

In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità
in via incidentale, tra *regole* e *regolarità*,
e dal punto di vista della teoria della Costituzione
(note sparse a partire da un libro recente)*

Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. Il problema definitorio: *modello* o *canone* dell'incidentalità costituzionale? – 2. Il carattere meramente *negativo* ovvero *positivo* delle regole relative alla incidentalità e lo scioglimento del dubbio in relazione alle esperienze qui fatte oggetto di studio. – 3. La “giurisdizionalità” dell'agire della Corte, il “*deposito di razionalità*” considerato idoneo a darle voce, la “doppia coerenza” quale indice esteriore che ne dà testimonianza e conferma. – 4. Un ossimoro costituzionale nel quale si avvolge talvolta la giurisprudenza: al fine di preservare i diritti fondamentali, per il cui tramite si esprime e realizza l'essenza della Costituzione, la Corte si ritiene abilitata a venir meno alla osservanza della... *Costituzione* stessa, segnatamente del principio della separazione dei poteri, portando il proprio ruolo a confondersi con quello dei decisori politici. – 5. Il carattere “intercostituzionale” della Costituzione e il “dialogo” tra le Corti, da esso linearmente discendente, quale argine alla eccessiva politicizzazione dei giudizi di costituzionalità. – 6. Il crollo di un antico mito: l'intangibilità del giudicato, la conversione della certezza del diritto in certezza dei diritti costituzionali e i rischi ai quali questi ultimi vanno incontro per effetto del “riaccentramento” delle funzioni in capo alla Consulta.

* Il contributo non è stato sottoposto a referaggio, in conformità al Regolamento della Rivista, in quanto proveniente da un membro del comitato scientifico. Esso trae spunto dallo studio monografico di G. Repetto, *Il canone dell'incidentalità costituzionale. Trasformazioni e continuità nel giudizio sulle leggi*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017.

Antonio Ruggeri

In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)

1. *Il problema definitorio: modello o canone dell'incidentalità costituzionale?*

Più volte (e ancora di recente), studiando i temi più varî di diritto costituzionale, ho confessato di provare la stessa sensazione di un bambino che spia dal buco della serratura dal quale scopre un mondo che fino a quel momento gli era rimasto interamente nascosto. Così è anche oggi: man mano che portavo avanti la lettura del libro di Giorgio Repetto dedicato all'incidentalità costituzionale e, più ancora, a conclusione della stessa, mi sono convinto che, in realtà, non ci si limita ad un critico ripensamento di tale "istituto" costituzionale – come lo stesso a. lo qualifica (298) –, per il modo con cui è stato fin qui veduto, ma che in esso viene prospettata una complessiva riconsiderazione della giustizia costituzionale e, perciò, della natura della Corte e del suo posto nel sistema delle istituzioni della Repubblica. Debbo dire che proprio questo è, a mia opinione, il principale motivo di pregio del libro, la sua cifra identificante e qualificante, com'è proprio di ogni contributo scientifico di primo piano che, seppur ad oggetto definito e più o meno circoscritto, in realtà si porta oltre di esso proiettando un fascio di luce oltre l'ambito specificamente coltivato ed obbligando quindi a tornare a riflettere anche su ciò che dapprima si considerava ormai stabilmente acquisito al patrimonio delle più salde conoscenze scientifiche. Ed è subito da notare che, per il fatto stesso di rivedere sotto una nuova luce la Corte e la giustizia costituzionale, si evoca in campo e coinvolge la stessa Costituzione (e la disciplina da essa discendente), la sua forza normativa, la sua attitudine a dare (se non un ordine) un orientamento alle dinamiche istituzionali, sì da assicurarne l'adeguato svolgimento al servizio dei beni dalla Carta protetti. Come un sasso gettato nello stagno si propaga con centri sempre più larghi, anche qui per effetto di una revisione profonda delle vedute correnti in tema di giudizio sulle leggi in via incidentale si finisce col rimettere in discussione, a conti fatti, la stessa idea (perlomeno, una *certa* idea) di Costituzione, il modo d'intendere e far valere le sue norme, la loro *vis* prescrittiva.

Se ne ha conferma sin dalle prime battute, quando R. avverte il bisogno di chiarire preliminarmente la ragione della scelta fatta di ricorrere al lemma "canone", piuttosto che a quello – come si sa, maggiormente diffuso ed accreditato – di "modello" di giustizia

In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)

costituzionale. E ciò, in considerazione del fatto che quest'ultimo – ci dice l'a. (16) – “porta radicate al proprio interno delle costitutive ambiguità, delle irrisolte alternative teoriche, che lo avvicinano di più a un *canone*, inteso quest'ultimo ... come un disegno normativo che si viene dispiegando nei suoi attributi essenziali solo al contatto con l'esperienza e con il concreto atteggiamento che riguardo ad esso hanno mostrato di avere i diversi attori coinvolti”.

Confesso di non essermi mai appassionato alle dispute terminologiche, avendo sempre (e solo) puntato al sodo, sforzandomi d'intendermi e di confrontarmi coi miei interlocutori scientifici attorno alla sostanza e, dunque, ai concetti evocati in campo, senza farmi eccessiva cura dei nomi dati agli stessi. A me pare, tuttavia, che, nel campo del diritto, i “modelli” risultino anche (e in primo luogo) proprio dai canoni normativi, i quali poi si aprono naturalmente – dove in maggiore e dove in minore misura – all'esperienza sottostante, facendosi da essa di conseguenza variamente “impressionare”, allo stesso tempo in cui la qualificano ed orientano nei suoi ininterrotti sviluppi.

Di più. Proprio i modelli costituzionali, specie in relazione a taluni enunciati ed ai materiali fattuali da essi riguardati, risultano dotati di una singolare apertura, di una strutturale duttilità e, allo stesso tempo, insuperabile finitezza e lacunosità, le regole mostrandosi pertanto bisognose di continue e rilevanti verifiche, integrazioni, complessivi aggiustamenti ad opera delle regolarità, in tutte le loro manifestazioni e proiezioni. La Costituzione, insomma, non sarebbe tale se considerata incapace di piegarsi davanti al “fatto” – piace a me dire con corta espressione – e di attingere da esso quanto necessita al fine del suo stesso perfezionamento e della integra trasmissione nel tempo. L'idea complessiva che me ne sono fatto – ho rilevato più volte – è quella di una Costituzione non *totale* bensì *parziale*, strutturalmente e funzionalmente parziale e, per ciò stesso, lacunosa, non già autosufficiente¹; ciò che, poi, fatalmente la renderebbe autoreferenziale, impossibilitata a reggere all'urto delle più salienti

¹ Su ciò, maggiori ragguagli possono, se si vuole, aversi dai miei *Lacune costituzionali*, in www.rivistaaic.it, 2/2016, 18 aprile 2016, e, nella stessa *Rivista*, *La “materia” costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, 4/2017, 12 dicembre 2017.

Antonio Ruggeri

In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)

esperienze e vigorose tendenze che porterebbero all'esito della sua profonda trasformazione e, a conti fatti, dissoluzione, allo smarrimento insomma della sua identità.

Senza ora indugiare sul punto, sul quale nondimeno non vedo, in via di principio, un mio sostanziale dissenso rispetto alla posizione assunta da R., la questione di fondo sulla quale occorre fare chiarezza è un'altra, relativa cioè alla "misura" dell'apertura suddetta; il che vale, poi, come chiedersi fino a che punto si può tirare l'elastico costituzionale senza correre il rischio della sua rottura.

