospettiva giuridica tali dinamiche⁶².

Anche il diritto internazionale (a dimostrazione dello sconvolgimento del diritto pubblico tutto) si scopre in *transizione*, basti qui accennare a due esempi:

1. L'emersione di soggetti di diritto nuovi, non concepibili (né controllabili, di conseguenza) alla luce delle vecchie categorie internazionalistiche, i c.d. *non State actors*⁶³.
2. La scoperta di un vocabolario e di categorie che sembrerebbero mutate dal diritto interno (costituzionalizzazione del diritto internazionale; norme internazionali di rango costituzionale ecc.). Per esempio, Fassbender⁶⁴ ha classificato almeno tre indirizzi di pensiero che, diversamente in ambito internazionalistico, usano il termine costituzione⁶⁵, talora identificando la costituzione dell'ordine internazionale nello *jus cogens*, talvolta nella Carta delle Nazioni Unite⁶⁶, talaltra ponendosi dalla prospettiva degli *human rights*⁶⁷.

A ben vedere la stessa crisi è avvertita anche dagli studiosi del diritto pubblico interno (diritto costituzionale soprattutto) e da coloro che tradizionalmente – prevalentemente gli internazionalisti in Italia – hanno da sempre studiato le vicende comunitarie.

Ricordiamo, per concludere questo rapido passaggio, come, a loro volta, i costituzionalisti abbiano cominciato ad interessarsi al diritto internazionale⁶⁸, scorgendo soprattutto nelle convenzioni sui diritti umani il nucleo per un diritto costituzionale globale o universale.

⁶¹ Sul concetto di gerarchia si veda F. Modugno, voce: "Fonti del diritto (gerarchia delle)", in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento*, I, Milano, 1997, 561.

⁶² G. de Búrca, J. Scott (cur.), *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility*, Oxford, 2000.

⁶³ A. Clapham, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford, 2006.

⁶⁴ B. Fassbender, "We the Peoples of the United Nations": *Constituent Power and Constitutional Form in International Law*, in M. Loughlin, N. Walker (cur.), *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, 2007, 269.

⁶⁵ Su questo dibattito: R. Deplano, *Fragmentation and Constitutionalisation of International Law: A Theoretical Inquiry*, *European Journal of Legal Studies*, 2013, www.ejls.eu

⁶⁶ Lo stesso B. Fassbender, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, *Columbia Journal of Transnational Law*, 1998, 529.

⁶⁷ La prospettiva di H.U. Petersmann, *Constitutionalism. International Law and "We the Peoples of the United Nations"*, in H.J. Cremer, T. Giegerich, D. Richter, A. Zimmermann (cur.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts: Festschrift für Helmut Steinberger*, Berlino, 2002, 291, 303.

⁶⁸ R. Bifulco, *La c.d. costituzionalizzazione del diritto internazionale: un esame del dibattito*, 2014, www.rivistaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/raffaele-bifulco/la-c-d-costituzionalizzazione-del-diritto-internazionale-un-esame-del-dibattito

La dimensione orizzontale del “prestito”⁶⁹ concettuale, fra discipline appartenenti a diversi ambiti, domina pianure abituate a dommatiche ferme e, allo stesso tempo, chiuse.

A questa si accompagna la *migrazione*⁷⁰ di idee da un livello di governo all'altro, non senza la necessità di *tradurre*⁷¹ adeguatamente l'istituto o la chiave di lettura nel nuovo contesto. Da un punto di vista metodologico, ci si trova dinanzi ad un dibattito simile a quello che gli studiosi del diritto comparato hanno già affrontato relativamente all'annosa questione dei trapianti giuridici.

Tre sono però le difficoltà che tale dibattito presenta:

1. la circolazione fra ordinamenti è, per così dire, anche verticale e non (solo) orizzontale;
2. è teoricamente onesto chiedersi se l'ordinamento sovranazionale e quelli nazionali si presentino come entità distinte;
3. la circolazione di idee, istituti, concetti – non solo *top-down* ma anche *bottom-up* – si rivela bidirezionale, come sottolineato da alcuni contributi alla teoria costituzionale dell'integrazione⁷².

In questo orizzonte flessibile il sistema delle fonti non è ricavabile esclusivamente dalla lettura formale del diritto scritto, poiché gli Stati non hanno più il controllo esclusivo delle fonti da cui scaturiscono le norme effettive sui propri territori.

È qui che assume importanza la distinzione fra fonti politiche e fonti culturali:

“Le prime, qualificabili da questo punto di vista come ‘fonti politiche’, rappresentano il risultato conclusivo di un dibattito nel corso del quale le forze contrapposte si sono scontrate al fine di influire sulla manifestazione di volontà dello stato realizzata dalla legge, dettandone il contenuto; le seconde, qualificabili come ‘fonti culturali’, si realizzano quando le norme giuridiche vengono desunte dall'esperienza del passato (consuetudine, precedente) oppure dall'analisi razionale dei fenomeni giuridici (dottrina, giurisprudenza) sul presupposto che il diritto non costituisca soltanto l'attuazione della volontà del sovrano – sia questo il popolo, un'assemblea o un tiranno – ma risponda altresì ad un bisogno di giustizia razionalmente determinata”⁷³.

⁶⁹ I. Ward, *A Critical introduction to European Law*, Londra-Dublink-Edimburgo, 1996, 176.

⁷⁰ N. Walker, *The migration of Constitutional ideas and the migration of the Constitutional Idea: the case of EU*, 2005, papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=837106

⁷¹ N. Walker, *Postnational constitutionalism and the problem of translation*, in J.H.H. Weiler, M. Wind (cur.), *European Constitutionalism*, cit., 27.

⁷² Si veda, in Italia, il bel saggio di F. Palermo intitolato *La forma di Stato dell'Unione europea. Per una teoria costituzionale dell'integrazione sovranazionale*, Padova, 2005.

⁷³ A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 263-264. Nello specifico si veda anche A. Pizzorusso, *Fonti politiche*, cit., 327.

Le fonti politiche, allora, anche negli ordinamenti di *civil law*, si ritrovano affiancate sempre di più da fonti culturali, esaltate dall'uscita della politica dall'orizzonte dello Stato Nazione: *governance* e fonti culturali ci sembrano i due volti della stessa medaglia della fluidità globale.

Le fonti politiche sono emanate dalle autorità “che agiscono essenzialmente sulla base di valutazioni di opportunità”⁷⁴, sono quelle “mediante le quali gli organi costituzionali traducono in norme giuridiche i programmi elaborati nell'ambito dei partiti politici (o da esse filtrate, quando provengono da altre strutture sociali) onde indurre i propri concittadini ad uniformarsi ad essi”⁷⁵.

Il concetto di fonte culturale di fatto rappresenta un elemento di flessibilizzazione utile per bilanciare le conclusioni basate sul principio di relatività delle fonti che si fonda ancora (comprensibilmente, per certi versi) su una prospettiva statocentrica. Ancora una volta, quindi, l'approccio di Pizzorusso riusciva a cogliere la intrinseca dinamicità delle fonti del diritto, come sottolineava anche Ruggeri in una recensione alla seconda edizione delle *Fonti del diritto*. Per Ruggeri “il sistema delle fonti – com'è usualmente (e, a mia opinione, impropriamente) chiamato – è attraversato da un moto incessante, che è poi il moto stesso dell'intero ordinamento cui esso appartiene e del quale anzi costituisce forse proprio la parte centrale, maggiormente significativa ed espressiva”⁷⁶.

È quindi ora arrivato il momento di sviluppare il rapporto fra le fonti culturali e il c.d. diritto transnazionale. Il diritto transnazionale, per Pizzorusso, ha una duplice anima. Pizzorusso ne parlava sia con riferimento alla “circolazione dei modelli a livello giurisprudenziale”⁷⁷, sia con riferimento al “diritto degli ordinamenti privati extra statali e delle organizzazioni non governative”⁷⁸.

Con riferimento alla prima accezione si confermava l'importanza della comparazione:

“[I]l termine ‘diritto transnazionale’ si fonda sull'intuizione già ricordata secondo la quale la comparazione giuridica può essere utilizzata come uno strumento di interpretazione in vista dell'elaborazione di soluzioni che, ove utilizzate nell'ambito della formazione dottrinale o giurisprudenziale del diritto, potrebbero influenzare, in misura più o meno netta, l'attività di applicazione del diritto vigente nel paese in cui la ricerca comparatistica viene svolta, in virtù della conoscenza che viene acquisita o diffusa del

⁷⁴ A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 349.

⁷⁵ A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 349.

⁷⁶ A. Ruggeri, *Dal sistema delle fonti ai sistemi di norme (a margine di A. Pizzorusso, Fonti del diritto 2, Zanichelli-Il foro italiano, Bologna-Roma 2011)*, 2011, www.osservatoriosullefonti.it/archivi/archivio-saggi/speciali/recensione/502-antonio-ruggeri-2/file

⁷⁷ A. Pizzorusso, *La produzione normativa*, cit.

⁷⁸ A. Pizzorusso, *La produzione normativa*, cit.

diritto vigente in altri paesi, e quindi determinare un’evoluzione del diritto nazionale. In tal caso, il diritto straniero opera come una forma di soft law, se i formanti di tipo dottrinale o giurisprudenziale non siano riconosciuti da esso come fonti, oppure anche di hard law, ove lo siano, ovvero ove si abbia una recezione del tipo di quelle di cui si è parlato a proposito della circolazione dei modelli”⁷⁹.

La seconda accezione ha a che fare (anche) con quei fenomeni che vengono ascritti alla c.d. *lex mercatoria*⁸⁰. Il diritto transnazionale, ad ogni modo, viene visto come fattore di “attenuazione della pratica funzionalità del ‘sistema Vestfalia’”⁸¹.

La riduzione del ruolo dello Stato (definita “massima forma organizzativa della società umana”⁸²) comporta anche un ridimensionamento della prospettiva giuspositivistica e un rilancio del ruolo della comparazione.

“Mentre infatti in regime di giuspositivismo imperante questo ruolo era limitato quasi esclusivamente alla funzione ausiliaria nei confronti del diritto internazionale privato ed alla funzione di preparazione di eventuali riforme legislative nazionali, oltre che ad una generica funzione culturale, la fase recente ha visto una cospicua espansione del diritto comparato come supporto di molte forme di diritto giurisprudenziale (sia di origine dottrinale che giudiziaria) e come vero e proprio diritto transnazionale, non soltanto nell’ambito delle organizzazioni internazionali ma anche nell’ambito propriamente statale”⁸³.

Nella seconda edizione delle *Fonti del diritto*, si aggiungeva che per “diritto transnazionale si intende quindi l’insieme di quei principi giuridici fondamentali che appaiono suscettibili di essere accettati nei diversi ordinamenti, anche indipendentemente dal fatto di essere in essi introdotti attraverso espliciti atti normativi, perché corrispondenti ad una concezione del diritto fondata sulla ragione e comune a tutti gli uomini ed a tutti i popoli, o quanto meno ai popoli appartenenti a una certa area culturale”⁸⁴.

