

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*

Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. Teoria della Costituzione, valori fondamentali, dinamica delle Carte dei diritti all'insegna del "metapprincipio" della massimizzazione della loro tutela. – 2. *Consuetudini culturali* largamente diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale quali punti obbligati di riferimento in sede di ricognizione dei principi fondamentali dell'ordinamento e della loro messa a punto in prospettiva storicamente determinata ed assiologicamente orientata (in specie, la Costituzione e la legislazione costituzionale quale "disvelamento" delle consuetudini in parola). – 3. L'aporia metodico-teorica di cui si ha riscontro in giurisprudenza e dottrina correnti, costituita dall'innaturale innesto di una teoria delle fonti d'ispirazione formale-astratta nel tronco di una teoria della Costituzione d'ispirazione assiologico-sostanziale, e la cooperazione tra gli operatori istituzionali, nella tipicità dei loro ruoli, quale condizione indispensabile per l'ottimale appagamento dei diritti alle condizioni oggettive di contesto. – 4. Una irrisolta, insanabile contraddizione: i correttivi di ordine assiologico-sostanziale apportati alle ricostruzioni correnti di stampo formale-astratto dell'ordine delle fonti (esemplificazioni tratte da alcune note indicazioni venute dalla giurisprudenza costituzionale). – 5. Le oscillazioni e contraddizioni esibite dalla giurisprudenza costituzionale a riguardo dei rapporti tra la Costituzione e le altre Carte dei diritti: emblematica espressione della complessiva carenza di una organica *teoria delle Carte* che tarda a maturare ed a rendersi visibile in alcune delle più salienti esperienze della giustizia costituzionale. – 6. Al tirar delle somme.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

1. Teoria della Costituzione, valori fondamentali, dinamica delle Carte dei diritti all'insegna del "metaprincipio" della massimizzazione della loro tutela

Si dà un legame inscindibile e, anzi, una vera e propria compenetrazione ed immedesimazione tra le teorie di cui ora si passa a discorrere sotto un peculiare aspetto e per esigenze ricostruttive parimenti peculiari, così come è d'altronde evocato dal titolo dato alla succinta riflessione che mi accingo a svolgere e che mi auguro non suoni irriverente per coloro che si riconoscono in un certo credo religioso. Tre teorie, dunque, distinguibili unicamente per l'angolo visuale dal quale si guarda all'unico oggetto di studio, mettendone a fuoco ora questa ed ora quella faccia di cui esso si compone e lasciando sullo sfondo le restanti; indistinguibili, invece, nella visione d'assieme, ciascuna di esse rimandando alle altre e tutte prendendo forma unicamente nel loro fare tutt'uno.

Una preliminare avvertenza.

Al di là di ciò che parrebbe desumersi dal titolo stesso, l'analisi che ci si accinge a compiere non ha alcuna pretesa di ordine teorico-generale, non aspirando a valere per ogni ordinamento giuridico bensì solo per quelli appartenenti alla grande "famiglia" delle liberal-democrazie e, in seno a queste, specificamente per il nostro, avuto riguardo al modo con cui certe idee costituzionali sono venute maturando nel corso di una vicenda ormai plurisecolare, fino ad affermarsi superando ostacoli non lievi incontrati, specie in alcuni momenti ed in certe contingenze, nel loro faticoso e non di rado sofferto cammino. Un'analisi, dunque, contestualizzata, che muove dalla mirabile definizione di Costituzione scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789 e si interroga su ciò che essa ha rappresentato e – ciò che più importa – ancora oggi rappresenta nell'odierno contesto connotato, per l'aspetto positivo, dal carattere plurale della Costituzione *in senso materiale*, a motivo del fiorire dei documenti normativi che con la Carta costituzionale condividono il tratto elettivo e qualificante di dare il riconoscimento dei diritti fondamentali, e, per l'aspetto politico-istituzionale, da una integrazione sovranazionale avanzata e dall'infittirsi dei vincoli discendenti dalla Comunità internazionale, nonché da equilibri mobili e precari che si

Antonio Ruggeri
*Teoria della Costituzione, teoria dei diritti
fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*

fanno e rifanno senza sosta tra i decisori politici e gli organi di garanzia (in ispecie, i giudici).

Non ho, ad ogni buon conto, dubbio alcuno a riguardo della perdurante attualità della indicazione teorica consegnataci dai rivoluzionari francesi¹, laddove coglie nel riconoscimento dei diritti fondamentali la più immediata e genuina espressione della essenza costituzionale e nella separazione dei poteri lo strumento indispensabile a far sì che il riconoscimento stesso possa tradursi in diritto vivente e vivificante l'esperienza costituzionale.

L'assetto dei pubblici poteri e l'intero sistema costituzionale sono, dunque, in funzione della salvaguardia dei diritti fondamentali – la massima possibile alle condizioni oggettive di contesto –, l'insieme dei diritti stessi ponendosi quale l'autentico cuore pulsante del corpo sociale e, di riflesso, della Costituzione e dell'intero ordinamento sulla stessa fondato.

Si spiega in questa luce la nota dottrina che vede in un fascio di valori fondamentali positivizzati (i c.d. “principi fondamentali”) la più qualificante espressione della Costituzione quale *fons fontium, norma normans sed non normata*.

Nessun ordinamento – sia chiaro – può fare a meno di dotarsi di un pugno di valori fondamentali, dal momento che tutti hanno bisogno di fondamenta sulle quali ergersi, crescere e senza sosta rinnovarsi, restando comunque fedeli alla propria identità e costantemente protesi a promuoverla ed a valorizzarla. È approssimativo e, anzi, a dirla tutta, forzato distinguere gli ordinamenti del secondo dopoguerra da quelli

* Avverto che l'ampiezza del campo attraversato da questa riflessione avrebbe richiesto un corposo apparato di riferimenti di dottrina e giurisprudenza che lo spazio assai limitato qui disponibile non ha consentito di effettuare. I richiami saranno pertanto circoscritti unicamente a ciò che è indispensabile per una migliore comprensione dei concetti esposti nel testo.

** Il contributo non è stato sottoposto a referaggio in quanto proveniente da un membro del Comitato Scientifico.

¹ ... malgrado le contestazioni ricevute anche in Paesi componenti l'Unione europea, e segnatamente in Ungheria e Polonia, e le minacce venute da movimenti politici nazionalisti ad oltranza [a riguardo delle esperienze maturate in seno alle c.d. “democrazie illiberali”, per tutti, v. i contributi che sono nel fasc. 3/2020 di *DPCE Online*, 16 ottobre 2020, nonché, nella stessa *Rivista*, 2, 2021, 9 luglio 2021, A. Spadaro, *Integrazione europea e costituzionalismo globale*, p. 2431 ss., spec. p. 2438 ss.].

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

della prima stagione liberale, in ragione del fatto che solo i primi sarebbero ricchi di indicazioni di principio assiologicamente pregnanti, invece assenti nelle Carte ottocentesche, tra le quali la nostra. Nessuna organizzazione dei pubblici poteri può, infatti, fare a meno di ispirarsi ai valori in nome dei quali le Carte costituzionali vengono alla luce, quasi sempre a seguito di un processo travagliato o – come suol dirsi – di una vera e propria “lotta per la Costituzione”, così come (e prima ancora) può farne a meno la disciplina dei rapporti tra comunità governata ed apparato governante, nonché dei rapporti intercorrenti tra i componenti la prima e gli elementi costitutivo del secondo (e, segnatamente, di quelli caratterizzanti la forma di governo).

Tutto ciò posto, resta ugualmente una differenza non di mera quantità bensì di qualità tra le Carte di un tempo e quelle venute alla luce dopo l'immane tragedia della seconda grande guerra, non soltanto per il carattere esplicito, proprio di queste ultime, delle affermazioni che danno voce ai valori fondamentali ma anche per la intrinseca pregnanza semantica degli enunciati che le contengono, la ricchezza e profondità dei pensieri in questi ultimi espressi al servizio della persona umana, dei suoi diritti fondamentali, della sua dignità.

Occorre tuttavia spingersi ancora oltre questa indicazione di fondo della quale peraltro – come si sa – la dottrina è pienamente avvertita, secondo quanto è avvalorato dalla nota teoria dei limiti alla revisione costituzionale nella quale quasi tutti gli studiosi ormai da tempo si riconoscono²: una teoria – è appena il caso qui di esplicitare – che, giusta l'impostazione qui accolta, una volta riguardata retrospettivamente, è da considerare valevole anche per la prima stagione degli ordinamenti liberali, malgrado al tempo essa non fosse ancora giunta a compiuta maturazione. Non è, infatti, possibile percepire fino in fondo le enormi potenzialità espressive delle Carte del secondo dopoguerra (e, tra queste, dunque, anche della nostra) se non se ne riguarda la essenza alla luce del peculiare contesto in cui esse sono venute a formazione. Non è, per vero, per mero accidente che in esse sia esplicitamente ammessa la soggezione della sovranità dello Stato a

² Il dibattito sul tema è tornato, ancora non molto tempo addietro, a riaccendersi in occasione del convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Catanzaro l'8 e il 9 giugno 2018. Si veda U. Adamo-R. Caridà-A. Lollo-A. Morelli-V. Pupo (a cura di), *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, Napoli, 2019.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

limiti a beneficio di organizzazioni internazionali costituite allo scopo di preservare la pace e la giustizia tra le Nazioni, una soggezione assurda – come si sa – a principio fondante il nostro ordinamento.