2. Il carattere meramente negativo ovvero positivo delle regole relative alla incidentalità e lo scioglimento del dubbio in relazione alle esperienze qui fatte oggetto di studio

Qui, invero, a me pare di cogliere una diversa sensibilità nel complessivo orientamento teorico delineato da R. rispetto a quello in cui invece io mi riconosco. All'esito dello studio approfondito condotto sui tre campi materiali prescelti (sindacato sulle leggi elettorali, delimitazione degli effetti temporali delle pronunzie ablativo, interpretazione conforme a Costituzione) e pur non celando critiche e riserve di fondo nei riguardi dei più recenti sviluppi giurisprudenziali, R. si dichiara, al tirar delle somme, dell'idea che nella giurisprudenza stessa ci sia stata una evoluzione anche marcata ma pur sempre nel segno della continuità e comunque – per ciò che qui specificamente importa – che non si sia consumata una sostanziale rottura delle regole: in breve, che si sia in presenza di vicende in grado di iscriversi pur sempre dentro la cornice costituzionale. R. si sente incoraggiato a questa conclusione da una premessa nella quale francamente fatico a riconoscermi, vale a dire che le regole riguardanti l'oggetto del suo studio² esprimano una valenza meramente *negativa*, disegnando il "*confine esterno delle soluzioni ammissibili*" (273; il c.vo è ripreso fedelmente dal testo).

² Non saprei, poi, dire se a giudizio dell'a. ciò valga anche per altri campi materiali e temi di ricerca o, addirittura, per tutti. Consiglierei, nondimeno, di rifuggire da facili ma non per ciò fondate generalizzazioni, affrettando una conclusione che è, di contro, tutta da verificare.

Antonio Ruggeri

In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)

Non dispongo qui dello spazio necessario per argomentare in modo adeguato il mio convincimento al riguardo³; se tuttavia si potesse tornare ad analizzare nuovamente, passo passo, il procedimento in via incidentale, si avrebbe con ogni probabilità conferma del fatto che – qui come in altri punti dell’ordito costituzionale – le regole alle volte si limitano ad escludere la liceità di certi comportamenti (da parte della stessa Corte come pure degli altri attori sulla scena), altre però impongono certe soluzioni, *in positivo* dunque.

È questa la ragione di fondo che mi ha portato in passato a prendere le distanze dall’accesa disputa tra chi rinviene nella Costituzione un “programma” di azione per il legislatore in primo luogo e, in genere, per i pubblici poteri⁴ e quanti, invece, vedono nella stessa unicamente delle previsioni normative di tipo negativo, laddove a mia opinione può aversi conferma, a seconda degli enunciati di volta in volta presi in considerazione, tanto dell’una quanto dell’altra cosa.

Anche, poi, a seguire l’impostazione preferita da R., il problema una volta di più non potrebbe dirsi – com’è chiaro – definitivamente risolto una volta per tutte bensì risulterebbe solo spostato in avanti, essendo quindi necessario mettersi d’accordo sulla consistenza delle regole *negativamente* fissate, vale a dire sulle dimensioni dell’area da esse delimitata.

Rimango alle sole esperienze prescelte nel suo studio da R. E così che debba esperirsi il tentativo d’interpretazione conforme ormai non si discute più: è uno *ius receptum* in via di principio omnicondiviso. R. si sofferma con opportuni argomenti sugli sviluppi registratisi nell’uso della tecnica in esame nel tempo a noi più vicino, rilevandone l’acquisita maggiore flessibilità ed apertura, l’“ammorbidimento dell’onere richiesto al giudice, che spinge la Corte con frequenza sempre crescente a entrare nel merito delle questioni sollevate” (137). Contentandosi del fatto che un qualche “tentativo” pur sempre sia fatto, la Corte parrebbe in qualche modo riavvicinarsi all’antica credenza secondo cui sarebbe sufficiente la manifestazione del dubbio

³ ... che, nondimeno, può ricavarsi dalla consultazione dei *Lineamenti di giustizia costituzionale*, di cui sono autore con A. Spadaro e dei quali è appena venuta alla luce la sesta edizione (Giappichelli, Torino 2019).

⁴ Il riferimento è – com’è chiaro – soprattutto a F. Modugno, *L’invalidità della legge*, I e II, Giuffrè, Milano 1970.

Antonio Ruggeri

In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)

a legittimare la proposizione della questione di legittimità costituzionale. In realtà, lo scarto rispetto al passato rimane pur sempre, se si conviene a riguardo della improponibilità dell'immagine del giudice quale eterno Amleto sulla quale sono piovute argomentate, giuste critiche da più parti, seppur con varietà di toni e orientamenti.

Possiamo però concludere che sia appropriato discorrere non già di un vero e proprio *obbligo* d'interpretazione conforme ma solo di un *invito* in tal senso rivolto al giudice⁵? È evidente lo scivolamento che, a stare al secondo ordine d'idee, verrebbe fatalmente a consumarsi dal piano della *giuridicità* a quello della *opportunità* del comportamento. E ancora: possiamo concludere nel senso che il far luogo al *tentativo* d'interpretazione costituzionalmente orientata⁶ discenda unicamente da una regola *in negativo*, e non piuttosto che si tratti di una avente carattere *positivo*?

La risposta è – a me pare – già implicita nella domanda.

Questa conclusione può valere, coi dovuti adattamenti, anche per le altre esperienze fatte oggetto di accurata descrizione corredata da acuti rilievi teorico-ricostruttivi da R.

Prendiamo il caso delle manipolazioni degli effetti temporali delle pronunce di accoglimento. Tanto nella proiezione degli effetti stessi verso il passato, al cui esame specificamente si presta attenzione nel libro discutendo del noto caso di cui alla sent. n. 10 del 2015, quanto nella proiezione verso il futuro, siamo autorizzati a concludere che le regole al riguardo stabilite si presentino duttili e, per ciò stesso, a conti fatti, disponibili per la Corte che ne è destinataria? Possiamo ritenere che *pro praeterito* perlomeno nel giudizio *a quo*⁷ possa farsi

⁵ V., spec., 124 e 136, e *ivi* richiamo di un pensiero di F. Modugno.

⁶ ... così come, ovviamente, orientata verso il diritto internazionale e il diritto eurounitario. È poi da vedere se vi sia una sorta di ordine temporale e gerarchico nel quale si dispongono le tre specie d'interpretazione in parola; ciò che rimanda, ancora una volta, a generali questioni di teoria della Costituzione delle quali non è possibile ora farsi carico. Mi limito solo ad accennare al fatto che, avuto specifico riguardo alle esperienze relative ai diritti fondamentali, giusta la tesi (che più avanti si argomenterà) della parità delle Carte che ne danno il riconoscimento, diviene impossibile stabilire un ordine di priorità tra le specie in parola, al di fuori di quello che naturalmente discende dall'applicazione del canone della ricerca del massimo *standard* di tutela (su tutto ciò, raggiugli *infra*).

⁷ È appena il caso qui di rammentare che, per le medesime ragioni che hanno portato all'affermazione della portata dell'effetto di annullamento ad ogni giudizio

Antonio Ruggeri

In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)

applicazione della norma di legge dichiarata contraria a Costituzione, senza che con ciò si smarrisca l'essenza stessa della incidentalità? E possiamo parimenti ritenere apponibile un termine di *vacatio* alla sentenza o qualcosa che, nei fatti, conduca al medesimo esito o, comunque, molto da presso vi somigli, stante il perentorio e rigido disposto dell'art. 136⁸?

R. si dichiara favorevole alla manipolazione degli effetti temporali, laddove a suo fondamento possa addursi un "referente" esterno alla valutazione posta in essere dalla Corte, quale una novità legislativa ovvero la "graduale affermazione di un principio" (274).

