CONSULTA ONLINE
PERIODICO TELEMATICO ISSN 1971-9892

2019 FASC. III

(ESTRATTO)

ANTONIO RUGGERI

TRE MINIME NOTAZIONI IN TEMA DI NORME NON SCRITTE DI RILIEVO COSTITUZIONALE

29 NOVEMBRE 2019

IDEATORE E DIRETTORE RESPONSABILE: PROF. PASQUALE COSTANZO

Antonio Ruggeri

Tre minime notazioni in tema di norme non scritte di rilievo costituzionale*

ABSTRACT: ***Three minimal annotations on the subject of unwritten constitutional rules***

The short paper focuses on a series of controversial issues (constitutional conventions, customary meta-rules and interrelations between legal systems in the perspective of unwritten rules), in the perspective to carry out a more detailed study about this issue.

Sono particolarmente lieto di essere qui con voi ad omaggiare un amico carissimo di vecchia data ed un collega valoroso, con il quale non sono d'accordo su nulla (o quasi) ma al quale mi sento accomunato, oltre che da stima ed affetto reciproci, da una passione per lo studio che con gli anni non soltanto non è scemata ma è anzi cresciuta sempre di più.

Sono venuto da lontano perché avevo un debito di gratitudine da saldare e ricambiare. Molti anni addietro – a fine gennaio 1995 – a Palermo, nel corso di un incontro di studio che ci vedeva impegnati entrambi, Roberto fece una pubblica dichiarazione che mi colse di sorpresa e mi gratificò molto, affermando che pochi studiosi come (e più) di me avevano costantemente alimentato la sua produzione scientifica, dal momento che l'uscita di un mio scritto spesso aveva sollecitato, per reazione, uno suo. In quella occasione non ebbi il coraggio di replicare che proprio pochi minuti prima, conversando con un comune amico e collega a lui carissimo, ci dicevamo l'un l'altro che Roberto è uno studioso che non dichiarerà mai di essere d'accordo con te neppure se tu dichiari di essere d'accordo con lui…

E vengo al merito di questo mio intervento, per me inusualmente contratto al fine di contenere entro pochi minuti lo sforamento del tetto draconianamente fissato dal canone "biniano" dei classici sette minuti.

Mi soffermo solo su tre punti, sottoponendovi due notazioni e formulando un auspicio finale.

La prima riguarda la confusione, che non di rado si fa e che ho ritenuto poco tempo addietro di denunziare proprio con riferimento al tema che oggi ci occupa, tra comportamento e regola. Un fermo invito ad evitarla è, di recente, venuto anche da Giorgio Grasso, in uno scritto nel quale si confronta specificamente con me sul tema delle convenzioni[1]. Queste ultime, in ispecie, non sono – perlomeno per come io le vedo – comportamenti ma spiegazioni e qualificazioni allo stesso tempo degli stessi. Per porsi quali "regole" (nella ristretta e propria accezione del termine) richiedono esse pure di potersi fregiare dell'attributo della ripetibilità temporale; e, d'altronde, proprio il termine "prassi", di sicuro prescelto a motivo della sua semantica duttilità ed ambiguità, evoca subito l'idea della "regolarità", di ciò che ritorna più volte, addirittura un numero indeterminato di volte[2]. Pur nascendo infatti in relazione ad un comportamento dato, le regole in genere (e, tra queste, dunque anche quelle non scritte) devono esibire il tratto di poter valere anche nei casi in cui il comportamento stesso dovesse presentarsi tale e quale in successive circostanze. Ogni regola, proprio perché tale, è infatti sorretta da un *animus* o, se si preferisce altrimenti dire, da una *opinio* (non soltanto quelle consuetudinarie): nel caso delle convenzioni, per come sono da noi intese, quella della politica convenienza; nel caso delle consuetudini, invece, l'altra della giuridica obbligatorietà (tornerò sulle consuetudini di qui ad un momento).

---

* *Contributo pubblicato ai sensi dell'art. 3, comma 13, del regolamento della Rivista. Esso riflette l'intervento all'incontro di studio su* La prassi nel diritto costituzionale: una questione di metodo, *svoltosi a Ferrara il 26 novembre 2019 in occasione della consegna degli* Scritti per Roberto Bin, *a cura di C. Bergonzini - A. Cossiri - G. Di Cosimo - A. Guazzarotti - C. Mainardis, Giappichelli, Torino 2019*.