Un'affermazione solenne, questa, che suona deciso ripudio nei riguardi di un recente e cocente passato che aveva portato al sacrificio di milioni di vite umane, unitamente a macerie materiali e morali che hanno richiesto uno sforzo collettivo immane per essere rimosse e al loro posto ricostruire sin dalle fondamenta il nuovo ordine costituzionale e sociale.

E, invero, gli artt. 10 ed 11 della nostra Carta (e, *mutatis mutandis*, anche di altre ad esse pressoché coeve) richiedono di essere riletti alla luce dei valori fondamentali restanti, in ispecie di quelli di cui agli artt. 2 e 3, componenti – piace a me dire – la coppia assiologica fondamentale di libertà ed eguaglianza, quali autentici valori transepocali e tendenzialmente universali³. Ne discende – a me pare – che la Carta stessa si conforma come “intercostituzionale”, per sua strutturale ed indeclinabile vocazione aperta alle altre Carte costituzionali (tra le quali, centralità di posto è da assegnare in particolare alla CEDU ed alla Carta di Nizza-Strasburgo) e disponibile, pertanto, a farsi da esse rigenerare semanticamente senza sosta, allo stesso tempo in cui ad esse si offre per il loro costante e necessario alimento e rinnovamento⁴.

Il principio di apertura – come a me piace chiamarlo – è, dunque, a un tempo, un principio-mezzo ed un principio-fine: è fine in sé e per sé ma è anche (e soprattutto) la via che conduce all'ottimale appagamento dei diritti fondamentali, appunto grazie allo sforzo sinergico ed alla leale competizione e cooperazione che si intrattiene tra le Carte (e, di riflesso, le Corti) in vista del raggiungimento dello scopo comune, che ne dà la essenza e ne giustifica la venuta alla luce.

La dinamica delle Carte richiede, nondimeno, un orientamento e un verso e, perciò, un criterio alla cui luce potersi svolgere e portare a

³ Sulle mutue implicazioni che si intrattengono e senza sosta svolgono tra i valori in parola, sopra tutti, v. G. Silvestri, *Dal potere ai principi. Libertà ed eguaglianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.

⁴ Ho cominciato a discorrerne nel mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo “intercostituzionale”*, in *DPCE*, 2, 2001, p. 544 ss., sviluppando poi questa idea in più scritti, per plurime esigenze teorico-ricostruttive.

Antonio Ruggeri
*Teoria della Costituzione, teoria dei diritti
fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*

frutto, a beneficio dei diritti da esse riconosciuti; e lo richiedono, in buona sostanza, gli operatori che la pongono in essere, siano essi i decisori politici, cui compete secondo modello fare il primo passo, dando vita a leggi e ad atti in genere di normazione volti a dare congrua specificazione-attuazione agli enunciati delle Carte stesse, espressivi *per tabulas* di valore in grado eminente, e siano pure i giudici in genere (comuni e costituzionali, nazionali e non) e quanti svolgono attività di garanzia costituzionale (in senso lato), senza, peraltro, trascurare anche l'attività svolta dagli amministratori, per quanto la stessa sia perlopiù sottostimata dalla maggioranza degli studi dedicati alla dinamica stessa.

Un orientamento ed un verso che discendono dal *principio della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali* o, per dir meglio, dal “metapprincipio” della ricerca della miglior tutela, in ragione delle condizioni di contesto in cui s’inscrivono i singoli casi della vita, della loro complessiva connotazione, delle mobili combinazioni dei valori dagli stessi evocati in campo e bisognosi di raggiungere punti interni di equilibrio per quanto possibile appaganti.

Non riprendo qui, dopo averne detto ripetutamente altrove, le vessate questioni coinvolgenti il “metapprincipio” in parola (così qualificato proprio perché dallo stesso dipende la sistemazione, per il tramite del reciproco “bilanciamento”, dei principi fondamentali, anche nelle loro proiezioni al piano delle relazioni interordinamentali)⁵. In particolare, non faccio richiamo né degli argomenti addotti dalla più severa dottrina, spintasi fino al punto di contestarne la esistenza⁶, né di quelli con i quali se ne tenta la confutazione, riconfermandosi appunto la centralità di posto del “metapprincipio” stesso⁷. È singolare, ad ogni

⁵ L’etichetta si rinviene ora anche in uno scritto di A. Randazzo, *Il “metapprincipio” della massimizzazione della tutela dei diritti*, in *Dir. fond.*, 2, 2020, p. 658 ss.

⁶ Così, part., R. Bin, in più scritti, tra i quali *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, spec. p. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1, 2019, p. 11 ss., spec. p. 21 ss., nonché nell’intervista sul tema *Giudice e giudici nell’Italia postmoderna?*, in R.G. Conti (a cura di), in *Giustizia insieme*, 10 aprile 2019.

⁷ Possono, volendo, vedersi, oltre che nell’intervista suddetta anche da me resa, nei miei *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consulta OnLine*, 3, 2019, p. 707 ss., spec. p. 714 in nt. 30; *La oscillante forza normativa della CEDU, vista dalla Consulta*, in *Ord. internaz. e dir. um.*, 2, 2020, p. 193 ss.; *La Carta di Nizza-Strasburgo nel sistema costituzionale europeo*, in *Riv.*

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

buon conto, il fatto che la dottrina da cui qui si prendono nuovamente le distanze non spieghi quale sia mai il criterio idoneo a prendere il posto del canone fondamentale in parola, laddove in tesi se ne abbia la messa da canto, posto che un criterio ha comunque da esservi, dal momento che l'alternativa sarebbe quella – a dir poco sconsigliata – della casualità delle soluzioni di volta in volta apprestate. Ciò che, però, com'è chiaro, spianerebbe la via all'affermazione forzosa, *Constitutioni soluta*, del potere dei giudici o – come suole essere da molti chiamato – di quel “suprematismo” giudiziario che, nelle sue più radicali ed esasperate espressioni, fa suonare le campane a morto per la Costituzione e lo Stato costituzionale⁸.

Sia chiaro. Nessuno è così ingenuo da non riconoscere che i giudici in genere dispongono di spazi di manovra particolarmente estesi *entro* i quali far valere il loro discrezionale apprezzamento, tanto più poi laddove si abbia riscontro di gravi e perduranti carenze e persino di omissioni assolute da parte del legislatore, nel mentre le stesse Carte dei diritti (a partire da quella costituzionale) esibiscono, specie in alcuni punti della loro trama positiva, opacità di dettato, lacune ora più ed ora meno vistose⁹ o, addirittura, rimangono “mute” in relazione a questioni nuove e gravate da considerevoli ipoteche teoriche ed incertezze ricostruttive, quali in ispecie sono quelle relative ai momenti iniziali e

AIC, 3, 2020, p. 130 ss.; *Stato di diritto sovranazionale e Stato di diritto interno: simul stabunt vel simul cadent*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 3, 2020, p. 10 ss.; *La CEDU e il gioco degli specchi deformanti alla Consulta*, in *Ord. internaz. e dir. um.*, 2, 2021, spec. p. 273 ss.

⁸ In tema, molto importanti sono i contributi di A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2, 2019, p. 251 ss. (nei riguardi del cui pensiero, criticamente, v. R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quad. cost.*, 4, 2019, p. 757 ss., e, pure ivi, E. Cheli, *Corte costituzionale e potere politico. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, p. 777 ss.) e *Suprematismo giudiziario II. Sul pangiuridicismo costituzionale e sul lato politico della Costituzione*, in *Federalismi*, 12, 2021, p. 170 ss.

⁹ ... anche in ragione del tempo della loro venuta alla luce e degli oggetti specificamente disciplinati. Con specifico riguardo alle lacune della Costituzione, maggiori ragguagli possono, volendo, aversi dal mio *Lacune costituzionali*, in *Riv. AIC*, 2, 2016, 18 aprile 2016.

Antonio Ruggeri
*Teoria della Costituzione, teoria dei diritti
fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*

finali della esistenza umana e ad altri momenti ancora di quest'ultima aventi cruciale rilievo¹⁰.

Ebbene, proprio per ciò, si rende ancora più urgente e pressante il bisogno di far capo al “metaprincipio” suddetto, l'autentica stella polare in grado di agevolare – fin dove possibile – la realizzazione di sostanziali convergenze tra gli operatori (specie tra quelli di giustizia), grazie all'incessante e fecondo “dialogo” che tra di essi s'intrattiene e senza sosta svolge. Ancora più considerevoli ed apprezzabili, poi, gli esiti di quest'ultimo laddove per il suo tramite vengano spontaneamente a determinarsi delle vere e proprie *consuetudini interpretative* aventi ad oggetto enunciati sostanzialmente coincidenti di più Carte in relazione ai medesimi diritti. La stabilizzazione degli indirizzi giurisprudenziali, pur nella loro indeclinabile vocazione al rinnovamento interno, unitamente alla loro condivisione da parte di quanti svolgono il *munus* loro assegnato in contesti ordinamentali diversi, è, dunque, la migliore garanzia di cui si dispone avverso il carattere eccentrico ed improvvisato delle soluzioni apprestate da isolati operatori.