Distinguerai tra i due casi, perlomeno sotto quest'aspetto. La novità intervenuta tra la proposizione della questione e il giudizio sulla stessa potrebbe registrarsi in una norma idonea a fungere da parametro nel giudizio di costituzionalità (ad es., in una norma di legge statale che esprima o concorra ad esprimere principi fondamentali relativi a materie di potestà ripartita): nel qual caso, lo sbarramento temporale dell'effetto ablativo è meramente apparente, dal momento che esso si produce solo dal momento in cui origina il vizio e la conseguente violazione (indiretta) della Costituzione⁹. Di contro, diventa assai scivoloso e, a conti fatti, arbitrario lo sbarramento stesso per il caso di "graduale affermazione di un principio", non essendo chiaro in nome di quale criterio o "metaprinzipio" possa fissarsi il momento giusto della produzione dell'effetto caducatorio.

Il punto, ad ogni buon conto, di maggior tensione delle regole costitutive del "modello" (o, per dirla con R., del "canone") della incidentalità si è avuto, per diffuso riconoscimento¹⁰, in occasione dei

già intrapreso e non ancora definito, l'interrogativo di cui al testo richiede, ad ogni buon conto, di essere sciolto allo stesso modo per il giudizio *a quo* come per ogni altro che si trovi ad essere in corso.

⁸ Immediati i riferimenti, rispettivamente, alla sent. n. 10 del 2015 ed alla ord. n. 207 del 2018, che ovviamente il libro da cui trae spunto questa succinta riflessione non poteva conoscere.

⁹ Suona invece arbitrario e, comunque, immotivato lo sbarramento in parola nel caso di cui a Corte cost. n. 178 del 2015, opportunamente richiamato nel libro (85), in cui la delimitazione temporale dell'annullamento non trova, come non ha trovato nella circostanza, giustificazione in uno *ius superveniens* siffatto.

¹⁰ Tra i molti che ne hanno variamente discorso, v., in aggiunta allo stesso R., AA.VV., *Corte costituzionale e leggi elettorali delle Camere*, a cura di G. Ferri, ESI,

Antonio Ruggeri

In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)

due giudizi sulle leggi elettorali, in ispecie del secondo, laddove si è assistito all'adozione di un verdetto avente ad oggetto una legge non ancora in vigore e della quale – checché se ne sia detto da parte della stessa Corte – pertanto non doveva farsi al momento alcuna applicazione¹¹. Come negare allora che si fosse in presenza – secondo un'immagine ricorrente tra i commentatori – di ricorsi diretti “mascherati” o, con maggiore benevolenza e cautela, “semidiretti”, *et similia*? Fino a che punto, insomma, le regole possono sopportare una dilatazione siffatta della incidentalità che finisce col rivoltarsi contro se stessa, autodissolvendosi?

Il giudizio finale, di sintesi, come si diceva poc'anzi, che ne dà R. può riassumersi in questo pensiero che troviamo a p. 295 del libro: che “pur a fronte di disallineamenti, di prassi creative e di significativi cambi di rotta, nulla autorizza quindi a ritenere che nella prassi si sia affermata in generale l'idea di una *piena* disponibilità per la Corte delle regole del proprio giudizio”. Il *punctum crucis* della questione ruota attorno al significato che intendiamo dare all'aggettivo da me messo in evidenza. Nessuno – a me pare – si è spinto fino al punto di dichiarare che *ogni* regola è ormai definitivamente saltata e che la Corte ne dispone dunque a piacimento e secondo occasione. È un fatto, però, che alcune, essenziali regole sono state, *sia pure in casi eccezionali ma – ahimè – con sempre maggiore frequenza ricorrenti*, messe da canto. Ed allora la domanda che è urgente e, ad esser franchi, inquietante porsi è se si sia già varcata la soglia della tolleranza di questa tendenza pur internamente articolata e colorata con tinte di varia intensità, se insomma resti ad oggi preservata una

Napoli 2017; A. Vuolo, *La legge elettorale. Decisione politica, controlli, produzione giurisprudenziale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2017, spec. 127 ss., nonché i contributi che sono in www.astrid-online.it, 12/2018, 19 settembre 2018, ed *ivi*, part. S. Lieto, *Legge elettorale e controllo di costituzionalità. Ovvero: quando il fine giustifica (sempre?) i mezzi*.

¹¹ A giudizio di R. la *fictio litis*, quale si è avuta in occasione dei giudizi sulle leggi elettorali (in particolar misura, nel secondo), non contraddice l'incidentalità, “a condizione però di valorizzarne la natura eccezionale e di delimitarne l'impiego entro confini più precisi di quanto non sia avvenuto nelle due sentenze appena citate” (319). Mi pare però che proprio la qualifica datane di eventi eccezionali confermi l'avvenuto superamento dell'incidentalità; consola solo il fatto (e, comunque, fino a un certo punto) che le *fictiones* si hanno non di frequente ma l'anomalia costituita dalla loro esistenza ad ogni buon conto rimane.

Antonio Ruggeri

In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)

sorta di “nucleo duro” di “giurisdizionalità” della giurisdizione costituzionale, smarrito il quale la Corte fatalmente si spoglierebbe di una delle due componenti della sua “anima” internamente composita, come suole essere chiamata¹², quella giurisdizionale appunto, facendo emergere in tutto il suo formidabile vigore quella politica.

3. *La “giurisdizionalità” dell’agire della Corte, il “deposito di razionalità” considerato idoneo a darle voce, la “doppia coerenza” quale indice esteriore che ne dà testimonianza e conferma*

Qui è, dunque, il nodo della questione; e su questo – come accennavo poc’anzi – vedo una diversa sensibilità e forse pure – se non ho mal inteso il pensiero densamente argomentato dall’a. – una sostanziale divergenza tra la via imboccata da R. e quella da me ormai da tempo intrapresa. R. esce finalmente allo scoperto, nel momento in cui dichiara che la giurisdizionalità della Corte non si identifica in *regole* (o, diciamo meglio, non risulta dalla osservanza delle regole) ma consiste in “un *deposito di razionalità* che l’ancoraggio a quelle forme variamente esprime” (296; il corsivo è del testo).

Ora, non si discute, ovviamente, del fatto che la giurisdizionalità non possa fare a meno della razionalità, la quale peraltro non deve far difetto in alcun comportamento, attuoso o omissivo, dei pubblici poteri come pure dei privati. La giurisdizionalità, tuttavia, non si esaurisce nella mera logicità del discorso racchiuso nella parte motiva della decisione e linearmente concluso e sinteticamente espresso nel dispositivo della stessa¹³; rimanda, piuttosto, a ben altro, e,

¹² Tra i molti altri che ne hanno variamente discusso, di recente, C. Drigo, *Le Corti costituzionali fra politica e giurisdizione*, Bononia University Press, Bologna 2017; R. Basile, *Anima giurisdizionale e anima politica del giudice delle leggi nell’evoluzione del processo costituzionale*, Giuffrè, Milano 2017; AA.VV., *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte. Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l’anima ‘politica’ e quella ‘giurisdizionale’*, Atti della Tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa (Pisa, 15 dicembre 2016), a cura di R. Romboli, Giappichelli, Torino 2017.

¹³ Su ciò, per tutti, AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a mia cura, Giappichelli, Torino 1994, e A. Saitta, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1996.

Antonio Ruggeri

In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)

segnatamente, secondo una sua ricostruzione assai risalente e tuttavia ancora oggi accreditata, alla terzietà di posizione del giudicante, alla imparzialità del giudizio dallo stesso emesso, alla natura dell'attività da esso svolta, latamente riconducibile alla categoria teorica della garanzia, non già a quella della direzione politica¹⁴, che è dalla stessa assoggettata a controllo¹⁵.