[1] G. GRASSO, *Convenzioni costituzionali e forma di governo nel primo scorcio della XVIII legislatura: "prove di dialogo" con Antonio Ruggeri*, in *www.federalismi.it*, 18/2019, 2 ottobre 2019, spec. la chiusa del *lavoro*.

[2] È da notare, peraltro, che nella lingua greca il termine è oggi adoperato anche (e soprattutto) quale sinonimo di "atto", differenziandosi rispetto all'uso corrente in molte altre lingue, tra cui la nostra, sia per la mancata coincidenza con ciò che è non scritto e sia per il riferimento a ciò che è posto in essere per un singolo caso.

Solo che, con riguardo alle regole non scritte, non disponendo di un atto che le produca e renda visibili, possiamo sapere se sono davvero tali solo *ex post*, a seguito della osservazione nel tempo dei comportamenti e delle loro qualificazioni (è perciò – dico di passaggio – che non mi ha mai persuaso la tesi, pure accreditata[3], favorevole a riconoscere consuetudini costituzionali anche in presenza di un solo comportamento giudicato idoneo a produrle ed a darne conferma). Insomma, una qualche "regolarità" – come a me piace dire – deve pur esservi anche per i canoni convenzionali. La qual cosa mi ha di recente indotto a ritenere[4] che la congiuntura presente non sia affatto benigna per l'affermazione di nuove convenzioni, a motivo del quadro politico-istituzionale assai confuso e sfilacciato risultante da forze politiche che sono visibilmente allo sbando, alla ricerca di un loro *ubi consistam*, di una identità non raggiunta e temo problematicamente raggiungibile e di un pur minimamente apprezzabile, fisiologico svolgimento dei loro rapporti, ferma la naturale conflittualità che lo accompagna e connota.

La seconda osservazione riguarda il rilievo che è da assegnare a quelle che altrove ho etichettato come *"metanorme" consuetudinarie* o, più semplicemente, *consuetudini culturali di riconoscimento* della natura delle regole non scritte.

Il punto è di cruciale rilievo proprio con riguardo al tema delle consuetudini, su cui – come si sa – Roberto ha assunto una posizione radicalmente negativa, escludendone la stessa teorica configurabilità[5].

Ebbene, a mio modo di vedere, se attorno ad un oggetto, al suo modo di essere e di affermarsi, si coagula un diffuso e radicato consenso della comunità degli interpreti e degli operatori, nel mondo delle astrazioni teoriche (il solo di cui noi, a differenza degli studiosi di scienze esatte, ci occupiamo) l'oggetto stesso c'è, per il mero fatto di essere sorretto dalla effettività dei comportamenti ad esso legati e da esso conseguenti.

Faccio tre esempi in relazione a temi sui quali anch'io ho assunto una posizione radicale di rigetto, quale quella di Roberto per le consuetudini. E, dunque, in primo luogo, si pensi al fondamento – ormai, appunto, consuetudinario, nel senso appena precisato – comunemente rinvenuto a beneficio della *primauté* del diritto (ieri comunitario ed oggi, piace a me dire) eurounitario nei riguardi del diritto interno, un fondamento – com'è noto – rinvenuto nell'art. 11 della Carta costituzionale. Sono da tempo convinto che si sia in presenza di una forzatura interpretativa, essendosi assistito alla innaturale conversione di una norma di valore in una norma sulla produzione giuridica, dal momento che il disposto costituzionale in parola si limita ad affermare il principio della soggezione della sovranità a "limitazioni", senza precisare quali ne debbano essere la forma, le condizioni e, soprattutto, gli effetti e i limiti.

Ma tant'è: ormai le cose stanno come stanno e volerle contestare sarebbe come pensare di abbattere a testate un muro di cemento armato: sarebbe – per dirla con un non dimenticato Maestro, Livio Paladin[6] – come voler "aggredire frontalmente" alcune certezze giurisprudenziali ormai incrollabili, incappando però in tal modo "nel vizio del solipsismo giuridico, proprio di certi giuristi troppo orgogliosi e personalistici".