Come noto, Jessup utilizzava “the term ‘transnational law’ to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers”⁸⁵. Per Pizzorusso, questi fenomeni giuridici possono assumere rilievo costituzionale in certi casi e, in effetti, riflettendo su questa intuizione, a mio avviso, ci sono almeno tre modi diversi di intendere il rapporto fra dinamiche transnazionali e costituzionalismo:

1. un primo modo di intendere questa interazione problematica è quello

⁷⁹ A. Pizzorusso, *La produzione normativa*, cit.

⁸⁰ F. Galgano, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1993.

⁸¹ A. Pizzorusso, *La produzione normativa*, cit.

⁸² A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 119.

⁸³ A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 140.

⁸⁴ A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, cit., 742.

⁸⁵ P.C. Jessup, *Transnational Law*, New Haven, 1950, citato da P. Zumbansen, *Transnational Law*, in J. Smits (cur.), *Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, 2006, 738.

- di concepire il “costituzionalismo transnazionale” come costituzionalismo globale⁸⁶.
2. “Costituzionalismo transnazionale” può anche riferirsi al fenomeno di circolazione transfrontaliera dei modelli costituzionali; in questo senso, il costituzionalismo transnazionale è concepito come veicolo di trapianti giuridici⁸⁷.
 3. Infine, ma non meno importante, il costituzionalismo transnazionale può riferirsi a quei principi fondamentali del diritto internazionale volti a proteggere beni costituzionali condivisi come i diritti umani, per esempio⁸⁸.

Dando uno sguardo alla letteratura esistente in questo campo è possibile trovare tutte queste accezioni di costituzionalismo transnazionale⁸⁹.

I veicoli del diritto transnazionale attraverso cui circolano le norme possono essere fonti giurisprudenziali, ma anche fonti consuetudinarie o convenzionali. In questi casi ciò che conduce all'applicazione di queste regole comuni a ordinamenti diversi non sono tanto degli “espliciti atti di recezione di testi normativi già vigenti altrove” ma lo “spontaneo riconoscimento dell'idoneità” di queste norme “a valere come norma giuridica anche fuori dell'area con riferimento alla quale essa è stata dapprima adottata”⁹⁰. Si tratta del prodotto di un'influenza che viene definita come culturale o spiegabile “in virtù della capacità che essi hanno di ‘persuadere’ soggetti ad essi non vincolati della loro idoneità a regolare certe materie e fattispecie”⁹¹. In altre parole, questi principi vengono accettati “perché corrispondenti ad una concezione del diritto fondata sulla ragione e comune a tutti gli uomini ed a tutti i popoli”⁹². In questo, il diritto transnazionale viene visto come una “sorta di tessuto connettivo che lega insieme gli ordinamenti moderni”⁹³. Due erano gli esempi di diritto transnazionale che venivano ricordati da Pizzorusso in quell'occasione. Innanzitutto, i “principi generali del diritto riconosciuti dalle nazioni civili” di cui art. 38, lett. c) dello Statuto della Corte internazionale di giustizia. L'altro esempio menzionato era quello delle tradizioni costituzionali comuni, nucleo di quello che avrebbe definito un

⁸⁶ P. Dobner, *More law, less democracy? Democracy and Transnational Constitutionalism*, in M. Loughlin, P. Dobner (cur.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, 2010, 141.

⁸⁷ B. Goderis, M. Versteeg, *The Transnational Origins of Constitutions: An Empirical Investigation*, 2013, pure.uvt.nl/ws/portalfiles/portal/1493463/2013-010.pdf

⁸⁸ S. Gardbaum, *Human Rights and International Constitutionalism*, 2009, papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1088039

⁸⁹ Vedi i diversi contributi inclusi in: N. Tsagourias (a cura di), *Transnational constitutionalism: International and European perspectives*, Cambridge, 2007.

⁹⁰ A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, cit., 739.

⁹¹ A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 325.

⁹² A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, cit., 324.

⁹³ A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 321.

possibile “constitutional law of Europe”⁹⁴. Tornerò su questo tema nell’ultima parte del contributo.

4. Ibridazione giuridica e *soft law*

Questa è la sezione che forse mi è più cara, perché mi riconduce a un chiaro ricordo che ho del Professor Pizzorusso durante la preparazione della seconda edizione delle sue *Fonti del diritto*. A quei tempi io lavoravo a Madrid e andavo a trovarlo a casa sua quando passavo da Pisa. In uno di quegli incontri ricordo il Professore alle prese con il tema del *soft law*. Il suo studio era pieno di articoli e, come sempre, lui cercava di confrontarsi, curioso come un giovane ricercatore.

Tutte le ambiguità della nozione emersero in quelle discussioni che furono solo in parte riprodotte nella versione finale dello scritto. Tuttavia, ricordo che queste considerazioni vennero riprese in occasione di una presentazione delle *Fonti del diritto* nel marzo del 2011, che organizzai al *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* di Madrid con l’allora direttrice, la Professoressa Paloma Biglino Campos. Si trattò di un bellissimo evento presieduto dal Professor Francisco Rubio Llorente e a cui partecipò anche Emanuele Rossi.

Nei suoi scritti Pizzorusso trattava di questo fenomeno analizzando le “fonti prevalentemente utilizzate dagli ordinamenti giuridici nell’epoca contemporanea”⁹⁵, mentre nella seconda edizione delle sue *Fonti del diritto*, la distinzione fra *hard* e *soft law* veniva trattata nella parte dedicata alle “quasi fonti”⁹⁶.

Come noto, con *soft law* ci si riferisce a quelle “regole di condotta che, in linea di principio, non sono dotate per legge di forza vincolante ma che, nondimeno, possono produrre effetti pratici”⁹⁷. Si tratta di atti privi di effetti normativi, ma rilevanti giuridicamente, che si differenziano dalla *hard law* per la diversa intensità prescrittiva⁹⁸.

⁹⁴ A. Pizzorusso, *Common constitutional traditions*, cit.

⁹⁵ A. Pizzorusso, *La produzione normativa*, cit.

⁹⁶ A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, cit., 143. “Pensare di poter organizzare il sistema delle fonti sull’alternativa rigida tra diritto e non-diritto mi pare sempre più difficile. Per questo l’utilizzo della categoria del «quasi diritto» come figura intermedia si rivela molto utile. Ciò detto, resta comunque problematica una enucleazione degli elementi che compongono la categoria. Il richiamo delle elaborazioni relative alle più rodate (in proposito) esperienze europea ed internazionale può essere un ausilio, ma non può rappresentare una soluzione definitiva”, A. Pizzorusso in: P. Passaglia, *Il sistema delle fonti del diritto: intervista ad Alessandro Pizzorusso a proposito della nuova edizione del suo commento per lo Scialoja-Branca-Galgano, Il Foro Italiano*, 2011, 155.

⁹⁷ F. Snyder, “*Soft law*” e prassi istituzionale nella comunità europea, *Sociologia del diritto*, 1993, 79-80.

⁹⁸ B. Pastore, “*Soft law*”, *gradi di normatività, teoria delle fonti*, *Lavoro e diritto*, 2003, 5, 10. Per una utile e rapida panoramica bibliografica si veda M. Massa, *Modelli e strumenti del governo delle politiche sociali a livello nazionale e comunitario*, in P. Bianchi (cur.), *La garanzia dei diritti*

Gli atti in questione avrebbero “effetti giuridicamente apprezzabili”⁹⁹ secondo alcuni, e sarebbero allo stesso tempo caratterizzati da intento normativo ma “carenti di una piena forza giuridica vincolante” anche perché “spesso consistenti nella raccomandazione o indicazione di un corso d’azione come auspicabile”¹⁰⁰. La dottrina ha identificato diversi tipi di *soft law*:

“[T]hey have been articulated in non-binding form according to traditional modes of law-making; (ii) they contain vague and imprecise terms; (iii) they emanate from bodies lacking international law-making authority; (iv) they are directed at non-state actors whose practice cannot constitute customary international law; (v) they lack any corresponding theory of responsibility; (vi) they are based solely upon voluntary adherence, or rely upon non-judicial means of enforcement”¹⁰¹.

Stiamo, quindi, parlando di norme giuridicamente rilevanti che a volte sono incluse in atti non vincolanti, che differiscono dalla *hard law* per la diversa intensità prescrittiva e le cui “main differentiating features lie in the capacity of the norm to prescribe legally binding commitments, the clarity and precision of its terms, and its enforceability”¹⁰².

Un ambito dove il *soft law* ha avuto grande espansione è ovviamente quello del diritto dell’UE.

È facile capire il perché della scelta, da parte delle istituzioni sovranazionali, della *soft way*, che si presenterebbe come più inclusiva (“a more inclusive vision”¹⁰³) e rispettosa del principio di sussidiarietà¹⁰⁴ (almeno in teoria). Come sottolineano però Trubek, Cottrell e Nance, “soft law is a very general term, and has been used to refer to a variety of processes”¹⁰⁵. Sia *soft* che *hard law* (con la sua natura imbrigliante) sono stati criticati dalla dottrina¹⁰⁶ e spesso sono concepiti come complementari e non alternativi. Basti qui pensare agli esempi di convivenza fra *hard* e *soft law* esistenti: le politiche per l’occupazione, per esempio, che per la parte relativa alla discriminazione sul lavoro sono coperte da direttive e non solo da atti di *soft*

sociali nel dialogo tra legislatori e Corte Costituzionale, Pisa, 2006, 11.

⁹⁹ F. Bano, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft law*, *Lavoro e diritto*, 2003, 49, 62.

¹⁰⁰ A. La Spina, G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 87.

¹⁰¹ C. Chinkin, *Normative Development in the International Legal System*, in D. Shelton (cur.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000, 28.

¹⁰² O. Stefan, *Soft Law in Court: Competition Law, State Aid and the Court of Justice of the European Union*, L’Aja, 2012, 9.

¹⁰³ N. Walker, *Flexibility within a metaconstitutional frame: reflections on the future of legal authority in Europe*, in G. De Búrca, J. Scott (cur.), *Constitutional Change in the EU: Between Uniformity and Flexibility*, Oxford, 9.

¹⁰⁴ COM (2001) 248.

¹⁰⁵ D.M. Trubek, P. Cottrell, M. Nance, “Soft law”, “Hard law”, and European integration: toward a theory of hybridity, 2005, papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=855447

¹⁰⁶ D.M. Trubek, P. Cottrell, M. Nance, “Soft law”, cit.

law. Del resto, come ricordano Abbott e Snidal, “the choice between hard and soft law is not a binary one”¹⁰⁷, e questo anche per la varietà di processi che si cela dietro la *governance*¹⁰⁸.

Generalmente questi sono i vantaggi che il *soft law* presenta “lower contracting costs”, “lower sovereignty costs”; “flexibility”¹⁰⁹ e una certa dose di incrementalismo. La struttura ibrida pensata avrebbe il vantaggio di assicurare malleabilità ai meccanismi di gestione del potere senza rinunciare, ma anzi preparando il contesto materiale di riferimento agli strumenti classici della normazione.