¹⁰ In argomento, nella ormai incontenibile lett., richiamo qui solo, quanto alle vicende d'inizio-vita, i contributi di B. Liberali, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017; V. Tigano, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi. Modelli di bilanciamento tra tutela del minore e libertà civili nella PMA*, Torino, 2019; S. Agosta, *Procreazione medicalmente assistita e dignità dell'embrione*, Roma, 2020 (e, dello stesso, già, *Bioetica e Costituzione*, I, *Le scelte esistenziali d'inizio-vita*, Milano, 2012); F. Angelini, *Profili costituzionali della procreazione medicalmente assistita e della surrogazione di maternità. La legge n. 40 del 2004 e la sua applicazione fra volontà ed esigenze di giustizia*, Napoli, 2020; M.P. Iadicicco, *Procreazione umana e diritti fondamentali*, Torino, 2020; quanto, poi, a quelle di fine-vita, v., almeno, R.G. Conti, *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana? Relazione di cura, DAT e “congedo dalla vita” dopo la l. 219/2017*, Roma, 2019, e S. Agosta, *Disposizioni di trattamento e dignità del paziente*, Roma, 2020 (del quale v., già, *Bioetica e Costituzione*, II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Roma, 2020).

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

2. Consuetudini culturali largamente diffuse e profondamente radicate nel corpo sociale quali punti obbligati di riferimento in sede di ricognizione dei principi fondamentali dell'ordinamento e della loro messa a punto in prospettiva storicamente determinata ed assiologicamente orientata (in specie, la Costituzione e la legislazione costituzionale quale "disvelamento" delle consuetudini in parola)

Il rilievo teorico-pratico delle consuetudini culturali in parola si apprezza in particolare misura al piano della interpretazione costituzionale¹¹ e se ne ha palmare testimonianza proprio nella sua principale applicazione, in sede di ricognizione e messa a punto dei principi fondamentali, a partire proprio da quelli specificamente riguardanti i diritti¹²: la prima e necessaria operazione da compiere, senza la quale non è possibile cogliere l'essenza della Costituzione, capire le ragioni che ne hanno determinato la venuta alla luce, intenderne il senso complessivo.

I principi fondamentali, secondo opinione corrente, sono lo specchio dei valori parimenti fondamentali in nome dei quali, in una determinata temperie storica, si è messo in moto il processo politico che ha portato all'abbattimento del vecchio ordine costituzionale ed alla edificazione al suo posto di uno nuovo, in tesi profondamente diverso da quello preesistente. Non v'è disposto alcuno di una Carta costituzionale che, nelle intenzioni di chi lo ha originariamente forgiato, non risponda di necessità allo scopo di dare voce ai nuovi valori fondamentali e, per ciò stesso, non si ponga in svolgimento dei principi nei quali i primi ricevono la loro prima e più genuina traduzione positiva. I principi, dunque, si irradiano e distendono per l'intero dettato costituzionale e di qui quindi si espandono per l'intero ordinamento, nessun angolo, neppure il più remoto ed all'apparenza di

¹¹ Interessanti spunti di ordine teorico sono stati si recente offerti da A. Spadaro, *Rileggendo E.-W. Böckenförde su potere costituente e interpretazione costituzionale*, in *Federalismi*, 16, 2021, p. 208 ss. Se si vuole, può inoltre vedersi il mio *Diritti fondamentali e interpretazione costituzionale*, in *Consulta OnLine*, 3, 2019, p. 572 ss.

¹² Delle non lievi questioni metodico-teoriche che pone il loro riconoscimento costituzionale si è animatamente discusso in occasione del convegno del Gruppo di Pisa svoltosi a Cassino il 10-11 giugno 2016 su V. Baldini (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale?*, Napoli, 2017.

Antonio Ruggeri
*Teoria della Costituzione, teoria dei diritti
fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*

secondario rilievo di quest'ultimo, sottraendosi alla loro luce abbagliante che, nondimeno, al pari della gloria divina, si manifesta – come diceva il Poeta¹³ – “in una parte più e meno altrove”.

Questo concetto è reso in modo particolarmente efficace dalla teoria dei limiti alla revisione costituzionale, cui si è sopra fatto cenno, che – come si sa – sottrae i principi fondamentali ad ogni forma d'innovazione in grado di recidere il filo della continuità evolutiva dell'ordinamento. In realtà, come si è tentato di mostrare altrove, per un verso, gli enunciati sicuramente espressivi di principi, in quanto così espressamente qualificati dalla stessa Carta, non si sottraggono ad alcune innovazioni, segnatamente a quelle volte a farne ulteriormente espandere l'area materiale da essi coperta ed a renderne pertanto ancora più incisiva la “funzione” loro propria di porsi al servizio della persona umana, dei suoi diritti, della sua dignità. Per un altro verso, proprio per il fatto di porsi – come si diceva – ogni statuizione costituzionale in svolgimento dei principi, anche disposti diversi da quelli espressivi di questi ultimi possono sottrarsi alle innovazioni suddette, specificamente laddove il loro venire meno ridondi in un pregiudizio irreparabile per i primi.

Qui è, però, il *punctum crucis* della questione ora nuovamente discussa. Si tratta, infatti, di stabilire quali enunciati presentino un legame talmente stretto con quelli espressivi dei principi o per dir così – ne siano la filiazione prima, diretta e necessaria, sì da godere dello stesso trattamento privilegiato che è proprio di questi.

Non si dà, in tesi, alcun criterio di formale fattura che possa giovare allo scopo. Assiologico-sostanziali essendo, infatti, la prospettiva e il criterio che consentono di pervenire alla ricognizione dei principi ed alla loro complessiva messa a punto semantica, assiologico-sostanziali non possono che essere altresì la prospettiva e i criteri che danno modo di cogliere il rapporto di strumentalità diretta e necessaria intercorrente tra questa e quella statuizione costituzionale.

Se è vero, com'è vero, che i valori fondamentali affondano le loro radici nella storia di una comunità politicamente organizzata, è solo con senso storico-politico che può, dunque, cogliersi l'essenza dei valori stessi e, di conseguenza, dei principi che ne danno il primo e diretto svolgimento positivo; e così è pure, discendendo, per la individuazione

¹³ ... nel noto *incipit* del *Paradiso*.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

dei disposti idonei a porsi nel rapporto suddetto, diversamente dagli altri che, pur disponendosi per la loro parte al servizio dei principi (e, quindi, dei valori), possono costituire oggetto delle innovazioni positive di cui si viene ora dicendo.

Non si nega, ovviamente, il carattere sistematico della Costituzione, conseguente al modo con cui ciascun disposto si pone nei riguardi degli altri e tutti assieme fanno appunto un “insieme” originale ed irripetibile, così come non si nega che, per il fatto stesso di esserci, ogni disposto nella originaria intenzione del Costituente è stato considerato necessario per la realizzazione del progetto avuto in mente per la edificazione del nuovo ordine costituzionale. In disparte, però, il significato ed il rilievo dell’*original intent*, come si sa assai discusso e, comunque, pur sempre relativo, è da mettere in conto che disposti nei quali si faceva affidamento possano col tempo rivelarsi inadeguati allo scopo o, come che sia, bisognosi di più o meno corposi aggiustamenti. Lo ammette la stessa Carta col prevedere le procedure idonee ad aggiornarla, nonché i fatti o gli atti di normazione parimenti conducenti allo scopo (a partire dalle norme generalmente riconosciute in seno alla Comunità internazionale, specificamente serventi il valore della pace e della giustizia tra le Nazioni, cui si è dietro fatto richiamo). D’altronde, gli stessi enunciati espressivi dei principi – come si diceva poc’anzi – possono richiedere di essere, in maggiore o minore misura, aggiornati ed ulteriormente perfezionati; ed è, anzi, a mia opinione urgente farvi luogo, recependo e *quodammodo* “razionalizzando” indicazioni venute dalla più avvertita dottrina e consolidata giurisprudenza.

Così, per fare ora solo i primi esempi che vengono in mente e avuto riguardo a previsioni a finalità integrativa nei riguardi della Carta, che da tempo figurano in progetti di revisione costituzionale e sulle quali si sono ormai coagulati ampi consensi, sarebbe sommamente opportuno esplicitare che il divieto di discriminazioni, di cui è parola nell’art. 3, valga anche in relazione all’orientamento sessuale, e ancora fare richiamo dell’ambiente e dell’ecosistema nell’art. 9 o dell’appartenenza della Repubblica all’Unione Europea nell’art. 11, e via dicendo.

Un punto è, ad ogni buon conto, da tenere fermo; ed è che la

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

Costituzione è, in sé e per sé, “disvelamento” di ciò che è racchiuso negli strati più profondi del corpo sociale¹⁴, dei più avvertiti e diffusi bisogni, delle aspirazioni ideali o, diciamo pure, dei valori nei quali la comunità tutta o, comunque, la sua larghissima parte si riconosce ed ai quali intende ispirare le relazioni che in seno alla stessa si intrattengono, come pure quelle che si hanno tra la comunità e l'apparato governante. La c.d. “materia costituzionale”, nelle sue proiezioni positive e per le espressioni che riceve per il tramite della Carta, è tutto questo¹⁵. E, poiché – com'è stato messo in chiaro da un'avveduta dottrina¹⁶ – la Costituzione, più (e prima ancora) che essere un atto, è un processo, attraversato da un moto incessante¹⁷ ed orientato verso una meta mai raggiungibile a pieno, dal momento che i valori fondamentali esprimono pretese di appagamento mai finite e crescenti, se ne ha che anche le innovazioni successivamente apportate alla Carta hanno da porsi esse pure quale “disvelamento” di nuovi bisogni nel frattempo affermatasi e profondamente radicati nel corpo sociale, che premono appunto per la loro emersione ed il necessario riconoscimento positivo.