Lo stesso può dirsi per la efficacia (comunemente considerata *inter partes*) delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale, una efficacia – è doveroso, a me pare, che da tutti si ammetta –

---

[3] Riferimenti, di recente, in G.U. RESCIGNO, *Prassi, regolarità, regole, convenzioni costituzionali, consuetudini costituzionali, consuetudini giuridiche di diritto pubblico*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2018.

[4] … in *Le convenzioni costituzionali: regole della politica in via di estinzione?*, Intervento al Convegno del Gruppo di Pisa su *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, Napoli 14-15 giugno 2019, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, t, 2/2019, 19 giugno 2019, 73 ss.

[5] Part. in *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Giuffrè, Milano 1996, 38 ss., e in altri scritti (tra i quali, *Il fatto nel diritto costituzionale*, in AA.VV., *Prassi, convenzioni e consuetudini nel diritto costituzionale*, Annuario 2014 dell'AIC, Jovene, Napoli 2015, 21 ss., spec. 45 ss.).

[6] *Saluto* ai partecipanti al Convegno di Trieste del 26-28 maggio 1986 su *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1988, 5.

non risultante in modo espresso da alcuna disposizione normativa, né costituzionale né di altra fonte, e, a conti fatti, riportabile ad una consuetudine (a mia opinione, *contra Constitutionem*[7]; di contro, a stare alla comune credenza, potrebbe trattarsi di una consuetudine esplicitativa o, tutt'al più, integrativa del disegno costituzionale). Ebbene, ancora una volta, non mi riconosco affatto nel punto di vista ormai invalso, ma a che serve seguitare cocciutamente a confutare una tesi dotata di sì largo ed incontestato consenso?

L'ultimo esempio concerne la controfirma ministeriale che, salvo un isolato ancorché autorevole dissenso[8], per comune sentire dovrebbe essere apposta ad ogni atto proveniente dal Capo dello Stato, anche dunque a quelli comunemente giudicati espressivi della sua volontà, nei riguardi dei quali – sempre a stare a questa opinione – il Governo, che è in sé e per sé un "animale" politico, svolgerebbe un non meglio precisato controllo. Una tesi che – se posso esser franco – a mia opinione non ha né capo né coda[9], così come non ha senso alcuno l'idea che possano darsi atti "complessi", in occasione della cui adozione si mescolerebbero – non si capisce in che modo e in che misura – volontà per loro natura eterogenee, insuscettibili di appartenere ad uno stesso "insieme"[10]: quella del Presidente della Repubblica, organo di garanzia, e l'altra del Governo, organo della direzione politica[11]. E così via, in relazione a molte e note esperienze attorno alle quali si è ormai formato un consenso talmente consistente e solido da potersi ragionevolmente considerare irreversibile.

Tengo, infine, a precisare, per chiudere sul punto, che c'è una differenza di fondo tra il modo di vedere quelle che molti di noi chiamano "consuetudini" e il modo di chi invece le dissolve e risolve, a conti fatti, in mere interpretazioni di enunciati normativi; ed è che queste ultime sono sempre opinabili, tutte astrattamente legittime e valevoli unicamente se (e fino a quando) sono sorrette da argomenti in grado di persuadere l'uditorio al quale sono diretti. Di contro, le consuetudini, proprio perché in tesi dotate dell'attributo della giuridicità, nascono come fonti autoprodotte ma si pongono poi quali fonti eteronome: si impongono cioè anche a coloro che vi danno vita e possono, pertanto, essere salvaguardate alla bisogna davanti agli organi di garanzia: sono, insomma, come suol dirsi, "giustiziabili".

Ora, a me pare che questo dato sia inoppugnabile in relazione ad alcuni comportamenti non riportabili ad enunciati costituzionali che espressamente li prevedano: si pensi, solo per fare i primi esempi che vengono in mente, alla consuetudine facultizzante, quindi – come si sa –

"razionalizzata" dalla legge 400 dell'88, della nomina dei Vicepresidenti del Consiglio o a quella della sfiducia individuale ai Ministri che, anche grazie al sugello impressole dalla giurisprudenza costituzionale, è ormai da considerare una consuetudine *pleno* o *optimo iure*.