Il vero è che la giurisdizionalità si apprezza attraverso alcuni indici esteriori, uno dei quali è proprio dato dal rispetto delle regole che presiedono alla confezione degli atti che ne sono espressione¹⁶. D'altro canto, sarebbe ben strano che un organo giurisdizionale possa pretendere da altri il rispetto delle regole quando esso per primo se ne ritenga esonerato; tanto più, poi, questo è da considerare valevole per la Corte proprio per il fatto che avverso le decisioni da questa adottate non è ammessa alcuna impugnazione¹⁷. Contrariamente, infatti, ad una credenza diffusamente avvertita, è da ritenere che quanto più un obbligo normativamente prescritto risulti scarsamente sorretto, al confronto con altri, da efficaci strumenti sanzionatori, tanto più intenso si fa il bisogno che esso sia osservato e fatto osservare. Proprio

¹⁴ Di una "co-originarietà tra garanzia costituzionale e indirizzo politico" si discorre a p. 323, senza che per vero sia del tutto chiaro quali possano essere le implicazioni di ordine istituzionale discendenti da siffatta qualifica.

¹⁵ Non riprendo qui, dopo averne detto altrove, la tesi patrocinata da un'autorevole dottrina (sopra tutti, T. Martines), secondo cui la sanzione comminata alle leggi caducate dalla Corte si rifletterebbe immediatamente a carico dell'indirizzo politico dalle stesse espresso. Non vale invece – a stare all'ordine di idee comunemente accolto – l'inverso, con riguardo al rigetto della questione di legittimità costituzionale, nel senso che l'uscita della legge indenne dal sindacato della Corte equivarrebbe ad approvazione o conferma dell'indirizzo suddetto; e ciò, a motivo del fatto che – secondo opinione corrente – le pronunzie di rigetto non conferirebbero alle norme giudicate una patente di legittimità costituzionale senza scadenza, le norme stesse potendo tornare ad essere sottoposte a controllo, persino per i medesimi vizi.

¹⁶ L'osservanza delle regole – è appena il caso qui di rammentare di passaggio – s'impone, ovviamente, per ogni atto espressivo di pubblica funzione, a partire dunque da quelli di normazione; per gli atti giurisdizionali, tuttavia, come si passa subito a dire, essa vale in una particolarmente accentuata misura, proprio perché essi si fanno garanti del rispetto delle regole in genere.

¹⁷ Resta, nondimeno, impregiudicata la questione se il disposto di cui all'art. 137, ult. c., cost. possa partecipare ad operazioni di bilanciamento con altri disposti, secondo quanto si avrà modo di vedere rapidamente più avanti.

Antonio Ruggeri

In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)

nel diritto costituzionale, d'altronde, si danno numerosi obblighi di *facere* o *non facere* il cui adempimento resta, a conti fatti, affidato in ultima istanza al dovere di fedeltà alla Repubblica dei pubblici poteri, al senso dello Stato, alla intima adesione ai valori costitutivi dell'etica pubblica repubblicana¹⁸.

Stabilire, con riguardo ad un organo quale la Corte, dove passa la linea distintiva tra la giurisdizione e la decisione politica o, se si preferisce altrimenti dire, dove si situa il punto di equilibrio tra l'“anima” politica e quella giurisdizionale¹⁹ è sommamente problematico e incerto; e, però, ancora una volta, si danno pur sempre alcuni punti fermi ai quali ancorare la ricerca. Uno di questi è, a mia opinione, dato dall'attributo, proprio della Corte al pari di ogni altro organo giurisdizionale, della “doppia coerenza”, come lo si è altrove qualificato: una coerenza sincronica ed una diacronica, l'una apprezzabile in seno alla singola decisione e risultante dal fatto che, fissate le premesse del discorso, queste sono quindi linearmente svolte fino alla loro conseguente conclusione; l'altra risultante dal modo seriale con cui si dispongono le decisioni aventi ad oggetto il medesimo caso o, per dir meglio, la medesima situazione normativa²⁰, sì da comporre un “indirizzo” connotato da intrinseca armonia e, appunto, coerenza²¹. Il che – è superfluo dover qui nuovamente rilevare – non fa, ovviamente, da ostacolo al rinnovo degli indirizzi stessi, non già però al loro brusco *revirement*, che fatalmente

¹⁸ Su ciò, v., part., la densa riflessione di recente portata a termine da A. Morelli, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Giuffrè, Milano 2013.

¹⁹ ... per riprendere, ancora una volta, una metafora che, come tutte le metafore, è caricata di una intrinseca capacità di suggestione ma, proprio per ciò, rimane avvolta da una coltre di non rimossa ambiguità concettuale (sull'uso delle metafore, con specifico riguardo al campo coltivato dal diritto costituzionale, v., almeno, O. Pollicino, *Metafore, Judicial framing e tutela dei diritti fondamentali nell'era digitale*, in AA.VV., *Nuove tecnologie e diritti umani: aspetti di diritto internazionale e di diritto interno*, a cura di L. Panella, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, 269 ss., e A. Morelli - O. Pollicino, *Le metafore della rete. Linguaggio figurato, judicial frame e tutela dei diritti fondamentali nel cyberspazio: modelli a confronto*, in www.rivistaaic.it, 1/2018, 19 marzo 2018).

²⁰ Della “situazione normativa” quale oggetto del sindacato di costituzionalità si tratta, da ultimo, in A. Ruggeri - A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*⁶, cit., 101 ss.

²¹ Anche R. si è ora dichiarato dell'idea secondo cui è “sempre più pressante l'impegno” ad “una qualche continuità con i precedenti” (296).

Antonio Ruggeri

In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)

porterebbe all'effetto dello smarrimento di quelle certezze di diritto costituzionale in senso oggettivo di cui si ha, nondimeno, un disperato bisogno²². Tanto più rilevanti e gravide di implicazioni, poi, le svolte giurisprudenziali laddove abbiano ad oggetto norme sulla normazione o norme sullo stesso processo costituzionale, con effetti di grande momento al piano delle relazioni istituzionali, tanto interne ad uno stesso ordinamento quanto tra ordinamenti diversi.

Si pensi, ad es., a ciò che hanno rappresentato, sul versante dei rapporti con l'Unione europea, le decisioni nn. 170 del 1984 e 269 del 2017 o, su quello dei rapporti con la Comunità internazionale, la n. 238 del 2014, meritevole di essere qui particolarmente ricordata anche per il fatto di essersi per il suo tramite consumata una inopinata dilatazione dell'area dell'oggetto del sindacato di legittimità costituzionale, sì da comprendere, accanto a norme attizie, anche norme risultanti da fonti-fatto: un'autentica sentenza di revisione costituzionale, insomma, come la si è altrove chiamata. E si pensi, da ultimo, alla già richiamata ordinanza di rinvio della decisione sul caso Cappato, che si propone quale originale tecnica decisoria, intermedia tra il tipo di cui porta formalmente il nome e il tipo della sentenza di accoglimento da cui mutua la sostanza.

4. Un ossimoro costituzionale nel quale si avvolge talvolta la giurisprudenza: al fine di preservare i diritti fondamentali, per il cui tramite si esprime e realizza l'essenza della Costituzione, la Corte si ritiene abilitata a venir meno alla osservanza della... Costituzione stessa, segnatamente del principio della separazione dei poteri, portando il proprio ruolo a confondersi con quello dei decisori politici

R. oggi ci dice che “il rispetto delle forme processuali va inteso secondo un metodo più elastico di quanto normalmente si intenda, che è appunto quello della fedeltà a quel deposito di razionalità che le forme del giudizio esprimono” (298). “Elastico”, sì, ma fino a che punto? Indefinitamente? Gli elastici – come si rammentava poc'anzi –

²² Su ciò svolgerò a momenti talune precisazioni, a conferma della pur peculiare giurisdizionalità della Corte e del modo più adeguato a coglierne e ad apprezzarne l'essenza.