Di conseguenza, le innovazioni in parola sono – perlomeno il più delle volte –, secondo modello, doverose, per quanto ovviamente non sia sanzionabile (se non con gli strumenti usuali, e per vero scarsamente efficaci, della responsabilità politica diffusa) la loro mancata adozione ovvero la inadeguata “razionalizzazione”. In linea puramente teorica,

¹⁴ Di cruciale rilievo, al riguardo, la lezione teorica di P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, ma – come si è tentato di mostrare altrove [nel mio *La “materia” costituzionale, i modi della sua trattazione manualistica, i segni lasciati dal contesto politico-istituzionale sull'una e sugli altri (profili storico-teorici)*, in A. Lovato (a cura di), *I generi letterari della storiografia giuridica. La produzione didattica negli ultimi due secoli (manuali, trattati, corsi e prolusioni)*, Torino, 2019, p. 299 ss., nonché in *Riv. AIC*, 4, 2017, 12 dicembre 2017] – già nella tradizione romanistica si rinvencono spunti preziosi in tal senso.

¹⁵ Raggiugli a riguardo di ciò che essa è e del modo con cui se ne ha (e deve avere) la regolazione possono, volendo, aversi dalla mia *op. ult. cit.*

¹⁶ V., part., A. Spadaro, *Dalla Costituzione come “atto” (puntuale nel tempo) alla Costituzione come “processo” (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quad. cost.*, 3/1998, p. 343 ss.

¹⁷ Del “moto della Costituzione” ha specificamente discorso M. Luciani, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Riv. AIC*, 1, 2013, 1 marzo 2013.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

per vero, anche gli atti di forma costituzionale soggiacciono – come si sa – a sindacato di costituzionalità idoneo, se del caso, a sfociare in manipolazioni di vario segno nei riguardi del loro dettato; l’esperienza, però, insegna che essi non sono fatti oggetto di caducazione con le forme allo scopo prescritte, preferendo il giudice delle leggi non contrapporsi frontalmente alla massima espressione di potere costituito, nel timore – verosimilmente – di potersi delegittimare davanti alla pubblica opinione, tanto più poi laddove gli atti di revisione siano stati approvati con i più larghi consensi in seno alle assemblee elettive ovvero abbiano ricevuto l’avallo in occasione di eventuali prove referendarie svoltesi a norma dell’art. 138 Cost. Si preferisce, dunque, riscrivere per via interpretativa, anche da cima a fondo, enunciati costituzionali giudicati malfatti, secondo quanto è ad es. avvenuto per il Titolo V della Parte II, assoggettato a modifiche tacite corpose anche per mano della stessa Corte, tuttavia presentate come originali riletture (diciamo pure, sananti) delle testuali indicazioni consegnate dall’autore della riforma¹⁸.

Alla luce di quanto si è fin qui venuti dicendo, si ha dunque conferma che le più salde e radicate consuetudini culturali presenti nel corpo sociale sono la fonte prima cui ha attinto il Costituente e cui attinge anche il legislatore di revisione, così come da esse incessantemente si alimentano gli operatori tutti ai quali i documenti normativi di forma costituzionale sono dati in consegna perché ne

¹⁸ Particolarmente istruttivi, al riguardo, gli studi aventi ad oggetto le modifiche in parola, tra i quali v., almeno, quelli di M.P. Iadicicco, *Dinamiche costituzionali. Spunti di riflessione sull’esperienza italiana*, in *Costituzionalismo*, 3, 2019, 20 gennaio 2020, e, della stessa, già *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, cit., p. 231 ss.; pure ivi, può vedersi, se si vuole, il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant’anni dopo*, p. 415 ss., nonché in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2, 2018, 20 giugno 2018. Inoltre, S. Bartole, *Considerazioni in tema di modificazioni costituzionali e Costituzione vivente*, in *Riv. AIC*, 1, 2019, p. 335 ss.; i contributi che sono in A. Mangia, R. Bin (a cura di), *Mutamenti costituzionali*, in *Dir. cost.*, 1, 2020; Y.M. Citino, *Dietro al testo della Costituzione. Contributo a uno studio dei materiali fattuali costituzionali nella forma di governo*, Napoli, 2021, e, della stessa, ora, *I materiali fattuali costituzionali nella forma di governo italiana tra vecchie e nuove tendenze*, in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2, 2021, p. 40 ss. Infine, in prospettiva economica, v. L. Rampa, *Rigidità e flessibilità delle Costituzioni alla luce della teoria dei contratti incompleti*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1, 2021, p. 185 ss.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

facciano l'utilizzo più opportuno in relazione al *munus* a ciascuno di essi assegnato.

È grazie al costante riferimento ad esse fatto che prendono forma ed incessantemente si rinnovano i principi fondamentali, tra i quali, con centralità di posto, quelli che danno il riconoscimento dei diritti fondamentali.

È pur vero che il rilievo assegnato alle consuetudini suddette fa correre il rischio, concreto e non meramente teorico-astratto, del sacrificio di posizioni culturali minoritarie e persino isolate nel corpo sociale, nondimeno compensato dal vantaggio che viene dal fatto di dar voce ai più larghi e radicati consensi in seno allo stesso circa la sussistenza dei bisogni elementari della persona, senza il cui appagamento la esistenza stessa non sarebbe più – per dirla con la nostra Carta – “libera e dignitosa”: bisogni, dunque, consolidati e duraturi nel tempo, non rispondenti cioè ad effimere o eccentriche pulsioni che abbiano a manifestarsi all'interno della comunità.

La teoria dei diritti fondamentali – come si vede – è quella parte della teoria della Costituzione specificamente riguardante il “riconoscimento” (nella sua propria e rigorosa accezione) dei diritti stessi, avente cioè ad oggetto i processi che presiedono, in primo luogo, alle forme della loro originaria positivizzazione ed al successivo rinnovamento normativo e, secondariamente, alle forme della loro interpretazione, applicazione, garanzia.

La teoria delle fonti è, poi, lo strumento che dà modo alla teoria della Costituzione ed alla teoria dei diritti fondamentali di inverarsi nell'esperienza, di farsi insomma “diritto costituzionale vivente”.

Ricorrendo ad una metafora, potrebbe dirsi che la teoria della Costituzione è il corpo, la teoria dei diritti il cuore pulsante che lo tiene in vita e, a un tempo, il cervello che ne dà l'identità; infine, la teoria delle fonti sono gli arti dei quali il corpo stesso si avvale per appagare i bisogni degli organi vitali, cuore e cervello, e dar modo allo stesso tempo al corpo di portarsi avanti nel suo mai finito e non di rado sofferto cammino.

Una e trina, appunto.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

3. L'aporia metodico-teorica di cui si ha riscontro in giurisprudenza e dottrina correnti, costituita dall'innaturale innesto di una teoria delle fonti d'ispirazione formale-astratta nel tronco di una teoria della Costituzione d'ispirazione assiologico-sostanziale, e la cooperazione tra gli operatori istituzionali, nella tipicità dei loro ruoli, quale condizione indispensabile per l'ottimale appagamento dei diritti alle condizioni oggettive di contesto

Della teoria delle fonti si è avuto modo di dirne in più luoghi di riflessione scientifica e per plurime esigenze di ordine ricostruttivo.

Qui, mi preme solo soffermarmi su un punto di cruciale rilievo, rilevando l'aporia metodica, ancora prima che teorica, che si annida nelle sistemazioni correnti d'ispirazione formale-astratta, che muovono cioè dall'assunto che ogni fonte del diritto abbia un proprio posto nel sistema, che stabilmente detenga e che risulti invariante pur nel variare delle norme dalle fonti stesse prodotte e dei modi con cui esse si pongono in rapporto, per un verso, con i beni della vita oggetto della loro regolazione e, per un altro verso, con i valori fondamentali cui dà voce la Carta.

Ora, in disparte la circostanza per cui, in siffatto ordine d'idee, non è chiaro quale possa essere il posto di fonti prive di connotati formali-procedimentali, quali quelle consuetudinarie¹⁹, irrisolta è la contraddizione costituita dal fatto che l'intero ordine delle fonti poggia su fondamenta di natura assiologico-sostanziale, quali sono quelle apprestate dalla Costituzione (e, segnatamente, dalla sua essenza, i principi fondamentali).

Si fatica invero a capire (o, per dir meglio, non si capisce affatto) come possa innestarsi una teoria delle fonti d'ispirazione formale-astratta in un tronco, quello costituzionale, di mera fattura assiologico-sostanziale. Di contro, l'armonia interna al sistema può essere preservata unicamente facendo sì che la teoria delle fonti si ponga quale

¹⁹ ... che, peraltro, secondo opinione corrente, si dispongono ora ad un piano superiore a quello della legge comune (con specifico riferimento alle norme di cui all'art. 10, I c.) ed ora ad uno inferiore persino a quello delle fonti di secondo grado, giusta la sistemazione datane già dall'art. 8 delle preleggi, che nondimeno è da vedere se sia da tenere ferma con l'avvento della Carta repubblicana e dell'ordine normativo su di essa fondato. Questione – come si sa – ampiamente discussa, in merito alla quale qui però nulla può dirsi.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

la immediata prosecuzione e il lineare sviluppo della teoria della Costituzione che è, in sé e per sé, una teoria non formale, secondo quanto peraltro è ammesso dalla dottrina corrente in tema di limiti alla revisione costituzionale che, non a caso, distingue tra norma e norma del medesimo documento licenziato dal Costituente, malgrado tutte siano appunto genuina espressione di potere costituente e risultino dotate della medesima forma.