Pizzorusso scorgeva l’origine della nozione nel diritto internazionale, ammettendo, tuttavia, che “[n]ella fase più recente, l’uso di questa nozione è stata estesa anche alla sfera del diritto costituzionale ed a quella propria del diritto in genere”¹¹⁰.

In effetti, nel diritto internazionale, il *soft law* è frequentemente impiegato in quanto “soft legalization is much easier to achieve than hard legalization, especially when the states concerned are not willing to be seen to have their sovereignty directly challenged”¹¹¹. Recentemente, una proliferazione di strumenti di *soft law* può essere riscontrata anche nella creazione, applicazione, supervisione e regolamentazione delle misure antiterrorismo¹¹² o nel diritto tributario internazionale¹¹³ a causa dei vantaggi in termini di rispetto del pluralismo che il *soft law* garantisce. Allo stesso tempo, “[h]owever, the ways in which soft law is adopted are not always legitimate or transparent. In this context, many have warned that the use of soft law in Courts might foster illegitimate ways of decision making and ‘backdoor legislation’”¹¹⁴.

Con riferimento al diritto costituzionale e pubblico più in generale, Pizzorusso identificava – in maniera non esaustiva – le seguenti tipologie di *soft law*: “Norme tecniche’ che devono essere osservate per l’impiego dei vari tipi di tecnologie. Un’ampia categoria di *soft law* è inoltre costituita dai codici etici, dalle norme di correttezza costituzionale e da molte altre regole non giuridiche che sono tuttavia suscettibili di essere utilizzate in maggiore o

¹⁰⁷ K. Abbott, D. Snidal, *Hard and soft law in International governance, International Organization*, 2000, 421, 421-422.

¹⁰⁸ M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, 2010.

¹⁰⁹ K. Abbott, D. Snidal, *Hard and soft law*, cit.

¹¹⁰ A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, cit., 151.

¹¹¹ J. Wang, *China’s Governance Approach to the Belt and Road Initiative (BRI): Partnership, Relations, and Law*, NUS Law Working Paper, 2019, papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3346427

¹¹² *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism*, 2019, undocs.org/A/74/335

¹¹³ J. Chaisse, X. Ji, “Soft Law” in *International Law-Making – How Soft International Taxation Law is Reshaping International Economic Governance*, *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, 2018, 463.

¹¹⁴ O. Stefan, *Soft Law in Court*, cit., 8.

minore misura in simili circostanze”¹¹⁵.

In particolare, veniva analizzato il rapporto fra norme tecniche e norme giuridiche. Le prime venivano definite come “le regole la cui osservanza è indispensabile per conseguire, in linea di fatto, determinati accertamenti mediante l’impiego del proprio corpo o l’uso di macchinari o di procedure che implicano la conoscenza di *know how*, talora conseguibile soltanto mediante una vera e propria formazione professionale a carattere specializzato, nonché spesso condizionata alla titolarità di specifiche abilitazioni certificate mediante appositi documenti”¹¹⁶.

Pur trattandosi di norme dalla struttura simile a quella delle norme giuridiche, le norme tecniche, secondo Pizzorusso, “di per sé prese, non sono vere e proprie fonti del diritto, tranne che nel caso in cui siano ‘incorporate’ in testi giuridici dotati di tale qualità”¹¹⁷. Tuttavia, anche nel caso in cui non vengano incorporate, le norme tecniche in questione possono risultare rilevanti per l’individuazione della regola da applicare. Proprio in questo caso, allora, “i testi contenenti norme tecniche non recepite da leggi o altre fonti operano assai spesso come *soft law*”¹¹⁸.

Se lo spunto sulle norme tecniche era poi rimasto nella seconda edizione delle *Fonti del diritto*, Pizzorusso sembrava in quella sede non limitare a questa categoria il concetto, intendendolo come esteso anche a:

“[Q]uei principi o regole che, pur non essendo ‘in vigore’ in senso tecnico-giuridico, si prevede che lo diverranno col completamento di una procedura legislativa già in corso, ovvero risultano da deliberazioni adottate con procedure simili a quelle previste per la deliberazione degli atti normativi che costituiscono diritto (come certe deliberazioni di carattere internazionale non produttive di obblighi giuridici, ma soltanto di auspici), ovvero costituiscono *rationes decidendi* di decisioni giudiziarie alle quali non è applicabile il principio *stare decisis* o in altri casi analoghi”¹¹⁹.

Sul tema delle *rationes decidendi* tornano le considerazioni fatte in materia di fonti culturali, mentre qui vale la pena di concentrarsi sulla questione delle deliberazioni di “carattere internazionale”, che poi ben si applicano anche al caso sovranazionale.

Da quanto riportato si può affermare – e questo rende più chiaro l’interesse di Pizzorusso per queste dinamiche – che *soft law* e *new governance* diventano in alcuni ordinamenti fenomeni di diritto costituzionale e nel diritto comparato non mancano conferme di questa intuizione. Come rilevato

¹¹⁵ A. Pizzorusso, *La produzione normativa*, cit.

¹¹⁶ A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, cit., 152.

¹¹⁷ A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, cit., 153.

¹¹⁸ A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, cit., 153.

¹¹⁹ A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, cit., 55.

da Autori come de Búrca¹²⁰, infatti, anche il metodo aperto di coordinamento e la *new governance* in generale presentano sostanza costituzionale, specie se si guarda al ruolo “suppletivo” che essi svolgono nei confronti del testo formale. Qualcosa del genere può essere riscontrato in altri contesti caratterizzati da “blocco della costituzione formale”, si pensi al ruolo che ha avuto il *Social Union Framework Agreement* (SUFA) in Canada, ad esempio¹²¹. Non a caso si tratta di ordinamenti caratterizzati da alta diversità culturale e interessati da processi di integrazione sensibili al rispetto delle identità nazionali.

5. Il patrimonio costituzionale europeo e il Comitato Simitis

Alessandro Pizzorusso è stato anche fra i primi cultori del diritto costituzionale in Italia a interessarsi del dibattito legato alla costituzionalizzazione del “diritto comunitario”. Il suo celebre libro, *Il patrimonio costituzionale europeo*, è stato (anche) il prodotto di un anno trascorso presso l'*Institute of Advanced Legal Studies* di Londra e ha rappresentato l'apice di una riflessione sviluppata anche durante i lavori del Comitato Simitis¹²², un gruppo di esperti (S. Simitis, C. Bell, L. Betten, J. A. Frowein, P.K. Koshinen, L. Martín Retortillo, A. Pizzorusso e J. Rossetto) incaricato dalla Commissione europea di valutare le prospettive di sviluppo dei principi espressi nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, in vista di un possibile *Bill of Rights* sovranazionale, la cui posizione nel sistema comunitario delle fonti doveva essere chiarita.

Pizzorusso descrisse l'attività del Comitato in un articolo apparso su *Diritto pubblico comparato ed europeo* nel 1999¹²³. Il gruppo produsse un importantissimo rapporto¹²⁴ che avrebbe contribuito ad accelerare il processo politico che portò poi alla Carta dei diritti fondamentali e che ribadì che “il riconoscimento dei diritti fondamentali non è un obiettivo politico a lungo termine, bensì una necessità a breve termine”¹²⁵.

Il Trattato di Amsterdam, per quanto importante, lasciava alcune lacune: la confusione e incertezza creata dalla struttura a tre pilastri, l'ambiguità del rapporto fra diritto dei Trattati e convenzioni internazionali in materia di diritti, e la difficile posizione della Corte di giustizia in un

¹²⁰ G. de Búrca, *The Constitutional Challenge of New Governance*, *European Law Review*, 2003, 814.

¹²¹ H. Lazar, *The Social Union Framework Agreement: lost Opportunity or New Beginning?*, 2000, www.queensu.ca/iigr/sites/webpublish.queensu.ca/iigrwww/files/files/WorkingPapers/miscellaneous/LazarSocialUnion.pdf

¹²² A. Pizzorusso, *Il rapporto del comitato Simitis*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, 556.

¹²³ A. Pizzorusso, *Il rapporto del comitato*, cit.

¹²⁴ *Per l'affermazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea. Relazione del gruppo di esperti in materia di diritti fondamentali*, 1999, op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c45c795b-b40d-4aaa-9ada-6dbce53f3a68

¹²⁵ *Per l'affermazione dei diritti*, cit.

contesto che non aveva ancora codificato una lista di diritti fondamentali.

Su questa base venivano fornite alcune raccomandazioni, che possono essere così sintetizzate:

1. “Gli obiettivi dell’Unione europea possono variare, ma la protezione dei diritti fondamentali va garantita in ogni caso”¹²⁶.
2. È necessario chiarire l’ambito di applicazione delle norme sui diritti fondamentali nel diritto comunitario¹²⁷.
3. “I diritti fondamentali possono assolvere la loro funzione unicamente se i cittadini sanno di disporne e sono coscienti della loro attuabilità”¹²⁸.
4. “L’efficace salvaguardia dei diritti fondamentali presuppone, di norma, la protezione giudiziaria di essi”¹²⁹.
5. “[U]na protezione coerente dei diritti fondamentali sarà possibile solo attraverso un processo lungo e sicuramente complesso, caratterizzato dall’esistenza parallela di sistemi normativi in ambito sia comunitario che nazionale. Pertanto, va accordata priorità ad un coordinamento attento e costante, con l’aiuto di principi di generale applicazione, quali quelli sviluppati nel contesto della convenzione europea dei diritti dell’uomo”¹³⁰.
6. Bisogna prendere atto dell’importante ruolo svolto dalla Corte di giustizia e migliorare l’interazione con la Corte europea dei diritti dell’uomo.
7. Bisogna adottare delle misure strutturali volte ad attuare e a completare l’azione della Corte di giustizia¹³¹.
8. L’indivisibilità dei diritti va riconosciuta¹³².
9. “Il riconoscimento esplicito dei diritti fondamentali” è “un processo aperto”¹³³.

¹²⁶ *Per l’affermazione dei diritti*, cit.

¹²⁷ *Per l’affermazione dei diritti*, cit.

¹²⁸ *Per l’affermazione dei diritti*, cit.

¹²⁹ *Per l’affermazione dei diritti*, cit.

¹³⁰ *Per l’affermazione dei diritti*, cit.

¹³¹ “Per quanto significativo sia il ruolo della Corte di giustizia europea, un’efficace attuazione dei diritti fondamentali dipende anche dalla creazione di altri meccanismi destinati a garantire la coerenza delle politiche dell’Unione in materia e a controllarne l’applicazione”, *Per l’affermazione dei diritti*, cit.