Antonio Ruggeri

In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)

si possono di certo tirare, ma pur sempre non fino a determinarne la rottura. E qui la rottura, come si viene dicendo, si ha, a conti fatti, a danno della Costituzione, come emblematicamente testimoniato dalla sentenza di revisione costituzionale sopra richiamata, che ha portato ad estendere il sindacato su una norma non scritta, quella di adattamento automatico a norma della Comunità internazionale, qualificandola come nulla-inesistente²³.

Si dirà che tutto ciò si è fatto per una nobile, sacrosanta causa: quella di dar finalmente un qualche ristoro a persone che molto hanno sofferto durante il secondo conflitto bellico, ai loro diritti fondamentali, alla loro dignità calpestata. Il punto è, però, che per centrare l'obiettivo della salvaguardia dei diritti, a partire dal primo di essi (il diritto alla dignità), la Corte si è trovata a dover dismettere gli abiti del giudice per indossare quelli del decisore politico, anzi del massimo decisore (il legislatore di revisione costituzionale), per ciò stesso commutandosi a conti fatti in un potere costituente permanente.

Si faccia caso all'ossimoro: volendo, a tutti i costi, preservare i diritti fondamentali, nei quali si esprime l'essenza stessa della Costituzione (nella sua accezione d'ispirazione liberale²⁴), la Corte si trova alle volte (e sia pure in casi-limite) costretta a far luogo ad una torsione dell'altro elemento costitutivo dell'idea di Costituzione, la separazione dei poteri, portando il proprio ruolo a confondersi con quello dei decisori politici. Della unitaria, inscindibile nelle sue parti, definizione di Costituzione consegnataci dai rivoluzionari francesi con l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789, allo scopo di far valere il primo segmento si è obbligati a sacrificare il secondo.

²³ Non si è mai ben capito (perlomeno non è riuscito a me di capire), peraltro, perché mai, giusta la qualifica della inesistenza in parola, non se ne potesse avere il riconoscimento direttamente dal giudice comune (e, in genere, dal *quisque de populo*) e dovesse piuttosto considerarsi riservato il relativo accertamento al solo giudice costituzionale.

²⁴ Non torno qui a discutere della questione, teoricamente complessa, della liceità di adoperare in larga accezione il termine "Costituzione", sì da riferirlo anche a modelli positivi diversi da quelli venuti alla luce negli ordinamenti di tradizioni liberali (su ciò, sopra tutti, A. Spadaro, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Giuffrè, Milano 1994).

Antonio Ruggeri

In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)

Ci si deve tuttavia chiedere se il fine giustifichi il mezzo, costi quel che costi, persino dunque laddove dovesse comportare lo snaturamento del giudice e la sua conversione in decisore politico²⁵.

Non ci si avvede, tuttavia, del fatto che, sottoponendo a *stress* continuo la Costituzione, spezzandola in un caso per poi ricomporla in un altro, alla lunga il rischio cui si va incontro è che si finisca con lo smarrirne il significato, rendendola quindi inservibile. Un rischio – vorrei aggiungere – particolarmente incombente proprio sulle democrazie fragili, non radicate a fondo e saldamente nel corpo sociale, nelle quali lo svolgimento delle relazioni politico-istituzionali si porta avanti in una condizione di perenne precarietà e afflitta da una cappa soffocante di una emergenza che parrebbe essere senza fine.

Si dà – tengo qui nuovamente a rammentare un concetto che mi sta particolarmente a cuore e che stranamente viene assai spesso dimenticato o, come che sia, sottovalutato – una differenza di fondo, di natura, tra l’operato del legislatore e, in genere, di un decisore politico (nella sua ristretta e propria accezione) e quello di un giudice, sia pure di un giudice peculiare, qual è la Corte²⁶; ed è che il primo, volendo, può cancellare dalla lavagna tutto ciò che era stato scritto prima (fuor di metafora, abrogare in modo “secco” una disciplina normativa preesistente ovvero rifarla da cima a fondo): deve, sì, conformare comunque il proprio operato a ragionevolezza²⁷ ma, nel rispetto di questo canone fondamentale, può determinarsi come crede. Non così, di contro, il secondo che non può giudicare il

²⁵ Ha fatto, non molto tempo addietro, notare A. Pugiotto, *Dalla “porta stretta” alla “fuga” dalla giustizia costituzionale? Sessant’anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in *Quad. cost.*, 1/2016, 169, che “i fini non giustificano mai i mezzi, perché sono sempre i mezzi a prefigurare i fini”.

²⁶ Ad opinione di R., “la Corte non è un giudice e non è un legislatore” (337); non sappiamo, tuttavia, cos’è *in positivo*, e non credo che ci si possa sentire appagati di questa mancata (o ritenuta impossibile?) definizione.

²⁷ ... che, pur presentandosi quale tecnica concettualmente impalpabile ed evanescente, multiuso, un autentico *deus ex machina* – si è in altre occasioni rilevato – che, come nelle antiche tragedie, discende dal cielo per sbrogliare una matassa ingarbugliata dagli uomini, si conferma, ad ogni buon conto, essere, secondo la felice intuizione di una sensibile dottrina (L. D’Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano 2005), “principio architettonico del sistema”.

Antonio Ruggeri

In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)

medesimo caso nei suoi connotati oggettivi complessivi, quali risultanti da materiali normativi e fattuali assieme²⁸, in modo diametralmente opposto: volere, cioè, oggi e disvolere domani. Se lo facesse, rinnegherebbe appunto se stesso, la giurisdizionalità dell'attività svolta.

Di qui, un'ulteriore, rilevante conseguenza. Il decisore politico, proprio perché tale, fa poggiare la propria azione esclusivamente sul consenso, sul bisogno di catturarlo e preservarlo, costi quel che costi; ha, cioè, per sua indeclinabile vocazione, una fame insaziabile di consenso, e nulla fa per celarla. Il giudice aspira, certo, esso pure, ugualmente, ad attrarre a sé l'adesione del suo uditorio, a persuadere della giustezza dei suoi atti, ma non rinviene *solo* in esso il fondamento, il *fine* e il *confine* allo stesso tempo, della propria azione²⁹. La qual cosa, ancora una volta, proprio con riguardo alla Corte ha la sua più attendibile testimonianza, ove si convenga che la giurisprudenza dalla stessa prodotta trae legittimazione e linfa costante da cui si alimenta e senza sosta rinnova nei valori fondamentali e, in genere, nelle norme della Carta che vi danno voce: un fondamento, dunque, che discende *dall'alto*, non che si erige *dal basso*³⁰.

Si dà, *deve* dunque costantemente darsi, una naturale ed indefettibile tipizzazione dei ruoli degli operatori istituzionali. Di contro, alcune esperienze, specie recenti, della giustizia costituzionale mostrano una marcata confusione dei ruoli stessi, la quale peraltro proprio sul terreno della salvaguardia dei diritti fondamentali – come si è sopra rammentato e ancora meglio si dirà a momenti – ha le sue più tangibili ed accreditate testimonianze e conferme.

²⁸ ... ferma, cioè, la medesima “situazione normativa” di partenza, che torni a farsi rivedere identica a sé col tempo, in casi dunque oggettivamente non diversi.