C'è un solo modo – a me pare – per sottrarsi a quest'esito teorico stringente: ritenere che tra le righe di questo o quell'enunciato sia racchiusa la regola invece "erroneamente" considerata non scritta. Certo, non è da escludere che questo possa in qualche caso valere, ma onestà intellettuale ci impone di riconoscere che gli enunciati (anche quelli costituzionali, pure dotati in una misura particolarmente accentuata di strutturale vaghezza) non dicono, e non possono dire, tutto su tutto e

---

[7] … dal momento che il disposto di cui all'art. 137, ult. c., nel suo fare "sistema" con i disposti di cui agli artt. 134 e 136, porta – per la ricostruzione da me prospettata – all'esito del carattere parimenti "generale" della efficacia delle pronunzie in parola, seppure, al pari di quelle di accoglimento, limitatamente alla "situazione normativa" giudicata.

[8] Il riferimento, com'è chiaro, è a E. CHELI, *sub* art. 89, in *Comm. Cost.*, Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna - Roma 1983.

[9] … prefigurandosi un innaturale ribaltamento dei ruoli istituzionali, all'esito del quale uno degli organi d'indirizzo politico si farebbe "garante" del sistema avverso le eventuali deviazioni di uno dei massimi garanti dello stesso.

[10] Duole dover qui nuovamente ripetere che gli studiosi che si sono prefigurati (e si prefigurano) l'esistenza di atti "complessi" non conoscevano (e non conoscono) la teoria matematica degli insiemi.

[11] Maggiori ragguagli a riguardo di questa critica possono, volendo, aversi dal mio *Controfirma ministeriale e teoria della Costituzione*, in *Scritti in onore di L. Carlassare*, a cura di G. Brunelli - A. Pugiotto - P. Veronesi, *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, II, *Dell'organizzazione costituzionale*, Jovene, Napoli 2009, 693 ss., nonché in *Forum di Quaderni Costituzionali*. Sulla controfirma, v., ora, F. FERRARI, *Topologia della forma di governo e controfirma ministeriale: ai confini della responsabilità politica*, in *Scritti per R. Bin*, cit., 287 ss.

che far dire loro tutto è un'autentica forzatura degli interpreti, magari fatta a fin di bene, nella convinzione di poter in tal modo rendere un servizio agli enunciati stessi, senza avvedersi dell'effetto *boomerang* cui tale posizione metodico-teorica dà luogo. E ciò, ove si tenga fermo in partenza che la scrittura delimita pur sempre l'area entro cui va effettuata la ricerca dei significati astrattamente possibili e che, laddove il significato auspicato non dovesse da essa potersi desumere (o, quanto meno, non fosse possibile estrarlo con sicurezza), la via piana sarebbe quella della produzione giuridica con le forme allo scopo prescritte (nel caso del dettato costituzionale, le forme di cui all'art. 138), non l'altra della "modifica tacita" contrabbandata da interpretazione (magari "adeguatrice")[12]. Insomma, forse alcune (e, se si vuole, molte) di quelle che una nutrita schiera di studiosi chiama "consuetudini" potranno riportarsi (non senza però – si convenga – qualche forzatura) al dettato della Carta; assumere però che non se ne dia alcuna e, soprattutto, che non possa darsene neppure per l'avvenire mi sembra francamente un azzardo metodico-teorico. Un azzardo che – per ciò che più importa – rischia, poi, al di là delle intenzioni di chi si riconosce in questa posizione connotata da un pessimismo senza speranza, di risolversi in un pregiudizio grave per la Costituzione, in un autentico pomo avvelenato per quest'ultima. E ciò, per la elementare ragione che la tesi secondo cui la legge fondamentale della Repubblica sarebbe una sorta di pozzo senza fondo da cui tutto (o quasi) possa estrarsi alla bisogna, portata fino ai suoi ultimi e conseguenti svolgimenti, finirebbe col condurre all'esito di considerare superfluo in ogni caso il ricorso alle procedure prescritte per l'aggiornamento della Carta. È allora palese il ribaltamento dei ruoli istituzionali al quale, in forza di questi presupposti, potrebbe assistersi, con il sostanziale svuotamento della normazione di revisione costituzionale e l'incontrollato proliferare delle pratiche interpretative (in ispecie dei garanti)[13].