¹³² “L’applicazione del principio dell’indivisibilità richiede, innanzitutto, una revisione meticolosa dei diritti civili al fine di affrontare ed integrare le materie trattate tradizionalmente nel quadro delimitato dei diritti sociali. Laddove non sarà possibile l’adeguamento e la realizzazione dei diritti civili, andranno formulati nuovi diritti; è il caso, in particolare, dei diritti collettivi, tra cui, ad esempio, il diritto di ricorrere ad azioni collettive. Tuttavia, sia che il riconoscimento dei diritti sociali passi attraverso la reinterpretazione dei diritti civili tradizionali o l’espansione dei diritti fondamentali, le politiche sociali fondamentali non si esauriscono nell’integrazione dei diritti sociali. Tutte le politiche concernenti questo campo vanno pertanto, come in passato, affrontate separatamente e considerate come elementi essenziali degli obiettivi generali dell’Unione europea”, *Per l’affermazione dei diritti*, cit.

¹³³ “Il riconoscimento dei diritti fondamentali va visto come un processo che, in una prima fase, definirebbe un insieme di diritti da integrare nella CEDU, ampliandola, ma che,

10. “Tutti i diritti dovranno figurare in un unico testo”¹³⁴.

Si tratta di questioni che sarebbero poi state riprese ne *Il patrimonio costituzionale europeo*, a partire dal tema dell’indivisibilità dei diritti, ma anche problemi ancora centrali e non del tutto risolti nemmeno dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona che ha reso vincolante la Carta dei diritti fondamentali dell’UE: basti pensare ai noti problemi relativi al suo ambito di applicazione¹³⁵.

6. Pizzorusso e il dibattito sul diritto costituzionale europeo

Nella prima parte de *Il patrimonio costituzionale europeo* Pizzorusso si soffermava sull’ambiguità dell’uso del concetto di costituzione negli studi europei, concludendo che:

“Neppure conduce a risultati sicuri l’analisi dell’uso dell’aggettivo ‘costituzionale’ che sia volta a definire dogmaticamente una potenziale categoria di organi dello stato, i quali occupano le posizioni di vertice nell’ambito della sua organizzazione, contrapponendosi agli organi amministrativi e quelli giurisdizionali. In realtà, per individuare un significato pienamente accettabile dell’aggettivo ‘costituzionale’ bisogna risalire alla storia delle costituzioni e principalmente all’evoluzione che questa nozione ha subito in correlazione alle vicende che hanno portato alla formazione dello stato moderno ed alla sua evoluzione nel corso degli ultimi quattro secoli”¹³⁶.

Ciò conferma l’importanza della comparazione diacronica nel pensiero

soprattutto nel contesto delle decisioni della Corte di giustizia europea e della Corte europea dei diritti dell’uomo, dovrebbe risolversi in una riformulazione dei diritti fondamentali adeguata alle esperienze e alle esigenze dell’Unione europea. Tuttavia, anche a lungo termine, il processo di verifica e di definizione dei diritti fondamentali dovrebbe restare un processo aperto; in caso contrario, si priverebbe l’Unione europea della possibilità di adattare i principi, a cui essa si ispira, ai bisogni di una società caratterizzata da mutamenti costanti, che porranno sempre nuove sfide sul piano dei diritti fondamentali, come rivela l’esperienza nel campo delle tecnologie dell’informazione e delle comunicazioni e della biotecnologia”, *Per l’affermazione dei diritti*, cit.

¹³⁴ “Tutti i diritti dovranno figurare in un unico testo. È opportuno abbandonare sia l’attuale enunciazione dispersa nei trattati, sia i rinvii occasionali a fonti internazionali e sovranazionali diverse, al fine di garantire la chiarezza che il carattere fondamentale di tali diritti richiede”, *Per l’affermazione dei diritti*, cit.

¹³⁵ Art. 51 CDFUE: “1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell’Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l’applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all’Unione nei trattati.

2. La presente Carta non estende l’ambito di applicazione del diritto dell’Unione al di là delle competenze dell’Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l’Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati”.

¹³⁶ A. Pizzorusso, *Il patrimonio*, cit., 32.

di Pizzorusso. In queste righe, inoltre, possono cogliersi conferme dell'attualità delle sue riflessioni.

I termini del dibattito non sono cambiati molto, se è vero, infatti, che, ancora qualche anno fa, anche Monica Claes¹³⁷ si arrendeva dinanzi alla natura polisemica del concetto, individuando quattro diverse nozioni di diritto costituzionale europeo¹³⁸.

La riflessione di Pizzorusso è anche preziosa per rivendicare la natura costituzionale del processo di integrazione sovranazionale. Ad, esempio, ne *Il patrimonio costituzionale europeo* Pizzorusso sottolineava che:

“[L]’ordinamento dell’Unione europea, nel suo assetto attuale, rappresenta il frutto della combinazione di due fattori. Il primo di essi è il patto originariamente stretto, mediante i trattati istitutivi, dai sei stati fondatori e poi allargato agli altri stati membri con i trattati di adesione [...] Il secondo fondamento è rappresentato dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri come principi generali del diritto comunitario, che è stato effettuato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia indipendentemente da una specifica base internazionalistica ed ha dato così ai principi non scritti che sono riconducibili a tali tradizioni un ruolo paragonabile a quello che è proprio dei principi e delle regole che costituiscono la costituzione di un paese a costituzione non scritta [...]”¹³⁹.

Per Pizzorusso, la natura ibrida dell’Unione europea fa sì che “se di costituzione europea si può parlare già oggi, nel senso specifico che la nozione di costituzione è venuta assumendo in questi ultimi due secoli, è più propriamente con riferimento alle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri che si può farlo correttamente, configurando la costituzione dell’Unione attualmente vigente come una costituzione non scritta nella quale vengono in vario modo ad inglobarsi alcuni testi preesistenti al momento della formazione delle istituzioni comunitarie ed alcuni testi successivi, risultanti sia da norme dei trattati, sia da documenti di vario genere, come la stessa Carta dei diritti”¹⁴⁰.

Quindi, per Pizzorusso, il diritto dell’Unione europea può avere sostanza costituzionale.¹⁴¹ e, del resto, il costituzionalismo (e per certi versi

¹³⁷ M. Claes, *The Emergence of a European Constitution: European and National Law in a European Constitutional Space*, paper presentato al III *EUNACON Workshop*, Università di Maastricht, 19-20 maggio 2011.

¹³⁸ 1. il diritto costituzionale nazionale degli Stati europei;

2. il diritto costituzionale nazionale che si riferisce alla (o che è stato utilizzato per spiegare gli effetti della) integrazione sovranazionale;

3. il diritto dell’Unione europea caratterizzato da un rango costituzionale;

4. un diritto costituzionale “composito. Sul quarto punto si veda L. Besselink, *A Composite European Constitution/Een Samengestelde Europese Constitutie*, Groningen, 2007.

¹³⁹ A. Pizzorusso, *Il patrimonio*, cit., 180-181.

¹⁴⁰ A. Pizzorusso, *Il patrimonio*, cit., 180-181.

¹⁴¹ A. Pizzorusso, *Il patrimonio*, cit., 32.

anche la costituzione) presuppone il “potere”, di cui l’autorità statale è solo una delle manifestazioni, basti pensare alla definizione di Rubio Llorente di costituzione come “forma del poder”¹⁴².

Un potere che ha cambiato volto nel corso dei secoli, esprimendosi con modalità nuove, fluide, non per forza verticali, come tutta la letteratura sulle manifestazioni reticolari del diritto dimostra¹⁴³. Va da sé, quindi, che l’idea del costituzionalismo come realtà gerarchica¹⁴⁴ risulti a maggior ragione contestabile, data la possibilità di scissione fra costituzione (intesa come documento formale e scritto) e costituzionalismo come processo di razionalizzazione del potere.

Tale conclusione, tuttavia, non esclude le necessità di un ulteriore miglioramento della macchina sovranazionale, come sottolineato dallo stesso Pizzorusso ne *Il patrimonio costituzionale europeo*. Del resto, ancora oggi L’UE è lontana dall’essere un’organizzazione perfetta, come i fantasmi di decisioni quali Melloni¹⁴⁵ e il Parere 2/13¹⁴⁶ testimoniano.

A conferma delle intuizioni di Pizzorusso, possiamo ricordare che oggi le stesse Corti costituzionali statali riconoscono la sostanza costituzionale del diritto europeo, in particolare della Carta dei diritti fondamentali. Nel farlo, per altro, non hanno mai rinunciato a una sana dialettica con la Corte di giustizia, a dimostrazione di come il processo di integrazione possa essere sviluppato nel rispetto delle sovranità nazionali:

“Fermi restando i principi del primato e dell’effetto diretto del diritto dell’Unione europea come sin qui consolidatisi nella giurisprudenza europea e costituzionale, occorre prendere atto che la citata Carta dei diritti costituisce parte del diritto dell’Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale. 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)”¹⁴⁷.

Il passaggio della Corte costituzionale citato proviene da una sentenza che ha fatto tanto discutere in Italia e che era caratterizzata da passaggi non felici, poi (in parte, almeno) assorbiti dalla giurisprudenza seguente¹⁴⁸. Si tratta di affermazioni importanti, che confermano la centralità del diritto europeo nella garanzia dei diritti, come dimostrato, del resto, anche dal

¹⁴² F. Rubio Llorente, *La forma de poder. Estudios sobre la Constitución*, Madrid, 1997.

¹⁴³ In *primis* F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, 2002.

¹⁴⁴ Si tratta della teoria di N. Krisch, *Beyond Constitutionalism: The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, 2010.

¹⁴⁵ Corte di giustizia, C-399/11, Melloni, ECLI:EU:C:2013:107.

¹⁴⁶ Corte di giustizia, Parere 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

¹⁴⁷ Corte costituzionale, sentenza 269/2017, www.cortecostituzionale.it

¹⁴⁸ Fra le altre si vedano le sentenze della Corte costituzionale n. 20/2019 e 63/2019, www.cortecostituzionale.it

ragionamento delle corti britanniche nella saga Miller¹⁴⁹ che avevano giustificato il necessario intervento del Parlamento proprio sulla base del fatto che uscire dal Regno Unito implicava la sottrazione di diritti che erano stati attribuiti da fonti europee.

Inoltre, l'esistenza delle tradizioni costituzionali comuni non pregiudica la presenza di divergenze fra la Corte di giustizia (e le altre istituzioni sovranazionali) e gli ordinamenti interni.

In questo si inserisce la nota dottrina dei controlimiti che fu concepita dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza 183/73 (e rivista con la sentenza 170/84¹⁵⁰). Solo in parte analoga è la dottrina Solange sviluppata dal *Bundesverfassungsgericht* a partire dalla famosa sentenza *Solange I*¹⁵¹. Successivamente tantissime Corti hanno accettato l'esistenza di alcuni principi invalicabili dall'integrazione comunitaria, come dimostrano le decisioni del *Conseil Constitutionnel*¹⁵² e del *Tribunal Constitucional* in Spagna¹⁵³. In precedenza anche altre corti, come la *High Court* inglese¹⁵⁴, per esempio, avevano ammesso il primato del diritto comunitario facendo tuttavia salva l'impossibilità di intaccare alcuni principi fondamentali del diritto interno.