²⁹ Sembra voler attribuire uno speciale e persino assorbente rilievo al consenso R., nel momento in cui si dichiara dell'idea che “l'unico orizzonte di razionalità” conseguibile dalle decisioni della Consulta “è costituito dal consenso che a tali significati [alle regole sui giudizi di costituzionalità] è ascritto dalla comunità degli interpreti, secondo esiti ed equilibri non dati una volta per tutte ma soggetti a continui assestamenti” (305).

³⁰ Su ciò hanno, ancora da ultimo, fermamente insistito A. Ruggeri - A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 5 ss.

Antonio Ruggeri

In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)

5. Il carattere “intercostituzionale” della Costituzione e il “dialogo” tra le Corti, da esso linearmente discendente, quale argine alla eccessiva politicizzazione dei giudizi di costituzionalità

Ci si deve, a questo punto, chiedere se si diano risorse utilmente spendibili allo scopo di porre almeno in parte rimedio a questa tendenza che giudico sommamente pericolosa non tanto (o non solo) al fine del fisiologico svolgimento delle relazioni istituzionali, quanto per la sopravvivenza stessa dell'idea di Costituzione, perlomeno per come l'abbiamo conosciuta ed apprezzata sin qui.

Da tempo mi vado persuadendo e sempre più radicando nel convincimento che la migliore risorsa di cui disponiamo è data dall'avanzata del processo d'integrazione sovranazionale e dall'ulteriore infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale, specie di quelli che hanno la loro immediata e diretta ricaduta nei riguardi dei diritti fondamentali.

Con la crisi dello Stato nazionale è, a mia opinione, entrata in crisi anche l'idea “nazionale” (o, meglio, “nazionalista”) di Costituzione, quale unico punto di unificazione-integrazione dell'ordinamento, *norma normans* ma non *normata*, fondamento e fine delle dinamiche della normazione come pure delle dinamiche della giurisdizione (anche costituzionale, appunto).

La mia idea è, di contro, che la Costituzione possa seguitare a proporsi quale fonte fondativa dell'ordinamento unicamente alla condizione che sia intesa e fatta valere nel suo più qualificante attributo di ordine strutturale, nel suo essere cioè “intercostituzionale”³¹, siccome naturalmente portata ad aprirsi ad altre Carte dei diritti³² e farsi da esse impressionare, riconformare

³¹ Ne vado trattando da tempo, a partire dal mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2/2001, 544 ss.

³² Come si vede, riprendo qui un'accezione di Costituzione *in senso materiale*, che ruota attorno al perno stabile del riconoscimento dei diritti fondamentali, quale appunto si ha anche ad opera di Carte diverse dalla Costituzione dello Stato; e costituzionali nel medesimo senso sono, dunque, perlomeno tendenzialmente, anche le Corti istituzionalmente garanti di tali diritti [una tendenza, questa, che peraltro è diffusamente rilevata: tra gli altri, v. O. Pollicino, in più scritti, tra i quali

Antonio Ruggeri

In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)

semanticamente senza sosta, nella sua stessa struttura ancora prima che nei singoli enunciati di cui si compone. Un'apertura – mi preme qui nuovamente confermare, allo scopo di fugare equivoci interpretativi che stranamente seguitano a ripetersi – che non è, non può essere incondizionata ma neppure – qui è il punto del mio radicale dissenso rispetto al comune sentire – condizionata *sempre e comunque* alla osservanza dei principi fondamentali dell'ordinamento (dei c.d. “controlimiti”³³). L'apertura è infatti governata nelle sue concrete movenze da quell'autentica *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali (e, per ciò pure, di quelle intercostituzionali) che è data dal principio (anzi, dal “metaprincipio”) della massimizzazione

Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?, Giuffrè, Milano 2010; O. Pollicino - V. Sciarabba, *Tratti costituzionali e sovranazionali delle Corti europee: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, a cura di E. Faletti e V. Piccone, Aracne, Roma 2010, 125 ss.; A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Giuffrè, Milano 2012; B. Randazzo, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; D. Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, spec. 63 e 143; altri riferimenti in A. Guazzarotti, *La CEDU e l'Italia: sui rischi dell'ibridazione delle tutele giurisdizionali dei diritti*, in *Giur. cost.*, 4/2013, 3657 ss., del quale v., inoltre, pure *ivi*, *La costituzionalizzazione della CEDU e della sua Corte: la (dis)illusione di un'Unione sempre più stretta*, 1/2016, 381 ss.; AA.VV., *La Corte europea dei diritti dell'uomo. Quarto grado di giudizio o seconda Corte costituzionale?*, a cura di C. Padula, Editoriale Scientifica, Napoli 2016, e, da ultimo, G. Repetto, *Tra procedura e legittimazione politica. Il (fragile) momento costituzionale della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in corso di stampa in *Quest. giust.* Risolutamente contrario all'accostamento della Corte dell'Unione alla Corte costituzionale si è dichiarato M. Luciani, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*, in www.osservatoriocostituzionale.it, 1/2017, 21 aprile 2017, spec. l'ult. par.].

³³ In tema, segnalo solo ora il bel libro venuto di recente alla luce di S. Polimeni, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018, della quale, v., inoltre, *Il caso Taricco e il gioco degli scacchi: l'“evoluzione” dei controlimiti attraverso il “dialogo” tra le Corti dopo la sent. cost. n. 115/2018*, in www.osservatorioaic.it, 2/2018, 20 giugno 2018.

Antonio Ruggeri

In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)

della tutela dei diritti fondamentali³⁴ e, in genere, dei beni della vita costituzionalmente protetti³⁵, visti nel loro fare “sistema”³⁶.

Di qui, la possibilità che una norma avente origine esterna³⁷ possa ugualmente affermarsi in ambito interno, pur se incompatibile rispetto a questo o quel principio fondamentale e tuttavia servente ancora meglio di norma interna (persino costituzionale!) la Costituzione come

³⁴ A tale canone fondamentale hanno fatto variamente richiamo molti autori, tra i quali, di recente, L. Cappuccio, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in *Scritti in onore di G. Silvestri*, I, Giappichelli, Torino 2016, 412 ss.; A. Randazzo, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano 2017, spec. 222 ss., ma *passim*; N. Colacino, *Obblighi internazionali e ordinamento costituzionale a dieci anni dalle sentenze gemelle: breve cronaca di un lungo assedio*, in www.diritticomparati.it, 3/2017, 15 dicembre 2017, § 3, e, dello stesso, *Costituzione e Carte europee dei diritti nel recente orientamento del giudice delle leggi: supremazia assiologica o primato funzionale?*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1/2018; F. De Vanna, *I ‘controlimiti’ tra disordine delle fonti ed equilibrio del diritto*, in www.federalismi.it, 23/2017, 20 dicembre 2017, spec. al § 3; G. Silvestri, *L’individuazione dei diritti della persona*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 ottobre 2018. Sulla vocazione espansiva dei diritti, v., inoltre, ora, G. D’Amico, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in AA.VV., *Immaginare la Repubblica. Mito e attualità dell’Assemblea Costituente*, a cura di F. Cortese - C. Caruso - S. Rossi, FrancoAngeli, Milano 2018, 97 ss., spec. 114 ss.; pure *ivi* si è, ancora di recente, dichiarato in senso critico circa la possibilità di far valere con profitto il canone del massimo *standard* R. Bin, *70 anni dopo. Attualità e mitologie della Costituente. Discutendo le relazioni di Morelli, Faraguna, D’Amico e Saitto*, 170 ss., del quale v., ora, anche *Critica della teoria dei diritti*, FrancoAngeli, Milano 2018, spec. 63 ss., ma *passim*.