La terza ed ultima notazione è in realtà una sollecitazione che mi permetto qui, in chiusura di questo mio succinto e del tutto inadeguato intervento, di rinnovare soprattutto ai più giovani colleghi, riassumibile nell'interrogativo seguente: cosa si attende a studiare il tema da noi oggi nuovamente discusso anche (e, direi, soprattutto) dalla prospettiva delle relazioni interordinamentali? Trovo singolare e francamente stupefacente che, in una stagione segnata da una integrazione sovranazionale pur sofferta e nondimeno avanzata, le relazioni tra diritto interno e diritto eurounitario (e, *mutatis mutandis*, internazionale) siano fatte oggetto di studi a pioggia sul versante delle norme scritte e rimanga invece praticamente, indebitamente ignorato e non battuto il versante delle norme non scritte (in ispecie, convenzionali e consuetudinarie).

Anche qui, un solo esempio per tutti.

Da tempo sono convinto (e vado anzi sempre di più radicandomi in questo mio convincimento) che la relazione fiduciaria che connota la forma di governo non intercorra più solo tra Camere e Governo, secondo i dettami classici della teoria costituzionale propria dei regimi parlamentari, ma anche (e soprattutto) con i mercati internazionali e, appunto, i *partners* europei. Non a caso, quando la morsa della crisi economica si è fatta soffocante, molti Governi dell'eurozona, tra i quali il

[12] Sulle modifiche tacite ha, di recente e tra gli altri, prestato attenzione M.P. IADICICCO, *Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative*, in AA.VV., *Alla prova della revisione. Settanta anni di rigidità costituzionale*, a cura di U. Adamo - R. Caridà - A. Lollo - A. Morelli - V. Pupo, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, ss.; pure *ivi*, se si vuole, il mio *Le modifiche tacite della Costituzione, settant'anni dopo*, 415 ss.

[13] Alle volte, della torsione in parola si ha riscontro anche al piano dei rapporti tra legislazione di forma costituzionale e legislazione comune, la seconda prendendo appunto il posto della prima, persino laddove si tratti di far luogo alla prima disciplina della essenza della Costituzione, i diritti fondamentali, il cui riconoscimento – e mi riferisco, ora, ovviamente ai nuovi – si reputa, a mia opinione a torto, che possa aversi "a prima battuta" anche con legge comune. Persino quando sono in gioco esperienze di primario, cruciale rilievo per l'esistenza umana, quali sono quelle d'inizio e fine-vita, si reputa che decisioni siffatte possano essere assunte dagli atti ordinari di normazione, quando non addirittura, *omisso medio*, esclusivamente a colpi di pronunzie dei giudici. Rinnovo qui una preoccupazione, già in altri luoghi manifestata, in merito al fatto che una maggioranza politica, quale che ne sia il colore, possa, con le procedure stabilite per la formazione delle leggi comuni (e senza perciò le garanzie insite negli aggravamenti di cui all'art. 138), disporre circa ciò che è vita e morte di esseri umani.

nostro, hanno dovuto – come si sa – rassegnare le dimissioni proprio perché ormai non più sorretti dalla fiducia suddetta[14]. Non possiamo dunque – a me pare – ignorare questa "regola", salvo, appunto, a darne la opportuna qualificazione (consuetudine *contra Constitutionem*? Certo che sì, alla luce del disposto dell'art. 94, in sé e per sé considerato, rinchiuso in modo autoreferenziale in se stesso; forse, invece, no, secondo lo stesso art. 94 riletto alla luce degli artt. 11 e 1, nel loro fare "sistema").

Comunque, appunto, discutiamone.

Ad multos annos, *caro Roberto!*

[14] Ho descritto questa vicenda nel mio *Art. 94 della Costituzione vivente: "Il Governo deve avere la fiducia dei mercati" (nota minima a commento della nascita del Governo Monti)*, in www.federalismi.it, 23/2011, 30 novembre 2011.