La contraddizione risulta, poi, ancora più evidente se si pone mente alla funzione propria delle fonti, a partire dalla legge e dalle altre fonti di primo grado, che è quella di specificare-attuare i fini-valori enunciati nella Carta dando quindi appagamento ai più diffusi ed avvertiti bisogni in seno al corpo sociale. Ed è chiaro che punto elettivo di riferimento sono al riguardo i diritti fondamentali, nei quali si esprime – come si diceva – l'essenza della Costituzione.

Ora, proprio in relazione ad essi si è da molti fatto notare che l'abbandono della *teoria delle fonti* ed il passaggio ad una teoria delle norme d'ispirazione assiologico-sostanziale, in linea con una indicazione metodico-teorica che ho ritenuto di dover più volte prospettare, farebbe suonare le campane a morto per il valore della certezza del diritto, invece pienamente appagato da una sistemazione secondo forma.

L'obiezione è, senza alcun dubbio, seria e merita pertanto la massima considerazione. Non supera, tuttavia, il rilievo secondo cui sono proprio i diritti fondamentali (e, in genere, i valori recepiti nella Carta) a restare esposti a gravi pregiudizi conseguenti alla omologazione nel trattamento di fonti aventi la medesima forma ma contenuti anche profondamente diversi, nel loro porsi in rapporto con la Carta, specie nelle sue più qualificanti espressioni. Pregiudicata ne sarebbe, poi, proprio la certezza del diritto, se si conviene che – come si è fatto altrove notare – l'unica certezza del diritto in senso oggettivo è quella che fedelmente si traduce ed interamente risolve in certezza dei diritti costituzionali, vale a dire nella effettività della loro tutela, la massima consentita dalle condizioni oggettive di contesto ed in relazione alle complessive esigenze dei singoli casi. La qual cosa, poi, per la sua parte, avvalorata l'idea, altrove argomentata, secondo cui la certezza del diritto e dei diritti richiede, al fine di poter essere appagata nella misura massima consentita dalle condizioni suddette, lo sforzo congiunto della legislazione (e della normazione in genere) e delle pratiche

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

giurisdizionali. All'una spetta, infatti, di far luogo, a prima battuta, al "riconoscimento" dei nuovi diritti, così come di dare congrua specificazione-attuazione agli enunciati della Carta aventi ad oggetto i vecchi diritti²⁰. Tocca poi ai giudici (a tutti i giudici, comuni e costituzionali, nazionali e non), l'ottimale ponderazione dei beni della vita evocati in campo dai casi: un'opera, peraltro, che è essa pure a volte attuativa dei disposti normativi, specificamente laddove questi ultimi si presentino a maglie larghe o larghissime, a mezzo di pronunzie dalla varia connotazione strutturale. E, invero, non sono rare le congiunture in cui gli stessi giudici (in specie, quelli costituzionali e sovranazionali) fanno luogo a decisioni *per principia*, sollecitando poi altri operatori di giustizia alla loro ulteriore attuazione ed al complessivo adattamento ai peculiari connotati di ciascun caso. Vengono in tal modo a formarsi – si è detto altrove – delle vere e proprie "catene" di atti funzionalmente connessi e conducenti ad uno scopo comune che – come si vede – può essere centrato unicamente grazie alla leale e feconda cooperazione posta in essere, dapprima, tra legislatore e alcuni operatori di giustizia e, di poi, tra questi ultimi ed altri operatori ancora che con essi condividono il *munus* della somministrazione della giustizia, seppur con ruoli ad ogni buon conto tipizzati e in ambienti istituzionali diversi.

Tutto ciò, ovviamente, secondo modello, che, nello stesso tempo in cui fa proprio il principio della separazione dei poteri, richiede, al fine della sua ottimale implementazione nell'esperienza, l'equilibrio tra gli operatori istituzionali, siano o no chiamati all'esercizio della medesima funzione. È perciò che, a mia opinione, è da considerare comunque forzoso o, diciamo pure, inesatto tanto il modo di ragionare di coloro che rimpiangono lo "Stato legislativo" di un tempo quanto quello di chi discorre di uno "Stato giurisdizionale", in senso ora

²⁰ Non insisto qui, dopo averne detto ripetutamente altrove, a riguardo della necessità che il "riconoscimento" in parola si abbia a mezzo di leggi di forma costituzionale, sì da ricongiungere forma e materia costituzionale, restando quindi demandato alla legge comune il perfezionamento dell'opera intrapresa dalle prime, con un processo di produzione normativa che si fa ed incessantemente rinnova per gradi discendenti. L'esperienza, infatti, offre plurime testimonianze di segno opposto, specie con riferimento a questioni di cruciale rilievo, quali sono quelle che si pongono con riguardo alle vicende d'inizio e fine-vita, in relazione alle quali la disciplina legislativa in parola, che peraltro esibisce gravi carenze e interne contraddizioni, si è avuta unicamente con atti primari di normazione.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

dispregiativo ed ora invece elogiativo. Come si è venuti dicendo, la via giusta, da imboccare e percorrere fino in fondo e senza tentennamento alcuno, è la mediana, quella cioè di uno Stato o, più largamente, di una comunità politica organizzata anche diversa da questo (ad es., l'Unione europea) che sia, a un tempo e necessariamente, "legislativo e giurisdizionale", nel quale cioè ogni organo abbia un proprio posto nel sistema e sia perciò chiamato allo svolgimento di un'attività che può sortire gli effetti avuti di mira unicamente grazie al fattivo ed operoso concorso degli organi restanti.

Il terreno sul quale maturano le esperienze relative ai diritti fondamentali, ai vecchi come (e specialmente) ai nuovi, è proprio quello che offre le migliori conferme del bisogno di ogni potere dello Stato di appoggiarsi agli altri, tutti cooperando, nella tipicità dei ruoli di ciascuno, all'affermazione dei diritti stessi.

È pur vero, tuttavia, che non poche sono le deviazioni dal modello qui succintamente rappresentato nelle sue linee portanti. Si pensi solo all'annosa latitanza ed alle complessive carenze della legislazione, in ciascuna delle sue forme, talune lacune originarie del dettato costituzionale risultando viepiù rimarcate ed aggravate da comportamenti tanto omissivi quanto commissivi maldestri del legislatore, tant'è che non pochi sono i nuovi diritti riconosciuti in prima battuta dai giudici e solo in un secondo momento fatti oggetto di regolazione legislativa, che tuttavia talvolta pecca ora per eccesso (in quanto costituita da disposti innaturalmente minuti e dettagliati) ed ora per difetto (seguitando a mancare norme di legge invece necessarie).

D'altronde, è risaputo che a base delle carenze in genere della legislazione sta l'annosa e viepiù vistosa crisi della rappresentanza politica che non ha consentito (e non consente) all'ambizioso programma di trasformazione sociale delineato in Costituzione di potersi affermare se non in una misura complessivamente non apprezzabile²¹. È perciò che domande sociali imponenti e pressanti,

²¹ In tema, come si sa, si è avuta una incontenibile produzione di lett.: solo per alcune prime indicazioni, si può, se si vuole, vedere il mio *Lo stato comatoso in cui versa la democrazia rappresentativa e le pallide speranze di risveglio legate a nuove regole e regolarità della politica*, in *Consulta OnLine*, 1, 2021, p. 124 ss.; ulteriori riferimenti, più di recente e nella stessa *Rivista*, in P. Logroscino, *Complessità del governare, qualità dei politici e ruolo dei partiti. Note in tempo di pandemia*, 2, 2021, p. 406 ss.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

constatato il carattere asfittico del canale della rappresentanza politica, hanno ricercato sbocchi alternativi, indirizzandosi perlopiù verso le sedi in cui si amministra giustizia. a qualunque livello istituzionale e per ogni sua espressione (quale giustizia comune ovvero costituzionale, in senso materiale²²), al punto da far dubitare che la legge possa avere ancora un futuro nell'esperienza giuridica a venire quale strumento primario di regolazione delle dinamiche sociali, idoneo a dare appagamento ai più diffusi ed avvertiti bisogni della comunità governata²³.

Il proliferare delle Carte dei diritti ha, per la sua parte, dato una spinta vigorosa a quest'esito.

Spezzato il monopolio della Costituzione quale documento idoneo a dare il riconoscimento dei diritti fondamentali, attributo che è dunque proprio anche delle Carte di origine esterna allo Stato, se ne ha, per ciò stesso, il venir meno della funzione dei tribunali costituzionali quali unici e massimi garanti del rispetto della Costituzione, funzione essa pure ormai condivisa con altre Corti (e, segnatamente, le Corti europee) che, pur nella tipicità dei ruoli e la sostanziale diversità dei contesti in cui operano, nondimeno assolvono una funzione di "garanzia costituzionale" materialmente intesa.

4. Una irrisolta, insanabile contraddizione: i correttivi di ordine assiologico-sostanziale apportati alle ricostruzioni correnti di stampo formale-astratto dell'ordine delle fonti (esemplificazioni tratte da alcune note indicazioni venute dalla giurisprudenza costituzionale)

Senza seguitare ora ad illustrare difetti plurimi e rilevanti del sistema, peraltro fatti oggetto di esame in molte sedi, è sufficiente qui osservare che è anche nella consapevolezza della loro esistenza che dottrina e giurisprudenza correnti hanno messo in atto plurimi tentativi al fine di porvi un qualche rimedio, allo stesso tempo prospettando

²² ... comprensiva cioè di quella somministrata dalle Corti europee, nella parte in cui si fanno garanti della osservanza delle Carte dei diritti quali documenti *quoad substantiam* costituzionali (v., infatti, quanto se ne dice subito di seguito nel testo).