Inoltre, peraltro, l'ex terzo pilastro è stato teatro di scontro fra la Corte di giustizia e le Corti costituzionali; in particolare il *Bundesverfassungsgericht*¹⁵⁵ ha avuto modo di esprimere chiaramente le proprie riserve "costituzionali" sulla legge di attuazione della decisione-quadro sul mandato di arresto europeo, mentre uno sforzo maggiore per la

¹⁴⁹ R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union [2016] EWHC 2768 R (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union [2017] UKSC 5.

¹⁵⁰ Corte costituzionale, sentenza n. 180/1974: "Questo Collegio ha, nella sent. n. 183/73, già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana". Si veda: M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, 112.

¹⁵¹ BverfG, 37, 321.

¹⁵² Si vedano anche Conseil d'Etat, dec. Sarran, 30 ottobre 1998; Cour de Cassation, dec. Fraisse, 2 giugno 2000; Conseil d'Etat, dec. SNIP, 3 dicembre 2001. Si vedano anche: Conseil Constitutionnel 2004-496-497-498-499 DC 2004-505 DC.

¹⁵³ *Tribunal Constitucional*, D-1/2004 su www.tribunalconstitucional.es. Sul punto si veda: V. Ferreres Comella, *La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión europea. Un comentario a la Declaración 1/2004 del Tribunal Constitucional 1/2004*, in A. Lopez Castillo, A. Saiz Arnaiz, V. Ferreres Comella, *Constitución española y Constitución europea: Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional (DTC 1/2004, de 13 de diciembre)*, Madrid, 2005, 80 e A. Saiz Arnaiz, *De primacía, supremacía y derechos fundamentales en la Europa integrada: la Declaración del Tribunal Constitucional de 13 diciembre de 2004 y el Tratado por el que establece una Constitución para Europa*, in A. Lopez Castillo, A. Saiz Arnaiz, V. Ferreres Comella, *Constitución española*, cit., 51.

¹⁵⁴ *Mc Whirter and Gouriet v Secretary of State for Foreign Affairs*, [2003], EWCA civ 384. Su queste decisioni si veda: A. Biondi, *Principio di supremazia e "Costituzione" inglese*, 2003, www.forumcostituzionale.it

¹⁵⁵ BvR 2236/04, reperibile su www.bundesverfassungsgericht.de/en/judges.html

composizione del contrasto fra diritti (in senso oggettivo), tentata in via interpretativa, può rinvenirsi nelle sentenze delle Corti costituzionali polacca¹⁵⁶ e ceca¹⁵⁷.

La convergenza assiologica, il fatto che le diverse carte del sistema finiscano per garantire diritti simili, non esclude il disaccordo perché gli interpreti tendono a leggere le singole questioni partendo dalla loro Costituzione, così come fa la CGUE con i propri Trattati o la Corte EDU con la Convenzione. Questo spiega perché le Corti costituzionali nazionali negli anni abbiano sottolineato come ci possano essere differenze nel tipo di bilanciamento operato dai giudici nel multilivello.

In questo senso, i controlimiti e i conflitti in generale non devono essere concepiti in chiave meramente difensiva/oppositiva; al contrario, come in Italia ha sottolineato Panunzio¹⁵⁸, possono fungere da incentivo per cooperare¹⁵⁹.

In effetti, è in atto una vera e propria riscoperta¹⁶⁰ della c.d. “dottrina dei controlimiti”, in seguito alla nota sentenza Taricco della Corte di giustizia (CGUE)¹⁶¹ e, prima ancora, alla famosa pronuncia 238/2014¹⁶² della Corte costituzionale. Specialmente quest’ultima ha mostrato l’applicabilità della dottrina dei controlimiti anche al di fuori delle relazioni fra diritto nazionale e diritto dell’UE e, più in generale, la tendenza delle corti nazionali (costituzionali o supreme) a dissentire, anche in maniera clamorosa, rispetto a quanto deciso dalle Corti europee (non solo la CGUE). Detto in altre parole, le Corti costituzionali si concepiscono “in sistema” e non negano le necessità di interagire con quelle europee (in questo vale ancora quanto scritto anni fa da Delmas Marty, a proposito dell’“isolement impossible”¹⁶³), ma pretendono di mantenere il loro punto di vista, che è quello dei garanti della Costituzione nazionale.

¹⁵⁶ Trybunał konstytucyjny, P 1/05, in www.trybunal.gov.pl/eng/index.htm

¹⁵⁷ Ústavní soud, Pl. ÚS 66/04, in test.concourt.cz/angl_verze/cases.html

¹⁵⁸ S. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in S. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 1, 29.

¹⁵⁹ G. Martinico, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2018, 781.

¹⁶⁰ R. Calvano, *La Corte costituzionale e i “Controlimiti” 2.0*, *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 2016, www.federalismi.it/nv14/articolo_documento.cfm?Artid=31459

¹⁶¹ CGUE, C-105/14, Taricco.

¹⁶² Corte costituzionale, sentenza 238/2014 che ha avuto anche una certa eco all’estero. Si vedano, ad esempio, le considerazioni di C.J. Tams, *Let the Games Continue: Immunity for War Crimes before the Italian Constitutional Court*, 2014, www.ejiltalk.org/let-the-games-continue-immunity-for-war-crimes-before-the-italian-supreme-court/; T. Schilling, *The Dust Has Not Yet Settled: The Italian Constitutional Court Disagrees with the International Court of Justice*, Sort of, 2014, www.ejiltalk.org/the-dust-has-not-yet-settled-the-italian-constitutional-court-disagrees-with-the-international-court-of-justice-sort-of/; F. Fontanelli, *I know it’s wrong but I just can’t do right: First impressions on judgment no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*, 2014, verfassungsblog.de/know-wrong-just-cant-right-first-impressions-judgment-238-2014-italian-constitutional-court/

¹⁶³ M. Delmas Marty, *Le pluralisme ordonné. Les forces imaginantes du droit*, Parigi, 2006, 39.

Da sottolineare come, secondo attente ricostruzioni¹⁶⁴, i germi della teoria dei controlimiti potessero essere ricercati anche prima della sentenza Frontini del 1973, in particolare nella sentenza Acciaierie San Michele¹⁶⁵. Come sappiamo Alessandro Pizzorusso fu assistente di studio alla Corte costituzionale di Costantino Mortati (giudice della Consulta ai tempi di Acciaierie San Michele, come ha notato la dottrina¹⁶⁶), ma sarebbe interessante approfondire (purtroppo non in questa sede per ragioni di spazio) quanto della riflessione di Pizzorusso sui controlimiti si debba al lavoro alla Corte con Costantino Mortati.

Sempre in tema di rapporto fra gli ordinamenti, Pizzorusso aveva sottolineato l'analogia fra la legge di esecuzione dei Trattati istitutivi delle Comunità europee e le norme di diritto internazionale privato, accomunate dalla possibilità di rendere applicabili direttamente norme non nazionali senza recepirle.

In questo senso, per Pizzorusso¹⁶⁷ le norme comunitarie non potevano essere inserite nel catalogo delle fonti del diritto italiano in senso stretto, anche se la giurisprudenza costituzionale ha fatto salva la possibilità di un contrasto fra i principi costituzionali supremi e l'allora diritto comunitario con eventuale rifiuto di applicazione del secondo. Tale rifiuto di applicazione sarebbe paragonabile, secondo Pizzorusso, alla tecnica che esclude l'applicabilità delle norme straniere contrarie alle norme interne di ordine pubblico¹⁶⁸.

È interessante rilevare come alcuni recenti scritti sull'art. 4.2 TUE, in tema di identità nazionale, abbiano riscoperto il nesso fra identità nazionale¹⁶⁹ e ordine pubblico¹⁷⁰, e di come questo nesso sia stato effettivamente ripreso dalla Corte di giustizia in casi come Sayn Wittgenstein¹⁷¹, prima che la Corte di giustizia smettesse di rispondere alle richieste fondate sull'art. 4.2 TUE da parte dei giudici nazionali (in particolare anche delle Corti costituzionali)¹⁷².

Un altro aspetto centrale nella riflessione di Pizzorusso è quello giocato dalla tutela dei diritti fondamentali nel processo di integrazione sovranazionale.

¹⁶⁴ G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006, 211.

¹⁶⁵ Corte costituzionale, 98/1965.

¹⁶⁶ G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, cit.

¹⁶⁷ A. Pizzorusso, *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*, Napoli, 1997, 617.

¹⁶⁸ A. Pizzorusso, *Manuale*, 617.

¹⁶⁹ La letteratura è enorme, in italiano si veda, almeno: G. Di Federico, *L'identità nazionale degli stati membri nel diritto dell'Unione europea. Natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli, 2017.

¹⁷⁰ B. Guastaferrò, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, *Yearbook of European Law*, 2012, 263.

¹⁷¹ Corte di giustizia, C-208/09, Sayn-Wittgenstein, Racc., 2010 I-13693.

¹⁷² Si permetta il rinvio a: G. Martinico, *Taming National Identity: A Systematic Understanding of Article 4.2 TEU*, *European Public Law*, 2021, 1.

Anche in questo l'UE tradisce ancora molte incertezze. A testimonianza della *portata normativa* degli interventi della Corte di giustizia è stato poi codificato l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea che ha *formalizzato* il rinvio a tali principi prima operante in via *di fatto*. Il Trattato di Lisbona ha aggiunto anche il riferimento alla futura adesione dell'UE alla CEDU, adesione bloccata, come noto, all'indomani del noto Parere 2/13¹⁷³ della Corte di giustizia in cui il giudice sovranazionale ha concluso che "l'accordo sull'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali non è compatibile con l'articolo 6, paragrafo 2, TUE, né con il Protocollo (n. 8) relativo all'articolo 6, paragrafo 2, del Trattato sull'Unione europea sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali"¹⁷⁴. In tale ambito era stato fondamentale anche il Parere 2/94¹⁷⁵ reso dalla Corte sull'eventualità di un'adesione delle Comunità alla CEDU.

Più recentemente, per altro, i negoziati per l'adesione¹⁷⁶ sono ripartiti nella speranza che l'adesione possa essere portata a termine nei prossimi anni.

Tuttavia, queste vicende dimostrano l'incompletezza di un processo ancora in divenire.

7. Tradizioni costituzionali comuni e principi generali

Un altro tema toccato a più riprese ne *Il patrimonio costituzionale europeo* è quello delle tradizioni costituzionali comuni, come abbiamo visto in precedenza.

La dicitura tradizioni costituzionali, come giustamente rilevava Tesauro¹⁷⁷, non deve trarre in inganno perché la Corte, pur ragionando spesso di principi comuni alla maggior parte degli Stati membri o alla totalità di essi, finisce spesso, nella concretezza del caso, per interpretare quel principio, e le norme che sotto la sua luce vengono analizzate, in maniera difforme dalla lettura affermata nei Paesi che hanno fornito *la materia prima*¹⁷⁸. Esempio emblematico di questo sono i principi enunciati in materia di diritti fondamentali, dove per altro è da segnalare l'iniziale rifiuto della

¹⁷³ Corte di giustizia, Parere 2/13 ECLI:EU:C:2014:2454; si veda anche il Parere 2/94, Racc., 1995, I-1759.