³⁵ Si pensi, ad es., ai frequenti bilanciamenti ai quali soggiacciono molti diritti, a partire dalla libertà personale, all’incontro o allo scontro con interessi della collettività (tra i quali, la sicurezza). Che poi anche questi ultimi possano essere visti, perlomeno da un certo angolo visuale, quali oggetto di diritti anche individuali è un discorso che non può ora farsi col dovuto approfondimento e le necessarie verifiche.

³⁶ All’idea di “sistema” la giurisprudenza costituzionale ha fatto, specie di recente, insistito richiamo (ad es., nelle decc. nn. 236 del 2011; 264 del 2012; 1, 85, 170 e 202 del 2013; 10 e 49 del 2015; 63 del 2016; 124 e 269 del 2017).

³⁷ In realtà, il ragionamento di seguito fatto può valere anche (e in primo luogo) per le stesse norme di produzione interna, le quali pure possono resistere alla loro caducazione laddove dimostrino di poter offrire benefici maggiori dei danni eventualmente dalle stesse causate alla Costituzione o ad altri parametri alla cui osservanza risultino, in via di principio, soggette.

Antonio Ruggeri

In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)

“sistema”, così come, ovviamente, potrebbe esserle impedito l’ingresso in seno all’ordinamento laddove il costo per la Costituzione stessa dovesse risultare maggiore dei benefici che pure potrebbero aversene. Si tratta, in breve, di estendere al piano delle relazioni interordinamentali (e, segnatamente, a quello delle relazioni intercostituzionali, nel senso appena precisato) la “logica” dei bilanciamenti tra principi fondamentali usualmente considerata valevole in ambito interno, convertendo così un bilanciamento interordinamentale in uno intraordinamentale, e viceversa³⁸. Le movenze a fisarmonica del principio di apertura, di cui agli artt. 10 e 11 della Carta, risultano dunque, in buona sostanza, governate dai principi di cui agli artt. 2 e 3, nelle loro mutue implicazioni³⁹: l’autentica *coppia assiologica fondamentale*, come a me piace chiamarla, ad essa facendo ad ogni buon conto capo e rispetto ad essa ponendosi come serventi tutti gli altri principi fondamentali, nel loro fare “sistema”. Solo facendo crescere libertà ed eguaglianza (e, in ultima istanza, dignità), le norme aventi origine esterna possono infatti

³⁸ Ciò che, peraltro, la stessa Corte ha, ancora di recente, fatto in *Taricco*, sia nella sua ordinanza di rinvio pregiudiziale che nella decisione di fine partita, rendendo nei fatti fungibili l’identità costituzionale e le tradizioni costituzionali comuni. Altra cosa è, naturalmente, che convenisse farvi luogo. L’opportunità di far riferimento a queste ultime, al fine di impostare nel modo più adeguato la questione e pervenire ad una lineare conclusione della spinosa *querelle* con la Corte dell’Unione, era stata messa in chiaro da una sensibile dottrina (M. Bassini - O. Pollicino, *The opinion of Advocate General Bot in Taricco II: Seven “Deadly” Sins and a Modest Proposal*, in www.verfassungsblog.de, 2 agosto 2017, nonché in www.penalecontemporaneo.it, 13 settembre 2017, e, degli stessi AA., *Defusing the Taricco bomb through fostering constitutional tolerance: all roads lead to Rome*, in www.verfassungsblog.de, 5 dicembre 2017, e in www.penalecontemporaneo.it, 11 dicembre 2017); in merito al significato dell’inatteso ritorno all’identità costituzionale operato con la sent. n. 115 del 2018 si può, se si vuole, vedere il mio *Taricco, amaro finale di partita*, in [Consulta OnLine](http://Consulta.OnLine), 3/2018, 3 settembre 2018, 488 ss. Quanto, poi, in genere, alle conversione dei bilanciamenti intraordinamentali in bilanciamenti interordinamentali, e viceversa, ho iniziato a discorrerne nel mio *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e “controlimiti” mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 1/2011, 1 marzo 2011.

³⁹ Su di che, per tutti, G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari 2009.

Antonio Ruggeri

In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)

pretendere di farsi valere in ambito interno, non già nel caso opposto che portino al loro impoverimento ed allo svilimento.

Sciolgo, dunque, senza esitazione il punto interrogativo presente nel penultimo paragrafo del libro da cui traggo spunto queste succinte notazioni (325 ss.), affermando che la Corte ha (e sempre, ininterrottamente, deve) trovare legittimazione del proprio operato nei diritti fondamentali, a condizione però che resti pur sempre fedele a se stessa, al proprio ruolo, di giudice sia pure del tutto peculiare, e non già di decisore politico. Ciò che – come si è venuti dicendo – passa di necessità attraverso un atto di fedeltà che quotidianamente la Corte è chiamata a rinnovare (e che – le piaccia o no – *deve* rinnovare) verso le regole relative ai propri giudizi, pur nella loro *moderata* duttilità, che le rende, sì, disponibili a farsi integrare e rimettere a punto senza sosta dall'esperienza e dalle regolarità che in essa maturano e svolgono ma pur sempre preservandosi il necessario equilibrio tra le une e le altre, e non già spianandosi la via alla sopraffazione delle prime ad opera delle seconde.

A questo fine, prezioso appare essere il c.d. “dialogo” tra le Corti, tra *tutte* le Corti (nazionali e non, comuni e costituzionali), quale fattore di stabilizzazione e di rinnovamento allo stesso tempo degli indirizzi giurisprudenziali.

Una Corte che insensatamente assuma di potersi proporre quale l'unica Corte di vertice di una costruzione piramidale delle relazioni interordinamentali può poi fatalmente cedere alla tentazione di indossare alla bisogna le vesti del massimo decisore politico⁴⁰. In una Costituzione autenticamente “intercostituzionale”, non v'è tuttavia posto per un solo organo di vertice, di chiusura del sistema⁴¹: a più Carte, tutte chiamate a giocare la partita alla pari⁴² all'insegna del

⁴⁰ Tornerebbe in tal modo a farsi sentire l'eco dell'inquietante dilemma che troviamo scritto nella VI Satira di Giovenale su chi mai possa controllare i controllori.

⁴¹ Anche R. conviene che l'antica idea della Corte quale organo di chiusura del sistema appaia, nella presente congiuntura, essere “sempre meno sostenibile” (305).

⁴² La condizione di parità in parola non è, però, come si sa, ammessa dalla giurisprudenza costituzionale, nella quale il primato della Costituzione sulle altre Carte non si discute, seppur limitatamente ai soli principi fondamentali (quanto ai rapporti con la Carta dell'Unione europea e malgrado il riconoscimento della stessa quale documento “tipicamente costituzionale”: sent. n. 269 del 2017). Un primato che, invece, si considera valevole per ogni norma della legge fondamentale della

Antonio Ruggeri

In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)

“metaprincipio” della miglior tutela, fanno da *pendant* più Corti obbligate a “dialogare” tra di loro, a rendersi conto a vicenda, non già a chiudersi in modo autoreferenziale in se stesse.

6. Il crollo di un antico mito: l'intangibilità del giudicato, la conversione della certezza del diritto in certezza dei diritti costituzionali e i rischi ai quali questi ultimi vanno incontro per effetto del “riaccentramento” delle funzioni in capo alla Consulta

In questo scenario, crollano antichi miti o dogmi che proprio nello Stato nazionale hanno avuto la loro fortuna e la emblematica rappresentazione teorica e positiva allo stesso tempo, quale quello della intangibilità del giudicato in funzione della salvaguardia della certezza del diritto. La stessa giurisprudenza costituzionale si è trovata – come si sa – a prenderne atto, tanto per la materia penale (sent. n. 113 del 2011)⁴³ quanto per quella civile e amministrativa (spec. sent. n. 123 del 2017, seguita dalle sentt. nn. 6 e 93 del 2018), mentre rimane ad oggi oggetto di studio meramente teorico la micidiale questione circa la possibilità che lo stesso giudicato costituzionale possa essere

Repubblica (quanto ai rapporti con ogni altra Carta, e segnatamente la CEDU, qualificata – come si sa – quale fonte “subcostituzionale”). Che, poi, le Carte in parola, a motivo della materia trattata e del modo della sua trattazione (essenzialmente, a mezzo di enunciati espressivi di principi), possano confrontarsi esclusivamente con le norme che stanno a base dell'ordine interno ovvero con altre norme da queste comunque “coperte” è questione di cui la giurisprudenza stessa non sembra farsi carico.