²³ Raguagli sul punto, volendo, nel mio *Ha ancora un futuro la legge quale strumento primario di normazione e di direzione politica?*, in *Oss. Fonti*, 2, 2021, p. 567 ss.

Antonio Ruggeri
*Teoria della Costituzione, teoria dei diritti
fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*

taluni non secondari correttivi alla ricostruzione delle dinamiche interne al sistema, per il modo con cui se ne ha la rappresentazione in alcuni schemi d'ispirazione formale-astratta. E, invero, la giurisprudenza costituzionale in specie e quanti in dottrina ne condividono l'orientamento parrebbe esser avvertiti del carattere angusto delle ricostruzioni operate in applicazione di categorie teoriche dalla mera connotazione formale; solo che l'esito ricostruttivo raggiunto appare essere comunque minato da interna incoerenza.

Si dà, infatti, più di un caso in cui si assiste ad un brusco mutamento di prospettiva ed al conseguente scivolamento dal piano formale-astratto ad uno assiologico-sostanziale; solo che non si tratta di meri temperamenti dell'impianto complessivo bensì, appunto, di una disarmonia interna a quest'ultimo conseguente al forzoso innesto di elementi di carattere sostanziale in una struttura incapace di accoglierli.

Faccio solo tre esempi al riguardo, al fine di dare un minimo di concretezza al discorso che vado facendo.

Il primo fa riferimento alla dottrina dei limiti al referendum abrogativo, specificamente nella parte in cui non dà modo che ad esso soggiacciano norme di legge giudicate idonee ad apprestare una tutela minima di beni costituzionalmente protetti²⁴.

Non importa, ora, naturalmente chiedersi quali essi siano e come possa misurarsi il "grado" della tutela in parola. Sta di fatto che la dottrina in parola distingue – come si vede – norma da norma non già per la loro veste formale bensì unicamente per il modo con cui alcune di esse si pongono in funzione servente nei riguardi di beni costituzionalmente protetti, per ciò stesso presentandosi – piace a me dire²⁵ – "pregevoli" *quoad substantiam* e, pertanto, bisognose di essere messe al riparo dal rischio della loro incisione. È poi chiaro che, giusta la giustificazione addotta a loro "copertura", così come non può aversi abrogazione "secca" delle norme in parola per via referendaria, parimenti non può aversi ad opera di altro atto della medesima forma (e forza) di quello oggetto d'innovazione. Ci si può spingere ancora

²⁴ Raguagli a riguardo del limite ora esemplificativamente richiamato possono aversi da A. Ruggeri-A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino 2019, p. 366.

²⁵ Mi si consenta al riguardo un richiamo al mio primo studio monografico in tema di fonti: v., dunque, il mio *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milano 1977, spec. p. 240 ss.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

oltre, ragionando della sottrazione a rimozione pura e semplice altresì da parte di atto di grado superiore (e, dunque, di legge di forma costituzionale) che verrebbe fatalmente ad entrare in rotta di collisione con principi fondamentali della Carta evocati in campo a salvaguardia dei beni stessi, a partire da quelli espressivi dei valori di libertà ed eguaglianza.

Qui, come si vede, la sistemazione secondo forma appare essere interamente travolta, a conferma del fatto che – come si diceva – non si è in presenza di un suo mero temperamento ad opera di un elemento di natura assiologico-sostanziale bensì di una rottura insanabile della costruzione complessiva.

Il secondo esempio viene dal riferimento ai “livelli essenziali” delle prestazioni aventi ad oggetto i diritti civili e sociali, di cui all’art. 117, c. 2, lett. m), Cost.

Ancora una volta, non è di qui interrogarsi circa il modo con cui far luogo alla misurazione dei livelli suddetti. Importa solo il fatto che essa non può aversi a mezzo di un “metro” di formale fattura, richiedendo piuttosto, ancora una volta, apprezzamenti di ordine assiologico-sostanziale. La qual cosa, una volta di più, obbliga a far luogo ad una cernita tra norma e norma di legge statale, alcune di esse, siccome appunto prodotte allo scopo di dare appagamento ai diritti, risultando dotate di una “copertura” di cui sono invece prive le restanti. È poi bene non perdere di vista che il disposto in parola non acquista rilievo unicamente in sede di definizione della linea ideale di confine tra l’area materiale rimessa alla disciplina dello Stato e quella invece di competenza regionale, così come per vero darebbe a vedere la *sedes materiae* che ospita il disposto stesso. A quest’ultimo è, invece, da assegnare una generale valenza al piano della teoria delle fonti ed a quello della teoria dei diritti (e, per ciò stesso, in ultima istanza, a quello della teoria della Costituzione)²⁶. E non è senza significato che l’area

²⁶ ... tant’è che è da ritenere che il disposto in parola si sottragga alla sua eventuale rimozione “secca” da parte di atto di revisione costituzionale, non già – si badi – per la ragione che la legge del 2001 che lo ha introdotto avrebbe “grado” più elevato di quello della legge che punti ad innovarvi nel senso appena detto bensì perché l’una fonte ha, in questo suo punto, meramente esplicitato una indicazione costituzionale direttamente discendente dagli artt. 2 e 3 della Carta, nel loro fare “sistema”, e, ancora più a fondo, dal valore “supercostituzionale” della dignità della persona umana (ma v. quanto se ne dice subito appresso nel testo).

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

materiale attraversata dall'enunciato in parola appaia essere particolarmente estesa, riguardando non soltanto i diritti c.d. "sociali", che pure costituiscono una specie di considerevole varietà interna e consistenza, ma anche quelli "civili", essi pure – è ormai acclarato da tempo e il disposto costituzionale ne prende dunque atto – bisognosi di "prestazioni" al fine di poter ricevere un apprezzabile appagamento.

Abbassandosi, infatti, il livello di tutela dei diritti oltre una certa soglia (pure largamente indeterminata), una soglia comunque varia dall'una all'altra specie e per uno stesso diritto col tempo, verrebbe a conti fatti pregiudicato il carattere "libero e dignitoso" della esistenza umana, quanto cioè v'è di più qualificante in prospettiva assiologico-sostanziale.

Il terzo ed ultimo esempio è, forse, il più indicativo di tutti, per il fatto di riguardare l'intero spettro dei diritti fondamentali, quale che ne sia la natura o il *genus* di appartenenza, ed ha ad oggetto il "posto" spettante alla CEDU (e, a mia opinione, generalizzando, ad ogni Carta dei diritti) nell'ordine interno delle fonti.

Come si sa, la giurisprudenza costituzionale inaugurata dalle famose sentenze "gemelle" del 2007 considera la CEDU una fonte "subcostituzionale" e, facendo utilizzo dello schema della fonte interposta²⁷, ne riconosce la "copertura" ad opera dell'art. 117, c. 1, Cost., in forza del richiamo in esso fatto agli obblighi internazionali (e comunitari), da cui discende l'obbligo della legge di prestarvi osservanza.

Si ammette, tuttavia, che quest'ordine piramidale possa essere ribaltato su se stesso per il caso che la legge stessa si dimostri essere in grado di offrire ai diritti una tutela maggiore di quella che è ad essi data dalla Convenzione. Una volta di più, è poi da chiedersi come "pesare" la tutela stessa, quale cioè sia il parametro esterno e sovraordinato alle Carte ed alle fonti in genere in nome del quale possa stabilirsi a quale di esse dare la precedenza. E, poiché i diritti fondamentali si pongono tutti, in tesi, sul medesimo piano, non ammettendosi la eventualità dell'affermazione "tirannica" – secondo la felice intuizione schmittiana

²⁷ ... a riguardo del quale, di recente e per tutti, A. Fusco, *Il mito di Procruste. Il problema dell'interposizione delle norme generative di obblighi internazionali nei giudizi di legittimità costituzionale*, in *Riv. AIC*, 4, 2020, p. 250 ss., e *Il caleidoscopio normativo. La categoria dell'interposizione nell'esperienza del Giudice delle leggi*, in *Quad. cost.*, 1, 2021, p. 153 ss.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

– dell’un diritto sugli altri, se ne ha che solo un bene autenticamente “supercostituzionale” può porsi a punto di riferimento in siffatta disagevole e non di rado sofferta ricerca; e questo bene – come si è tentato di mostrare altrove²⁸ – non può che essere la dignità della persona umana: l’“assoluto” costituzionale – per riprendere una efficace qualifica di un’accreditata dottrina²⁹ –, incerto e forse, per vero, impossibile da definire e soprattutto “pesare” o “misurare”, esattamente com’è per l’“essenziale” che – ci è stato insegnato da *Il piccolo principe* di A. de Sant’Exupéry – è “invisibile agli occhi”.

È importante, ad ogni buon conto, tenere presente che le stesse Carte di origine esterna si mostrano avvertite del bisogno di fare del “metapincipio” della massimizzazione della tutela l’autentica *Grundnorm* delle relazioni interordinamentali e, per ciò stesso, il criterio che presiede alle concrete movenze del principio di reciproca apertura delle Carte e degli ordinamenti o sistemi normativi³⁰ sulle stesse fondati.