¹⁷⁴ Corte di giustizia, Parere 2/13 ECLI:EU:C:2014:2454.

¹⁷⁵ Corte di giustizia, Parere 2/94, Racc., 1995, I-1759.

¹⁷⁶ A. Kovacs, St. Øby Johansen, *Negotiations for EU accession to the ECHR relaunched – overview and analysis*, 2021, eulawanalysis.blogspot.com/2021/01/negotiations-for-eu-accession-to-echr.html

¹⁷⁷ G. Tesauro, *Diritto comunitario*, Padova, 2001, 92.

¹⁷⁸ Per tutti si veda il caso Mangold (Corte di giustizia, C-144/04, Mangold, Racc., 2005, I-9981).

Corte a confrontarsi con il *patrimonio costituzionale*¹⁷⁹ degli Stati membri quasi si volesse evidenziare l'autonomia del diritto dell'UE da quello interno¹⁸⁰. In un secondo momento, poi, la Corte di giustizia ha riconosciuto come parte integrante dei *principi generali del diritto comunitario* quanto previsto dalle costituzioni dei paesi (*rectius*, le “tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri” di cui all'art. 6 TUE) e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)¹⁸¹. La Corte ha così dato il via al cammino verso la Carta di Nizza, stabilendo che si sarebbe presa il compito di verificare il rispetto dei diritti fondamentali *nei settori specifici* del diritto comunitario (anche se viene difficile pensare che i diritti nella loro *trasversalità* riescano a non causare conflitti di competenza fra ordinamenti¹⁸²).

Sono numerose le ambiguità dei principi generali nel diritto dell'UE e questo rappresentava una grande sfida intellettuale per Alessandro Pizzorusso, affascinato dal tema della loro origine e dalla loro collocazione nella gerarchia delle fonti sovranazionali.

Nel farlo, Alessandro Pizzorusso prendeva le mosse dalle parole pronunciate da Ferrara sen. in un convegno pisano tenutosi nel 1940 e dalla sua distinzione fra due categorie di principi:

“I principi generali [...] possono intendersi in due sensi: o come quei principi di diritto positivo che si estraggono da disposizioni concrete legislative e che si ampliano in formule generali, comprensive di nuove applicazioni o come principi fondamentali dell'ordinamento giuridico, informatori del suo sviluppo e capaci di indirizzare la stessa opera legislativa. I primi stanno dentro l'ordinamento giuridico, innucleati e latenti nelle sue norme, che l'interprete sviluppa mediante il processo logico ed analogico. Gli altri sono condizioni essenziali dello stesso ordinamento giuridico, presupposti basilari di esso in parte attuati, in parte da svolgersi e realizzarsi in avvenire. Questa seconda categoria di principi sono in un certo modo fuori e superiori allo stesso ordinamento positivo, costituiscono le direttive, le forze propulsive del suo sviluppo”¹⁸³.

¹⁷⁹ A. Pizzorusso, *Il patrimonio*, cit.

¹⁸⁰ Corte di giustizia, C-1/58, Sork, Racc., 1959, 41; Corte di giustizia, C-36-38 e 40/59, Uffici vendita della Ruhr, Racc., 1960, 827; Corte di giustizia, C-40/64, Sgarlata, Racc., 1965, 271.

¹⁸¹ Corte di giustizia, C-29/69, Stauder, Racc., 1969, 419; Corte di giustizia, C-11/7, Internationale Handelsgesellschaft, Racc., 1970, 1125; Corte di giustizia, C-4/73, Nold, Racc., 1974, 491; Corte di giustizia, C-36/75, Rutili, Racc., 1975, 1219; Corte di giustizia, C-309/96, Annibaldi, Racc., 1997, I-7493; Corte di giustizia, C-17/98, Emesa Sugar, Racc., 2000, I-665.

¹⁸² P. Eeckhout, *The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question*, *Common Market Law Review*, 2002, 945; A. Torres Pérez, *Rights and Powers in the European Union: Towards a Charter that is Fully Applicable to the Member States?*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2020, 279.

¹⁸³ F. Ferrara sen., *I principi generali dell'ordinamento giuridico*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista. A cura della facoltà di giurisprudenza e della Scuola di Perfezionamento nelle discipline corporative della R. Università di Pisa*, Pisa, 1943, citato da A.

Su questa base la dottrina ha sempre distinto due categorie di principi generali: i principi fondamentali e principi non fondamentali. I principi sono generalmente caratterizzati da grande *elasticità* ovvero da un alto tasso di indeterminazione nella loro portata semantica. Ciò li differenzia dalle *regole*. Questa elasticità risulta naturale conseguenza della grande *portata assiologica* che i principi esprimono¹⁸⁴. In questo senso i principi risultano essere il nucleo valoriale di un ordinamento e lo specchio del patrimonio storico di una realtà politica. Anche questo discorso (quello relativo al legame fra *elasticità* e *portata assiologica*), si presenta in realtà vero solo per alcuni principi, probabilmente, solo per quelli che rappresentano il *nocciolo duro della Costituzione*¹⁸⁵ e che, come tali, risultano non suscettibili di revisione costituzionale¹⁸⁶.

Nella lettura che ne ha dato attenta dottrina¹⁸⁷ i principi del diritto dell'UE si collocherebbero, in un'ipotetica gerarchia delle fonti, immediatamente al di sotto dei Trattati (in quanto attinenti alla sua "applicazione"), ma al di sopra degli atti delle Istituzioni essendo consentita l'impugnazione di questi ultimi atti in caso di violazione dei principi generali. Al riguardo, si può osservare che questa prospettazione non sembra tenere conto dell'esistenza di due *sub* categorie di principi e della loro eterogeneità contenutistica e, sulla scia di Pizzorusso¹⁸⁸, si propende per una diversa collocazione per principi relativi ai diritti fondamentali e gli altri (gli istituzionali). Una distinzione questa che forse ricalca quella fra principi fondamentali e non fondamentali come descritta da Ferrara sen. Si tratta di una lettura poi confermata anni dopo dalla saga Kadi¹⁸⁹, con riferimento all'esigenza di preservare un nucleo duro di principi fondamentali, o dalle conclusioni dell'Avvocato generale (AG) Trstenjak al caso Audiolux¹⁹⁰, con riferimento alla necessità di distinguere fra diverse tipologie di principi generali.

In Audiolux la CGUE ha negato l'esistenza di un principio generale di

Pizzorusso, *I principi generali nel diritto. L'esperienza pubblicistica*, in *I principi generali del diritto: atti del Convegno, Roma 27-29 maggio 1991*, 239, 239-240.

¹⁸⁴ E. Betti, *Teoria generale della interpretazione*, II, Milano, 1955, 850.

¹⁸⁵ Per l'esempio italiano: Corte costituzionale, 1146/1988.

¹⁸⁶ Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford, 2016.

¹⁸⁷ G. Gaja, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, 1999, 99.

¹⁸⁸ A. Pizzorusso, *Comparazione giuridica*, 167-168.

¹⁸⁹ In particolare la prima delle due sentenze della Corte di giustizia dell'UE, C-402/05 P e C-415/05 P, Kadi e Al Barakaat International Foundation/Council and Commission, in Racc., 2008, I-6351, par. 304: "L'art. 307 CE non potrebbe infatti in alcun caso consentire di mettere in discussione i principi che fanno parte dei fondamenti stessi dell'ordinamento giuridico comunitario, tra i quali quello della tutela dei diritti fondamentali, che include il controllo, ad opera del giudice comunitario, della legittimità degli atti comunitari quanto alla loro conformità a tali diritti fondamentali".

¹⁹⁰ Conclusioni AG Trstenjak, C-101/08, Audiolux SA e.a v Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) and Others and Bertelsmann AG and Others [2009] Racc. I-09823.

parità di trattamento degli azionisti. Mentre, come al solito, la CGUE non ha reso esplicita la sua analisi comparativa, le Conclusioni dell'AG Trstenjak¹⁹¹ sono davvero importanti, poiché lì l'AG ha riconosciuto l'ambiguità della giurisprudenza della Corte in questo ambito¹⁹² e ha offerto alcuni chiarimenti sulla metodologia che la Corte dovrebbe seguire quando accerta l'esistenza di un principio generale. Sempre in quell'occasione l'AG ha inoltre fornito precise indicazioni circa le fonti pertinenti da prendere in considerazione ("diritto primario" dell'UE, "linee guida internazionali", "atti delle istituzioni dell'UE"), le funzioni dei principi generali¹⁹³ e lo *status* dei principi generali nella gerarchia delle fonti dell'UE, tra le altre cose.

Proprio a conferma dell'ambiguità e dell'eterogeneità dei principi generali di cui si diceva, nelle sue conclusioni l'AG Trstenjak ha fatto un'interessante distinzione fra due categorie di principi generali:

"In base ad una definizione proposta dalla dottrina, rientrano tra i principi generali le disposizioni fondamentali del diritto comunitario primario non scritto che sono immanenti nello stesso ordinamento giuridico delle Comunità europee o che sono comuni agli ordinamenti giuridici degli Stati membri. In via di principio è possibile distinguere tra principi generali del diritto comunitario in senso stretto, vale a dire quelli che risultano esclusivamente dallo spirito e dal sistema del Trattato CE e che riguardano specifici aspetti del diritto comunitario, e principi generali che sono comuni agli ordinamenti giuridici e costituzionali degli Stati membri. Mentre il primo gruppo di principi generali è direttamente desumibile dal diritto comunitario primario, per individuare i principi del secondo gruppo la Corte ricorre sostanzialmente ad una comparazione giuridica critico-valutativa, senza tuttavia dare alcun rilievo in tale sede al metodo del minimo denominatore comune. Nemmeno si ritiene necessario che i principi in tal modo elaborati siano sempre presenti, con la stessa specifica formulazione assunta a livello comunitario, anche in

¹⁹¹ Conclusioni AG Trstenjak, C-101/08, *Audiolux SA e.a v Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL) and Others and Bertelsmann AG and Others* [2009] Racc. I-09823.

¹⁹² "La nozione di principi generali è tuttavia a tutt'oggi controversa. La terminologia non è uniforme né nella dottrina giuridica né nella giurisprudenza. In parte le divergenze riguardano solo le scelte lessicali, come quando la Corte e gli avvocati generali si riferiscono ad una norma giuridica generalmente ammessa, ad un principio generalmente ammesso, ad un principio giuridico fondamentale, ad un principio fondamentale, ad un mero principio, ad un principio o al principio generale di uguaglianza che fa parte dei principi fondamentali del diritto comunitario", Conclusioni AG Trstenjak, cit., par. 67.