⁴³ È interessante notare come in ambito sovranazionale l'obbligo della revisione del processo penale svoltosi in disprezzo dei canoni del giusto processo sia, da ultimo, fatto oggetto di un qualche temperamento [v. Corte EDU, Grande Camera, *Moreira Ferreira c. Portogallo*, 11 luglio 2017, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di S. Bernardi, *La grande Camera di Strasburgo sulle competenze della Corte in materia di esecuzione delle sentenze europee da parte degli Stati: una scelta di self restraint?*, 10 novembre 2017, e Corte giust., Grande Sezione, 24 ottobre 2018, in causa C-234/17, *XC, YB e ZA c. Austria*, per il caso di violazione, oltre che della CEDU, della Carta dei diritti dell'Unione e della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen. Su quest'ultima decisione, la mia nota dal titolo *Colpi di fioretto della Corte dell'Unione al corpo della Consulta, dopo la 269 del 2017 (a prima lettura della sentenza della Grande Sez., 24 ottobre 2018, C-234/17, XC, YB e ZA c. Austria)*, in www.diritticomparati.it, 3/2018, 8 novembre 2018].

Antonio Ruggeri

In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)

rimesso in discussione, sia pure in forme peculiari, una volta che dovesse sopravvenire un verdetto della Corte europea da cui risultino violati nel corso di un giudizio di costituzionalità i canoni del giusto processo⁴⁴.

Certo si è che la tendenza al “riaccentramento” di funzioni, di cui si è fatta vigorosa interprete la più recente giurisprudenza costituzionale e che ha avuto nelle già richiamate sentt. nn. 269 del 2017 e 115 del 2018 la più limpida e allo stesso tempo preoccupante espressione⁴⁵, non agevola l’affermazione del principio della miglior tutela, quanto meno in alcune vicende processuali, dal momento che per effetto dello spostamento del giudizio dalla sede comune alla sede della giustizia costituzionale si corre il rischio della pietrificazione del giudicato, specie laddove dovesse stancamente riproporsi l’idea della intangibilità ed irreversibilità dei verdetti della Consulta.

Di qui, ancora un ossimoro, vale a dire che la certezza del diritto costituzionale, che ha – come si sa – storicamente avuto proprio nella scrittura costituzionale la sua massima ed indiscussa testimonianza, si converta poi, in alcune, particolarmente sofferte esperienze, nel suo

⁴⁴ Riferimenti su questa spinosa questione, da ultimo, nel mio *Tutela dei diritti fondamentali e ruolo “a fisarmonica” dei giudici, dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale*, in www.dirittifondamentali.it, 2/2018, 18 novembre 2018, spec. 37 ss.; adde, ora, A. Randazzo, *In tema di vincolatività, per il giudice comune, delle sentenze della Corte EDU, alla luce della svolta rappresentata dalla sent. n. 43 del 2018*, Intervento alle XI Giornate di studio italo-spagnolo-brasiliane di Diritto Costituzionale svoltesi a Messina il 10 e 11 settembre 2018 su *Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte interamericana dei diritti umani: modelli ed esperienze a confronto*, i cui Atti, a cura di R. Romboli e mia, sono in corso di stampa per i tipi della Giappichelli, spec. al § 4.1.

⁴⁵ Preoccupate, in particolare, si dimostrano essere, dichiaratamente, le altre Corti, in ispecie quella dell’Unione e, in ambito interno, la Cassazione, come testimoniato, quanto alla prima, dalla decisione del 20 dicembre 2017, in causa C-322-16, *Global Starnet*, e dalla già cit. decisione del 24 ottobre 2018, in causa C-234/17, e, quanto alla seconda, da Cass., II Sez. civ., n. 3831 del 2018, nonché dalle pronunzie nn. 12108 e 13678 del 2018 della Cass., Sez. lav., alle quali ultime fanno ora richiamo anche A. Cosentino, *Il dialogo fra le Corti e le sorti (sembra non magnifiche, né progressive) dell’integrazione europea*, in www.questionegiustizia.it, 1 ottobre 2018, e F. Ferrari, *Giudici (di Cassazione) renitenti alla Corte costituzionale*, in www.laCostituzione.info, 8 novembre 2018. Di contro, ad avviso di R., il “riaccentramento” in parola “esprime un approccio sicuramente più collaborativo e dialogante nei confronti dei giudici rispetto a quello di cui la Corte ha talvolta dato prova in anni passati” (309).

Antonio Ruggeri

In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)

opposto, non riuscendosi a tradurre nei fatti in certezza, cioè effettività, dei diritti costituzionali. Una certezza quest'ultima che, al fine di potersi affermare *magis ut valeat* alle condizioni oggettive di contesto, richiede che il “metaprincipio” della ricerca del massimo *standard* di tutela dei diritti possa dispiegarsi a tutto campo, senza che vi sia alcuna “zona franca”, immune dalla sua benefica occupazione.

Sia chiaro, una volta per tutte. O si crede nel principio in parola oppure non vi si crede: *tertium non datur*. Per il primo corno dell'alternativa, nessun documento normativo, *foss'anche la Costituzione*, può considerarsi idoneo in partenza ad esprimere norme in sé e per sé perfette, immacolate, insuperabili; e, per logica ed inevitabile conseguenza, nessuna Corte (foss'anche la costituzionale) può pretendere che i propri verdetti restino sottratti al loro eventuale superamento in nome del principio stesso. Ed è appena il caso qui di evidenziare, in chiusura, che proprio la consapevolezza della propria finitezza o imperfezione può consigliare al giudice costituzionale, al pari di ogni altro potere costituito, una maggior cautela e vigilanza in sede di confezione dei verdetti stessi: con beneficio, al tirar delle somme, proprio per i diritti che, nel mercato in cui si vendono le norme idonee a darvi appagamento, hanno solo da guadagnare da un regime – diciamo così – di libera concorrenza, non già da uno di monopolio.

Un autentico pluralismo è la migliore garanzia che nel mercato venga venduta merce di qualità e non prodotti scadenti o, come che sia, difettosi, non restituibili al venditore e ai quali non vi sia alternativa.

Abstract: The article deals critically with some recent trends in Italian constitutional review, in particular with the increasing flexibility of procedural rules governing the *incidenter* proceeding before the Constitutional court. Moving from an analysis of a recent book on this topic (G. Repetto, *Il canone dell'incidentalità costituzionale*, Napoli, 2017), the author emphasizes the importance of a stricter reliance on both the rules and the principles that guide the Court's action, so as to reinforce both the separation of powers and the protection of fundamental rights.

Antonio Ruggeri

In tema di trasformazioni del giudizio di costituzionalità in via incidentale, tra regole e regolarità, e dal punto di vista della teoria della Costituzione (note sparse a partire da un libro recente)

Keywords: constitutional review, *incidenter* proceeding, fundamental rights, judicial discretion, constitutional courts

Antonio Ruggeri – Professore ordinario di diritto costituzionale,
Università di Messina (antonio.ruggeri@unime.it)