Se ne ha, d’altronde, esplicita testimonianza nella Carta di Nizza-Strasburgo, nella parte in cui introduce una eccezione alla regola dalla stessa stabilita con riguardo alla interpretazione dei suoi enunciati, bisognosi di essere intesi – come si sa – alla luce della CEDU, salvo appunto il caso che la Carta stessa possa offrire ai diritti una più avanzata tutela³¹.

²⁸ Le basi teoriche di questa indicazione sono poste in A. Ruggeri-A. Spadaro, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino 1992, p. 221 ss., e già in *Pol. dir.*, 1991, p. 343 ss., e sono quindi state ulteriormente precisate in più luoghi di riflessione scientifica.

²⁹ G. Silvestri, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 14 marzo 2008, § 3.

³⁰ L’alternativa si deve alla circostanza che, a stare alle famose sentenze “gemelle” del 2007, sarebbe improprio discorrere di un “ordinamento” cui farebbe capo la CEDU, nell’accezione invalsa per il diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario a norma dell’art. 11 Cost., della cui “copertura” la Convenzione sarebbe priva. Una ricostruzione, questa, che nondimeno è andata incontro a plurime critiche e riserve delle quali non giova ora dire.

³¹ Già solo per ciò appare lampante, a mio modo di vedere, la contraddizione insita nel modo corrente di ricostruire l’ordine delle fonti, quanto meno con specifico riguardo alle Carte dei diritti, dal momento che una di esse, quella di Nizza-Strasburgo, sarebbe dotata, al pari peraltro di ogni fonte dell’Unione, di rango costituzionale, diversamente dalla CEDU (e, a quanto pare, da ogni altra Carta), avente

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

5. Le oscillazioni e contraddizioni esibite dalla giurisprudenza costituzionale a riguardo dei rapporti tra la Costituzione e le altre Carte dei diritti: emblematica espressione della complessiva carenza di una organica teoria delle Carte che tarda a maturare ed a rendersi visibile in alcune delle più salienti esperienze della giustizia costituzionale

L'esempio da ultimo fatto è, per vero, particolarmente istruttivo a riguardo delle vistose oscillazioni e vere e proprie contraddizioni, ad oggi non sanate, che affliggono la giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti interordinamentali e quanti ne condividono il complessivo orientamento.

Così, non è chiaro come possa conciliarsi con il previo riconoscimento della natura *materialmente* (o – per dirla con Corte cost. n. 269 del 2017 – tipicamente) costituzionale, operato a beneficio della Carta di Nizza-Strasburgo e, a mia opinione, generalizzando di ogni Carta, la subordinazione delle stesse ora ai soli principi fondamentali della Costituzione (ed è ciò che vale specificamente per la prima Carta) ed ora, addirittura, di ogni norma costituzionale (così per la CEDU e, a quanto pare, ogni altra Carta): come se, appunto, fosse possibile immaginare una ordinazione piramidale di documenti in tesi tutti idonei a dare il “riconoscimento” (nella sua ristretta e propria accezione) dei diritti. Non si trascuri, peraltro, il dato di comune esperienza secondo cui *ogni* Carta avente origine esterna, per l'oggetto suo proprio e per il modo della sua regolazione (a mezzo di enunciati dalla struttura nomologica a maglie larghe e in più punti persino larghissime), è naturalmente portata a confrontarsi con statuizioni costituzionali essi pure espressivi di principi o, come che sia, da questi “coperti”, risultando anche per quest'aspetto artificioso distinguere tra documenti aventi tutti la medesima natura e funzione a seconda che abbiano rango costituzionale ovvero “subcostituzionale”.

Neppure si capisce come si possa mai discorrere – come si fa, ad es., in Corte cost. n. 49 del 2015 – di un “predominio assiologico” della

natura meramente “subcostituzionale”; allo stesso tempo, però, l'una Carta richiede di essere intesa e fatta valere alla luce della Convenzione, salva – come si diceva – la clausola della miglior tutela.

Insomma, l'immagine consegnataci dalla teoria delle fonti viene ad essere, in buona sostanza, ribaltata e messa da canto dalla teoria della interpretazione: la sola, a conti fatti, rilevante ai fini dell'applicazione.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

Costituzione sulla CEDU e, allo stesso tempo, ammettere che la seconda possa offrire una più ampia tutela ai diritti rispetto a quella che viene dalla legge fondamentale della Repubblica (così, part., in Corte cost. nn. 25 del 2019, 278 del 2020 e 140 del 2021).

Il vero è che uno sguardo d'assieme della giurisprudenza costituzionale in tema di rapporti interordinamentali specificamente riguardanti la tutela dei diritti fondamentali avvalorava il difetto in capo alla Consulta di una organica e coerente *teoria delle Carte*, della quale si faccia quindi lineare ed uniforme utilizzo per la proficua risoluzione dei casi.

È pur vero, tuttavia, che la stessa giurisprudenza parrebbe avvertita del fatto che la sistemazione data dei rapporti tra le Carte stesse al piano della teoria delle fonti debba quindi esser adattata e, a conti fatti, messa da canto al piano della teoria della interpretazione, laddove si ammette che tutte le Carte (Costituzione compresa!) richiedono di integrarsi a vicenda nei fatti interpretativi e così concorrere l'una alla incessante rigenerazione semantica delle altre sentenze (Corte cost., nn. 388 del 1999 e 84 del 2021). La qual cosa, poi, nei fatti si traduce nella ricezione, sia pure a volte con non secondari aggiustamenti, di orientamenti patrocinati ora da questa ed ora da quella Corte in relazione a diritti non dissimilmente riconosciuti dalle Carte messe a confronto.

Un esame complessivo, pur se operato a seguito di drastiche selezioni in seno alla messe incontenibile di materiali giurisprudenziali di cui si dispone, mostra però un quadro internamente assai articolato, in più punti gravato da irrisolte contraddizioni e pesanti ipoteche di ordine teorico-ricostruttivo.

In generale, a mio modo di vedere, una maggiore disponibilità e flessibilità si rinviene nella giurisprudenza delle Corti europee (forse, più ancora in quella di Strasburgo rispetto a quella di Lussemburgo) rispetto alla giurisprudenza della Corte costituzionale, con ogni probabilità a motivo della eterogenea provenienza culturale dei loro componenti, che obbliga alla ricerca di mediazioni pure assai disagiati e non di rado sofferte in seno al collegio giudicante. Connotato da maggiormente rigidità, invece, l'indirizzo della Corte costituzionale, la cui composizione, pur racchiudendo in sé sensibilità diverse, riflette invece quella omogenea provenienza culturale che è propria in genere

Antonio Ruggeri
*Teoria della Costituzione, teoria dei diritti
fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*

degli organi di un ente ormai al proprio interno *pleno iure* integrato, qual è lo Stato.

È chiaro che ogni Corte vede le cose dal proprio punto di vista, vale a dire da quello dell'ordinamento cui appartiene; ed è perciò portata a farsi specificamente carico delle esigenze che a quest'ultimo fanno capo.

La CEDU, tuttavia, ritaglia per sé – com'è noto – un ruolo meramente sussidiario; ed è perciò naturale che possa non affermarsi in ambito interno laddove sia assodato che in quest'ultimo la tutela offerta a certi diritti risulti maggiormente avanzata di quella apprestata dalla Convenzione in relazione ai peculiari connotati di ciascun caso. Ad ogni buon conto, la tecnica decisoria del margine di apprezzamento, pur nell'andamento discontinuo ed oscillante che ne connota le plurime e varie applicazioni³², testimonia *per tabulas* l'attenzione prestata dalla Corte europea nei riguardi dell'ordinamento interno, dei più pressanti bisogni che in esso si manifestano e degli indirizzi giurisprudenziali delineati per darvi voce.

³² Questo tratto è stato colto e puntualmente rilevato da tempo: tra gli altri, v., almeno, F. Donati-P. Milazzo, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. Falzea-A. Spadaro-L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino 2003, p. 65 ss.; O. Pollicino-V. Sciarabba, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.* § 2.7; J. García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del CEDH: integración y pluralism europeos*, in L. Mezzetti-A. Morrone (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo. Nei sessant'anni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (1950-2010)*, Torino, 2011, p. 87 ss.; A. Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford, 2012; D. Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012, spec. p. 88 ss. e 110 ss.; i contributi che sono nella parte II.A G. Repetto (a cura di), *The Constitutional Relevance of the ECHR in Domestic and European Law. An Italian Perspective*, Cambridge, 2013; E. Cannizzaro-B.I. Bonafè, *Beyond the archetypes of modern legal thought. Appraising old and new forms of interaction between legal orders*, in M. Maduro-K. Tuori-S. Sankari (a cura di), *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge, 2014, p. 84 ss.; C. Cinelli, *Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale italiana e margine di apprezzamento*, in *Riv. dir. internaz.*, 3, 2014, p. 787 ss.; A. Randazzo, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Milano, 2017, p. 167 ss.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

La Corte dell'Unione alterna, poi, atteggiamenti ispirati a rigidità (v., ad es., *Melloni*) ad altri di maggiore disponibilità all'ascolto delle ragioni illustrate nelle pronunzie dei giudici nazionali, in specie dei più autorevoli, come il tribunale costituzionale (ad es., nella risposta data all'ultimativo quesito posto in via pregiudiziale dalla Consulta su *Taricco*). È pur vero, però, che la Corte stessa non assegna al principio di cui all'art. 4.2 del Trattato il medesimo rilievo invece dato ad altri principi fondamentali dell'Unione, sopra tutti a quello del primato: un autentico "metaprincipio", quest'ultimo, da esso dipendendo – come si sa – la sorte degli altri e dell'intero diritto sovranazionale³³.