¹⁹³ "Vi è, tuttavia, unanimità nel ritenere che nella giurisprudenza i principi generali rappresentano uno strumento importante per colmare le lacune e per orientare l'interpretazione. Ciò risulta, non da ultimo, dal fatto che l'ordinamento giuridico comunitario è un ordinamento in continua evoluzione il quale – attesa la sua apertura all'evoluzione integratrice – deve essere necessariamente lacunoso e bisognoso di interpretazione. Consapevole di ciò, anche la Corte si è astenuta da una precisa classificazione dei principi generali, per preservarsi la flessibilità di cui ha bisogno per poter decidere le questioni sostanziali che emergono indipendentemente dalle differenze terminologiche", Conclusioni AG Trstenjak, cit., par. 68.

tutti gli ordinamenti giuridici oggetto di comparazione”¹⁹⁴.

Per quanto riguarda il secondo gruppo di principi generali, l’AG Trstenjak ha respinto il metodo del minimo comune denominatore nella loro ricostruzione. Questo vuol dire che non è necessario che una norma risponda a tutte le tradizioni costituzionali perché assurga a principio di diritto dell’UE. Dopo un’analisi dettagliata, l’AG Trstenjak ha concluso che “nel diritto comunitario non esiste un principio generale di parità di trattamento degli azionisti che tuteli gli azionisti di minoranza di una società, in caso di acquisizione del controllo di essa da parte di un’altra società, conferendo loro il diritto di cedere i propri titoli alle stesse condizioni di tutti gli altri azionisti”¹⁹⁵.

Queste considerazioni relative al rapporto fra materiali costituzionali nazionali e principi generali del diritto dell’UE sono riemerse – con riferimento all’importanza della comparazione- nelle Conclusioni dell’AG Trstenjak rese nel caso Dominguez¹⁹⁶ e nelle Conclusioni dell’AG Kokott nel caso Akzo Nobel in cui si è sostenuto che “[u]n siffatto riferimento alle tradizioni costituzionali o ai principi giuridici comuni non presuppone necessariamente che si tratti di una tendenza uniforme o chiaramente maggioritaria negli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Occorre piuttosto procedere ad una valutazione comparativa degli ordinamenti giuridici, in cui si tenga adeguatamente conto anche delle finalità e dei compiti dell’Unione europea nonché della particolare natura

¹⁹⁴ Conclusioni AG Trstenjak in Audiolux, cit., par. 69.

¹⁹⁵ Conclusioni AG Trstenjak in Audiolux, cit., par. 115: “Alla luce di tale conclusione non mi sembra necessario prendere in esame la sentenza Mangold. Il presupposto per poter trasporre tale giurisprudenza nel caso in esame consiste nell’indubbia individuazione di un principio generale nel diritto comunitario che rende possibile l’applicazione proprio di questo principio generale ancor prima dell’entrata in vigore di una specifica disposizione di diritto derivato avente sostanzialmente il medesimo contenuto. La Corte nella sentenza Mangold ha infatti statuito che il principio di parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro non è sancito dalla direttiva 2000/78, ma costituisce un principio generale del diritto comunitario. La Corte ha fondato tale sua conclusione sulla constatazione che il divieto di discriminazione in ragione dell’età trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Come sopra rilevato, tuttavia, tale presupposto nel presente caso non sussiste”.

¹⁹⁶ “L’esame comparativo che precede dimostra tuttavia come l’idea secondo cui al lavoratore spetta il diritto ad un regolare riposo sia presente nell’ordinamento dell’Unione e in quelli dei suoi Stati membri. Il fatto che questo principio goda, sia a livello di Unione, sia in molti tra gli Stati membri, di rango costituzionale è già di per sé indice di una posizione preminente di tale diritto, che va nella direzione di una sua classificazione quale principio generale del diritto dell’Unione. A tal fine non rileva il fatto che non tutti gli Stati membri gli riconoscano rango costituzionale all’interno dei propri ordinamenti, essendo comunque considerato un elemento centrale del diritto nazionale, e ciò indipendentemente dalla natura privata o pubblica del rapporto di lavoro, come riconosciuto peraltro anche dalla giurisprudenza della Corte”, Conclusioni AG Trstenjak, C-282/10, *Maribel Dominguez v Centre informatique du Centre Ouest Atlantique and Préfet de la région Centre*, ECLI: EU:C:2011:559, par. 112-113.

dell'integrazione europea e del diritto dell'Unione"¹⁹⁷.

Ciò rivela che il diritto comparato e l'interpretazione teleologica sono stati talvolta utilizzati in modo combinato dalla Corte di giustizia, poiché la comparazione è a volte impiegata per rilevare l'esistenza di un consenso a livello nazionale su una certa questione¹⁹⁸.

Alessandro Pizzorusso, anche sotto questo punto di vista, coglieva le grandi opportunità che il diritto dell'UE offre al diritto comparato e al diritto costituzionale.

In effetti, uno dei modi di avvicinarsi allo studio delle aggregazioni macroregionali è quello di partire dalle affinità che il fenomeno presenta con quello delle organizzazioni internazionali. È questo un approccio che, se colto in una prospettiva moderata, riesce anche a rendere conto delle peculiarità proprie della storia dell'integrazione comunitaria e, allo stesso tempo, a risultare non ingeneroso verso quella generazione di studiosi internazionalisti che, molto prima dei costituzionalisti, si sono interessati del fenomeno¹⁹⁹.

Ciò non vuole dire appiattire il *novum* sovranazionale alle dinamiche più note del diritto internazionale, anzi, va ricordato come i primi saggi relativi all'operato della Corte di giustizia negli Stati Uniti siano stati pubblicati su riviste comparatistiche, come l'*American Journal of Comparative Law*²⁰⁰. Tale impostazione, del resto, trova riscontri normativi: non è un caso che le disposizioni che all'origine hanno permesso le limitazioni di sovranità necessarie per la partecipazione dei Paesi membri alle Comunità siano state quelle pensate per la partecipazione alle organizzazioni internazionali²⁰¹.

¹⁹⁷ Conclusioni AG Kokott, C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals and Akros Chemicals v Commission and Others [2010] Racc. I-8301, par. 94.

¹⁹⁸ "Accordingly, for the Advocate General, even if a principle is only recognised in a minority of Member States, it may still constitute a general principle of EU law in so far as it reflects a mission with which the authors of the Treaties have entrusted the EU, or mirrors a trend in the constitutional law of the Member States. However, AG Kokott found that those two elements were missing in Akzo", Koen Lenaerts, José A. Gutiérrez-Fons, *To say what the law of the EU is: methods of interpretation and the European Court of Justice, Distinguished Lecture delivered on the occasion of the XXIV Law of the European Union course of the Academy of European Law, on 6 July 2013, EU Working Paper*, cadmus.eui.eu/handle/1814/28339, articolo poi pubblicato nel *Columbia Journal of European Law*, 2013, 841.

¹⁹⁹ A questo proposito è da ricordare la polemica fra Conforti e Amato. Si veda: B. Conforti, *La dottrina del diritto comunitario: questa sconosciuta*, *Diritto dell'Unione europea*, 2004, 1, e A. Tizzano, *I "neocoms" e la scoperta del diritto comunitario*, *Diritto dell'Unione europea*, 2004, 4. L'articolo di Amato è: G. Amato, *Verso la Costituzione europea*, *Rivista italiana di diritto pubblico europeo*, 2003, 291.

²⁰⁰ P. Hay, *Federal jurisdiction of the Common market Court*, *American Journal of Comparative Law*, 1963, 21; P. Hay, *Supremacy of Community Law in National Courts. A Progress Report on Referrals Under the EEC Treaty*, *American Journal of Comparative Law*, 1968, 524.

²⁰¹ Per una lettura in parte diversa si veda P. Faraguna, *Costituzione senza confini? Principi e fonti costituzionali tra sistema sovranazionale e diritto internazionale*, in F. Cortese, C. Caruso, S. Rossi (a cura di), *Immaginare la Repubblica: Mito e attualità dell'Assemblea Costituente. 70 anni dell'Assemblea Costituente e della Costituzione*, 63.

Proprio il comparatista, però, sembra avere attitudini particolarmente consone agli studi sovranazionali, perché abituato a lavorare con categorie forgiate dagli studi internisti, ma anche avvezzo ad evitare quegli asservimenti dogmatici che una dottrina provincialmente ed esclusivamente nazionale può causare.

Da questo punto di vista anche la Carta di Nizza è il risultato di una gigantesca opera di comparazione fra ordinamenti, il suo testo, in tal senso, è la conferma del tentativo di scorgere comunanze nell'universo giuridico rappresentato dagli ordinamenti statali.

La Carta, infatti, non si pone come testo esaustivo, ma rinvia ad altri documenti in materia di tutela di diritti: le Costituzioni nazionali e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Proprio il rapporto fra questi tre "poli" ha dato origine alle sentenze più difficili della Corte di giustizia che, in questi undici anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, non si è fatta mancare "duelli a distanza" con le Corti costituzionali degli Stati membri.

La Carta è documento ambizioso, con talune ambiguità (il continuo rinvio alle "legislazioni e prassi nazionali", che rischia di annacquare il contenuto, specie nel capo dedicato alla "solidarietà"), che venne pensato per essere perno di un sistema "complesso" di protezione dei diritti fondamentali.

La Carta di giustizia ha offerto un'importante conferma della natura costituzionale del processo integrativo europeo, a dispetto del fallimento del c.d. "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa". Del resto, già prima del rigetto di quel Trattato, la stessa Corte di giustizia parlava di una costituzione europea con riferimento ai Trattati istitutivi²⁰² e al *corpus* giurisprudenziale europeo in materia di diritti. Certo, si tratta di una costituzione incrementale, evolutiva e solo parzialmente scritta, per certi aspetti concettualmente simile a quella britannica malgrado le ovvie diversità di contesto.

In quest'assetto la Carta di Nizza ha contribuito al *momento della scrittura*²⁰³, alla codificazione di quello che Alessandro Pizzorusso aveva efficacemente chiamato il *patrimonio costituzionale europeo*²⁰⁴; al tempo stesso, ha fornito all'UE nuovi strumenti per partecipare alla funzione storicamente svolta dal costituzionalismo, quella di limitare e forgiare il potere politico. Il costituzionalismo, inteso come fenomeno filosofico-politico, non può essere ridotto alla sua epifania statale, ma si arricchisce grazie al contributo offerto dal diritto dell'Unione europea che fornisce ulteriori argomenti per limitare e incanalare in binari procedurali le pretese del potere politico. In questo scenario, da un lato, il costituzionalismo europeo non si fonda sulla negazione dello Stato o del costituzionalismo nazionale; al contrario, come storicamente sottolineato anche da Milward²⁰⁵, lo Stato è e rimane un fondamentale attore

²⁰² Corte di giustizia, C-294/83, Parti écologiste Les Verts v European Parliament, Racc, 1986, 1339.

²⁰³ C. Pinelli, *Il momento della scrittura*, Bologna, 2002.

²⁰⁴ A. Pizzorusso, *Il patrimonio*, cit.