Della Corte costituzionale, in buona sostanza, si è già detto. L'idea del "predominio assiologico" della Costituzione sulle altre Carte appare essere una sorta di dogma indiscutibile, una vera e propria *Grundnorm* sulla quale si fanno poggiare le relazioni tra le Carte e gli ordinamenti di appartenenza (e, perciò, di riflesso, tra le Corti, per il cui tramite il diritto vigente si converte e risolve in vivente).

Indicative di quest'*animus* portato alla *primauté* della Consulta sulle altre Corti sono, per un verso, la preferenza manifestata dal giudice delle leggi, in caso di "doppia pregiudizialità", per essere interpellato per primo (Corte cost. n. 269 del 2017, cit., con le non secondarie precisazioni ad essa fatte nel 2019), e, per un altro verso, la tecnica retorico-argomentativa volta ad accreditare l'idea che la Costituzione non presenti lacune e carenze in genere di normazione per ciò che attiene al riconoscimento e alla salvaguardia dei diritti fondamentali né che la disciplina da essa apprestata sia, in via di principio (e pur con le

³³ Il principio di cui all'art. 4.2. appare, nondimeno, agli occhi del giudice dell'Unione bisognoso di essere pur sempre riconsiderato alla luce dei valori sui quali l'Unione stessa, a norma dell'art. 2 TUE, si fonda, in specie a quello dello Stato di diritto che – come si sa – versa in una condizione di palese sofferenza in alcuni Stati membri (e, segnatamente, in Ungheria e Polonia), da tempo e in misura crescente conformatisi quali "democrazie illiberali" [su ciò, nella ormai incontestabile lett., v., almeno, i contributi che sono nel fasc. 3/2020 di *DPCE Online*, ed ivi, part., G. Delle Donne, *Ungheria e Polonia: punte avanzate sulle democrazie illiberali all'interno dell'Unione Europea*, p. 3999 ss., nonché, nella stessa *Rivista*, 2, 2021, A. Spadaro, *Integrazione europea e costituzionalismo globale*, p. 2431 ss., spec. p. 2438 ss. Utili indicazioni, infine, anche in A. Festa, *Lo Stato di diritto nello spazio europeo. Il ruolo dell'Unione europea e delle altre organizzazioni internazionali*, Napoli, 2021, spec. capp. III e IV. Infine, se si vuole, il mio *La crisi dello Stato di diritto in Europa e i suoi possibili, temibili sviluppi*, in www.eublog.eu, 21 luglio 2021].

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

eccezioni dietro rilevate) meno avanzata di quella delle altre Carte quanto al livello raggiunto dalla tutela in parola. Una tecnica che, poi, si riflette nell'altra, il più delle volte messa in atto, che porta il giudice delle leggi a dare la precedenza ai profili di stretto diritto costituzionale, giudicando in tal modo "assorbiti" quelli relativi al contrasto con enunciati delle altre Carte, sia che si faccia luogo alla caducazione della normativa oggetto di giudizio e sia pure nel caso, opposto, del rigetto della questione, assumendosi in tesi non essere diverso il parametro di origine esterna rispetto a quello costituzionale (v., di recente, Corte cost. n. 49 del 2021).

6. Al tirar delle somme

Si è ora in grado di tirare le fila del discorso fatto, tentando di cogliere le più salienti indicazioni offerte da talune ricostruzioni teoriche correnti e dalle esperienze di rilievo costituzionale cui esse fanno riferimento, esperienze – come si è tentato di mostrare – alquanto discontinue, caratterizzate da opacità di tratti e non rimosse contraddizioni, bisognose perciò di urgenti e corpose correzioni per ciò che attiene al modo o ai modi con cui sono usualmente viste e rappresentate.

Al fondo, le prime e maggiori carenze – come si è tentato di mostrare – si hanno al piano della teoria della Costituzione e, più largamente, delle Carte, con immediati, negativi riflessi al piano della teoria dei diritti ed a quello della teoria delle fonti. Occorre, infatti, portare fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti la premessa costituita dal superamento del monopolio della Costituzione quale documento idoneo a dare il riconoscimento dei diritti e, dunque, dalla pluralità delle Carte che vi fanno tutte – e paritariamente – luogo; ed occorre altresì prendere atto della struttura internamente plurale ed aperta di queste ultime (Costituzione inclusa), del reciproco rimando che esse si fanno e del mutuo alimento che si danno, rinnovandosi semanticamente senza sosta in ragione dei casi e delle loro peculiari esigenze.

Si ha così qui pure conferma di una indicazione altrove data, vale a dire del bisogno di trapassare da una teoria delle fonti d'ispirazione formale-astratta ad una teoria delle norme d'ispirazione assiologico-

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

sostanziale, accompagnata da un'autentica rigenerazione metodica posta a base delle pratiche sia di normazione e sia di giustizia, connotata dalla disponibilità degli operatori, quale che sia l'ordinamento di appartenenza e la natura delle funzioni svolte, al reciproco ascolto, nella consapevolezza che *ab extra* possa venire un servizio ai diritti maggiormente appagante di quello che è loro dato in seno all'ordinamento di volta in volta considerato.

Il canone fondamentale della massimizzazione della tutela è, dunque, come si è veduto, la vera stella polare che illumina il cammino degli operatori, guidandoli nella ricerca della ottimale soluzione da apprestare per ciascun caso.

L'esperienza insegna che la pluralità delle Carte (e, perciò, in buona sostanza, delle Corti) ha costituito ed è verosimile pensare che costituirà anche per l'avvenire, in non pochi casi, un problema; è, però, anche una risorsa preziosa alla quale attingere a piene mani nella ricerca non di rado affannosa e sofferta della soluzione suddetta. La qual cosa può però aversi alla sola condizione che in partenza si ammetta che *ab extra* possa talora venire (ed effettivamente venga) una più gratificante salvaguardia per i diritti e per coloro che ne sono portatori.

Il *punctum crucis* della questione qui nuovamente trattata è – come si vede – nel “metaprincipio” della massimizzazione della tutela.

E, poiché il terreno sul quale se ne può avere riscontro appare essere estremamente scivoloso, dovendosi ammettere la soggettività ed opinabilità delle sue applicazioni, non resta – come si è tentato di mostrare – che affidarsi a tangibili convergenze degli operatori in ordine al modo con cui il canone fondamentale in parola è inteso e fatto valere. Le quali, poi, naturalmente rimandano a consuetudini culturali di riconoscimento del punto di sintesi ideale nel quale i diritti possono ricevere congruo appagamento, nella loro incessante tensione verso crescenti e complessivamente soddisfacenti realizzazioni.

Ci si avvede così che il fondamento della Costituzione, al pari delle altre Carte, è negli strati più profondi del corpo sociale ed appare essere tanto più saldo quanto maggiori dovessero risultare i consensi che attorno ad esso si coagulano, specie laddove si appuntino in capo ad operatori dislocati in ordinamenti diversi, che diano testimonianza di voler dar vita ad un “dialogo” non viziato da preconcetti di qualsivoglia natura, ideologici o di dottrina.

Antonio Ruggeri

Teoria della Costituzione, teoria dei diritti fondamentali, teoria delle fonti: una e trina

La partita, insomma, resta sempre aperta e sarebbe insensato il solo immaginare che possa chiudersi con la vittoria schiacciante di questa su quella Carta e di questo o quell'operatore sugli altri. Certo, le singole vicende processuali hanno pur sempre un principio ed una fine: è giusto che sia così e sarebbe mostruoso se fosse diversamente, per la certezza del diritto e, soprattutto, per la certezza dei diritti. Ma ancora più mostruosa sarebbe l'idea che vicende dapprima decise in un certo modo non possano tornare ad essere ripensate, in vista della ricerca di soluzioni diverse e maggiormente appaganti per i diritti, ancora più giustificate (e, anzi, imposte) laddove dovessero aversi sostanziali mutamenti di contesto e risultino sorrette dai più larghi ed accreditati consensi, nel corpo sociale così come nel mondo della cultura.

Ciascun operatore, dunque, ha da lavorare con cuore aperto e mente sgombra da pregiudizi, consapevole che non importa da dove venga la miglior tutela, anche perché molte volte – come si diceva – non può stabilirsi quale Carta dia di più alle altre o di più da esse riceva, nel flusso ininterrotto di suggestioni ed indicazioni che tra tutte s'intrattiene, fino a portare all'esito della loro mutua integrazione nei fatti interpretativi.

ABSTRACT: The paper highlights the methodical aporias found in the current jurisprudence and doctrine in constitutional theory, fundamental rights theory and theory of sources, focusing specifically on the unnatural entry of a theory of formal-abstract sources into a axiological-substantial theory of the Constitution. This work underlines the fluctuations and contradictions of the constitutional case law with regard to the relationship between the Constitution and the other Charters of Rights as an emblematic expression of the overall lack of an organic theory of Charters that is slow to mature and become visible in some of the most salient experiences of constitutional justice.

Antonio Ruggeri
*Teoria della Costituzione, teoria dei diritti
fondamentali, teoria delle fonti: una e trina*

KEYWORDS: constitutional law - fundamental rights – charters -
sources of law - constitutional theory

Antonio Ruggeri – Professore emerito di Diritto costituzionale,
Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Messina
(antonio.ruggeri@unime.it)