²⁰⁵ A. Milward, *The European Rescue of the Nation-State*, Los Angeles, 1992. Lo ribadiscono

di governo. Tuttavia, il costituzionalismo europeo apporta un valore aggiunto alle conquiste col tempo raggiunte dall'esperienza statale, offrendo un *plus* di tutela²⁰⁶ per il sistema dei diritti fondamentali, anche e soprattutto nel caso in cui sia proprio lo Stato a contraddire i valori della democrazia e a trascurare l'insegnamento del costituzionalismo post-totalitario da cui le nostre costituzioni e l'Unione derivano. Gli esempi non mancano: misure che attentano all'indipendenza della magistratura, che "accentrano" i poteri in capo agli esecutivi in carica, che restringono la libertà di stampa e che minacciano l'attività universitaria²⁰⁷. Si tratta di scenari che potevano sembrare impossibili, in Europa, solo pochi anni fa; sono invece la sconcertante realtà odierna in paesi come Ungheria e Polonia. Si tratta di violazioni a cui l'UE non riesce a reagire attivando la farraginosa macchina dell'art. 7 TUE²⁰⁸, ma adattando piuttosto il procedimento di infrazione²⁰⁹, confermando così la centralità di Commissione e Corte di giustizia nella protezione dei diritti fondamentali.

Dal punto di vista dei principi la proclamazione e poi la natura vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'UE non ha cambiato molto rispetto agli anni in cui scriveva Pizzorusso, e non soltanto perché alcuni principi (quelli istituzionali, ad esempio) non sono stati codificati o perché non vi è talvolta identità fra la giurisprudenza della Corte (la versione non scritta dei principi generali) e la codificazione avvenuta grazie alla Carta dei diritti fondamentali²¹⁰.

Anzi, dopo il lavoro della prima Convenzione e la natura vincolante della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, la distinzione fra principi e diritti è ancora più ambigua nel diritto dell'UE²¹¹.

giustamente anche M. Dani, A. Menéndez, *È ancora possibile riconciliare*, www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/899, che pure giungono a conclusioni radicalmente diverse.

²⁰⁶ G. Martinico, L. Pierdominici, *Il valore aggiunto del diritto costituzionale europeo: il caso di Ungheria e Polonia*, 2020, euractiv.it/section/politica/opinion/il-valore-aggiunto-del-diritto-costituzionale-europeo-il-caso-di-ungheria-e-polonia/

²⁰⁷ Corte di giustizia dell'UE, C-66/18 – Commissione/Ungheria, ECLI:EU:C:2020:792.

²⁰⁸ C. Closa, D. Kochenov (cur.), *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, Cambridge, 2016.

²⁰⁹ M. Coli, *The Judgment of the CJEU in Commission v. Poland II (C-192/18): the resurgence of infringement procedures as a tool to enforce the rule of law?*, 2020, www.diritticomparati.it/judgment-cjeu-commission-v-poland-ii-c-192-18-resurgence-infringement-procedures-tool-enforce-rule-law/

²¹⁰ H. Hofmann, C. Mihaescu, *The relation between the charter's fundamental rights and the unwritten general principles of EU law: good administration as the test case*, *European Constitutional Law Review*, 2013, 73.

²¹¹ Art. 52 Carta dei diritti fondamentali dell'UE: "Portata e interpretazione dei diritti e dei principi.

1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute

D'altro canto, la strana distinzione fra principi e diritti assomiglia a quella fra disposizioni programmatiche e direttamente applicabili come da noi conosciuta nel dopoguerra.

Insomma, il diritto costituzionale europeo si presenta come campo d'analisi tutt'altro che esaurito

Per chi ha sostenuto da sempre gli argomenti del diritto comparato, come aveva fatto Alessandro Pizzorusso, il diritto delle organizzazioni macroregionali ha cambiato la missione della comparazione, che diventa il quinto canone dell'interpretazione²¹². La comparazione, infatti, ha un ruolo centrale nel ragionamento della Corte di giustizia²¹³ (anche se spesso rimane implicita²¹⁴) a dimostrazione anche della costitutiva dialettica tra tradizioni costituzionali comuni e tradizionali costituzionali nazionali.

In questo senso, forse, quella solitudine del comparatista di cui Merryman parlava²¹⁵, consistente nel senso di incertezza circa la definizione del proprio ambito di studio, viene meno.

dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

2. I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti.

3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.

4. Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni.

5. Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti.

6. Si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella presente Carta.

7. I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta".

²¹² P. Häberle, *Efectividad de los derechos fundamentales en el Estrado constitucional*, in A. Lopez Pina (cur.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, 1991, 271; P. Häberle, *Linee di sviluppo della giurisprudenza della Corte Costituzionale federale tedesca in materia di diritti fondamentali*, *Giurisprudenza costituzionale*, 1996, 2900; P. Häberle, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlino 1992, 3.

²¹³ H. Kutscher, *Alcune tesi sui metodi di interpretazione del diritto comunitario dal punto di vista d'un giudice (I parte)*, *Rivista di diritto europeo*, 1976, 283; H. Kutscher, *Alcune tesi sui metodi di interpretazione del diritto comunitario dal punto di vista d'un giudice (II)*, *Rivista di diritto europeo*, 1977, 3.

²¹⁴ G. Martinico, *Exploring the Platonic Heaven of Law. General Principles of EU Law from a Comparative Perspective*, *Nordic Journal of European Law*, 2020, 1.

²¹⁵ J.H. Merryman, *The Loneliness of the Comparative Lawyer and Other Essays in Foreign and Comparative Law*, L'Aja, 1999.

8. Conclusioni

In questo scritto non si voleva trovare conferma dell'attualità del pensiero del Professor Pizzorusso, attualità provata, del resto, dalle citazioni della sua Opera che si possono ritrovare in sentenze di Corti costituzionali²¹⁶ o nelle Conclusioni degli Avvocati generali presso la Corte di giustizia²¹⁷, quanto di trovare delle manifestazioni della sua eredità scientifica.

Una delle chiavi del contributo del Professor Pizzorusso si deve indubbiamente alle sue grandi capacità di "fare rete"²¹⁸ in un contesto pre-internet, ma anche alla sua nota generosità ed apertura al dialogo con studiosi e studiosi di generazioni diverse.

Accanto a queste ragioni, diremmo, umane, vi sono soprattutto due elementi puramente scientifici che caratterizzano tutta l'Opera del Professore e in particolare i suoi contributi in materia di fonti del diritto: l'approccio olistico al diritto (trasmesso anche ai suoi allievi, *in primis* a Paolo Carrozza) e l'attenzione al fatto e all'effettività²¹⁹ che in questo campo in particolare ha permesso di sviluppare il grande contributo offerto dalla comparazione a un ambito spesso considerato, in Italia almeno, come monopolio delle scelte dell'ordinamento statale di riferimento.

"Due sono, a nostro avviso, i cardini di questa ricostruzione: l'elaborazione di una nozione di fonte del diritto diversa da quella comunemente accettata, il richiamo pervasivo al principio di effettività, quale condizione necessaria per una verifica della natura e dell'efficacia dei fatti giuridici ai fini della loro inclusione fra quelli a carattere normativo. La definizione del concetto di fonte è nota e si basa sulla capacità esclusiva dei fatti normativi di esercitare effetti *erga omnes* [...] Quanto poi al richiamo costante al principio di effettività, esso consente di tracciare una distinzione preliminare fra fonti legali dell'ordinamento e fonti *extra*

²¹⁶ Corte costituzionale portoghese, 224/86, www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19870433.html

²¹⁷ "In secondo luogo, ritengo che non sia superfluo rammentare che la Corte opera già da molto tempo con la categoria delle 'tradizioni costituzionali comuni' degli Stati membri quando si tratta di trovare ispirazioni nella costruzione del sistema di valori sui quali è fondata l'Unione. In particolare, su tali tradizioni costituzionali comuni la Corte ha cercato, in via del tutto preferenziale, di fondare una propria cultura dei diritti, quella dei diritti dell'Unione. L'Unione ha acquisito in tal modo il carattere non solo di una comunità di diritto, ma anche di una 'comunità di cultura costituzionale'. Tale cultura costituzionale comune fa parte dell'identità comune dell'Unione, con l'importante conseguenza, secondo me, che l'identità costituzionale di ciascuno Stato membro, certo dotata di caratteri specifici nella misura che occorre, non può – per dirla in termini prudenti – sentirsi a una distanza astronomica da detta cultura costituzionale comune. Al contrario, un ben inteso atteggiamento di apertura al diritto dell'Unione dovrebbe dare luogo, nel medio e lungo periodo, a una convergenza sostanziale, in linea di principio, tra l'identità costituzionale dell'Unione e quella di ciascuno degli Stati membri", AG Cruz Villalón al caso C-62/14, Gauweiler, ECLI:EU:C:2015:7, par. 61. Alla nota 29 delle Conclusioni si citano i capitoli IV e V de *Il patrimonio costituzionale europeo*.

²¹⁸ Si vedano le considerazioni di R. Romboli, *Alessandro Pizzorusso*, cit.

²¹⁹ R. Romboli, *Alessandro Pizzorusso*, cit.

ordinem, a cui si riconduce, poi, l'inclusione, nel novero dei fatti produttivi di effetti normativi, di una pluralità di atti giuridici normalmente non inclusi nel catalogo delle fonti del diritto italiano"²²⁰.

L'attenzione al fatto e il concepire il diritto come fenomeno culturale hanno permesso al pensiero del Professor Pizzorusso di adattarsi a contesti diversi dall'italiano, andando oltre una visione meramente nazionale, e, allo stesso tempo, hanno offerto un contributo essenziale alla funzione critica della comparazione e, più in generale, al diritto come sapere critico.

Non è un caso, del resto, che il diritto costituzionale europeo abbia rappresentato un terreno fertile per sviluppare molti dei concetti che appartengono alla tradizione del costituzionalismo.

Anche qui, un'altra caratteristica dell'approccio del Professor Pizzorusso, vale a dire l'attenzione alla storia, permette di mettere in evidenza alcune delle mancanze del processo di integrazione europea, ma, allo stesso tempo, anche di sconfessare molti dei *cliché* presenti nella letteratura scettica.

Non è un caso che le ultime pagine de *Il patrimonio costituzionale europeo* apertamente concepissero le tradizioni costituzionali comuni *come* diritto costituzionale europeo e non è una coincidenza l'interesse che il tema dei principi generali del diritto dell'UE aveva suscitato in lui, con particolare riferimento alla questione della posizione da riconoscere proprio ai principi nella gerarchia sovranazionale delle fonti.

In conclusione, è possibile quindi trovare delle manifestazioni dell'eredità scientifica di Alessandro Pizzorusso, prodotto dell'attività di uno studioso che ha saputo adattare e, a volte, anche rimodellare le categorie del diritto interno "di fronte alla progressiva consunzione (che non significa, però, almeno per ora, superamento) del sistema incentrato sulla sovranità degli Stati"²²¹.

Giuseppe Martinico

Istituto DIRPOLIS

Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

giuseppe.martinico@santannapisa.it

²²⁰ *Il sistema delle fonti del diritto*, cit., 164-165.

²²¹ A. Pizzorusso in: P. Passaglia, *Il sistema delle fonti* cit., 162.